

44. De vervangingskostenclausule nader beschouwd

MR. E.E. KRIKKE

In zijn arrest van 4 oktober 2016 gaat het Hof Den Haag in op de uitleg van een vervangingskostenclausule in een AVB-verzekering.¹ Anders dan over andere uitsluitingsclausules (bijvoorbeeld de opzetclausule), is over de vervangingskostenclausule weinig rechtspraak en literatuur voorhanden. In de praktijk speelt deze uitsluiting voor kosten van het opnieuw leveren van de geleverde zaak of prestatie echter een belangrijke rol en vinden vaak discussies over de uitleg van de uitsluiting plaats.

Inleiding

Vornoemd arrest vormt daarom aanleiding om de vervangingskostenclausule nader te beschouwen, en de praktijk wat meer handen en voeten te bieden voor gevallen dat zij geconfronteerd wordt met deze clausule. Eerst wordt het algemeen kader geschetst, waarbij een groot deel van de weinige jurisprudentie omtrent de vervangingskostenclausule wordt besproken. Vervolgens zal aan de hand van het arrest Hof Den Haag 4 oktober 2016 nader ingegaan worden op de toepassing van deze uitsluiting in geval van een levend product.

De vervangingskostenclausule

De vervangingskostenclausule (ook wel genaamd herleveringsclausule) behoort tot de standaarduitsluitingen die in iedere AVB-polis voorkomen. Met de clausule beoogt de verzekeraar het ondernemersrisico buiten de deur te houden.² De verzekerde dient namelijk zelf in te staan voor correcte nakoming van hetgeen hij op grond van de door hem gesloten overeenkomst jegens zijn wederpartij verplicht is. Slecht ondernemerschap dient als het ware niet gesponsord te worden door de verzekeraar.

Vervangingskostenclausules komen in verschillende bewoordingen voor. De clausule in de Nederlandse Beurspolis voor Aansprakelijkheid 2014 (NBA 2014) luidt als volgt:

“3.5 Niet gedekt zijn aanspraken tot vergoeding van:

3.5.1 Zaakschade aan zaken die door of onder verantwoordelijkheid van verzekerde zijn (op)geleverd.

3.5.2 De kosten van terugroepen, verbeteren, vervangen of herstellen van de door of onder verantwoordelijkheid van verzekerde (op)geleverde zaken, tenzij deze kosten zijn aan te merken als bereddingskosten.

3.5.3 De kosten van het opnieuw verrichten van de door of onder verantwoordelijkheid van verzekerde uitgevoerde werkzaamheden.

3.5.4 De uitsluitingen als omschreven in de artikelen 3.5.1 tot en met 3.5.3 gelden ook voor de schade voortvloeiende uit het niet of niet naar behoren kunnen gebruiken van de (op)geleverde zaken of verrichte werkzaamheden, ongeacht door wie de schade is geleden of de kosten zijn gemaakt.

3.5.5 Wordt door zaken die door of onder verantwoordelijkheid van verzekerde zijn (op)geleverd zaakschade toegebracht aan andere zaken die eerder door of onder verantwoordelijkheid van verzekerde zijn (op)geleverd, dan gelden de in de artikelen 3.5.1 tot en met 3.5.3 genoemde uitsluitingen niet voor die andere zaken.

3.5.6 Wordt door werkzaamheden die door of onder verantwoordelijkheid van verzekerde zijn uitgevoerd zaakschade toegebracht aan andere zaken die eerder door of onder verantwoordelijkheid van verzekerde zijn (op)geleverd, dan gelden de in de artikelen 3.5.1 tot en met 3.5.3 genoemde uitsluitingen niet voor die andere zaken.

3.5.7 De uitsluitingen als genoemd in de artikelen 3.5.1 tot en met 3.5.3 gelden echter wel als de (op)geleverde zaken of de verrichte werkzaamheden onderwerp zijn van één en dezelfde overeenkomst.”

Wat zijn vervangingskosten?

Een eerste vraag van uitleg van de clausule is welke schade precies is uitgesloten onder de clausule. Met andere

¹ Hof Den Haag 4 oktober 2016, 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.

² J.H. Wansink, *De algemene aansprakelijkheidsverzekering*, Deventer: Kluwer 2006, p. 175.

woorden: wat valt onder de ‘vervangingskosten’? Wansink omschrijft het als: “alle kosten, verbonden aan de inzet van arbeid en het gebruik van materiaal en transportmiddelen om de wederpartij alsnog de overeengekomen prestatie te verschaffen”.³ Wat in een specifiek geval is uitgesloten van dekking, is een vraag van uitleg van de verzekeringsovereenkomst. Bij uitleg van verzekeringsovereenkomsten dient de Haviltex-norm gehanteerd te worden; beoordeeld dient te worden hoe partijen het artikel onder de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs mochten begrijpen en wat zij te dien aanzien redelijkerwijs

Slecht ondernemerschap dient als het ware niet gesponsord te worden door de verzekeraar.

van elkaar mochten verwachten.⁴ De Haviltex-norm is nader uitgewerkt voor verzekeringsovereenkomsten in het *Chubb/Dagenstaed*-arrest, waarin de Hoge Raad voorop stelt dat bij verzekeringsvoorwaarden waarover niet tussen partijen pleegt te worden onderhandeld (en ook niet onderhandeld is), de uitleg met name afhankelijk is van objectieve factoren zoals de bewoording waarin de desbetreffende bepaling is gesteld, gelezen in het licht van de polisvoorwaarden als geheel en van een eventuele bij de polisvoorwaarden behorende toelichting.⁵

Uit de rechtspraak blijkt dat bij het beantwoorden van de vraag welke kosten als vervangingskosten kwalificeren, doorslaggevend is welke prestatie op basis van de overeenkomst uitgevoerd diende te worden. Indien de verzekerde zich alleen heeft verbonden tot levering van een zaak maar niet tot montage daarvan, zijn slechts de arbeids-, materiaal- en transportkosten gemoeid met die levering van dekking uitgesloten.⁶ In de (weinige) literatuur over de vervangingskostenclausule wordt vaak het aan Wansink ontleende voorbeeld genoemd van de loodgieter die voor het vervangen van een door hem ondeugdelijk aangelegde leiding, ook een gedeelte van de muur waarin die leiding is gelegen, dient uit te hakken. De kosten verbonden aan het uithakken van de pijp blijven voor rekening van de verzekerde, nu die kosten te maken hebben met het opnieuw (deugdelijk) uitvoeren van de primair overeengekomen prestatie, namelijk het aanleggen van een functionerende leiding.⁷ Indien het herstellen van de materiele 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.

Illustratief is in dit kader het vonnis van de Rechtbank Rotterdam van 31 augustus 2011.⁸ In deze zaak werden zogenaamde Weatherex spijkers geleverd aan een aannemer, die de spijkers had gebruikt voor de bevestiging van houten gevelbeplanking van woningen. De koppen van de spijkers veroorzaakten roestvlekken in de verf op de gevelbeplanking, naar aanleiding waarvan de aannemer de gebruikte spijkers en houten gevelbekleding moest verwijderen zodat nieuwe spijkers geplaatst konden worden. Het verwijderen van de spijkers uit de gevelbeplanking bracht echter een dusdanige beschadiging aan die beplanking, dat ook de beplanking vervangen diende te worden. De aannemer sprak ter vergoeding van zijn schade de toeleverancier aan, die op zijn beurt weer de producent van de spijkers aansprak. De producent deed een beroep op haar AVB-verzekering. De AVB-verzekeraar weigerde de volledige schade te vergoeden met een beroep op de vervangingskostenclausule. Tussen partijen was niet in geschil dat de levering van de nieuwe spijkers van dekking was uitgesloten. Het geschil tussen partijen betrof de vraag of de kosten van het aanbrengen van nieuwe gevelbeplanking en de kosten van het verfwerk op die nieuwe beplanking waren uitgesloten op basis van de vervangingskostenclausule. De rechtbank beantwoordde deze vraag ontkennend. De rechtbank keek hierbij strikt naar wat de primaire prestatie was die de verzekerde diende te leveren aan zijn contractuele wederpartij. Deze primaire prestatie betrof slechts de levering van de spijkers, en niet het verwerken van de spijkers. De schade die bestond uit het verwijderen van de ondeugdelijke spijkers betrof daarmee volgens de rechtbank niet het ondernemingsrisico, en was derhalve niet uitgesloten onder de vervangingskostenclausule.

Tot dezelfde transactie behorende zaken en/of werkzaamheden

Een ander uitlegprobleem doet zich voor ingeval andere door de verzekerde (op)geleverde zaken beschadigd raken door een ondeugdelijk geleverde zaak of dienst. De meeste vervangingskostenclausules beperking de uitsluiting tot de (op)geleverde zaken waarin de oorzaak van de schade is gelegen, zie ook artikelen 3.5.5 en 3.5.6 NBA 2014. Op het eerste gezicht lijkt de clausulering maar van beperkte waarde voor de verzekerde, nu vervolgens in artikel 3.5.7 wordt bepaald dat de uitsluiting in haar geheel van toepassing blijft ingeval beide zaken tot een en dezelfde transactie behoren (de ‘*één-transactie-bepaling*’). Wansink is echter van het oordeel dat uit de ratio van de clausule voortvloeit dat de verzekeraar in strijd met de redelijkheid en billijkheid handelt door zich op de clausule te beroepen wanneer de verzekeringnemer aantoont dat een door hem

3 J.H. Wansink, t.a.p., p. 178.

4 HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, NJ 1981, 635 (*Haviltex*).

5 HR 16 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2793, NJ 2008/284 (*Chubb/Dagenstaed*). Het gaat het bestek van dit artikel te buiten om een uitgebreide beschouwing te geven over uitleg van verzekeringsovereenkomsten, hiervoor verwijs ik naar J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde & F.R. Salomons, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IX**. Verzekering, Deventer: Kluwer 2012, nr. 354 en naar het artikel van T. Riyazi in ditzelfde nummer van TAV: “Uitleg van verzekeringsovereenkomsten; waar staan we op de glijdende schaal?” TAV 2017/2.

6 Leerink P.M. (2014), ‘De aansprakelijkheidsverzekering’ in: M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen & J.G.J. Rinkes (red.),

7 J.H. Wansink, t.a.p., p. 179.

8 Zie Rechtbank Rotterdam 31 augustus 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BR7081, RAV 2011/111, r.o. 4.6.

geleverde zaak is beschadigd door een ander tot dezelfde transactie behorende zaak.⁹

De Hoge Raad lijkt deze visie inmiddels bevestigd te hebben in zijn arrest van 14 juni 2002¹⁰ (overigens het enige arrest van de Hoge Raad dat betrekking heeft op de vervangingskostenclausule). In de zaak die aan voornoemd arrest ten grondslag lag, had een aannemer in het kader van een meeromvattende aannemingsovereenkomst een open haard ondeugdelijk ingebouwd; de haard bleek onvoldoende geïsoleerd te zijn. Na gebruik van de open haard was brandschade aan het pand ontstaan. De AVB-verzekeraar van de aannemer weigerde dekking te verlenen en stelde dat de installatie van de haard tot dezelfde transactie behoorde als de andere werkzaamheden die aan het pand waren uitgevoerd. Nu een fout was gemaakt bij het installeren van de haard, meende de verzekeraar dat geen dekking bestond voor het opnieuw installeren van de haard én niet voor het opnieuw uitvoeren van alle andere werkzaamheden aan het pand. Het hof oordeelde echter anders, welk oordeel door de Hoge Raad in cassatie in stand werd gelaten. Het hof oordeelde dat ingeval sprake is van schade aan opgeleverde zaken die tot een en dezelfde transactie behoren als de werkzaamheden die de schade hebben veroorzaakt, de kosten van het opnieuw uitvoeren van die andere werkzaamheden slechts van dekking is uitgesloten, indien die andere werkzaamheden de schade niet veroorzaakt hebben, maar evenmin naar behoren zijn uitgevoerd. Het hof baseert dit oordeel op de ratio van de clausule, namelijk het uitsluiten van dekking van de rechtstreekse gevolgen van ondeugdelijke prestaties door de ondernemer, en niet tegen schade aan allerlei andere zaken die 'toevallig' ook zijn geleverd of vervaardigd door de ondernemer, waaraan eveneens schade is ontstaan.¹¹ Ook speelt de ratio van de 'één-transactie-bepaling' een rol bij de beslissing van het hof; namelijk het voorkomen van problemen in gevallen waarin het moeilijk is te bepalen wat als de (relevante) oorzaak van de schade moet worden aangemerkt. Dat probleem deed zich in de onderhavige zaak echter niet voor; partijen waren het er over eens dat de schade gelegen was in de ondeugdelijke installatie van de open haard.

De kosten van het opnieuw uitvoeren van tot dezelfde transactie behorende, wel naar behoren uitgevoerde werkzaamheden, vallen dus niet onder de uitsluiting van de vervangingskostenclausule. De kosten van het opnieuw uitvoeren van ondeugdelijke werkzaamheden die de schade niet hebben veroorzaakt, zijn echter wél uitgesloten van dekking. Dat is ook logisch, de vervangingskostenclausule heeft blijkens de tekst namelijk ook betrekking op schade en kosten die verband houden met het *verbeteren*

van de zaken die onder de verantwoordelijkheid van de verzekerde zijn (op)geleverd.¹² Dat is dus ook zo als die te verbeteren zaken *niet* tot de schade hebben geleid. Daarvan zou bijvoorbeeld sprake zijn als in het voornoemde geval niet alleen sprake zou zijn geweest van een onvoldoende geïsoleerde schoorsteen, maar ook een onjuist aangelegde waterleiding (waarbij beide werkzaamheden als onderdeel van dezelfde aannemingsovereenkomst zijn uitgevoerd). In een dergelijk geval zouden de kosten van het aanleggen van een deugdelijke waterleiding na de brand niet gedekt zijn.

Schade veroorzaakt door zaak die is opgegaan in een andere zaak

Een ander afbakeningsprobleem ontstaat ingeval een geleverde zaak door de wederpartij is gebruikt en verwerkt, waarbij het in samenhang met andere zaken zijn zelfstandigheid heeft verloren. Hier ontstaat een probleem omdat de geleverde zaak niet langer bestaat en dus sprake is van schade aan een 'nieuwe zaak'. Wansink meent dat de vervangingskostenclausule in een dergelijk geval slechts het alsnog leveren van de deugdelijke zaken van de betrokken soort uitsluit.¹³ Maar daarmee is in een concrete situatie nog niet altijd duidelijk welke kosten precies zijn uitgesloten. Zo illustreert ook het volgende voorbeeld. Stel dat sprake is van door de verzekerde geleverd melkpoeder, waarna de afnemer van de verzekerde van het melkpoeder havermoutpap maakt en doorverkoopt. Later blijkt dat het melkpoeder besmet is met salmonella, waardoor ook de havermout niet langer voor consumptie geschikt is. In een dergelijke situatie is de vraag of sprake is van schade aan een geleverd product (het melkpoeder), of dat sprake is van schade aan een ander product (namelijk de havermout).¹⁴ Afhankelijk van de beantwoording van de vraag aan welke

Uit de rechtspraak blijkt dat bij het beantwoorden van de vraag welke kosten als vervangingskosten kwalificeren, doorslaggevend is welke prestatie op basis van de overeenkomst uitgevoerd diende te worden.

zaak schade is ontstaan, bestaat dekking onder de polis. De Rechtbank Rotterdam oordeelde over een dergelijke

9 Wansink, t.a.p., p. 191.

10 HR 14 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE1536, NJ 2002/481.

11 Zie voor een nadere toelichting op dit arrest waarbij aandacht wordt besteed aan de derogerende werking van artikel 6:248 lid 2 BW: T.J. Dorhout Mees, Annotatie bij Hof Den Haag 27 juni 2000 nr. 98/977 (niet op Rechtspraak.nl gepubliceerd) in AV&S 2001, p. 186 e.v. Zie voor een uitgebreide bespreking van de overwegingen van het hof ook de conclusie van A-G Keus bij het arrest van de Hoge Raad, ECLI:NL:PHR:2002:AE1536.

12 Zie in dit kader ook de uitspraak Rechtbank Rotterdam 12 september 2012 (ECLI:NL:RBROT:2012:BY1964), waarin isolatiemateriaal geleverd was door de verzekerde. De rechtbank oordeelde dat de schade die verband hield met het aanbrengen van een dubbele laag isolatiemateriaal en de kosten verband houdend met de afname van de levensduur van het isolatiemateriaal onder de uitsluiting vielen, nu deze schade verband hield met het moeten verbeteren of herstellen van de door haar geleverde zaken.

13 Wansink, t.a.p., p. 179.

14 Dit voorbeeld is ontleend aan een Amerikaanse zaak, namelijk: Netherlands Ins. Co v. Main Street Ingredients, LLC, Civil No. 11-533 (DSD/FLN), 2013, U.S. Dist. Lexis 2685. In deze zaak oordeelde de rechter dat sprake was van schade aan havermout, en niet aan de door de verzekerde geleverde melkpoeder.

vraag in een zaak over delaminerende dakpanelen.¹⁵ 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

De kosten van het opnieuw uitvoeren van tot dezelfde transactie behorende, wel naar behoren uitgevoerde werkzaamheden, vallen dus niet onder de uitsluiting van de vervangingskostenclausule.

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 op de vervangingskostenclausule doen. De rechtbank meende dat inderdaad beoordeeld diende te 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 verzekeringsrechtelijke 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 hoofddraagconstructie, meende de rechtbank dat de dakpanelen nog zelfstandig bestonden en de vervanging daarvan was uitgesloten onder de vervangingskostenclausule.

Vervangingskostenclausule in geval van een levend product

Ingeval sprake is van een levend product doet de hiervoor opgeworpen vraag of sprake is van schade aan de geleverde zaak of schade aan een nieuwe zaak, zich eveneens voor. Wansink geeft in dit kader het voorbeeld van zogenaamde miniknolletjes, die aan een teler geleverd worden en vervolgens geteeld en vermeerderd worden tot pootaardappelen. Als de miniknolletjes besmet blijken te zijn geweest met ringrot, waardoor de pootaardappelen niet meer bruikbaar zijn, doet de vraag zich voor of verzekeraars een beroep op de vervangingskostenclausule kunnen doen. Wansink beantwoordt deze vraag ontkennend, omdat de pootaardappelen waarin de besmetting is aangetroffen niet door de verzekerde zijn geleverd, maar slechts de

stamvaders van die pootaardappelen. Wansink vervolgt met te stellen dat een andere opvatting over de dekkingsvraag slechts mogelijk is, indien het zou gaan om pootaardappelen die rechtstreeks ‘een-op-een’ zijn voortgekomen uit de geleverde miniknolletjes.¹⁶

De voornoemde ‘een-op-een’ benadering staat centraal in het arrest Hof Den Haag 4 oktober 2016.¹⁷ Verzekeraars weigerden in die zaak dekking op basis van de vervangingskostenclausule en meenden dat uit het proefschrift van Wansink afgeleid kan worden dat sprake is van een zogenoemd ‘*een-op-een criterium*’, dat toegepast dient te worden ingeval sprake is van een levend product dat door de verzekerde is geleverd. Dit verweer is interessant, omdat Wansink zelf niet over een criterium spreekt, en ook andere literatuur geen aanwijzingen voor een dergelijk criterium bevat.

De zaak betrof het volgende. Mol Agrocom (de verzekerde) leverde eerstejaars plantuien aan telers. Tijdens de teelt bleken de (inmiddels tweedejaars) uien besmet met valse meeldauw. De telers spraken Mol Agrocom vervolgens aan tot vergoeding van hun schade, waarna Mol Agrocom een beroep op haar AVB-verzekering deed. Verzekeraars weigerden echter dekking te verlenen, met een beroep op de vervangingskostenclausule. Verzekeraars stelden dat de eerstejaarsplantuien die Mol Agrocom had geleverd een-op-een tot een uienplant en (vervolgens) tot een tweedejaars consumptie-ui groeiden. Vast stond daarmee volgens verzekeraars dat de tweedejaars uien die verloren waren gegaan dezelfde producten waren als de door Mol Agrocom geleverde plantuien. Verzekeraars stelden voorts dat in de verzekeringsbranche niet ter discussie staat dat bij de bepaling van de reikwijdte van de vervangingskostenclausule het door Wansink gehanteerde ‘*rechtstreeks, een-op-een criterium*’ geldt. Ook betoogden zij dat bij de toepassing van dit criterium in het geheel geen onduidelijkheid bestaat. Toepassing van het criterium zou tot uitsluiting van dekking moeten leiden.

Het hof gaat uitgebreid in op de door verzekeraars voorgestane toepassing van het ‘*een-op-een criterium*’, maar ziet geen reden voor het toepassen van een dergelijk criterium. Het hof begint met vast te stellen dat de vraag of de beschadigde uien moeten worden aangemerkt als de ‘*zaken die door of onder verantwoordelijkheid van de verzekerde organisatie zijn geleverd*’ een vraag van uitleg van de verzekeringsovereenkomst betreft, en geen biologische vraag. Bij die uitleg speelt het ‘*een-op-een criterium*’ volgens het hof geen rol, omdat niet uit de tekst van de clausule noch uit andere omstandigheden blijkt dat Mol Agrocom de clausule in die zin had moeten begrijpen. Bovendien – zo voegt het hof toe – leidt de toepassing van het ‘*een-op-een criterium*’ tot dermate veel onduidelijkheid dat het reeds op die grond ongeschikt is om als leidraad te gebruiken voor de uitleg van de vervangingskostenclausule. Tot slot overweegt het hof het volgende: “De stelling van

¹⁶ Wansink, t.a.p., p. 180.

¹⁷ 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.

¹⁵ Zie Rechtbank Rotterdam 17 april 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5837.

[verzekeraars] dat er binnen de verzekeringsbranche in het geheel geen onduidelijkheid bestaat over de toepassing van de vervangingskostenclausule bij levende zaken aan de hand van (uitsluitend) het *een-op-een criterium*, kan het hof niet volgen”.

Vervolgens legt het hof uit op welke manier de clausule wél uitgelegd dient te worden. Het hof stelt voorop dat een uitsluiting restrictief uitgelegd dient te worden. Het hof vervolgt dat de grootte van de uien, de geschiktheid voor menselijke consumptie en de waarde in het economisch verkeer van de geleverde plantuien enerzijds en de tweedejaars uien anderzijds zodanig verschillen, dat de tweedejaarsuien moeten worden aangemerkt als nieuwe producten. Deze uitleg is volgens het hof ook in overeenstemming met de ratio van de vervangingskostenclausule, die inhoudt dat de verzekeraar niet instaat 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 dekking onder de AVB-polis vorderde, betrof immers voor het overgrote deel andere schade dan de kosten die waren gemoeid met het alsnog leveren van deugdelijke plantuien (‘de vervangingskosten’). Het hof meent bovendien dat een ruimere uitleg van de vervangingskostenclausule erop neer zou komen dat de uitsluitingsclausule van toepassing is en blijft op het gehele traject van telen en vermeerderen, wat de omvang van de verzekering onevenredig zou beperken.

Het hof sluit nog af met de opmerking dat, indien verzekeraars een ruimere uitleg van de clausule beogen, zij dit duidelijk en niet voor tweërlei uitleg vatbaar in de polisvoorwaarden dienen te vermelden omdat nu het door verzekeraars verdedigde *‘een-op-een criterium’* niet uit de clausule blijkt en het hof bovendien van oordeel is dat dit criterium bij de toepassing op levende producten onvoldoende onderscheidend vermogen heeft.

Aldus is het hof duidelijk in zijn opvatting dat geen sprake is van een *‘een-op-een criterium’* dat bij vervangingskostenclausules van toepassing zou zijn. Het hof kijkt in de eerste plaats naar de verschijningsvorm van de beschadigde zaak. Als die (significant) afwijkt van de geleverde zaak, dan is sprake van schade aan een nieuwe zaak en niet aan de geleverde zaak. De inspanningen die de afnemer geleverd heeft om deze transformatie te bewerkstelligen worden door het hof niet meegenomen in de beoordeling van de vraag of sprake is van schade aan geleverde zaken. Hiermee lijkt het hof aan te sluiten bij de visie zoals verwoord door de Rechtbank Rotterdam met betrekking tot de delaminerende dakpanelen. Doorslaggevend is de vraag of – beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval – sprake is van een *nieuw* product. In geval van een levend product wordt hier de *facto* geen andere maatstaf gehanteerd dan in geval van zaakvermenging van niet-levende producten.

Tot slot verdient nog opmerking dat bij het hof vaststond dat slechts 5 procent van de plantuien besmet was met meeldauw, en dat deze 5 procent de overige 95 procent

plantuien had aangetast. Verzekeraars hadden een beroep op de bepaling in de vervangingskostenclausule gedaan dat sprake was van tot één en dezelfde transactie behorende goederen, en dat daarmee ook de niet-zieke plantuien van dekking waren uitgesloten. De rechtbank oordeelde dat een beroep op die laatste zin naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. Het hof oordeelde hierover echter anders en achtte van belang dat het ging om een grote partij plantuien en dat meeldauw een besmettelijke plantenziekte is zodat het in de lijn der verwachtingen lag dat ook de overige uien uit dezelfde partij met deze ziekte konden worden besmet. Onder die omstandigheden was het volgens het hof niet in te zien waarom een beroep op de uitsluiting naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Het verschil met het eerder in dit artikel besproken arrest van de Hoge Raad van 14 juni 2002 lijkt daarin gelegen te zijn dat de ratio van de *‘één-transactie-bepaling’* in het onderhavige geval juist wél tot uitsluiting noopt, nu het praktisch onmogelijk is om achteraf te bepalen welke plantuien al besmet waren bij levering en welke plantui dus als (relevante) veroorzaker van de schade moet worden aangemerkt.¹⁸

Conclusie

Dat de vervangingskostenclausule het ondernemersrisico van dekking beoogt uit te sluiten is duidelijk. Hoe de clausule in specifieke gevallen uitgelegd dient te worden, leidt in de praktijk regelmatig tot (uitleg)problemen. Omdat weinig jurisprudentie aanwezig is over de vervangingskostenclausule, zal veel afhangen van de omstandigheden van het geval. De wél aanwezige jurisprudentie is van lagere rechters en geeft een vrij casuïstisch beeld. Een constante factor is de overweging van rechtbanken dat uitsluitingen in de regel restrictief worden uitgelegd, zo ook de vervangingskostenclausule. Zoals ook het Hof Den Haag eindigt

Aldus is het hof duidelijk in zijn opvatting dat geen sprake is van een *‘een-op-een criterium’* dat bij vervangingskostenclausules van toepassing zou zijn.

in zijn arrest van 4 oktober 2016, doen verzekeraars die een ruimere uitleg beogen er goed aan om een vervangingskostenclausule op te nemen die niet voor tweërlei uitleg vatbaar is.

In dit kader kunnen de volgende tips meegegeven worden aan de praktijk.

- Verzekeraars doen er goed aan om de vervangingskostenclausule in de polis onder de loep te nemen en te beoordelen of deze – in het licht van de recente jurisprudentie – aansluit bij de gewenste dekking.

¹⁸ Een uitgebreide vergelijking van de twee arresten gaat het bestek van dit artikel te buiten. Gezien de weinige literatuur over dit onderwerp verdient een nadere beschouwing van de arresten aanbeveling.

- Hierbij verdient de situatie, dat sprake kan zijn van geleverde zaken die worden verwerkt tot een nieuw product, bijzondere aandacht. Indien in een dergelijk geval ook bedoeld wordt schade aan het ‘nieuwgevormde’ product uit te sluiten, dan dient dit expliciet in de polis te worden opgenomen. Bij gebreke van een dergelijke expliciete bepaling riskeren verzekeraars de kans dat een tot oordelen geroepen rechter aan de hand van de omstandigheden van het geval tot het oordeel komt dat sprake is van schade aan een andere (nieuwe) zaak dan de geleverde zaak, waarvoor wel dekking onder de polis bestaat.
- In geval van een verzekerde die levende producten levert, verdient voornoemd aspect extra aandacht. Het

Hof Den Haag is duidelijk in zijn oordeel dat uit de vervangingskostenclausule niet blijkt dat een ‘*een-op-een criterium*’ geldt. Indien verzekeraars schade aan een product van het vervolgtraject uit wens te sluiten, dan dient dit expliciet in de polisvoorwaarden te worden vermeld.

Over de auteur

Mr. E.E. Krikke is werkzaam als advocaat bij VanNiekerkCieremans B.V.