

## ■ Reactie ■

### Vrijtekening houdt in de regel geen verplichting tot vrijwaring in

Reactie naar aanleiding van het artikel van mr W.H. van Boom "Kringloopgedachten", WPNR (1996) 6235

Het artikel van mr Van Boom geeft mij aanleiding tot het maken van de volgende opmerkingen.

1. Indien een exoneratieclausule - al dan niet door uitleg tevens een verplichting tot vrijwaring inhoudt, dan kan de door J.A.L.M. Loeff ontwikkelde gedachte van de kringloop, in verband met de leer van: geen belang, geen vordering, meebrengen dat de derde die contractueel via één of meer andere partijen met de exonerant is verbonden, geen vordering uit onrechtmatige daad tegen de exonerant toekomt. Behelst de exoneratieclausule alleen vrijtekening voor eventuele aansprakelijkheid, dan biedt deze gedachte geen soelaas. Indien in die situatie doorwerking ook niet gewenst is, levert dit geen probleem op. Maar zo eenvoudig ligt het niet. De vraag is immers juist wanneer, en zo ja op welke grond een partij die zich jegens haar wederpartij (alleen) voor eventuele aansprakelijkheid heeft vrijgetekend, dit vrijtekeningsbeding aan een derde-niet wederpartij kan tegenwerpen.

2. De strekking van Van Booms, op deze kringloopgedachte gebaseerde, artikel vooronderstelt dat vrijtekening van aansprakelijkheid tevens de verplichting tot vrijwaring inhoudt, althans als zodanig dient te worden uitgelegd (vgl. Van Booms artikel, zoals hiervoor aangehaald, onder 5). Mijns inziens is dit naar (in ieder geval) ons recht niet juist. Vrijtekening houdt in de regel geen verplichting tot vrijwaring in. Voor de onderbouwing van deze stelling (tevens stelling 4 bij mijn in 1993 verdedigde proefschrift: "Bevoegd beschikken over andermans recht"), zou ik willen verwijzen naar de reactie die ik in 1989 in het Nederlands Juristenblad (NJB 1989, p. 332-333) heb geschreven naar aanleiding van een artikel van prof. mr H.C.F. Schoordijk in dat tijdschrift (NJB 1988, p. 1511 e.v.). Volgens Schoordijk geldt in ons recht de algemene regel dat vrijtekening altijd vrijwaring inhoudt (NJB 1988, p. 1514). M.i. kent ons recht een dergelijke regel niet en verdient het ook geen aanbeveling voor de toekomst een dergelijke regel aan te nemen (hetgeen overigens destijds door Schoordijk niet verder is weersproken).

3. M.m. geldt hetzelfde voor de stelling van Van Boom dat de verplichting tot verzekering van een bepaald risico die een partij op zich neemt, veelal meebrengt, althans zo zal moeten worden uitgelegd, dat deze partij daarmee het financiële risico draagt voor schade die zonder dit verzekeringsbeding tot aansprakelijkheid van de wederpartij zou hebben geleid (vgl. Van Booms artikel, zoals hiervoor aangehaald, onder 3). Verzekeringsplicht voor

de één houdt (nog) geen exoneratie door de ander in. Die verplichting brengt mee dat deze partij moet zorgen voor de verzekering van het risico voor schade die bij of als gevolg van de uitvoering van een bepaalde prestatie door de wederpartij kan ontstaan. Zonder deze verzekering zou deze schade in beginsel voor rekening van deze wederpartij komen, tenzij deze zich daarvoor (expliciet) heeft vrijgetekend. Verzekeringsplicht alleen verlegt dit risico en daarbij behorende aansprakelijkheid en draagplicht niet.

4. In de literatuur is al verschillende keren gewezen op het feit dat indien een vrijtekeningsbeding niet tevens vrijwaring inhoudt, hetgeen zoals gezegd doorgaans het geval is, de kringloopgedachte, in verband met de leer van: geen belang, geen vordering, niet werkt (vgl. S.C.J.J. Kortmann, 'Derden' werking van aansprakelijkheidsbedingen, diss. Nijmegen 1977, Deventer 1977, p. 94 en de daar genoemde literatuur). Door Loeff zelf is opgemerkt dat de stelling, dat ontheffingsbedingen tevens een vrijwaringsgarantie in zich sluiten, hem te algemeen is. Hij achtte haar overigens wel juist, in de gevallen waarin

*'(...) des vervoerders contractant in de vervoerovereenkomst erin bewilligd heeft dat de vervoerden voor bepaalde schaden niet aansprakelijk zal zijn, maar dat hij, de vervoerder, toch langs een omweg aansprakelijk wordt gesteld vanuit dezelfde belangengroep (...).'* (J.A.L.M. Loeff, Vervoer ter zee, Zwolle 1981, p. 245).

Ook al is hiervoor soms wel iets te zeggen, bij een vrijtekening die niet, althans onvoldoende, duidelijk tevens vrijwaring tot strekking heeft, is het hachelijk hierop te vertrouwen. Deze beperking van deze theorie is m.i. zodanig groot dat, tezamen met de overige bezwaren die hiertegen in het verleden al zijn ingebracht (vgl. Kortmann, t.a.p.), moet worden geconcludeerd dat zij niet geschikt is om het probleem van de doorwerking van aansprakelijkheidsclausules op te lossen.

5. Voor het antwoord op de vraag hoe naar mijn mening het vraagstuk van de doorwerking van aansprakelijkheidsbedingen ten nadele van derden het beste kan worden benaderd, ten einde zowel een antwoord te kunnen geven op de vraag wanneer een beroep op doorwerking moet worden aanvaard, als een deugdelijke rechtsgrond hiervoor te bieden, wil ik hier volstaan met een verwijzing naar het achtste hoofdstuk van mijn hiervoor genoemde dissertatie.

*Mr. L. Groefsema\**

\* Rechter in de Arrondissementsrechtbank te Assen.

## ■ Naschrift ■

Tot de kern teruggebracht betreft Groefsema twee stellingen: vrijtekening als zodanig houdt in de regel geen vrijwaring in (reactie sub 2); een verzekeringsplicht van de een houdt niet een vrijtekening voor de ander in (sub 3).

Wat betreft de eerste stelling verwijst Groefsema naar zijn bijdra-

ge in NJB 1989, blz. 332. Hij bestrijdt daar Schoordijk, die in NJB 1988, blz. 1514 tamelijk losjes stelt dat vrijtekening altijd vrijwaring inhoudt. Groefsema geeft t.a.p. aan dat het heel goed mogelijk is dat een exoneratie in een concreet geval tevens als een 'garantie tot vrijwaring' moet worden uitgelegd, maar hij ver-

werpt de stelling dat vrijtekening altijd vrijwaring inhoudt. Een zo algemeen geformuleerde stelling zou ik evenmin willen onderschrijven, al was het maar omdat de uitleg van een beding met inachtneming van de concrete omstandigheden dient te geschieden (zie bijv. HR 22-12-1995, NJ 1996, 300 (Hoog Catharijne)). Omdat elk geval op zichzelf dient te worden beschouwd, kan niet worden uitgesloten dat in een concreet geval een exoneratie niet mede als een recht op vrijwaring mag worden uitgelegd. Ik zou echter menen dat een exoneratie in elk geval zoveel als mogelijk naar doel en strekking moet worden uitgelegd, zoals die door partijen is begrepen. Als een bewaarnemer zijn aansprakelijkheid voor schade aan of verlies van de in bewaring genomen zaken heeft uitgesloten, dan beoogt hij daarmee zichzelf te beschermen tegen aanspraken van zijn wederpartij terzake van schade aan de betreffende zaken. De wederpartij heeft door in te stemmen met de exoneratie, als het ware afstand gedaan van een eventuele schadevergoedingsvordering. Die contractuele positie mag de wederpartij niet ontlopen; hij is gebonden aan die afspraak. Dat kan inhouden dat hij van bepaalde aanspraken jegens een derde dient af te zien als die derde op zijn beurt de bewaarnemer zou kunnen aanspreken. Men kan dit heel wel formuleren in termen van een recht op vrijwaring van de bewaarnemer jegens zijn wederpartij, dat het sequeel is van de gebondenheid van die wederpartij aan de exoneratie. De exonerant heeft er recht op dat zijn wederpartij zich aan de afspraak houdt, te weten de schade niet neer te leggen bij de exonerant. Dat impliceert dat hij zich onthoudt van handelingen die daar niettemin voorzienbaar toe leiden. Anders dan C.E. du Perron ('Aansprakelijkheid in groepen van contracten', Offerhaus-kring lezing, Deventer 1996, p. 72 nt. 229) meent, is hier dus geen sprake van onbevoegdlijk beschikken over eens anders vorderingsrecht: de wederpartij van de exonerant heeft zich zelf verplicht tot het dragen van de schade.

Overigens kan uit de omstandigheid dat men in de bewoordingen van de meeste exoneraties tevergeefs zal zoeken naar een

recht op vrijwaring, niet worden afgeleid dat uit de exoneratie dus niet een recht op vrijwaring volgt. Het instrument van de uitleg en dat van de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid kunnen ook datgene laten gelden wat tussen partijen onuitgesproken is gebleven. Soms blijkt een contractspartij zelfs iets stilzwijgend te hebben gegarandeerd (zie bijv. HR 9-10-1992, NJ 1994, nrs. 287 en 289 nt. CJHB (Maassluis vs. Pakwoningen resp. Pakwoningen vs. Van Helden cs.) en HR 25-6-1993, NJ 1994, 291 nt. CJHB (teruggedraaide kilometerteller)). Zo moet een exoneratie m.i. aldus worden uitgelegd dat deze de wederpartij van de exonerant ertoe verplicht om de door de exoneratie bestreken schadepost zelf te dragen, althans niet neer te leggen - ook niet via een omweg - bij de exonerant. Het recht op vrijwaring van de exonerant ligt daar, zo zou ik menen, als regel in besloten.

De tweede stelling betreft de verzekeringsplicht van een van beide contractspartijen; ook hier geldt dat een dergelijke plicht met inachtneming van de concrete omstandigheden dient te worden uitgelegd. Groefsema is van mening dat de partij die zich verplicht tot het afsluiten van een verzekeringsovereenkomst (verder: A), daarmee nog niet heeft ingestemd met vrijtekening van de ander (verder: B). Hij constateert echter wel dat de schade die ontstaat voor rekening van B zal zijn als de verzekering niet gesloten was. Stel nu dat A daadwerkelijk nalaat de afgesproken verzekeringsovereenkomst te sluiten; hij is dan toch schadeplichtig jegens B ex art. 6:74 BW? Als de schade van B bestaat in aansprakelijkheid jegens A, dan is toch duidelijk dat het risico van de schadegebeurtenis per saldo niet bij B doch bij A ligt? Dit zo zijnde moet de verzekeringsplicht van A wel zo worden opgevat dat B niet draagplichtig is ten opzichte van A. Een andere opvatting zou duidelijk in strijd met doel en strekking van het betreffende verzekeringsbeding zijn.

*Mr W.H. van Boom\**

\* Universitair docent Katholieke Universiteit Brabant te Tilburg.