

24 GCS-SAM 01

Uitspraak van de Geschillencommissie Schadeverzekeraars inzake samenloopgeskil 'Ondergelopen schakelkasten'

Partijen

Partij A, Bedrijfsaansprakelijkheidsverzekeraar (AVB) van X;

en

Partij B, Construction All Risk (CAR)-verzekeraar van Y en Z (hierna Z);

hebben zich ter verkrijging van een bindend advies van de Geschillencommissie Schadeverzekeraars tot deze commissie gewend ter beslechting van het geschil dat tussen hen is gerezen.

Feitelijke gegevens

X heeft als bouwbedrijf werkzaamheden uitgevoerd langs de snelweg A28 in opdracht van Z. De opdracht bestond uit het ontwerpen, leveren en plaatsen van een geluidsscherm. In het gebied waar de werkzaamheden door X werden verricht, waren drie met elkaar verbonden onderverdeelstations aanwezig met naast ieder van deze stations een noodvoorzieningskast. De onderverdeelstations stuurden de filedetectie- en matrixborden aan en waren eigendom van Rijkswaterstaat. In 2019 is X begonnen met de uitvoering van de werkzaamheden. Tijdens de bouw is het maaiveld van de berm veranderd/verhoogd waardoor er een kuip is ontstaan waar een van de onderverdeelstations en noodvoorzieningskasten in stonden. De locatie en hoogte van dit station en deze kast zelf zijn niet gewijzigd.

Tijdens het plaatsen van de geluidsschermen is er veelvuldig met werkmaterieel over de grond gereden waardoor de grond mogelijk is dichtgereden.

Tijdens een weekend in december 2019 heeft het hard geregend waarbij water zich in de kuip heeft verzameld. Het onderverdeelstation en de noodvoorzieningskast kwamen hierdoor tot circa 60 cm in het water te staan, waardoor deze in storing vielen. Teneinde verdere schade te voorkomen heeft Rijkswaterstaat na het constateren van de storing de kasten spanningsloos gemaakt. De twee verder op het traject gelegen geschakelde onderverdeelstations en noodvoorzieningskasten waren hierdoor eveneens buiten werking. Als gevolg hiervan raakten de matrixborden en filedetectie buiten werking. Er is gedurende 13 dagen een bemand busje ter plaatse geweest om maatregelen te treffen ten behoeve van de verkeersveiligheid. Na het voorval zijn door X twee afvoerbuizen geplaatst om te voorkomen dat een dergelijke schade zich nogmaals zou voordoen. Rijkswaterstaat heeft X aansprakelijk gesteld voor de door haar geleden schade.

Het voorval is gemeld op zowel de bij partij A gesloten AVB-verzekering van X als op de door Z bij partij B gesloten CAR-verzekering ten behoeve van de door X uit te voeren werkzaamheden. Partij A heeft voor de schade op basis van de AVB-verzekering een minnelijke regeling met Rijkswaterstaat getroffen. De AVB-verzekering en de CAR-verzekering kennen allebei een harde na-u-clausule.

Geschil

Partij A is van mening dat de schade niet alleen gedekt is op de AVB-verzekering maar ook op de bij partij B gesloten CAR-verzekering. Partij A heeft op grond van artikel 7:961 lid 3 BW partij B aangesproken tot bijdrage in de gedane vergoedingen. Partij B heeft te kennen gegeven dat dekking op

de CAR-verzekering ontbreekt. Partij B wijst primair op artikel 7:952 BW: *‘De verzekeraar vergoedt geen schade aan de verzekerde die de schade met opzet of door roekeloosheid heeft veroorzaakt.’*

Secundair wijst partij B op artikel 42 uit de polisvoorwaarden:

“42. Bij welk gedrag is de verzekerde die het gedrag vertoont niet verzekerd?

De verzekerde doet opzettelijk iets of niets.

- *Met het doel schade toe te brengen.*
- *Zonder het doel schade toe te brengen.*
 - *Maar hij weet wel dat er schade ontstaat.*
- *Terwijl hij weet dat de kans op schade groot is.*
 - *Maar hij doet het toch.*

De verzekerde heeft schuld aan de schade.

- *De verzekerde doet iets of niets.*
 - *Terwijl hij weet dat de kans op schade groot is.*
 - *Maar hij denkt dat de schade niet ontstaat.”*

Volgens partij B was het voor X op voorhand duidelijk dat de kuip voor problemen zou kunnen zorgen. Partij B concludeert dit uit een verklaring van een medewerker van X tegenover haar expert. Daarnaast was het voor een ieder, en dus ook voor X, duidelijk dat de ontstane situatie tot problemen kon leiden. Partij B concludeert dat X wist dat er een grote kans op schade was en vervolgens niets heeft gedaan.

Partij B beroept zich primair op voorwaardelijk opzet, subsidiair op roekeloosheid en meer subsidiair op merkelijke schuld. Op grond van artikel 7:952 BW en artikel 42 van de polisvoorwaarden stelt partij B dat zij niet gehouden is dekking te verlenen. Partij B verzoekt de commissie te bepalen dat er geen sprake is van samenloop en dat partij B niet gehouden is een betaling te verrichten aan partij A.

Verder merkt partij B op dat partij A geen aanspraak kan maken op de gevorderde expertisekosten. Artikel 7:961 lid 3 BW spreekt over ‘redelijke kosten tot het vaststellen van de schade’. De kosten waar partij A aanspraak op maakt, hebben betrekking op het onderzoek naar de oorzaak en de toedracht. Dit onderzoek is uitgevoerd om na te gaan of zij dekking diende te verlenen onder haar eigen polis. Deze kosten kunnen niet op de voet van artikel 7:961 lid 3 BW worden verhaald.

Partij A stelt dat partij B ten onrechte dekking weigert. Volgens partij A slaagt partij B er niet in om de subjectieve opzet en subjectieve wetenschap van X aan te tonen. Er wordt ontkend dat een medewerker van X zou hebben verklaard dat X zich op voorhand bewust is geweest van het risico dat water zich zou verzamelen rondom het onderverdeelstation en de noodvoorzieningskast, laat staan dat X met opzet iets zou hebben gedaan of nagelaten met als doel om schade toe te brengen. Op grond van de omstandigheden van het geval zou hooguit aangenomen kunnen worden dat X had behoren te weten dat er schade zou kunnen ontstaan, en dat zij aldus onzorgvuldig heeft gehandeld door ter voorkoming hiervan geen maatregelen te treffen. Het objectieve behoren te weten is echter wezenlijk anders dan het hebben van opzet of het subjectieve daadwerkelijk weten, zoals vereist voor het met succes een beroep te kunnen doen op de uitsluiting.

Partij A concludeert dat nu partij B geen succesvol beroep op de uitsluiting kan doen er sprake is van samenloop ex artikel 7:961 BW. Partij A vordert van partij B 50% van de gedane betalingen.

Overwegingen van de commissie

De commissie is van oordeel dat er geen sprake is van verval van dekking conform artikel 7:952 BW. Uit de stukken volgt niet dat er sprake was van opzet of roekeloosheid bij X wat ertoe zou leiden dat partij B geen dekking zou hoeven te verlenen. Het begrip roekeloosheid in artikel 7:952 BW bedoelt zoals weergegeven in de parlementaire geschiedenis aan te sluiten bij de terminologie van HR 12 maart 1954, NJ 1955, 386, te weten grove schuld die wordt omschreven als een in laakbaarheid aan opzet grenzende schuld. De commissie neemt geen opzet of aan opzet grenzende schuld aan bij X.

Bovendien is dit artikel van regeland recht en kan in polisvoorwaarden hiervan worden afgeweken, hetgeen i.c. het geval is nu in artikel 42 van de CAR voorwaarden een specifieke schulduitsluitingsgrond is opgenomen. De commissie constateert dat artikel 42 van de polisvoorwaarden alleen het subjectieve criterium hanteert en niet het objectieve criterium: *“Terwijl hij weet dat de kans op schade groot is.”* Voor een beroep op de uitsluiting wegens schuld moet dus sprake zijn van daadwerkelijke wetenschap bij X. De bewijslast hiervoor rust op partij B als zijnde de partij die zich op de uitsluiting beroept.

Partij B legt een verband tussen de schuldbepaling in artikel 42 van de polisvoorwaarden en de jurisprudentie m.b.t. merkelijke schuld. Dat betreft jurisprudentie met betrekking tot het oude artikel 294 Wetboek van Koophandel. Dat artikel bevatte het begrip merkelijke schuld. Die vorm van schuld kon zowel objectief als subjectief van aard zijn. In dit geval heeft partij B alleen de subjectieve variant in artikel 42 opgenomen. Er is dan geen ruimte voor de objectieve variant.

De commissie dient de volgende vraag te beantwoorden: heeft X niets of iets gedaan terwijl hij wist dat de kans op schade groot was maar dacht dat de schade niet zou ontstaan?

De commissie concludeert dat uit de stukken niet volgt dat op voorhand voor X duidelijk moet zijn geweest dat de kans op schade groot was. De commissie constateert dat in het bestek op de plek waar het onderverdeelsstation en de noodvoorzieningskast geen afvoerbuizen waren opgenomen. Het probleem was dus niet door X, Z en Rijkswaterstaat voorzien voor aanvang van het werk. De situatie is ontstaan gedurende de uitvoering van het werk, waarbij de hoogte en de locatie van de kasten zelf niet gewijzigd is maar alleen de omgeving daar omheen. Voorts blijkt uit de gegevens van het KNMI dat er geen uitzonderlijke neerslag is geweest. Ook weegt de commissie mee dat volgens de expert van partij A het dichtrijden van de grond mogelijk een rol heeft gespeeld bij het onvoldoende kunnen afvloeien van het water. Gelet op al deze omstandigheden valt niet uit te sluiten dat X het risico niet heeft opgemerkt, dan wel zich niet heeft gerealiseerd dat het risico op schade groot was.

Partij B wijst ook op de door een medewerker van X tegenover haar expert afgelegde verklaring waaruit zou blijken dat X op de hoogte was van de ontstane situatie en dat “voor de put rond de portaal poot nog iets verzonnen moest worden”. De medewerker van X geeft in reactie daarop echter aan dat dit niet is wat hij letterlijk zou hebben gezegd. Zijn reactie is opgenomen in de brief van de expert van partij A d.d. 1 april 2020, waarin de medewerker onder andere aangeeft dat is gesproken over de afwateringsconstructie tussen de infiltratiesloten die op de tekening staan en niet over de aanvullende maatregelen die getroffen zijn na het voorval. De commissie beschikt niet over een ondertekende versie van de verklaring zoals die tegenover de expert van partij B zou zijn afgelegd.

Onder deze omstandigheden valt niet volledig uit te sluiten dat sprake is geweest van een misverstand tussen de expert van partij B en de medewerker van X. Daarnaast wijst de commissie erop dat in de verklaring zoals weergegeven door de expert van partij B ook staat opgemerkt dat X zich de mogelijke gevolgen van de verhoging van het maaiveld en de ontstane kuip niet direct had gerealiseerd.

Daarmee laat deze versie van de verklaring de mogelijkheid open dat bij X de wetenschap ontbrak dat de kans op schade groot was, zoals vereist voor de uitsluiting.

Verder weegt de commissie mee dat X heeft aangegeven dat zij zeker maatregelen zou hebben genomen indien het risico eerder was gezien, dit mede gelet op de zeer geringe kosten daarvan en de mogelijke gevolgen voor de verkeersveiligheid door het uitvallen van de aansturingskasten en van de matrixborden boven de weg.

Gelet op al deze omstandigheden kan de commissie niet uitsluiten dat X het gevaar onvoldoende heeft opgemerkt, of niet heeft onderkend dat de kans op schade groot was.

Artikel 7:961 lid 3 BW bepaalt dat verzekeraars op gelijke voet onderling verhaal hebben voor hun redelijke kosten tot het vaststellen van de schade, alsmede voor hun redelijke kosten van verweer in en buiten rechte. De commissie is van oordeel dat de over en weer gemaakte redelijke kosten voor het vaststellen van de oorzaak en de toedracht van de schade daar ex aequo et bono ook toe behoren.

Bindend advies

Partijen hebben zich tot de commissie gewend ter verkrijging van een bindend advies. De commissie geeft als bindend advies dat ook sprake is van dekking op de CAR-verzekering. De beide na-u-clausules vallen tegen elkaar weg. In deze kwestie is sprake van samenloop. Partij B dient voor 50% van de schade op te komen. De gevorderde expertisekosten komen ook voor 50% voor vergoeding in aanmerking.

Aldus beslist op 10 juli 2024 door mr. L.G. Stiekema (voorzitter), mr. W.J. van Driel, mr. J.G. Hoekstra en mr. J.G.R. de Jongh, leden van de Geschillencommissie Schadeverzekeraars, in tegenwoordigheid van mr. A. Hogenesch, secretaris.

mr. L.G. Stiekema
voorzitter

mr. A. Hogenesch
secretaris