

tien dagen na de dag van deze uitspraak tot de dag van betaling;

5.5. verklaart dit arrest tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

5.6. wijst af het meer of anders gevorderde.

100

Kwalificatie van dekkingsomschrijving; don't judge a book by its cover

Rechtbank Rotterdam
6 april 2022, nr. C/10/614290 / HA ZA 21-200,
ECLI:NL:RBROT:2022:2677
(mr. Koekebakker, mr. Van Essen, mr. Veling)
Noot mr. T. Riyazi

Primaire dekkingsomschrijving. Preventieve garantielausule, art. 7:962 lid 1 BW.

[BW art. 7:446, 7:464 lid 2 onder b, 7:468;
WGBO art. V]

Neitraco maakt als onderaannemer van BC een fout door een onjuiste maatvoering te hanteren bij het uitzetten van een bouwkuip. BC stelt Neitraco aansprakelijk voor deze fout. Neitraco is verzekerd bij Liberty Mutual Insurance EU. BC heeft via Aon Risk Solutions een beurspolis afgesloten op de Londense markt voor beroepsaansprakelijkheid; deze verzekering dekt ook schade als gevolg van fouten van door verzekerden ingeschakelde onderaannemers ter uitvoering van een opdracht. Zijdens de verzekeraars van BC (de verzekeraars) krijgt B, claimsmanager bij de moedermaatschappij van BC (de verzekeringnemer), toestemming deel te nemen aan een bespreking met Neitraco en Liberty. Na deze bespreking laat B de verzekeraars weten dat, gezien de dekking die Liberty biedt, het verhaal ergens tussen de € 1,3 en € 1,5 miljoen zal liggen en dat Neitraco bij een vergoeding hierboven naar verwachting failliet zal gaan. Kort nadien wordt er door Liberty een conceptvaststellingsovereenkomst opgesteld met het voorstel dat zijdens Neitraco en Liberty in totaal € 1,5 miljoen wordt voldaan ter finale kwijting. Dit concept wordt ter goedkeuring doorgestuurd naar de verzekeraars. Zijdens de verzekeraars wordt aangegeven dat er in beginsel akkoord bestaat dat er met Liberty wordt afgewik-

keld voor € 1,3 miljoen maar dat verzekeraars nog moeten overleggen over de wens van verzekeraars om de mogelijkheid open te houden om meer dan de aangeboden € 200.000 op Neitraco te verhalen. B krijgt de boodschap mee dat verzekerde zich in afwachting van het bericht van verzekeraars als 'prudent uninsured' heeft te gedragen en wordt geadviseerd ondertussen geen finale regeling te treffen. Een dag later wordt de vaststellingsovereenkomst door verzekerde ondertekend waarin verzekerde ter finale kwijting genoeg heeft genomen met een totaal van € 1,5 miljoen.

Zijdens BC wordt voor de schade boven het bedrag van € 1,5 miljoen aanspraak gemaakt op dekking onder de polis bij verzekeraars voor de door Neitraco gemaakte fout. De vraag die vervolgens beantwoord dient te worden is of het standpunt van verzekeraars dat de polis geen dekking biedt omdat verzekerde in strijd met de polisvoorwaarden en/of de instructies van verzekeraars een schikking heeft getroffen met Neitraco tegen finale kwijting stand houdt. De rechtbank beantwoordt deze vraag bevestigend, aangezien in de polisvoorwaarden als primaire dekkingsomschrijving is opgenomen dat voor dekking van schadeclaims veroorzaakt door fouten van derden vereist is dat geen rechten jegens die derden worden prijsgegeven. De rechtbank wijst de vordering van verzekerde af.

1. Koninklijke Volkerwessels B.V., gevestigd te Rotterdam,
2. Bouwcombinatie Valley Amsterdam V.O.F., gevestigd te Rijswijk,
3. Boele & Van Eesteren B.V., gevestigd te Rijssen,
4. G&S Bouw B.V., gevestigd te Rijssen, eiseressen, advocaat mr. E.M. Tjon-En-Fa te 's-Gravenhage, tegen

1. Lloyd's Insurance Company S.A., gevestigd te Brussel, België,
2. Zurich Insurance PLC (UK Branch), gevestigd te Hampshire, Verenigd Koninkrijk,
3. Chubb European Group SE, gevestigd te Courbevoie, Frankrijk, gedaagden, advocaat mr. O.W. van de Weijer te Amsterdam. Eiseressen zullen hierna gezamenlijk VolkerWessels genoemd worden (en worden aangeduid met

vrouwelijk enkelvoud). Gedaagden zullen hierna gezamenlijk verzekeraars genoemd worden.

1. *De procedure*
(...)

2. *De feiten*

2.1. Bouw Combinatie Valley Amsterdam V.O.F. (eiseres onder 2, hierna: BC Valley) is een bouwconsortium dat bestaat uit Boele & Van Eesteren B.V. (eiseres onder 3) en G&S Bouw B.V. (eiseres onder 4). Beide zijn werkmaatschappijen van Koninklijke VolkerWessels B.V. (eiseres onder 1). BC Valley is in augustus 2017 gestart met de bouw van drie woon- en kantoorstorens in Amsterdam aan de Zuidas (hierna: het Valley-Project).

2.2. Neitraco Engineering B.V. (hierna: Neitraco) heeft, als onderaannemer van BC Valley, werkzaamheden verricht bij de uitvoering van de bouw van het Valley-Project. De afspraken tussen BC Valley en Neitraco zijn op 3 juli 2017 vastgelegd in een overeenkomst van aanneming.

2.3. In december 2017 is geconstateerd dat Neitraco niet de juiste maatvoering had gehanteerd bij het uitzetten van de bouwkuip ten behoeve van het Valley-Project en dat als gevolg hiervan alle aanwezige funderingspalen op de verkeerde plaats stonden. De gerealiseerde bouwkuip was circa 0,8 meter in oostelijke richting verschoven en circa 1,8 meter in noordelijke richting. BC Valley heeft Neitraco hiervoor aansprakelijk gesteld. Neitraco heeft bevestigd dat zij niet de juiste maatvoering heeft gehanteerd.

2.4. VolkerWessels heeft voor beroepsaansprakelijkheid (*Professional Liability*) via Aon Risk Solutions (hierna: Aon) een verzekeringsprogramma afgesloten waarbij de verzekerde som is verdeeld in verschillende *layers* en voor elke *layer* een aparte verzekeringsovereenkomst is afgesloten. Voor deze procedure is van belang de *primary layer*, genaamd *Professional Indemnity-policy* (hierna: PI-polis), welke verzekering is afgesloten op de Londense markt. De polis had een looptijd van 1 juli 2017 tot 1 juli 2018.

2.5. Gedaagden zijn verzekeraars onder de PI-polis. Een van de rechtsvoorgangers van gedaagde onder 1, de leidend verzekeraar met het grootste aandeel op de PI-polis, is QBE, van welke verzekeraar [persoon A] (hierna: [persoon A]) destijds de schadebehandelaar was.

2.6. De PI-polis luidt – voor zover relevant – als volgt:

“LIMIT OF INDEMNITY EUR 5,000,000 any one claim and in the aggregate including costs and expenses plus unlimited automatic reinstatements (round the clock basis)

EXCESS EUR 1,500,000 in the aggregate including costs and expenses which in turn is excess of EUR 150,000 each and every claim including costs and expenses, as more fully set out in the Wording.

(...)

Coverage

Insurers agree to indemnify the Insured for any sum or sums which the Insured may become legally or contractually liable to pay arising from any claim or claims first made against them during the Period of Insurance stated in the Schedule alleging a breach of a Professional Duty or claims alleging a breach of contract or breach of warranty of authority on the part of the Insured occasioned by negligence of the Insured in the execution of the Professional Activities and/or Duties as defined.

FURTHER, it is understood and agreed that the liability of the Insurers for all damages and claimants costs, and expenses incurred with the Insurers written consent (which shall not be unreasonably withheld) in the investigation, defense, and or settlement of any claim will not exceed in the aggregate during any one Period of Insurance the Limit of Indemnity specified in the Schedule:

1. *Mitigation Costs*

1.1. The Insurers will, subject to the Limit of Indemnity specified in the schedule, additionally indemnify the *Insured* against actual expenses reasonably incurred in respect of any action taken to prevent or mitigate a loss or potential loss (that otherwise would be the subject of a claim) under this *Policy* and/or rectifying, remedying or making-good any part of the building or engineering works including temporary or auxiliary works prior to or after the issue of any final certificate to the extent that such mitigation, rectification, remedy or making-good is due to an alleged, perceived or foreseen breach of a *Professional Activity and/or Duty* (as defined herein), also if these measures turned out not to be effective in hindsight.

1.2. Notwithstanding par. 7:960 Dutch Civil Code, a loss or potential loss that otherwise would be the subject of a claim under this *Policy* is deemed to include contracts where legal liability would normally be established upon completion or hand-

over of the Contract Works to a third party. The onus of proving that such a loss or potential loss would be the subject of a claim under this *Policy* will be upon the Insured.

1.3. Should it be decided not to mitigate, rectify, remedy or make good the building or engineering works, Insurers shall Indemnify the Insured for such loss sustained or compensation paid (with Insurers' consent) by the Insured as a consequence thereof, provided always such indemnification shall not exceed the amount Insurers would have been liable to pay had the mitigation, rectification, remedy or making-good actually been effected.

1.4. The coverage under 1.1 to 1.3 is only available if: (i) the *Insured* submits full details of the mitigation, rectification, remedy or making-good measures as well as any other information that may be required by Insurers, as soon as the potential amount involved with the mitigation measures is, in excess of amount EUR1,000,000, and (ii) the *Insured* submits the details under (1) to Insurers within 28 days after this threshold of EUR1,000,000 was reached.

The onus of proving that the requirements under (i) and (ii) are fulfilled shall be upon the *Insured*.

1.5. If the *Insured* does not fulfil the obligations under 1.4, Insurers do not indemnify the *Insured* for mitigation and rectification costs under this *Policy*.

1.6 With regard to building and/or engineering contracts where the *Insured* is both the employer or principal and the building and/or engineering contractor, coverage as detailed in clause 1.1. is subject to the *Insured* proving that, should there have been a contract with a third party (upon terms which are commonly used at the time of the loss), then there would have been a claim under this *Policy* for mitigation costs as provided under clause 1.1 and 1.2.

With regard to building and/or engineering contracts where the *Insured* is not the building and/or engineering contractor, coverage as detailed in clause 1.1. is subject to the *Insured* to Insurers satisfaction proving that the building and/or engineering contractor is liable for a breach of a Professional Duty occasioned by negligence in the execution of the *Professional Activities and/or Duties* as herein defined, or otherwise subject to the requirements in clause 'Vicarious Liability'.

2. Vicarious Liability

The Insurers will indemnify the *Insured* in respect of its liability arising out of negligence by special-

list designers, consultants or sub-contractors of the *Insured* and engaged in the performance of the *Professional Activities and/or Duties* defined herein provided that the rights of recourse against such specialist designers, consultants or sub-contractors are not waived.

(...)

Provided always that:

a. a) The *Insured* will check, examine or inspect the work of such specialist consultants or sub-contractors

b) The Insurers will become subrogated to all rights of recourse of the *Insured* against such specialist consultants or sub-contractors,

(...)

Disputes

Any dispute arising from this contract of insurance will be subject to the judgment of the Rechtbank at Rotterdam and will be decided in accordance with the law of the Netherlands.

MEMORANDA ATTACHING TO AND FORMING PART OF THIS POLICY

MEMORANDUM 1 – The use of specific Contract Conditions

The acceptance by the *Insured* of contract conditions restricting liability (such as RVOI, Fidic, DNR, SR), shall not, for purpose of this *Policy*, be deemed to involve the waiving or impairment of any rights of recourse or recovery against specialist designers, designing suppliers, consultants or subcontractors."

2.7. Op 16 januari 2018 heeft [persoon B] (hierna: [persoon B]), *claimsmanager* bij VolkerWessels Corporate Risk & Insurance, de mogelijke claim gemeld bij Aon. Aon heeft daarna de verzekeraars op de Londense markt ingelicht.

2.8. Op 28 maart 2018 heeft [persoon B] een update aan Aon verstrekt en verzocht om benoeming van een *loss adjuster*.

2.9. Op 11 april 2018 heeft Aon laten weten dat verzekeraars [persoon C] (hierna: [persoon C]) van Charles Taylor Adjusting (hierna: CTA) aanwijzen als *loss adjuster*.

2.10. Liberty Mutual Insurance EU Ltd. (hierna: Liberty) is de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van Neitraco.

2.11. Op 26 april 2018 heeft Aon in een e-mail aan [persoon B] laten weten dat [persoon B] kan deelnemen aan een bespreking met Neitraco en Liberty. De instructie hierbij voor [persoon B] is: "no admission of liability or offers of settlement without insurers' consent".

2.12. [persoon B] heeft per e-mail van 26 april 2018 geantwoord aan Aon. Deze e-mail luidt – voor zover hier relevant – als volgt:

“Furthermore admittance of liability is in this case not at hand. I will however not agree to any deal without the consent of insurers first.

I would however like to emphasize that Neitraco and their Insurers will point out that if we were to press for a deal beyond the policy coverage they will state that Neitraco will go bankrupt. I expect therefore a deal somewhere between 1,500,000 and 1,300,000.”

2.13. Op 8 juni 2018 heeft een bespreking plaatsgevonden tussen [persoon B], Neitraco en Liberty. [persoon B] bericht CTA na afloop hiervan bij e-mail als volgt:

“Just returned from a meeting with Liberty Global, PI Insurers of Neitraco. Their Insurance covers max 1.5 million Euro per event. Deductible for Neitraco is 200.000 euro’s.

Given the total claimed amount and the fact the policy was triggered by the error made cover was acknowledged and we were offered a total of 1.5 million Euro’s. They would however like to have a settlement in Full and Final. So no further recourse against Neitraco.

I have said that we expected this outcome but because of their involvement we would need formal agreement of our Insurers for a full and final settlement.

Reason for asking for a full and final settlement is the financial status of Neitraco. If we were to proceed with the claim against Neitraco they would go bankrupt. I have said that it is not the intention of VolkerWessels to be the cause of bankruptcy if it can be avoided but that we are not alone in this. Hence we did not formally agree to the offer. I have asked Liberty to draw up a document which can be if agreed undersigned by the Company and Insurers as well if agreed.

Please find enclosed financial reports of Neitraco Engineering as well Neitraco Beheer (Parent Company) made by Graydon. Unfortunately the financial information in this reports contain only consolidated figures.

Having said that if we were to pursue the claim to the parent company we would need a so called 403 declaration meaning that the parent company is financially liable for its subsidiaries. We were informed there is no such declaration.

Furthermore we enclose a confidential letter from Neitraco’s accountant informing us of their actual

situation in 2016. We were told the results over 2017 were no better.

Given the circumstances we would advise to accept the offer made by Neitraco and their Insurers.

Proceeding further against Neitraco would in our view lead to extra cost with a minimum to no chance at all of recovery.

As soon as we receive the settlement agreement we will forward it to you.

Obviously the BC Vally (Insured) will pursue the claim under the PH policy. We kindly ask insurers to share with us their view on coverage.”

2.14. Op 9 juli 2018 heeft Liberty een e-mail gezonden aan [persoon B], waarvan de inhoud, voor zover thans relevant, als volgt luidt:

“In het verlengde van hetgeen wij hebben besproken hier op kantoor op 8 juni jl. bestaat er de bereidheid om thans sans prejudice de schade af te wikkelen tegen een betaling tegen finale kwijting.

In dat kader tref je bijgaand de VSO aan, welke wij heden eveneens per fysieke post aan jou zullen doen toekomen. Wij zien – indien akkoord – graag een getekende versie terug wanneer wij vervolgens jou in het bezit zullen stellen van een door Neitraco / Liberty getekende versie c.q. tot betaling zullen overgaan.

(...)

Genoemd voorstel komt binnen 4 weken na heden te vervallen en hieraan kunnen alsdan ook geen rechten worden ontleend.”

2.15. Op 10 juli 2018 heeft [persoon B] de concept vaststellingsovereenkomst aan CTA gezonden met het verzoek dit aan verzekeraars voor de leggen.

2.16. Op 13 juli 2018 heeft Aon aan [persoon B] een e-mail gezonden met, voor zover thans relevant, de volgende inhoud:

“[voornaam persoon A] [[*persoon A*]; *toevoeging rechtbank*] called. She wasn’t sure that Neitraco were trying to create pressure or whether they really were facing insolvency. I suggested that those closest to the issue appear to believe that this is genuine. She accepts this.

CTA have spoken to [persoon D] [*advocaat van verzekeraars in Nederland; toevoeging rechtbank*], who has confirmed that Dutch law is different and there isn’t the legislative protection of insurance recoveries the way English law ring fences them through direct action rights. Thus she is happy on that point. I responded that this therefore supports the decision to get the funds now and she

agreed. She agreed to seek agreement from her co-insurers today to agree the settlement on a WP basis (i.e. she is not confirming coverage). She cannot guarantee that she will get responses today but she agreed that she together with CTA would put pressure on getting responses from the co-insurers as soon as possible, but that early next week may be more realistic.

Thus we are in the position where QBE agree, but it is subject to the agreement of her co-insurers which has been sought.”

2.17. Op 17 juli 2018 om 12:00 uur heeft CTA aan [persoon B] als volgt per e-mail bericht:

“Yes, we issued an update to Insurers following your call with [voornaam persoon C] [*van CTA; toevoeging rechtbank*] on Friday. Insurers are happy for you to seek to reach an agreement with Liberty for their EUR1.3 million limit but to leave any recovery against Nitraco open, as per you call with [voornaam persoon C].”

2.18. Op diezelfde dag om 18:00 uur heeft [voornaam persoon C] (van CTA) aan Aon het volgende per e-mail bericht:

“I’m on holiday on Spain so. Bit limited on what I can do but the position is that I told [voornaam persoon B] [*[persoon B]; toevoeging rechtbank*] that theree no reason why he can’t accept Neitraco’s Insurers’ fill and final offer because QBE will never see the first 1.65m pounds come what may.

But I asked if he could not accept the Nitraco EUR200k bit because that leaves QBE the opportunity of going for more if they want to. (...)”

2.19. Op 18 juli 2018 heeft Aon aan [persoon A] (van QBE) een herinnering gestuurd.

2.20. Op 23 juli 2018 heeft [persoon A] om 16.05 uur een e-mail gezonden aan Aon, met een cc aan CTA, met de volgende inhoud:

“I am still yet to hear from the entire market, and therefore please advise the insured to act as a prudent uninsured.

As a side note, I would advise the Insured that any deal should NOT be in full and final settlement. Please note this is Without Prejudice to the policy position.”

2.21. Aon heeft hierop diezelfde dag om 16:42 uur als volgt per e-mail gereageerd:

“This does not actually assist our mutual client. I will clarify if there is any option to accept a non-full and final offer (which I don’t believe there is based upon previous discussions). If there was an opportunity to settle on a non-full and final basis then VW could accept it in any event without

needing permission as it could not prejudice insurers position.

If our understanding is correct that there is only a full and final offer on the table then your qualification prevents the insured from acting as a prudent insured and securing a payment to minimise the loss. (...)”

2.22. CTA heeft na de mail van [persoon A] van 16:05 uur contact opgenomen met [persoon B]. CTA heeft vervolgens de inhoud van dit gesprek bevestigd per e-mail van 23 juli 2018 om 18:32 uur aan Aon en [persoon A]:

“I’ve just spoken to [persoon B]. I have asked him to send me the latest information from the Dutch agency which provides information on Neitraco’s financial position. I have asked him to send it to [voornaam persoon D] [*[persoon D] – de Nederlandse advocaat van verzekeraars; toevoeging rechtbank*] too.

If this presents us with evidence that Neitraco are frail, then I think we can recommend that the present full and final offer should be accepted. If it does not then it would seem more sensible to wait.

[voornaam persoon B] is happy with that. He is on holiday but is asking his assistant, [persoon E] to send the information tomorrow. It is in Dutch, hence the [voornaam persoon D] input.

I hope that will help us reach a conclusion.”

2.23. Op 24 juli 2018 heeft VolkerWessels de op 19 juli 2018 door BC Valley ondertekende *settlement agreement* (hierna: de vaststellingsovereenkomst) met Neitraco en Liberty per e-mail toegezonden aan Liberty. In de vaststellingsovereenkomst wordt BC Valley als “BCVA” aangeduid. Verder staat daarin, voor zover relevant:

“Article 2: Settlement Amount

On behalf of Neitraco Liberty will take care of the payment to BCVA of a total amount of EUR 1.300.000,- (the limit of coverage). Neitraco will pay BCVA an amount of EUR 200.000,-. Therefore the total amount will be EUR 1.500.000,- (the ‘Settlement Amount’). The Settlement Amount inter alia includes extrajudicial costs. Payment of the Settlement Amount does not constitute any admission of guilt, responsibility or liability of Neitraco and/or Liberty towards BCVA.

(...)

Article 4: Full and final discharge

All Parties hereby provide each other full and final discharge and release each other from any and

all claims or potential claims, now or in the future, in respect of or related to the Dispute in the broadest sense, other than provided for in the Settlement Agreement. Neitraco and Liberty will be discharged individually and separately upon payment of their individual share of the Settlement Amount (EUR 200.000,-, respectively EUR 1.300.000,-).”

2.24. Op 25 juli 2018 heeft [persoon B] CTA per e-mail als volgt bericht:

“[voornaam persoon C], please find enclosed the promised Graydon report. This is the Financial situation up and including 2016. After that it is only hear say. On the one hand rumours of them going into administration and on the other that it is not as bad as that. As Insured we felt accepting the offer was the best thing to do”

3. *Het geschil*

3.1. VolkerWessels vordert – na eiswijziging – om bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

I. te verklaren voor recht dat verzekeraars, ieder voor zich voor het percentage waarvoor zij op het risico hebben ingetekend, dekking behoren te bieden voor de volledige door VolkerWessels geleden schade ten gevolge van de fout van Neitraco;

II. verzekeraars, ieder voor zich voor het percentage waarvoor zij op het risico hebben ingetekend, te veroordelen tot vergoeding aan VolkerWessels van de door haar geleden schade ter hoogte van € 5.000.000,00, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 22 februari 2019, althans een andere in goede justitie te bepalen datum, tot aan de dag der algehele voldoening;

III. verzekeraars, ieder voor zich voor het percentage waarvoor zij op het risico hebben ingetekend, te veroordelen in de kosten van deze procedure, één en ander te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf zeven dagen na betekening van het vonnis.

3.2. Verzekeraars voeren verweer en concluderen tot afwijzing van de vorderingen, althans tot niet-ontvankelijkverklaring van VolkerWessels, althans tot ontzegging van de vorderingen, subsidiair de vorderingen toe te wijzen zonder uitvoerbaarheid bij voorraad, althans daaraan de voorwaarde van zekerheid te verbinden, met veroordeling van VolkerWessels in de kosten van het geding, te vermeerderen met de nakosten en

met de wettelijke rente over de (na-)kosten vanaf veertien dagen na dagtekening van het vonnis.

3.3. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. *De beoordeling*

Eisvermeerdering

4.1. VolkerWessels heeft haar eis vermeerderd bij akte die is ingediend ten behoeve van de mondelinge behandeling van 13 januari 2022. Tegen de vermeerdering van eis is geen bezwaar gemaakt. De rechtbank acht de vermeerdering van eis niet in strijd met de eisen van een goede procesorde zodat wordt uitgegaan van de gewijzigde eis.

Internationaal geval

4.2. Dit is een internationale zaak, omdat verzekeraars in België, het Verenigd Koninkrijk en Frankrijk gevestigd zijn. De rechtbank moet dus ambtshalve beoordelen of zij internationaal bevoegd is en welk recht van toepassing is. In de PI-polis is een forumkeuze voor deze rechtbank gemaakt en een rechtskeuze voor Nederlands recht. De toepasselijkheid van deze bepaling is door geen van partijen ter discussie gesteld. De rechtbank is dus bevoegd en Nederlands recht is van toepassing.

Kern van het geschil

4.3. Kern van het geschil is of verzekeraars – zoals VolkerWessels stelt – de schade moeten vergoeden die VolkerWessels heeft geleden als gevolg van het niet hanteren van de juiste maatvoering door Neitraco, dan wel dat – zoals verzekeraars stellen – de polis geen dekking biedt omdat VolkerWessels in strijd met de polisvoorwaarden en/of de instructies van verzekeraars een schikking heeft getroffen met Neitraco tegen finale kwijting, dan wel omdat verzekeraars door de schikking met Neitraco in hun regresrechten zijn benadeeld in de zin van art. 7:962 lid 1 BW.

Stellingen VolkerWessels

4.4. VolkerWessels stelt dat Neitraco een beroepsfout heeft gemaakt en dat BC Valley als gevolg daarvan kosten heeft moeten maken, bestaande uit allerlei aanpassingen om ervoor te zorgen dat het te realiseren gebouw alsnog op een constructief veilige wijze op de oorspronkelijk beoogde locatie kon worden gebouwd. De schade als gevolg van de fout van Neitraco als onderaannemer

van BC Valley is gedekt onder de *vicarious liability*-clausule. De gestelde kosten zijn, als gemaakte kosten ter voorkoming van een schadeclaim van de opdrachtgever, gedekt onder de *mitigation costs*-clausule. De kosten bedragen € 9.156.794,44 en verzekeraars moeten hiervan € 5.000.000,00 dekken onder de PI-polis. Ten aanzien van de *vicarious liability*-clausule geldt dat voldaan is aan de primaire dekkingsomschrijving. Meer specifiek geldt dat de in die clausule opgenomen voorwaarde (“provided that the rights of recourse [...] are not waived”) zo moet worden uitgelegd dat niet vooraf, bij contractsluiting met een onderaannemer, een vergaande aansprakelijkheidsbeperking overeengekomen mag worden. Dat is in dit geval niet gebeurd. De achteraf in de vaststellingsovereenkomst overeengekomen kwijting staat dus niet aan dekking onder de *vicarious liability*-clausule in de weg.

Verweren verzekeraars

4.5. Volgens verzekeraars is de schade als gevolg van de fout van Neitraco niet gedekt onder de *vicarious liability*-clausule, omdat VolkerWessels afstand heeft gedaan van de regresrechten jegens de onderaannemer terwijl zij op basis van deze clausule juist gehouden was de regresrechten in stand te houden. Dat de voorwaarde “provided that the rights of recourse [...] are not waived” alleen zou gelden bij het aangaan van de verzekering, strookt niet met de duidelijke tekst en niet met de bedoeling ervan.

VolkerWessels heeft bovendien gehandeld in strijd met de instructies van verzekeraars om niet tegen finale kwijting te schikken met Neitraco. Zij heeft daarmee niet gehandeld als een prudent onverzekerde. Ook heeft VolkerWessels aldus gehandeld in strijd met art. 7:962 BW. Een beroep daarop door verzekeraars is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar.

Niet is komen vast te staan dat er een urgentie om te schikken was omdat Neitraco op de rand van faillissement verkeerde. Tot slot is de gevorderde schade onvoldoende onderbouwd althans niet daadwerkelijk geleden.

Uitleg

4.6. De rechtbank overweegt als volgt.

4.7. Tussen partijen staat vast dat de PI-polis is afgesloten op de Londense markt. Niet is in geschil dat tussen partijen niet is onderhandeld over de ter discussie staande bepalingen in de PI-polis,

te weten de *vicarious liability*-clausule en de *mitigation costs*-clausule. In laatstgenoemde clausule worden de voorwaarden van de *vicarious liability*-clausule ook op dekking voor die kosten van toepassing verklaard.

4.8. De uitleg van verzekeringsvoorwaarden waarover niet tussen partijen is onderhandeld, is met name afhankelijk van objectieve factoren zoals de bewoordingen waarin de desbetreffende bepaling is gesteld, gelezen in het licht van de polisvoorwaarden als geheel en van een eventuele bij de polisvoorwaarden behorende toelichting (HR16 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2793, Chubb/Dagenstaed, en HR 13 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:601). Bij de uitleg van de bewoordingen kunnen in dit geval ook (Londense) beursgebruiken een rol spelen, nu de polis daar is afgesloten.

4.9. De *vicarious liability*-clausule betreft een omschrijving van de dekking van de PI-polis waarbij de dekking wordt uitgebreid van schadeclaims als gevolg van fouten van (uitsluitend) eigen verzekeren naar schadeclaims als gevolg van fouten van drie (andere) groepen, te weten “specialist designers, consultants or sub-contractors” (zie onder 2.6). De clausule is zo opgesteld dat aan die uitbreiding wel een voorwaarde wordt verbonden, namelijk “that the rights of recourse against such specialist designers, consultants or sub-contractors are not waived”. Dat het hier een voorwaarde betreft voor het intreden van de dekkingsuitbreiding blijkt uit het gebruik van de woorden “provided that”. De gebruikte bewoordingen wijzen er op dat het hier gaat om een voorwaarde voor de daarvoor genoemde insluiting van de genoemde drie groepen, ongeacht het moment waarop een verzekerde enig recht jegens die derde zou prijsgeven. Daarmee is deze extra voorwaarde een onderdeel (geworden) van de dekkingsomschrijving. Anders dan VolkerWessels heeft betoogd, biedt de opbouw van de polis steun voor de uitleg dat het hier gaat om een omschrijving van de dekking. De *vicarious liability*-clausule staat immers onder het kopje “coverage” en niet pas bij de opsomming van “insured’s duties in the event of a claim”.

4.10. De gebruikte bewoordingen bieden geen aanknopingspunt voor een beperkte uitleg van de hier bedoelde voorwaarde, in die zin dat deze alleen zou zien op de periode voordat het schadeveroorzakende voorval zich heeft voorgedaan. De rechtbank wijst in dit verband nog in het bijzon-

der op de verstrekkende bewoordingen aan het slot van de *vicarious liability*-clausule:

“*Provided always that (onderstreping in oorspronkelijke tekst; toevoeging rechtbank; curs.; red.):*

a) (...)

b) The Insurers will become subrogated to all rights of recourse of the Insured against such specialist consultants or sub-contractors”.

De hier gebruikte bewoordingen bieden steun aan de hiervoor omschreven ruime uitleg. Niet alleen het onderstreepte “always” wijst daarop, maar ook het gegeven dat in dit verband wordt verwezen naar de subrogatie van verzekeraars. Van subrogatie is immers uit de aard van de zaak pas sprake als het schadeveroorzakende feit zich heeft voorgedaan. Naar het oordeel van de rechtbank biedt ook het bepaalde in Memorandum 1 steun aan een ruime uitleg. Op grond van dat Memorandum worden aansprakelijkheidsbeperkingen opgenomen in standaardregelingen zoals de RVOI niet beschouwd als “the waiving or impairment of any rights of recourse” in de zin van de *vicarious liability*-clausule. Dit is dus een expliciete beperking van de “provided that”-zinsnede. Zou VolkerWessels worden gevolgd in haar beperkte uitleg van die zinsnede, dan zou de reikwijdte daarvan als gevolg van het Memorandum zeer aanzienlijk worden beperkt. Die consequentie ligt niet voor de hand en wordt niet ondersteund door andere objectieve aanknopingspunten.

4.11. Zoals hiervoor reeds is overwogen, kunnen bij de uitleg van de bewoordingen (Londense) beursgebruiken een rol spelen, nu de polis daar is afgesloten. Er is echter door VolkerWessels zelf verklaard dat het hier niet gaat om discussie over een begrip dat op de Londense markt een vastomlijnde betekenis heeft. Verder is niet gesteld dat er beursgebruiken zijn die nopen tot een andere uitleg dan de hiervoor genoemde objectieve lezing van de bewoordingen van de polis. Voor de uitleg die VolkerWessels voorstaat zijn ook overigens geen aanknopingspunten te vinden.

4.12. De slotsom van het voorgaande is dat de *vicarious liability*-clausule zo moet worden uitgelegd dat voor dekking van schadeclaims veroorzaakt door fouten van de daarin genoemde derden vereist is dat geen rechten jegens die derden worden prijs gegeven, noch voordat, noch nadat het schadeveroorzakende voorval zich heeft voorgedaan.

4.13. In dit geval staat vast dat VolkerWessels de “rights of recourse” van verzekeraars jegens

Neitraco juist wel heeft prijs gegeven. De hiervoor gegeven uitleg van de *vicarious liability*-claim betekent dus in beginsel dat de schade als gevolg van de fout van Neitraco niet gedekt is. Dat zou echter anders kunnen liggen in het geval verzekeraars toestemming hebben gegeven aan VolkerWessels om tegen finale kwijting een schikking aan te gaan met Neitraco of VolkerWessels uit de gedragingen van verzekeraars had mogen afleiden dat zij in het kader van een schikking jegens Neitraco afstand mocht doen van verhaalsrechten zonder dat dit gevolgen zou hebben voor haar dekking of anderszins. Van een dergelijke toestemming is echter geen sprake geweest en van zodanige gedragingen is niet of onvoldoende gebleken, integendeel. Dit volgt uit de hierna volgende correspondentie tussen partijen.

4.14. Zoals hiervoor is weergegeven berichtte CTA aan [persoon B] per e-mail van 17 juli 2018, zie hiervoor onder 2.17, dat:

“Insurers are happy for you to seek to reach an agreement with Liberty for their EUR1.3 million limit *but to leave any recovery against Neitraco open*, as per you call with [voornaam persoon C]”. [persoon B] diende dus, gelet op de zinsnede die de rechtbank heeft onderstreept, de regresmogelijkheid op Neitraco juist open te houden.

Op diezelfde dag liet CTA aan Aon weten dat het bod van Neitraco van € 200.000,00 niet geaccepteerd moet worden om QBE de mogelijkheid te geven voor een hogere vergoeding te gaan (zie hiervoor onder 2.18). Dat heeft zij daaraan voorafgaand laten weten aan [persoon B], zo volgt uit de mail. En [persoon A] van QBE schreef in haar mail van 23 juli 2018 aan Aon, zie hiervoor onder 2.20, dat wil zeggen nadat VolkerWessels de vaststellingsovereenkomst had getekend maar nog voordat zij deze naar Liberty verstuurde:

“(…) I would advise the Insured that any deal should NOT be in full and final settlement(…)”

Tot slot heeft CTA op 23 juli 2018 na voormelde mail van [persoon A] ook nog contact opgenomen met [persoon B] en vervolgens de inhoud van dat gesprek bevestigd per e-mail van diezelfde dag aan Aon en [persoon A]. Uit deze bevestiging kan worden opgemaakt dat CTA aan [persoon B] heeft gevraagd om de laatste informatie over de financiële positie van Neitraco en hieraan heeft toegevoegd:

“If this [bedoeld wordt de financiële informatie; toevoeging rechtbank] presents us with evidence that Neitraco are frail, then I think we can recom-

mend that the present full and final offer should be accepted. If it does not then it would seem more sensible to wait.”

Door VolkerWessels is vervolgens geen informatie over de financiële positie van Neitraco verstrekt aan verzekeraars, terwijl de getekende vaststellingsovereenkomst de dag daarna, op 24 juli 2018, wel naar Liberty is gezonden.

Wat er ook zij van de exact gekozen bewoordingen in de diverse mails en of dit nu een advies was of een instructie namens verzekeraars aan VolkerWessels, voor VolkerWessels moet helder zijn geweest dat verzekeraars er op het moment dat zij de vaststellingsovereenkomst ondertekende en vervolgens aan Liberty zond niet mee akkoord gingen dat VolkerWessels – in afwijking van de voorwaarden genoemd in de *vicarious liability*-clausule – afstand zou doen van verhaalsrechten op Neitraco.

4.15. Nog afgezien van het voorgaande geldt dat verzekeraars herhaaldelijk expliciet hebben gemeld dat, zoals ook in de polis vermeld staat, toestemming van alle verzekeraars nodig was, alvorens akkoord te kunnen gaan met de schikkingsovereenkomst. Dit akkoord was er niet, zoals niet in geschil is tussen partijen. Zo heeft Aon op 13 juli 2018 aan [persoon B] geschreven, zie hiervoor onder 2.16:

“(…) Thus we are in the position where QBE agree, but it is subject to the agreement of her co-insurers which has been sought.”

Zoals blijkt uit zijn e-mail van 8 juni 2018 aan CTA (zie hiervoor onder 2.13) was [persoon B] zich ook bewust van de noodzaak van een formeel akkoord van verzekeraars. Hij merkt immers op:

“(…) We would need formal agreement of our Insurers for a full and final settlement”

4.16. VolkerWessels voert nog aan dat een beroep op schending van voorwaarden genoemd in de *vicarious liability*-clausule, gezien de omstandigheden van het geval, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, vanwege de financiële situatie van Neitraco. Dit beroep gaat niet op. De rechtbank stelt in dit verband voorop dat de verzekeraar vrij is in het bepalen van de grenzen waarbinnen hij bereid is dekking te verlenen en dat een beroep op die grenzen niet spoedig onaanvaardbaar zal zijn (vergelijk HR 9 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV9435).

4.17. De stelling van VolkerWessels dat zij gelet op de benarde financiële positie van Neitraco geen andere keuze had dan akkoord te gaan met de

vaststellingsovereenkomst zoals die door Neitraco en Liberty aan haar was voorgelegd, houdt geen stand. Op basis van de bekende stukken, zoals deze ter zitting zijn besproken – de kredietinformatierapporten van Neitraco Engineering B.V. en van Neitraco Beheer B.V. van 8 juni 2018 – en gelet op de verklaring van [persoon B] ter zitting, met de strekking dat hij destijds niet over concrete informatie beschikte waaruit volgde dat Neitraco elk moment zou kunnen omvallen, is niet aannemelijk geworden dat de financiële situatie van Neitraco zo slecht was dat er niet nog even gewacht kon worden met het sluiten van een schikkingsovereenkomst. In dit verband neemt de rechtbank in aanmerking dat het door Liberty op 9 juli 2018 gegeven ultimatum van vier weken voor het akkoord gaan met de schikkingsovereenkomst nog niet was verlopen, niet op het moment van ondertekening door BC Valley – op 19 juli 2018 – en niet op het moment van verzending door VolkerWessels aan Liberty op 24 juli 2018. Deze termijn verliep immers pas op 6 augustus 2018. Daar komt nog bij, zoals de rechtbank hiervoor ook al heeft aangehaald, dat CTA op 23 juli 2018 aan [persoon B] heeft meegedeeld dat zij bewijs wenste van de financiële positie van Neitraco, zie hiervoor onder 2.22. Als daaruit zou blijken dat die positie zwak was, dan kon door CTA aan verzekeraars geadviseerd worden om akkoord te gaan met de regeling. Zo niet, dan was het advies om te wachten. Hierna zijn geen nadere stukken aangeleverd omtrent de financiële positie van Neitraco. In plaats daarvan heeft VolkerWessels een dag later de getekende vaststellingsovereenkomst naar Liberty verstuurd.

4.18. De conclusie is dan ook dat, nu door VolkerWessels afstand is gedaan van verhaalsrechten jegens Neitraco en Liberty, niet voldaan is aan de voorwaarden voor dekking zoals deze volgen uit de PI-polis. De consequentie hiervan is dat er geen dekking is onder de PI-polis.

4.19. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de vorderingen van VolkerWessels moeten worden afgewezen. De andere stellingen en verweren hoeft de rechtbank daarmee niet meer te bespreken.

4.20. VolkerWessels zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van verzekeraars worden begroot op:

- exploitkosten € 85,81
- griffierecht € 667,00

– salaris advocaat € 11.997,00 (3 punten × tarief VIII ad € 3.999,00)
Totaal € € 12.749,81

5. De beslissing

De rechtbank

5.1. wijst de vorderingen af,

5.2. veroordeelt VolkerWessels in de proceskosten, aan de zijde van verzekeraars tot op heden begroot op € 12.749,81, te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW over dit bedrag met ingang van veertien dagen na dagtekening van dit vonnis tot de dag van volledige betaling,

5.3. veroordeelt VolkerWessels in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 163,00 aan salaris advocaat, te vermeerderen, onder de voorwaarde dat VolkerWessels niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan het vonnis heeft voldaan en er vervolgens betekening van het vonnis heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 85,00 aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van de uitspraak, en te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in art. 6:119 BW over de nakosten met ingang van veertien dagen na de betekening van dit vonnis tot de dag van volledige betaling,

5.4. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

Dit oordeel van de rechtbank is een mooi voorbeeld van de verstrekkende gevolgen die de redactie van een polisvoorwaarde kan hebben voor de vraag of verzekerde zich kan beroepen op het ontbreken van het causaal verband tussen het niet voldoen aan de voorwaarde en de ingetreden schade. Voordat ik inga op de overwegingen van de rechtbank, volgt hieronder een korte uiteenzetting van het verschil tussen een primaire dekkingssomschrijving en de secundaire dekkingssomschrijving.

1. Primaire dekkingssomschrijving

Onder de primaire dekkingssomschrijving kan worden verstaan de positieve omschrijving van de gedekte gevaren, de in de (positieve) dekkingssomschrijving besloten liggende (impliciete) uit-

sluitingen en expliciete uitsluitingen/dekkingsbeperkingen.¹

Indien eenmaal aangenomen kan worden dat de verzekerde niet aan de voorwaarde heeft voldaan, wordt niet meer toegekomen aan de vraag of er causaal verband bestaat tussen het niet voldoen aan de gestelde voorwaarde en de geleden schade. Zoals in het *Valschermzweeftoestel-arrest*² is geoordeeld, is in dat geval geen ruimte voor het betoog dat het beroep van de verzekeraar op de primaire dekkingssomschrijving naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is wegens het ontbreken van causaal verband. Men komt immers pas aan de causaliteitsvraag toe als is vastgesteld dat het evenement onder de polis is gedekt.

2. Secundaire dekkingssomschrijving

Bij de secundaire dekkingssomschrijving, ofwel een preventieve garantieclausule, gaat het om verval van recht als sanctie op het verzaken van een in de clausule omschreven verplichting. Bij een preventieve garantieclausule is er – anders dan bij de primaire dekkingssomschrijving – ruimte voor de verzekerde om aan te voeren dat er onvoldoende verband bestaat tussen het niet naleven van de in de clausule omschreven verplichting en het risico dat zich heeft verwezenlijkt.

3. Oordeel van de rechtbank

In deze zaak draait het om de uitleg en de kwalificatie van een zogenoemde *vicarious liability*-clausule waarin is bepaald: 'The Insurers will indemnify the Insured in respect of its liability arising out of negligence by specialist designers, consultants or sub-contractors of the Insured (...) provided that the rights of recourse against such specialist designers, consultants or sub-contractors are not waived.'

Verzekerde voert aan dat deze clausule aldus moet worden gelezen dat met de verzekerde vooraf niet, bij contractsluiting met een onderaannemer, een vergaande aansprakelijkheidsbeperking overeengekomen mag worden. Verzekeraars hebben deze uitleg bestreden.

1 N. van Tiggele-van der Velde, 'De vrijheid van de verzekeraar tien jaar na het Valschermzweeftoestel-arrest', *Trema* 2016/5.

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

Het vereiste dat verzekerde de regresrechten in stand dient te houden, betreft volgens de rechtbank een voorwaarde voor het intreden van de dekkinguitbreiding. Dit blijkt uit de woorden 'provided that' en het feit dat deze clause onder het kopje 'coverage' valt in plaats van 'insured's duties in the event of a claim'. Dat betekent dat de voorwaarde onderdeel is van de dekkingomschrijving. Nu verzekerde de regresrechten van verzekeraars jegens Neitraco heeft prijsgegeven zonder voorafgaande toestemming van de verzekeraars, betekent dit dat de schade als gevolg van de fout van Neitraco niet is gedekt. Het oordeel van de rechtbank komt er dus op neer dat de *vicarious liability*-clause als een primaire dekkingomschrijving is aan te merken. Zoals de rechtbank in r.o. 4.16 – onder verwijzing naar het *Valschermzweeftoestel*-arrest – aangeeft, brengt die kwalificatie met zich dat het betoog van verzekerde dat een beroep op de schending van de voorwaarde naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn omdat causaal verband tussen die schending en de schade zou ontbreken, niet opgaat.

4. Juiste kwalificatie van de clause?

Het oordeel van de rechtbank dat de uitleg die verzekerde aan de clause geeft, namelijk dat verzekerde alleen bij contractsluiting geen vergaande aansprakelijkheidsbeperking mag overeenkomen, niet moet worden gevolgd, lijkt mij juist. Deze beperkte uitleg blijkt in ieder geval niet uit de tekst van de polis, dan wel anderszins. Wat mijns inziens wel aandacht verdient, is de vraag of de rechtbank de *vicarious liability*-clause terecht als een primaire dekkingomschrijving heeft aangemerkt. Vooropgesteld dient te worden dat de kwalificatie van een beding overwegend afhangt van de formulering van de polisebepaling; de verzekeraar heeft het daarmee in bepaalde mate in zijn macht door met de wijze van formuleren te bepalen of er al dan niet ruimte is voor een causaliteitsverweer. De bewoordingen 'provided that' duiden er in beginsel op dat sprake is van een primaire dekkingomschrijving; er is dekking onder de voorwaarde dat verzekerde geen afstand doet van haar regresrechten. Daarentegen dient niet uit het oog te worden verloren dat onder preventieve garanties niet alleen bedingen waarin sprake is van verval van dekking (of andere rechten) vallen, maar ook bedingen die alleen over een 'voorwaarde' spreken.

Zie A-G Spier in zijn conclusie voor het *Reaal/Van Nobelen*-arrest, ECLI:NL:PHR:2011:BQ6074, r.o. 3.25.1. Het gebruik van het woord 'voorwaarde' kan zeer wel zo worden uitgelegd dat dekking vervalt als de daarin genoemde omstandigheid zich voordoet. De *vicarious liability*-clause kan aldus als een verval van dekking worden gelezen in het geval verzekerde afstand doet van regresrechten jegens derden. Een ander argument dat de clause als een preventieve garantieclause aangemerkt dient te worden, is dat bij een primaire dekkingomschrijving doorgaans van begin af aan dekking al dan niet ontbreekt, terwijl bij een preventieve garantie wel eerst dekking bestond maar deze pas door de niet-naleving ervan is gaan ontbreken. Zie onder meer A-G Spier in zijn conclusie voor het *Valschermzweeftoestel*-arrest, r.o. 3.13-3.14. Daartegen kan worden ingebracht dat ook uitsluitingen kunnen worden gezien als primaire dekkingomschrijvingen.³ Echter, betoogd kan worden dat het verschil in dit geval is dat de schade in beginsel was gedekt op het moment van verwezenlijking van het risico. Het verzekerde evenement waarvoor de polis dekking biedt, heeft zich voorgedaan en er was in beginsel recht op dekking, totdat de verzekerde een regeling trof. Dat verzekeraars zich op dat moment nog niet uitdrukkelijk over de dekking hadden uitgelaten, doet mijns inziens er niet aan af dat verzekerde in beginsel recht op dekking had. Hadden verzekeraars verzekerde bevestigd dat er sprake was van dekking voor de claim en had verzekerde op dat moment de regeling getroffen, dan had verzekeraar evengoed aangegeven dat de dekking daarmee was komen te vervallen. Daar komt bij dat de wijze waarop de schadeafhandeling plaatsvindt in beginsel niet een omstandigheid is die in de primaire dekkingomschrijving dient te worden meegenomen. Met een primaire dekkingomschrijving wordt doorgaans aangegeven wanneer er dekking is voor de geleden schade op het moment dat de schade zich verwezenlijkt. Daarmee strookt niet dat op het moment dat de schade intreedt er wel recht op dekking bestaat en na het intreden en het melden van de schade niet meer. Ook een clause die bepaalt dat de te late melding verlies

3 Zie J.S. Overes, 'Primaire dekkingomschrijvingen, preventieve garanties en de redelijkheid en billijkheid: naar een inhoudelijke benadering?', *AV&S* 2020/3.

van recht op schadevergoeding met zich brengt zou niet als een uitsluiting gekwalificeerd mogen worden, ongeacht de wijze waarop dit beding is geformuleerd. Dekking en uitsluiting zien immers op het risico. Een bepaling die een eenmaal gerealiseerde dekking alsnog weer intrekt, ook al is zij gegoten in de vorm van een uitsluiting, is naar de bewoordingen van Tolman geen echte uitsluiting maar een oneigenlijke uitsluiting. Het risico-bepalende element ontbreekt daar immers in.⁴ Een clause die een eenmaal gerealiseerde dekking alsnog vanwege bijvoorbeeld een daarna optredend verzuim van de verzekerde weer intrekt, is in beginsel niet als een kernbeding aan te merken, ongeacht of deze clause als een vervalbeding dan wel als een uitsluiting is geformuleerd. Dat de clause onder het kopje 'coverage' staat, maakt het voorgaande mijns inziens niet anders. Gelet op het voorgaande meen ik aldus dat er goede gronden zijn op basis waarvan aangenomen zou kunnen worden dat de *vicarious liability*-clause niet – zoals de rechtbank heeft aangenomen – als een primaire dekkingsoomschrijving heeft te gelden.

Zoals reeds aangegeven, is aan de kwalificatie dat de clause in kwestie een primaire dekkingsoomschrijving betreft de consequentie verbonden dat er geen ruimte is voor de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid, vanwege het ontbreken van causaal verband. Wat opvalt, is dat de rechtbank het voorgaande in r.o. 4.16 terecht constateert, maar dat zij in r.o. 4.17 toch ingaat op het betoog van verzekerde dat zij gezien de financiële positie van Neitraco niet anders kon dan de vaststellingsovereenkomst aangaan. De rechtbank overweegt, kort gezegd, dat niet aannemelijk is geworden dat de financiële situatie van Neitraco zo slecht was dat niet kon worden gewacht met het sluiten van de schikkingsovereenkomst. Daar komt bij dat het gegeven ultimatum voor het akkoord gaan met de schikkingsovereenkomst nog niet was verlopen. In deze overweging bespreekt de rechtbank het betoog van verzekerde dat het beroep van verzekeraars op het ontbreken van dekking naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is omdat zij niet anders kon. De vraag die opkomt is of er nog ruimte is voor deze toetsing nadat geconstateerd is dat er sprake

is van een primaire dekkingsoomschrijving. Ik meen van wel. De toetsing van de rechtbank ziet immers niet op een causaliteitsverweer van verzekerde, het verweer dat er onvoldoende verband bestaat tussen het treffen van de schikking en de schade die verzekeraars stellen te hebben geleden. In r.o. 4.17 wordt slechts getoetst of er omstandigheden aanwezig waren die met zich brachten dat verzekerde niet anders kon handelen dan zij heeft gedaan.

mr. T. Riyazi
advocaat bij NN Advocaten

Werkgeversaansprakelijkheid

101

Luchtvaartmaatschappij KLM niet aansprakelijk voor schade purser als gevolg van val in sportzaal tijdens wachttijd

Rechtbank Amsterdam
16 mei 2022, nr. 9561120 EA VERZ 21-734,
ECLI:NL:RBAMS:2022:2669
(mr. Ulrici)
Noot mr. V. Oskam, mr. A. Wientjens

Werkgeversaansprakelijkheid. Val purser tijdens wachttijd. Letsel. Ongevallenverzekering.

[BW art. 7:611, 7:658]

Verzoeker in een deelgeschilprocedure – een purser werkzaam bij KLM – is in een sportzaal in een hotel te Buenos Aires ten val gekomen en heeft de rechtbank verzocht de aansprakelijkheid van KLM vast te stellen. Het geschil ziet op de vraag of KLM als werkgever van de purser aansprakelijk is voor de schade die de purser lijdt. De kantonrechter wijst het verzoek af.

De kantonrechter oordeelt dat de aansprakelijkheid niet kan worden gegrond op art. 7:658 BW. Hoewel de wachttijd voor personeel van een luchtvaartmaatschappij inherent is aan werk-

4 Tolman, *AV&S* 2001, p. 167 e.v.