



Uitspraak nr. 73 van de Verbondscommissie Samenloop inzake "grondverzakking"

Betreft: aansprakelijkheidsverzekering voor bedrijven / Construction All Risks - verzekering.

Partijen: Verzekeraar A

en

Verzekeraar B

Verzekeraar A en verzekeraar B hebben zich ter verkrijging van een uitspraak van de Verbondscommissie Samenloop tot deze commissie gewend ter beslechting van een geschil dat tussen partijen gerezen is.

Feitelijke gegevens

X heeft in opdracht van de gemeente P verbeteringswerken uitgevoerd aan een waterkering. Tijdens de uitvoering van het werk is schade ontstaan doordat de draagkracht van de bodem ter plaatse van de te verrichten werkzaamheden sterk verminderde.

In verband met de vermindering van de draagkracht van de bodem heeft de gemeente voorzieningen moeten treffen teneinde de schade te herstellen en verdere schade te voorkomen.

In een arbitraal vonnis is de schade vastgesteld alsmede de verhouding waarin de bij het werk betrokken partijen tot de vergoeding van die schade dienen bij te dragen.

Het werk was verzekerd onder een doorlopende CAR-polis die de gemeente had gesloten bij verzekeraar B. X was in zijn hoedanigheid van aannemer voor zijn aansprakelijkheid verzekerd onder Rubriek II van de CAR-polis: aansprakelijkheid.

Het AVB-risico van X was ten tijde van de werkzaamheden verzekerd bij verzekeraar A.

Partijen verschillen van mening over de vraag wie dekking dient te verlenen voor de geleden schade.

Het geschil

In zijn memorie van eis stelt verzekeraar A onder meer:

"Verzoeker verzoekt om uw tussenkomst in een geschil met verzekeraar B. Het geschil betreft het navolgende.

Verzekeraar A is de AVB-verzekeraar van B.V. Hei- en Bouwbedrijf X, verder te noemen "X". X heeft in opdracht van de gemeente P, verder te noemen "de gemeente", in het najaar van 1989 verbeteringswerken uitgevoerd aan de waterkering, zijnde de ingang van de Stadshaven en het westelijk landhoofd, in de gemeente. De gemeente werd bij de aanbesteding en de uitvoering van dat werk bijgestaan door Q.

Bovenomschreven werk was verzekerd bij verzekeraar B onder een doorlopende Construction All Risks-polis. De gemeente trad op als verzekeringsnemer. X en Q zijn onder de CAR-polis meeverzekerd.

Tijdens de uitvoering van het werk is schade ontstaan doordat de draagkracht van de bodem ter plaatse van de te verrichten werkzaamheden sterk verminderde. Zulks was naar de mening van de tot oordelen geroepen arbiters (mede) veroorzaakt door de wijze waarop X het aan haar opgedragen werk, waaronder het aanbrengen van funderingspalen, uitvoerde. In verband met de vermindering van de draagkracht van de bodem heeft de gemeente voorzieningen moeten treffen teneinde de schade te herstellen en verdere schade te voorkomen.

De gemeente heeft de aan het treffen van vermelde voorzieningen verbonden kosten in belangrijke mate verhaald op de bij de uitvoering van het werk betrokken partijen en op verzekeraar B. De mate waarin elk der betrokken partijen de schade diende te vergoeden, is door middel van arbitrage bij het Nederlands Arbitrage Instituut bepaald. Eén en ander is neergelegd in het arbitrale vonnis van 27 oktober 1992.

Op basis van het arbitrale vonnis heeft X het volgende aan de gemeente betaald:

a. hoofdsom	f 280.519,23
b. wettelijke rente	53.983,83
c. kosten arbitrage	24.373,75
d. kosten juridische bijstand	10.000,--
	<hr/>
	f 368.876,81

Dit totaalbedrag heeft verzekeraar A, minus het eigen risico van 10%, derhalve een bedrag van f 331.989,12, op grond van de AVB-polis van X voor zijn rekening genomen.

Verzekeraar A is van mening dat zich in de onderhavige kwestie een samenloop van aansprakelijkheidsverzekeringen voordoet. Immers, naast de dekking onder zijn eigen AVB-polis, komt X voor zijn aansprakelijkheid een beroep toe op de dekking onder rubriek II van de bij verzekeraar B gesloten CAR-polis.

Zowel de AVB-polis als de CAR-polis kent een non-contribution-clausule. De betreffende clausule in de AVB polis luidt als volgt:

- a.1 Indien blijkt, dat de door deze verzekering gedekte aansprakelijkheid eveneens op (een) andere polis(sen), al dan niet van oudere datum, is gedekt of daarop zou zijn gedekt indien de onderhavige verzekering niet zou hebben bestaan, loopt de onderhavige verzekering als excedent van de andere polis(sen) respectievelijk als verschil in condities, een en ander met inachtneming van het in a.2 bepaalde.*
- a.2 Indien in die andere polis(sen) een bepaling als in a.1 of van gelijke strekking voorkomt of indien de regeling van een schade op die andere polis(sen) moeilijkheden oplevert, of indien verzekerde om andere redenen op deze polis wenst te reclameren, zullen assuradeuren aan verzekerde betalen een som gelijk aan het bedrag dat onder deze polis zou zijn betaald, indien die andere polis(sen) niet zou(den) hebben bestaan, waartegenover verzekerde zijn vordering op de verzekeraars van die andere polis(sen) tot het beloop van het aldus betaalde zal cederen; de betaling zal gelden als koopprijs voor de gecedeerde vordering."*



In de CAR-polis is dienaangaande bepaald:

- p.1 Alle schade die onder enige andere verzekering is gedekt, of zou zijn gedekt, of zou zijn gedekt indien deze verzekering niet zou hebben bestaan, is uitdrukkelijk van deze verzekering uitgesloten;*
- p.2 de maatschappij zal echter mits de verzekerde hierom schriftelijk verzoekt tegen cessie van alle rechten die verzekerde uit hoofde van die andere verzekering(en) kan doen gelden, een schade welke krachtens het bepaalde onder p is uitgesloten, toch in behandeling nemen en vergoeden overeenkomstig de voorwaarden van deze verzekering;*
- p.3 verzekerde is verplicht de verzekeraars van die andere verzekeringen in kennis te stellen van schade, en de maatschappij een opgave te doen van deze verzekeraars.*

Verzekeraar A meent dat beide non-contribution-clausules even "hard" zijn en derhalve tegen elkaar wegvallen, althans dat aan die clausules in de onderhavige situatie geen betekenis kan worden gehecht.

Krachtens art. 1 van de "Overeenkomst inzake samenloop van aansprakelijkheidsverzekering" dienen aansprakelijkheidsverzekeraars in kwesties als de onderhavige ieder bij de dragen in de schade naar evenredigheid van de bedragen waarvoor elk afzonderlijk had kunnen worden aangesproken. Verzekeraars hebben dienaangaande onderling verhaal.

Na door verzekeraar A aangesproken te zijn ter voldoening van zijn bovenomschreven verplichtingen, heeft verzekeraar B te kennen gegeven niet bereid te zijn bij te dragen in hetgeen X op grond van het arbitrale vonnis aan de gemeente heeft moeten vergoeden. Verzekeraar B heeft zich daarbij op het standpunt gesteld dat niet is komen vast te staan dat tijdens en door de uitvoering van het werk met betrekking tot de buispalen de zandlagen zodanig zouden zijn verstoord en aan draagkracht hebben ingeboet, dat de havenhoofden hun stabiliteit hadden verloren en dat de kwelweg verloren zou zijn gegaan. Op die grond meent verzekeraar B dat er geen sprake was van "schade" als bedoeld in art. q van de polis, hetgeen dekking onder de polis in de weg zou staan.

Het aldus door verzekeraar B ingenomen standpunt is onjuist. Uit het arbitrale vonnis blijkt dat al hetgeen aan de gemeente is vergoed betrekking had op "schade", zoals in de CAR-polis omschreven. Verzekeraar A wijst in dat verband onder meer op art.4.3.10. van het arbitrale vonnis, waarin (ook) de verstoring van de funderingsgrondslag van de kademuur als "schade" wordt beschouwd. Dat die schade niet door verzekeraar B aan de gemeente vergoed hoefde te worden, hing samen met het feit dat de betreffende funderingsgrondslag noch onder "het werk" noch onder de in de polis omschreven "bestaande eigendommen van de opdrachtgever" viel. De arbiters hebben geenszins geoordeeld dat er geen sprake was van "schade". Integendeel, arbiters hebben X en Q juist veroordeeld tot betaling van de met de ontstane schade verband houdende kosten. Reeds daaruit dient afgeleid te worden dat alles wat X heeft moeten betalen betrekking had op (door de gemeente geleden) schade.

Weshalve

Verzekeraar A uw commissie verzoekt om bij bindend advies te bepalen dat verzekeraar B vermelde schade ad

f 368.876,81 naar evenredigheid van het bedrag waarvoor zij en verzekeraar A ieder afzonderlijk had kunnen worden aangesproken, voor zijn rekening dient te nemen, zulks te vermeerderen met de wettelijke rente over dat bedrag te berekenen vanaf 1 februari 1993."

In zijn memorie van antwoord stelt verzekeraar B onder meer:

"Verzekeraar B heeft kennis genomen van de memorie van eis van verzekeraar A. Verzekeraar A is van oordeel, dat verzekeraar B moet bijdragen, naar evenredigheid van het bedrag waarvoor hij en verzekeraar A ieder afzonderlijk had kunnen worden aangesproken. verzekeraar B deelt het standpunt van verzekeraar A niet.

Naar de mening van verzekeraar B is er geen dekking onder de aansprakelijkheidsrubriek van zijn CAR-polis. Subsidiar stelt hij zich op het standpunt dat, voorzover de schade op zich wel onder de aansprakelijkheidsrubriek is gedekt, de door hem gehanteerde non-contribution-clausule dekking in de weg staat.

Meer subsidiar acht hij het standpunt van verzekeraar A ten aanzien van het bedrag dat voor verdeling in aanmerking komt onjuist en verzoekt zij uw commissie voorzover mogelijk omtrent het bedrag dat verzekeraar B dient bij te dragen, een uitspraak te doen.

Verzekeraar A is kennelijk van oordeel, dat alles, dat X ingevolge het arbitrale vonnis van 27 oktober 1992 heeft moeten betalen, moet worden aangemerkt als schade als bedoeld in artikel q van de CAR-polis van verzekeraar B, Zulks is niet de opvatting van verzekeraar B.

Bij de uitvoering van de werkzaamheden door X traden in de bodem problemen op, waarna het werk is stilgelegd.

Zoals onder 1.2.1. van het arbitrale vonnis wordt aangegeven, is bij een controle op 17 januari 1990 gebleken, dat de toestand was gestabiliseerd, is bij metingen in de periode 7 november 1990 - 18 april 1991 gebleken, dat de landhoofden praktisch tot rust waren gekomen en is blijkens het rapport van professor Van Weelen d.d. 28 januari 1991 geconstateerd dat de beide landhoofden inmiddels ook zonder inschakeling van de stalen palen en de injectie stabiel bleken.

Kortom: weliswaar is de bodem enigszins verstoord geweest, maar daarna is de situatie zonder ingrijpen van buitenaf gestabiliseerd.

Om die reden kan niet gezegd worden dat er sprake is (geweest) van schade als bedoeld in artikel q van de CAR-polis.

Immers, er is geen sprake van beschadiging of vernietiging van goederen en de daaruit voortvloeiende schade.

Q -en Y- heeft de Gemeente P geadviseerd, er vanuit gaande dat de bestaande situatie niet kon worden gehandhaafd, om maatregelen te nemen. Die maatregelen zijn door X uitgevoerd. De aan deze maatregelen verbonden kosten zijn door Q en X aan de Gemeente in rekening gebracht en de Gemeente heeft die kosten voldaan.

Het gaat om een bedrag van (tenminste) f 306.427,33 terzake injectie kwelweg, ontwerpkosten, stagnatieschade, extra kosten en beschadiging. Blijkens de arbitrale procedure heeft de Gemeente vervolgens X en Q voor die kosten aangesproken. Arbiters hebben geoordeeld (sub 4.3 van het vonnis) dat X en Q als verantwoordelijk voor de onttrekking van het zand voor die extra kosten moeten opdraaien.

Arbiters hebben sub 4.3.7. opgemerkt, dat de vraag of en in welke mate de schade gedekt is onder de polis van verzekeraar B onder de rubriek: het werk, moet worden beoordeeld los van de vraag naar de aansprakelijkheid van X (en Q).

Arbiters hebben - dan ook - geen oordeel gegeven over de vraag of X (en Q) op grond van de aansprakelijkheidsrubriek van de CAR-polis dekking had.



Het standpunt van verzekeraar B is derhalve, dat er geen sprake is van een gedekt risico op de aansprakelijkheidsrubriek.

Het standpunt van verzekeraar A is, dat de beide non-contribution clauses "even hard" zijn en dus tegen elkaar wegvallen. Als de beide clauses inderdaad "even hard" zijn, is de consequentie inderdaad, dat deze tegen elkaar kunnen worden weggestreept, maar volgens verzekeraar B doet zich de genoemde situatie niet voor.

Blijkens artikel r.1 van de CAR-polis - door verzekeraar A in de memorie van eis niet geciteerd - geeft verzekeraar B voor de rubrieken 1a, 1b en 1c een primaire dekking. Dat is dus niet het geval voor de andere rubrieken, waaronder rubriek II, de aansprakelijkheidsrubriek.

Dat wordt nog eens bevestigd in artikel r.2, waaruit blijkt, dat uitsluitend ten behoeve van de opdrachtgever (in casu de Gemeente P) dekking krachtens rubriek II een primaire dekking geeft.

Blijkens artikel p.1 is alle schade, die onder enig andere verzekering is gedekt, of zou zijn gedekt, indien deze verzekering niet zou hebben bestaan, uitdrukkelijk van deze verzekering uitgesloten.

Weliswaar kent artikel a.1 van de door de verzekeraar A gehanteerde algemene voorwaarden ook het harde element "of zou zijn gedekt indien deze verzekering niet zou hebben bestaan", het is blijkens de zinsnede dat in dat geval de onderhavige verzekering als excedent van de andere polis(sen) respectievelijk als verschil in condities loopt, kennelijk de bedoeling om niet, zoals verzekeraar B dat in de algemene voorwaarden heeft gedaan, de schade zondermeer uit te sluiten.

Daar komt bij, dat dekking terzake de aansprakelijkheidsrubriek in de CAR-polis duidelijk een subsidiair karakter heeft, terwijl de AVB-polis van verzekeraar A kan worden aangemerkt als een primaire dekking, welke, ook ten opzichte van verzekeraar B, dekking behoort te bieden.

Verzekeraar A gaat er vanuit, dat verzekeraar B voor zijn rekening dient te nemen zijn aandeel in de schade ad
f 368.876,81.

Dat is niet juist.

Verzekeraar A heeft kennelijk op basis van de bestaande verzekeringsovereenkomst een bedrag voldaan - rekening houdend met 10% eigen risico - van f 331.989,12. Dit is het bedrag, dat eventueel voor een onderlinge verdeling in aanmerking komt.

Verzekeraar B verwijst voorzover nodig naar het - ook thans nog valide - rekenvoorbeeld van prof. mr. J.H. Wansink, de algemene aansprakelijkheidsverzekering, bladzijde 183, welk rekenvoorbeeld met instemming wordt aangehaald door de annotator Mendel onder het bekende arrest van de Hoge Raad van 13 december 1991; N.J. 1992, 316.

Zoals aangegeven verzoekt verzekeraar B meer subsidiair de mate waarin onderling moet worden bijgedragen bij de uitspraak vast te stellen.

Daarvoor is het volgende van belang.

Verzekeraar B had kunnen worden aangesproken voor f 275.519,23, afgerond: f 275.519,--, zijnde het bedrag van de hoofdsom ad f 280.519,23, minus het eigen risico van f 5.000,--.

De wettelijke rente, de kosten van de arbitrage en de kosten van juridische bijstand zijn in ieder geval niet onder de aansprakelijkheidsrubriek van de CAR-polis van verzekeraar B medeverzekerd.

De onderlinge verdeelsleutel is derhalve als volgt:

aandeel Verzekeraar B:

$$\frac{f\ 275.519,--}{f\ 607.508,--}$$

aandeel verzekeraar A:

$$\frac{f\ 331.989,--}{f\ 607.508,--}$$

Met inachtneming van het vorenstaande dient - meer subsidiair - de bijdrage van Verzekeraar B te worden vastgesteld op

$$\frac{f\ 275.519,--}{f\ 607.508,--} \times f\ 331.989,-- \text{ (afgerond)} = f\ 150.564,--$$

Weshalve:

Verzekeraar B uw commissie vraagt, primair om het verzoek van verzekeraar A af te wijzen, subsidiair de bijdrage van verzekeraar B vast te stellen op *f* 150.564,-- te vermeerderen met de aangezegde wettelijke rente vanaf 1 februari 1993."

Overwegingen van de commissie

Dit geschil is als samenloopgeschil aan de commissie voorgelegd overeenkomstig artikel 2 lid 2 van haar reglement.

De commissie stelt vast dat de arbiters in hun vonnis de schade aan het werk hebben vastgesteld en dat de partijen die de verantwoordelijkheid dragen voor de onttrekking van het zand aan de bodem, tegenover de gemeente aansprakelijk zijn voor de schade die de gemeente tengevolge daarvan heeft geleden.

De arbiters hebben tevens de mate bepaald, waarin de betrokken partijen in de vergoeding van de door de gemeente geleden schade dienen bij te dragen.

Over de dekking op enige aansprakelijkheidsverzekering hebben de arbiters geen uitspraak gedaan, zodat de commissie zich hierover op verzoek van partijen zal dienen uit te spreken.

De commissie constateert vervolgens dat voor de vraag of er dekking voor de schade en de gemaakte kosten bestaat op de aansprakelijkheidsrubriek van de CAR-polis van verzekeraar B artikel q van deze polis van belang is. In dit artikel wordt bepaald dat onder schade wordt verstaan: beschadiging of vernietiging van goederen en de daaruit voortvloeiende schade.

Nu als vaststaand moeten worden aangenomen, dat het onttrekken van zand aan de bodem de oorzaak vormde van de bodemverstoring, die verdere schade tengevolge had, is de commissie van oordeel dat dit schade in de zin van genoemd artikel is, en dat voor deze schade dekking bestaat op de aansprakelijkheidsrubriek van de CAR-polis van verzekeraar B

De AVB-polis van verzekeraar A dekt de aansprakelijkheid van verzekerde voor door derden geleden schade (onder meer) als gevolg van beschadiging, vernietiging of verlies van stoffelijke goederen met inbegrip van alle daaruit voortvloeiende vermogensschade.

De commissie stelt vast dat ook de AVB-verzekering dekking biedt voor de schade waarvan hier sprake is.

Aangezien zowel de AVB-polis als de CAR-polis een non-contribution-clausule bevat komt de vraag aan de orde hoe beide clausules zich ten opzichte van elkaar verhouden.
De formulering van clausules met elkaar vergelijkende, constateert de commissie dat hoewel de formuleringen verschillen, de werking daarvan in dit geval gelijkwaardig moet worden geacht, zodat zij tegen elkaar wegvallen.

Conclusie

De commissie concludeert dat er sprake is van samenloop van dekking van aansprakelijkheidsverzekeringen. Dit geschil dient derhalve te worden geregeld conform art. 1 van de "Overeenkomst inzake samenloop van aansprakelijkheidsverzekeringen" zodat ieder zijn deel draagt naar evenredigheid van het bedrag waarvoor ieder afzonderlijk had kunnen worden aangesproken.

Bindend advies

De commissie geeft als bindend advies dat iedere partij zijn gedeelte van de schade voor zijn rekening neemt, waarbij de commissie voor de berekening van dat gedeelte verwijst naar de in artikel 1 van de "Overeenkomst inzake samenloop van aansprakelijkheidsverzekering" gegeven verdeelsleutel, die geent is op de verdelingsregeling in art. 7.17.2.24a NBW.

Den Haag, 9 november 1993

De Verbondscommissie Samenloop

De voorzitter,

mr. H.J. te Winkel

De secretaris,

mw. mr. W.H. Meijer