

Aansprakelijkheidsverzekering bedrijven. Wat houdt de stuiting van een aanspraak op een verzekeringsuitkering in? Hoe moet de vervangingskostenclausu...

Hof Amsterdam 26-02-2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:599

Essentie

Aansprakelijkheidsverzekering bedrijven. Vervalbeding. Verjaring. Overgangsrecht. Stuiting. Uitleg vervangingskostenclausule.

Wat houdt de stuiting van een aanspraak op een verzekeringsuitkering in? Hoe moet de vervangingskostenclausule worden uitgelegd?

Samenvatting

Na de oplevering van een wellness-complex worden verschillende lekkages geconstateerd. Het bouwbedrijf is hiervoor in 2003 aansprakelijk gesteld. De schade wordt bij de AVB-verzekeraar van het bouwbedrijf gemeld. Eerst in 2008 wordt, na langdurig onderzoek naar de oorzaak van de lekkages, het bouwbedrijf in een arbitragezaak betrokken. Verzekeraar wijst dan dekking af en beroept zich daarbij op de vervangingskostenclausule in de polis. Volgens verzekeraar is de schade uitgesloten van dekking, omdat het oorspronkelijke werk niet deugdelijk door het bouwbedrijf is opgeleverd. Het bouwbedrijf gaat niet inhoudelijk op de afwijzing in, maar stuurt wel processtukken van de arbitragezaak door en verzoekt verzekeraar om een bijdrage in de advocaatkosten. Verzekeraar handhaaft zijn dekkingsafwijzing en draagt om die reden niet bij in de kosten. Uiteindelijk wordt het dekkingsstandpunt door het bouwbedrijf in 2012 in rechte aangevochten. De verzekeraar beroept zich in eerste aanleg met succes op verjaring. In hoger beroep houdt dat verjaringsverweer echter geen stand en wordt het beroep op een vervalbeding verworpen, waarna de uitleg van de vervangingskostenclausule aan bod komt.

Hof: Het beroep van verzekeraar op het in de polisvoorwaarden opgenomen vervalbeding wordt door het hof – onder verwijzing naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad – naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar geacht, nu verzekeraar in haar eerste dekkingsafwijzing niet op dit beding heeft gewezen.

Verder stelt het hof vast dat de vijfjarige verjaringstermijn van art. 3:307 BW op 1 januari 2006 – het moment van inwerkingtreding van art. 7:942 oud BW – nog niet was verstreken, terwijl laatstgenoemd artikel op het moment van inwerkingtreding onmiddellijke werking had en in lid 2 verzekeraar de verplichting oplegde om vóór inwerkingtreding van de verjaringstermijn bij aangetekende brief ondubbelzinnig erop te wijzen dat de vordering na verloop van zes maanden verjaart. Nu dat niet is gebeurd, kan verjaring op die voet volgens het hof niet aan de orde zijn.

Verder buigt het hof zich dan nog over de vraag of de vordering tegen verzekeraar is verjaard als gevolg van de inwerkingtreding van het huidige art. 7:942 BW, met dien verstande dat het overgangsrecht meebrengt dat een verjaringstermijn die voor inwerkingtreding van dit artikel is gaan lopen niet eerder eindigt dan per 1 juli 2011. Het huidige art. 7:942 BW bepaalt dat de verjaringstermijn van drie jaar na afwijzing door verzekeraar wordt gestuit door een schriftelijke mededeling waarbij op uitkering aanspraak wordt gemaakt. En dat een nieuwe verjaringstermijn pas begint te lopen met aanvang van de dag volgende op die waarop de verzekeraar de aanspraak heeft erkend c.q. ondubbelzinnig heeft meegegeeld die aanspraak af te wijzen. Het hof stelt vast dat de verjaringstermijn van het eerste lid van art. 7:942 BW is gaan lopen de dag nadat het bouwbedrijf bekend is geworden met de opeisbaarheid van zijn vordering op verzekeraar. Dat was nadat het bouwbedrijf in juni 2003 aansprakelijk is gesteld. Volgens het hof heeft het bouwbedrijf met het doorsturen van die aansprakelijkstelling aanspraak gemaakt op dekking. Verzekeraar heeft op 23 juli 2008 de dekking afgewezen, waarmee een nieuwe termijn is gaan lopen. Het bouwbedrijf heeft betoogd dat het met het bericht van 9 oktober 2009 de verjaringstermijn heeft gestuit. Daarin gaat het hof mee. Volgens het hof is niet beoogd om aan de stuiting van rechtsvorderingen ter zake van aansprakelijkheidsverzekeringen hogere of zwaardere eisen te stellen dan aan een stuitingshandeling als bedoeld in art. 3:317 BW. Het hof komt, mede naar aanleiding van de reactie van (de makelaar van) verzekeraar op het e-mailbericht van 9 oktober 2009, tot de conclusie dat het bouwbedrijf nog steeds aanspraak maakte op dekking onder de AVB-verzekering en dat uit de feiten valt af te leiden dat verzekeraar dat ook zo heeft begrepen. Omdat verzekeraar zich niet (uitdrukkelijk) op het standpunt had gesteld dat met de afwijzing op 20 oktober 2008 een nieuwe termijn was gaan lopen, wordt het beroep op verjaring afgewezen.

Vervolgens komt het hof toe aan de vraag of de AVB-verzekering dekking biedt voor de door het bouwbedrijf geclaimde schade. In dit verband wordt beoordeeld of verzekeraar zich terecht op de (uitsluiting van de) vervangingskostenclausule heeft beroepen. Het hof stelt voorop dat partijen het erover eens zijn dat met deze clausule is bedoeld het ondernemersrisico uit te sluiten, waarmee wordt bedoeld dat de verzekering geen dekking biedt voor het

aansprakelijkheidsrisico dat voortvloeit uit schending van het zuivere contractsbelang van de wederpartij van de verzekerde doordat de verzekerde zijn primaire prestatieplicht niet of niet deugdelijk nakomt. Het hof stelt vast dat in de onderhavige vervangingskostenclausule een beperking van de dekking tot schade aan zaken waarin de oorzaak van de schade is gelegen, ontbreekt doch dat uit de eigen stellingen van verzekeraar volgt dat de strekking van de clausule is dat verzekeraar niet instaat voor de kwaliteit van het door de verzekerde geleverde product en dat daarom dekking ontbreekt voor schade die haar oorzaak vindt in de ondeugdelijk overeengekomen prestatie. De verzekering biedt volgens het hof wel dekking voor schade die geleverde ondeugdelijke zaken hebben veroorzaakt aan zaken die niet door de verzekerde geleverd zijn. Op grond van het – in zoverre onvoldoende weersproken – oordeel van de arbiters in hoger beroep staat vast dat de schade is ontstaan als gevolg van het feit dat het bouwbedrijf tijdens de bouw een deel van het door een derde uitgevoerde werk (een door een nevenaannemer geplaatste afvoer in het voetenbad) heeft beschadigd. Dit betekent dat de vervangingskostenclausule niet van toepassing is voor zover de door het bouwbedrijf aan haar opdrachtgever betaalde schadevergoeding ziet op herstel of vervanging van de als gevolg van de lekkage in de afvoer ontstane schade. De in de arbitrageprocedure gevorderde schadeposten worden vervolgens nagelopen om te beoordelen of deze voor vergoeding in aanmerking komen. Dat is uiteindelijk voor alle schadeposten het geval. Ten aanzien van de gevorderde kosten van juridische bijstand van € 161.391,88 wordt nog overwogen dat het verweer van verzekeraar dat de AVB-verzekering alleen dekking biedt voor met toestemming van verzekeraar gemaakte kosten van verweer geen stand houdt, nu verzekeraar ten onrechte dekking heeft afgewezen. In dat geval is het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar als verzekeraar zich vervolgens met succes op deze bepaling in de polisvoorwaarden zou kunnen beroepen. Voor eigen werkzaamheden van het bouwbedrijf bestaat in beginsel ook geen dekking onder de verzekering, maar het bouwbedrijf heeft deze kosten aangeduid als bereddingskosten en dit standpunt is in zoverre als onbetwist toewijsbaar. Dat laatste geldt ook voor de gevorderde buitengerechtelijke kosten.

Verwant oordeel

Zie ook:

Over vervalbeding in polisvoorwaarden:

- HR 14 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO5662, NJ 2006/188;
- HR 12 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC1955, NJ 1996/683.

Over de overgangsregeling van art. 7:942 BW en meer in het bijzonder art. 68a lid 1 OBW:

- [Kamerstukken II 2008/09, 32038, 3](#), p. 8 (MvT).

Over de vervangingskostenclausule in een AVB-verzekering:

- Hof Arnhem-Leeuwarden 6 juni 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:4722, RAV 2017/97;
- Rb. Rotterdam 31 augustus 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BR7081, RAV 2011/111;
- E.E. Krikke, 'De vervangingskostenclausule nader beschouwd', *Tijdschrift Aansprakelijkheids- en Verzekeringsrecht in de Praktijk* 2017, p. 17-22 (afl. 2);
- M.L. Hendrikse e.a., *Verzekeringsrecht in de Praktijk*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, paragraaf 26.5.1. (de strekking van de vervangingskostenclausule) en 26.5.2. (afbakeningsvragen);
- N. van Tiggele-van der Velde, J.H. Wansink e.a., *Verzekering ter beurze: Coassurantie in theorie en praktijk* (O&Recht nr. 67), Deventer: Wolters Kluwer 2017, XVII.3.3.2 De reikwijdte van de vervangingkostenclausule.

Wenk

De twee belangrijkste aspecten in deze zaak zijn de stuiting van de aanspraak op uitkering onder een aansprakelijkheidsverzekering en de uitleg van de vervangingskostenclausule.

In het huidige art. 7:942 lid 2 BW is bepaald dat de verjaring van een rechtsvordering tegen de verzekeraar wordt gestuit door een schriftelijke mededeling, waarbij op uitkering aanspraak wordt gemaakt. Naar het oordeel van het hof is hiermee door de wetgever niet beoogd om aan de stuiting van de aanspraak op een verzekeringsuitkering hogere of zwaardere eisen te stellen dan de eisen die in art. 3:317 lid 1 BW (aan stuiting van vorderingen tot nakoming) zijn gesteld. Kort en goed moet de schriftelijke mededeling aan verzekeraar een voldoende duidelijke waarschuwing inhouden dat, ook na het verstrijken van de oorspronkelijke verjaringstermijn van drie jaar, op uitkering aanspraak wordt gemaakt, zodat verzekeraar de beschikking houdt over zijn gegevens en bewijsmateriaal en zich tegen een mogelijkerwijs alsnog ingestelde aanspraak behoorlijk kan verweren. Voor de beoordeling of een schriftelijke mededeling heeft te gelden als een voldoende schriftelijke waarschuwing kan onder omstandigheden onder meer betekenis toekomen aan de verdere correspondentie tussen partijen. Zo ook in dit geval. Volgens het hof ligt in de herhaalde dekkingsafwijzing van verzekeraar op het verzoek van het bouwbedrijf om commentaar te leveren op de processtukken in de arbitragezaak besloten dat verzekeraar heeft begrepen dat nog steeds aanspraak werd gemaakt op dekking onder de AVB-verzekering. Dat brengt het hof tot de conclusie dat hiermee sprake is van een rechtsgeldige stuitingshandeling. Vervolgens begint volgens het hof eerst dan een nieuwe verjaringstermijn (van drie jaar) te lopen als verzekeraar ondubbelzinnig heeft meegedeeld de aanspraak opnieuw af te

wijzen. Er wordt dus voor een geval dat zich afspeelde in 2008 aansluiting gezocht bij het geldende recht sinds 2010, dat gelet op het overgangsrecht (vgl. art. 68a lid 1 OBW) met terugwerkende kracht geldt. Dat onder het oude art. 7:942 BW – bijvoorbeeld vanwege het ontbreken van een aangetekende brief – dus nog geen nieuwe verjaringstermijn was aangevangen, doet er blijkens deze uitspraak niet toe. De vereiste ondubbelzinnige mededeling van verzekeraar dat dekking opnieuw werd afgewezen, leest het hof in de reactie van verzekeraar op het doorsturen van de processtukken. Het hof verbindt aan deze constatering evenwel geen gevolg, omdat volgens het hof uitdrukkelijk door verzekeraar had moeten worden gesteld dat een nieuwe verjaringstermijn zou zijn aangevangen. Om die reden komt het hof toe aan uitleg van de vervangingskostenclausule.

De vervangingskostenclausule is een standaarduitsluiting in AVB-verzekeringen. Daarmee is bedoeld het ondernemersrisico uit te sluiten (zie onder meer de onder 'Zie ook' aangehaalde uitspraak van Hof Arnhem-Leeuwarden van 6 juni 2017, *RAV* 2017/97). Dat wil zeggen dat geen dekking bestaat voor het aansprakelijkheidsrisico dat voortvloeit uit een schending door de verzekerde van zijn primaire prestatieplicht. Als de verzekerde die niet of niet deugdelijk nakomt, kan hij de kosten van herstel, vervanging of verbetering van zijn werk dus niet op de verzekeraar afwentelen. Nu partijen het hier over deze ratio eens waren, heeft dat voor het hof als uitgangspunt te gelden. Het hof stelt verder vast dat de onderhavige vervangingskostenclausule wel dekking biedt voor schade die door het bouwbedrijf geleverde ondeugdelijke zaken hebben veroorzaakt aan zaken die niet door de verzekerde zijn geleverd. In de arbitragezaak is komen vast te staan dat de schade is ontstaan doordat het bouwbedrijf tijdens de bouw een deel van het door een derde uitgevoerde werk – een door een nevenaannemer geplaatste afvoer in het voetenbad – heeft beschadigd. Het verweer van verzekeraar dat de afvoer als gevolg van het instorten van de leidingen bij de bouw door natrekking onderdeel zou zijn geworden van het door het bouwbedrijf zelf uitgevoerde werk, wordt niet gevolgd. Dat was namelijk op het moment van de beschadiging nog niet het geval, aldus het hof. Het hof beoordeelt vervolgens per schadepost of sprake is van nakoming van de primaire prestatieplicht of herstel c.q. vervanging van de als gevolg van de lekkage in de afvoer ontstane schade. In de onder 'Zie ook' uitgehaalde uitspraak van Rb. Rotterdam van 31 augustus 2011 (*RAV* 2011/111) keek de rechtbank ook strikt naar de primaire prestatieplicht van de verzekerde. In die zaak betrof de prestatie van de producent alleen het leveren van spijkers die niet zouden corroderen en niet het daadwerkelijk verwerken van die spijkers, zodat de schade die bestond uit het verwijderen van de ondeugdelijke spijkers niet werd beschouwd als 'ondernemersrisico' en dus wel gedekt was onder de AVB-verzekering.

De uitleg van de vervangingskostenclausule zorgt in de praktijk voor de nodige (afbakenings)problemen. De rechtspraak hierover is casuïstisch van aard. Daarbij valt wel op dat de clausule – als dekkingsuitsluiting – veelal restrictief wordt uitgelegd.

Partij(en)

Arrest inzake

[X] Beheer B.V., appellante, adv.: mr. A. van Hees te Amsterdam, tegen

Amlin Insurance S.E., in het Verenigd Koninkrijk, geïntimeerde, adv.: mr. L.C. Dufour te Amsterdam.

Uitspraak

Hof:

1. Het geding in hoger beroep

Partijen worden hierna [X] en Amlin genoemd.

[X] is bij dagvaarding van 11 mei 2017 in hoger beroep gekomen van een vonnis van de rechtbank Amsterdam van 22 februari 2017, onder bovenvermeld zaak- / rolnummer gewezen tussen [X] als eiseres en Amlin als gedaagde.

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

- memorie van grieven;
- memorie van antwoord.

Partijen hebben de zaak ter zitting van 24 september 2018 doen bepleiten, [X] door mr. A. van Woerkom, advocaat te Nijmegen, en Amlin door mr. Dufour, voornoemd, ieder aan de hand van pleitnotities die zijn overgelegd.

Ten slotte is arrest gevraagd.

[X] heeft geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en — uitvoerbaar bij voorraad — haar vorderingen alsnog toe zal wijzen, met veroordeling van Amlin tot terugbetaling van al hetgeen [X] ter uitvoering van het bestreden vonnis heeft voldaan, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de betaling, en veroordeling van Amlin in de kosten van het geding in beide instanties met nakosten en rente.

Amlin heeft geconcludeerd tot bekrachtiging van het bestreden vonnis, met — uitvoerbaar bij voorraad — veroordeling van [X] in de kosten van het geding in hoger beroep met nakosten en rente.

Beide partijen hebben in hoger beroep bewijs van hun stellingen aangeboden.

2. Feiten

De rechtbank heeft in het bestreden vonnis onder 2.1 tot en met 2.17 de feiten vastgesteld die zij tot uitgangspunt heeft genomen. Deze feiten zijn in hoger beroep niet in geschil en dienen derhalve ook het hof als uitgangspunt. Samengevat en waar nodig aangevuld met andere feiten die als enerzijds gesteld en anderzijds niet of onvoldoende betwist zijn komen vast te staan, komen de feiten neer op het volgende.

2.1.

[X] is een bouwbedrijf. Amlin is een verzekeraar.

2.2.

[X] heeft, door tussenkomst van haar assurantietussenpersoon [A] (hierna: [A]) en verzekeringsmakelaar Marsh B.V. (hierna: Marsh), met ingang van 1 januari 2001 een aansprakelijkheidsverzekering voor bedrijven (hierna: de AVB-verzekering) afgesloten bij — ieder voor 50% — een rechtsvoorganger van Amlin en AXA Colonia Versicherung Aktiengesellschaft (hierna gezamenlijk: verzekeraars). De op de AVB-verzekering van toepassing zijnde algemene voorwaarden houden — voor zover van belang — het volgende in:

“Deze verzekering beidt geen dekking indien:

(...)

3.9.

zaakschade wordt toegebracht aan zaken, die door of onder verantwoordelijkheid van verzekerde zijn geleverd. Deze uitsluiting geldt niet voor zaakschade aan derden, toegebracht met of door een daarin gemonteerd of geplaatst onderdeel nadat het desbetreffend werk is opgeleverd, doch blijft gelden voor het toegevoegde werk zelf;

3.10.

aanspraken worden ingesteld strekkende tot de vervanging, herstel of verbetering van zaken, of op het geheel of gedeeltelijk opnieuw naar behoren uitvoeren van werkzaamheden, die door of onder verantwoordelijkheid van de verzekerden zijn geleverd resp. zijn uitgevoerd;

3.11.

aanspraken worden ingesteld wegens het niet of niet naar behoren kunnen gebruiken van de geleverde zaken of zaken waaraan werkzaamheden zijn uitgevoerd, ongeacht door wie de kosten zijn gemaakt of de schade is geleden;

(...)

6.5.

Indien verzekerde, na verloop van 12 maanden nadat door verzekeraars een definitief standpunt ten aanzien van een door verzekerde aangemelde schade is kennis gegeven, niet kenbaar maakt aan verzekeraars zich niet met het ingenomen standpunt te kunnen verenigen, zal verzekerde geacht worden het definitieve standpunt van verzekeraars te accepteren, en zullen andere aanspraken met betrekking tot het betreffende schadegeval op deze verzekering zonder nadere kennisgeving geacht worden te vervallen.

(...)

12.1.

Alle mededelingen aan of van verzekeraars, zullen geschieden via Marsh B.V. en zullen alsdan gelden als door partijen aan elkaar gedaan. (...)

2.3.

[X] heeft in 2001 en 2002 in aanneming een wellness-complex (hierna: het complex) gebouwd voor Thermen Lucaya B.V., naderhand genaamd Winding Oaks B.V. (hierna: Winding Oaks). Voor het werk heeft [X] via Marsh een CAR-verzekering afgesloten bij andere verzekeraars.

2.4.

Kort na de oplevering zijn lekkages geconstateerd in het complex. [X] heeft geprobeerd deze lekkages te herstellen.

2.5.

[X] heeft zich in ieder geval vanaf voorjaar 2003 in het geschil met Winding Oaks laten bijstaan door advocaten en een deskundige.

2.6.

Winding Oaks heeft [X] bij brief van 28 mei 2003 aansprakelijk gesteld voor de schade als gevolg van de lekkages in het complex. Winding Oaks heeft ook andere (rechts)personen voor deze schade aansprakelijk gesteld.

2.7.

[X] heeft de aansprakelijkstelling van Winding Oaks bij brief van 4 juni 2003 doorgestuurd naar [A], die deze op haar beurt heeft doorgegeven aan Marsh. Marsh heeft bij brief van 28 juli 2003, door Amlin ontvangen op 30 juli 2003, melding gemaakt van de claim van Winding Oaks tegen [X]. Marsh heeft ook de CAR-verzekeraars op de hoogte gesteld.

2.8.

Winding Oaks heeft in juni 2003 adviesbureau Ir. J.G. Hageman B.V. (hierna: Hageman) ingeschakeld om onderzoek te doen naar de oorzaak van de lekkages. Hageman heeft verschillende rapporten uitgebracht in de periode 2005-2007.

2.9.

Na de onderzoeken door Hageman hebben Winding Oaks en [X] geen oplossing kunnen vinden voor de afwikkeling van de schade. Winding Oaks is op 11 april 2008 een procedure bij de Raad van Arbitrage voor de Bouw gestart tegen onder meer [X] en de constructeur van het complex (hierna: de arbitrageprocedure).

2.10.

Een brief van 23 juli 2008 van Marsh aan [A] houdt — voor zover van belang — het volgende in:

“(…) Verzekeraars hebben de stukken bekeken en zij zien geen schade aan andere zaken dan die door verzekerde zijn geleverd. Naar inziens van verzekeraars is hier dus sprake van schade aan zaken van verzekerde (schade ontstaan voor de oplevering), dan wel is sprake van vervanging/herstellen van ondeugdelijke zaken waarbij schade aan zaken die deel van de overeenkomst uitmaken eveneens niet gedekt zijn.

Wij delen deze visie van verzekeraars en zien geen schade die de AVB polis raakt. (…)”

2.11.

Een e-mailbericht van 9 oktober 2008 met als kenmerk “[X], claim Thermen Lucaya” van [A] aan Marsh houdt — voor zover van belang — het volgende in:

“(…) Gisteren hebben wij een aangetekend schrijven van verzekerde ontvangen met in de bijlage het concept memorie van antwoord, alsmede in de bijlage de memorie van eis in reconventie. Het e.e.a heeft betrekking op deze schade en de verzekeringen van verzekerde en verzekerde wil graag weten of de verzekering op of aanmerkingen heeft, zodat de stukken eventueel nog aangepast kunnen worden. Reactie graag voor 20.10 !!!(…)”

2.12.

Een e-mailbericht van 15 oktober 2008 van Marsh aan [A] houdt — voor zover van belang — het volgende in:

“(…) Een kopie van de van u ontvangen stukken zijn — ter beoordeling — aan verzekeraars gezonden. Wij hebben verzekeraars overigens attent gemaakt op de deadline en hebben hen verzocht uiterlijk 19 oktober a.s. te reageren. Voorts hebben wij verzekeraars verzocht te reageren op (...) uw verzoek ten aanzien van de advocaatkosten. (…)”

2.13.

Een e-mailbericht van 20 oktober 2008 van [A] aan [X] houdt — voor zover van belang — het volgende in:

“(…) Marsh heeft inmiddels reactie gekregen van de verzekeraars. De verzekeraars concluderen op grond van het volledige dossier dat er geen sprake is van materiële schade in de zin van de polis. Uit de stukken van Hageman blijkt dat het oorspronkelijke werk niet deugdelijk zou zijn gemaakt. (...) De wederpartij claimt bedrijfsschade maar hier biedt een CAR, — en/of Aansprakelijkheidsverzekering geen dekking voor. (...) Omdat polisdekking ontbreekt, zijn verzekeraars vooralsnog niet bereid enige bijdrage te leveren in de advocaatkosten. Verzekeraars zijn geen partij in deze schade en zij hebben derhalve ook geen op of aanmerkingen op het concept memorie van antwoord / memorie van eis betreffende het geschil voor de Raad van Arbitrage. (…)”

2.14.

Een e-mailbericht van [A] aan [X] van 18 november 2008 houdt — voor zover van belang — het volgende in:

“(…) Naar aanleiding van het mondeling onderhoud met de heer [B] van ons kantoor dd 13.11.2008 doen wij u bijgaand de reactie van de Aansprakelijkheidsverzekeraar d.d. 23.07.2008 toekomen.

Conform afspraak wachten we uw reactie af, waarna we gezamenlijk gaan bezien welke haalbaarheid er nog mogelijk is op de CAR polis. (…)”

2.15.

In de arbitrageprocedure in eerste aanleg is op 22 maart 2010 een tussenvonnissen (hierna: het arbitraal tussenvonnissen) geweest. Daarin is de aansprakelijkheid van [X] voor de schade ten gevolge van lekkages door de begane grond-vloer afgewezen. Voor de schade ten gevolge van lekkages langs leidingdoorvoeren in de begane grond-vloer is [X] wel aansprakelijk geoordeeld. Winding Oaks is in de gelegenheid gesteld die laatste schade nader te onderbouwen.

2.16.

Op 22 juni 2010 heeft Winding Oaks hoger beroep ingesteld tegen het arbitraal tussenvonnissen. In hoger beroep is op 7 december 2011 vonnis geweest. Daarin is alsnog geoordeeld dat [X] aansprakelijk is voor de gehele schade en is het arbitraal tussenvonnissen in zoverre vernietigd. In het arbitraal hoger beroep wordt overwogen:

“(…) bij een visuele inspectie (endoscopie) van het voetenbad op 24 november 2005 (…) is geconstateerd dat er een gat in de afvoer zat (…). Vastgesteld werd dat er een uitstulping in de afvoer moest zijn, welke vrijwel zeker is ontstaan tijdens het instorten. (…) Het moet er naar het oordeel van de arbiters voor worden gehouden dat de lekkage in de afvoer van het voetenbad is ontstaan bij het instorten van de leidingen tijdens de bouw en derhalve het gevolg is van een uitvoeringsfout van [[X], hof]. Indien de constructeur had voorzien in een vloer die geschikt is voor drukkend water, zou het lekwater niet in de schil terecht zijn gekomen. In zoverre is sprake van een constructiefout. (…)”

2.17.

Bij brief van 1 februari 2012 van de advocaat van [X] aan Marsh heeft [X] de verzekeraars aangesproken op dekking en uitkering onder de AVB-verzekering van het bedrag dat Winding Oaks van haar vorderde. Amlin heeft bij brief van 6 maart 2012 aan de advocaat van [X] bericht dat zij haar standpunt als verwoord in de afwijzingsbrief 23 april 2008 handhaafde. [X] heeft Amlin op 11 juli 2012 gedagvaard in de onderhavige procedure.

2.18.

In de arbitrageprocedure in eerste aanleg is op 5 februari 2014 eindvonnis geweest. Daarin is [X] veroordeeld tot het betalen aan Winding Oaks van een bedrag van € 230.730,50 waarop in mindering strekt het bedrag van € 13.613,41 dat door de constructeur (op grond van zijn contractueel gelimiteerde aansprakelijkheid) aan Winding Oaks was betaald en is [X] veroordeeld in de proceskosten. Op 22 juli 2014 is Winding Oaks failliet verklaard. De curator heeft het door Winding Oaks ingestelde appel tegen het arbitrale eindvonnis niet voortgezet.

3. Beoordeling

3.1.

[X] heeft in eerste aanleg gevorderd voor recht te verklaren dat Amlin tekort is geschoten in haar zorgplicht jegens [X] en Amlin, gelet op haar 50%-verzekeringsaandeel in de AVB-verzekering, te veroordelen tot het betalen van € 226.239,43, te vermeerderen met de wettelijke (handels)rente met ingang van de respectieve data van betaling door [X] en de buitengerechtigde kosten van € 1.538,82 en de proceskosten en nakosten, te vermeerderen met de wettelijke rente.

3.2.

Amlin heeft primair aangevoerd dat het vorderingsrecht van [X] op grond van artikel 6.5 van de polisvoorwaarden is vervallen en subsidiair dat de rechtvordering tegen Amlin is verjaard. Meer subsidiair heeft Amlin betoogd dat de verzekering geen dekking biedt voor de door [X] geclaimde schade en de omvang van de geclaimde schade betwist.

3.3.

De rechtbank heeft het beroep van Amlin op verjaring gegrond bevonden en de vorderingen van [X] afgewezen. Aan een inhoudelijke beoordeling van de overige verweren van Amlin is de rechtbank niet toegekomen. Tegen deze beslissing en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komt [X] met vijf grieven op.

3.4.

Met haar grieven één tot en met drie, die zich lenen voor gezamenlijke behandeling, betoogt [X] vanuit verschillende invalshoeken dat haar vorderingsrecht onder de AVB-verzekering niet is verjaard. Amlin heeft zulks gemotiveerd bestreden. Op de stellingen van partijen wordt hierna voor zover van belang nader ingegaan.

3.5.

Amlin heeft primair een beroep gedaan op het in artikel 6.5 van de algemene voorwaarden opgenomen vervalbeding. Gezien het oordeel van de Hoge Raad in zijn arresten van 12 januari 1996 (ECLI:NL:HR:1996:ZC1955, NJ 1996/683) en 14 mei 2004 (ECLI:NL:HR:2004:AO5662, NJ 2006/188), moet worden aangenomen dat het beroep door een verzekeraar op een in de verzekeringsvoorwaarden opgenomen vervalbeding, ook als de vervaltermijn zoals hier een jaar na afwijzing van

de aanspraak bedraagt, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is indien de verzekeraar niet bij de weigering van betaling op niet mis te verstane wijze heeft medegedeeld dat hij een beroep op het vervallen van de aanspraak zal doen indien de vordering niet binnen de genoemde termijn voor de bevoegde rechter aanhangig is gemaakt. Vast staat dat Amlin een dergelijke mededeling niet aan [X] heeft gedaan. Onder die omstandigheden is het hof met [X] van oordeel dat het beroep van Amlin op het in artikel 6.5 van de algemene voorwaarden opgenomen vervalbeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Daaraan doet niet af dat [X] zich in het onderhavige geval door haar assurantietussenpersoon heeft laten bijstaan, noch dat [X] in de door haar gehanteerde algemene voorwaarden ook zelf een vervalbeding heeft opgenomen.

3.6.

Amlin heeft zich subsidiair in eerste aanleg op het standpunt gesteld dat de rechtsvordering van [X] op grond van het toepasselijk overgangsrecht en het tussen 1 januari 2006 en 1 juli 2010 geldende artikel 7:942 (oud) BW reeds per 1 januari 2007 was verjaard. Zij miskent echter dat Winding Oaks pas op 11 april 2008 de arbitrageprocedure is gestart en ingevolge artikel 7:942 lid 1 (oud) BW de rechtsvordering bij een verzekering tegen aansprakelijkheid niet verjaart voordat zes maanden zijn verstreken nadat de vordering waartegen de verzekering dekking verleent, binnen de voor deze vordering geldende verjaring- of vervaltermijn is ingesteld.

3.7.

Los daarvan faalt ook om andere redenen het beroep van Amlin op verjaring voor zover zij dat in eerste aanleg baseerde op de artikelen 3:307 en 7:942 (oud) BW. Daartoe wordt het volgende overwogen. Nadat [X] bij brief van 28 mei 2003 door Winding Oaks aansprakelijk werd gesteld, heeft zij daarvan melding laten doen bij Amlin. Deze melding is op 30 juli 2003 door Amlin ontvangen. Amlin gaat ervan uit dat op de vordering van [X] tot nakoming van de verzekeringsovereenkomst de vijfjarige verjaringstermijn van artikel 3:307 BW van toepassing was. Deze termijn was nog niet verstreken toen op 1 januari 2006 het toenmalige artikel 7:942 BW in werking is getreden. De Hoge Raad heeft bij arrest van 18 december 2015 (ECLI:NL:HR:2015:3618, *NJ* 2016/109) geoordeeld dat ingevolge artikel 68a lid 1 Overgangswet Nieuw Burgerlijk Wetboek (Ow NBW) artikel 7:942 (oud) BW onmiddellijke werking heeft en de verjaringstermijn van artikel 7:942 lid 3 (oud) BW pas aanvangt nadat de verzekeraar de aanspraak op uitkering heeft afgewezen op de in artikel 7:942 lid 2 (oud) BW voorgeschreven wijze, te weten bij aangetekende brief waarin ondubbelzinnig erop wordt gewezen dat de rechtsvordering na verloop van zes maanden verjaart. Vast staat dat Amlin niet op deze voorgeschreven wijze de aanspraak op dekking heeft afgewezen, zodat de verjaringstermijn van zes maanden van artikel 7:942 lid 3 (oud) BW niet is aangevangen en de rechtsvordering van [X] om die reden niet kon verjaren.

3.8.

Daarmee resteert de vraag of de rechtsvordering tegen Amlin is verjaard als gevolg van de inwerkingtreding van het huidige artikel 7:942 BW. Het hof stelt voorop dat ingevolge artikel 68a lid 1 Ow NBW artikel 7:942 BW onmiddellijke werking heeft, hetgeen betekent dat vanaf het tijdstip waarop artikel 7:942 BW in werking is getreden — 1 juli 2010 — het nieuwe recht geldt ten aanzien van de aard, het aanvangstijdstip en de duur van de verjaringstermijn, tenzij uit een van de volgende artikelen van de Ow NBW iets anders voortvloeit. In artikel 73 Ow NBW is vervolgens bepaald dat indien de wet (in dit geval artikel 7:942 BW) een verjaringstermijn op een jaar of langer stelt, en die termijn overeenkomstig het in de wet bepaalde vóór het tijdstip van haar inwerking treden — 1 juli 2010 — aanvangt, het in de wet bepaalde omtrent de aanvang, duur en aard van de termijn tot een jaar na dat tijdstip niet van toepassing is. Concreet brengt dat in dit geval mee dat het beroep op verjaring moet worden beoordeeld op basis van het bepaalde in artikel 7:942 BW zoals dat nu geldt, met dien verstande dat een verjaringstermijn die door het enkele in werking treden van artikel 7:942 BW al vóór de inwerkingtreding van deze bepaling is gaan lopen niet eerder eindigt dan per 1 juli 2011.

3.9.

Uit lid 1 van artikel 7:942 BW volgt dat een rechtsvordering tegen de verzekeraar tot het doen van een uitkering verjaart door verloop van drie jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de tot uitkering gerechtigde met de opeisbaarheid daarvan bekend is geworden. Volgens lid 2 van deze bepaling wordt de verjaring gestuit door een schriftelijke mededeling, waarbij op uitkering aanspraak wordt gemaakt. Een nieuwe verjaringstermijn van drie jaren begint te lopen met de aanvang van de dag, volgende op die waarop de verzekeraar hetzij de aanspraak erkent, hetzij ondubbelzinnig heeft medegedeeld de aanspraak af te wijzen.

3.10.

De verjaringstermijn van het eerste lid van artikel 7:942 BW is gaan lopen de dag nadat [X] bekend is geworden met de opeisbaarheid van zijn vordering op Amlin op grond van de AVB-verzekering. De vordering van [X] op Amlin als aansprakelijkheidsverzekeraar om dekking te verkrijgen werd opeisbaar toen [X] bij brief van 28 mei 2003 door Winding Oaks aansprakelijk werd gesteld voor de schade als gevolg van de lekkages in het complex. Zie in dat verband ook [Kamerstukken II, 2007/08, 31 518, nr. 3 p. 25](#):

“Pas als de verzekerde aansprakelijk is gesteld heeft hij een opeisbare vordering op zijn verzekeraar en op dat moment neemt de termijn van drie jaren een aanvang”.

Voor de opeisbaarheid van de vordering op de verzekeraar is anders dan [X] meent niet bepalend of het schadebedrag waarvoor [X] aansprakelijk werd gehouden toen al vaststond, noch op welke soort schade de aansprakelijkstelling betrekking had. De aard van de schade en de grondslag van de aansprakelijkheid spelen alleen een rol bij de vraag of Amlin op grond van de verzekeringsvoorwaarden is gehouden dekking te verlenen voor de aanspraak.

3.11.

Op 4 juni 2003 heeft [X] de van Winding Oaks ontvangen aansprakelijkstelling doorgestuurd aan [A], die deze op haar beurt heeft doorgestuurd aan Marsh, die op haar beurt verzekeraars, daarvan in kennis heeft gesteld. Aldus heeft [X] schriftelijk aanspraak gemaakt op dekking door verzekeraars te informeren over de aansprakelijkstelling naar aanleiding van de lekkages in het complex en daarmee de ingevolge artikel 7:942 lid 1 BW lopende verjaringstermijn tijdig gestuit. Met de afwijzingsbrief van 23 juli 2008 hebben verzekeraars de dekking onder de AVB-verzekering geheel afgewezen. Daarmee is op grond van lid 2 van artikel 7:942 BW per 24 juli 2008 een nieuwe verjaringstermijn gaan lopen.

3.12.

[X] heeft vervolgens betoogd dat zij die nieuwe verjaringstermijn op 9 oktober 2008 heeft gestuit door toezending aan verzekeraars, via Marsh, van de memories van antwoord en eis in de lopende arbitrage procedure.

3.13.

Ter zake van rechtsvorderingen tegen de verzekeraar is in artikel 7:942 lid 2 BW specifiek bepaald dat de verjaring wordt gestuit door een schriftelijke mededeling waarbij op uitkering aanspraak wordt gemaakt. Uit de wetsgeschiedenis ([Kamerstukken II, 2007/08, 31 518, nr. 3](#) p. 25) zou kunnen worden afgeleid dat deze specifieke wijze van stuiting bij aansprakelijkheidsverzekeringen, als de onderhavige toepassing mist, maar daarmee is in ieder geval niet beoogd om aan de stuiting van de verjaring van rechtsvorderingen ter zake van aansprakelijkheidsverzekeringen hogere of zwaardere eisen te stellen. De verjaring van een rechtsvordering tot nakoming van een verbintenis — zoals hier aan de orde — kan ingevolge artikel 3:317 lid 1 BW in elk geval worden gestuit door een schriftelijke mededeling waarin de schuldeiser zich ondubbelzinnig zijn recht op nakoming voorbehoudt. De schriftelijke mededeling als bedoeld in artikel 3:317 lid 1 BW moet een voldoende duidelijke waarschuwing aan de schuldenaar inhouden dat hij, ook na het verstrijken van de verjaringstermijn, rekening ermee moet houden dat hij de beschikking houdt over zijn gegevens en bewijsmateriaal, opdat hij zich tegen een dan mogelijkerwijs alsnog door de schuldeiser ingestelde vordering behoorlijk kan verweren (HR 24 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0418, *NJ* 2006/642). Bij de beoordeling of de mededeling aan de in art. 3:317 lid 1 BW gestelde eisen voldoet, dient niet alleen te worden gelet op de formulering daarvan, maar ook op de context waarin de mededeling wordt gedaan en op de overige omstandigheden van het geval (HR 18 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8502, *NJ* 2009/439). Bij deze beoordeling kan onder omstandigheden mede betekenis toekomen aan de verdere correspondentie tussen partijen (HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ7063, *NJ* 2011/503).

3.14.

Bij e-mailbericht van 9 oktober 2008 heeft [A], met als kenmerk “[X], *claim Thermen Lucaya*” namens [X] aan Marsh meegedeeld dat zij van [X] een aangetekend schrijven heeft ontvangen met in de bijlage de concept memorie van antwoord en memorie van eis in reconventie in de arbitrage procedure. [A] schrijft aan Marsh:

“Het e.e.a heeft betrekking op deze schade en de verzekeringen van verzekerde en verzekerde wil graag weten of de verzekering op of aanmerkingen heeft, zodat de stukken eventueel nog aangepast kunnen worden. Reactie graag voor 20.10 !!! (...).”

[A] heeft de bewuste stukken vervolgens aan Marsh toegezonden. Marsh schrijft in reactie daarop dat zij de ontvangen stukken ter beoordeling aan verzekeraars heeft gezonden, en hen heeft verzocht tijdig te reageren en verder:

“Voorts hebben wij verzekeraars verzocht reageren op (...) uw verzoek ten aanzien van de advocaatkosten (...).”

Naar aanleiding daarvan hebben verzekeraars blijkens de in zoverre onbetwist gebleven inhoud van het e-mailbericht van [A] aan [X] van 20 oktober 2008 aan Marsh meegedeeld dat zij concluderen dat de CAR-verzekering en de AVB-verzekering in dit geval geen dekking bieden:

“Omdat polisdekking ontbreekt, zijn verzekeraars vooralsnog niet bereid enige bijdrage te leveren in de advocaatkosten. Verzekeraars zijn geen partij in deze schade en zij hebben derhalve ook geen op of aanmerkingen op het concept memorie van antwoord / memorie van eis betreffende het geschil voor de Raad van Arbitrage (...).”

3.15.

Bezien in de context van de tussen partijen bestaande rechtsverhouding en het geheel van de tussen partijen gevoerde

correspondentie, waarbij ingevolge artikel 12.1 van de algemene voorwaarden mededeling aan of van Marsh hebben te gelden als mededelingen die door partijen aan elkaar zijn gedaan, kan de e-mail van 9 oktober 2008 niet anders worden opgevat dan als een mededeling van [X] aan verzekeraars dat zij nog steeds aanspraak maakte op dekking onder de AVB-verzekering. Verzekeraars hebben dat ook zo begrepen; in hun reactie op het verzoek van [X] om commentaar te leveren op de processtukken herhalen zij immers hun standpunt dat geen dekking onder AVB-verzekering bestaat en wijzen zij het verzoek om een bijdrage in de proceskosten te leveren uitdrukkelijk af. Daarmee houdt de e-mail van 9 oktober 2008 een voldoende duidelijke waarschuwing aan verzekeraars in dat zij, ook na het verstrijken van de per 24 juli 2008 aangevangen nieuwe verjaringstermijn, rekening ermee moeten houden dat zij de beschikking houden over hun gegevens en bewijsmateriaal, opdat zij zich tegen een dan mogelijkerwijs alsnog door [X] ingestelde vordering behoorlijk kunnen verweren. De per 24 juli 2008 aangevangen nieuwe verjaringstermijn is derhalve per 9 oktober 2008 gestuit.

3.16.

Ingevolge artikel 7:942 lid 2 BW geldt dat na stuiting een nieuwe verjaringstermijn van drie jaren begint te lopen met aanvang van de dag, volgende op die waarop de verzekeraar ondubbelzinnig heeft medegedeeld de aanspraak af te wijzen. Amlin heeft zich in deze procedure — in hoger beroep noch in eerste aanleg — echter nooit op het standpunt gesteld dat op enig moment na de stuiting door het e-mailbericht van 9 oktober 2008 een nieuwe verjaringstermijn is gaan lopen omdat zij (wederom) ondubbelzinnig aan [X] heeft medegedeeld de aanspraak af te wijzen. Hoewel uit het e-mailbericht van [A] aan [X] van 20 oktober 2008 het bestaan van een dergelijke ondubbelzinnige mededeling van verzekeraars wel valt af te leiden, mag het hof, zonder dat daar door Amlin een beroep op is gedaan, daaraan niet zelfstandig de gevolgtrekking verbinden dat met ingang van 21 oktober 2008 weer een nieuwe verjaringstermijn is gaan lopen. De slotsom is derhalve dat er van moet worden uitgegaan dat na de stuiting van 9 oktober 2008 geen nieuwe verjaringstermijn meer is gaan lopen en het vorderingsrecht van [X] jegens Amlin uit hoofde van de AVB-verzekering derhalve niet is verjaard.

3.17.

Amlin heeft nog betoogd dat [X] geen grieven heeft gericht tegen rov. 4.4 van het bestreden vonnis en dat de rechtbank daarin zou hebben geoordeeld dat de vordering van [X] ook overigens niet toewijsbaar is omdat zij zou hebben berust in de afwijzing van de dekking en dat dit voor haar risico dient te komen. Dit standpunt berust op een onjuiste lezing van bedoelde rechtsoverweging en kan Amlin reeds daarom niet baten.

3.18.

Het voorgaande betekent dat de grieven één tot en met drie slagen. De grieven vier en vijf, waarmee [X] heeft betoogd dat het beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, behoeven geen bespreking meer.

3.19.

Daarmee wordt toegekomen aan de vraag of de AVB-verzekering dekking biedt voor de door [X] geclaimde schade. De AVB-verzekering biedt blijkens de algemene voorwaarden dekking voor aansprakelijkheid voor zaakschade (art. 2.2), de wettelijke rente over de gedekte hoofdsom (2.3.1) en gemaakte kosten van verweer, rechtskundige bijstand en proceskosten (2.3.2). [X] vordert in deze zaak van Amlin vergoeding van 50% van de aan Winding Oaks op grond van het arbitraal eindvonnis betaalde schadevergoeding, de kosten van juridische bijstand en de eigen uren van [X].

3.20.

Tussen partijen is niet in geschil dat de door [X] op grond van het arbitraal eindvonnis aan Winding Oaks betaalde schadevergoeding ziet op zaakschade waarvoor de verzekering in beginsel dekking biedt. Amlin heeft zich evenwel beroepen op de in artikel 3.9, 3.10 en 3.11 van de algemene voorwaarden opgenomen uitsluitingen; de zogenaamde vervangingskostenclausule. Partijen zijn het er over eens dat met deze clausule is bedoeld het ondernemersrisico uit te sluiten. Dat wil zeggen dat de verzekering géén dekking biedt voor het aansprakelijkheidsrisico dat voortvloeit uit de schending van het zuivere contractsbelang van de wederpartij van de verzekerde, doordat de verzekerde zijn primaire prestatieplicht niet of niet deugdelijk nakomt. Volgens Amlin is de schadevergoeding die [X] op grond van het arbitrale vonnis aan Winding Oaks dient te betalen uitgesloten van dekking, voor zover die ziet op het eigen werk dat door [X] is geleverd (conclusie van antwoord, 5.4-5.5). [X] heeft dat standpunt bestreden. Zij voert aan dat de vervangingskostenclausule, omdat het een uitsluiting is, restrictief moet worden uitgelegd. Onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 14 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AF1536, NJ 2002/481 betoogt zij dat met de vervangingskostenclausule niet van dekking zijn uitgesloten de kosten van het opnieuw uitvoeren van de tot dezelfde transactie behorende, wel naar behoren verrichte werkzaamheden.

3.21.

Het hof constateert dat de onderhavige vervangingskostenclausule tekstueel verschilt van de clausule die in het genoemde arrest van de Hoge Raad aan de orde was, zodat dat arrest niet zonder meer één op één op het onderhavige geval

toegepast kan worden. Een beperking van de dekking tot schade aan zaken waarin de oorzaak van de schade is gelegen, ontbreekt in de onderhavige vervangingskostenclausule. Uit de eigen stellingen van Amlin volgt evenwel dat de strekking van de vervangingskostenclausule is dat verzekeraars niet instaan voor de kwaliteit van het door de verzekerde geleverde product en dat daarom dekking ontbreekt voor schade die haar oorzaak vindt in de ondeugdelijke overeengekomen prestatie. De verzekering biedt daarentegen wel dekking voor schade die geleverde ondeugdelijke zaken hebben veroorzaakt aan zaken die niet door de verzekerde zijn geleverd. In dit geval moet op grond van het in zoverre onvoldoende weersproken oordeel van arbiters in het arbitraal hoger beroep vonnis van 7 december 2011 worden aangenomen dat de schade is ontstaan als gevolg van een lekkage in de door een nevenaannemer geplaatste afvoer van het voetenbad en dat [X] daarvoor aansprakelijk is omdat die afvoer is beschadigd als gevolg van een fout bij het "instorten" (waarmee het storten van beton wordt bedoeld) van de leidingen, waarvoor [X] verantwoordelijk was. Dat de door de nevenaannemer aangelegde afvoer als gevolg van het "instorten" van de leidingen bij de bouw door natrekking onderdeel zou zijn geworden van het door [X] zelf uitgevoerde werk wordt niet gevolgd. Dit was immers op moment van de beschadiging, toen de leidingen werden ingestort, nog niet het geval. Daarmee staat vast dat de schade niet is ontstaan als gevolg van het door [X] leveren van ondeugdelijke zaken of het niet deugdelijk uitvoeren van de met Winding Oaks overeengekomen werkzaamheden, maar dat deze is ontstaan als gevolg van het feit dat [X] tijdens de bouw een deel van het door een derde uitgevoerde werk heeft beschadigd. Dit betekent dat de vervangingskostenclausule in dit geval niet van toepassing is voor zover de door [X] aan Winding Oaks betaalde schadevergoeding ziet op herstel of vervanging van de als gevolg van de lekkage in de afvoer ontstane schade. De uitsluiting is alleen van toepassing als het gaat om herstel, vervanging of verbetering van uitgevoerde werkzaamheden, voor zover daarbij de primaire prestatieplicht niet of niet naar behoren is nagekomen.

3.22.

Bij arbitraal eindvonnis van 5 februari 2014 is [X] aansprakelijk gehouden ter zake van de volgende schadeposten (in navolging van partijen worden de posten aangeduid met de letters overeenkomstig het arbitraal eindvonnis):

a. Vervangen voetenbad € 18.310

Vervangen wandtegels 907,06

Kosten deskundige 16.371,48

Buitengerechtelijke werkzaamheden 625

(Tijdelijk) herstel stucwerk 9.979,25

Schilderwerk buitengevels 6.470

Plafond garage 4.164

m. Kosten Context 3.500

n. Onderzoek TNO 5.400

o. Herstel 87.000

p. Bedrijfsschade 78.003,71

3.23.

Amlin heeft onder verwijzing naar een rapport van ing. J.E. Witte van expertisebureau VanderWal & Joosten betoogd dat de posten d, i, j en k, betrekking hebben op herstel van door [X] uitgevoerd werk en dus niet voor vergoeding in aanmerking komen. Nu Amlin echter niet, althans niet voldoende gemotiveerd heeft betwist dat daarbij sprake is van herstel van schade die is ontstaan als gevolg van de lekkage in de afvoer en is gesteld noch gebleken dat ter zake door [X] ondeugdelijke zaken zijn geleverd of de primaire prestatieplicht niet naar behoren is nagekomen, is de vervangingskostenclausule daarop niet van toepassing.

3.24.

Ten aanzien van de posten a en o heeft Amlin gesteld dat deze zien op de verbetering van door [X] niet goed uitgevoerd werk. In het rapport van VanderWal & Joosten is op basis van de overwegingen in het arbitraal eindvonnis geconcludeerd dat het vervangen van het voetenbad (a) en het vervangen van het voegwerk in de tegelvloer door epoxyvoegen (o), een verbetering van het door [X] uitgevoerde werk inhield. Nu de bedrijfsschade (p) het gevolg is van een sluiting van het complex voor de duur van het vervangen van de voegen, zijn ook die kosten het gevolg van een verbetering van het door [X] uitgevoerde werk. Ten aanzien van de kosten van de diverse deskundigen (posten f, m en n) en de buitengerechtelijke kosten (h) geldt dat deze kosten moeten worden toegerekend aan (herstel)werkzaamheden die niet voor vergoeding in aanmerking komen, aldus Amlin.

3.25.

Uit het arbitraal hoger beroep vonnis van 7 december 2011 (rov. 34), zoals geciteerd in het arbitraal eindvonnis (rov. 10) blijkt dat Hageman in 2004 heeft geconstateerd dat uit het voetenbad 680 liter water per 24 uur weglekte. In 2005 is vervolgens het voetenbad vervangen door een nieuw polyester bad. In 2005 is vervolgens wederom lekkage geconstateerd

waarbij bleek dat er een gat in de afvoer zat waardoor water uitstroomde. Tegen deze achtergrond heeft Amlin niet voldoende concreet onderbouwd waarom zij meent dat met de vervanging van het voetenbad sprake is van een verbetering van door [X] (ondeugdelijk) uitgevoerd werk en niet van een, achteraf zinloos gebleken, poging tot herstel van de als gevolg van het gat in de afvoer optredende lekkage in het complex. De enkele opmerking in het rapport van Vanderwal & Joosten *“Dat het voetenbad als geheel is vervangen door een ander type bad, brengt naar onze mening met zich mee dat hier dan gekozen is voor een (noodzakelijke?) verbetering van het oorspronkelijke werk”* is daarvoor in ieder geval onvoldoende.

3.26.

Ten aanzien van het vervangen van het voegwerk in de tegelvloer geldt dat het ook hier gaat om herstel van als gevolg van de lekkage in de afvoer ontstane schade aan het complex en niet om herstel van door [X] ondeugdelijk uitgevoerde werkzaamheden. Dat de door [X] in de tegelvloer aanvankelijk aangebrachte voegen niet zouden voldoen aan de daaraan te stellen eisen is gesteld noch gebleken.

In het arbitraal eindvonnis is dienaangaande het volgende overwogen (rov. 35):

“Het hersteladvies van Context is gebaseerd op volledige renovatie van het complex. Dat is naar het oordeel van arbiters niet aan de orde. Niet alle vloeren dienden immers hersteld te worden (de zwembadvloeren voldoen). Het hersteladvies voorziet onder meer in een aan te brengen waterdicht membraan. Dat is echter méér dan het ontwerp van de architect en dus meer dan wat opdrachtgeefster redelijkerwijs mocht verwachten. Arbiters zijn van oordeel dat het door aanneemster (...) voorgestelde en gespecificeerde herstel, waarbij de voegen van de tegelvloer zullen worden uitgeslepen en vervangen door een epoxyvoeg, een afdoende oplossing is (...)”.

Het hof is tegen deze achtergrond met [X] van oordeel dat het vervangen van de bestaande voegen in de tegelvloer door een epoxyvoeg, niet zo zeer als een verbetering van het uitgevoerde werk moet worden beschouwd, als wel als een goedkopere en daarmee ook voor verzekeraars gunstigere wijze van herstel van de als gevolg van de lekkage in de afvoer ontstane schade. Onder die omstandigheden geldt dat Amlin zich ook ten aanzien van het vervangen van het voegwerk door epoxyvoegen (o) en de daaruit gevolgde bedrijfsschade (p) niet met succes op de uitsluiting in de vervangingskostenclausule in de algemene voorwaarden kan beroepen. Hetzelfde geldt voor de kosten van de deskundigen (f, m en n) — die in het arbitraal eindvonnis al deels slechts pro rato zijn toegewezen op basis van de voor vergoeding in aanmerking komende posten — en de buitengerechtigde kosten (h).

3.27.

De slotsom is dat de AVB-verzekering dekking biedt voor de door [X] op grond van het arbitraal eindvonnis aan Winding Oaks betaalde schadevergoeding. Amlin heeft nadat [X] de desbetreffende bankafschriften heeft overgelegd inhoudelijk niet (meer) betwist dat [X] dienaangaande op 21 november 2013 € 150.419,06, op 25 februari 2014 € 9.134,54 en op 3 april 2014 € 101.369,59 aan Winding Oaks heeft voldaan, waarbij op het eerste genoemde bedrag een eigen risico van € 1.588,23 in mindering moet worden gebracht.

3.28.

Ten aanzien van de kosten van juridische bijstand heeft [X] gespecificeerde overzichten verstrekt van de door haar betaalde kosten voor juridische bijstand in totaal € 161.391,88. Amlin heeft de juistheid daarvan niet (meer) betwist. Amlin heeft aangevoerd dat de AVB-verzekering alleen dekking biedt voor met toestemming van verzekeraars gemaakte kosten van verweer, rechtskundige bijstand en proceskosten. Met [X] is het hof van oordeel dat nu Amlin zich, zoals hiervoor is geoordeeld, ten onrechte op het standpunt heeft gesteld dat geen dekking onder de AVB-verzekering bestond en om die reden ook heeft geweigerd een bijdrage te leveren in de kosten van verweer, het naar maatstaven redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn indien zij zich vervolgens met succes erop zou kunnen beroepen dat zij geen toestemming heeft gegeven voor het voeren van verweer tegen de vorderingen van Windig Oaks.

3.29.

Ten aanzien van de gevorderde kosten voor eigen werkzaamheden door [X] geldt dat daarvoor in beginsel geen dekking bestaat onder de AVB-verzekering. [X] heeft echter gesteld dat de werkzaamheden nodig waren, en de kosten dus zijn gemaakt, ter voorkoming van of vermindering van schade en om die reden op grond van artikel 4.9 van de algemene voorwaarden, althans artikel 7:957 lid 2 BW voor vergoeding in aanmerking komen. Amlin heeft dit niet betwist. De vordering is in zoverre als onbetwist toewijsbaar.

3.30.

De gevorderde de buitengerechtigde kosten van € 1.538,82 zijn eveneens als onbetwist toewijsbaar. De gevorderde handelsrente zal worden afgewezen. Artikel 6:119a BW vormt de implementatie van Richtlijn 2000/35/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 juni 2000 betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties (PbEG L 200/35 van 4 augustus 2000) en ziet op de niet-nakoming van een verbintenis tot betaling van een geldsom voortvloeiende uit een handelsovereenkomst. Blijkens de preambule (onder 13) strekt deze richtlijn niet tot regulering van betalingen bij

wijze van schadeloosstelling met inbegrip van betalingen uit hoofde van verzekeringspolissen. Hetzelfde geldt voor Richtlijn 2011/7/EU van 15 maart 2011 betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties (*PbEU* 2011, L 48 van 23 februari 2011) waardoor de hiervoor genoemde richtlijn is vervangen (zie de preambule daarvan onder 8). De gevorderde wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW zal worden toegewezen, met dien verstande dat nu niet voldoende concreet is gesteld wanneer de kosten van juridische bijstand, de eigen kosten en de buitengerechtigde kosten zijn gemaakt, de wettelijke rente over Amlins 50% aandeel daarin slechts toewijsbaar is vanaf de dag van de akte vermeerdering van eis in eerste aanleg van 23 maart 2016.

3.31.

De slotsom is dat de grieven slagen en het vonnis waarvan beroep zal worden vernietigd. De vorderingen van Amlin zullen als na te noemen alsnog worden toegewezen. Bij die stand van zaken heeft Amlin geen rechtens te respecteren belang meer bij toewijzing van de door haar gevorderde verklaring van recht. Amlin zal als de in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten van het geding in beide instanties. Het meer of anders gevorderde zal worden afgewezen.

4. Beslissing

Het hof:

vernietigt het vonnis waarvan beroep

en opnieuw rechtdoende:

veroordeelt Amlin tot betaling aan [X] van € 226.239,43, te vermeerderen met de wettelijke rente over € 74.415,41 vanaf 21 november 2013, over € 4.567,27 vanaf 25 februari 2014, over € 50.098,30 vanaf 3 april 2014 en over € 96.558,45 vanaf 23 maart 2016 telkens tot aan de betaling;

veroordeelt Amlin tot betaling aan [X] van € 1.538,82 te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 23 maart 2016 tot aan de betaling;

veroordeelt Amlin in de kosten van het geding in beide instanties, in eerste aanleg aan de zijde van [X] begroot op € 3.992,67 aan verschotten en € 4.000 voor salaris en in hoger beroep tot op heden op € 5.280,42 aan verschotten en € 11.757 voor salaris en op € 157 voor nasalaris, te vermeerderen met € 82 voor nasalaris en de kosten van het betekeningsexploit ingeval betekening van dit arrest plaatsvindt, te vermeerderen met de wettelijke rente, indien niet binnen veertien dagen na dit arrest dan wel het verschuldigd worden van de nakosten aan de kostenveroordeling is voldaan;

veroordeelt Amlin tot terugbetaling van al hetgeen [X] ter uitvoering van het vernietigde vonnis heeft voldaan, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf telkens de dag waarop van [X] heeft voldaan tot aan de dag van betaling;

verklaart deze veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af het meer of anders gevorderde.

(enz.)