

Mr. W.H. Slootweg*

De bouwontwerpverzekering: een lastig uit te leggen polis

De uitleg van verzekeringsovereenkomsten is een regelmatig terugkerend onderwerp in rechtspraak en literatuur. In deze bijdrage staat de uitleg van de dekking van de relatief onbekende bouwontwerpverzekering centraal.

1. INLEIDING

Met een bouwontwerpverzekering (BOV) kunnen aannemers of andere bedrijven in de bouwsector, zoals installatiebedrijven, die betrokken zijn bij zowel het ontwerp als de uitvoering van een bouwwerk, aansprakelijkheid als gevolg van ontwerpfouten afdekken. In de volgende paragraaf zal ik – in vogelvlucht – de ontwikkelingen bespreken die tot de introductie van de BOV hebben geleid. Daarna volgt in paragraaf 3 een korte omschrijving van de – door Aon ontworpen – BOV. In paragraaf 4 bespreek ik de uitleg van de dekking van de BOV. Ik sluit deze bijdrage in paragraaf 5 af met een korte conclusie.

2. HET ONTSTAAN VAN DE BOUWONTWERPVERZEKERING

2.1. Van ontwerpen óf bouwen naar ontwerpen én bouwen

In veel gevallen is een aannemer uitsluitend verantwoordelijk voor de uitvoering van een bouwwerk.¹ Het ontwerp is afkomstig van de opdrachtgever, die daar vaak een architect voor heeft ingeschakeld. Deze strikte scheiding tussen ontwerpen en bouwen is lange tijd de gebruikelijke werkwijze geweest en wordt vaak aangeduid als de ‘klassieke driehoek’ van het bouwrecht.²

Aan de scheiding van ontwerp en uitvoering kleven nadelen. De opdrachtgever heeft een afzonderlijke (contractuele) relatie met alle betrokken partijen, zoals een architect, een constructeur en een aannemer. De opdrachtgever zal in beginsel zelf moeten zoeken naar een aannemer die bereid is het ontwerp te realiseren. Tijdens de bouw is samenwerking en coördinatie vereist tussen ‘ontwerpers’ en ‘uitvoerders’. Voor die rol wordt vaak weer een andere

partij ingeschakeld, hetgeen tot hogere kosten leidt. Daarnaast kan betrokkenheid van de aannemer bij het ontwerp leiden tot alternatieve en kostenbesparende werkwijzen.³ Ook komt het voor dat aannemers zich willen onderscheiden van concurrenten door het bieden van een *all-in*-oplossing voor de realisatie van een bouwwerk.

Zo ontstonden aan het eind van de 20e eeuw, mede onder invloed van het Anglo-Amerikaanse recht, contractvormen waarbij sprake is van een combinatie van uitvoeren en ontwerpen en/of andere functies, zoals financieren, het verzorgen van onderhoud of de exploitatie.⁴ Deze contract(vorm)en worden vaak aangeduid met hun oorspronkelijke Engelse benaming, zoals Design & Construct (D&C), Turn Key, Design Build Maintain (DBM) en Design Build Finance Maintain (DBFM).

De ontwikkeling waarbij de aannemer een ontwerp maakt en tevens betrokken is bij de uitvoering en realisatie van het ontwerp leidde direct tot veel juridische vragen. Van den Berg en Jansen hebben in 1996 uitgebreid aandacht besteed aan de veranderende aansprakelijkheids- en risicoverdeling tussen opdrachtgevers en deze zogenoemde *ontwerpende aannemers* of *ontwerpende bouw-ers*.⁵

2.2. De aard en omvang van de aansprakelijkheid van een ontwerpende aannemer

In algemene zin kan niet worden gezegd waarvoor en in hoeverre een ontwerpende aannemer jegens zijn opdrachtgever aansprakelijk is. Dat hangt immers af van de overeenkomst die aannemer en opdrachtgever met elkaar

* **Hugo Slootweg** is zelfstandig jurist aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht. Hij schrijft deze bijdrage op persoonlijke titel. De auteur dankt mr. dr. K. Engel voor zijn waardevolle commentaar op een eerdere versie van deze bijdrage.

1. In deze bijdrage bedoel ik met *aannemer* ook andere ‘bouwers’, zoals een installatiebedrijf of machinebouwer en met *bouwwerk* niet alleen huizen en bedrijfsgebouwen, maar ook wegen en andere infrastructurele objecten, (grote) machines of installaties.
2. M.A.M.C. van den Berg, *Samenwerkingsvormen in de bouw* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1990, p. 12.
3. M.A.M.C. van den Berg, *Samenwerkingsvormen in de bouw* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1990, p. 9.
4. Asser/Van den Berg 7-VI 2017/29. Zie ook M.A.B. Chao-Duivis, in: *T&C Bouwrecht* 2020, commentaar op UAV-GC 2005, § 1.
5. Zij deden dat op bijzondere wijze. Vanuit een wetenschappelijke invalshoek schreef C.E.C. Jansen een bijdrage over de grondbeginselen van moderne bouwcontractvormen en M.A.M.C. van den Berg over de verdeling van aansprakelijkheden en risico’s bij moderne bouwcontractvormen. Vervolgens zijn hun bijdragen becommentarieerd door diverse, in de bouwpraktijk werkzame, juristen. Daarna zijn alle bijdragen gepresenteerd en bediscussieerd tijdens een symposium. Ten slotte zijn de bijdragen gebundeld in het boek: M.A.M.C. van den Berg & C.E.C. Jansen (red.), *De ontwerpende bouw. Over turnkey- en design & build-contracten*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996. Hoewel het boek op sommige punten wat verouderd is, blijft het een volledige weergave van de problematiek van ontwerpaansprakelijkheid van aannemers.

hebben gesloten.⁶ Omdat de bouwontwerpverzekering die in deze bijdrage centraal staat, is geïntroduceerd als reactie op de ontwikkeling dat aannemers betrokken raakten bij het ontwerp en (daardoor) ook aansprakelijk waren voor fouten in het ontwerp, besteed ik – kort – aandacht aan de aard en omvang van die aansprakelijkheid. Daarbij beperk ik mij tot bespreking van de aansprakelijkheid op grond van de UAV-GC, de (standaard)voorwaarden die zijn ontwikkeld voor de situatie waarin de aannemer verantwoordelijk is voor zowel het ontwerp als de uitvoering.⁷

De aannemer is verplicht de ontwerp- en uitvoeringswerkzaamheden zodanig te verrichten dat het overeengekomen werk voldoet aan de overeengekomen eisen (§ 4 lid 1 UAV-GC 2005). Is dat niet het geval, dan is sprake van een gebrek. Hieruit volgt dat de verplichtingen van de aannemer het karakter hebben van een resultaatsverbintenis.⁸ De aannemer is verantwoordelijk voor elk gebrek, tenzij dit aan de opdrachtgever kan worden toegerekend (§ 4 lid 9 UAV-GC 2005). Na de oplevering is de aannemer in beginsel niet meer aansprakelijk voor gebreken, tenzij die gebreken aan de aannemer kunnen worden toegerekend en de opdrachtgever deze gebreken bij de oplevering niet heeft opgemerkt en ook redelijkerwijs niet had moeten ontdekken (§ 28 lid 1 UAV-GC 2005). De aansprakelijkheid is voorts beperkt tot vijf jaar na de oplevering voor ‘gewone’ gebreken en tien jaar na de oplevering voor gebreken waarbij het werk geheel of gedeeltelijk dreigt in te storten of ongeschikt is geraakt of dreigt te raken (§ 28 lid 2 UAV-GC 2005). Ten slotte is de hoogte van de te vergoeden schade beperkt tot maximaal € 1 500 000 en daarboven tot 10% van de opdrachtssom (§ 28 lid 3 UAV-GC 2005).

De aansprakelijkheidsbeperking in de UAV-GC is opgenomen vanwege de wens aan te sluiten bij het ‘traditionele model’, waarbij (bijvoorbeeld) een architect verantwoordelijk is voor het ontwerp.⁹ In dat geval is de aansprakelijkheid van een architect contractueel beperkt.¹⁰ In de UAV-GC is er bewust voor gekozen geen onderscheid

te maken tussen gebreken die zijn terug te voeren op ontwerpfouten dan wel uitvoeringswerkzaamheden, om tijdrovende en kostbare discussies te voorkomen.¹¹

Uit het voorgaande volgt dat een aannemer – bij een overeenkomst waarop de UAV-GC van toepassing zijn – contractueel aansprakelijk is voor zowel ontwerp- als uitvoeringsfouten. De (ontwerpend) aannemer zal deze aansprakelijkheid willen afdekken, bijvoorbeeld met een verzekering. In de volgende paragraaf stip ik kort aan dat dit met de gebruikelijke verzekeringen in de bouw niet mogelijk is.

2.3. De gebruikelijke verzekeringen in de bouw

Bij het ontwerpen of realiseren van een (bouw)werk kan iets mis gaan. Omdat de gevolgen van een fout zeer groot kunnen zijn, is het afdekken van aansprakelijkheidsrisico’s door middel van een verzekering in de bouw zeer gebruikelijk.¹² Schaaf wijst erop dat bouwen een chronologisch proces is en dat de verzekeringen in de (traditionele) bouw op de verschillende fases in dat proces aansluiten. In de vorige paragraaf kwam al ter sprake dat een architect of ingenieur vaak beschikt over een beroepsaansprakelijkheidsverzekering (BAV). Ter dekking van zaak- of letselschade heeft een (uitvoerende) aannemer vrijwel altijd een aansprakelijkheidsverzekering voor bedrijven (AVB) afgesloten. Voor schade aan het bouwwerk zelf beschikt de opdrachtgever of aannemer over een CAR-verzekering.

Ook bij deze verzekeringen is sprake van een scheiding tussen ‘ontwerp’ en ‘uitvoering’. Zo is in een BAV van een architect de aansprakelijkheid voor fouten bij de uitvoering uitgesloten.¹³ De AVB van een aannemer biedt geen dekking voor schade die het gevolg is van ontwerpfouten.¹⁴ Bovendien is enkel zaak- en personenschade gedekt, terwijl ontwerpfouten leiden tot (zuivere) vermo-

6. Het hangt ook af van de kwalificatie van de overeenkomst die aannemer en opdrachtgever hebben gesloten. Zie voor (de discussie over) het rechtskarakter van een overeenkomst waarbij het tot stand brengen van een werk van stoffelijke aard geïntegreerd wordt met ‘diensten’, zoals het verzorgen van het ontwerp: Asser/Van den Berg 7-VI 2017/29.

7. Zie over de UAV-GC in het algemeen: Asser/Van den Berg 7-VI 2017/9. In deze bijdrage ga ik uit van de huidige versie 2005. In 2016 is gestart met de herziening van de UAV-GC 2005. Op 16 februari 2021 zijn de geactualiseerde teksten ter visie gelegd. Het streven is de UAV-GC 2020 in september 2021 te publiceren. Zie: crow.nl/thema-s/contracteren/uav-en-uav-gc/tervisielegging-uav-gc-2020. De herziening laat ik grotendeels buiten beschouwing.

8. Asser/Van den Berg 7-VI 2017/30. In de herziene UAV-GC (2020) is er uitdrukkelijk voor gekozen de overeenkomst te kwalificeren als ‘aanneming van werk’ en daarmee als resultaatsverbintenis. Zie: Toelichting Model Basisovereenkomst, p. 13, te raadplegen/downloaden op: crow.nl/thema-s/contracteren/uav-en-uav-gc/tervisielegging-uav-gc-2020.

9. M.A.B. Chao-Duivis, in: *T&C Bouwrecht* 2020, commentaar op UAV-GC 2005, § 28 lid 3, waar verwezen wordt naar de toelichting op de UAV-GC 2005, p. 82.

10. Het gebruik door ‘ontwerpers’ van ‘De Nieuwe Regeling, Rechtsverhouding opdrachtgever – architect, ingenieur en adviseur’ (DNR 2011) is zeer gebruikelijk. De DNR 2011 bevatten in artikel 15 een beperking van de omvang van de schadevergoeding tot naar keuze van partijen eenmaal de advieskosten met een maximum van € 1 000 000 of driemaal de advieskosten met een maximum van € 2 500 000. Het belangrijkste argument voor het opnemen van deze beperking is dat ontwerpfouten tot zeer kostbare gebreken kunnen leiden en daarom beperkt verzekeraar zijn. Bij een beroepsaansprakelijkheidsverzekering van een architect of ingenieur is met deze aansprakelijkheidsbeperking rekening gehouden. Het gebruik van DNR of voorwaarden met een vergelijkbare aansprakelijkheidsbeperking is vaak verplicht.

11. M.A.B. Chao-Duivis, in: *T&C Bouwrecht* 2020, commentaar op UAV-GC 2005, § 28 lid 3.

12. Zie: F.R.A. Schaaf, ‘Over verzekerbare en niet-verzekerbare risico’s in de bouw en de herziene UAV-GC’, *TBR* 2018/189, p. 1249-1252, voor een bondig en helder overzicht van de gebruikelijke verzekeringen.

13. Zie artikel 8.14 Algemene Voorwaarden Beroepsaansprakelijkheidsverzekering Technische Beroepen van Markel.

14. Zie artikel 12.8.2 sub k Verzekeringsvoorwaarden Bouwend Nederland Infra Aansprakelijkheidsverzekering.

gensschade.¹⁵ De afzonderlijke ‘traditionele’ verzekeringen zijn daardoor geen oplossing voor een ontwerpend aannemer.

In de studie van Van den Berg en Jansen heeft Reijnen het onderwerp ontwerpaansprakelijkheid vanuit verzekeringsrechtelijke hoek besproken.¹⁶ Zij geeft aan dat er – ten tijde van haar bijdrage (1996) – geen verzekeringsrechtelijke oplossing beschikbaar was. Daarin kwam in 2007 verandering toen Aon de Bouw Ontwerp Verzekering introduceerde.¹⁷ De verzekering is specifiek bestemd voor aannemers die zowel betrokken zijn bij het ontwerp als bij de uitvoering van een project.¹⁸ Het lost daarmee – in ieder geval – het hierboven genoemde probleem op dat een traditionele BAV onvoldoende dekking biedt voor een bij het ontwerp betrokken aannemer.

3. DE BOUW ONTWERP VERZEKERING

3.1. De dekking op papier: productsheet en polisvoorwaarden

Aon heeft over de BOV een productsheet opgesteld.¹⁹ De productsheet bevat een uitgebreide beschrijving van de ontwikkeling en problematiek die heeft geleid tot de introductie van de BOV. Zo noemt Aon enkele (spraakmakende) bouwprojecten die te kampen hadden met instorting of ernstige scheurvorming, zoals de instorting van een parkeerdek in Tiel en afvallende balkons van een appartementengebouw in Maastricht. Aon merkt op dat de problemen bij deze projecten mede veroorzaakt werden door fouten bij het ontwerp. Volgens Aon worden aannemers steeds vaker aansprakelijk gesteld voor deze ontwerpfouten. Het toenemend ontwerprijco wordt volgens Aon veroorzaakt door omvangrijkere en gecompliceerdere projecten en de opkomst van bepaalde contractvormen, zoals Design & Construct.

Aon merkt op dat grotere aannemingsbedrijven al langer beschikten over verzekeringen voor de dekking van hun ontwerprijco's en dat met de BOV nu ook middelgrote aannemers de mogelijkheid hebben om dit risico adequaat te verzekeren.²⁰

Daarnaast bevat de productsheet een beschrijving van de dekking, zoals onderstaande passage:

‘De Bouw Ontwerp Verzekering is een uitgebreide verzekering voor de dekking van ontwerprijco's. Het biedt aannemers dekking voor materiële schade aan het werk zelf (instortingen e.d.) met inbegrip van daaruit voort-

vloeiende vermogensschade (bedrijfsschade e.d.) maar ook niet-materiële schade.’

Als voorbeeld van niet-materiële schade noemt Aon de situatie dat een bouwobject niet ‘stuk’ is, maar er kosten moeten worden gemaakt om het bouwobject zo te maken dat het kan worden gebruikt voor het oorspronkelijke doel. Ook de kosten die nodig zijn om een toekomstige claim te beperken zijn gedekt. Hieronder vallen extra kosten die nodig zijn om het bouwproject alsnog geschikt te maken waarvoor het is ontworpen.

In de polisvoorwaarden kan de omvang van de dekking vooral worden afgeleid uit de volgende twee artikelen, waarvan ik hieronder de meest relevante passages citeer.

‘1.9 Fout

Onder fout worden verstaan vergissingen, onachtzaamheden, verzuimen, onjuiste adviezen en dergelijke, alsmede alle andere nalatigheden in het ontwerp, waaruit een aanspraak voortvloeit of kan voortvloeien. (...)’

‘9 Dekking

9.1 Deze verzekering dekt de aansprakelijkheid van verzekerde voor zaakschade aan zaken waarop het ontwerp betrekking heeft en/of de kosten van herstel van gebreken en/of zuivere vermogensschade, voortvloeiend uit een fout.’

3.2. De dekking in de praktijk: het geschil tussen Sorba en HDI

De (gepubliceerde) jurisprudentie over de BOV is zeer beperkt. Naast het vonnis van de rechtbank²¹ en het tussenaarrest van het hof,²² die in het vervolg van dit artikel centraal zullen staan, vond ik één andere uitspraak over de BOV (een vonnis van de rechtbank Rotterdam).²³

3.2.1. Feiten

Sorba Projects B.V. heeft met haar opdrachtgever een overeenkomst gesloten die ziet op het adviseren over, het ontwerpen, het leveren en het monteren van de gevel van een gebouw. Sorba heeft een gevel ontworpen en opgeleverd die bestond uit houtskeletbouwelementen, een waterkerende dampopen folie en gevelbeplating. Hoewel de folie volgens de productspecificatie en opgave van de fabrikant en de leverancier geen vochtdoorslag zou geven, is al tijdens de bouw vochtdoorslag geconstateerd. Sorba heeft voor de (dreigende) claim van haar opdrachtgever aanspraak gemaakt op de BOV die zij, via Aon, bij HDI heeft afgesloten.

15. Zie artikel 1.5 Verzekeringsvoorwaarden Bouwend Nederland Infra Aansprakelijkheidsverzekering.

16. M.G.H.A. Reijnen, ‘Waar gewerkt wordt, worden fouten gemaakt’, in: M.A.M.C. van den Berg & C.E.C. Jansen (red.), *De ontwerpende bouwver. Over turnkey- en design & build-contracten*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 237-263.

17. Zie: bouwwereld.nl/bouwkennis/aon-introduceert-bouw-en-ontwerp-verzekering.

18. Zie artikel 8.1 Bijzondere voorwaarden Bouwend Nederland Ontwerpverzekering (BN-BNOV-2009).

19. Zie: aon.com/netherlands/producten/pdf/Bouw_Ontwerp_Verzekering_productsheet.pdf.

20. Helaas geeft Aon niet aan welke verzekeringen grote(re) aannemingsbedrijven hebben afgesloten. Ik ben die verzekeringen ook niet tegengekomen bij mijn (literatuur)onderzoek.

21. Rb. Amsterdam 8 januari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:491 (hierna: Rb. Amsterdam 2014).

22. Hof Amsterdam 25 augustus 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3482 (hierna: Hof Amsterdam 2015).

23. Rb. Rotterdam 13 november 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:8950. In deze uitspraak spitste de discussie zich toe op de vraag of de fout een ontwerpfout of een uitvoeringsfout was.

HDI heeft een expertisebureau ingeschakeld. Sorba heeft zich laten bijstaan door een bouwtechnisch bedrijf. Bij een gezamenlijk uitgevoerd onderzoek wordt vastgesteld dat de folie (en daarmee de constructie) niet waterdicht is. Het expertisebureau schrijft in haar rapport:

‘De oorzaak van de incidenteel waargenomen vochtophoping tussen de waterkerende folie en de multiplexplaat van de HSB-elementen kon niet worden verklaard.’

Het door Sorba ingeschakelde bouwtechnisch bedrijf concludeert:

‘Vast lijkt te staan dat de betreffende folie, ondanks het feit dat die volgens verklaring van de leverancier en fabrikant voldoet aan de geldende specificatie en op de juiste wijze is verwerkt en toegepast, niet geschikt is voor de ten behoeve van dit bouwproject ontworpen HSB-elementen met aluminium panelen. Evenzeer lijkt vast te staan dat dit door geen van de direct betrokkenen (hoofdaannemer, architect, leverancier folie, fabrikant folie en Sorba) was voorzien.’

De opdrachtgever heeft Sorba aansprakelijk gesteld voor alle schade en kosten die voortvloeien uit de problemen met de gevel. Sorba heeft de problemen opgelost door de folie te vervangen door een EPDM-membraan. Dit heeft tot vertraging in het werk en extra kosten geleid. Sorba heeft HDI verzocht deze kosten onder de BOV te vergoeden.

3.2.2. *Geschied*

HDI heeft dekking afgewezen. Volgens HDI is geen sprake van een *fout* in de zin van artikel 1.9 van de polisvoorwaarden. Nu uit de deskundigenverslagen niet kan worden afgeleid wat de vochtdoorslag heeft veroorzaakt, kan niet worden vastgesteld of er sprake is van een fout in de zin van de polis. Dat het ontwerp niet werkt, betekent volgens HDI niet dat er een fout is gemaakt. Volgens Sorba is wel sprake van een fout. Zij heeft immers aan haar opdrachtgever het advies gegeven om de gevel uit te voeren met de gebruikte, waterkerende en dampdoorlatende folie. Dit advies blijkt achteraf onjuist. Daarmee is sprake van een onjuist advies in de zin van artikel 1.9 van de polisvoorwaarden en is de schade van Sorba gedekt.

Sorba heeft een procedure ingesteld bij de rechtbank tegen HDI en Aon.²⁴ Sorba en HDI hebben uitsluitend geprocedeerd over de vraag of de tussen hen bestaande verzekering dekking biedt voor de aansprakelijkheid van Sorba

jegens haar opdrachtgever. Het gaat daarbij om de vraag of van een ontwerpfout in de zin van de polisvoorwaarden kan worden gesproken.

3.2.3. *Uitspraken*

De rechtbank is van oordeel dat HDI ten onrechte dekking heeft geweigerd. Het hof oordeelde in een tussenarrest dat de beoordeling van de dekking door de rechtbank onjuist was.²⁵ In de volgende paragraaf zal ik, na een korte introductie over de uitleg van (verzekerings)overeenkomsten in het algemeen, de uitleg van de dekking van de BOV door rechtbank en hof bespreken.

4. DE DEKKING VAN DE BOUWONTWERPVERZEKERING

4.1. Uitleg in het algemeen: ‘Haviltex’ en ‘cao’

Als een overeenkomst geldig tot stand is gekomen wordt de inhoud door uitleg vastgesteld.²⁶ De opvatting dat alleen onduidelijke bepalingen moeten worden uitgelegd is onjuist.²⁷ Woorden of verklaringen krijgen pas betekenis door uitleg. De gebruikte woorden krijgen pas betekenis als ze in verband worden gebracht met de bedoeling van partijen, de aard en strekking van de overeenkomst, tijd, plaats en gebruiken en het gezond verstand.²⁸ Het voorgaande betekent dat het achterhalen van de betekenis van een bepaling of overeenkomst door alleen te kijken naar de taalkundige of letterlijke betekenis van de gebruikte woorden geen uitleg is.²⁹

Hoe een overeenkomst moet worden uitgelegd vinden we niet (meer) in de wet, maar volgt uit de rechtspraak.³⁰ Het *Haviltex*-arrest van 13 maart 1981 is daarbij nog steeds het uitgangspunt.³¹ De overweging van de Hoge Raad die is uitgroeid tot de zeer bekende *Haviltex-maatstaf* luidt:

‘De vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding van pp. is geregeld en of dit contract een leemte laat die moet worden aangevuld, kan niet worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van dat contract. Voor de beantwoording van die vraag komt het immers aan op de zin die pp. in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Daarbij kan mede van belang zijn tot welke maatschappelijke kringen pp. behoren en welke rechtskennis van zodanige pp. kan worden verwacht.’

24. De rol van Aon blijft in het vonnis van de rechtbank onbesproken. De (voorwaardelijke) subsidiaire vordering tegen Aon – die zag op het geval dat de primaire vordering tegen HDI zou worden afgewezen – komt inhoudelijk niet aan bod, omdat de rechtbank de vordering van Sorba tegen HDI toewees.

25. Na het tussenarrest heeft Sorba alsnog aangetoond dat sprake was van een verwijtbare fout, waardoor het hof in het eindarrest oordeelde dat HDI dekking moest verlenen. Zie: Hof Amsterdam 14 maart 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:820. Het eindarrest is voor de uitleg van de dekking niet relevant en zal ik daarom niet bespreken.

26. Asser/Sieburgh 6-III 2018/354.

27. Asser/Sieburgh 6-III 2018/370.

28. Asser/Sieburgh 6-III 2018/371. Zie ook: R. Wibier, ‘Perspectieven op de uitleg van overeenkomsten’, *NJB* 2018/1881, afl. 36, p. 2749-2753, die dit met ludieke voorbeelden illustreert.

29. Asser/Sieburgh 6-III 2018/371.

30. Asser/Sieburgh 6-III 2018/354.

31. HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, *NJ* 1981/635, m.nt. C.J.H.B. Brunner (*Ermes c.s./Haviltex*).

In het kort komt het Haviltex-criterium erop neer dat de tekst weliswaar het eerste aanknopingspunt is, maar dat het uiteindelijk gaat om datgene wat partijen ermee bedoeld hebben, of wat de ene partij over de bedoeling van de andere partij heeft mogen begrijpen.³²

In 1993 volgden twee arresten van de Hoge Raad over de uitleg van een collectieve arbeidsovereenkomst (cao).³³ In het arrest *Gerritse/HAS* stelde de Hoge Raad voorop dat bij de totstandkoming van de cao de individuele werknemer niet betrokken is en de werkgever daarbij betrokken kan zijn. Dat brengt volgens de Hoge Raad mee dat voor de uitleg van de bepalingen van een cao de bewoordingen, gelezen in het licht van de gehele tekst in beginsel van doorslaggevend betekenis zijn.³⁴ Deze uitleg is sindsdien bekend als de cao-norm.³⁵

In 2004 volgde een volgende belangrijke verduidelijking van de (plaats van de) cao-norm in het arrest *DSM/Fox*.³⁶ De Hoge Raad oordeelde dat tussen de Haviltex-norm en de cao-norm geen tegenstelling bestaat, maar een vloeiende overgang en beide een gemeenschappelijke grondslag hebben.³⁷

4.2. Uitleg van een verzekeringsovereenkomst: 'Polygram' en 'Chubb/Dagenstaed'

Ook een verzekeringsovereenkomst moet worden uitgelegd als verzekerde en verzekeraar van mening verschillen over de inhoud.³⁸ En ook bij de uitleg van een verzekeringsovereenkomst is toepassing van de Haviltex-norm het uitgangspunt, zoals de Hoge Raad heeft bevestigd in het *Polygram*-arrest.³⁹ De uitleg van een verzekeringsovereenkomst geschiedt derhalve in beginsel aan de hand van de over en weer kenbare partijbedoelingen.

Tjittes heeft opgemerkt dat van uitgebreide onderhandelingen over een bepaald beding of zelfs de gehele

overeenkomst regelmatig geen sprake is.⁴⁰ Volgens hem is het achterhalen van een gemeenschappelijke bedoeling van partijen in die gevallen zinloos en rest slechts een objectieve uitleg van het contract. In een verzekeringsrechtelijke casus vinden we deze opvatting terug bij Wuisman, die in zijn conclusie bij het arrest *Uitzendbureau Excellent/AXA Schade* opmerkt dat in een dergelijk geval 'bij de uitleg conform de haviltex-formule het zwaartepunt naar objectieve factoren [verschuift]'.⁴¹

De Hoge Raad heeft deze maatstaf bevestigd in het arrest *Chubb/Dagenstaed*.⁴² In dit arrest overwoog de Hoge Raad:

'Het gaat hier om de uitleg van art. 2.1.2 van de polisvoorwaarden, die deel uitmaken van een beurspolis. Nu over dergelijke voorwaarden niet tussen partijen onderhandeld pleegt te worden (en uit de stukken van het geding geen andere conclusie getrokken kan worden dan dat niet gesteld is dat zulks in dit geval anders is), is de uitleg daarvan 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 de in voorkomend geval – zoals ook hier – bij de polisvoorwaarden behorende toelichting.'

In de jurisprudentie en literatuur is het arrest bekend geworden als dé uitleg van een beurspolis. Zo oordeelde het hof Amsterdam in 2012 (cursivering, auteur): '*Omdat het een beurspolis betreft*, heeft het hof de polisvoorwaarden uit te leggen aan de hand van objectieve factoren (...).'⁴³ Volgens Tolman lijkt echter het dragend criterium van de Hoge Raad voor een (meer) objectieve uitleg, het gegeven dat er tussen partijen niet over de polisvoorwaarden is onderhandeld.⁴⁴ Deze opvatting vinden we ook bij Van Tiggele-van der Velde,⁴⁵ Hendrikse⁴⁶ en in enkele

32. T.H. Tanja-van den Broek, 'Een kwestie van uitleg', *WPNR* 2002, afl. 6493, p. 430.

33. HR 17 september 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1059, *NJ* 1994/173 (*Gerritse/HAS*) en HR 24 september 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1072, *NJ* 1994/174, m.nt. P.A. Stein (*Hol/FNV*).

34. HR 17 september 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1059, r.o. 3.3, *NJ* 1994/173 (*Gerritse/HAS*).

35. De cao-norm is in de literatuur uitgebreid besproken en bekritiseerd. Zo menen Hendrikse en Rinkes dat het geen afzonderlijke norm is, maar een omstandigheid (te weten het gegeven dat partijen niet over een bepaling hebben onderhandeld) die pleit voor een objectieve uitleg van het beding. Zie: M.L. Hendrikse & J.G.J. Rinkes, 'Verzekeringsrecht en algemene voorwaarden', in: M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen & J.G.J. Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht* (Recht & Praktijk nr. VR2), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 28 (voetnoot 11). Ik laat die discussie buiten beschouwing en verwijs voor meer informatie over dit onderwerp – verre van uitputtend – naar: M.H. Wissink, 'Uitleg volgens Haviltex of de CAO-norm? Over een vloeiende overgang en de noodzaak om toch te kiezen', *WPNR* 2004, afl. 6579, p. 407-415; W.L. Valk, in: H.N. Schelhaas & W.L. Valk, *Uitleg van rechtshandelingen* (Preadvies voor de Vereniging van Burgerlijk Recht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2016 en L. Valk, 'Verder denken over uitleg van rechtshandelingen', *NJB* 2018/1360, afl. 27, p. 1950-1957.

36. HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, *NJ* 2005/493, m.nt. C.E. du Perron (*DSM/Fox*).

37. Zie r.o. 4.4.

38. Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX 2019/334.

39. HR 17 februari 2006, *NJ* 2006/378, m.nt. M.M. Mendel (*Polygram*). Zie ook M.L. Hendrikse & J.G.J. Rinkes, 'Verzekeringsrecht en algemene voorwaarden', in: M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen & J.G.J. Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht* (Recht & Praktijk nr. VR2), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 28-30.

40. R.P.J.L. Tjittes, 'Uitleg van schriftelijke contracten', *RMThemis* 2005, afl. 1, p. 9-10. Als voorbeeld noemt hij ook een verzekeringspolis.

41. HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7217, *NJ* 2007/586, m.nt. M.M. Mendel (*Uitzendbureau Excellent/AXA Schade*).

42. HR 16 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2793, *NJ* 2008/284 (*Chubb/Dagenstaed* of *Chubb/Europoint*).

43. Hof Amsterdam 4 september 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BX9784.

44. Zie M.J. Tolman, 'Kroniek Uitleg van beurspolissen', *AV&S* 2010/30.

45. N. van Tiggele-van der Velde, 'Uitleg in het verzekeringsrecht', *AV&S* 2012/9, § 3.2.

46. M.L. Hendrikse, '25 jaar nieuw vermogensrecht: uitleg van overeenkomsten in het handelsrecht', *NTHR* 2017, afl. 3, p. 135-136. In dit artikel bespreekt hij het *Chubb/Dagenstaed*-arrest onder de tussenkop 'Is er over de voorwaarden onderhandeld?'. Het valt op dat Hendrikse en Rinkes het aspect 'beurspolis' en het aspect 'niet over de polisvoorwaarden onderhandeld' als afzonderlijke 'bijzondere

conclusies van advocaat-generaal Hartlief.⁴⁷ Een aspect dat wel specifiek bij de uitleg van verzekeringsvoorwaarden van beurspolissen kan meespelen is de kennis van de beursmakelaar.⁴⁸ De kennis van de beursmakelaar wordt in beginsel toegerekend aan de verzekeringnemer die hij vertegenwoordigt. Hartlief wijst erop dat de (veronderstelde) kennis van de beursmakelaar bij de uitleg van een beurspolis negatief kan uitpakken voor de verzekeringnemer.⁴⁹ Hij noemt in dat verband ook nog de uitleg *contra proferentem*.⁵⁰ Of die uitleg – als gezichtspunt – kan worden toegepast op een beurspolis staat in de literatuur ter discussie.⁵¹ Het lastige aspect is vooral dat toepassing van het *contra proferentem*-beginsel een uitleg in het voordeel van de verzekeraar zou kunnen betekenen, vanuit de gedachte dat de makelaar de polisvoorwaarden heeft opgesteld en ingebracht. Ten slotte merk ik volledigheidshalve op dat de opvatting dat bij een beurspolis wel of juist niet wordt onderhandeld in de literatuur is bekritiseerd.⁵²

4.3. Bespreking van de uitleg van de BOV door rechtbank en hof

4.3.1. Rechtbank en hof: Chubb/Dagenstaed is het uitgangspunt

Zowel rechtbank als hof nemen bij de beoordeling tot uitgangspunt dat de BOV een beurspolis is en dat niet gesteld noch gebleken is dat partijen over de polisvoorwaarden hebben onderhandeld. Zonder expliciet te verwijzen naar het *Chubb/Dagenstaed*-arrest overwegen rechtbank en hof dat de polis daarom moet worden uitgelegd aan de hand van objectieve factoren.⁵³

4.3.2. Rechtbank vs. hof: ruim of eng foutbegrip en toetsing *ex nunc* of *ex tunc*

De rechtbank begint met de ‘vaststelling’ dat in artikel 1.9 van een ruim foutbegrip wordt uitgegaan en verwijst daarbij specifiek naar de volgende passage in de bepaling:

‘onjuiste adviezen en dergelijke, alsmede alle andere nalatigheden in het ontwerp’. De rechtbank vervolgt:

‘Naar het oordeel van de rechtbank zijn dit feitelijke begrippen, waarbij *ex nunc* moet worden getoetst of het ontwerp voldoet aan de daaraan te stellen eisen en niet *ex tunc* moet worden beoordeeld of de ontwerper destijds, gegeven de stand van de techniek op dat moment en de informatie waarover hij kon beschikken, anders had moeten of kunnen handelen. Dit leidt tot een ruime dekking voor ontwerpfouten, ook voor fouten die niet verwijtbaar zijn. (...)’

Waarom de rechtbank de ‘varianten’ van het begrip *fout* in artikel 1.9 kwalificeert als ‘feitelijke begrippen’ is mij niet duidelijk. Ik vermoed dat het de rechtbank erom gaat dat in haar opvatting de woorden ‘onjuiste adviezen’ in artikel 1.9 impliceren dat de oorzaak van de onjuistheid van het advies niet relevant is. In de visie van de rechtbank gaat het erom of het advies, op het moment van beoordeling, juist of onjuist is. Daarmee maakt de rechtbank de weg vrij voor toetsing *ex nunc*.

De redenering van de rechtbank overtuigt mij niet. Ik meen dat de rechtbank onvoldoende oog heeft voor de overige in artikel 1.9 genoemde termen, zoals ‘vergissingen’, ‘onachtzaamheden’ en ‘verzuimen’. Deze termen impliceren naar mijn mening allemaal dat sprake moet zijn van verwijtbaarheid. Degene die handelde had – op het moment van handelen – anders moeten handelen dan hij of zij (onbedoeld) heeft gedaan. Toetsing *ex nunc* is daarmee niet aan de orde.

Dat toetsing *ex nunc* niet juist is, blijkt ook na een vergelijking met beroepsaansprakelijkheid en (het foutbegrip in) een beroepsaansprakelijkheidsverzekering (BAV).⁵⁴ Van beroepsaansprakelijkheid is sprake als een ‘beroepsbeoefenaar’ in de uitoefening van de aan hem of haar opgedragen taak een fout maakt.⁵⁵ Bij een beroepsfout moet beneden de maat zijn gehandeld en als norm geldt

omstandigheden’ benoemen in M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen & J.G.J. Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht* (Recht & Praktijk nr. VR2), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 38-40. Gelet op de hier behandelde literatuur en jurisprudentie lijkt mij dat niet juist.

47. HR 10 maart 2017, ECLI:NL:PHR:2017:185, onder 3.8; HR 1 november 2019, ECLI:NL:PHR:2019:1153, onder 3.27 en HR 19 juni 2020, ECLI:NL:PHR:2020:688, onder 3.4.

48. Zie M. Leliveld, ‘Voorwaarden ter beurze’, in: N. van Tiggele-van der Velde e.a. (red.), *Verzekering ter beurze. Coassurantie in theorie en praktijk* (Onderneming & Recht nr. 67), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 136.

49. Zie onder 3.31 van de conclusie van A-G Hartlief (ECLI:NL:PHR:2019:1153).

50. Kort samengevat dient bij deze uitleg een onduidelijkheid in een polisvoorwaarde ten nadele van de gebruiker (in de meeste gevallen de verzekeraar) te worden uitgelegd. Deze wijze van uitleg vindt plaats op grond van art. 6:238 lid 2 BW, in het geval de verzekeringnemer een consument is. Bij verzekeringen met niet-consumenten kan toepassing van het *contra proferentem*-beginsel plaatsvinden als gezichtspunt, zo volgt uit het *Liszkay II*-arrest. Zie HR 28 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AG6068, NJ 1990/583, m.nt. M.M.Mendel (*Liszkay/Harman*).

51. Zie onder 3.32 van de conclusie van A-G Hartlief (ECLI:NL:PHR:2019:1153), met verwijzingen naar de verschillende opvattingen. In de uitspraken in de *Sorba*-zaak is over *contra proferentem* niets vermeld, waaruit ik afleid dat HDI er geen beroep op heeft gedaan.

52. Hendrikse en Rinkes zijn van mening dat niet als algemene regel kan worden gesteld dat over een beurspolis nooit wordt onderhandeld (Zie M.L. Hendrikse & J.G.J. Rinkes, ‘Verzekeringsrecht en algemene voorwaarden’, in: M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen & J.G.J. Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht* (Recht & Praktijk nr. VR2), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 38). Van Tiggele-van der Velde gaat verder en is van mening dat over beurs- en makelaarspolissen juist wel uitvoerig wordt onderhandeld (N. van Tiggele-van der Velde, ‘Uitleg in het verzekeringsrecht’, *AV&S* 2012/9, § 3.2). Tolman gaat minder ver, maar ook hij is van mening dat een nuancering van de aanname dat over beurspolissen niet wordt onderhandeld op zijn plaats is (M.J. Tolman, ‘Kroniek Uitleg van beurspolissen’, *AV&S* 2010/30).

53. Rb. Amsterdam 2014, r.o. 4.5 en Hof Amsterdam 2015, r.o. 3.7.

54. HDI heeft ook expliciet gesteld dat de verzekering *beroepsaansprakelijkheid* dekt. Zie Hof Amsterdam 2015, r.o. 3.5.

55. De advocaat die cursus geeft op het kantoor van een cliënt en door onoplettendheid met een *permanent marker* aantekeningen maakt op een *whiteboard*, begaat (dus) geen beroepsfout. Deze advocaat handelt waarschijnlijk wel onrechtmatig. De daardoor veroorzaakte schade

de redelijk handelend en redelijk bekwame vakgenoot.⁵⁶ Het handelen moet worden beoordeeld in het licht van de destijds geldende eisen. Er vindt dus toetsing *ex tunc* plaats.⁵⁷

Zoals de naam al doet vermoeden biedt een BAV dekking voor de schade die een derde lijdt als gevolg van een fout van de verzekerde beroepsbeoefenaar. Voor de definitie van (beroeps)fout verwijs ik naar de *Algemene Voorwaarden Beroepsaansprakelijkheidsverzekering voor Advocaten (BA.ADV.2016)* van HDI.⁵⁸

‘2.7 Fout

Nalatigheid, vergissing, verzuim, onachtzaamheid en dergelijke begaan bij de uitvoering van werkzaamheden binnen de in de verzekering beschreven verzekerde hoedanigheid. (...)’

Een BAV is al geruime tijd niet alleen gebruikelijk (en vaak verplicht) bij de ‘klassieke’ beroepen, zoals advocaat of notaris, maar ook in allerlei andere branches. Ook in die gevallen is een soortgelijke definitie van het begrip ‘fout’ te vinden. Zoals in de *Algemene Voorwaarden Beroepsaansprakelijkheidsverzekering Technische Beroepen* van Markel, een verzekering die wordt afgesloten door (bijvoorbeeld) architecten of constructeurs.⁵⁹

‘18.2 Beroepsfout

Nalatigheid, vergissing, verzuim, onjuiste advisering, verkeerd handelen of onachtzaamheid bij werkzaamheden die de verzekerde heeft verricht of door een derde heeft doen verrichten. Hiermee wordt gelijkgesteld een beroepsfout die vanwege een aan een verzekerde toebehorende hoedanigheid, krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn/haar rekening komt.’

Nu de definitie van het begrip ‘fout’ in de BOV grotendeels gelijk is aan de definitie van het begrip ‘beroepsfout’ in een BAV, zijn de gebruikte woorden naar mijn mening geen valide argument om te kiezen voor een ander toetsingsmoment. Ik voel daardoor meer voor het oordeel van het hof. Het hof betreft bij de beoordeling van het begrip ‘fout’ uitdrukkelijk ook de begrippen ‘aanspraak’ (artikel 1.6), ‘dekkingsoomschrijving’ (artikel 9) en ‘gebrek’ (artikel 1.8).⁶⁰ Volgens het hof volgt uit deze begrippen dat alleen de schade ‘die het gevolg is van een “fout” verzekerd is’. De in artikel 1.9 gebruikte termen kunnen

volgens het hof allemaal worden gebracht onder de algemene noemer ‘nalatigheden’, waarbij het uiteindelijk gaat om *nalatigheden* in het ontwerp.⁶¹ Van dekking voor de aanspraak van haar opdrachtgever is volgens het hof alleen sprake als de aansprakelijkheid voor de geclaimde kosten voortvloeit uit een nalatigheid in het ontwerp. In de woorden van het hof:

‘Anders gezegd: de redenering van [geïntimeerde [Sorba, auteur]] gaat uit van de ingetreden gevolgen, maar de dekking knoopt naar het oordeel van het hof aan bij een specifieke oorzaak van de schade, namelijk dat de aansprakelijkheid voor de schade moet voortvloeien uit een nalatigheid in het ontwerp.’⁶²

Ik zie in deze overweging een overeenkomst met de dekking van een BAV. Ook bij een BAV hangt de dekking niet af van het ingetreden gevolg, zoals een advies van een advocaat dat verkeerd is uitgekapt (en dat dus zou kunnen worden omschreven als een ‘onjuist advies’), maar van de vraag of de advocaat ter zake het advies een nalatigheid kan worden verweten.

Aan de eerdere – hierboven kort besproken – overwegingen knoopt het hof het oordeel dat de door de rechtbank toegepaste toetsing *ex nunc* niet juist is.⁶³ Volgens het hof is niet beslissend of achteraf (aan de hand van de gevolgen) kan worden vastgesteld dat het werk niet voldeed aan de daaraan te stellen eisen, maar moet aan de hand van de kennis en stand van techniek ten tijde van het maken van het ontwerp en niet met de kennis van nu (wijsheid achteraf) de vraag worden beantwoord of er sprake is van een fout in het ontwerp. Daarmee sluit het hof aan bij de gebruikelijke beoordeling bij beroepsaansprakelijkheid.⁶⁴

4.3.3. Rechtbank vs. hof: dekking voor niet-verwijtbare fouten

In de vorige subparagraaf citeerde ik de overweging waarin de rechtbank aangeeft dat de ruime dekking inhoudt dat ook niet-verwijtbare fouten zijn gedekt. Dit ligt volgens de rechtbank voor de hand, omdat de behoefte van een ontwerper om zich in te dekken tegen fouten die niet verwijtbaar zijn nog groter zal zijn dan zijn behoefte om zich tegen verwijtbare fouten in te dekken.⁶⁵

is in de polisvoorwaarden van een BAV vaak uitgesloten, maar meestal kent een BAV een aanvullende (beperkte) AVB-dekking, waarop zaak- en personenschade wel gedekt is.

56. C.J.H. Brunner, ‘Is beroepsaansprakelijkheid iets bijzonders?’, AA 1995, afl. 44, p. 935. E.A.L. van Emden & M. de Haan, *Beroepsaansprakelijkheid* (Recht & Praktijk nr. CA11), Deventer: Wolters Kluwer 2014, p. 15.

57. E.A.L. van Emden & M. de Haan, *Beroepsaansprakelijkheid* (Recht & Praktijk nr. CA11), Deventer: Wolters Kluwer 2014, p. 20.

58. Ik kon deze voorwaarden niet vinden op de website van HDI, maar wel op: bavspecialist.nl/bav-verzekeraars/hdi-gerling.

59. Deze voorwaarden kunnen worden gedownload via: <https://www.markelinsurance.nl/wp-content/uploads/2018/09/BA-TB-MISE-2018.pdf>.

60. Hof Amsterdam 2015, r.o. 3.9.

61. Hof Amsterdam 2015, r.o. 3.10.

62. Hof Amsterdam 2015, r.o. 3.11.

63. Hof Amsterdam 2015, r.o. 3.13.

64. E.A.L. van Emden & M. de Haan, *Beroepsaansprakelijkheid* (Recht & Praktijk nr. CA11), Deventer: Wolters Kluwer 2014, p. 20. Zij wijzen ook op het waken voor de zgn. *hindsight bias*, het niet geheel onbevooroordeeld beschouwen van het handelen als men de uitkomst en de verwezenlijkte risico’s al kent.

65. Rb. Amsterdam 2014, r.o. 4.7.

Deze redenering kan ik niet volgen. Natuurlijk zal Sorba de behoefte hebben (gehad) ook verzekerd te zijn tegen niet-verwijtbare fouten. Dat betekent echter niet dat Sorba en HDI die dekking ook zijn overeengekomen. Als partijen daarover van mening verschillen, komt het aan op uitleg van de verzekeringsovereenkomst aan de hand van de maatstaven die in de jurisprudentie zijn ontwikkeld. Ik zie in die jurisprudentie geen aanknopingspunt dat de *behoefte* van verzekerde daarbij een rol kan spelen.⁶⁶

Ik vermoed dat de rechtbank doelde op de *wens* van Sorba, dekking te hebben voor de *contractuele aansprakelijkheid* jegens haar opdrachtgever. Hoewel feitelijke informatie daarover ontbreekt, hield de overeenkomst tussen Sorba en haar opdrachtgever hoogstwaarschijnlijk een resultaatsverbintenis tot het ontwerpen en opleveren van een werkende gevel in.⁶⁷ In dat geval is de oorzaak van de problemen met de gevel inderdaad irrelevant voor de aansprakelijkheid van Sorba. In die situatie kan ik mij goed voorstellen dat bij Sorba de wens bestond zich te verzekeren tegen de contractuele aansprakelijkheid jegens haar opdrachtgever. Mogelijk heeft Sorba uit de informatiebrochure afgeleid dat die aansprakelijkheid ook gedekt was. Onder het kopje 'Dekking van BOV' staat immers: 'De dekking van de Bouw Ontwerp Verzekering geldt voor claims waar de verzekerde wettelijk en/of contractueel aansprakelijk voor is. (...)'.⁶⁸

Het hof is van oordeel dat de tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst door Sorba niet voldoende is voor het verzekerd zijn voor de aanspraak.⁶⁹ Dat is volgens het hof alleen het geval als de aansprakelijkheid voor de geclaimde kosten voortvloeit uit een nalatigheid in het ontwerp. Van dekking voor niet-verwijtbare fouten is dan ook geen sprake.⁷⁰

4.3.4. Rechtbank en hof: de rol van de brochure

De rechtbank en het hof hebben beide de door Aon uitgegeven *productsheet* of *informatiebrochure* over de BOV in hun overwegingen betrokken. Het meewegen van andere uitlatingen van de verzekeraar over een verzekering bij toepassing van een (meer) objectieve uitlegmethode is onomstreden. Volgens Hendrikse en Rinkes kan informatie op de website van een verzekeraar meespelen bij het bepalen van de (wijze van) uitleg.⁷¹ Van Tiggele-van der Velde verwijst iets specifieker naar de productwijzers en marketinginformatie die verzekeraars op hun website publiceren.⁷² Zij wijst daarbij op de ontwikkeling dat *productwijzers*⁷³ door verzekeraars op de eigen website worden geplaatst, waardoor marketinginformatie en toelichting dicht bij elkaar komen te liggen.⁷⁴ Hendrikse en Rinkes zijn zelfs van mening dat ook reclame-uitingen van een verzekeraar bij de uitleg van een verzekering zouden moeten worden betrokken.⁷⁵ Wat mij betreft is de vorm of het medium waarin de uitlating is gedaan niet relevant, maar kan bij een objectieve(re) uitleg alle als serieuze *toelichting* bedoelde informatie een rol spelen bij de uitleg van polisvoorwaarden.

De rechtbank kwalificeert de productsheet als 'reclamebrochure' en verwijst daarnaar ter onderbouwing van het oordeel dat ook niet-verwijtbare fouten zijn gedekt. Daarin zijn volgens de rechtbank geen aanwijzingen te vinden voor een engere uitleg van het foutbegrip.⁷⁶ Hoewel ik toegeef dat de productsheet een wervend karakter en toon heeft, is het wat mij betreft geen reclamebrochure. Door de uitgebreide beschrijving van de achtergrond, het doel en de dekking van de BOV, acht ik het een serieuze toelichting, die bij de uitleg van de dekking van de BOV een rol zou kunnen spelen. Dat de rechtbank in de brochure geen aanwijzingen heeft gevonden voor een engere uitleg van het foutbegrip lijkt mij niet juist. De productsheet geeft inderdaad op sommige plaatsen het beeld van

66. In dat geval zou immers ook moeten worden gekeken naar de 'behoefte' van HDI, die – naar ik aanneem – zal (hebben) bestaan uit het bieden van een niet onbeperkte dekking, waarvan zij de omvang vooraf heeft kunnen inschatten.

67. In paragraaf 2.2 stipte ik (de discussie over) het rechtskarakter van een 'geïntegreerde overeenkomst' aan.

68. In de volgende subparagraaf zal ik nader ingaan op de vraag of de productsheet van de BOV kan meespelen bij het beoordelen van de dekking.

69. Hof Amsterdam 2015, r.o. 3.11.

70. Hof Amsterdam 2015, r.o. 3.12 en 3.13.

71. M.L. Hendrikse & J.G.J. Rinkes, 'Verzekeringsrecht en algemene voorwaarden', in: M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen & J.G.J. Rinkes (red.), *Verzekeringsrecht* (Recht & Praktijk nr. VR2), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 41. Zij verwijzen daarbij ter illustratie naar Hof 's-Gravenhage 6 juli 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BN0529 (*Cocktailpolis*). Voor een korte toelichting op deze uitspraak verwijs ik naar voetnoot 74.

72. N. van Tiggele-van der Velde, 'Uitleg in het verzekeringsrecht', *AV&S* 2012/9, § 3.1.1.

73. De productwijzers (sinds 1 juli 2017 vervangen door 'verzekeringskaarten') zijn bedacht door het Verbond van Verzekeraars en bevatten een samenvatting van de belangrijkste kenmerken van een verzekering. Ze worden opgesteld door de betreffende verzekeraar. Van Tiggele-van der Velde is overigens van mening dat ze niet veel zeggen over de uitleg van een verzekering.

74. N. van Tiggele-van der Velde, 'Uitleg in het verzekeringsrecht', *AV&S* 2012/9, § 3.1.1. Zij bespreekt de uitspraak van het Hof 's-Gravenhage die ik in voetnoot 71 noemde. In die zaak weigerde de verzekeraar de waterschade onder de zogenoemde 'Cocktailpolis' van een restaurant te vergoeden. Volgens de verzekeraar was geen sprake van het in de polisvoorwaarden opgenomen 'onvoorzien' uitstromen van water'. Het hof oordeelde dat bij de uitleg van de dekkingsclausule ook de informatie op de website van de verzekeraar mocht worden betrokken en dat die informatie steun bood aan de stelling dat het begrip 'onvoorzien' ruim moest worden uitgelegd. Op de website suggereerde de verzekeraar namelijk dat een horecaondernemer rustig kan gaan slapen, omdat hij een Cocktailpolis heeft en er dus niets kan gebeuren.

75. Ik pleit ervoor niet zo ver te gaan. Het kenmerkende verschil is wat mij betreft het wervende aspect in reclames, waarbij bedrijven (en dus ook verzekeraars) proberen potentiële klanten over de streep te trekken. Daarbij worden regelmatig teksten gebruikt die niet letterlijk mogen worden opgevat. Zo valt naar mijn mening aan de uitspraak van een verzekeraar dat deze 'de meest complete dekking' heeft, geen steun voor een ruime uitleg van een dekkingsclausule te ontnemen. Ik begrijp evenwel de gedachtegang en realiseer me dat de grens tussen *toelichting* en *reclame* soms lastig is te bepalen.

76. Rb. Amsterdam 2014, r.o. 4.7.

een ruime dekking. Desondanks bevat het ook een duidelijke beperking: 'De claims moeten een gevolg zijn van nalatigheden, fouten en verzuim bij de uitoefening van professionele activiteiten en taken door de aannemer.' Deze passage die – grotendeels letterlijk – aansluit op de definitie in artikel 1.9, levert in mijn ogen voldoende aanwijzing op voor een enge uitleg van het begrip 'fout'.

Het hof heeft gereageerd op de stelling van Sorba dat in de informatiebrochure valt te lezen dat een verwijtbare beroepsfout geen voorwaarde is voor dekking.⁷⁷ Onder verwijzing naar het hierboven vermelde citaat is het hof van oordeel dat in de brochure valt te lezen dat een foutief ontwerp voorwaarde is voor dekking en dat de aannemer verantwoordelijk moet zijn voor de daaruit voortvloeiende schade. Die uitleg is volgens het hof niet onverenigbaar met de tekst van de brochure.

4.3.5. Niet in de uitspraken: de aard en strekking van de verzekering

Uit de literatuur en rechtspraak volgt dat, bij een op objectieve factoren gebaseerde uitleg, ook de aard en strekking van de bepaling of van de verzekering een rol kunnen spelen bij de uitleg.⁷⁸

De rechtbank heeft de aard en strekking van de BOV niet bij haar oordeel betrokken. Of Sorba geen beroep op dit aspect heeft gedaan, blijkt niet uit het vonnis. In hoger beroep heeft Sorba wel aangevoerd dat de strekking van de BOV is de ontwerpende aannemer te beschermen tegen aansprakelijkheid voor ontwerprisico's.⁷⁹ Het hof gaat in zijn beoordeling niet in op die stelling.

Ik ben van mening dat het hof het beroep van Sorba de strekking van de verzekering mee te wegen bij de beoordeling van de BOV had moeten bespreken. Ik kan me goed voorstellen dat Sorba het idee had dat de BOV een specifieke verzekering was die haar beschermde tegen (vrijwel) alle ontwerprisico's. Daarbij speelt wat mij betreft vooral mee dat de BOV in de productsheet wordt gepresenteerd als een oplossing voor de toenemende ontwerpaansprakelijkheid van aannemers. Dit roept de vraag op of Sorba bedacht moest zijn op een beperking van de dekking tot verwijtbare fouten. Het ging Sorba erom te kunnen voldoen aan de contractuele verplichting een werkende gevel op te leveren. Als zij niet aan die verplichting voldeed, had zij gerekend op dekking onder de door haar afgesloten BOV.

5. CONCLUSIE

In dit artikel heb ik de uitleg van de dekking van de BOV besproken. Rechtbank en hof hebben de dekking op een zeer verschillende wijze uitgelegd. Dat roept de vraag op welke uitleg 'juist' is. Die vraag is – vanuit juridisch opzicht: helaas – niet voorgelegd aan de Hoge Raad. Ik vermoed dat cassatieberoep tegen het oordeel van het hof ongegrond zou zijn verklaard. Het tussenarrest van het hof volgt immers de bestendige lijn van *Haviltex* en *Chubb/Dagenstaed*, waardoor geen sprake zal zijn van een gegronde rechtsklacht. De uitspraak lijkt mij ook voldoende gemotiveerd.

Tegelijkertijd vraag ik me af of het vasthouden aan die lijn redelijk is bij de uitleg van deze BOV. Er valt wat mij betreft veel voor te zeggen dat bij de beoordeling het doel en de strekking van de BOV meer zouden hebben meegewogen. Met een BOV willen ontwerpende aannemers, zoals Sorba, zichzelf immers beschermen tegen de aansprakelijkheid voor de resultaatsverbintenis die zij met hun opdrachtgever (moeten) aangaan. Voor die toenemende aansprakelijkheid is de BOV ontwikkeld. Bij een dergelijke aansprakelijkheid is het op een traditionele BAV gebaseerde foutbegrip niet passend. De BAV gaat immers uit van de inspanningsverbintenis van de verzekerde beroepsbeoefenaar. In de rechtsverhouding tussen Sorba en haar opdrachtgever was – vermoedelijk – sprake van een resultaatsverbintenis.

Al met al kan worden geconcludeerd dat de BOV een ontwerpende aannemer beschermt tegen ontwerpfouten, maar – zoals Schaaf al aangaf – geen panacee is.⁸⁰ De verzekeringsmarkt lijkt daarmee nog geen goede oplossing te hebben voor deze vorm van aansprakelijkheid. Het onbeperkt uitbreiden van de dekking voor niet-verwijtbare fouten is niet waarschijnlijk. Ontwerpfouten kunnen leiden tot zeer omvangrijke schades en verzekeraars zullen niet bereid zijn al dit risico te aanvaarden. In dit verband ligt een gezamenlijke aanpak van de problematiek, waarbij ook opdrachtgevers bereid zijn een deel van het ontwerprisico te dragen, meer voor de hand.⁸¹

77. Hof Amsterdam 2015, r.o. 3.14.

78. Asser/Sieburgh 6-III 2018/371. R.P.J.L. Tjittes, 'Uitleg van schriftelijke contracten', *RMThemis* 2005, afl. 1, p. 9-12 en 17. N. van Tiggelevan der Velde, 'Uitleg in het verzekeringsrecht', *AV&S* 2012/9, § 3.1.1 met verwijzing naar jurisprudentie van de Hoge Raad. Zie ook de conclusie van Hartlief: HR 1 november 2019, ECLI:NL:PHR:2019:1153, onder 3.29.

79. Hof Amsterdam 2015, r.o. 3.14.

80. F.R.A. Schaaf, 'Over verzekerbare en niet-verzekerbare risico's in de bouw en de herziene UAV-GC', *TBR* 2018/189, p. 1251.

81. Reijnen wees in 1996 al op het probleem dat de bouwwereld zelf nog geen overeenstemming heeft bereikt over de aard en inhoud van de onderlinge rechtsverhoudingen (M.G.H.A. Reijnen, 'Waar gewerkt wordt, worden fouten gemaakt', in: M.A.M.C. van den Berg & C.E.C. Jansen (red.), *De ontwerpende bouw. Over turnkey- en design & build-contracten*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 238). De discussie over de verdeling van aansprakelijkheid tussen opdrachtgever en aannemer is nog niet beslecht. Zie: crow.nl/overcrow/nieuws/2018/februari/claimgedrag-aan-banden-spelregels-d-c-contract-op. Chao-Duivis heeft (Rijkswaterstaat) zelfs opgeroepen helemaal te stoppen met geïntegreerde contracten. Zie: cobouw.nl/bouwbreed/nieuws/2019/10/bouwrecht-coryfee-chao-bij-afscheid-stop-met-geintegreerde-contracten-101277884.