

Bulletin 2000, 3 De aangescherpte opzetclausule in de AVP (Bewerkt door Mr. M.R. de Vries, Aegon,)
Bulletin 2000, 3 Schadeomvang bij shockschade (Bewerkt door Mevr. mr. A. Ales, Stad Rotterdam)
Bulletin 2000, 3 Overlijdensschade en behoefteverminderende omstandigheden
Bulletin 2000, 3 Goede en kwade kansen bij het begroten van toekomstschade (Bewerkt door Mr. A.J. Schoonen, Achmea Personenschade)
Bulletin 2000, 3 Uitwisseling van medische gegevens (Bewerkt door Mr. A.J. Schoonen, Achmea Personenschade)
Bulletin 2000, 3 Whiplash-trauma bij aanrijding met gering snelheidsverschil? (Bewerkt door Mevr. mr. M.L. Faasen, Stad Rotterdam)
Bulletin 2000, 3 Belastingplan 2001 (Bewerkt door Mr. A.P. Hovinga, AXA Schade)
Bulletin 2000, 3 Subrogatie voor onverplichte betalingen? (Bewerkt door Mr. G. Wassink, Interpolis)
Bulletin 2000, 3 Actualiteiten (Bewerkt door Info: Secretaris NPP, mevr. drs. M. Kramer, p/a Abz Branche Initiatieven, tel. 030 - 493 57 17)

Bulletin 2000, 3 De aangescherpte opzetclausule in de AVP (Bewerkt door Mr. M.R. de Vries, Aegon,)

Huidige clausule

Een kijkje in de polisvoorwaarden van de gemiddelde AVP-verzekering, onder het kopje uitsluitingen, onder opzet, zal voorsnog de volgende tekst opleveren: 'Niet gedekt is de aansprakelijkheid van een verzekerde voor schade die voor hem/haar het beoogde of zekere gevolg is van zijn/haar handelen.'

Het is deze tekst die de Studiecommissie Opzet in 1980 aan verzekeraars adviseerde op te nemen in de AVP. De commissie werd naar aanleiding van het Bierglas-arrest (HR 30 mei 1975, NJ 1976, 572) ingesteld om te onderzoeken op welke wijze de uitsluiting van schade veroorzaakt door opzet het best in de AVP-polisvoorwaarden kon worden verwoord.

In de door de studiecommissie voorgestelde opzetclausule gaat het om twee specifieke opzetvormen. Allereerst is er 'Opzet als oogmerk' (in de opzetclausule omschreven als het beoogde gevolg), waarvan moord een sprekend voorbeeld is. Men schiet iemand dood, waarbij de dood het beoogde gevolg is (men wil dat de persoon dood zal gaan). Ten tweede is er 'Opzet als zekerheidsbewustzijn' (in de opzetclausule aangeduid met de term het 'zekere gevolg'). Als voorbeeld hiervan kan worden genoemd de verzekeringnemer die zijn boot opblies teneinde de schadevergoeding uit hoofde van de voor de boot afgesloten verzekering te kunnen innen, wetende dat er zich mensen aan boord bevonden die de ontploffing van het zware explosief niet zouden overleven. De dader was zich bewust van de zekerheid dat zijn handelen een bepaald gevolg zou hebben. De dader wenste het gevolg niet, maar van het onvermijdelijke daarvan was hij zich bewust en hij nam dit op de koop toe.

Het is een subjectieve clausule, waarbij het er niet om gaat wat men 'normalerwijze' en 'redelijkerwijs' als het beoogde of zekere gevolg van een handelen kan verwachten, maar waarbij het er om gaat dat een verzekerde zich bewust is geweest van de zekerheid dat zijn handelen een bepaald gevolg zou hebben. De commissie gaf in haar rapport aan dat de vrees is uitgesproken dat een dergelijke clausule een (te) zware bewijslast op de verzekeraar zou leggen. De commissie was zich hiervan bewust, maar toch meende de commissie dat bij een subjectieve benadering de bewijslast voor de verzekeraar niet te zwaar zou worden, 'want in een aantal extreme gevallen (en daarvoor moet de clausule toch gereserveerd blijven) zal de rechter ons te hulp komen. Hij zal namelijk bij extreme gedragingen het opzet uit de gedraging zelf afleiden.'

De categoriebenadering van Mendel

In de praktijk zochten verzekeraars naar een hanteerbare methode om te voorkomen dat zij te zeer afhankelijk werden van de verklaringen van de dader. Steeds vaker werden verzekeraars namelijk geconfronteerd met daders die stelden dat hun opzet niet op de specifiek toegebrachte schade gericht was en dat het beroep van de verzekeraar op de uitsluiting daarom moest worden afgewezen.

In de literatuur heeft met name Mendel gepleit voor enige objectivering van het gedrag en het gevolg in mishandelingszaken(*1). Mendel ontwikkelde de categoriebenadering, waar in de praktijk gebruik van is gemaakt om te komen tot de noodzakelijke objectivering. Deze theorie gaat er van uit dat het opzet van verzekerde in beginsel wel op de omvang en aard van de schade moet zijn gericht, zij het met een nuancering. De werkelijk ingetreden schade hoeft niet precies de schade te zijn die de verzekerde beoogde dan wel als zeker verwachtte. De ingetreden schade moet in dezelfde categorie vallen, dat wil zeggen in zwaarte overeenkomen met de door de verzekerde verwachte schade. Volgens deze theorie stelt men zich de eerste categorievraag: welk gevolg is normalerwijze van de handeling te verwachten? Is dat:

uitsluitend pijn;

licht letsel (bijvoorbeeld bij een stomp in het gezicht); of

zwaar (ernstig) letsel?

Vervolgens moet worden bekeken of het feitelijk ingetreden gevolg categorie-intern (valt onder het normalerwijze te verwachten gevolg) is of categorie-extern (valt buiten het normalerwijze te verwachten gevolg). Met behulp van de categoriebenadering kan de subjectief geformuleerde opzetclausule worden geobjectiveerd ter voorkoming van onredelijke uitkomsten. Deze benadering vormde daarmee een belangrijk hulpmiddel om de inwendige psychische toestand van een dader (hetgeen van belang is bij de beantwoording van de vraag of opzet aanwezig is geweest of niet) te bewijzen.

De arresten van de hoge raad

De Hoge Raad heeft in het Nationale-Nederlanden/Veerman-arrest (HR 18 oktober 1996, NJ 1997, 326) beslist dat de verzekeraar geen beroep toekwam op de opzetclausule. In deze zaak ging het om Veerman (gewezen amateur-bokser) die zich een weg baande door de op Koninginnedag in de stad verzamelde menigte. Toen hem dit niet snel genoeg ging, sloeg hij een mevrouw, nadat deze een opmerking in zijn richting had gemaakt. Een man vroeg Veerman om tekst en uitleg, waarop Veerman hem met een gerichte klap tegen de grond sloeg. De man hield aan de klap blijvend ernstig oogletsel over (hij is nagenoeg blind aan een oog). Dit ernstige oogletsel kan hoofdzakelijk worden verklaard door de extra kwetsbaarheid van deze man, omdat hij een aantal maanden vóór het incident aan beide ogen was geopereerd. Nu Veerman zich er niet van bewust is geweest dat het letsel van het slachtoffer (nagenoeg blindheid aan een oog) het zekere gevolg van de klap zou zijn, kan volgens de Hoge Raad niet worden gezegd dat het oogletsel van het slachtoffer het zekere gevolg was van zijn handelen.

Gezien de feiten in het Veerman-arrest lijkt dit niet zo opzienbarend. Immers, het uitzonderlijke letsel kon met een vuistslag tot stand komen door de extra kwetsbaarheid van het slachtoffer, waarmee Veerman niet bekend was. Wanneer de categoriebenadering wordt gevolgd komt men, onder de gegeven omstandigheden, immers ook tot de conclusie dat een beroep op de opzetclausule geen succes zal hebben. Het normalerwijze te verwachten gevolg van een vuistslag in het gezicht zal doorgaans pijn en licht letsel zijn. Blindheid, dan wel nagenoeg blindheid, aan één oog valt buiten de normalerwijze te verwachten gevolgen (is categorie-extern) en zal derhalve niet kunnen leiden tot een succesvol beroep op de opzetclausule.

Onduidelijk bleef of de Hoge Raad de categoriebenadering van Mendel verworpen had of dat deze nu juist toepassing moest vinden.

In het arrest AEGON/Van der Linden (HR 6 november 1998, NJ 1999, 200) ging de mishandeling van het slachtoffer verder dan een vuistslag en wel bij een niet gepredispositioneerd persoon.

In deze zaak ging het om een mishandeling in een café. Van der Linden zag een bekende die bij de bar met een aantal vrienden haar verjaardag vierde, liep naar haar toe en feliciteerde haar. Naast haar stond een man die zei 'Er wordt niet gekust', deze woorden nog eens herhaalde. Van der Linden vastpakte en hem wegduwde. Van der Linden zei de man niet te kennen en wilde van hem weten wat er nu eigenlijk aan de hand was. Omdat het druk was in het café, kon Van der Linden geen kant op. Vervolgens sloeg de dader hem met gebalde vuist tegen het rechteroog en viel het slachtoffer op de grond, alwaar de dader hem nog eens drie keer met geschoeide voet tegen het hoofd schopte. Tenslotte trok de dader met beide handen het hoofd van Van der Linden aan het haar voorover, waarna hij hem opzettelijk met kracht een kniestoot tegen het gezicht gaf. Aan één van de vingers van de hand, waarmee de vuistslag werd gegeven, droeg de dader een 'opstaande, hoekige zegelring'. Het gevolg van de mishandeling is dat Van der Linden blijvend blind is aan één oog.

In eerste instantie besliste de rechtbank dat de verzekeraar dekking mocht weigeren met een beroep op de opzetclausule. Hiertoe bracht de verzekeraar met name de in de processen-verbaal van politie weergegeven feiten naar voren. Het hof besliste echter, dat uit de inhoud van de processen-verbaal niet viel op te maken dat de dader het ingetreden ernstige letsel had beoogd, noch dat dit letsel het zekere gevolg was van zijn handelingen en dat de dader zich daarvan bewust was geweest. Het hof stelde dat uit het feitelijke relaas van de gebeurtenissen niet viel op te maken dat het slaan met gebalde vuist voorzien van ring, het uitdelen van een kniestoot en het trappen met geschoeide voet tegen het hoofd van het slachtoffer tot het zekere gevolg zou leiden dat het letsel als het onderhavige zou worden toegebracht. De verzekeraar had nog gewezen op de categoriebenadering van Mendel. Naar het oordeel van het hof diende echter een strenger criterium met betrekking tot het zekerheidsbewustzijn te worden gevolgd.

De Hoge Raad heeft het arrest van het hof bekrachtigd. Daartoe overwoog de Hoge Raad dat een in de voorwaarden van AVP opgenomen bepaling als de opzetclausule, in een geval waarin een verzekerde letsel heeft toegebracht, geen verdere strekking heeft dan van dekking uit te sluiten de aansprakelijkheid van een verzekerde die het in feite toegebracht letsel heeft beoogd of zich ervan bewust was dat dit letsel het zekere gevolg van zijn handelen zou zijn. De Hoge Raad verwees daarbij naar het N-N/Veerman-arrest, daarbij aangevende dat hij reeds in dat arrest tot dezelfde conclusie was gekomen, hetgeen echter tot op dat moment in de vakliteratuur ter discussie stond.

Hiermee heeft de Hoge Raad definitief een streep gezet door de categoriebenadering van Mendel en daardoor in feite een absoluut subjectieve uitleg aan de opzetclausule gegeven. Verzekeraars moeten zich blijkbaar niet al te veel voorstellen van de te hulp snellende rechter, zoals de Studiecommissie Opzet in haar rapport schreef, zelfs niet bij dit soort extreme gedragingen (want zo kunnen de gedragingen van de dader in het arrest AEGON/Van der Linden toch wel worden betiteld).

Waarom de Hoge Raad de categoriebenadering afwijst wordt niet gemotiveerd. De beslissing lijkt te zijn ingegeven door de toegenomen slachtofferbescherming. Zeker als de dader zijn vordering op de verzekeraar cedeert aan het slachtoffer - zoals in dit geval, waardoor het slachtoffer rechtstreeks tegen de verzekeraar procedeert - , zal de primaire gedachte achter de AVP, namelijk bescherming van het vermogen van de dader, uit het oog worden verloren. Gevolg van het AEGON/Van der Linden arrest is dat verzekeraars dekking moeten bieden in gevallen waar dat nimmer de bedoeling is geweest.

De aangescherpte opzetclausule

'Geweldpleger kan schadeclaim verhalen op WA' kopte De Volkskrant van 11 oktober 1999 op de voorpagina. Vanaf dat moment maakte het grote publiek voor het eerst kennis met het arrest AEGON/Van der Linden van de Hoge Raad, daterende van november 1998. De verontwaardiging was groot over het feit dat criminelen na gedane misdaad, voortaan de rekening ten koste van premiebetalend Nederland konden indienen bij de WA-verzekeraar. Algemene opinie was dat daders de financiële gevolgen van hun daden maar moesten voelen en er werd dan ook overwegend instemmend gereageerd op berichten dat het Verbond van Verzekeraars nog in het najaar van 1999 met een aangescherpte opzetclausule zou komen. Advocaten lieten niet na er op te wijzen dat het oordeel van de Hoge Raad ook voor seksueel geweld zou opgaan.

Door middel van het marktadvies van 23 november 1999 informeerde het Verbond haar leden over de aangescherpte opzetclausule en een nieuwe uitsluitingsclausule inzake seksuele- en seksueel getinte gedragingen. In dit advies stonden enige onjuistheden, welke door het Verbond bij marktadvies van 20 januari 2000 zijn rechtgezet.

Het Verbond adviseert haar leden de volgende clausule in de AVP op te nemen:

'Niet gedekt is de aansprakelijkheid:

van een verzekerde voor schade veroorzaakt door en/of voortvloeiende uit zijn/haar opzettelijk en tegen een persoon of zaak gericht wederrechtelijk handelen of nalaten;

van een tot een groep behorende verzekerde voor schade veroorzaakt door en/of voortvloeiende uit opzettelijk en tegen een persoon of zaak gericht wederrechtelijk handelen of nalaten van een of meer tot de groep behorende personen, ook in geval niet de verzekerde zelf zodanig heeft gehandeld of nagelaten.

Aan het opzettelijk karakter van dit wederrechtelijk handelen of nalaten doet niet af dat de verzekerde of, in geval deze tot een groep behoort, een of meer tot de groep behorende personen zodanig onder invloed van alcohol of andere stoffen verkeert/verkeren, dat deze/die niet in staat is/zijn de wil te bepalen'.

In de toelichting op de aangescherpte opzetclausule geeft het Verbond aan dat verzekeraars van mening zijn dat hoezeer slachtofferbescherming ook gewenst is, het niet zo kan zijn dat daders in extreme gevallen, al dan niet onder invloed van alcohol of andere stoffen die de wil beïnvloeden, dekking kunnen krijgen op een AVP. Daarbij kan - naast mishandeling - worden gedacht aan vandalisme, incest, brandstichting, afpersing, bedreiging, verkrachting, moord en doodslag.

Het belangrijkste aspect in de nieuwe clausule is de koppeling van het opzet aan de gedraging zelf en niet meer aan het gevolg van de gedraging. Het opzettelijk karakter van een gedraging moet uit de gedraging zelf afgeleid worden en is niet langer verbonden aan het (subjectieve) bewustzijn van een verzekerde van het gevolg van zijn daad. Door de ont koppeling van het gedrag en het gevolg is de clausule verlost van de juridische opzetvormen 'opzet als oogmerk' en 'opzet als zekerheidsbewustzijn'. Het begrip 'opzettelijk' in de aangescherpte clausule ziet meer op de letterlijke betekenis van het woord opzet en is duidelijk gericht op de gedraging of het nalaten van een verzekerde. De enkele constatering van het Hof Leeuwarden in de AEGON/Van der Linden-zaak, dat de dader het slachtoffer opzettelijk heeft mishandeld, zou met toepassing van de nieuwe opzetclausule ertoe leiden dat de verzekeraar een beroep op de opzetclausule zou mogen doen.

De werking van de aangescherpte clausule staat los van de omstandigheid of er in een concreet geval wel of geen strafrechtelijke maatregel is opgelegd. Men heeft bewust elke link met het strafrecht willen voorkomen om niet afhankelijk te worden van de uitkomst van het strafproces. Door de toevoeging van een 'alcoholbepaling' gaat het verweer niet langer op dat men de wil niet kon bepalen doordat de gedragingen waren begaan onder invloed van alcohol of ander stoffen. De groepsaansprakelijkheidsbepaling moet voorkomen dat de meelopers wel dekking op hun AVP krijgen, terwijl de echte daders geen dekking op de AVP hebben.

Als de aangescherpte opzetclausule wordt toegepast op 'opzet'-zaken (waarin met toepassing van de huidige opzetclausule de dekking niet kan worden geweigerd), zal er in de meeste gevallen geen dekking op de AVP worden verleend, aangezien de betreffende daders in de regel opzettelijk en wederrechtelijk hebben gehandeld. De gevolgen spelen hierbij geen rol meer. De conclusie is dat de aangescherpte opzetclausule meer gevallen van dekking uitsluit, in vergelijking met de huidige opzetclausule, ook in de situatie van vóór de recente arresten van de Hoge Raad.

Daar staat tegenover dat het Verbond in haar toelichting bij de aangescherpte clausule wijst op het feit dat de wijziging van de opzetclausule geen breuk met het verleden beoogt, maar slechts aanpassing van het dekkingsbereik wil bereiken, als gevolg van een door verzekeraars als ongewenst beschouwde trend in de rechtspraak. Gevallen die voorheen (voor de 'gewraakte' jurisprudentie) onder de dekking van de AVP vielen, behoren nog immer onder de dekking van de AVP te vallen. Evenzeer als de huidige opzetclausule zal de aangescherpte opzetclausule gereserveerd moeten blijven voor

extreme gevallen. Uit de toelichting valt te destilleren dat verzekeraars bij 'extreme gevallen' met name denken aan crimineel gedrag. Nu maar hopen dat de rechterlijke macht hetzelfde beeld heeft bij 'extreme gevallen' als de verzekeraars.

De uitsluiting van seksuele gedragingen

Ondanks het feit dat reeds vele schadegevallen in verband met zedendelicten met behulp van de aangescherpte opzetclausule buiten de dekking kunnen worden gehouden, adviseert het Verbond een aparte uitsluiting aan inzake seksuele gedragingen. Blijkbaar willen verzekeraars op dit gebied geen enkel risico lopen. Het gaat hier om de uitsluiting van aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door een bepaalde categorie gedragingen. Het is derhalve een categorische uitsluiting die verder niets van doen heeft met opzet of de opzetclausule. Overigens geldt de uitsluiting niet - evenals dat het geval is bij de hierboven besproken opzetclausule - voor de ouder die uit hoofde van zijn 'kwaliteit' als ouder risicoaansprakelijk is voor de gedragingen van zijn kind dat de leeftijd van 14 jaren nog niet heeft bereikt.

Het Verbond adviseert de volgende clausule:

'Niet gedekt is de aansprakelijkheid:

van een verzekerde voor schade veroorzaakt door en/of voortvloeiende uit zijn/haar seksuele of seksueel getinte gedragingen van welke aard dan ook;

van een tot een groep behorende verzekerde voor schade veroorzaakt door en/of voortvloeiende uit seksuele of seksueel getinte gedragingen van welke aard dan ook van een of meer tot de groep behorende personen, ook in geval niet de verzekerde zelf zich zodanig heeft gedragen.'

Tot slot

Vraag is thans hoe snel verzekeraars zullen overgaan tot invoering van de aangescherpte opzetclausule. Aanpassing via de en bloc-bepaling heeft als voordeel dat verzekeraars snel verlost zijn van nieuwe gevallen waarin ze geen beroep kunnen doen op opzet (al zullen zij ook dan nog geconfronteerd kunnen worden met gevallen uit de periode - verjaarde gevallen buiten beschouwing gelaten - van vóór de aanscherping van de opzetclausule, welke zij zullen moeten afdoen onder het regime van de huidige opzetclausule). Schaduwzijde van de en bloc-methode is evenwel dat de portefeuille tijdelijk op de tocht kan komen te staan, aangezien verzekeringnemers dan het recht hebben de verzekering op te zeggen.

In de discussie over slachtofferbescherming en de rol die de aangescherpte opzetclausule daarin speelt, mag niet uit het oog worden verloren dat het slachtoffer ook in andere gevallen in de kou blijft staan. Bijv. wanneer de AVP-verzekeraar van de dader met een beroep op verzwijging de nietigheid van de verzekeringsovereenkomst inroept, dan wel in het geval de dader niet heeft voldaan aan zijn verplichting de premie op tijd te betalen en de dekking in verband daarmee is geschorst. Om nog maar te zwijgen van het geval waarin de dader geen AVP-verzekering heeft afgesloten (ongeveer vijf procent van de Nederlandse bevolking heeft geen AVP-verzekering).

Een echte oplossing voor het probleem inzake de slachtofferbescherming zou de invoering van een verplichte WA-verzekering zijn conform de WAM (Wet Aansprakelijkheid Motorrijtuigen), waardoor poliswetten (waaronder ook de aangescherpte opzetclausule) nimmer jemens benadeelde kunnen worden ingeroepen en een Waarborgfonds zorgt voor een vangnet (denk aan de gewetensbezwaarde zonder verzekering). Het gaat dan echter om een totaal ander concept, waarin niet langer de vermogensbescherming van de dader een hoofdrol zal spelen (hetgeen bij de AVP het uitgangspunt is), maar de bescherming van benadeelden, zoals thans ook het geval is bij de WAM. Mijns inziens zou de wetgever het voortouw moeten nemen in het ontwikkelen van een dergelijke verplichte verzekering.

Bulletin 2000, 3 Schadeomvang bij shockschade (Bewerkt door Mevr. mr. A. Ales, Stad Rotterdam)

Bindend advies Mr. R.J.P. Kottenhagen(*1)

Inleiding

In de navolgende casus konden de schadeveroorzaker en het slachtoffer het niet eens worden over de hoogte van een passende vergoeding van shockschade. Zij verzochten Kottenhagen een bindend advies hieromtrent uit te brengen, rekening houdend met alle omstandigheden van het specifieke geval en de rechtspraak in de ons omringende landen. Niet ter discussie stond dat Nederland recht van toepassing was.

Casus

Een in Engeland wonend echtpaar was op doorreis door Nederland, toen hun caravan ter hoogte van Meppel een lekke band kreeg. De man plaatste zijn auto met caravan zoveel mogelijk naar rechts op de vluchtstrook en kroop vervolgens aan de linkerzijde half onder de caravan om de lekke linker band te vervangen. Zijn echtgenote stond enkele meters verderop op de vluchtstrook om het aankomende verkeer eventueel te kunnen waarschuwen. Even later werd de man onder de ogen van zijn echtgenote aangereden door een Nederlandse auto. Als gevolg daarvan overleed de man enkele uren later. De auto, die het ongeval veroorzaakte, ging vlak langs de vrouw heen, zodat zij zich ook in de gevarenzone bevond en dat als zodanig ook heeft ervaren.

Het advies

Allereerst stelt Kottenhagen de mate van ernst van het door de echtgenote opgelopen psychische letsel aan de orde. Uit een psychologisch rapport komt naar voren dat de echtgenote leidt aan een posttraumatische stress stoornis (PTSS) met symptomen die kunnen worden gekwalificeerd als middelmatig tot ernstig (moderate to severe). Deze symptomen hebben een middelmatige (moderate) invloed op haar dagelijkse functioneren. Vastgesteld wordt dat een direct medisch causaal verband bestaat tussen het ongeval en de PTSS. Naar verwachting zal zij eerst anderhalf tot twee jaar na het ongeval zijn hersteld.

Vervolgens geeft Kottenhagen een overzicht van de relevante jurisprudentie. Daarbij noemt hij - naast twee uitspraken waarin shockschade expliciet aan de orde kwam - kort enkele andere uitspraken waarin een vergoeding voor psychische schade werd toegewezen. De bedragen lopen uiteen van f2.000 voor een vrouw wiens man voor haar ogen wordt mishandeld waardoor zij licht geestelijk letsel oploopt (Rb. Zwolle, 6 januari 1999 NJ 1999, 424) tot f70.000 voor de moeder wiens kinderen door de vader werden gedood met het oogmerk haar te kwetsen (Rb. Den Bosch, 2 mei 1997, NJ kort 1998, 10).

Aansluitend bespreekt Kottenhagen rechtsvergelijkend de systemen in Engeland, België, Frankrijk en Duitsland. Hij beoordeelt daarbij hetgeen de echtgenote in onderhavige casus naar het rechtssysteem van ieder van die landen had kunnen vorderen. Die bedragen variëren ruwweg van f22.000 in Duitsland tot f49.500 in Engeland.

Naar de suggestie van mr. S.D. Lindenbergh (diss. Smartengeld, 1998, p. 267) deelt Kottenhagen de som van de in de besproken buurlanden toegekende bedragen vervolgens door vier. Conform het 'systeem' van Lindenbergh bekijkt Kottenhagen vervolgens of er een correctie dient plaats te vinden op grond van aanwijsbare 'nationale' kenmerken of omstandigheden. Omdat het psychisch letsel dat hier aan de orde was niet als zeer ernstig kan worden beschouwd (zoals in de door Kottenhagen in het bindend advies besproken Nederlandse uitspraken waar f50.000 of meer werd toegewezen), kan een dergelijke correctie achterwege blijven. De uiteindelijke vergoeding van de onderhavige shockschade wordt door Kottenhagen dan afgerond op f35.000.

Commentaar

Het recht op vergoeding van immateriële schade is beperkt tot de expliciet in de wet genoemde gevallen. Blijkens de parlementaire geschiedenis (PG Boek 6, p. 1274) dient shockschade te worden gedefinieerd als schade, die het gevolg is van de waarneming van of de confrontatie met een (dodelijk) ongeluk. Het verdriet om het overlijden valt daar niet onder, omdat dit naar Nederlands recht uitdrukkelijk niet voor vergoeding in aanmerking komt. Op grond van art. 6:106 lid 1 sub b BW is een vergoeding van shockschade mogelijk. Het moet daarbij gaan om een benadeelde die in zijn persoon is aangetast, terwijl er sprake moet zijn van ernstige psychische schade als gevolg van een dodelijk ongeval waarbij de kring van gerechtigden zo beperkt mogelijk moet blijven. In tegenstelling tot de situatie bij lichamelijk letsel, kan men bij het vaststellen van een vergoeding van immateriële schade bij psychisch letsel niet putten uit omvangrijke jurisprudentie.

De door Kottenhagen thans gehanteerde berekeningsmethode is zonder meer fraai te noemen. Toch kunnen enkele kanttekeningen worden geplaatst. De gevolgde methode moet als bijzonder tijdrovend en gecompliceerd worden gekwalificeerd. Alleen een deskundige die in alle systemen thuis is - en dat zullen slechts weinigen kunnen zeggen - zal zich aan een dergelijke berekening wagen. En dan nog zal, gelet op de marges die de verschillende systemen kennen, de hoogte van de bedragen voor discussie vatbaar zijn.

Bovendien worden de in de vier buurlanden gehanteerde systemen, die beslist verschillend zijn, in het bindend advies op één hoop geveegd. Zo kennen landen als België en Frankrijk de figuur shockschade niet, maar kennen wél een vergoeding voor affectieschade toe. Duitsland kent net als Nederland geen vergoeding voor affectieschade maar wel een vergoeding voor shockschade waarbij in Duitsland echter niet vereist is dat het slachtoffer van de psychische schade ook aanwezig is bij het ongeval.

Al eerder toonde Kottenhagen zich geen voorstander van het onderscheid tussen affectie- en shockschade. Dit onderscheid zou naar zijn mening tot een onsmakelijke en onwenselijke bewijsopdracht leiden (R.P.J. Kottenhagen, Vergoeding van immateriële schade; een rechtsgebied in stroomversnelling). In dit bindend advies laat hij een dergelijk onderscheid dan ook achterwege.

Een PTSS kan optreden, indien men in een extreme stresssituatie heeft verkeerd. Indien men een geschiedenis heeft van labiliteit, is sprake van extra ontvankelijkheid voor PTSS. De vraag of de echtgenote ook psychische schade van die orde had opgelopen als zij geen getuige was geweest van dit ongeval (of indien de echtgenoot niet bij dit ongeluk was omgekomen, maar op natuurlijke wijze was overleden) is blijkbaar niet aan de orde gesteld. Indien die vraag bevestigend beantwoord moet worden, is immers sprake van affectieschade en zou naar Nederlands recht geen recht op vergoeding bestaan. Alleen bij zuivere shockschade of wanneer een deel van de psychische schade zich duidelijk van de affectieschade laat scheiden als shockschade, zou een vergoeding op zijn plaats zijn. In de praktijk stuit dit op grote bewijsproblemen.

De wetgever heeft met de invoering van het BW in 1992 bewust gekozen voor een systeem waarin zuivere affectieschade niet (maar zuivere shockschade wél) voor vergoeding in aanmerking komt. Dat stond destijds al, maar staat zeker ook de laatste jaren ter discussie. Gelet op het principiële karakter van deze discussie ligt het op de weg van de wetgever de shockschade nader uit te werken.

Bulletin 2000, 3 Overlijdensschade en behoefteverminderende omstandigheden

HR 14 februari 2000, rolnr, 98/132 HR

Inleiding

Het regelen van een overlijdensschade is geen alledaagse bezigheid. Zeker wanneer er een kostwinner is overleden, kan de schaderegeling veel discussiestof opleveren. Zo ook in een zaak waarin onlangs door de Hoge Raad arrest is gegeven. Bekend is het gegeven dat bij de regeling van een overlijdensschade de vraag centraal staat in hoeverre de mate waarin de overledene vóór het ongeval in de behoefte van de vorderingsgerechtigde voorzag. De behoefte wordt bepaald aan de hand van het consumptieve inkomen en de Amsterdamse schaal. Vervolgens dient de vraag zich aan of betrokkene ook na het ongeval dit levenspeil kan bereiken. Is dit niet het geval dan zal er sprake zijn van behoefte. In het algemeen is dit de vergoedingsverplichting van de veroorzaker. Het bepalen van de behoefte stond centraal in het onderhavige arrest van de Hoge Raad.

De feiten

Ten gevolge van een verkeersongeval op 8 januari 1991 te Curaçao overleed een voetganger. Hij liet een weduwe en drie minderjarige kinderen achter. De eigenaar/bestuurder van de auto was voor 75% hoofdelijk aansprakelijk voor het ontstaan van het ongeval. In de procedure tussen de nabestaanden en de eigenaar/bestuurder van de auto staat onder meer centraal de vraag in hoeverre een uitkering op grond van een levensverzekering dient te worden meegenomen bij de bepaling van de (eventuele) behoefte. Het hof is van mening dat het sluiten van een dergelijke verzekering zuiver een persoonlijke aangelegenheid is die de aansprakelijke partijen niet aangaat. De verzekeringsuitkering bleef dan ook verder buiten beschouwing.

De Hoge Raad

Ons hoogste rechtscollege is een andere mening toegedaan dan het hof: 'Bij het bepalen van de behoefte van de nabestaande behoort in beginsel zijn gehele financiële positie in aanmerking te worden genomen. Hieruit vloeit voort dat alle gunstige financiële omstandigheden de behoefte van de nabestaande beperken en dat daarmee uit dien hoofde - derhalve anders dan bij wege van voordeelstoerekening - ook bij de hem verschuldigde schadevergoeding rekening moet worden gehouden. Dit geldt ook voor een uitkering uit hoofde van een verzekering als de onderhavige levensverzekering.'

De Hoge Raad gaat dan nog verder in op de parlementaire geschiedenis van de voordeelsverrekening in relatie met de art. 6:107 en 108 BW. Zoals te verwachten viel, casseert de Hoge Raad het arrest van het hof.

De Advocaat-Generaal (A-G)

Alvorens arrest te wijzen, concludeert het Openbaar Ministerie bij de Hoge Raad. Zo ook in deze zaak. Bijzonder is dat deze conclusie dertien pagina's behelst. Dit dan wèl inclusief noten. In eerste instantie komt prof. mr. J. Spier (de bewuste A-G) tot de conclusie dat volgens de jurisprudentie van de Hoge Raad de verzekeringsuitkering in mindering moet worden gebracht op de behoefte. Maar vervolgens vraagt hij zich af of deze oude jurisprudentie niet aan heroverweging toe is. Dit zich afvragen doet de A-G aan de hand van een voorbeeld: een vader van drie jonge kinderen komt te overlijden door een ongeval; de vader heeft geen opleiding genoten en heeft een minimaal inkomen; desondanks wordt de maandelijkse premie voor een levensverzekering betaald; na het overlijden van de vader is de uitkering op grond van de verzekering groot genoeg om in de behoeften van de nabestaanden te voorzien. Zij hebben dus in het kader van de behoefte geen vorderingsrecht op de veroorzaker.

Bij het behandelen van deze casus stelt Spier dat er geen fundamentele verschillen zouden moeten zijn tussen een schaderegeling op grond van art. 6:107 BW en 6:108 BW. Dit met het oog op de heersende leer van het verrekenen van uitkeringen op grond van een sommenverzekering in het geval van een letselschade. Eigenlijk wil Spier deze leer ook toepassen in het geval van een overlijdensschade. Hij heeft echter zijn bedenkingen. De gevolgen (voor verzekeraars) van een dergelijke ommezwaai kunnen niet worden overzien; zeker niet bij terugwerkende kracht. Vervolgens gaat de A-G nader in op de casus. Bij de vraag, of de verzekeringsuitkering moet worden meegenomen bij de begroting van de overlijdensschade, spelen de volgende factoren:

De vraag wie de premie heeft betaald;

De omvang van de behoefte en van de verzekeringsuitkering in relatie tot de betaalde premie;

De aard van de aansprakelijkheid en de mate van schuld van de laedens; en

Doel en strekking van de verzekering.

De A-G concludeert tot verwerping van het beroep tegen het arrest van het hof.

Commentaar

Allereerst valt het op dat het gebruik van termen en leerstukken de nodige verwarring veroorzaakt. Het hof beoordeelt de vraag of de verzekeringsuitkering moet worden meegenomen bij de schadebegroting in het kader van voordeelstoerekening. Bij overlijdensschade staan immers de begrippen behoefte en behoeftigheid centraal. In het hierboven weergegeven citaat uit het arrest van de Hoge Raad moet 'behoefte' worden gelezen in de zin van 'behoeftigheid'. De A-G miskent bij de behandeling van zijn casus het principe van de gescheiden vorderingsrechten. Hij suggereert dat de uitkering op grond van de levensverzekering de behoeftigheid van alle vorderingsgerechtigden vermindert. Dit gaat m.i. echter alleen op voor de begunstigde van de uitkering.

Er zijn voldoende verschillen aan te geven tussen 6:107 en 6:108 BW om de verschillende gevolgen van een uitkering op grond van een sommenverzekering te kunnen rechtvaardigen. Denk hierbij bijvoorbeeld aan het alimentatieve karakter van art. 6:108 BW, de (kunstmatige) verdeling van de vaste lasten en de Amsterdamse schaal ter bepaling van de behoefte. De Hoge Raad heeft dan ook de voorgestelde ommezwaai niet gemaakt.

Bulletin 2000, 3 Goede en kwade kansen bij het begroten van toekomstschade (Bewerkt door Mr. A.J. Schoonen, Achmea Personenschade)

HR 14 januari 2000, RvdW 2000, 19c (van Sas/INTERPOLIS)

Inleiding

Degene die de toekomstschade van een slachtoffer begroot moet om kunnen gaan met onzekerheden. Immers de situatie zoals die zou zijn geweest zonder ongeval dient in kaart te worden gebracht. In PIV-bulletin 1998/1 besprak mr. W.J. Hengeveld (Houthoff Buruma) reeds het Vehof-arrest (HR 15 mei 1998, RvdW 1998, 110 C). Daarbij ging het om de vraag welke eisen mogen worden gesteld aan het bewijs dat het slachtoffer dient te leveren. Dit dan voor wat betreft de arbeidssituatie zonder ongeval. In het arrest dat hier zal worden besproken gaat het meer om de vraag welke waarde het bewijs heeft en welke conclusies daaruit kunnen worden getrokken.

De voorgeschiedenis

Op 20 november 1986 was mevrouw Van Sas (S) betrokken bij een verkeersongeval. Een verzekerde van Interpolis was aansprakelijk voor het ontstaan van het ongeval. Ten gevolge van het ongeval heeft S een post whiplash syndroom opgelopen en is zij blijvend volledig arbeidsongeschikt geworden. S vordert van Interpolis het (toekomstig) verlies van arbeidsvermogen en begroot deze schade op basis van 20 uur per week lesgeven tot haar 65e levensjaar. Ten tijde van het ongeval gaf S 13 uur (6 uur machineschrijven en 7 uur stenografie) per week les. Daarnaast volgde zij een meerjarige opleiding voor lerares stenografie en een nascholingscursus informatica/tekstverwerking. De rechtbank wijst de vordering van S volledig toe. Daarbij wordt in overweging genomen dat aan S door het ongeval de mogelijkheid is ontnomen zelf de keuze te maken om al dan niet tot haar 65e levensjaar door te werken met de omvang die zij verkiest.

Het Hof

Het gerechtshof laat de redenering van de rechtbank gebaseerd op de ontnomen kans niet in stand. Daarbij gaat het niet alleen om de keuzevrijheid, maar ook over de vraag hoe groot de kans is dat S van deze mogelijkheid gebruik zou hebben gemaakt, indien het ongeluk haar niet zou zijn overkomen. Het hof weegt deze kans, waarbij in eerste instantie de werkweek ten tijde van het ongeval in kaart wordt gebracht (zie hiervoor). Op grond van de opleidingen die S volgde en de ontwikkelingen op opleidingsgebied (veel cursussen op het gebied van tekstverwerking), acht het hof aannemelijk dat S met ingang van het schooljaar 1987/88 een aanstelling van 20 uur zou hebben kunnen krijgen en behouden.

Vervolgens komt de vraag van de looptijd aan de orde. Ten tijde van het ongeval was S 46 jaar oud. Interpolis heeft cijfermateriaal van het CBS ingebracht in de procedure. Uit dit materiaal blijkt dat slechts een klein percentage leerkrachten in het beroepsonderwijs na het 58e levensjaar blijft doorwerken. Het percentage vrouwelijke leerkrachten ouder dan 58 jaar is zelfs verwaarloosbaar klein. Het hof beoordeelt vervolgens of deze gegevens aansluiten bij de persoonlijke situatie van S. Daarbij wordt onder andere in aanmerking genomen: de mogelijkheid van vervangend inkomen bij vervroegd uittreden (VUT e.d.); het cijfermateriaal is niet gedateerd en de gegevens kunnen ook worden toegepast op deeltijdwerkers; en het gegeven dat het beroep van leerkracht in toenemende mate als belastend wordt ervaren. Interpolis stelt in de procedure dat er na het 58e levensjaar geen sprake meer zou zijn van verlies aan arbeidsvermogen. Dit gaat het hof te ver, omdat men niet geneigd is van de ene op de andere dag de inkomensbron vrijwillig op te geven. De vordering van S wordt ook niet gevolgd, omdat de ervaring nu eenmaal anders leert. Het hof kiest een middenweg voor de schadeberekening:

Op haar 58e zou S de werkweek vrijwillig van 20 uur naar 13 uur hebben teruggebracht;

Op haar 61e zou zij vanuit die situatie gebruik hebben gemaakt van de Regeling Flexibel Pensioen en Uittreding (FPU);

De Hoge Raad

Aan de Hoge Raad wordt de vraag voorgelegd of het hof de schade correct heeft begroot. De Hoge Raad laat het arrest van het hof in stand: 'Het oordeel van het Hof berust immers op de juiste rechtsopvatting dat bij het begroten van een schade als de onderhavige rekening moet worden gehouden met een redelijke verwachting over toekomstige ontwikkelingen. Bij de beoordeling van de in dit verband van belang zijnde omstandigheden kan de rechter met het verlies van de keuzemogelijkheid weliswaar zo veel mogelijk in het voordeel van de benadeelde partij rekening houden, doch, ... brengt zulks niet mee dat van de mogelijkheid voor Van Sas om tot het bereiken van de leeftijd van 65 jaar te blijven werken, moet worden uitgegaan, tenzij in de persoonlijke omstandigheden van Van Sas reden wordt gevonden het tegendeel aan te nemen.'

Duidelijke taal dus.

Commentaar

Een waarschuwing lijkt op zijn plaats: een schadebegroting, gebaseerd op een arbeidzaam leven tot 65 jaar zonder ongeval, kan reëel zijn. De reikwijdte van dit arrest van de Hoge Raad moet in de juiste context worden gezien. Het gaat om toekomstige ontwikkelingen. En dan ook nog om toekomstige ontwikkelingen waarover een redelijke verwachting bestaat. Het Vehof-arrest werd te pas en te onpas aangehaald. Deze valkuil is ook in het onderhavige arrest aanwezig. Het gaat bij het in kaart brengen van de situatie zonder ongeval steeds om aannames. Die aannames moeten dan wél recht doen aan de situatie waarin het slachtoffer verkeerde ten tijde van het ongeval. De rechter dient daarbij af te wegen hoe groot de kans is dat gerealiseerd zou zijn hetgeen het slachtoffer hieromtrent stelt en bewijst. De bewijslast blijft ook na het Vehof-arrest overeind. Aan dit bewijs mogen echter niet al te zware eisen gesteld worden.

Naast de goede kansen, zijn er ook kwade kansen. Vroegtijdig overlijden is daarvan het bekendste voorbeeld. Dit risico wordt bij de kapitalisatie van de toekomstschade meegenomen. Er zijn ook kwade kansen in de zin van stoppen met werken vóór de pensioengerechtigde leeftijd. Ook deze kansen

dienen door de rechter te worden gewogen. Dit vraagt nogal wat van degene die een toekomstschade dient te begroten. Zonder volledig te zijn, moet worden gedacht aan de volgende omstandigheden die dienen te worden gewogen:

Arbeidssituatie ten tijde van het ongeval;

Loopbaanontwikkelingen;

Gevolgd en te volgen opleidingen;

Statistisch cijfermateriaal omtrent pensionering e.d.;

Persoonlijke omstandigheden van het slachtoffer;

Economische en maatschappelijke ontwikkelingen;

Regelingen voor vervroegd uittreden; en

Zwaarte van het beroep.

Bulletin 2000, 3 Uitwisseling van medische gegevens (Bewerkt door Mr. A.J. Schoonen, Achmea Personenschade)

Rvt nr. i - 99/12

Inleiding

Al eerder zijn in dit bulletin uitspraken van de Raad van Toezicht Verzekeringen besproken. Niet zonder reden. Regelmatig hebben de uitspraken van de raad betrekking op een belangrijk onderdeel van de personenschaderegeling. Zo ook in de zaak nr. I - 99/12. Centraal stond de vraag of de medisch adviseur van de verzekeraar recht had op inzage in de zogenaamde groene kaart van de huisarts van gelaedeerde. Ook rechters worden regelmatig met deze vraag geconfronteerd. Steeds wordt dan de afweging gemaakt tussen de wederzijdse belangen: enerzijds het recht van gelaedeerde op privacy en anderzijds het recht van de verzekeraar op voldoende informatie teneinde de aansprakelijkheid te kunnen beoordelen of de schade te kunnen begroten.

De aanleiding

Klager was eind 1997 betrokken bij een bedrijfsongeval. In het bedrijf van zijn werkgeefster was hij van een papierpers gevallen. Klager gleed uit over papiersnippers, toen hij via de ladder naar beneden wilde. Ter plaatse was er slechte verlichting, waarover reeds vóór het ongeval bij de werkgeefster was geklaagd. De gevolgen van dit ongeval waren voor klager vergaand. Hij liep namelijk een complete dwarslaesie op. De Arbeidsinspectie werd ingeschakeld. Klager werd na het ongeval vervoerd naar het ziekenhuis. Tijdens het vervaardigen van een CT-scan kreeg hij een epileptisch insult. Daarna heeft klager een dergelijk insult niet meer gehad.

Op grond van deze informatie wenste de medisch adviseur van verzekeraar inzage in de huisartsenkaart (ook wel groene kaart genoemd) van gelaedeerde om te onderzoeken onderzoeken of klager reeds vóór het ongeval bekend was met epileptische aanvallen. Klager weigerde hieraan mee te werken.

Het standpunt van klager

Klager is van mening dat er geen enkele aanleiding bestaat deze privacy-gevoelige informatie te verstrekken. Noch uit de verklaringen van de directeurs van de werkgeefster noch uit de bevindingen van de Arbeidsinspectie valt af te leiden dat sprake is van preëxistente epilepsie. Ook heeft betrokkene zelf verklaard dat dit niet het geval is. De medisch adviseur van klager drukt het nog sterker uit. Die arts vindt de veronderstelling van preëxistente epilepsie 'absolute medische onzin'.

De verzekeraar

Volgens verzekeraar viel uit de medische informatie niet af te leiden, dat het insult in relatie stond met het ongeval. Ook heeft de schoonmoeder van klager verklaard dat laatstgenoemde wel vaker af en toe wegviel. Verzekeraar vraagt zich af of klager dit niet had moeten melden aan zijn werkgeefster, zodat een verbod tot het werken op hoogte opgelegd kon worden. Daarna ontstaat een steekspel tussen belangenbehartiger en verzekeraar. Uit de opsomming valt nog af te leiden dat aan de medisch adviseur van verzekeraar niet de volledige gegevens zijn verstrekt. Aansprakelijkheid wordt op een gegeven moment erkend door de verzekeraar. Aanvullende gegevens van de huisarts zijn dan niet meer noodzakelijk. Belangenbehartiger beschouwt dit echter als een principekwestie en dient een klacht in.

De Raad

Er waren niet veel woorden nodig om tot een uitspraak te komen. Ruim zeven regels slechts. De kern wordt gevormd door één zin: 'Door in het onderhavige geval de overlegging van de patiëntenkaart te verlangen, in plaats van - hetgeen klagers privésfeer minder zou aantasten - te volstaan met gericht aan diens huisarts te vragen of klager voorafgaande aan het ongeval leed aan epilepsie, heeft verzekeraar de goede naam van het verzekeringsbedrijf geschaad.' Omdat verzekeraar reeds aansprakelijkheid heeft erkend en aangegeven heeft dat aanvullende huisartsgegevens niet meer nodig zijn, worden aan de gegrondverklaring van de klacht geen financiële of andere consequenties verbonden.

Commentaar

Duidelijke taal van de raad. Zoals altijd moet de uitspraak worden geplaatst in de context van de zaak. Verzekeraar stelde dat de gevraagde informatie nodig was voor de beoordeling van de aansprakelijkheid. Men wilde eigenlijk aantonen dat er geen causale relatie bestond tussen de fout van de werkgeefster en het ongeval indien klager eventuele epilepsie ten opzichte van de werkgeefster verzwegen zou hebben. In het kader van 7:658 BW valt overigens nog te bezien in hoeverre deze stelling houdbaar zou zijn geweest. Tevens werd op summier gronden gevraagd om aanvullende informatie. Enerzijds omdat de aanwezige informatie geen duidelijkheid verschaft en anderzijds op basis van de verklaring van de schoonmoeder. Tenslotte speelde natuurlijk mee dat een minder vergaand middel tot een bevredigend resultaat had kunnen leiden. Dus de eis tot nadere informatie die een inbreuk maakt op de privacy voldoet dan niet aan het subsidiariteitsbeginsel. Immers, de klacht zou niet gegrond zijn verklaard, indien de medisch adviseur van de verzekeraar had volstaan met een gerichte vraag aan de behandelend huisarts. Zoals in de inleiding reeds werd aangegeven, blijft het een afweging van de wederzijdse belangen. Het hangt van de omstandigheden van het geval af naar welke kant de balans uitslaat.

Bulletin 2000, 3 Whiplash-trauma bij aanrijding met gering snelheidsverschil? (Bewerkt door Mevr. mr. M.L. Faasen, Stad Rotterdam)

Rechtbank Zutphen, 18 november 1999

De casus

Op 13 augustus 1994 werd de auto van R (Renault 18 GTD) aan de voorzijde aangereden door een achteruitrijdende Volvo, met een daaraan gekoppelde paardentrailer. R zat op het moment van de aanrijding op de voorstoel naast de bestuurder in een gedraaide houding, kijkend naar zijn op de achterbank gezeten dochtertje.

De aansprakelijkheidsverzekeraar van de veroorzaker van het ongeval (hierna te noemen W), had aansprakelijkheid voor de gevolgen van het ongeval erkend en f1.580,23 uitgekeerd in verband met schade aan de Renault van R.

R stelde als gevolg van het ongeval een post whiplash-syndroom te hebben opgelopen, waardoor hij als zelfstandig agrarisch ondernemer volledig arbeidsongeschikt is geraakt.

Nadat er al f60.000 aan voorschotten was betaald, werd W in kort geding veroordeeld R, bij wijze van voorschot, een bedrag ad f150.000 te betalen.

De vordering

R vordert dat de rechtbank voor recht zal verklaren dat hij als gevolg van het bij het ongeval opgelopen letsel volledig arbeidsongeschikt is geraakt en dat W alle daaruit voortvloeiende schade aan hem zal vergoeden. R vordert veroordeling van W om aan hem te vergoeden een bedrag ad f611.027,48, te vermeerderen met de wettelijke rente.

Het verweer

W concludeert dat de rechtbank R niet ontvankelijk zal verklaren in zijn vorderingen.

Uitgaande van de richtlijnen van de Nederlandse Vereniging voor Neurologie (hierna te noemen de Richtlijnen), waarin criteria staan vermeld die cumulatief zijn vereist en dus zijn aan te merken als conditio sine qua non, moet vaststaan dat de klachten voortvloeien uit een trauma dat bestaat uit een plotselinge overrekking van de weke delen van de nek. Dat hiervan in dit geval sprake is, staat geenszins vast.

Normaal gesproken gaat het bij whiplash-syndromen om kop-staart botsingen tussen motorrijtuigen waarbij het achteropkomende voertuig met een aanzienlijke kracht op de achterzijde van de voorrijder botst. Het hoofd van de inzittende van het aan de achterzijde aangereden voertuig maakt door de plotselinge geweldsinwerking een plotselinge zeer krachtige beweging in achterwaartse richting die direct gevolgd wordt, soms mede door het terugstuiten van een hoofdsteun, door een krachtige voorwaartse beweging. Het is de combinatie van snel wisselende achterwaarts en vervolgens voorwaarts gerichte krachten, die volgens sommige deskundigen tot overrekking van de weke delen van de cervicale wervelkolom zou kunnen leiden en dientengevolge in sommige gevallen tot een post whiplash-syndroom. Daarbij moet er wel sprake zijn geweest van een tamelijk aanzienlijke geweldsinwerking en maakt het uit of de betrokkene de botsing heeft zien aankomen. Voor wat betreft het antwoord op de vraag bij welk snelheidsverschil tussen aanrijdende en aangereden auto een whiplash-syndroom kan ontstaan, blijkt uit wetenschappelijke publicaties van onder meer de European Spine Society van september 1997 dat bij een botsing waardoor het achterop aangereden voertuig een versnelling van 15 km per uur ondervindt geen whiplash-syndroom zal ontstaan.

In dit geval werd het stilstaande voertuig waar R in zat aan de voorzijde aangereden door een achteruitrijdende personenauto met daarachter een paardentrailer. De snelheid van die auto zal, gezien bovenvermelde omstandigheden, vrijwel zeker minder hebben bedragen dan 10 km per uur en niet, zoals R stelt, 20 km per uur. Het aan de voorzijde aangereden voertuig zal derhalve door deze aanrijding geen achterwaarts gerichte versnelling hebben kunnen ondervinden, althans geen versnelling die meer dan 10 km per uur kan hebben bedragen. Een en ander wordt ook bevestigd door de relatief kleine schade aan het voertuig van R en de afwezigheid van schade aan de paardentrailer.

Op grond van het een en ander, in onderlinge samenhang gezien, is er geen ander conclusie mogelijk dan dat hier volgens de daartoe gestelde regels geenszins gesproken kan worden van een post whiplash-syndroom.

De Rechtbank

Volgens de Richtlijnen bestaat er bij het whiplash-syndroom een discrepantie tussen de ernst van de klachten en het geheel of bijna geheel ontbreken van afwijkingen en moet het post whiplash-syndroom door zijn grote frequentie als een realiteit worden beschouwd, zelfs al zou het berusten op een reactie van de persoonlijkheid op het doorgemaakte letsel en niet op een direct blijvende traumatische beschadiging van de nek. Dit brengt met zich dat van R niet verlangd kan worden dat hij objectief bewijs van zijn pijnklachten levert.

Vast staat dat R reeds op het aanrijdingsformulier heeft vermeld dat hij pijnklachten had die whiplash-patiënten doorgaans plegen te uiten en dat hij vrij spoedig na het ongeval medische hulp heeft ingeroepen. Echter, gelet op de Richtlijnen, moet tevens vaststaan dat het ongeval aanleiding heeft gegeven tot een mechanisch te begrijpen geweldsinwerking op de cervicale wervelkolom. Deze eis brengt met zich dat van belang is om vast te stellen onder welke omstandigheden het ongeval zich heeft voorgedaan. Nu partijen van mening verschillen over de toedracht van het ongeval en dit voor de beoordeling van het causaal verband tussen de aanrijding en het gestelde whiplash-syndroom van belang is, laat de rechtbank R toe tot het bewijs van feiten en omstandigheden waaruit de door hem gestelde toedracht van het ongeval kan worden afgeleid.

Het commentaar

De rechtbank houdt zich strikt aan de richtlijnen van de Nederlandse Vereniging voor Neurologie, naar alle waarschijnlijkheid omdat whiplash-klachten zo moeilijk te objectiveren zijn. Het is dus zaak bij de beoordeling van schade-dossiers, waarin slachtoffers stellen een post whiplash-syndroom te hebben, de genoemde richtlijnen te hanteren en alle daarin genoemde criteria de revue te laten passeren. Hierbij is niet alleen de medische situatie van belang, maar ook, zoals uit dit vonnis blijkt, de toedracht van het ongeval.

Bulletin 2000, 3 Belastingplan 2001 (Bewerkt door Mr. A.P. Hovinga, AXA Schade)

NRL congres

Onder de titel Halen of betalen bij personenschade? organiseerde het NRL haar eerste congres op 9 februari 2000. Het onderwerp is actueel en er waren een aantal spraakmakende inleiders zowel van de betalende kant als van de vragende kant. Dit resulteerde in een grote belangstelling waardoor het congres ruim overtekend was. Een tweede ronde volgt.

De organisator, mr.W. Lups (directeur NRL) deelde in zijn welkomstwoord mede dat het een congres zou worden met het accent op discussie, zowel tussen de panelleden onderling als ook met de zaal. De zaal werd geconfronteerd met enige stellingen en de discussies werden besloten met stemmingen daarover.

De dagvoorzitter, prof.mr.T. Hartlief (hoogleraar privaatrecht, RU Leiden), begon met de mededeling dat hij geen deskundige op het terrein van belastingen en belastingschade is maar dit weerhield hem er niet van om op een boeiende en onderhoudende wijze de discussies te leiden.

De sprekers

Als eerste spreker trad op prof.dr. A.C. Rijkers (hoogleraar belastingrecht, Universiteit van Brabant). Hij besprak een aantal van de punten van het nieuwe belastingstelsel en wees er op dat de in de publiciteit al veel genoemde 4% regeling in Box 3 in wezen een degressief tarief inhoudt op inkomsten uit vermogen. Immers de wet gaat uit van een fictief rendement van 4 % waarover een belasting van 30% wordt geheven. Indien een hoger rendement wordt gerealiseerd, impliceert zulks dat het feitelijke belastingpercentage daalt!

Het percentage van 4 kan worden gezien als politiek nattevingerwerk. Ook deelde Rijkers mee dat de schadecomponent verlies aan arbeidsvermogen bovenbronnelijk blijft, dus vrij van belastingheffing. Uit de MvT blijkt duidelijk dat er op dit punt geen inhoudelijke wijziging is beoogd.

Voorts wees Rijkers er op dat de saldomethode onder het nieuwe stelsel geen uitkomst meer biedt; immers, de waarde van de polis valt in Box 3 waardoor hoe dan ook een fictief rendement berekend wordt over de gehele lijfrente.

Ten aanzien van de schade zal de netto jaarschade stijgen omdat het tarief in Box 1 over de hele lijn daalt. Door deze daling hoeft er minder belasting te worden afgedragen, waardoor het netto besteedbaar inkomen stijgt.

Hier staat tegenover dat de fiscale schade daalt, omdat er van een laag fictief rendement wordt uitgegaan hetgeen gematigd wordt belast.

Het nieuwe belastingstelsel staat politiek al weer ter discussie; recentelijk zijn de eerste veranderingen al door de Tweede Kamer doorgevoerd. Overigens is het nog maar de vraag of Box 3 een lang leven zal zijn beschoren.

M.J. Neeser (NRL) liet vervolgens aan de hand van vele berekeningen de verschillen zien tussen het nieuwe en het oude stelsel in de jaar- en fiscale schade. Het effect van de nieuwe regelen is onvoorspelbaar en de uitkomst is iedere keer weer anders, omdat deze afhangt van de combinatie van vele factoren. Zijn conclusie was dat een exacte berekening net als onder het huidige systeem noodzakelijk blijft.

Mr. P.G.A. Aarts (letselschadeadvocaat) hield de verzekeraars een spiegel voor met de stelling dat veel verzekeraars huiverig zijn voor het maken van berekeningen. Indien het slachtoffer vervolgens een berekening laat vervaardigen, bestrijdt de verzekeraar deze omdat over de uitgangspunten geen overeenstemming zou zijn bereikt. Aarts wees er op dat het voor een advocaat van het slachtoffer moeilijk is in het kader van schikkingonderhandelingen concessies te doen indien hij niet weet wat de prijs daarvan is. Aarts stelde dat alleen dan sprake is van de gewenste equality of arms, indien zowel het slachtoffer als de verzekeraar over de noodzakelijke berekeningen beschikken.

De discussie

E.S. Groot (directeur Expertisebureau Groot) benadrukte dat bij de schaderegeling nu reeds (voorzichtig) rekening dient te worden gehouden met het nieuwe belastingstelsel. In geval van twijfel bepleit hij het opnemen van een voorbehoud.

Mr. F.B. Reijnen, (directeur Cunningham Boschman) wees er op dat de hoogte van de schade afhankelijk kan zijn van factoren die niets met de schade te maken hebben. Zo ontvangt een vermogende persoon een grotere fiscale schade dan iemand zonder vermogen, omdat zijn vrijstelling voor de vermogensbelasting al was benut. Daarom hield Reijnen een pleidooi voor een neutrale schadebegroting, los van individuele factoren.

C. Visser (AXA Schade/PIV) kon zich niet vinden in de vooronderstelling dat door het komende stelsel altijd belastingschade zou ontstaan. Zo behoeft fiscale schade niet aan de orde te komen, als jaarlijkse schadevergoeding verleend zou worden via een Centraal Schaderegeling Instituut. De mogelijkheid om daaraan te gaan denken wordt vergroot doordat men via het DES-fonds ervaring op gaat doen met centrale schaderegeling en het laten renderen van fondsen. Het PIV zou in de mogelijkheid van aansturing kunnen voorzien.

Visser wees er ook op dat door het fictieve rendement in Box 3 de belastingschade een vaste relatie krijgt ten opzichte van de contante waarde. Hij had onder andere berekend dat een kapitalisatie met 1,8% vrij nauwkeurig overeenkomt met een contante waardeberekening op basis van een rendement van 6% en een inflatie van 3% met inbegrip van de belastingschade. De vaste relatie vraagt zijns inziens om normering.

J. Vlaardingebroek (adviseur personenschade FNV) merkte op dat een kapitalisatie van 6 en 3 procent op de lange termijn door nagenoeg iedereen werd geaccepteerd. Hij bestrijdt de visie van verzekeraars dat door de hoge te behalen netto rendementen deze 3 procent rekenrente naar boven dient te worden aangepast.

Vlaardingebroek wees er op dat levensverzekeraars, teneinde aan de langlopende verplichtingen te voldoen, de rekenrente naar beneden hebben hebben.

Een interessant punt waarover ook met de zaal werd gediscussieerd betrof de vraag in hoeverre van een slachtoffer kan worden gevergd dat hij zijn kapitaal niet op de bank zet maar actief gaat beleggen, zodat hij een hoger rendement behaalt. Met name Reijnen wees op de enorme rendementen op aandelen de laatste jaren; meer dan 90% van de particulieren met een vermogen van meer dan f25.000 beleggen dit in aandelen of beleggingsfondsen.

Anderen stelden daar weer tegenover dat het van belang is te bekijken wat de herkomst en het doel van het geld is. Mag van een particulier die wat geld 'over' heeft en dat belegt worden verlangd dat hij het kapitaal, waar hij nog jaren van moet leven, eveneens gaat beleggen?

De stellingen

Box 1 en 3 zijn nu van toepassing bij toekomstige schade;

Gekapitaliseerd dient te worden met 6% rendement en 3% inflatie;

Vergoeding van belastingschade is nu en straks niet te vermijden; en

Verrekenen van belastingschade met een lagere rekenrente is onder het nieuwe systeem uit de tijd.

De eerste drie stellingen werden door een overgrote meerderheid en de vierde stelling door een minderheid onderschreven.

Slot

Gezien het feit dat de problematiek nieuw en voor velen ook tamelijk weerbarstig is, had de discussie nu en dan de neiging af te dwalen, echter zonder afbreuk te doen aan het boeiende karakter daarvan.

Duidelijk was dat ons veranderingen te wachten staan waarvan de impact op dit moment nog niet volledig is te overzien.

Bulletin 2000, 3 Subrogatie voor onverplichte betalingen? (Bewerkt door Mr. G. Wassink, Interpolis)

HR 7 januari 2000, RvdW 2000 nr. 14 c

Wordt een schadeverzekeraar die onverplicht de schade van de verzekerde heeft betaald op grond van art. 284 WvK gesubrogeerd in de rechten die de verzekerde tegen een derde had?

Deze vraag werd tot dusverre door de Hoge Raad ontkennend beantwoord, bijv. in het arrest van 24 januari 1964, NJ 1964/465.

De rechter

In het arrest van 7 januari van dit jaar heeft ons hoogste rechtscollege dit standpunt verlaten. De Hoge Raad motiveert deze standpuntwijziging als volgt:

Als de verzekeraar die onverplicht betaalt niet wordt gesubrogeerd leidt dat tot een ongegrond voordeel voor de aansprakelijke partij;

Deze behoeft namelijk noch aan de benadeelde, noch aan de verzekeraar te betalen;

Dat kan de aansprakelijke partij ertoe brengen te betogen dat de betaling door de verzekeraar onverplicht is gedaan;

Uiteindelijk kan dat het resultaat opleveren dat de verzekeraar die twijfelt of hij op grond van de verzekering tot uitkering verplicht is niet tot betaling overgaat;

Commentaar

Met deze uitspraak anticipeert de Hoge Raad - zonder dat overigens te vermelden - op de regeling zoals die vermoedelijk in het nieuwe verzekeringsrecht (art.7.17.2.25 BW) zal gelden.

Verzekeraars behoeven zich in regreszaken niet meer de vraag te stellen of de uitkering waarom het gaat al dan niet verplicht is gedaan.

Daarom is ook het door verzekerde laten ondertekenen van een akte van cessie is niet langer nodig

Bulletin 2000, 3 Actualiteiten (Bewerkt door Info: Secretaris NPP, mevr. drs. M. Kramer, p/a Abz Branche Initiatieven, tel. 030 - 493 57 17)

Gewijzigde aanbeveling nationaal platform personenschade (NPP) kilometer- en ziekenhuisdaggeldvergoeding

De aanbeveling geldt voor dossiers met een schadedatum vanaf 25 februari 1999 en ingeval van lopende dossiers (aangelegd voor deze datum) voor wat betreft de gemaakte kosten vanaf 25 februari 1999.

Wijzigingen met ingang van 1 maart 2000

Met ingang van 1 maart 2000 zijn de volgende wijzigingen van kracht:

Het normbedrag van f0,40 per gereden kilometer met een personenauto geldt nu voor de eerste 2.000 kilometer per schadejaar per claimgerechtigde. In de eerste versie lag deze grens bij 1.000 kilometer.

Het normbedrag van f50 ziekenhuisdaggeldvergoeding geldt voor iedere ziekenhuisopname naar aanleiding van het ongeval. In de oude regeling was dat f50 voor de eerste ziekenhuisopname.

De richtlijnen voor indexering van de kilometer- en ziekenhuisdaggeldvergoeding zijn aangepast.

Normering kilometervergoeding

Gekozen methode van normering: Bij de gekozen methode van normering is rekening gehouden met de huidige uitvoeringspraktijk en aansluiting gezocht bij de reële kosten en gangbare normen. Voor de vaststelling van de kilometervergoeding is uitgegaan van de gemiddelde kosten per gereden kilometer. Daarbij is gebruik gemaakt van de meest recente ANWB-tabellen voor variabele kosten.

Onder de normering van de kilometervergoeding vallen:

Reiskosten van gezins- en naaste familieleden voor het bezoeken van het slachtoffer in het ziekenhuis;

Reiskosten van het slachtoffer voor bezoeken aan artsen, fysiotherapeuten en andere bij de medische behandeling betrokken beroepsbeoefenaren, alsmede voor bezoeken aan een Bureau Slachtofferhulp en andere belangenbehartigers.

De normering is niet bedoeld voor reiskosten bij opname in revalidatiecentra, sanatoria en verpleeginrichtingen.

Vergoeding

Personenauto: Indien personenauto wordt gereisd, bedraagt de vergoeding f0,40 voor de eerste 2000(*1) kilometer per jaar per claimgerechtigde. Als jaar geldt in deze telkens een jaar na de schadedatum.

In dossiers waar sprake is van meer dan 2.000 gereden kilometers per schadejaar, dient de vergoeding concreet te worden vastgesteld. Dit kan op basis van gangbare ANWB-tabellen, waarbij zowel de vaste als de variabele kosten als uitgangspunt voor de vergoeding gelden.

Openbaar vervoer: Indien gebruik wordt gemaakt van openbaar vervoer, worden de daadwerkelijk gemaakte kosten vergoed.

Taxi: Voor zover het openbaar of eigen vervoer geen passende voorziening blijkt te zijn, worden de taxikosten aan de hand van de werkelijk gemaakte kosten vergoed (hierbij moet worden gedacht aan medische indicatie, afwezigheid van eigen of openbaar vervoer, e.d.).

Indexering: Ingeval de indexcijfers van de ANWB-tabellen hiertoe aanleiding geven, zal het normbedrag van f0,40 worden aangepast. Het normbedrag wordt met f0,05 verhoogd, indien de variabele kosten van de zgn. normauto(*2) met minimaal 6,25% zijn gestegen.

Normering van de ziekenhuisdaggeldvergoeding

Methode van normering: Gekozen is voor een vast bedrag van f50 per dag. De ziekenhuisdaggeldvergoeding is bedoeld ter dekking van:

kosten van de aanschaf van bed-/ziekenhuiskleding;

kosten om het verblijf in het ziekenhuis te veraangename. Hieronder zijn onder andere begrepen:

- extra telefoonkosten, bestaande uit gespreks- en abonnementskosten;
- het kopen/huren van boeken en/of tijdschriften;
- consumpties (frisdrank);
- huur tv;
- huur spelletjes, videofilm e.d.;
- parkeergeld familiebezoek;
- bloemen;

- fruit, etc.

Op het genormeerde bedrag vindt geen korting plaats in verband met mogelijke besparingen in de thuissituatie.

Uitzonderingen:

De normering is niet bedoeld bij opname in een revalidatiecentrum, een verpleeginrichting, een sanatorium of in gevallen waarbij de opname in een dergelijk instituut wèl is geïndiceerd maar nog niet plaats kon vinden.

Indien men van mening is dat de in redelijkheid gemaakte kosten uitstijgen boven het forfait van f50 per dag, dient men dat met behulp van rekeningen e.d. aan te tonen. In dat geval wordt de vergoeding concreet vastgesteld.

Indexering: Periodiek wordt op basis van het consumentenprijsindexcijfer van het CBS bekeken of aanpassing van het normbedrag noodzakelijk is. Het bedrag wordt met f5 verhoogd, indien op basis van het indexcijfer de kosten gestegen zijn met minimaal 5%.

Toelichting

Aanschaf bed- en ziekenhuiskleding: Het betreft hier de (eenmalige) aanschaf van nieuwe kleding die men thuis niet draagt c.q. gewend is te dragen. Daarbij wordt o.a. gedacht aan pyjama, bed-/ochtendjas, pantoffels, toilettas, e.d.

Overige kosten: Bij overige kosten bij opname in een ziekenhuis kan worden gedacht aan consumpties, boeken, spelletjes, huur telefoon/tv e.d. Voor onderbouwing van deze kosten is navraag gedaan bij een aantal ziekenhuizen verspreid over het gehele land.

Daar een specifieke kostenstaat voor verblijf in het ziekenhuis niet kan worden opgesteld, is gekozen voor een vaste ziekenhuisdaggeldvergoeding.