



IN NAAM DER KONINGIN

vonnis

RECHTBANK ROTTERDAM

Sector civiel recht

Vonnis van 12 september 2012

in de zaak met zaaknummer / rolnummer: 226450 / HA ZA 04-2956 van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
VARTECH B.V., inmiddels genaamd Veluwse Afval Recycling B.V.,
gevestigd althans kantoorhoudend te Wilp,
eiseres,
advocaat mr. W.A.M. Rupert,

tegen

1. de naamloze vennootschap
AIG EUROPE (NETHERLANDS) N.V.,
gevestigd te Rotterdam,
2. de naamloze vennootschap
ACE INSURANCE N.V.,
gevestigd te Rotterdam,
3. de naamloze vennootschap
HAMPDEN INSURANCE N.V.,
gevestigd te Rotterdam,
4. de naamloze vennootschap
HANNOVER INTERNATIONAL INSURANCE (NEDERLAND) N.V.,
gevestigd te Rotterdam,
5. de naamloze vennootschap
ROYAL & SUN ALLIANCE SCHADEVERZEKERING N.V.,
gevestigd te Amsterdam,
6. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **ERASMUS
VERZEKERINGEN B.V.**,
gevestigd te Rotterdam
7. de vennootschap naar vreemd recht **CNA INSURANCE COMPANY
(EUROPE) LTD**,
gevestigd te Hoofddorp,
8. de naamloze vennootschap **ACHMEA SCHADEVERZEKERINGEN N.V.**,
gevestigd te Amstelveen,
9. de naamloze vennootschap **ALLIANZ ROYAL NEDERLAND N.V.**,
gevestigd te Rotterdam,
10. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid **PRAEVENIO
TECHNISCHE VERZEKERINGEN B.V.**,
gedaagden,
advocaat mr. J. Kneppelhout,

en in de zaak met zaaknummer / rolnummer 264181 / HA ZA 06-1818 van

○ de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
VARTECH B.V., inmiddels genaamd Veluwse Afval Recycling B.V.,
gevestigd althans kantoorhoudend te Wilp,
eiseres,
advocaat mr. W.A.M. Rupert,

tegen

18 de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
MARSH B.V.,
gevestigd te Rotterdam,
gedaagde,
advocaat mr. O.E. Meijer.

Partijen zullen hierna VAR, verzekeraars en Marsh genoemd worden.

1. De procedure in de zaak met rolnr. 04-2956

1.1.

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het tussenvonnis van 10 maart 2010, alsmede de daaraan ten grondslag liggende stukken;
- het deskundigenbericht dat op 25 juli 2011 ter griffie is ingekomen;
- het bevelschrift d.d. 26 augustus 2011, waarbij de schadeloosstelling en het loon van de deskundigen is vastgesteld op € 44.619,05, € 21.900,= en € 44.885,96, aldus in totaal € 111.405,01;
- de conclusie na deskundigenbericht van VAR, met producties;
- de antwoordconclusie na deskundigenbericht van verzekeraars, met producties;
- de nadere akte van VAR;
- de antwoordakte van verzekeraars.

1.2.

Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De procedure in de zaak met rolnr. 06-1818

2.1.

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het tussenvonnis van 10 maart 2010, alsmede de daaraan ten grondslag liggende stukken;
- de conclusie na deskundigenbericht van VAR, met producties;
- de conclusie na deskundigenbericht van Marsh;
- de akte van VAR;
- de akte van Marsh.

2.2.

Ten slotte is vonnis bepaald.

3. De verdere beoordeling

in de zaak met rolnr. 04-2956

3.1.

Deze procedure heeft, kort samengevat, betrekking op een vordering van VAR op verzekeraars tot uitkering onder een machinebreuk/bedrijfsschadepolis, die Marsh als tussenpersoon/makelaar voor VAR bij verzekeraars had afgesloten. Verzekeraars hebben onder de rubrieken I en III van die polis uitkeringen gedaan, maar -volgens Vartech ten onrechte- niet onder rubriek II, die voorziet in dekking van bedrijfsschade. Het geschil van partijen spitst zich toe op de vraag, of het voorval waardoor de verzekerde reactor enige tijd heeft stilgestaan bedrijfsschade in de zin van de polis tot gevolg heeft gehad en met name op de uitleg van de polis op dat punt.

In het tussenvonnissen van 10 maart 2010 heeft de rechtbank overwogen dat voor de uitleg van de polis per saldo doorslaggevend is of er destijds een bestendig gebruik in de branche bestond dat steun biedt aan de lezing van Vartech in die zin, dat polissen in dit soort gevallen (bedrijfsschadedekking in de afvalverwerkende industrie dan wel andere bedrijfstakken waar afnameverplichtingen bestaan) destijds -1992-1994, de periode waarin de verzekering gesloten is- zo gestructureerd waren, dat de hogere kosten van alternatieve verwerking onder rubriek II, bedrijfsschade, gedekt zijn voor zover het schadebepenkende kosten betreft en onder rubriek III, extra kosten, voor zover het andere kosten betreft. Verzekeraars betwisten dat toen een dergelijk gebruik bestond.

De rechtbank heeft in dat kader een deskundigenbericht gelast.

3.2

De rechtbank zal, voordat het deskundigenbericht wordt besproken, eerst ingaan op het verzoek van verzekeraars om de beslissing onder 2.7 van het tussenvonnissen van 2009 te heroverwegen.

In dat tussenvonnissen is het standpunt van partijen als volgt samengevat: (2.2.2) *Vartech stelt, dat weliswaar de omzet is doorgelopen, maar dat zij als gevolg van de veel hogere kosten, die slechts zeer ten dele voor vergoeding onder rubriek III in aanmerking kwamen, bedrijfsschade heeft geleden. Deze schade komt in haar visie voor vergoeding onder de polis, rubriek II, in aanmerking voor zover het daarbij ging om kosten die schadebepenkend van aard waren (en die niet reeds onder rubriek III vergoed zijn).*

Verzekeraars verwerpen zich gemotiveerd. Onder verwijzing naar de tekst van de overeenkomst (het polisblad, de voorwaarden en de definities) menen zij, dat uit het gelijk blijven van de omzet rechtstreeks voortvloeit dat van bedrijfsschade geen sprake kan zijn. Dat er meer kosten gemaakt zijn om het slib te verwerken doet daarbij niet ter zake. Voor dat type kosten was immers apart, in rubriek III, dekking ingekocht; de enkele omstandigheid dat die dekking ontoereikend is gebleken kan niet leiden tot de conclusie dat de betreffende kosten onder de dekking van rubriek II kunnen worden gebracht.

Deze samenvatting houdt de rechtbank nog steeds voor juist en verzekeraars hebben dat ook niet bestreden.

Vervolgens is in bedoeld vonnis overwogen (2.3) dat bedrijfsschade in het normale spraakgebruik ook de situatie omvat dat weliswaar de omzet gelijk blijft, doch de kosten die verband houden met die omzet stijgen; daaraan is echter toegevoegd dat het partijen vrij staat om, in het kader van een polis als de onderhavige, het begrip bedrijfsschade anders te

omschrijven en dat, nu een definitie van dat begrip in de polis en de bijbehorende voorwaarden ontbreekt, de makelaarspolis in kwestie op dit punt aan de hand van de Haviltexnorm uitgelegd dient te worden. In 2.6 en 2.7 van dat tussenvonnis is vervolgens voor zover belang het volgende opgenomen. "(...) *De bewoordingen en de structuur van de polis laten ruimte voor zowel de interpretatie van Vartech als voor die van verzekeraars. De lezing van verzekeraars ligt in zoverre meer voor de hand dat art. 8.4, de bepaling waarop Vartech zich voornamelijk baseert, lijkt te veronderstellen (zonder dat dat expliciet als eis gesteld wordt) dat de "extra bedrijfskosten" slechts voor vergoeding in aanmerking komen indien en voor zover er sprake is van een verminderde omzet of productie als omschreven in art. 8.3 van die voorwaarden. Daar staat tegenover, dat de vermelding van de omvang van de winst op het polisblad en de vermelding van winst in de begripsomschrijving van het verzekerd belang in art. 1 meer past in de lezing van Vartech.*

2.7

Voor de toepassing van de Haviltexnorm is uiteraard van belang of en hoe dit punt in de onderhandelingen tussen partijen aan de orde is geweest. (...) Op grond van de verklaringen van de getuigen kan niet bewezen worden geacht dat vóór het afsluiten van de verzekering zodanige contacten met verzekeraars hebben plaatsgevonden dat Vartech om die reden redelijkerwijs mocht aannemen dat de hogere kosten voor alternatieve verwerking, voor zover die schadebeperkend van aard waren, als bedrijfsschade onder de polis beschouwd zouden worden en daarmee voor vergoeding onder rubriek II in aanmerking zouden komen.(...)

De rechtbank blijft bij die overwegingen. Het is juist dat, zoals verzekeraars stellen, de hogere kosten voor alternatieve verwerking slechts voor vergoeding onder rubriek II in aanmerking kunnen komen voor zover zij schadebeperkend zijn; dat is in confesso. Verzekeraars baseren hun verzoek tot heroverweging echter op hun stelling, dat de hogere kosten onmogelijk schadebeperkend hebben kunnen zijn, omdat bedrijfsschade in de structuur van de polis omzetvermindering veronderstelt; nu de omzet niet is aangetast kan door de hogere kosten geen bedrijfsschade zijn ontstaan en kan dergelijke schade evenmin zijn verminderd.

Deze redenering miskent echter, dat de rechtbank, zoals uit het voorgaande blijkt, nu juist niet van oordeel is dat bedrijfsschade omzetvermindering veronderstelt; dat twistpunt was één van de redenen om een deskundigenbericht in te winnen.

3.3

De benoemde deskundigen (G.H. Koestering RA, ir. H. M. Rooij en dr. J. Boling RA) hebben bericht uitgebracht dat voor zover thans van belang als volgt luidt:

"(...) 5.3. Extra kosten-dekking rubriek 3

(...) Wat 'extra' kosten zijn (...) zal ons inziens - mede gelet op de verwijzing op het polisaanhangsel 2 naar de voorwaarden VMBB 88-01 'voor zover van toepassing' - moeten worden geïnterpreteerd als: de hogere dan normale kosten van afvalverwerking. De 'normale' kosten zien op de situatie zonder schade (de eigen kostprijs van de exploitatie bij een ongestoorde gang van zaken), en zijn aldus van dekking onder rubriek 3 uitgesloten. Rubriek 2 en rubriek 3 hanteren aldus hetzelfde (bedrijfseconomische) begrip ten aanzien van hetgeen als 'extra' kosten moet worden aangemerkt, namelijk: die kosten die de normale kosten te boven gaan. Verschil is echter dat de extra kosten onder rubriek 2 schadebeperkend dienen te zijn; voor rubriek 3 geldt dit niet.

Hiermee is naar onze mening het verband tussen de extra kostendekking onder rubriek 3 en de extra kostendekking onder de bedrijfsschadeverzekering van rubriek 2 gelegd. Dit betekent dat de extra kosten van verwerking elders (= de gemaakte alternatieve

verwerkingskosten onder aftrek van de niet-gemaakte variabele kosten en bespaarde vaste kosten) deels als extra kosten ter beperking van bedrijfsschade gedekt zijn onder de bedrijfsschadeverzekering (rubriek 2, tot maximaal het verzekerde belang) en het meerdere (de overschrijding van de eigen kostprijs) is gedekt onder rubriek 3.

(...)

Het bedrijfseconomische effect van afnameverplichtingen is dat in geval van ernstige (langdurige) stagnatie in de bedrijfsactiviteiten van de verwerker vrijwel altijd sprake zal zijn van een 'total loss'-situatie voor wat betreft de brutowinst én van extra kosten als gevolg van duurdere verwerking. De kosten van verwerking elders (inclusief opslag- en transportkosten) zullen immers altijd hoger zijn dan de eigen kostprijs, bestaande uit de normale (vaste en variabele) kosten + winst, van de verwerking. Aldus is sprake van een negatieve toegevoegde waarde.

Wij lichten dit toe met een cijfervoorbeeld:

Omzet	120	120
variabele kosten	-/- 50	-
kosten van uitbesteding	-	140
brutowinst	70	-/- 20
vaste kosten	-/- 40	-/- 40
winst voor belastingen	30	-/- 60

(...) na een schadeveroorzakende gebeurtenis; de verwerking komt geheel stil te liggen bij verzekerde.

In plaats daarvan ontstaan kosten van uitbesteding. Deze kunnen in dit voorbeeld worden gerelateerd aan de vaste en variabele kosten van verzekerde + winst = $50 + 40 + 30 = 120$ + opslagkosten e.d. van 20 = 140.

Bij een relatief kortdurende stagnatie zullen er geen besparingen optreden ten aanzien van de vaste kosten.

In dit cijfervoorbeeld is de schade het verschil tussen 30 en $-/- 60 = 90$. Deze bestaat feitelijk uit de gedeerde brutowinst (brutowinst zonder schade ad 70) en 20 hogere verwerkingskosten (140 aan uitbestedingskosten onder aftrek van 120 aan eigen kostprijs).

(...)

Het hiervoor opgenomen cijfervoorbeeld werkt als volgt uit op grond van het onderscheid tussen rubriek 2/II en 3/III:

	zonder schade	na schade
omzet	120	120
variabele kosten	-/- 50	
kosten van uitbesteding	140	
brutowinst	70	-/- 20
vaste kosten	-/- 40	-/- 40
winst voor belastingen	30	-/- 60

Als er alleen dekking is onder rubriek 2/II dan bedraagt - in dit voorbeeld en los van de hoogte van het verzekerde bedrag - de schadevergoeding 70 (het maximale bedrijfsschadebelang). Als er alleen dekking is onder rubriek 3/III dan bedraagt de schadevergoeding 90 (140 $-/-$ 50). Als er sprake is van een gecombineerde dekking voor rubriek 2/II en 3/III bedraagt de schadevergoeding 90 (30 $-/-$ ($-/-$)60).

(...)

7. BEVINDINGEN

Marsh was in de jaren 1990-2000 de grootste speler in de machine-breuk-branche met een substantieel marktaandeel. Wij hebben geen statistieken kunnen achterhalen waaruit een betrouwbare schets van de toenmalige marktsituatie en -verdeling kan worden afgeleid. De hierna weergegeven analyse is daarom gebaseerd op de door ons verzamelde polisgegevens. Deze gegevens omvatten 8 makelaarspolissen en 4 maatschappijpolissen van begin jaren '90 tot de schadedatum. Wij menen dat de verzamelde informatie, inclusief de in het procesdossier opgenomen stukken, en de verrichte werkzaamheden in samenhang met onze kennis en ervaring een deugdelijke grondslag vormen voor onze bevindingen en voor de beantwoording van de vragen van de Rechtbank. Met andere woorden: wij hebben geen aanleiding te veronderstellen dat verdergaand onderzoek ons op andere gedachten zou hebben gebracht.

(...)

7.2 Aanvullende polisinformatie

Als bijlage 9 zijn maatschappijpolissen uit de periode rond schadedatum bijgevoegd. (...) De polisvoorwaarden geven niet aan of het gaat om verzekerden met afnameverplichtingen. Omdat ook niet duidelijk is of de maatschappijpolissen indertijd daadwerkelijk zijn afgesloten door soortgelijke bedrijven als Vartech beschouwen wij deze informatie als referentiekader en is deze niet in aanmerking genomen bij de beantwoording van de vragen.

7.3. Analyse polisinformatie

Naar onze mening geeft de verzamelde polisinformatie een voldoende duidelijk beeld van de in de afvalbranche of andere branches met afnameverplichtingen indertijd op de co-assurantiemarkt gebruikelijke bedrijfsschade/extra kostendekking.

Op basis van onze kennis van de verzekeringsmarkt en de verzamelde informatie concluderen wij dat de assurantiemakelaars Marsh en Aon samen een marktaandeel in de afvalbranche hebben - en hadden in de voor de onderhavige kwestie relevante periode — van naar schatting ongeveer 90%. Dit betreft polissen voor materiële dekking en bedrijfsschade respectievelijk extra kosten in de afvalbranche.

(...) De dekking onder de Marsh-machinebreukpolis rubriek 3 en de Aon polis rubriek III zien op een extra kostendekking in aanvulling op de gebruikelijke bedrijfsschadedekking, maar wijken in opzet af.

(...)

8. BEANTWOORDING VAN DE VRAGEN VAN DE RECHTBANK

Hiervoor hebben wij de uitgangspunten en bevindingen beschreven die van belang zijn voor de interpretatie en de beantwoording van de vragen van de rechtbank. Deze in aanmerking nemende geven wij hieronder een antwoord op de door de rechtbank gestelde vragen:

1. Bestond in de branche in de periode waarin deze polis

(met nr. 5363810T0001, polisvoorwaarden VMBB 88-01 388 Voorwaarden bedrijfsschadeverzekering ten gevolge van machineschade Marsh B.V.) tot stand kwam (tussen 1992 en 1994) een bestendig gebruik, inhoudende dat polissen die voorzien in bedrijfsschadedekking in de afvalverwerkende industrie (dan wel andere bedrijfstakken waar afnameverplichtingen bestaan) zo gestructureerd zijn, dat de hogere kosten van alternatieve verwerking onder rubriek 2, bedrijfsschade, gedekt zijn voor zover het schadebeperkende kosten betreft en onder rubriek 3, extra kosten, voor zover het andere kosten betreft?

Ja, uit ons onderzoek blijkt een bestendig gebruik in de branche van een gecombineerde dekking als bedoeld in vraag 1, namelijk dat de hogere kosten van alternatieve verwerking enerzijds onder de bedrijfsschadedekking in de categorie extra kosten met een

schadebeperkend karakter en anderzijds in de categorie overige extra kosten (zonder economische ratio) onder een separate dekking verzekerd waren.

Wij lichten dit als volgt toe.

Uit de beoordeelde makelaarspolissen, zie par. 7.1, en 7.3, blijkt het volgende beeld:

- een conventionele bedrijfsschade dekking voor extra kosten onder rubriek 2/II in geen van de 8 onderzochte gevallen;*
- een gecombineerde bedrijfsschade dekking voor extra kosten en bijzondere extra kosten (overloop) onder rubriek 2/II en 3/III in 7 van de 8 onderzochte gevallen;*
- een (separate) bijzondere extra kostendekking volgens rubriek 3/III in 1 van de 8 onderzochte gevallen.*

De polisbewoordingen voor de bedrijfsschadedekking ten aanzien van de extra kosten (onder rubriek 2/II) zijn vrijwel identiek bij alle polissen. Ze kennen alle een economische ratio (maximale dekking tot de daarmee bereikte beperking van de bedrijfsschade) en de optie dat extra kosten die worden gemaakt in overleg met verzekeraars te allen tijde geheel worden vergoed. Dit was (en is nog altijd) een gebruikelijke bedrijfsschadedekking.

Niet valt in te zien dat het aspect van de afnameverplichtingen van invloed is op de omvang van de dekking onder rubriek 2/II.

Wel brengt het bestaan van afnameverplichtingen een bijzondere soort extra kosten met zich mee, namelijk de hogere kosten (dan de eigen kostprijs) van alternatieve verwerking, opslag en transport.

In enkele gevallen is sprake van een duidelijk geclausuleerde overloopdekking voor extra kosten van rubriek 2/II naar rubriek 3/III . Het gaat dan dus in rubriek 3/III om extra kosten die niet reeds gedekt zijn onder rubriek 2/II. In alle gevallen gaat het om een gecombineerde dekking van rubriek 2/II en 3/III .

Daarnaast is sprake van een dekking voor uitsluitend (bijzondere) extra kosten onder rubriek 3/III .

2. Was het in 1992/1994 gebruikelijk dat in polissen voor bedrijfsschadeverzekeringen voor bedrijfstakken waarin afnameverplichtingen bestaan naast de rubriek bedrijfsschade een rubriek extra kosten op te nemen?

Wij begrijpen deze vraag aldus dat hier bedoeld wordt op de hiervóór omschreven bijzondere extra kosten (rubriek 3/III). Het antwoord op vraag 2 is dan: ja, het was in die situatie gebruikelijk om een gecombineerde dekking op te nemen.

Dit gebruik is uit ons onderzoek is gebleken, zie de beantwoording van vraag 1 hiervóór, waar werd aangegeven dat de in deze vraag 2 vermelde situatie in 7 van de 8 door ons onderzochte gevallen voorkwam. Zie voorts de toelichting in par. 7.1 en 7.3.

3. Indien vraag 2 bevestigend wordt beantwoord: maakte het daarbij verschil of de verzekerde uitsluitend contracten met afnameverplichtingen had gesloten, uitsluitend contracten zonder afnameverplichtingen had gesloten dan wel zowel contracten met als contracten zonder afnameverplichtingen had gesloten?

Deze vraag kan niet sec ontkennend of bevestigend worden beantwoord. Wij lichten dit als volgt toe.

In zijn algemeenheid kan worden gesteld dat het voor het bepalen van de dekkingsgrondslag verschil maakt of wel of niet sprake is van afnameverplichtingen. De economische ratio van de te maken extra kosten is in geval van het bestaan van afnameverplichtingen veelal lager, dan wel in het geheel niet aanwezig. We verwijzen voor een nadere onderbouwing van dit standpunt naar het in paragraaf 5.3 opgenomen cijfervoorbeeld.

In de door ons onderzochte gevallen leidt de praktische uitwerking van de afgesloten polissen echter tot geen enkel verschil in dekking, ongeacht of er sprake was van gehele dan wel gedeeltelijke afnameverplichtingen.

In de door ons onderzochte polissen zijn wij geen situaties tegengekomen dat in het geheel geen sprake was van afnameverplichtingen.

4. Indien vraag 3 bevestigend wordt beantwoord: in welke zin maakte de aard van de contracten verschil?

Zoals aangegeven bij het antwoord op vraag 3 hebben wij geconstateerd dat het bestaan van contractuele afnameverplichtingen en de aard hiervan in de door ons onderzochte gevallen tot geen enkel verschil leidt in de praktische uitwerking van de afgesloten polissen, ongeacht of er sprake was van gehele dan wel gedeeltelijke afnameverplichtingen.

5. Maakte het verschil dat het bedrijf zich bezig hield met afvalverwerking? Zo ja, in welke zin?

Nee, naar onze mening maakte het - in het verlengde van het antwoord op vraag 4 - geen verschil of het bedrijf zich bezig hield met afvalverwerking dan wel andere activiteiten, zoals suikerbiet- of aardappelverwerking, waarvoor afnameverplichtingen bestonden.

6. Indien polissen als onder 2 bedoeld bestonden, hoe luidde dan de formulering van de dekking onder rubriek 2 (bedrijfsschade) respectievelijk 3 (extra kosten)? Maakte daarbij verschil in hoeverre het bedrijf contracten met afnameverplichtingen was aangegaan (vergelijk vraag 3)? Zo ja, in welk opzicht?

De gebruikelijke dekking laat zich als volgt samenvatten:

Rubriek 2/II (zie par. 5.2) betreft de gebruikelijke bedrijfsschadedekking voor extra kosten.

Hier geldt een economische ratio, in die zin dat de te vergoeden extra kosten niet hoger zullen zijn dan het bedrag waarmee deze de bedrijfsschade hebben beperkt. Uitzondering hierop vormen extra kosten die gemaakt zijn met instemming vooraf van verzekeraars.

Rubriek 3/III (zie par. 5.3) ziet op bijzondere extra kosten waarvoor geen economische ratio geldt, zoals voor rubriek 2/II.

De door ons geraadpleegde polisvoorwaarden kennen geen strikte en eenduidige omschrijving van het begrip bijzondere extra kosten.

De invulling van het extra kosten-begrip van rubriek 3/III in de polis-voorwaarden geeft aan dat het hier gaat om extra opslagkosten, hoge verwerkingskosten en extra transportkosten. "Extra" wordt niet gedefinieerd, maar zal ons inziens zo moeten worden geïnterpreteerd dat dekking verleend wordt voor de hogere kosten dan normaal. De bijzondere extra kosten zullen dus moeten worden gerelateerd aan de normale kosten (de eigen kostprijs van verzekerde, bestaande uit variabele, vaste kosten en netto-winst) die bij een ongestoorde gang van zaken gedurende de schadevergoedingsperiode zouden zijn opgekomen.

Op grond van het bovenstaande is er door ons ook een logische relatie ('overloop' volgens vraag 8) van rubriek 3/III met rubriek 2/II, waarin het bedrijfsschadebelang (vaste kosten en netto-winst alsmede de "gewone" extra kosten ter beperking van bedrijfsschade) is verzekerd, vastgesteld.

7. Wat was in die gevallen de bedoeling van rubriek 3, extra kosten?

De bedoeling van rubriek 3, extra kosten, was naar onze mening dekking te verlenen voor die bijzondere extra kosten die het niveau van de normale eigen kostprijs van de exploitatie te boven gingen, evenals om in dat geval een overloop te bieden voor niet onder rubriek 2 gedekte extra kosten. Wij verwijzen voor een nadere toelichting naar par. 5.3.

8. In hoeverre waren de rubriek 2 en 3 gescheiden? Was "overloop" mogelijk?

Uit de polisinformatie van de door ons onderzochte gevallen blijkt dat overloop mogelijk was.

9. Zouden voormelde vragen anders zijn beantwoord als het ging om het gebruik in de branche in 1998? Zo ja, in welk opzicht?

Neen.

10. Welke opmerkingen zijn naar het oordeel van de deskundigen verder van belang ten behoeve van de door de rechtbank te nemen beslissingen?

Geen.
(...)"

3.4

VAR onderschrijft het rapport. Verzekeraars stellen zich op het standpunt dat de conclusies niet gevolgd kunnen worden, met name omdat de deskundigen de belangrijkste vraag (vraag 1) nu met ja hebben beantwoord terwijl zij die in het tweede concept nog met nee hadden beantwoord, zonder dat enig inzicht is gegeven in de achterliggende reden van die ommezwaai. Daarnaast wijzen zij erop dat het materiaal waarop de deskundigen zich baseren met name ziet op een (veel) latere periode dan de relevante, zodat daaruit geen conclusies voor de relevante periode getrokken mochten worden.

3.5

De rechtbank stelt voorop dat de deskundigheid van de deskundigen buiten kijf staat. Voorts blijkt uit het rapport dat zij op adequate wijze invulling hebben gegeven aan het beginsel van hoor en wederhoor.

De opvatting die zij in het uiteindelijke rapport hebben neergelegd volgt logisch uit de bespreking van het materiaal, het rapport is innerlijk consistent, waar mogelijk onderbouwd met stukken en helder geformuleerd. De rechtbank acht het dan ook zonder meer geschikt om als basis voor de te nemen beslissing te dienen en zal de conclusies daarvan overnemen en tot de hare maken. De verweren van verzekeraars doen daaraan niet af. De rechtbank licht dat als volgt toe.

3.5.1

Anders dan verzekeraars mogelijk menen behoeft de beantwoording van een vraag, ook als het een belangrijke vraag betreft, in het bij de rechtbank ingediende rapport niet gelijk te zijn aan de beantwoording in een conceptversie. Sterker, de systematiek van het toezenden van een concept aan partijen alvorens het rapport definitief bij de rechtbank wordt ingediend zou zinledig zijn als de deskundigen niet, naar aanleiding van de opmerkingen van partijen naar aanleiding van het concept en daarop volgende heroverweging, hun rapport zouden mogen aanvullen en wijzigen. De deskundigen zijn ook niet verplicht om verschillen tussen concept en definitieve versie toe te lichten. Hoewel het, in het algemeen, ten opzichte van partijen wel verhelderend is als een dergelijke toelichting wordt gegeven bestaat er in dit geval geen bezwaar tegen dat de deskundigen ervoor hebben gekozen om niet te expliciteren dat en waarom zij in een eerder stadium tot een andere beantwoording van vraag 1 waren gekomen die zij bij nader inzien toch niet juist achtten. Deze aanpak valt uit een oogpunt van leesbaarheid van het rapport voor de rechtbank toe te juichen en jegens partijen is deze ook te billijken. Partijen beschikken immers over alle concepten en het commentaar van de wederpartij en kunnen die stukken dus vergelijken. Daaruit volgt in dit geval dat de aanpassing het gevolg is van het ingediende commentaar.

3.5.2

Meer inhoudelijk is de -inderdaad ingrijpende- wijziging van het antwoord op vraag 1 ten opzichte van het concept geen reden om die beantwoording buiten beschouwing te laten. Het betreft hier een lastige kwestie die noopte tot uitvoerig onderzoek over een periode die inmiddels ongeveer 20 jaar geleden is. De deskundigen hebben in hun uitgebreide rapport inzicht gegeven in hun werkwijze en de daarbij opgekomen problemen en ook opgenomen

dat het uiteindelijk is aangekomen op hun eigen, professionele opvatting, mede (maar niet louter) gevormd aan de hand van een analyse van het verzamelde materiaal. Dat is ook precies wat de rechtbank van de deskundigen verwachtte.

De formulering van vraag 1 noopt, met opzet, tot een beantwoording met ja of nee. Een bestendig gebruik veronderstelt dat het betreffende beding vrijwel altijd of zeer vaak wordt gemaakt; als het slechts zo nu en dan wordt aangetroffen moet de vraag ontkennend worden beantwoord, maar een enkel geval waarin het ontbreekt is onvoldoende. De om die reden noodzakelijke kwantitatieve weging kon echter pas plaatsvinden nadat de deskundigen de diverse polissen met hun verschillende opbouw en verschillend geredigeerde bepalingen inhoudelijk hadden vergeleken. Ook dienden zij zich, voor wat betreft de maatschappijpolissen, af te vragen of de polissen in feite ooit waren afgenomen; dit punt is uitdrukkelijk onder hun aandacht gebracht door VAR en door Marsh in hun separate reacties op het tweede concept. Kennelijk -en begrijpelijk- hebben de deskundigen naar aanleiding van die opmerkingen gemeend dat daarover onvoldoende zekerheid bestond (zie het slot van 7.2), en die polissen daarom bij de beantwoording buiten beschouwing gelaten. Dat betekent, dat dit (of een vergelijkbaar) beding daarmee in 7 van de 8 makelaarspolissen in plaats van in 7 van de 12 makelaars- plus maatschappijpolissen voorkwam, hetgeen de verschuiving van niet bestendig gebruikelijk (2^e concept, 7 op 12) naar wel bestendig gebruikelijk (definitieve versie, 7 op 8) in kwantitatieve zin voldoende verklaart.

Daaruit volgt voorts, dat zich niet voordoet het geval dat de beschikbare informatie zo weinig eenduidig is dat deze zowel beantwoording van de vraag in ontkennende als in bevestigende zin toelaat.

3.5.3

Voor wat betreft de periode hebben de deskundigen in hoofdstuk 7 voldoende toegelicht waarom hun conclusies ook gelden voor de periode 1992-1994. Meer toelichting op dat punt was niet vereist.

3.6

Nu de rechtbank de visie van de deskundigen overneemt dient de polis dus te worden uitgelegd zoals VAR heeft verdedigd, te weten aldus dat de omstandigheid dat de omzet gelijk gebleven is er niet aan in de weg staat dat sprake is van bedrijfsschade, nu vast staat dat het defect ertoe heeft geleid dat met de reactor geen productie mogelijk was en kosten zijn gemaakt die niet gemaakt zouden zijn als de reactor niet kapot was gegaan. Dit zijn de kosten van alternatieve verwerking, noodzakelijk vanwege de afnameverplichting, voor zover zij schadebeperkend hebben gewerkt. Gelet op het deskundigenbericht moet schadebeperkend daarbij zo worden opgevat dat het kosten met een economische ratio betreft, derhalve ter hoogte van de door het stilvallen van de reactor bespaarde normale bedrijfskosten. Deze zijn gedekt onder rubriek II.

In dit verband verdient nog opmerking, dat verzekeraars bij hun verweer meermalen hebben benadrukt, dat VAR eenvoudig onderverzekerd was onder rubriek III en dat niet kan afwentelen door te claimen onder rubriek II.

Als bij het afwikkelen van de schade niet debat gerezen was over de vraag of er wel sprake was van bedrijfsschade en dus van dekking onder rubriek II zou zich niet de thans ontstane situatie hebben voorgedaan, dat onder rubrieken I en III al was uitgekeerd, maar dan zou

eerst de claim onder rubriek II zijn afgewikkeld en dan die onder rubriek III. Zoals uit het deskundigenrapport blijkt zou overloep dan mogelijk zijn geweest. Mede in aanmerking nemende de omstandigheid dat zowel voor rubriek II als voor rubriek III “gewoon” premie is betaald en de getuigenverklaring van de getuige Boogaard in het kader van het voorlopig getuigenverhoor, waaruit valt op te maken dat in de praktijk in een geval als dit uitkering onder rubriek II naast uitkering onder rubriek III vaker voorkwam, is de rechtbank van oordeel dat verzekeraars gehouden zijn tot uitkering onder rubriek II. Bedoeld verweer gaat dus niet op.

3.7.1

Het vorenstaande neemt niet weg dat uiteraard geen sprake kan zijn van vergoeding van schade onder rubriek II die al onder rubriek III is vergoed.

In confesso is dat van de schade ad € 712.730,= reeds een bedrag van € 293.823,= is vergoed, zodat resteert € 418.907,=. Dit is het bedrag waarvan VAR vergoeding onder rubriek II wenst.

3.7.2

Bij dupliek hebben verzekeraars (subsidiar) gesteld dat de polis leidt tot een eigen risico-aftrek van € 162.898,= (overeenkomend met 14 wachtdagen); dit hebben zij bij pleidooi herhaald. VAR heeft dat bij pleidooi niet weersproken. Weliswaar is geen van partijen op dat punt later teruggekomen, maar het oorspronkelijke expertiserapport van Van Harten (verbonden aan Crawford) noemt dit bedrag ook en Böttcher (verbonden aan Cunningham), op wiens visie VAR zich baseert als het gaat om de omvang van de schade, acht de cijfers van Van Harten correct.

De rechtbank gaat er dan ook vanuit dat de polis leidt tot deze aftrek. Nu tussen partijen (ook) verder geen geschil bestaat over de in aanmerking te nemen cijfers en tegen de gevorderde ingangsdatum van de rente (die ruim na het voorval ligt) geen (gemotiveerd) verweer is gevoerd zal de vordering van VAR worden toegewezen als na te melden.

3.8

Verzekeraars zullen, als de in het ongelijk gestelde partij, in de kosten worden veroordeeld, de kosten van het deskundigenbericht en de kosten van het voorlopig getuigenverhoor daaronder begrepen.

in de zaak met rolnr. 06-1818

3.9

Zoals reeds eerder overwogen is de vordering in deze zaak in feite subsidiair ten opzichte van die in de zaak met rolnr.04-2956, met andere woorden voorwaardelijk, waarbij de voorwaarde is dat de vordering jegens verzekeraars wordt afgewezen.

Nu die voorwaarde niet is vervuld zal deze vordering dan ook worden afgewezen, met veroordeling van VAR in de kosten. Bij de kostenveroordeling zal er rekening mee worden gehouden dat Marsh, hoewel het deskundigenbericht strikt genomen in de andere procedure was gelast, daarbij wel betrokken is geweest en dat ook heeft becommentarieerd; er zal een half punt extra advocatensalaris worden toegekend.

4. De beslissing

De rechtbank

in de zaak met rolnr. 04-2956

veroordeelt verzekeraars tot betaling aan VAR van € 256.009,= (tweehonderd zesenvijftigduizend negen Euro), waarbij elk der verzekeraars een gedeelte van dat bedrag dient te betalen dat overeenkomt met haar aandeel in de polis met nr.5363810T0001, ten aanzien van elke verzekeraar te vermeerderen met rente vanaf 10 augustus 2002 tot de dag der voldoening,

veroordeelt verzekeraars in de kosten, tot op heden aan de zijde van VAR begroot op € 4.535,= aan griffierecht, € 111.476,33 aan verschotten en € 18.060,= aan salaris voor de advocaat;

verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af het meer of anders gevorderde;

In de zaak met rolnr. 06-1818

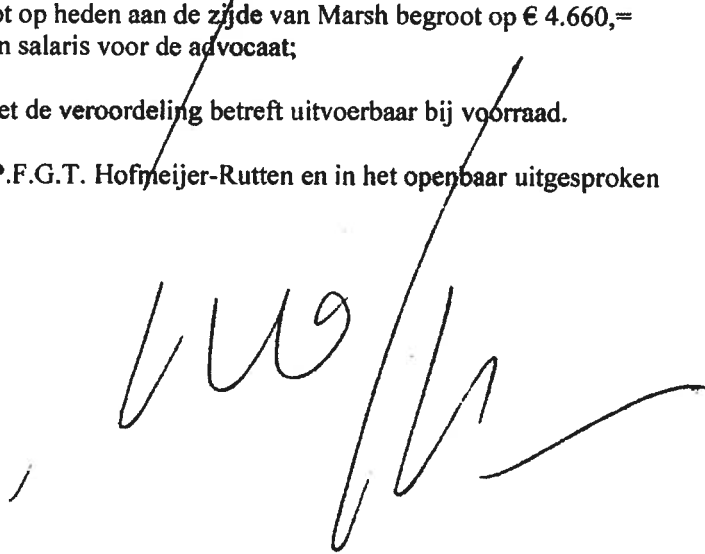
wijst de vordering af;

veroordeelt VAR in de kosten, tot op heden aan de zijde van Marsh begroot op € 4.660,= aan griffierecht en € 19.350,= aan salaris voor de advocaat;

verklaart dit vonnis voor zover het de veroordeling betreft uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. P.F.G.T. Hofmeijer-Rutten en in het openbaar uitgesproken op 12 september 2012.

106/1980



Voor EERSTE GROSSE uitgegeven aan
Mr. W.A.M. Rupert
advocaat,

De griffier,

