RAAD VAN TOEZICHT VERZEKERINGEN

U I T S P R A A K Nr. 2005/010 WA

i n d e k l a c h t nr. 2004.0467 (012.04)

ingediend door:

hierna tezamen te noemen ‘klagers’,

tegen:

hierna te noemen 'verzekeraar '.

De Raad van Toezicht Verzekeringen heeft kennis genomen van de schriftelijke klacht, alsmede van het daartegen door verzekeraar gevoerde schriftelijke verweer. De Raad heeft aanleiding gevonden, alvorens uitspraak te doen, verzekeraar in een zitting van de Raad te horen.
Voor zover voor de beoordeling van de klacht van belang, is het navolgende gebleken.

Inleiding

Op 28 augustus 2003 is de echtgenoot van klaagster sub 1, respectievelijk de vader van de klagers sub 2 en sub 3 in de werkbak van een hoogwerker waarin hij stond te schilderen, van een hoogte van circa vier meter naar beneden gevallen en tijdens het vervoer naar het ziekenhuis overleden. Het ongeval werd veroorzaakt door het plotseling breken van de hoofdarm van de hoogwerker, die bevestigd was op een ten tijde van het ongeval stilstaande vrachtauto. De Arbeidsinspectie heeft een onderzoek naar het ongeval ingesteld. Het schildersbedrijf waarbij de overledene in dienst was, heeft bij verzekeraar voor de vrachtauto een motorrijtuigverzekering en voor de hoogwerker een bedrijfsaansprakelijkheidsverzekering gesloten. Verzekeraar heeft aan klagers voorschotten betaald.

De klacht

Verzekeraar heeft te kennen gegeven het rapport van de Arbeidsinspectie te willen afwachten, omdat de oorzaak van het afbreken van de hoofdarm van de hoogwerker niet bekend was. Tot die tijd wilde verzekeraar aansprakelijkheid erkennen noch (tegen cessie) schade vergoeden, daar uit het onderzoek kon blijken dat niet verzekeraar maar bijvoorbeeld de producent van de hoogwerker aansprakelijk was. Ondanks een gemotiveerde reactie namens klagers persisteert verzekeraar bij zijn standpunt.

Naar de mening van klagers is de houding van verzekeraar klachtwaardig. In de eerste plaats omdat verzekeraar tegen beter weten in weigert over te gaan tot

regeling en vergoeding van de schade en in de tweede plaats omdat verzekeraar zijn houding niet, dan wel onvoldoende, motiveert.

Het spontaan afbreken van de hoofdarm van de hoogwerker is iets wat een werknemer niet behoeft te verwachten. Als oorzaak voor het afbreken is slechts te bedenken: een verborgen gebrek en/of achterstallig of slecht onderhoud. De werkgever is aansprakelijk voor de schade op grond van artikel 6:173 jo 6:181 BW. Weliswaar zijn motorrijtuigen op grond van artikel 173 lid 3 BW uitgesloten, doch klagers hebben gemotiveerd uiteengezet waarom die uitsluiting hen niet kan worden tegengeworpen. De werkgever is voorts aansprakelijk op grond van artikel 7:658 en artikel 7:611 BW, omdat hij zijn werknemers laat werken met materiaal dat gebrekkig blijkt te zijn. In de derde plaats is in gedragsregel 2.4 van het Rapport van de verbondscommissie schaderegelingsbeleid bepaald dat de verzekeraar die het eerst is benaderd, de vordering in behandeling neemt en tot afhandeling overgaat. Van belang is ook nog dat verzekeraar zich bij klagers heeft gemeld en als zodanig de schijn van regelend verzekeraar heeft opgewekt.

Klagers realiseren zich dat de Raad zich niet bezighoudt met de beoordeling van aansprakelijkheid. Dit laat onverlet dat zij niet begrijpen waarom verzekeraar de schadevergoeding afhankelijk stelt van de uitkomst van het onderzoek door de Arbeidsinspectie.

Voorts menen klagers dat zij recht hebben op een serieuze behandeling van de aansprakelijkheidsdiscussie. Tot heden bestaat bij hen onzekerheid over de vraag hoe het verder moet en wie de schade moet vergoeden die is ontstaan door het wegvallen van de kostwinning door de overledene. Deze houding is ook in strijd met de gedragsregels van het Rapport van de verbondscommissie schaderegelingsbeleid (bijvoorbeeld art. 2.1) en met art. 2 en art. 5 van Bedrijfsregeling no. 15.

<u>Het standpunt van verzekeraar</u>

Het risico van aansprakelijkheid van de werkgever van de overledene is zowel bij verzekeraar als bij een andere AVB-verzekeraar verzekerd. De werkgever heeft de schade eerst bij die andere verzekeraar gemeld. Deze heeft zich op het standpunt gesteld dat verzekeraar, als de WAM-verzekeraar, voor de schade dient op te komen. Dit standpunt is onjuist. Uit het arrest van de Hoge Raad van 10 oktober 2003, NJ 2004, 22, volgt dat de bedrijfsaansprakelijkheidsverzekeraar in plaats van de WAM-verzekeraar dekking moet verlenen. Verzekeraar heeft de discussie met de andere verzekeraar beëindigd en het voortouw genomen bij het regelen van de schade. Verzekeraar weigert niet tegen beter weten in de schaderegeling ter hand te nemen. Verzekeraar kan evenwel niet het recht worden ontzegd uit te zoeken of de werkgever daadwerkelijk voor de schade van klagers dient op te komen. Een nader onderzoek is nodig om vast te stellen of de verzekerde van verzekeraar uit hoofde van de in artikel 7:658 BW omschreven zorgplicht aansprakelijk is. Het enkel breken van de hoofdarm van de hoogwerker is voor het aannemen van aansprakelijkheid onvoldoende. Verzekeraar heeft aangeboden, hangende het onderzoek, voorschotten te verlenen die, ongeacht de uitslag van het onderzoek, niet van klagers zullen worden teruggevorderd. Het bedoelde onderzoek zal ook moeten duidelijk maken of de verzekerde (mede) op grond van artikel 7:611 BW aansprakelijk is te achten. Verzekeraar deelt niet het standpunt van klagers dat op de verzekerde uit hoofde van artikel 6:173 BW een risico-aansprakelijkheid rust. Klagers verwijzen ten onrechte naar gedragsregel 2.9 van het Rapport van de

verbondscommissie schaderegelingsbeleid. In 2000 zijn alle tot dan toe door het Verbond van Verzekeraars over schaderegeling uitgebrachte adviezen opnieuw bekeken en geactualiseerd. De nieuwe gedragsregels zijn opgenomen in de brochure 'Schade regelt u zo'. Een bepaling als gedragsregel 2.9 is daarin niet meer opgenomen.

Het commentaar van klagers

Klagers hebben na kennisneming van het verweer van verzekeraar hun standpunt gehandhaafd.

Het overleg met de Raad

In het overleg met de Raad heeft verzekeraar het rapport van de Arbeidsinspectie overgelegd en medegedeeld dat hij het rapport aan zijn advocaat zal overleggen voor advies en na ontvangst daarvan zich nader zal uitlaten.

Het nadere standpunt van verzekeraar

Volgens verzekeraar is niet in geschil dat, indien aansprakelijkheid van de verzekerde moet worden aangenomen, verzekeraar dekking zal verlenen. De discussie met klagers gaat erom of de verzekerde aansprakelijk is. Verzekeraar meent dat hij in redelijkheid het standpunt kan innemen dat zijn verzekerde niet aansprakelijk is en weet zich daarin gesteund door het inmiddels van zijn advocaat ontvangen advies. De discussie over de vraag of de verzekerde inderdaad niet aansprakelijk is, zal niet ten overstaan van de Raad, maar bij de gewone rechter worden gevoerd. Verzekeraar heeft zijn advocaat opdracht gegeven om op korte termijn aan de rechter een verklaring voor recht te vragen die inhoudt dat zijn verzekerde niet meer gehouden is tot vergoedingen. Na betaling van een aanvullend voorschot van € 7.500,- zal in totaal € 20.000,- zijn vergoed. Verzekeraar zal ook dit voorschot niet terugvorderen, ongeacht de uitkomst van de gerechtelijke procedure.

Het nadere commentaar van klagers

Klagers hebben andermaal aangevoerd dat volgens hen een discussie over de aansprakelijkheid van de verzekerde van verzekeraar niet ten overstaan van de Raad dient te worden gevoerd. Volgens hen is het advies van de door verzekeraar geraadpleegde advocaat beperkt en summier. Verzekeraar stelt niet en maakt ook niet aannemelijk dat er helemaal geen aansprakelijke partij zou zijn. In dat geval moet verzekeraar toch als regelend verzekeraar voor klagers optreden en kan hij niet zonder uitvoerige motivering onverkort vasthouden aan het bepaalde in artikel 6:173, lid 3 BW.

Het oordeel van de Raad

1. Met betrekking tot het verwijt dat verzekeraar tot dusverre heeft geweigerd aansprakelijkheid te erkennen wordt het volgende overwogen. Het standpunt van verzekeraar dat hij als WAM-verzekeraar van de vrachtauto waarop de hoogwerker was gemonteerd, niet aansprakelijk is, omdat met de vrachtauto niet aan het verkeer werd deelgenomen toen het ongeval zich voordeed, is verdedigbaar. Als aansprakelijkheidsverzekeraar van de werkgever heeft verzekeraar in redelijkheid het standpunt kunnen innemen dat eerst onderzoek moest worden gedaan naar de oorzaak van het plotseling breken van de hoofdarm van de hoogwerker voordat hij zich kon uitlaten over aansprakelijkheid van zijn verzekerde.

2. Uit de ten tijde van het ongeval voor schadeverzekeraars geldende gedragsregels en/of aanbevelingen volgt niet de verplichting om in een geval als het onderhavige tot afwikkeling van de schade over te gaan.
3. Van het door de Arbeidsinspectie ingestelde onderzoek is een 'ongevallenboeterapport' opgemaakt dat op 2 september 2004 is afgesloten. In dit rapport is, voor zover thans van belang, het volgende vermeld: 'Samenvattend kan gesteld worden dat het breken van de hoofdarm een gevolg is van tekortkomingen in het materiaal en in de constructie, waardoor de vermoeiingsgrens van de constructie kon worden overschreden. De vermoeiingsgrens is feitelijk bepaald door het aantal belastingswisselingen dat een constructie kan doorstaan zonder te breken. Het ongeval zou voorkomen zijn als de hoofdarm van de hoogwerker van zodanig materiaal zou zijn vervaardigd en zodanig zou zijn geconstrueerd, dat er geen verzwakking van de hoofdarm door vermoeiingsscheurvorming zou zijn opgetreden.' Na de verschijning van dit rapport heeft verzekeraar het standpunt ingenomen dat aan de gewone rechter het oordeel over de (eventuele) aansprakelijkheid dient te worden gevraagd. Inmiddels is, naar de Raad aanneemt, het geschil onder de rechter. Onder deze omstandigheden treedt de Raad ingevolge artikel 5 onder b van zijn reglement niet in de plaats van de rechter. Het standpunt van verzekeraar dat inhoudt dat de rechter daarmee ook over de vraag dient te oordelen of hij jegens klagers gehouden is tot verdere vergoedingen, is verdedigbaar. Verzekeraar heeft met dit standpunt de goede naam van het verzekeringsbedrijf niet geschaad, zodat de klacht in zoverre niet gegrond is.
4. Het verwijt ten slotte dat verzekeraar zijn houding niet (voldoende) heeft gemotiveerd en niet inhoudelijk heeft gereageerd op de argumenten van klagers, is kennelijk ontstaan naar aanleiding van de correspondentie tussen de advocaat van klagers en de door verzekeraar ingeschakelde externe schaderegelaar. Tegenover de erkenning door verzekeraar dat zijn standpunt in die fase van de gedachtewisseling wellicht minder duidelijk is gecommuniceerd staat dat klagers er wellicht beter aan hadden gedaan zich met het onderhavige verwijt eerst tot verzekeraar zelf te wenden. Afgezien hiervan is de Raad van oordeel dat het aan verzekeraar verweten gebrek aan respons en motivering niet van dien aard is geweest dat het zou moeten leiden tot gegrondbevinding van dit onderdeel van de klacht.

<u>De beslissing</u>
De Raad verklaart de klacht ongegrond.

Aldus is beslist op 17 januari 2005 door mr. B. Sluijters, voorzitter, mr. H.C. Bitter, mr. D.H.M. Peeperkorn, drs. D.F. Rijkels, arts, en dr. B.C. de Vries, arts, leden van de Raad, in tegenwoordigheid van mr. J.J. Guijt, secretaris.

De Voorzitter:

(mr. B. Sluijters)

De Secretaris:

(mr. J.J. Guijt)