

Het belang van verzekeraarbaarheid bij doorbraak van exoneratieclausules

Bb 2016/63

Exoneratieclausules (contractuele beperkingen van aansprakelijkheid) zijn in de contractenrechtelijke rechtspraak van alledag niet meer weg te denken en verworden tot een algemeen geaccepteerd fenomeen. Dat neemt echter niet weg dat iedere contractuele vrijtekening van aansprakelijkheid ook door de beugel kan. Over de beperkingen die daarbij in ogenschouw moeten worden genomen en, meer in het bijzonder, over de vraag of een exoneratiebeding stand houdt indien de daaraan ten grondslag liggende risico's verzekerd waren of – kort gezegd – redelijkerwijs verzekerd hadden kunnen worden, gaat deze bijdrage in het licht van een uitspraak van de Hoge Raad van 24 juni 2016 (ECLI:NL:PHR:2016:144).

Regelend recht

Wie tekortschiet in de nakoming van een contractuele verplichting of wie jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt is in beginsel voor de schade die de ander dientengevolge lijdt, aansprakelijk. Hij dient daarvoor met zijn hele vermogen in te staan. De wetsbepalingen waarop die aansprakelijkheid wordt gebaseerd (art. 6:74 en 6:162 BW juncto art. 6:96 e.v. BW) zijn op dit punt evenwel van regelend recht. Dat betekent dat partijen ervan kunnen afwijken, zodat de partij die anders op grond van de overeenkomst of op grond van de wet aansprakelijk zou zijn, dat niet of slechts beperkt is.

Die vrijheid kent evenwel haar beperking in de redelijkheid en billijkheid. Zo wordt een exoneratieclausule die is opgenomen in algemene voorwaarden (bij een transactie met consumenten) vermoed onredelijk bezwarend te zijn (hetgeen dan dus betekent dat op die contractuele vrijtekening van aansprakelijkheid geen beroep kan worden gedaan, tenzij de gebruiker van de voorwaarden bewijst dat hij – kort gezegd – een voldoende rechtens te respecteren belang had bij het opnemen van de betreffende vrijtekening). Daarnaast kan een beroep op een exoneratieclausule naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. Sinds het arrest *Stein/Driessen* weten wij dat het lot van een exoneratieclausule die niet door de beugel kan, niet nietig is wegens strijd met de wet of de goede zeden (art. 3:40 BW), maar dat de beperking gezocht moet worden in de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid.

Wanneer dat laatste het geval is, is sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval; de rechtspraak op dit punt is buitengewoon casuïstisch. Desalniettemin kan op grond van de rechtspraak wel gekomen worden tot een (niet uitputtende) opsomming van omstandigheden die bij de beoordeling van het antwoord op de vraag of in de gegeven

omstandigheden de gebruiker van een exoneratieclausule daar een beroep op toekomt, van belang kunnen zijn.

Van belang zijn de factoren bij doorbraak van exoneraties

Zoals aangegeven kunnen, bij de beoordeling van de goedlooftheid van een contractuele vrijtekening van aansprakelijkheid, alle omstandigheden van het geval in beginsel relevant zijn. Ik destilleer uit de rechtspraak enkele veel voorkomende gezichtspunten die meer in het bijzonder de revue vaak passeren:

- de mate van schuld;
- de mate waarin de wederpartij zich van de strekking van de contractuele vrijtekening bewust is geweest;
- de aard van de aansprakelijkheid;
- de aard van de schade;
- de maatschappelijke verhouding tussen partijen;
- het bestaan van een verzekering; en
- de mogelijkheid om tegen marktconforme voorwaarden het risico dat tot de aansprakelijkheid heeft geleid, te kunnen verzekeren.

Waar het mij in het kader van deze bijdrage meer in het bijzonder om gaat, betreffen de laatste twee gezichtspunten: de vraag of tegen de risico's zoals die zich hebben verwezenlijkt en die aan de aansprakelijkheid ten grondslag liggen, een verzekering was afgesloten en de vraag of, zo dat niet het geval was, het mogelijk was geweest om tegen acceptabele voorwaarden een verzekering af te sluiten. Die gezichtspunten zijn niet nieuw; al in het arrest *Kuunders/Swinkels* (HR 18 juni 2004, NJ 2004/585) heeft de Hoge Raad deze gezichtspunten nadrukkelijk meegewogen. In de zaak die aan dit arrest ten grondslag lag, ging het om de exploitant van een varkenshouderij die zijn elektriciën, Swinkels, aansprakelijk stelde voor de schade die was ontstaan doordat Swinkels de ventilatoren van de varkensstallen had uitgeschakeld (om werkzaamheden te kunnen verrichten) maar verzuimd had om die weer in te schakelen, met als gevolg dat een groot aantal varkens (764) door verstikking om het leven kwam. Swinkels had evenwel zijn (contractuele) aansprakelijkheid beperkt tot de factuurwaarde voor de handeling in de nakoming waarvan hij eventueel tekort zou schieten. Dat was in dit geval f 30,- (circa € 13,50,-). De schade van Kuunders liep echter in de honderdduizenden euro's. Kuunders sprak Swinkels aan tot betaling van de volledige schade. Swinkels beriep zich op zijn voornoemde aansprakelijkheidsbeperking. De rechtbank wees de vordering van Kuunders volledig af. Het hof nam wel aansprakelijkheid van Swinkels aan, maar veroordeelde Swinkels slechts tot betaling van een schadevergoeding van f 30,-. In cassatie was de vraag aan de orde of Swinkels zich terecht op de betreffende exoneratieclausule kon beroepen. De Hoge Raad oordeelde vervolgens:

¹ Mr. dr. M.R. Ruygvoorn is advocaat bij Van Benthem & Keulen te Utrecht.

“Bij de beoordeling van het middel moet worden vooropgesteld dat een exoneratiededing buiten toepassing dient te blijven voor zover die toepassing in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, hetgeen in het algemeen het geval zal zijn als de schade is te wijten aan opzet of bewuste roekeloosheid van de schuldenaar of van met de leiding van zijn bedrijf belaste personen (HR 12 december 2007, NJ 2007, 208). Daarbij zal de rechter rekening moeten houden met alle opstandigheden waarop door de partij die het beding buiten toepassing gelaten wil zien, zich heeft beroepen. In het bijzonder zal in een geval als het onderhavige in aanmerking moeten worden genomen hoe laakbaar het verzuim dat tot aansprakelijkheid zou moeten leiden, is geweest, wat de gevolgen van dit verzuim zijn en in hoeverre de daardoor ontstane schade eventueel door verzekering is gedekt. (cursivering auteur)”.

Dit arrest is in de literatuur veel besproken. Daarbij wordt nadrukkelijk niet alleen gekeken naar de vraag of ten behoeve van de onderliggende risico's een verzekering was afgesloten, maar ook, wanneer dat niet het geval is, of de betreffende risico's tegen redelijke voorwaarden verzekerd hadden kunnen (en misschien ook wel: behoren te) worden. Verkade, in zijn conclusie onder het arrest, verdedigt de opvatting dat indien risico's gemakkelijk te verzekeren zijn en de exonerant dat niet heeft gedaan, dit door de rechter in het nadeel van de exonerant kan worden uitgelegd met als gevolg dat het beroep door de exonerant op zijn exonertie naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht. Van Dunné onderschrijft dit en gaat zelfs nog iets verder dan Verkade door te stellen dat de omstandigheid dat een van beide partijen verzekerd had kunnen zijn, gelijkgesteld moet worden aan de situatie dat daadwerkelijk een verzekering was afgesloten. Van Dunné neemt daarbij dus ook nadrukkelijk de mogelijkheid in overweging dat niet de exonerant verzekerd is, maar diens wederpartij die zich beroept op – kort gezegd – de onaanvaardbaarheid van het beroep op de exonertie. Nieuwenhuis is op dit laatste punt genuanceerder doordat hij erop wijst dat het op z'n zachtst gezegd vreemd aandoet dat wanneer de gelaedeerde een schadeverzekering heeft afgesloten (ten behoeve van zichzelf), zijn kansen op een succesvol beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid (voor wat het beroep betreft door zijn wederpartij op de exonertie) zouden verminderen. Nog anders gezegd: wie een schadeverzekering (ten behoeve van zichzelf) afsluit, geeft daarmee niet aan dat hij in beginsel ook de schade zou behoren te dragen. Daar heeft Nieuwenhuis wat mij betreft een punt, maar aan de andere kant mogen wij natuurlijk ook niet uit het oog verliezen dat het, bij een beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid, moet gaan om een, alle omstandigheden in aanmerking genomen, *onaanvaardbare* situatie wanneer de gebruiker zich op de exonertie beroept. Die situatie zal zich dus niet snel voordoen (uitzondering op de hoofdregel van de contractsvrijheid) en bovendien moeten wij ook

niet vergeten dat de referentie aan een schadeverzekering in het arrest *Kuunders/Swinkels* in die zin ook niet nieuw is; al in het “*Vliegtuigvleugel-arrest*” (*Fokker/Zentveld*; HR 5 januari 1968, NJ 1968/102) speelde de verzekering immers een rol bij de billijkheidsafweging door de Hoge Raad. Van Dunné zet m.i. dan ook terecht tegenover de overwegingen van Nieuwenhuis dat mede gekeken moet worden naar alle toerekeningsfactoren in combinatie met elkaar beschouwd, zoals bijvoorbeeld de aard van de overeenkomst en de redelijkheid. De verzekerdheid of verzekering is daarbij een van de omstandigheden die meegewogen moet worden. Wat verder van deze dogmatische argumentatie ook zij, volgens vaste rechtspraak is het feit dat tegen een bepaald risico is verzekerd of, voor zover dat niet het geval was, er tegen redelijke voorwaarden een verzekering had kunnen worden afgesloten, een relevant gegeven bij het beoordelen van doorbraak van exonertieclausules en dus zullen we het daarmee op dit moment moeten doen.

Verzekering als onderdeel van de exonertieclausule

Omdat inmiddels zo langzamerhand wel ingeburgerd is dat het verzekerd zijn of verzekering een rol kan spelen bij de beoordeling van (de doorbraak van) exonertieclausules, wordt daarmee in de praktijk ook rekening gehouden, in sommige gevallen zelfs al bij het opstellen van de exonertieclausule zelf. Zo ook in de zaak die onderwerp vormt van deze bijdrage (HR 24 juni 2016; ECLI:NL:PHR:2016:144). De casus die aan deze uitspraak ten grondslag lag, laat zich als volgt samenvatten. Veka Scheepsbouw B.V. (hierna: Veka) houdt zich onder meer bezig met de bemiddeling bij nieuwbouw van schepen. [B] B.V. heeft bij Veka het casco besteld van een multifunctioneel zogenaamd ‘beunschip’ (een schip met een dubbele wand om daardoor extra drijfvermogen te kunnen creëren). De afmetingen van het schip waren ongebruikelijk groot. Veka heeft opdracht gegeven aan een derde partij (in navolging van de Hoge Raad hierna aangeduid als: het Bureau) om constructietekeningen te maken. Conform deze tekeningen is het schip vervolgens gebouwd en opgeleverd.

Nadat het schip enkele (op zichzelf succesvolle) proefvaarten had gemaakt, is het geladen met nat zand. Vervolgens is het geknikt waarbij de voorsteven en de achtersteven omhoogkwamen en het middendeel van het schip is gezakt. Het schip is vervolgens geborgen en gerepareerd. De Onderzoeksraad voor Veiligheid heeft onder meer geconcludeerd dat het schip kon knikken door een gebrek aan zogenaamde ‘langsscheepse sterkte’. Dit is een constructiefout die is terug te voeren op onjuiste sterkteberekeningen bij het ontwerp van het schip. De verzekeraar van [B] B.V. heeft de schade uitgekeerd en neemt regres op het Bureau.

Het Bureau beroept zich onder meer op de in haar relatie met Veka (verzekerde) overeengekomen Metaalunievoorwaarden 2001, waarin in art. 13.1, het navolgende is bepaald:

“Opdrachtnemer is aansprakelijk: voor schade die opdrachtgever lijdt en die het rechtstreeks en uitsluitend gevolg is van een aan opdrachtnemer toe te rekenen tekortkoming. Voor vergoeding komt echter alleen in aanmerking die schade waartegen opdrachtnemer verzekerd is, dan wel redelijkheidwijs verzekerd had behoren te zijn.”

Nu had het Bureau weliswaar een verzekering afgesloten, maar daarin was geen dekking opgenomen voor aansprakelijkheid die het gevolg is van ontwerpfouten. Concreet betekende dit dat de verzekering die het Bureau had afgesloten voor de onderhavige schade geen dekking bood. Het Bureau stelde zich op het standpunt dat zij ten opzichte van (de verzekeraar van) Veka aan aansprakelijkheid ontkomt met een beroep op genoemde art. 13.1 uit de Metaalunievoorwaarden.

De rechtbank heeft dit verweer verworpen. Zij heeft voor recht verklaard dat het Bureau is tekortgeschoten in de op haar rustende verplichting om een deugdelijke sterkteberekening te maken en dat zij uit dien hoofde jegens (de verzekeraar van) Veka schadeplichtig is. De rechtbank heeft het Bureau vervolgens veroordeeld tot betaling van een schadevergoeding van € 715.000,- (vermeerderd met rente en kosten).

Het gerechtshof oordeelt echter genuanceerder. Het oordeelt (bij tussenarrest van 20 maart 2012) dat het bij het beroep door het Bureau op art. 13 Metaalunievoorwaarden erop aankomt of het Bureau redelijkerwijs verzekerd had behoren te zijn. Daartoe diende het Bureau te bewijzen dat het verkrijgen van een verzekering met een ook voor dit geval afdoende dekking tegen aanvaardbare condities praktisch gesproken onmogelijk was. Het hof toetst daarmee dus aan de contractueel tussen partijen overeengekomen norm zoals neergelegd in (de laatste regels van) art. 13.1 Metaalunievoorwaarden.

Vervolgens heeft het hof een deskundigenonderzoek gelast in het kader waarvan aan de deskundige een aantal in verband met de onderhavige bewijsopdracht relevante (additionele) vragen zijn gesteld. Bij tussenarrest van 2 december 2014 heeft het hof vervolgens uit het deskundigenrapport afgeleid dat het Bureau in de relevante periode een beroepsaansprakelijkheidsverzekering had kunnen afsluiten (daar waar dit kennelijk binnen de betreffende branche niet ongebruikelijk was), met dien verstande evenwel dat het hof de deskundige ook volgt in diens opmerking in het deskundigenbericht dat – zakelijk weergegeven – het in de betreffende branche bij verzekeringen als de onderhavige dan ook gebruikelijk is dat de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van de verzekerde bedingt dat laatstgenoemde de toepasselijkheid van de RVOI-voorwaarden 2001 met zijn opdrachtgevers overeenkomt. De RVOI-voorwaarden staat voor “Regeling van de Verhouding tussen Opdrachtgever en adviserend Ingenieursbureau” en zijn typisch voorwaarden die veelal toepasselijk worden verklaard in relaties zoals die tussen het Bureau en Veka (anders dan in dit geval dus, waarin was gecontracteerd op basis van de Metaalunievoorwaarden).

In de RVOI-voorwaarden is echter ook een exonerationclausule opgenomen in het kader waarvan de aansprakelijkheid is beperkt tot het factuurbedrag. Met andere woorden: indien de RVOI-voorwaarden van toepassing zouden zijn verklaard conform de bepalingen van de met betrekking tot het onderhavige werk afgesloten verzekeringsovereenkomst, dan zou de aansprakelijkheid van het Bureau in beginsel beperkt zijn geweest tot de factuurwaarde, in dit geval zijnde een bedrag ad € 2.832,08,-.

Ten aanzien van de RVOI-voorwaarden overweegt het hof echter vervolgens:

“Het Hof acht die omstandigheid (dat ook in de RVOI-voorwaarden een exonerationclausule is opgenomen, auteur) niet van doorslaggevend belang. Het gaat immers thans om de vraag wat (in het kader van een exonerationbeding) feitelijk is overeengekomen, niet om de vraag welke situatie zou hebben bestaan indien te dien aanzien een andere afspraak was gemaakt. En in het voetspoor van het deskundigenonderzoek komt het Hof dan tot de conclusie dat het weliswaar voor het Bureau lastig zou zijn geweest om een verzekering tegen het bedrijfsrisico af te sluiten, maar niet onmogelijk, evenmin onbetaalbaar, en voorts niet ongebruikelijk. Het Bureau moest weten dat fouten ten aanzien van zijn kernprestatie potentieel tot grote schade zouden kunnen leiden en dat maakt dat van haar ook verwacht mocht worden dat zij zich inspande om een deugdelijke dekking te verkrijgen. Dat heeft zij nagelaten. Haar komt bij deze stand van zaken er geen beroep op toe dat de schade, in de bewoordingen van het exonerationbeding, redelijkerwijze niet verzekerd had behoren (behoeven) te zijn. Haar komt dus in zoverre ook geen beroep toe op het exonerationbeding, vervat in artikel 13, lid 1, tweede volzin van de Metaalunievoorwaarden.”

In (tussentijds) cassatieberoep klaagt het Bureau erover dat deze overweging van het hof onbegrijpelijk is, meer in het bijzonder voor wat betreft het oordeel van het hof dat niet van doorslaggevend belang is dat het Bureau voor zijn aansprakelijkheid slechts verzekeringsdekking had kunnen krijgen tot aan het bedrag van de factuur. De Hoge Raad honoreert deze klacht. Volgens de Hoge Raad heeft het hof uit het oog verloren dat mede betekenis toekomt aan het exonerationbeding in de RVOI-voorwaarden. De Hoge Raad overweegt:

“Blijkens de in cassatie onbestreden rov.12.4.2-12.4.3 heeft het Hof immers uit het deskundigenrapport afgeleid dat het Bureau een beroepsaansprakelijkheidsverzekering had kunnen afsluiten, waarbij het bedingen van de RVOI-voorwaarden verplicht zou zijn gesteld, en waarbij het exonerationbeding in die voorwaarden dus mede het bedrag zou hebben bepaald waarvoor ten hoogste verzekeringsdekking mogelijk zou zijn geweest.”

Hierin ligt, zo meen ik, dus kennelijk de gedachte besloten dat het redelijkerwijs voor het Bureau niet mogelijk geweest

zou zijn om een hogere verzekeringsdekking overeen te komen met een verzekeraar tegen marktconforme tarieven. De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof en verwijst het geding terug naar het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden ter verdere behandeling en beslissing.

Conclusie

Aan het vorengaande kan een aantal voor de praktijk belangrijke conclusies worden verbonden. Allereerst stel ik vast dat de vaste rechtspraak wordt bestendigd voor zover de vraag naar de verzekeraarbaarheid en het verzekerd zijn (belangrijke) gezichtspunten blijven bij het leerstuk van de doorbraak van exoneratieclausules. Wij zien dat daarmee in de praktijk ook vaak al rekening wordt gehouden bij het formuleren van exoneratieclausules. Mijn tweede conclusie is dat het in dat kader verstandig is om regelmatig te verifiëren of de verzekeringsportefeuille nog "up-to-date" is, waarbij het gebruik in de branche een belangrijke rol kan spelen. Wordt met het verzekeringsaspect al direct in de exoneratieclausule zelf rekening gehouden, dan wordt dit laatste des te relevanter omdat de rechter in dat geval direct toetst aan de contractuele norm die partijen aldus zijn overeengekomen (zoals in art. 13 lid 1, tweede volzin van de Metaalunievoorwaarden ("voor vergoeding komt echter alleen in aanmerking de schade waartegen opdrachtnemer verzekerd is, dan wel redelijkerwijs verzekerd had behoren te zijn")). Ook de door veel (financiële) dienstverleners gebruikte formulering die erop neerkomt dat de aansprakelijkheid van de dienstverlener is beperkt tot het bedrag dat in voorkomend geval door de (beroeps)aansprakelijkheidsverzekeraar wordt uitgekeerd, verdient in dat kader nadere betrachting; de dienstverlener zal er niet zonder meer mee weggelaten worden dat er, bijvoorbeeld als gevolg van een uitgekleurde dekking, geen uitkering plaatsvindt. Welke mate van verzekeringsdekking in de gegeven omstandigheden minimaal verwacht mocht worden, wordt in belangrijke mate bepaald door de (gebruiken in) de betreffende branche, waarbij ook een bestendig gebruikelijk beding in polisvoorwaarden die de verzekerde ertoe verplicht bepaalde branchevoorwaarden te bedingen (waarin een exoneratieclausule kan zijn vervat) van belang kan zijn. Dat laatste aspect zal de rechter mede in zijn overwegingen mee moeten nemen wanneer het aankomt op de beoordeling van de vraag of in de gegeven omstandigheden een beroep op een exoneratiebeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht.