

Bulletin 2000, 6 Hoe absoluut is de absolute verjaringstermijn ex art. Referentie Artikel3:310 BW? (Bewerkt door Mr. F.Th. Kremer, Stichting PIV)
Bulletin 2000, 6 Ongelukkige samenloop van omstandigheden (Bewerkt door Mr. A.F.J. Blondeel, AMEV Personenschade)
Bulletin 2000, 6 Letselschade; schadebeperkingsplicht; persoonlijke voorkeuren van de benadeelde (Bewerkt door Mr. P.J.M. Houben, Interpolis)
Bulletin 2000, 6 Voorschot op buitengerechtelijke kosten (Bewerkt door Mr. A.J. Schoonen, Achmea)
Bulletin 2000, 6 Studiemiddag omvang van overlijdensschade (Bewerkt door Mevr. mr. W.L. Lo, Stichting PIV)
Bulletin 2000, 6 Smartengeld voor nabestaanden (Bewerkt door Mr. W.A. Luiten, Trenité van Doorne)
Bulletin 2000, 6 Overzicht ongepubliceerde jurisprudentie (Bewerkt door Mr. S. Polak, Hooge Huys)
Bulletin 2000, 6 Actualiteiten (Bewerkt door Mr. H.C. Voers, Amev)

Bulletin 2000, 6 Hoe absoluut is de absolute verjaringstermijn ex art. Referentie Artikel3:310 BW? (Bewerkt door Mr. F.Th. Kremer, Stichting PIV)

Inleiding

Het zal nog niet vaak zijn voorgekomen dat een arrest van de Hoge Raad binnen tien weken - met een uitgebreide noot - is gepubliceerd in de Nederlandse jurisprudentie.

En dan gaat het ook nog om twee arresten, te weten HR 28 april 2000, NJ 2000, 430 (hierna te noemen HR de Schelde) en HR 28 april 2000, NJ 2000, 431 (hierna te noemen HR Eternit).

In PIV-Bulletin 2000/04 kon ik in de rubriek Actualiteiten nog net melding maken van deze arresten, waarbij ik tevens aankondigde er later nader op in te gaan; bij deze dus.

Nu de arresten reeds veelvuldig in de literatuur zijn besproken, lijkt het mij niet zinnig de gehele casus uit te leggen. Ik volsta dan ook met het noemen van de relevante overwegingen en zal daarnaast ingaan op een aantal bijzondere aspecten en enige vraagpunten.

Ik beveel de 'liefhebber' onderstaande literatuur aan:

- de Conclusies van A-G Spier bij deze arresten;
- de Noot van Bloembergen, opgenomen na NJ 2000, 431 ;
- het artikel van E. Bauw (wetgevingsjurist bij Justitie) in Nieuwsbrief BW 2000/6, p. 74 e.v.;

- het artikel van L. Dommering-van Rongen in Vrb. 2000/4, p. 49 e.v.; en

- de bespreking van de arresten door mr. W.J. Hengeveld in Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade 2000/2, p. 43 e.v.

De essentie van hr de schelde

De Hoge Raad komt - in een goed onderbouwd betoog - tot een vijftal relevante vaststellingen:

a). De verjaringstermijn van art. 3:310 lid 2 BW heeft in beginsel een objectief en absoluut karakter (waarbij wordt verwezen naar zijn eerdere uitspraak op dit punt, HR 3 november 1995, NJ 1998, 380 inzake het Diaconessenziekenhuis);

b). De blootstelling aan asbest, i.c. het einde van de blootstelling daaraan (dus de laatste werkdag bij het betrokken bedrijf), moet worden beschouwd als de gebeurtenis in de zin van art. 3:313 lid 3 BW.

Sommigen (bijv. Van Dunné) hebben wel eens betoogd dat als gebeurtenis het ontstaan van het letsel, dan wel de manifestatie hiervan, moet worden gezien. Met deze arresten beslecht de Hoge Raad deze discussie.

c). De derde vaststelling is zo wezenlijk, dat ik hem letterlijk citeer:

Dat wil niet zeggen dat deze termijn nooit op grond van art. 6:2 lid 2 buiten toepassing zou kunnen blijven. Gelet op de belangen die deze regel beoogt te dienen, waaronder in het bijzonder het belang van de rechtszekerheid, zal echter van onaanvaardbaarheid als in die bepaling bedoeld slechts in uitzonderlijke gevallen sprake kunnen zijn.

d). De vierde vaststelling (een direct vervolg op de onder c) genoemde overweging), citeer ik ook letterlijk:

Een uitzonderlijk geval kan zich voordoen:

1. wanneer onzeker is of de gebeurtenis die de schade kan veroorzaken - hier: de blootstelling aan asbest - inderdaad tot schade - hier: mesothelioom - zal leiden,

2. Die onzekerheid zeer lange tijd is blijven bestaan en

3. De schade in die zin naar haar aard verborgen is gebleven dat zij daadwerkelijk is ontstaan en dus pas kon worden geconstateerd nadat de verjaringstermijn was verstreken.

e). Tenslotte overweegt de Hoge Raad dat de vraag, of zich in concreto een uitzonderlijk geval voordoet, moet worden beoordeeld 'met inachtneming van alle omstandigheden in het concrete geval', waarbij de feitenrechter in ieder geval (het is dus geen limitatieve opsomming) de door de Hoge Raad expliciet genoemde zeven gezichtspunten moet betrekken, te weten:

1. Welke soort schade en aan wie?
2. Zijn er andere uitkeringen?
3. De mate van verwijtbaarheid zijdens de laedens;
4. De kans op aansprakelijkheid;
5. De verweersmogelijkheden;
6. Het bestaan van verzekeringsdekking; en
7. Binnen welke termijn (na de manifestatie) heeft de benadeelde een schadevergoeding geëist?

Het gaat dan mijns inziens met name om de punten 1, 2 en 7, die ik daarom hieronder zal uitwerken. Dat de uitkomst van HR de Schelde en HR Eternit niet dezelfde is, vloeit voort uit het feit dat de vordering in de Eternit-casus op het moment van de manifestatie van de mesothelioom op grond van het verjaringsrecht (i.c. art. 73 OW NBW) nog niet was verjaard.

Dit was wèl het geval op het moment (meer dan twee jaar later!) waarop de vordering geldend is gemaakt.

Kernvraag

De kernvraag in deze arresten is dus of een vordering kan verjaren, wanneer het bij de - latere - benadeelde gedurende de gehele verjaringstermijn niet bekend was dat hij een dergelijke vordering had.

Deze vraag beantwoordt de Hoge Raad in beginsel dus ontkennend, waarbij hij ook art. 6 EVRM betreft.

Strikte toepassing van de absolute verjaringstermijn zou immers impliceren dat een benadeelde nimmer toegang tot de rechter zou hebben gehad.

In de recente praktijk werden - om dit te voorkomen - wel stuitingsbrieven door (meestal namens) mogelijke benadeelden aan werkgevers verzonden (dus nog voordat de ziekte zich openbaarde).

De Hoge Raad stelt dat dit niet van hen kan worden gevegd, waarbij hij zich - helaas - niet uitlaat of deze stuiting ('voor het geval dat') überhaupt mogelijk is. Over de juridische merites hierover is immers nogal eens gedebatteerd.

In het navolgende deel van dit artikel ga ik nader in op de volgende aspecten:

- de komende wetgeving ten aanzien van de verjaring inzake personenschade;
- categorieën schadesoorten en schadelijders;
- de redelijke termijn om alsnog schadevergoeding te eisen; en
- de praktische betekenis voor verzekeraars.

Wetsvoorstel verjaring personenschade

Op 24 september 1999 is het Wetsvoorstel verjaring personenschade bij de Tweede Kamer ingediend (TK 1999-2000, 26 824, nrs. 1 - 3). Daarbij wordt dezelfde problematiek behandeld als in HR Eternit en HR de Schelde.

In deze arresten gaat de Hoge Raad echter (op bepaalde punten) verder dan de plannen van de wetgever.

Dit zou men vanuit staatsrechtelijk oogpunt kunnen bekritisieren. Uiteindelijk moet - zeker belangrijke -

wetgeving toch door het parlement worden beoordeeld.

Voor nu het wetsvoorstel binnenkort wel in de Tweede Kamer aan de orde zal komen, zou ik van de Hoge Raad enige terughoudendheid hebben verwacht. Dit geldt temeer daar de wetgever wel een versoepeling beoogt van de verjaringstermijn bij personenschade, maar juist niet voor oude gevallen.

De Hoge Raad haalt de wetgever dus in!

Nog twee verschillen tussen de wetgever en de Hoge Raad springen in het oog:

- de wetgever beoogt alleen een aanpassing van het verjaringsregime bij personenschade, terwijl de twee arresten d.d. 28 april een algemene strekking hebben en dus bijv. ook op milieuvervuiling van toepassing zouden kunnen zijn; en
- de wetgever wil de absolute verjaringstermijn in zijn geheel laten vervallen en vervangen door een relatieve termijn van vijf jaar, die dan ingaat op het moment dat de benadeelde zowel met de schade als met de aansprakelijke persoon bekend is geworden.

De Hoge Raad denkt echter aan een veel kortere meldperiode.

Het is natuurlijk spannend te zien of de wetgever zich laat beïnvloeden door de Hoge Raad. Vooralsnog niet, blijktens de navolgende passage uit de recent verschenen Nota van wijziging (TK 1999-2000 26 824, nr. 5):

De vraag van deze leden of met het arrest van de Hoge Raad het wetsvoorstel overbodig is geworden moet ontkennend worden beantwoord. Wanneer het arrest wordt gelegd naast het wetsvoorstel moet worden vastgesteld dat het wetsvoorstel gelaedeerden aanzienlijk ruimere mogelijkheden biedt dan het arrest. Waar het wetsvoorstel geldt voor alle gevallen waarin personenschade is geleden, biedt het arrest slechts een opening om onder de absolute verjaringstermijn uit te komen in uitzonderlijke gevallen, waarbij getoetst wordt aan een fors aantal criteria. Van een dergelijk geval lijkt voorts, gelet op de formulering van het arrest, slechts sprake te kunnen zijn als de schade is ontstaan - en dus pas kon worden geconstateerd - nadat de verjaringstermijn is verstreken. Het wetsvoorstel ziet echter ook op de situatie dat de schade weliswaar eerder is ontstaan en kon worden geconstateerd, maar dat het voor gelaedeerde nog niet duidelijk was dan wel kon zijn geweest wat de oorzaak van die schade was en derhalve ook niet wie hij daarvoor aansprakelijk kon stellen. Dit vanuit de gedachte dat het niet te billijken is dat de laedens van een dergelijke lang voortdurende onduidelijkheid (ten nadele van de gelaedeerde) zou profiteren.

Zoals gezegd is het laatste woord echter aan de Tweede Kamer.

Het eerste gezichtspunt

Kennelijk vindt de Hoge Raad het van belang 'wie er wat vordert', daar dit het eerstgenoemde gezichtspunt is waarmee de feitenrechter rekening moet houden bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van een uitzonderlijk geval.

Hierbij moet een drietal onderscheiden worden gemaakt:

- gaat het om vermogensschade of niet-vermogensschade;
- gaat het om de direct benadeelde of om nabestaanden; en
- gaat het om eigen schade van de benadeelde dan wel om regresvorderingen.

Met de meeste schrijvers ben ik het eens dat een schadevergoeding (inclusief smartengeld) voor de direct benadeelde (die dan dus nog in leven moet zijn!) de meeste kans maakt en vorderingen van regresnemers (bijv. zorgverzekeraars) de minste.

Daarbij moet worden aangetekend dat bij asbestgerelateerde schaden regresnemers eigenlijk toch al niet in beeld komen (tenzij sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid zijdens de werkgever).

Claims van nabestaanden zijn voor mij nog twijfelgevallen, waarbij kennelijk voordeelstoerekening mag plaatsvinden met betrekking tot uitkeringen uit anderen hoofde.

Ten aanzien van de vererving van smartengeld stipte Bloembergen - terecht - nog de bijzondere problematiek aan van art. 6:106 lid 2 BW in het kader van het kenbaar maken aan de laedens van een aanspraak op vergoeding.

Redelijke termijn

Vooraf ook in het kader van de rechtszekerheid in het algemeen en die van de laedens in het bijzonder is het van belang dat de benadeelde - na de ontdekking van zijn ziekte - met voortvarendheid de laedens aanspreekt.

A-G Spier noemde in dat kader een termijn van zes maanden (waarbij hij aanknoopt aan de termijn van art. 3:320 BW).

De Hoge Raad noemt geen expliciete termijn, maar spreekt over 'binnen een redelijke termijn'.

Dit impliceert m.i. dat de eisers in de Eternit-casus ook met lege handen zouden hebben gestaan, wanneer art. 73 OW NBW niet aan de orde was geweest.

Gevolgen voor de schadepraktijk

Wat betekent dit nu voor verzekeraars (en dus 'onze' praktijk)?

De gedachte, dat een recht dat men nog nooit heeft gehad niet kan verjaren, spreekt - vanuit de micro benadering bezien - op zich aan. Anderzijds kan het macro gezien gaan om vele duizenden oude gevallen, waarvoor verzekeraars én geen premie hebben ontvangen én ook niet hebben gereserveerd. Dit zet een enorme druk op de verzekeraarbaarheid.

Het voor verzekeraars grootste worst case scenario zou impliceren dat elk geval van mesothelioom dat zich na dertig jaar manifesteert en vervolgens binnen een redelijke (zeg één jaar) termijn wordt geclaimd, voor volledige vergoeding in aanmerking zou komen.

Uitgaande van de door het Asbestinstituut gehanteerde - genormeerde - bedragen, zou dit om enige honderden miljoenen gulden kunnen gaan.

Ik denk echter dat het niet zo zal zijn dat in al deze gevallen per definitie tot volledige uitkeringen zal dienen te worden overgegaan. Anders zouden de andere zes gezichtspunten (en met name de eerste twee!) ook volledig illusoir worden en had de Hoge Raad ze ook niet behoeven 'voor te zeggen'.

Voor onze bedrijfstak zal het dan ook bijzonder belangrijk worden hoe de feitenrechter met één en ander zal omgaan. Dit zal uiteindelijk bepalen of het om een paar duizend, een paar honderd of slechts enkele tientallen 'nieuwe oude zaken' zal gaan.

In ieder geval zal het in zoveel mogelijk zaken worden geprobeerd, zodat er - ook - hierdoor meer werk op ons zal afkomen.

Misschien krijgt de Hoge Raad nog eens gelegenheid de criteria wat meer aan te scherpen.

Bulletin 2000, 6 Ongelukkige samenloop van omstandigheden (Bewerkt door Mr. A.F.J. Blondeel, AMEV Personenschade)

HR 12 mei 2000, Referentie Arrest RVDW 2000,125 (Jansen/Jansen)

INLEIDING

Anders dan de aanhef van dit artikel wellicht doet vermoeden, wordt dit niet het allereerste stripverhaal, met twee detectives in een hoofdrol, dat in uw PIV-Bulletin wordt gepubliceerd. Het is wel een verhaal dat illustreert welke ongevallen inherent zijn aan het dagelijks leven. Indien een benadeelde van een dergelijk ongeval verhaal zoekt op een mogelijke dader, wordt er geappelleerd aan de speurzin van de schadebehandelaar (niet noodzakelijk getooid met 'n koddig kuifje) bij de AVP-verzekeraar van de aansprakelijk gestelde particulier. Het onderzoek naar de feitelijke omstandigheden waaronder een ongeval dat tot (letsel)schade leidt plaatsvond, zal doorgaans beeldende verhalen opleveren. De behandelaar in kwestie weet echter ook, dat daarmee nog niet iedere handeling die tot schade leidt, per definitie als onrechtmatig moet worden betiteld. Ook niet als die schade ingrijpend is.

Feiten

Op 10 mei 1994 helpt Wendy haar zus Monique met het inrichten van haar flatwoning. Daarbij verplaatsen zij twee linnenkasten van 60 cm breed en 180 cm hoog vanuit de (kelder)berging naar de flatwoning. Bij het verplaatsen van de tweede linnenkast gaat het mis. De meisjes komen (nagenoeg) stil te staan op een trap, omdat bovenaan die trap een deur van een trapportaal moet worden geopend. Op die deur zit een dranger. Wendy, die bovenaan staat, opent met haar rechterhand de deur, terwijl ze met haar linker hand de kast vasthoudt. Monique, die op een lagere traprede staat, houdt de kast met twee handen vast. Vanuit die positie draait zij de kast horizontaal, teneinde hem door de deur te krijgen. Daarbij verliest Monique haar evenwicht en glipt de kast, zowel voor Monique als voor Wendy onverwacht, uit haar handen. Monique geeft in een wanhopige reactie de kast een duw naar boven. Daardoor komt de rechterpols van Wendy bekneld te zitten tussen de kast en de deur met de dranger. Dit leidt uiteindelijk tot een posttraumatische spierdystrofie, waardoor op 30 januari 1995 de rechterarm van Wendy tot ongeveer 7 cm onder het ellebooggewricht moet worden geamputeerd.

Rechtbank en Hof

De Amsterdamse rechtbank achtte in juli 1997 Monique volledig wettelijk aansprakelijk voor de door Wendy ten gevolge van het voorval geleden schade. De rechter vond dat Monique in de gegeven omstandigheden meer risico had genomen dan redelijkerwijs verantwoord was. Het Hof Amsterdam stelde op 16 april 1998, dat Monique, door de kast horizontaal te draaien, het reële gevaar had gecreëerd dat de controle over de kast verloren zou gaan, waardoor Wendy letsel zou kunnen oplopen. Het hof was van mening dat Monique, door haar zus aan dit gevaar bloot te stellen, zich jegens Wendy onzorgvuldig had gedragen en dat er sprake is van wettelijke aansprakelijkheid, nu het gevaar zich heeft verwezenlijkt en tot schade heeft geleid. Op basis van artikel 6:101 BW, rekent het hof 50% aan Wendy zelf toe. Wendy was het immers eens met de wijze waarop de kast werd getransporteerd.

Hoge Raad

Volgens de Hoge Raad is door rechtbank en hof de in het arrest HR 09-12-1994, NJ 1996, 403 (Zwiepende tak) neergelegde maatstaf miskend. Deze maatstaf van de Hoge Raad houdt in: 'dat niet reeds de enkele mogelijkheid van een ongeval, als verwezenlijking van een gevaar dat aan een bepaald gedrag inherent is, dat gedrag onrechtmatig doet zijn, maar dat zodanig gevaarscheppend gedrag slechts onrechtmatig is indien de mate van waarschijnlijkheid van een ongeval (het oplopen van letsel door een ander) als gevolg van dat gedrag zo groot is, dat de dader zich naar maatstaven van zorgvuldigheid van dat gedrag had moeten onthouden.'

Met referentie aan een ander bekend standaardarrest (HR 11-12-1987, NJ 1988, 393 'Achteruit stappende buspassagiere') voegt de Hoge Raad daaraan toe, dat de feitelijke toedracht van dit

ongeval geen andere gevolgtrekking toelaat, dan dat hier sprake is geweest van een ongelukkige samenloop van omstandigheden. De gewraakte horizontale draaimanoeuvre met de kast maakte volgens de Hoge Raad een ongeval als het onderhavige niet onder alle omstandigheden zodanig waarschijnlijk, dat Monique zich naar de eisen van de haar jegens Wendy betaamde zorgvuldigheid daarvan had behoren te weerhouden. Daaraan kan niet afdoen dat het ongeval bij Wendy tot ernstig letsel heeft geleid. Dat letsel is, aldus de Hoge Raad, geheel toe te schrijven aan de ongelukkige gang van zaken bij een verhuizing waarbij Monique en Wendy een kast moeten verplaatsen en deze kast, nadat zij even daarvoor een andere - soortgelijke - kast zonder ongelukken hadden verplaatst, onverwacht uit de handen van Monique is geglipt.

Commentaar

Veel AVP-schadebehandelaars zullen de kern van deze casus herkennen. Een huis-, tuin- en keukenongeval leidt tot schade en de benadeelde (en doorgaans ook 'de veroorzaker') wil die schade graag vergoed zien. Er is sprake van een actieve betrokkenheid van een AVP-verzekerde bij het voorval en er is tevens sprake van ernstige schade. Menig belangenbehartiger zal, in het belang van zijn of haar cliënt(e), reeds op grond van dat laatste graag snel tot wettelijke aansprakelijkheid concluderen. Menselijkerwijs gesproken niet onbegrijpelijk en je krijgt het als personenschadebehandelaar toch maar op je bordje. Afwijzen op juridisch juiste gronden leidt ertoe dat, zoals in het onderhavige geval, een jonge vrouw met de schade als gevolg van een amputatie van haar onderarm blijft zitten. Anderzijds is naar onze mening nu juist dáárom ook een zorgvuldige beoordeling (door zowel W.A.-verzekeraar als belangenbehartiger), van de aansprakelijkheidsvraag cruciaal. Dan heeft degene die schade lijdt er tijdig zicht op of er naar Nederlands recht een aanspraak op schadevergoeding bestaat.

Het door de Hoge Raad aangehaalde arrest HR 09-12-1994, NJ 1996, 403 (Zwiepende tak), biedt voor een dergelijke beoordeling een goed referentiekader. In zijn noot onder dat arrest gaat C.J.H. Brunner in op het feit dat uit de letselschade (sec) niet kan worden afgeleid of het gedrag van de vermeende veroorzaker onrechtmatig is. Brunner behandelt het onderscheid tussen het in art. 6:162 BW neergelegde 'inbreuk op een recht' en 'maatschappelijk onzorgvuldig gedrag'. In kwesties als de onderhavige ligt de verleiding op de loer om 'inbreuk op een recht' zeer ruim te formuleren. De enkele fysieke aantasting van een persoon of zaak, als gevolg van een gedraging van een derde, zou dan per definitie inbreuk op een recht opleveren. Dat leidt echter tot het absurde resultaat, dat letsel en zaakschade altijd onrechtmatig zouden zijn toegebracht. Vandaar dat de sleutel van de aansprakelijkheid volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad gezocht moet worden in het al dan niet 'maatschappelijk onzorgvuldig handelen'. De eiser moet in dat geval stellen dát en waaróm de gedraging die de schade veroorzaakte onzorgvuldig was. Daarvoor is nodig dat de feitelijke toedracht van het ongeval met precisie wordt gesteld en bewezen, zodat de rechter kan beoordelen hoe gevaarlijk de gedraging was.

Om gedrag als maatschappelijk onzorgvuldig te bestempelen, is het vereist dat dit gedrag een voorzienbaar gevaar voor de veiligheid van derden in het leven roept en dat die voorzienbaarheid groot genoeg is om het als onverantwoord af te keuren. Een belangrijke rol daarbij spelen de 'Kelderluik-criteria' (HR 05-11-1965, NJ 1966, 136): de kans op schade, de ernst van de schade indien het gevaar zich verwezenlijkt en de eventuele bezwaarlijkheid van het treffen van adequate voorzorgsmaatregelen.

Evenals het 'Zwiepende tak-arrest', past ook het 'Arrest van de verhuizende zusjes' in een reeks van arresten van de Hoge Raad, waarin gedrag dat letselschade heeft veroorzaakt, niet onrechtmatig is geoordeeld, omdat het gedrag niet maatschappelijk onzorgvuldig werd geacht. Brunner attendeert terecht op onderdeel 7 van de conclusie van A-G De Vries Lensch-Kostense bij het zwiepende tak-arrest, waarin een aantal in dit verband relevante arresten de revue passeert.

Het behandelen van personenschadeclaims blijft mensenwerk en doet een beroep op het inlevingsvermogen. Toch blijft het juridisch kader de grondslag. Er werd voor wat betreft de schadebehandelaar en de belangenbehartiger al aan gerefereerd in de eerste alinea van dit commentaar. Hetzelfde geldt voor de rechter. Ondanks het door A-G De Vries Lensch-Kostense opgesomde rijtje relevante arresten, werd Wendy's claim immers in eerdere instanties geheel en vervolgens gedeeltelijk toegewezen. R.-J. Tjittes, raadsheer in het Gerechtshof te Amsterdam (dat de vordering voor 50% honoreerde) besprak het arrest in De Volkskrant van zaterdag 17 juni 2000 en voorzag het van enig commentaar. Tjittes stelt: 'Het menselijk drama is er niet minder om, maar iedereen die wel eens bij een verhuizing heeft geholpen, zal een zucht van verlichting slaken (...) De uitspraak van de Hoge Raad maakt duidelijk dat wij voorlopig niet bang hoeven zijn voor 'Amerikaanse Toestanden'. In het dagelijks leven hoeven we niet overdreven omzichtig met onze medemens om te gaan. Geaccepteerd wordt dat een ongelukje of pech bij het leven hoort. Dat is onmiskenbaar zeer zuur voor het toevallige slachtoffer. Die heeft in dat geval recht op een warm medeleven, maar juridisch geen recht op schadevergoeding.'

Opgemerkt zij dat het hebben van een 'directe verzekering' in dit soort situaties een oplossing zou bieden.

Ten behoeve van uw referentiekader voor wat betreft beoordeling van feitelijke omstandigheden waaronder een ongeval plaatsvond, attenderen wij u tot slot nog op 2 uitspraken van de Raad van Toezicht. Het betreft 1999/13 (omgestoten koffiekopje beschadigt kassa) en 1999/15 (bezoekster stoot een in een woonkamer aanwezige emmer omver met waterschade tot gevolg). Hoewel de raad zich niet uitlaat over de aansprakelijkheidsvraag, passen deze uitspraken in de lijn van de jurisprudentie van de Hoge Raad.

Bulletin 2000, 6 Letselschade; schadebeperkingsplicht; persoonlijke voorkeuren van de benadeelde (Bewerkt door Mr. P.J.M. Houben, Interpolis)

Hof Amsterdam 2 maart 2000 NJK 2000, 32

FEITEN

Op 8 april 1991 is gelaedeerde (hierna te noemen K) betrokken bij een verkeersongeval waarbij zij van achteren wordt aangereden. Als gevolg daarvan loopt zij een whiplashtrauma op. De WAM-verzekeraar (hierna te noemen verzekeraar) heeft de aansprakelijkheid voor de gevolgen van het ongeval erkend.

Tussen partijen is overeenstemming bereikt over de immateriële schadevergoeding. Dit geldt ook voor de schadevergoeding wegens verlies van arbeidsvermogen en huishoudelijke hulp, zij het tot en met 1995. Geen overeenstemming bestaat over deze schadeposten over de periode ná 1995.

Na het ongeval geniet K achtereenvolgens een ZW- en een AAW/WAO-uitkering. Met ingang van 2 augustus 1993 wordt zij onder het nieuwe WAO-regime (Wet TBA) echter weer als arbeidsgeschikt aangemerkt. Tot april 1994 krijgt K een WW-uitkering, terwijl zij sinds oktober 1993 voor één à anderhalf uur per dag als chauffeur/bloemenbezorgster werkt. Zij verdient daarmee gemiddeld f200 per maand netto.

K heeft een schoolopleiding op MULO-niveau en meer dan 20 jaar werkervaring. Zij is onder meer werkzaam geweest in de volgende functies: lokettiste PTT, typiste, telefonisch verkoopster en ten tijde van het ongeval als cateringmedewerkster voor gemiddeld 24,7 uur per week. In verband met de lichamelijke beperkingen, die K ondervindt, is zij door haar werkgever ontslagen.

Op initiatief van de verzekeraar heeft een arbeidsdeskundige zich ten behoeve van K gedurende enige tijd met arbeidsreïntegratie beziggehouden. Er zijn voor K meerdere mogelijkheden aangedragen om haar resterende arbeidscapaciteit in te zetten, doch die zijn alle - om haar moverende en uiteenlopende redenen - vruchteloos gebleken. Een in dat verband gedane proefplaatsing als chauffeur van een busje voor het vervoer van gehandicapten is mislukt in verband met de fysieke belasting, die het werk voor K met zich meebrengt.

Vordering

K stelt dat zij blijvend geheel arbeidsongeschikt is en eist vergoeding van schade wegens verlies van arbeidsvermogen gebaseerd op het verschil tussen hetgeen zij zonder het ongeval als cateringmedewerkster had kunnen verdienen en haar huidige inkomen, een schade van ruim f10.000 per jaar. Zij gaat daarbij uit van een eindleeftijd van 65 jaar. Daarnaast vordert K vergoeding van kosten in verband met huishoudelijke hulp tot een eindleeftijd van 70 jaar.

Verweer

De verzekeraar stelt zich wat betreft het verlies van arbeidsvermogen op het standpunt dat K niet voldoet aan haar verplichting om de schade zoveel als dat in haar vermogen ligt te beperken; zij heeft zich onvoldoende ingespannen om passend werk te zoeken. Daarnaast acht hij het onaannemelijk dat K zonder het ongeval tot haar 65e jaar zou hebben gewerkt. Bovendien moet rekening worden gehouden met de kans op onvrijwillige werkloosheid. Voorts stelt de verzekeraar dat er geen reden is om aan te nemen dat K behoefte heeft aan huishoudelijke hulp.

Rechtbank

In een tussenvonnis overweegt de rechtbank dat de verzekeraar de bewijslast draagt van zijn stelling dat K niet of onvoldoende heeft voldaan aan haar schadebeperkingsplicht. Daarbij is volgens de rechtbank van belang dat bij de beoordeling van de vraag of K zich voldoende inspant om vervangend werk te vinden, haar persoonlijkheidsstructuur, persoonlijke omstandigheden en de met een en ander verband houdende persoonlijke voorkeuren mede in aanmerking moeten worden genomen. Onder verwijzing naar HR 4 november 1988, NJ 1989, 751 (ABP/Van Stuyvenberg) stelt de rechtbank dat de feiten en omstandigheden, voor zover zij de mogelijkheid om vervangend werk te vinden in de weg hebben gestaan en/of staan, voor rekening van de verzekeraar komen en niet voor rekening van K. Kort gezegd komt het oordeel van de rechtbank er dus op neer dat, wanneer K vóór het ongeval kieskeurig kon zijn wat betreft werktijden en woon-werkafstand, omdat zij er ondanks die kieskeurigheid in slaagde werk te vinden, zij ook ná het ongeval kieskeurig mag zijn. En als zij er in verband met de (gedeeltelijke) arbeidsongeschiktheid niet in slaagt werk te vinden, komen de gevolgen daarvan voor rekening van de verzekeraar.

Het eindvonnis van de rechtbank laat dezelfde gedachten zien:

- De grenzen van de verplichting van K tot beperking van de schade worden door de redelijkheid bepaald.

- Als uitgangspunt bij het beantwoorden van de vraag wat van K in redelijkheid kan worden gevergd geldt dat de aansprakelijkheidsverzekeraar K als benadeelde heeft te nemen zoals zij is.

- Dit brengt niet alleen mee dat een persoonlijke predispositie van K voor rekening van de aansprakelijkheidsverzekeraar komt, maar ook dat K in beginsel niet gehouden is om de persoonlijke voorkeuren prijs te geven, waardoor zij zich bij het zoeken en aanvaarden van een werkkring vóór het ongeval liet leiden en naar verwachting zonder het ongeval in de toekomst zou hebben kunnen laten leiden.

- Daarin verschilt de positie van de benadeelde, die aanspraak kan maken op (volledige) schadevergoeding op grond van het civiele aansprakelijkheidsrecht, wezenlijk van die van de benadeelde die is aangewezen op het vangnet van de sociale verzekeringen.

Bij de aan de aansprakelijkheidsverzekeraar op te leggen bewijslast gaat de rechtbank erg ver. Niet alleen wordt bewijs verlangd van de stelling dat de door de reïntegratiedeskundige relevant geachte functies als passend kunnen worden beschouwd. Tevens moet volgens de rechtbank komen vast te staan dat K, wanneer zij zou hebben gesolliciteerd, door de respectieve werkgevers in dienst zou zijn genomen. De aansprakelijkheidsverzekeraar moet hieromtrent voldoende zekerheid verschaffen.

Hof

In hoger beroep stelt het hof dat de rechtbank terecht heeft overwogen dat de grenzen van de verplichting tot beperking van de schade worden bepaald door de redelijkheid. Partijen zijn het vervolgens eens dat in dit geval geen sprake kan zijn van een aan het ongeval voorafgaande lichamelijke of psychische predispositie, waardoor de ongevalsgevolgen een langere duur hebben gekend dan in de normale lijn der verwachting ligt. De overwegingen van de Hoge Raad in ABP/Van Stuyvenberg zijn dan ook niet zonder meer toepasselijk.

Vervolgens overweegt het hof dat de aansprakelijkheidsverzekeraar terecht heeft aangevoerd dat de persoonlijke voorkeuren die K vóór het ongeval had met betrekking tot werktijden, woon-werkafstand, aard van het werk en dergelijke, niet ongewijzigd als uitgangspunt dienen te gelden bij de beantwoording van de vraag welke werkzaamheden K in de door het ongeval ontstane situatie redelijkerwijs zal dienen te aanvaarden. Indien er als ongevalsgevolg voortdurende beperkingen van de mogelijkheid tot het aanvaarden van werkzaamheden aanwezig zijn, bestaat er voor K een nieuwe situatie. Deze brengt met zich mee dat van K mag worden verwacht dat zij, uitgaande van de ongevalsgerelateerde beperkingen, haar persoonlijke voorkeuren tot op zekere hoogte aanpast aan de gewijzigde omstandigheden en aan de mogelijkheden die zich op de arbeidsmarkt voordoen. Hoever dit gaat zal slechts aan de hand van de concrete beperkingen en mogelijkheden kunnen worden bepaald.

In de visie van het hof betekent dit dat van een zonder meer transponeren van de vroegere voorkeuren van K naar de nieuwe situatie geen sprake kan zijn.

Ook gaat het hof met de aansprakelijkheidsverzekeraar mee in het bezwaar van deze tegen de door de rechtbank geformuleerde bewijsopdracht met betrekking tot het aannemelijk zijn dat een sollicitatie ook zou hebben geleid tot een arbeidsverhouding. Een reconstructie van een sollicitatie van enkele jaren geleden is met het oog op bekroning met succes redelijkerwijs ondoenlijk, aldus het hof. Bovendien kunnen er tal van redenen zijn waarom een sollicitatie in de praktijk misloopt, zonder dat dit iets met ongevalsbeperkingen te maken heeft en dus in de risicosfeer van de sollicitant ligt.

Commentaar

In deze zaak mag er van worden uitgegaan dat uit de reïntegratiepogingen van de arbeidsdeskundige duidelijk is gebleken dat er voor de benadeelde objectief gezien volop passend werk is. De benadeelde heeft ook erkend dat zij geschikt is voor passende werkzaamheden. De aansprakelijkheidsverzekeraar stelt echter dat de reïntegratiepogingen schipbreuk hebben geleden door de feitelijke omstandigheden met betrekking tot de wijze waarop de benadeelde vóór het ongeval aan haar werkzaamheden heeft vormgegeven.

Het gaat in deze zaak primair om de principiële vraag welke persoonlijke voorkeuren nog wel en welke niet meer in aanmerking moeten resp. mogen worden genomen, als het gaat om reïntegratieactiviteiten op de vrije arbeidsmarkt. De rechtbank wilde uitgaan van een relevante kieskeurigheid, bijvoorbeeld ten aanzien van werktijden en woon-werkafstand. Men kan zich afvragen of persoonlijke voorkeuren met betrekking tot reisafstanden en arbeidsuren bij het verkrijgen van werk in de huidige tijd nog wel haalbaar zijn. De tegenwoordige arbeidsmarkt vraagt in tal van opzichten een aanmerkelijk grotere flexibiliteit dan voorheen. Een benadeelde zal, ook als het ongeval zich niet

zou hebben voorgedaan, niet gelegitimeerd zijn de naar voren gebrachte voorkeuren uit te spelen c.q. te realiseren.

Van de benadeelde mag wel degelijk worden verwacht dat hij of zij, uitgaande van de beperkingen die uit het ongeval voortvloeien, persoonlijke voorkeuren tot op zekere hoogte aanpast aan de gewijzigde omstandigheden en de mogelijkheden op de arbeidsmarkt.

Het hof heeft terecht overwogen dat de invloed van de persoonlijkheidsstructuur als door de Hoge Raad uitgelegd in onder meer ABP/Van Stuyvenberg hier niet aan de orde is. Onder persoonlijkheidsstructuur zijn niet te verstaan de door de benadeelde genoemde voorkeuren.

Als rechtens relevante predispositie of persoonlijkheidsstructuur is immers aan te merken een in de benadeelde besloten liggende aanleg tot buiten de normale lijn der verwachting liggende psychische reacties op een hem of haar toegebracht letsel. Daardoor wordt bijvoorbeeld het herstelproces verstoord of bemoeilijkt of kan de benadeelde het bijvoorbeeld niet opbrengen bepaalde schadebeperkende maatregelen, die normaal wél geleverd kunnen worden, te nemen.

Dit bepaalt dus de reikwijdte van de schadebeperkingsverplichting. Een dergelijke persoonlijke predispositie - waarvan in deze casus tot op heden (nog) niet is gebleken - doorbreekt niet de causaliteit. Wél kunnen de predispositie en de daaruit in het algemeen voortvloeiende risico's een factor vormen waarmee rekening dient te worden gehouden bij het begroten van de schade.

Voor de beoordeling van de vraag naar de redelijkheid van de toerekening moet dus sprake zijn van een bijzondere (psychische) reactie, die de benadeelde belemmert in het aanvangen van werk of bepaalde typen van werk, tijden of afstanden en niet uitsluitend van *liever niet* of *geen zin*. Zou met dergelijke voorkeuren wel rekening gehouden moeten worden dan zou dat leiden tot een onaanvaardbare discrepantie tussen benadeelden, die door eigen toedoen arbeidsongeschikt zijn geworden en benadeelden die aanspraak kunnen maken op vergoeding van schade op grond van het aansprakelijkheidsrecht.

Bulletin 2000, 6 Voorschot op buitengerechtelijke kosten (Bewerkt door Mr. A.J. Schoonen, Achmea)

Inleiding

In de dagelijkse praktijk van het regelen van personenschade is het te doen gebruikelijk om voorschotten te verstrekken. Ook wanneer de omvang van een schadepost nog niet exact kan worden vastgesteld. Het voorschot voorkomt dan financieringsproblemen. Een verzekeraar hanteerde deze methode bij de post buitengerechtelijke kosten. Namens de benadeelde diende zijn advocaat een tussentijdse declaratie in waarbij een uurtarief gehanteerd werd van 1,5 x f320. Verzekeraar stelde zich op het standpunt dat de redelijkheid van dit uurtarief nog niet kon worden ingeschat, zodat een voorschot werd verstrekt op basis van een uurtarief van f300. De benadeelde was het met deze gang van zaken niet eens en diende een klacht in bij de Stichting Klachteninstituut Verzekeringen, waarop

de Raad van Toezicht Verzekeringen (hierna te noemen 'de raad') een uitspraak deed (nr. 2000/68 WA).

Het standpunt van klager

Klager stelt zich op het standpunt dat hij een specialistische belangenbehartiger (lid van de LSA) heeft ingeschakeld. Hij accepteert ook het daarmee gepaard gaande uurtarief. Alle verzekeraars accepteren dit specialistische tarief, zeker nu de strijd daarover begin jaren negentig is beslecht. Tevens is het niet redelijk om klager het verschil tussen het bedrag van de declaratie en het betaalde voorschot te laten bijbetalen.

Het standpunt van verzekeraar

De omvang van de redelijke buitengerechtelijke kosten dient te worden vastgesteld in het licht van art. 6:96 BW. Daarbij zijn de afspraken tussen advocaat en cliënt niet leidend. In de regel kan de toetsing aan de hand van art. 6:96 BW pas plaatsvinden bij de afronding van het schaderegelingsproces. Daarbij komen wat de verzekeraar betreft de volgende overwegingen aan de orde:

- De omvang van de overige voor vergoeding in aanmerking gekomen schade;
- De feitelijke toepassing van specialistische kennis zoals blijkend uit de complexiteit van de vragen die gedurende de schaderegeling beantwoording vergden; en
- De gunstige invloed op de duur en het verloop van het schaderegelingsproces door toepassing van specialistische kennis.

Het kan dus zijn dat de post buitengerechtelijke kosten hoger wordt vastgesteld dan de betaalde voorschotten.

Het oordeel van de raad

Allereerst stelt de raad vast dat er sinds 1 januari 1997 geen sprake meer is van een calculatieschema voor de tarieven in de advocatuur. De wijze van declareren zal in onderling overleg tussen advocaat en cliënt moeten worden vastgesteld. Daarbij zijn meerdere methodes denkbaar. De raad vervolgt met:

'Klaagster gaat kennelijk ervan uit dat voor werkzaamheden van advocaten in het algemeen een basistarief geldt van f 320,- voor elk aan de zaak besteed uur, welk bedrag in geval van behandeling door een specialist dient te worden verhoogd met de factor 1,5. Dit uitgangspunt is () niet juist.'

En verder:

'Is een slachtoffer van een verkeersongeval met zijn advocaat, die optreedt om vergoeding van de door dit slachtoffer geleden schade te verkrijgen, een bepaalde wijze van declareren overeengekomen, dan is daarmee nog niet gegeven dat de dienovereenkomstig in rekening te brengen kosten van rechtsbijstand voldoen aan de redelijkheidstoets van art. 6:96 lid 2, aanhef en onder c, Burgerlijk Wetboek. De voor de gevolgen van het ongeval aansprakelijke persoon of zijn aansprakelijkheidsverzekeraar zijn aan deze overeenkomst niet gebonden. Het staat - de aansprakelijkheidsverzekeraar van - degene die voor de gevolgen van het ongeval aansprakelijk is, dan ook vrij de omvang te bestrijden van het als schade in de zin van voormelde bepaling opgevoerde bedrag van het door de slachtoffer en zijn advocaat overeengekomen honorarium.

Bij de beoordeling of de hier bedoelde kosten de redelijkheidstoets kunnen doorstaan zijn tal van omstandigheden van belang, waaronder de aan de behandeling van de zaak bestede tijd, de mate waarin daarbij een beroep werd gedaan op specialistische kennis van de advocaat en het bereikte resultaat.'

Ter afsluiting:

'In hetgeen verzekeraar heeft aangevoerd ligt besloten dat hij bereid is tot vergoeding van een hoger bedrag, indien hij daartoe bij afronding van de onderhandelingen op grond van art. 6:96 lid 2, aanhef en onder c, mocht blijken gehouden te zijn.

Dit standpunt is () in redelijkheid verdedigbaar. De klacht is derhalve niet gegrond.'

Commentaar

Wellicht staat ook in uw boekenkast de tweede publicatie van het PIV over de buitengerechtelijke kosten . Deze uitspraak van de raad kan worden toegevoegd aan het jurisprudentie-overzicht daarin. Met name van belang is het oordeel van de raad dat het inschakelen van een specialistische belangenbehartiger (LSA-advocaat) niet automatisch gepaard gaat met een dito uurtarief. Op zich moet het redelijk zijn dat de benadeelde zich laat bijstaan door een specialistische belangenbehartiger. Dit zal met name het geval zijn, wanneer er sprake is van ernstig letsel en/of omvangrijke schade. Voorts moet het specialisme door de belangenbehartiger ook worden waargemaakt. Van een specialist mag worden verwacht dat hij meer verricht in het hetzelfde tijdsbestek dan de generalist. Zodra de omvang van de buitengerechtelijke kosten kan worden vastgesteld, moet dit ook door de verzekeraar worden gedaan. Daarbij hoeft natuurlijk niet de eindregeling te worden afgewacht. Ook in een eerder stadium kan blijken dat een aan het specialisme gekoppeld tarief redelijk is. Tot dat moment kan worden volstaan met bevoorschotting tegen een gangbaar tarief.

Van deze gelegenheid wordt nog gebruik gemaakt u op de hoogte te brengen van de stand van zaken rond het PIV-project buitengerechtelijke kosten. Aan de hand van dossieronderzoek bij diverse verzekeraars is een formule ontwikkeld waarmee de omvang van de buitengerechtelijke kosten wordt vastgesteld als afgeleide van de schade-omvang. Momenteel wordt de werking van deze formule getest in de praktijk. Aan deze pilot doen 7 verzekeraars en 15 belangenbehartigers mee.

Bulletin 2000, 6 Studiemiddag omvang van overlijdensschade (Bewerkt door Mevr. mr. W.L. Lo, Stichting PIV)

Inleiding

Op 26 juni 2000 vond in Den Haag de PIV/Dirkzwager De Vijf Zuylen-studiemiddag overlijdensschade plaats. Er waren drie sprekers aanwezig: twee afkomstig uit de wetenschap en één uit de 'praktijk'. Hieronder worden korte samenvattingen van de inleidingen gegeven.

Voordeelstoerekening

Na de opening door de middagvoorzitter, mr. F.Th. Kremer (PIV), hield prof.mr. T. Hartlief (Universiteit Leiden) zijn lezing, genaamd 'Actuele ontwikkelingen inzake voordeelstoerekening'. Aan de hand van de jurisprudentie besprak hij de invloed van een verzekeringsuitkering op de verhouding tussen gelaedeerde, laedens en verzekeraar of uitkeringsinstantie. Eerste vraag hierbij is of de verzekeringsuitkering invloed heeft op de hoogte van de schadevergoeding. Hartlief bespreekt drie soorten uitkeringen: schadeverzekeringen, sociale verzekeringen en sommenverzekeringen.

Ontvangt iemand een uitkering krachtens een schadeverzekering, dan profiteert de laedens niet. De schade is vergoed en de benadeelde kan, wat die schade betreft de laedens niet meer aanspreken. Na uitkering heeft de verzekeraar verhaal krachtens subrogatie (art. 284 K).

De meeste sociale verzekeringswetten kennen een verplichte voordeelstoerekening gecombineerd met een verhaalsrecht. Door de verplichte voordeelstoerekening houdt de rechter bij het vaststellen van de schadevergoeding rekening met de sociale verzekeringsaanspraken van de benadeelde. De veroorzaker profiteert ook hier niet, omdat de uitkerende organen een zelfstandig verhaalsrecht hebben.

Uitkeringen uit sommenverzekering worden in mindering gebracht op de schadevergoeding. Sommenverzekeraars hebben echter geen regresrecht noch verhaal ex art 6:162 BW. Profiteert de laedens in dit geval wel van een verzekering? Hartlief merkt op dat hier een onderscheid gemaakt moet worden tussen letselschade en overlijdensschade. Bij letselschade is er in beginsel geen voordeelstoerekening (zie arrest IBC/Derckx). Bij overlijdensschade is de vordering van de nabestaanden beperkt tot hun behoefte. Bij het bepalen van de behoefte worden in beginsel alle financiële omstandigheden in aanmerking genomen. De uitkering uit sommenverzekering wordt hierbij dus al in aanmerking genomen, zodat men aan voordeelstoerekening niet toekomt. De veroorzaker

profiteert dus van de verzekeringsuitkering. In beginsel, omdat de Hoge Raad ruimte geeft voor een toetsing aan alle omstandigheden van het geval en de eisen van de redelijkheid en billijkheid.

Berekening overlijdensschade

Mr. R.Ph. Elzas (Dirkzwager de Vijf Zuylen) legde in 'De berekening van overlijdensschade nader beschouwd' uit op grond waarvan het verschil maakt of men bij het begroten van de overlijdensschade uitgaat van alleen het inkomen van de overledene of van het totale gezinsinkomen.

Als het inkomen van de achterblijvende partner wordt meegenomen in de begroting en het totale gezinsbudget van zowel de overledene als de nabestaande partner aan de berekening ten grondslag worden gelegd, neemt de behoefte van de achtergebleven gezinsleden toe. Het aandeel van de overledene in de variabele lasten is ook groter, indien van het totale gezinsinkomen wordt uitgegaan. Omdat het inkomen van de achterblijvende partner ook dient voor de kosten en verzorging van de kinderen, brengt de budgetmethode mee dat het kind een nadeel ondervindt, als de achtergebleven partner niet langer over inkomsten beschikt. Door bij de begroting alleen uit te gaan van het inkomen van de overledene, wordt ook beter aansluiting gezocht bij de feitelijke omstandigheden. Aldus wordt alleen het daadwerkelijk weggefallen inkomen gehanteerd voor de individuele behoeftebepaling van de nabestaande.

Immateriele schade bij overlijden

Tenslotte pleitte mr. S.D. Lindenbergh (Universiteit Leiden) met 'Vergoeding van immateriële schade bij overlijden' voor een recht op smartengeld voor nabestaanden en naasten van een ernstig gewonde.

Hij ziet als mogelijke oplossing een zelfstandig recht voor de nabestaande die geestelijke schade lijdt door de gebeurtenis zelf (NB: niet als gevolg van het overlijden of ernstig letsel), de shockschade en verwijst hierbij naar Hof Amsterdam 27 april 2000, VR 2000, 87 (Kindertaxi-arrest). Er zou dan sprake moeten zijn van waarneming van of confrontatie met de gebeurtenis, of van fysiek gevaar, van het hebben van letsel of een combinatie daarvan. In dat geval valt de vermogensschade onder art 6:95 /96 BW en ander nadeel onder 6:106 lid 1 sub b.

Verder pleitte Lindenbergh voor een wettelijke regeling inzake affectieschade. Bij overlijden of bij ernstig letsel zou een vast bedrag moeten worden toegekend aan een beperkte kring van gerechtigden. Hiermee wordt voor een deel voorzien in de behoefte van de benadeelde aan erkenning.

Bulletin 2000, 6 Smartengeld voor nabestaanden (Bewerkt door Mr. W.A. Luiten, Trenité van Doorne)

Reactie op artikel verassend arrest inzake verrekening van immateriele schade (Hof Amsterdam 3 februari 2000) van Mr. F.Th. Kremer (PIV Bulletin 2000/04)

In het PIV-bulletin van mei van dit jaar heeft mr. F.Th. Kremer het toen nog ongepubliceerde arrest van het Hof Amsterdam van 3 februari 2000 besproken. Inmiddels is het arrest gepubliceerd in het shockschade-nummer van Verkeersrecht 2000, 86. In dit arrest besliste het hof dat een smartengeld voor nabestaanden in de berekening van de overlijdensschade kan worden betrokken voorzover er een opkomend voordeel is uit een sommenverzekering. Mr. Kremer beoordeelde het arrest als een redelijke beslissing waarmee te leven (en eigenlijk ook te werken) valt. Inmiddels heeft het Hof Amsterdam op 27 april 2000, VR 2000, nummer 87, opnieuw een arrest gewezen dat betrekking heeft op smartengeld voor een nabestaande. De beide arresten in onderling verband bezien maken duidelijk dat de opvattingen met betrekking tot het toekennen van smartengeldvergoedingen aan nabestaanden aan het veranderen zijn, maar dat aan die veranderde opvattingen binnen ons huidige wettelijk stelsel eigenlijk niet goed vorm is te geven.

In het arrest van 3 februari 2000 besliste het hof dat nabestaanden wel degelijk immateriële schade lijden, maar die vordering is in ons wettelijk stelsel door de exclusieve werking van art. 6:108 BW niet toewijsbaar. Wanneer nabestaanden wegens het overlijden een uitkering uit een sommenverzekering ontvangen, kan die in ieder geval ten dele worden aangewend tot vergoeding van de immateriële schade. Aldus bereikt het hof een oplossing waarbij in sommige gevallen de zogenaamde affectieschade wordt vergoed. Met mr. Kremer ben ik van mening dat hier sprake is van een alleszins redelijke beslissing, maar dat laat onverlet dat het wel een gekunstelde oplossing is en dat het in ieder geval weinig fraai is dat naar Nederlands recht in bepaalde gevallen de affectieschade wel in de berekening mag worden meegenomen en in andere gevallen niet. Deze uitkomst kan mij niet erg overtuigen. Het hof kon uiteraard niet anders omdat de exclusieve werking van art. 6:108 BW eraan in de weg staat om nabestaanden in alle gevallen een aanspraak toe te kennen op vergoeding van immateriële schade.

In het zogenaamde Kindertaxi-arrest van het Hof Amsterdam van 27 april 2000, Verkeersrecht 2000, 87, kende het hof aan de moeder van een bij een verkeersongeval om het leven gekomen kind een vergoeding voor smartengeld toe wegens de psychische schade die de moeder heeft ondervonden door de confrontatie met het stoffelijk overschot van het kind. Het betreft hier derhalve niet een affectieschade maar een shockschade. Dat het hof op billijkheidsgronden tot een toewijzende beslissing kwam, is goed na te voelen, maar de wijze waarop het hof dat doel kon bereiken, stelt ons wel voor problemen. De moeder bevond zich op het moment van het ontstaan van het ongeval in haar woning en was niet rechtstreeks bij het ontstaan van het ongeval betrokken. Jegens de moeder is niet onrechtmatig gehandeld. De geschonden verkeersnorm strekt ter bescherming van andere verkeersdeelnemers maar niet ter bescherming van familieleden van verkeersdeelnemers. Om in dit geval binnen ons wettelijk systeem aan de moeder een vergoeding te kunnen toekennen, moest het hof het relatief karakter van de norm opzij stellen. Wanneer immers jegens de moeder niet onrechtmatig was gehandeld, zou zij geen aanspraak hebben op vergoeding van schade. Het hof passeerde dit standpunt met de overweging 'Er is geen goede reden om aan te nemen dat die normen niet mede strekken tot bescherming van de moeder van een 5-jarig meisje'. Deze overweging is weinig zeggend. Het relatieve karakter van de verkeersnorm wordt opzij gezet zonder dat het hof aangeeft waarom die norm niet een relatief karakter heeft of wat dan wel de reikwijdte van de norm is. Afgaande op dit arrest valt niet in te zien waarom familieleden en nabestaanden van verkeersslachtoffers, passanten die getuige zijn geweest van een ongeval en hulpverleners niet hun shockschade zouden kunnen verhalen op de veroorzaker van het ongeval.

De beide arresten van het hof tonen aan dat de opvattingen met betrekking tot het smartengeld voor nabestaanden in korte tijd aanmerkelijk zijn veranderd. Bij de inwerkingtreding van het NBW is nog uitdrukkelijk overwogen dat affectieschade in ons rechtsstelsel niet past en dat shockschade alleen in zeer ernstige gevallen kan worden toegekend, waarbij de kring van gerechtigden niet al te ruim moet worden getrokken. De stand van zaken (wanneer men de twee arresten mag beschouwen als een weergave van de stand van zaken) is nu dat affectieschade wel wordt toegekend, wanneer er sprake is van een opkomend voordeel en dat bij shockschade het relativiteitsvereiste in feite is losgelaten waardoor een in beginsel onbegrensde kring van personen is ontstaan die aanspraak kunnen maken op vergoeding van shockschade.

De beide arresten zijn uit billijkheidsoverwegingen goed te begrijpen, maar om in ons wettelijk stelsel de vorderingen te kunnen toewijzen, heeft het hof noodgedwongen moeten kiezen voor oplossingen die mij niet erg gelukkig lijken. Het is moeilijk te verdedigen dat in het ene geval wel en in het andere geval geen affectieschade wordt toegekend. Bovendien vrees ik dat de weg geopend is naar een ruime toekenning van shockschade. De terughoudende opvatting van de wetgever is in enkele jaren tijd door de maatschappelijke ontwikkelingen achterhaald. Het wordt tijd dat de wetgever de exclusieve werking van art. 6:108 BW opheft en een hanteerbare regeling ontwerpt voor smartengeld voor nabestaanden.

Bulletin 2000, 6 Overzicht ongepubliceerde jurisprudentie (Bewerkt door Mr. S. Polak, Hooge Huys)

Afschriften van onderstaande jurisprudentie kunnen onder verwijzing naar het volgnummer via de contactpersoon van de in het PIV deelnemende maatschappijen worden opgevraagd bij het PIV (zie colofon)

185 WVV

61. Rb. 's-Gravenhage, 31 maart 1999, rolnr. 98/1315

Geen overmacht voor automobilist. Verkeersgedrag volwassen fietser aan opzet grenzend roekeloos. Dat gedrag heeft voor 75% bijgedragen aan het ontstaan van de eigen schade van de fietser; diens vordering wordt voor 25% toegewezen.

Buitengerechtelijke kosten

62. Ktg. Eindhoven, 24 juni 1999, rolnr. 99/375

Advocaat schakelt letselschadebureau in. Beroep verzekeraar, dat er buitengerechtelijke kosten dubbel worden gevorderd, wordt verworpen. Het inschakelen was gerechtvaardigd vanwege de discussie die op dat moment werd gevoerd en vanwege de wijze van bevoorschotting.

Aansprakelijkheid werkgever

63. Ktg. Terneuzen, 19 maart 1997, rolnr. 95/1211 (eerste tussenvonnis)

Zinsnede 'wenst vergoeding van deze schade' voldoende voor stuiting verjaring, overeenkomstig parlementaire geschiedenis en HR 14 februari 1997, RvdW 1997, 47 C. Werknemer stelt tijdens werkzaamheden stroomstoot te hebben gekregen en wordt toegelaten daarvan het bewijs te leveren.

64. Ktg. Terneuzen, 21 juli 1999, rolnr. 95/1211

Werknemer kennelijk geslaagd bewijs te leveren dat hij tijdens werkzaamheden stroomstoot heeft gekregen. Werkgever is opgedragen bewijs te leveren dat zij aan de zorgverplichting van art. 7:658 BW heeft voldaan, maar slaagt daarin niet. Ontbreken ongevalsrapport niet doorslaggevend, maar getuigenverklaringen die na tien jaar werden afgelegd zijn ontoereikend.

65. Rb. Amsterdam, 4 augustus 1999, rolnr. H97.3196

Hoger beroep . Vanwege art. 68a OW NBW is art. 7:658 BW terecht toegepast.; art. 74 OW NBW niet van toepassing, omdat werd geoordeeld dat het geen bedrijfsongeval betrof. Oordeel kantonrechter ook overigens juist. De organisator van het evenement is niet te beschouwen als hulppersoon van de werkgever nu deze niet is ingeschakeld bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst. De vermelding in de uitnodiging, dat het evenement absoluut veilig is en wordt begeleid door professionals, heeft geen aansprakelijkheid van de werkgever tot gevolg.

66. Rb. Amsterdam, 4 augustus 1999, rolnr. H97.4112

Werknemer loopt op hindernisbaan letsel op tijdens evenement dat op initiatief van werkgever is georganiseerd. Werkgever niet aansprakelijk op de voet van art. 6:170 BW, omdat de organisator geen ondergeschikte is. Daar het organiseren van het evenement geen werkzaamheid is ter uitoefening van bedrijf werkgever, is deze evenmin aansprakelijk op de voet van 6:171 BW en is de organisator ook geen hulppersoon in de zin van 6:76 BW. Gestelde onveiligheid hindernisbaan levert geen onrechtmatige daad werkgever op, omdat organisatie was uitbesteed.

Medische aansprakelijkheid

67. Hof Leeuwarden, 25 augustus 1999, rolnr. 9700022

Uit de gestelde omstandigheden kan niet worden geconcludeerd dat ziekenhuis partij was bij de behandelingsovereenkomst. Dat het ziekenhuis een gerechtvaardigd vertrouwen heeft gewekt dat zij zich er niet op zou beroepen dat zij geen partij was, kan er evenmin uit worden geconcludeerd. Verplichting patiënt röntgenfoto's te overleggen nu gewichtige redenen daartegen ontbreken.

68. Hof Arnhem, 14 december 1999, rolnr. 96/380

Op basis van deskundigenbericht wordt geconcludeerd tot onjuiste diagnose. De onzekerheid of bij diepgaander onderzoek de juiste diagnose zou zijn gesteld komt voor rekening arts. De onzekerheid of bij juiste diagnose een succesvolle behandeling mogelijk zou zijn geweest resulteert in (proportionele) aansprakelijkheid van eenderde deel, overeenkomstig deskundigenbericht.

Verzekeringsdekking

69. Rb. Utrecht, 6 oktober 1999, rolrs. 96-2769 en 97-1391

Bierglas in gezicht geduwd. In de hoofdzaak wordt het beroep van de laedens op noodweer, noodweereces en eigen schuld van de gelaedeerde afgewezen, evenals beroep op reflexwerking groepsaansprakelijkheid van art. 6:166 BW.

In de vrijwaring wordt geoordeeld dat het toegebrachte letsel beoogd was en de verzekeraar dus terecht dekking heeft ontzegd.

70. Rb. Rotterdam, 27 februari 1997, rolnr. 6553/92 (tussenvonnis)

Rb. Rotterdam, 2 oktober 1999, rolnr. 6553/92 (eindvonnis)

Op 24 juli 1980 ontstaat letsel door kraan die is gemonteerd op motorrijtuig dat eigendom is van X. Schade wordt op 17 november 1986 gemeld bij en in behandeling genomen door AVB-verzekeraar van X. Gelaedeerde cedeert zijn vordering op WAM-verzekeraar van X aan AVB-verzekeraar. X spreekt WAM-verzekeraar in rechte aan, die zich beroept op late melding. WAM-verzekeraar in zijn belangen geschaad, omdat hij bij tijdige melding zelf onderzoek zou hebben gedaan en de kans groot is dat dit onderzoek anders zou zijn verlopen dan een vele jaren later ingesteld onderzoek.

Verjaring

71. Rb 's-Gravenhage, 13 oktober 1999, rolnr. 98/2724

Ongeval van 6 januari 1975 is op 7 maart 1978 afgewikkeld tegen finale kwijting. Op 21 maart 1994 volgt alsnog aansprakelijkstelling voor resterend schadebedrag. Niet gebleken dat partijen na maart 1978 nog hebben onderhandeld, zodat vordering in maart 1981 is verjaard.

Bulletin 2000, 6 Actualiteiten (Bewerkt door Mr. H.C. Voers, Anev)

Geschillencommissie RBK

De geschillencommissie Regeling Buitengerechtelijke Kosten heeft in een bindend advies aan partijen geconcludeerd dat het indienen van een verzoekschrift bij een rechtbank tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor niet kan worden beschouwd als het starten van een civiele procedure. Op grond daarvan is op de desbetreffende zaak de RBK-L d.d. 1 september 1997 van toepassing.

(Bron: Verbondscirculaire MSS 2000/08)

Feiten

Op 18 mei 2000 heeft de Rechtbank te Rotterdam in een whiplash-zaak een interessante uitspraak gedaan naar aanleiding van een door een aansprakelijkheidsverzekeraar (hierna te noemen 'verzekeraar') ingediend verzoekschrift voor het houden van een voorlopig deskundigenbericht. Verzekeraar heeft aan de rechtbank primair gevraagd een deskundige te benoemen uit drie door haar voorgedragen deskundigen en subsidiair, voor het geval mevrouw X (hierna te noemen 'X') zich daarmee niet zou kunnen verenigen, een deskundige te benoemen uit de door haar voorgedragen deskundigen om met een door X voor te dragen deskundige gezamenlijk te rapporteren.

X heeft bezwaar gemaakt tegen alle drie de deskundigen, die door verzekeraar zijn voorgesteld.

Overwegingen rechtbank

Naar aanleiding van het verzoek van verzekeraar en het gemaakte bezwaar van X overweegt de rechtbank als volgt :

- Het ondergaan van een medisch onderzoek is een ingreep in de persoonlijke levenssfeer, die in dit geval niet zonder toestemming van X mag plaatsvinden. Naar aanleiding van een opmerking van verzekeraar dat X een vetorecht hanteert, terwijl door verzekeraar zowel primair als subsidiair voorstellen zijn gedaan, voegt de rechtbank hier nog aan toe, dat X het recht heeft zich te verzetten tegen een medisch onderzoek door een deskundige waarin zij (al dan niet terecht) geen vertrouwen heeft;
- Verzekeraar heeft weliswaar een gerechtvaardigd belang om een voorlopig deskundigenbericht te vragen, doch dat belang weegt minder zwaar dan het belang dat X heeft om zich daartegen te verzetten;
- Het is aan X het initiatief te nemen voor een bodemprocedure, waarin zij aard en omvang van haar schade zal moeten bewijzen;
- De weigering van X om mee te werken aan een voorlopig deskundigenbericht kan in een bodemprocedure in haar nadeel werken.

Beslissing

De rechtbank kondigt vervolgens aan, dat, als X blijft bij haar weigering om aan het primair/subsidiar gevraagde onderzoek mee te werken, het geen zin heeft één van de door verzekeraar voorgestelde deskundigen te benoemen en dat in dat geval het verzoek van verzekeraar zal worden afgewezen.

Antidotaal rekest

X heeft in haar verweerschrift ook nog verzocht om een voorlopig deskundigenbericht te laten plaatsvinden door een aantal door haar voorgedragen deskundigen (antidotaal rekest). Verzekeraar heeft zich hiertegen verzet, behoudens voor het geval één van deze deskundigen met één van de door haar benoemde deskundigen tot een gezamenlijke beoordeling kan komen.

Beslissing rechtbank naar aanleiding van het antidotaal rekest

De rechtbank staat in beginsel niet positief tegenover deze zet van X. De rechtbank overweegt daarbij, dat het niet zo kan zijn dat X een vetorecht uitspreekt over alle door verzekeraar voorgestelde deskundigen om vervolgens zelf met een voorstel te komen andere deskundigen te benoemen. Dit komt er volgens de rechtbank op neer dat X de procedure voor een voorlopig deskundigenbericht aanwendt om een onderzoek door een partijdeskundige te doen plaatsvinden.

De rechtbank kondigt aan, dat het verzoek van X zal worden afgewezen, indien zij blijft bij haar weigering mee te werken aan een onderzoek zoals dat door verzekeraar subsidiar is voorgesteld. Hierbij wijst de rechtbank X er opnieuw op, dat een weigering voor haar nadelige gevolgen kan hebben in een bodemprocedure. De rechtbank voegt hier aan toe, dat een en ander tot vertraging kan leiden bij de vaststelling van de schadeplichtigheid van verzekeraar.

X krijgt vervolgens van de rechtbank drie weken de tijd om mede te delen of zij akkoord kan gaan met hetgeen door verzekeraar subsidiar is voorgesteld.

Afloop

Binnen de gestelde termijn van drie weken heeft X de rechtbank laten weten niet akkoord te gaan. De rechtbank heeft daarop, zoals door haar was aangekondigd, zowel het verzoek van verzekeraar als het bij verweerschrift gedane zelfstandig verzoek van X afgewezen.

