

Bulletin 2002, 5 Ten geleide
Bulletin 2002, 5 Opzetclausule. Zware mishandeling. Geen dekking
Bulletin 2002, 5 Bonati endoscopische laserbehandeling Rb Zutphen, 1 mei 2002,
Bulletin 2002, 5 Voordeelstoerekening, huurwaarde woning fictief van aard.
Bulletin 2002, 5 Het gemoderniseerde burgerlijk procesrecht en de
schaderegelingspraktijk

Bulletin 2002, 5 Ten geleide

Ten geleide

Bulletin in nieuw jasje!

Na het jaarverslag, de grotere PIV-publicaties, de brochure van de Opleiding Personenschade en de special met betrekking tot het Kennisnet, is nu ook het bulletin aangepast aan de nieuwe huisstijl van het PIV.

Uit reacties van en contacten met lezers van ons bulletin blijkt dat het een graag geziene uitgave is. In deze nieuwe vorm is ook een aantal constructieve adviezen die wij van u mochten ontvangen verwerkt. Ik hoop dat deze nieuwe stijl van kleden u bevalt en bijdraagt aan een prettige leesbaarheid.
Mr. A.F.J. Blondeel, voorzitter Redactieraad Bestuur PIV

Bestuur PIV

Het Sectorbestuur Schade van het Verbond van Verzekeraars heeft de benoeming van mr. J.E.

Jonker, Delta Lloyd, tot lid van het Bestuur van de Stichting PIV geaccordeerd.

Het PIV is blij met de benoeming van de heer Jonker, temeer omdat Delta Lloyd een van de founding fathers is geweest.

Het bestuur bestaat uit de heren

G.H.M. ten Brincke, Fortis ASR (vice-voorzitter)

Mr. J.E. Jonker, Delta Lloyd

Drs.ir. P.J.A.T. Loyson, Neerlandia van 1880

F. Wansink, Nationale-Nederlanden

Drs. A.J.A. Wiechmann, Interpolis (voorzitter)

Mr. A.M.C.A. Willemse, Nieuwe Hollandse Lloyd

Th.J.H. Woudstra, Achmea Personenschade

Bulletin 2002, 5 Opzetclausule. Zware mishandeling. Geen dekking

Opzetclausule. Zware mishandeling. Geen dekking

Arrondissementsrechtbank Utrecht 25 april 2001, zaaknr./rolnr. 103792 HA ZA 99-1428

Hof Amsterdam 25 april 2002, rolnr. 0100815

mr. A.F.J. Blondeel, AMEV Personenschade

Vrouw steekt echtgenoot met scherp keukenmes in het hart. Schademelding op AVP-polis. Beroep op opzetclausule door verzekeraar gehonoreerd door rechtbank en hof. Van dekking is uitgesloten schade welke het beoogde of zekere gevolg is van het handelen van verzekerde.

Feiten

Tijdens een echtelijke ruzie op 18 september 1996 heeft een vrouw haar echtgenoot opzettelijk en met kracht met een lang puntig keukenmes in het hart gestoken, waarbij de man letsel heeft opgelopen.

De strafrechter heeft de vrouw hiervoor op 9 april 1997 veroordeeld wegens poging tot doodslag.

De echtelieden waren in gemeenschap van goederen gehuwd. Na het incident volgt een echtscheiding, waarbij de vrouw haar vordering op de AVP-polis overdraagt aan haar echtgenoot. De advocaat van de man vordert een verklaring voor recht dat de verzekeraar dekking moet verlenen op de AVP-polis voor het onrechtmatig handelen van de vrouw jegens haar man en tot schadevergoeding moet overgaan. De schade bestaat volgens zijn opgave uit een groot aantal – extra – kostenposten, schade wegens verlies van arbeidsvermogen en smartengeld.

De verzekeraar doet een beroep op de opzetclausule, welke bepaalt dat niet is gedekt de aansprakelijkheid van een verzekerde voor schade die voor hem het beoogde of zekere gevolg is van zijn handelen of nalaten.

Rechtbank

Met verwijzing naar Hoge Raad 6 november 1998, NJ 1999, 220, AEGON/Van der Linden, overweegt de rechtbank dat met betrekking tot een verzekeringsovereenkomst als de onderhavige moet worden vooropgesteld dat de opzetclausule, in een geval waarin een verzekerde lichamelijk letsel heeft toegebracht, geen verdere strekking heeft dan van dekking uit te sluiten de aansprakelijkheid van een verzekerde die het in feite toegebrachte lichamelijk letsel heeft beoogd of zich ervan bewust was dat dit letsel het gevolg van zijn handelingen zou zijn, welk een en ander onder omstandigheden uit de gedragingen van verzekerde kan worden afgeleid.

Uit de in het proces verbaal van politie opgenomen verklaringen, met name uit de verklaringen van de voormalige echtgenote van gelaedeerde, leidt de rechtbank af dat zij heeft beoogd haar man te doden dan wel hem zeer veel pijn te doen. Onder dit laatste begrijpt de rechtbank mede het toebrengen van ernstig lichamelijk letsel. Voorts acht de rechtbank van belang dat de vrouw om haar doel te bereiken met kracht een lang, scherp keukenmes in de richting van het hart/bovenlichaam van de man heeft gestoken, derhalve met een werktuig en een kracht, die geëigend was om het door de vrouw beoogde doel te bereiken, welk doel ook is bereikt. Gelet op deze omstandigheden komt aan verzekeraar een beroep op de opzetclausule toe, aldus de rechtbank.

De ex-echtgenoot laat het hier niet bij zitten en tekent hoger beroep aan tegen het vonnis van de rechtbank. Volgens de man komt aan de verzekeraar geen beroep toe op de opzetclausule, omdat zijn ex-echtgenote naar zijn mening het oogmerk had om hem te doden en niet om hem ernstig lichamelijk letsel noch de ten gevolge daarvan ontstane schade toe te brengen.

Hof

Op de kop af een jaar later bekrachtigt het hof in hoger beroep het vonnis van de rechtbank.

Het hof neemt met de rechtbank tot uitgangspunt dat de opzetclausule geen verdere strekking heeft dan van dekking uit te sluiten de aansprakelijkheid van een verzekerde die het in feite toegebrachte letsel heeft beoogd of zich ervan bewust was dat dit letsel het gevolg van zijn handelen zou zijn.

Vervolgens oordeelt het hof dat, ook al zou het hof, zoals de man wil, ervan uitgaan dat zijn ex-echtgenote het oogmerk had hem te doden, dit de man niet kan baten. De vrouw heeft haar toenmalige echtgenoot met een lang scherp keukenmes opzettelijk en met kracht in het hart gestoken en beoogde daarmee hem dusdanig ernstig te verwonden dat hij aan zijn verwondingen zou bezwijken. Aldus heeft zij het in feite toegebrachte letsel – verwonding van het hart – beoogd. Dat dit uiteindelijk niet tot de dood leidde maar minder verstreckende gevolgen heeft gehad dan zij beoogde, doet aan dit oogmerk niet af. Het hof deelt niet de visie van de man, dat vereist zou zijn dat zijn ex-echtgenote – tevens – alle materiële en immateriële schade die het gevolg van dat letsel is voor ogen moet hebben gehad.

Commentaar

Met name na de arresten 'Veerman', Hoge Raad 18 oktober 1996, NJ 1997, 326, en 'AEGON/Van der Linden', Hoge Raad 6 november 1998, NJ 1999, 220, kwam een tendens op gang waarbij plegers van geweldsmisdrijven de financiële gevolgen van hun wangedrag trachtten af te wentelen op de AVP-verzekeraar. Dit onder het motto dat het voor de verzekeraar – vrijwel – niet te bewijzen is dat het letsel zoals zich dat in concreto bij de gewonde persoon heeft voorgedaan is te betitelen als het beoogde of zekere gevolg van de door de verzekerde gepleegde mishandeling.

Het is al vaker betoogd dat in de Veerman-kwestie sprake was van een zodanige predispositie bij het slachtoffer, dat een beroep op een opzetclausule die 'schade die het beoogde of zekere gevolg van het handelen is' uitsluit, bij voorbaat illusoir was. Het aangaan van een gerechtelijke procedure door de AVP-verzekeraar in die kwestie lijkt dan ook meer te zijn ingegeven door het op zichzelf zeer valide standpunt van de verzekeraar in kwestie, dat het evident is dat verzekeraars met de door hen gekozen 'ruime' formulering van de opzetclausule nimmer de bedoeling hebben gehad dekking te verlenen voor schade die voortvloeit uit maatschappelijk onbetamelijk gedrag. Een dergelijke visie ziet echter op het abjecte handelen van de verzekerde en niet op de gevolgen voor de gelaedeerde, welke voor de beoordeling van opzetsluiting relevant zijn. De Hoge Raad heeft slachtofferbescherming laten prevaleren boven de bedoeling van verzekeraars en kennelijk niet relevant geacht dat er maatschappelijk gezien toch nogal wat valt aan te merken op de gecreëerde mogelijkheid voor enkele tientjes premie per jaar de gevolgen van buitensporig en gewelddadig bedrag af te kopen. Deze laatste reactie is via media en publiek losgekomen nadat het arrest Aegon/Van der Linden landelijke bekendheid kreeg.

Voor wat betreft het arrest AEGON/Van der Linden is nogal onderbelicht gebleven dat de Hoge Raad niet in de beoordeling van de feiten treedt en zoals te doen gebruikelijk alléén de interpretatie van de feiten door rechtbank en hof heeft getoetst.

Iedere casus staat op zichzelf en het concrete feitencomplex is steeds beslissend. Interessant detail uit Aegon/Van der Linden is, dat Hof Leeuwarden in de uitspraak die voorafging aan het arrest van de Hoge Raad uitdrukkelijk overwoog dat zij tot een andere beslissing zou zijn gekomen, als de dader de mishandeling had gepleegd met behulp van een voorwerp dat geëigend is om dergelijk letsel toe te brengen, zoals een slag- of steekwapen of een kapot bierglas. In de hierboven besproken echtelijke ruzie was het letsel toegebracht met een lang en scherp keukenmes. Het verbaast dus reeds om die reden niet dat zowel rechtbank als hof – met verwijzing naar de formulering Hoge Raad AEGON/Van der Linden – toch tot honorering van het beroep op de opzetclausule hebben beslist.

Overigens wil hiermee niet gezegd zijn dat binnen het feitencomplex dat tot schade heeft geleid steeds sprake zou moeten zijn van het gebruik van wapens, wil de feitenrechter een beroep op de – oude – opzetclausule honoreren. Ik breng op deze plaats een aantal ongepubliceerde uitspraken in herinnering die eerder in het PIV-Bulletin zijn opgenomen, met tussen haakjes het desbetreffende bulletin en het nummer van de ongepubliceerde uitspraak: Rechtbank Den Haag 28 april 1999, rolnr. 98.4033, nr. 60, PIV-Bulletin 1999/02; Rechtbank Utrecht, 6 oktober 1999, rolno's. 67009 en 74318, nr. 69, 2000/06; Hof 's-Gravenhage, 16 mei 2000, rolnr. 99/51, nr. 75, 2000/7 en nr. 86, 2001/4 en Vrb 2000, 7, p. 116. Zie ook Arrondissementsrechtbank Roermond 24 juni 1999, zaaknr. 28422/HAZA 98-756 en RvT I-98/20.

Inmiddels hebben verzekeraars de opzetclausule aangescherpt. Het opzet wordt thans gekoppeld aan de gedraging zelf en niet meer aan de gevolgen daarvan. Ik verwijs voor achtergrondinformatie naar de bijdrage van mr. M.R. de Vries in PIV-Bulletin 2000/03; prof.mr. J.H. Wansink in AV&S, december 2000, p. 14 en mevrouw mr. H.Th. Vos, Vrb 2000, p. 23.

Voor wat betreft de 'Veerman' en 'Aegon/Van der Linden' problematiek ten aanzien van de 'oude' opzetclausule is vooral relevant het oordeel van rechtbank en hof in de hierboven besproken uitspraken dat, wanneer vaststaat dat de dader het toebrengen van ernstig letsel heeft beoogd, ook de minder verstreckende gevolgen zijn uitgesloten van polisdekking.

Bulletin 2002, 5 Bonati endoscopische laserbehandeling Rb Zutphen, 1 mei 2002,

Vergoeding laserbehandeling

Vzng. Rechtbank Zutphen, 1 mei 2002, LJN-nummer AE2139

Mr. S.W. Polak, Hooge Huys

De rechtbank Zutphen heeft zich in kort geding gebogen over de vraag of een gelaedeerde terecht aanspraak maakte op een voorschot voor het bekostigen van een laserbehandeling van zijn rugklachten. De voorzieningenrechter (Vzng) baseert zijn oordeel op drie argumenten waarvan er twee ook voor uw dossier van belang kunnen zijn.

De feiten

Op 9 februari 1999 werd de auto van eiser aan de achterzijde aangereden. Daardoor zijn bij hem als inzittende verschillende lichamelijke klachten ontstaan. In mei 2000 stelde een neuroloog stoornissen vast “die kunnen worden geïnterpreteerd als restverschijnselen van een whiplashtrauma”. Eiser vroeg het oordeel van een tweede deskundige en daaruit zijn onder meer hoofd-, nek- en rugpijn naar voren gekomen. De tweede deskundige verwees eiser voorts naar de orthopeed dr. Bonati in Florida, Verenigde Staten.

Een volledige behandeling door Bonati bestaat uit zes tot acht operaties, waarvoor een verblijf in Florida nodig is van zes tot acht weken en de kosten daarvan belopen f 128.628,00. De methoden van Bonati zijn – zo stelt de voorzieningenrechter vast – “geen in de kring van beroepsgenoten algemeen aanvaarde handelwijzen”.

De vordering

Eiser verlangde betaling van een voorschot ad f 128.628 en voerde daartoe aan dat Bonati is gespecialiseerd in de toepassing van lasertechnologie bij aandoeningen van de wervelkolom. Hij achtte de wens de behandeling te ondergaan redelijk vanwege de ernst en de duur van de klachten, de uitzichtloosheid van het vinden van algemeen erkende medische behandeling en gebaseerd op zijn recht van vrije artskeuze.

Het verweer en de beoordeling ervan

Reagerend op het eerste verweer van de verzekeraar oordeelt de rechter dat gerede twijfel bestaat over het causaal verband tussen het ongeval en de rugklachten van eiser. Die twijfel baseert hij op vier onweersproken argumenten: de rugklachten zijn pas ruim twee jaar na het ongeval naar voren gekomen; zij kunnen ook ontstaan door degeneratieve afwijkingen van voor het ongeval; eiser had overgewicht en rugklachten zijn binnen de Nederlandse bevolking een zo veel voorkomend verschijnsel dat niet aanstonds hoeft te worden gedacht aan een ongeval als het onderhavige.

Het tweede onderdeel van het verweer tegen de vordering luidt dat de behandeling door Bonati geen redelijke medische behandeling is, omdat de methode niet specifiek geschikt is voor eiser. De kosten zijn volgens de verzekeraar derhalve niet redelijk.

De voorzieningenrechter volgt hem daarin en overweegt ten eerste dat een endoscopische laserbehandeling uitsluitend geschikt is voor behandeling van een hernia – waarvan eiser geen last heeft – en dat de behandelwijze van Bonati bovendien nog in een experimentele fase is.

Als tweede overweging vat de rechter samen dat er twijfels zijn omtrent de persoon van Bonati. Hij acht de verwijzing door de tweede deskundige niet medisch neutraal, omdat die deskundige een financieel belang heeft bij het uitvoeren van de behandeling door Bonati en het is de rechter ook niet duidelijk wie of wat Bonati is. Diens kliniek is geen reguliere instelling, Bonati is geen medisch specialist en zou niet zijn toegelaten tot een specialistenorganisatie in Amerika en tot slot is niet weersproken dat de Academy of Neurological and Orthopedic Surgeons – waarvan Bonati voorzitter zou zijn – niet bestaat.

De vordering wordt afgewezen vanwege de aanmerkelijke kans dat eiser in een bodemprocedure in het ongelijk wordt gesteld en bovendien een groot risico bestaat dat hij een voorschot niet zou kunnen terugbetalen.

Commentaar

Het vaststellen van causaal verband is alleen relevant voor het individuele geval. Op dat punt is hier slechts leerzaam het argument dat rugklachten binnen de Nederlandse bevolking een zo veel voorkomend verschijnsel zijn, dat voor het ontstaan ervan niet aanstonds aan een ongeval hoeft te worden gedacht. Interessanter zijn de oordelen van de voorzieningenrechter, dat een endoscopische laserbehandeling uitsluitend geschikt is voor een patiënt met een hernia en dat vraagtekens kunnen worden geplaatst bij de persoon van Bonati en – afhankelijk van wie verwijst – een verwijzing naar hem.

Bulletin 2002, 5 Voordeelstoerekening, huurwaarde woning fictief van aard.

Voordeelstoerekening

HR 1 februari 2002, RvdW 2002-34, NJ 2002-122, LJN-nummer AD6627

P. Bekker, Achmea Personenschade

Kern

Art. 6:100 BW bepaalt dat, wanneer een zelfde gebeurtenis voor een benadeelde naast schade tevens voordeel heeft opgeleverd dat voordeel bij de vaststelling van de te vergoeden schade moet worden verrekend voor zover dit redelijk is.

In dit arrest oordeelt de Hoge Raad dat slechts sprake kan zijn van voordeelstoerekening, indien een voordeel werkelijk is genoten of naar redelijke verwachting zal worden genoten. Een fictief voordeel komt niet voor verrekening in aanmerking.

Achtergrond

Op de avond van 10 december 1989 werd het hoogbejaarde echtpaar S bij slechte weersomstandigheden op een voetgangersoversteekplaats aangereden. Het echtpaar liep daarbij ernstig letsel op.

De aansprakelijkheid werd door de WAM-verzekeraar, wellicht in de geest van de tijd, niet dadelijk volledig erkend. Eerst vond eind 1992 een voorlopig getuigenverhoor plaats, eind 1994 gevolgd door een dagvaarding van de automobiliste voor de Rechtbank Maastricht. Mevrouw S maakte dat niet meer mee: zij overleed op 10 mei 1993.

Ook de ziektekostenverzekeraar van het echtpaar liet zich niet onbetuigd en dagvaardde de WAM-verzekeraar al begin 1994 voor de Rechtbank Haarlem. In een vonnis van 31 oktober 1995 oordeelde deze rechtbank dat geen sprake was van overmacht, noch van eigen schuld van het echtpaar. De WAM-verzekeraar legde zich daar niet bij neer en ging van dit vonnis in hoger beroep bij het Hof Amsterdam.

De Rechtbank Maastricht volgde in eerste aanleg met een gelijklopend oordeel over de aansprakelijkheid. Ook hier werd hoger beroep aangetekend – na het eindvonnis op 16 oktober 1997 – en wel bij het Hof 's-Hertogenbosch. Ook de heer S maakte dit niet meer mee: hij overleed op 6 juni 1996.

De Hoven 's-Hertogenbosch en Amsterdam deden bijna gelijktijdig uitspraak, namelijk op 7 en 9 maart 2000. De uitkomst was echter verrassend, in aanmerking genomen dat het om precies hetzelfde feitencomplex ging. Hof Amsterdam vond dat er volledige aansprakelijkheid was en dat de vordering van de ziektekostenverzekeraar dus volledig moest worden betaald. Hof 's-Hertogenbosch echter hield bij de persoonlijke vordering een eigen schuldpercentage van 30 aan, in verband met onvoldoende voorzichtig oversteken.

De WAM-verzekeraar vond het toen genoeg geweest. De uitspraak van het Hof Amsterdam ging in kracht van gewijsde. De erfgenamen hebben echter tegen het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch beroep in cassatie ingesteld.

Het cassatieberoep kantte zich niet tegen de eigen schuld. Het is ook de vraag of dat veel zin zou hebben gehad. De Hoge Raad is immers geen feitenrechter. Het cassatiemiddel betoogde dat Hof 's-Hertogenbosch bij toepassing van voordeelstoerekening ten onrechte was uitgegaan van een geheel fictief voordeel.

Waar ging het daarbij precies om?

Het geschil

Na en door het ongeval werd het echtpaar opgenomen in het ziekenhuis, gevolgd door een verblijf in een verpleegkliniek en uiteindelijk opname in een verzorgingstehuis. De eigen flatwoning werd door het echtpaar, en later de man alleen, aangehouden en niet verkocht of verhuurd. Zij keerden daar echter nooit meer terug.

Gevorderd werden onder andere de AWBZ eigen bijdrage voor verblijf in de verpleegkliniek en de kosten van het verzorgingstehuis. Deze kosten waren hoog. Voor een periode van ongeveer zes jaar, eerst tezamen en later voor de man alleen, bij elkaar ongeveer f 250.000. Het echtpaar was vermogend en daarom werd de maximale eigen bijdrage in rekening gebracht.

De WAM-verzekeraar meende dat - behalve de concreet bespaarde kosten van voeding en bewoning van het eigen huis - ook de fictieve huurwaarde op de schade in mindering diende te worden gebracht als opkomend voordeel. Het was volgens de verzekeraar omstreeks juni 1991 duidelijk dat terugkeer naar de eigen woning definitief onmogelijk was en het echtpaar had de woning dus kunnen verkopen of verhuren. Bij verkoop was het in de woning geïnvesteerde vermogen vrijgekomen en zou het rendement een te verrekenen voordeel hebben opgeleverd. Een andere maatstaf kon volgens de verzekeraar zijn de waardestijging in de periode van oktober 1991 tot aan de uiteindelijke verkoop in november 1996, die op basis van een verklaring van een makelaar werd gesteld op f 67.500. De verzekeraar achtte als opkomend voordeel een fictieve huurwaarde van f 1.000 per maand, gedurende 57 maanden van oktober 1991 tot en met het overlijden van de man in juni 1996, redelijk.

Weliswaar is formeel oud recht van toepassing, maar ook toen gold een regel als neergelegd in art. 6:100 BW. Voor de beoordeling maakt dat dus geen verschil.

De rechtbank

De rechtbank oordeelde dat "... als besparingen enkel dienen te worden aangemerkt de kosten besteed aan voeding, wonen, alsmede aan gas, licht en water... (en) ... de kosten terzake van gezinszorg ..." en was het dus niet met de verzekeraar eens dat een fictieve huurwaarde een te verrekenen voordeel opleverde.

Het hof

"Het vrijkomen van de eigen woning levert niet alleen voordeel op door het wegvallen van de vaste lasten van die woning doch ook door het vrijkomen van het in die woning geïnvesteerd vermogen. Indien de woning een gunstige investering vormt en om die reden niet wordt verkocht is het voordeel gelegen in de mogelijkheid de woning te verhuren. Als voordeel dienen derhalve niet alleen de wegvallende kosten van gas, water, licht, schoonmaakkosten e.d. - de gebruikelijke bewoningskosten - te worden verrekend doch ook de door het einde van de eigen bewoning vrijkomende huurwaarde".

Het door de verzekeraar gestelde bedrag van f 1.000 per maand werd door het hof overgenomen en - gerekend over de genoemde periode - leverde dat dus een voordeel op van f 57.000. Dit voordeel is geheel fictief van aard, want het staat vast dat de woning niet verhuurd is geweest.

De Hoge Raad

"Bij de bepaling van het voordeel dat de schadeveroorzakende gebeurtenis voor de benadeelde heeft opgeleverd ... mag in het algemeen slechts rekening worden gehouden met het voordeel dat ... daadwerkelijk is gerealiseerd of naar redelijke verwachting zal worden gerealiseerd en heeft geresulteerd dan wel naar redelijke verwachting zal resulteren in door hem in werkelijkheid genoten inkomsten of in besparing van reële uitgaven. Een voordeel dat geheel fictief van aard is ... dient in het kader van de voordeeltorekening, bijzondere omstandigheden daargelaten, buiten beschouwing te blijven."

Commentaar

De wet maakt het mogelijk dat over eenzelfde ongeval tegelijkertijd voor verschillende fora wordt geprocedeerd. De zorgverzekeraar kon de WAM-verzekeraar dagvaarden in Haarlem gelet op de plaats van diens vestiging. De slachtoffers konden de automobiliste dagvaarden voor de Rechtbank Maastricht want dat was hun woonplaats. De advocaat van het echtpaar wist, of had kunnen weten, dat ook over de vordering van de zorgverzekeraar een geschil bestond. De zorgverzekeraar was namelijk betrokken geweest bij het voorlopig getuigenverhoor. Vanwege de verknochtheid van beide zaken had destijds verwijzing gevorderd kunnen worden - thans art. 220 Rv. Dat is niet gebeurd.

Zo kon het ook gebeuren dat hoger beroep werd aangetekend bij het Hof Amsterdam en bij het Hof 's-Hertogenbosch. Dat het resultaat was dat bij de vordering van de zorgverzekeraar werd uitgegaan van volledige aansprakelijkheid en bij de vordering van de slachtoffers van 30 % eigen schuld, geeft echter

wel een gevoel van onrechtvaardigheid. Het lijkt een zwakte van ons systeem dat verschillende fora aan precies dezelfde feiten compleet verschillende consequenties kunnen verbinden.

De juridische werkelijkheid kan, net als de grot van Plato, vlakker zijn dan de realiteit. In zijn conclusie stelt A-G Spier dat niet is gebleken dat het echtpaar S is staat was zich te realiseren dat verkoop van hun woning geëigend was en dat de WAM-verzekeraar dit ook niet in overweging heeft gegeven. De A-G meent dat de onderhavige zaak zich er daarom al niet voor leent om, zelfs wanneer er rechtens grond zou kunnen bestaan, fictieve voordelen in rekening te brengen.

Al begin 1992 is er namens de verzekeraar echter wel degelijk op gewezen dat het niet nodig was de woning aan te houden. Bij het voorlopig getuigenverhoor op 15 december 1992 was de heer S, gepromoveerd arts, compos mentis. De woning werd door de kinderen gebruikt om te overnachten als zij hun ouders kwamen bezoeken, terwijl bleek dat ook het verzorgingstehuis een overnachtingsmogelijkheid voor familie had. Ook in het voorlopig getuigenverhoor werd door de heer S al letterlijk gezegd dat de woning als pied-à-terre door de kinderen werd gebruikt. De woning werd dus eigenlijk voor het gemak van de kinderen aangehouden. De zoon, die het echtpaar bijstond en ook bij de preprocesuele onderhandelingen was betrokken, is universitair geschoold econoom. Dat eisers zich niet konden realiseren dat verkoop van de feitelijk meestentijds leegstaande woning was geëigend, is onder deze omstandigheden toch wat moeilijk voor te stellen. Dat het aanhouden van de woning ook consequenties kon hebben is echter onvoldoende voor het voetlicht gebracht.

Enige inconsequentie valt in de uitspraken op het eerste gezicht ook wel te bespeuren. De rechtbank overwoog reeds in het tussenvonnissen van 4 april 1996 op basis van medische informatie dat het echtpaar er al in juni 1991 van overtuigd was dat zij niet meer terug konden keren naar hun eigen woning. Het hof onderschreef dit. Als volgens rechtbank en hof vaststond dat het echtpaar al in juni 1991 wist dat het niet meer terug zou kunnen keren naar de eigen woning, waarom kon de woning toen dan niet worden verkocht?

De A-G meent dat de enkele omstandigheid, dat de echtelieden wisten dat zij niet konden terugkeren, nog niet met zich meebrengt dat zij gehouden waren hun woning te verkopen.

De fictieve huurwaarde zou zich ook bij verkoop in de tweede helft van 1991 niet hebben geconcretiseerd. De vraag is dan of het rendement van de opbrengst bij eerdere verkoop of een deel van de opbrengst bij latere verkoop redelijkerwijs ten goede zou hebben moeten komen aan de verzekeraar. Mij dunkt eerlijk gezegd van niet, want ook zonder ongeval zou het vermogen van het echtpaar, althans later de man en nog later de erven, daarmee zijn toegenomen. Verhuur zou de vrije verkoopwaarde juist negatief hebben beïnvloed.

De A-G zet de deur voor verrekening van een fictief voordeel nog wel op een kier, als een verzekeraar maar tijdig in overweging geeft een fictief voordeel te concretiseren en er ook op wordt gewezen dat het uitblijven daarvan niet zonder consequenties blijft. Dit zou dan misschien een 'bijzondere omstandigheid' zoals door de Hoge Raad bedoeld kunnen zijn. Voor de schaderegeling valt hier lering uit te trekken.

Het is de vraag of de verzekeraar meer succes zou hebben gehad met een beroep op de schadebeperkingsplicht die dogmatisch wordt beheerst door art. 6:101 BW. Ik denk het niet. Normaal gesproken leidt schending van de schadebeperkingsplicht tot meer schade, maar hier zou dan hoogstens sprake zijn van het mislopen van voordeel. _Zo ver lijkt mij de schadebeperkingsplicht niet te gaan. De A-G wijst er in zijn conclusie ook op dat hier in de jurisprudentie terughoudend mee wordt omgegaan.

Interessant is nog dat de A-G pleit voor het aanhouden als hoofdregel dat bij een deel eigen schuld de rechtsbijstandkosten toch volledig dienen te worden vergoed, als de verzekeraar door zijn standpunten die kosten nodeloos heeft doen oplopen. De Hoge Raad gaat hier niet in mee. Ook voor de rechtsbijstandkosten geldt de eigen schuldcorrectie.

Conclusie

Indien in een concreet geval moet worden beoordeeld of een gebeurtenis die voor een benadeelde schade heeft opgeleverd voor hem tevens een voordeel heeft opgeleverd, dient de rechter in de eerste plaats te onderzoeken of het gestelde voordeel wel in voldoende causaal verband staat met de schadetoebrengende gebeurtenis. De rechter is vervolgens vrij bepaalde voordelen niet in rekening te

brengen, indien hem dat niet redelijk voorkomt. De Hoge Raad heeft nu geoordeeld dat van voordeelstoerekening slechts sprake kan zijn, indien een voordeel werkelijk is of naar redelijke verwachting zal worden genoten.

De strekking van de wet is dat aan een benadeelde feitelijk nadeel wordt vergoed. Het is dan eigenlijk wel logisch dat ook alleen feitelijk voordeel kan worden verrekend. Zonder wettelijke basis ligt weinig voor de hand dat een schade zou worden verminderd door een niet werkelijk genoten voordeel.

Bulletin 2002, 5 Het gemoderniseerde burgerlijk procesrecht en de schaderegelingspraktijk

Het gemoderniseerde burgerlijk procesrecht en de schaderegelingspraktijk

Mevrouw mr. J.M.I. Winter, XL Winterthur International

Zoals in PIV-Bulletin 2002/02 was te lezen, is per 1 januari 2002 een aantal wijzigingen doorgevoerd in het burgerlijk procesrecht. Deze wijzigingen hebben betrekking op procedures die na die datum worden gestart. Dit betekent dat iedereen er in de dagelijkse praktijk al mee te maken heeft, voor zover procederen tot de dagelijkse praktijk behoort. Hieronder probeer ik een paar consequenties voor de schaderegelingspraktijk nader uit te werken. Daarbij teken ik aan dat het 'slechts' een eerste schot voor de boeg is. Uiteindelijk zal alleen de tijd ons leren welke consequenties de wijzigingen daadwerkelijk hebben.

Beperking schriftelijke ronden tot dagvaarding en conclusie van antwoord

Het beperken van de schriftelijke ronden tot dagvaarding en conclusie van antwoord heeft in ieder geval tot gevolg dat de vaak gehanteerde strategie in het voeren van procedures - het kruis zo lang mogelijk droog houden - niet langer mogelijk is. Iedere partij krijgt immers slechts één gelegenheid om zijn argumenten naar voren te brengen. Dit betekent een grote winst in de snelheid van de procedures.

Een nog belangrijker gevolg van de beperking van het aantal schriftelijke ronden is dat de zaak moet staan als een huis, voordat de procedure begint. Als we er van uitgaan dat het meestal de gelaedeerde is die de procedure begint, heeft de verzekeraar na het begin van de procedure meestal nog maar een beperkte tijd om zijn conclusie van antwoord voor te bereiden, en dat is diens enige - schriftelijke - gelegenheid om zijn standpunt nader toe te lichten. Zeker met de strengere rolreglementen - waardoor onbeperkt uitstel niet meer mogelijk is - is er te weinig tijd allerlei onderzoek te doen naar de mogelijke verweren en de bewijsmiddelen hiervoor. Het minnelijk traject is dus erg belangrijk geworden. In dit minnelijk traject moet goed worden uitgezocht welke feiten van belang zijn en wat de juridische positie is.

Hier openbaart zich echter een groot dilemma: wat moet worden onderzocht en hoever gaat men hierin? Dit hangt samen met de 'nieuwe exhibitieplicht': de rapporten van het onderzoek moet men ook aan de wederpartij overleggen, als die er om vraagt. Hierover berichtte collega Van Wees in PIV-Bulletin 2002/3 bij de bespreking van de uitspraak van de Raad van Toezicht Verzekeringsbedrijf (RvT) van 2 april 2001. Enerzijds kan het zijn dat men de wederpartij, die wellicht in bewijsnood zit, helpt door het onderzoek te doen en de wederpartij zo aan bewijs voor zijn stellingen helpt. Anderzijds dient te worden bedacht, dat de objectieve waarheidsvinding met betrekking tot de toedracht van een schadeveroorzakende gebeurtenis en de omvang van de schade voorop moet blijven staan.

Exhibitieplicht

De exhibitieplicht werkt twee kanten uit: de eiser (meestal gelaedeerde) moet informatie aan de gedaagde (meestal de verzekeraar, zowel materieel als formeel) ter beschikking stellen en de verzekeraar c.q. diens verzekerde moet informatie aan de gelaedeerde geven.

In het eerste geval kan het bijvoorbeeld om medische informatie gaan of om informatie met betrekking tot het verlies aan arbeidsvermogen.

In het tweede geval kan het anders liggen. Hoe vaak ontvangt een verzekerde niet een aansprakelijkstelling met de strekking: "U bent aansprakelijk, dus wil ik schadevergoeding ontvangen." Een verzekeraar doet vaak een onderzoek naar de feiten die aan de claim ten grondslag liggen of zouden kunnen liggen om een goede risicobeoordeling te maken. Aan de hand van de uitkomsten van het onderzoek bepaalt de verzekeraar een standpunt omtrent het ontkennen of afwijzen van de aansprakelijkheid. Als het een afwijzend standpunt is, is de verzekeraar gehouden het rapport waarop dit standpunt is gebaseerd te overleggen, zowel op basis van de uitspraak van de RvT als op grond van de exhibitieplicht. Dit rapport kan echter ook de wederpartij voldoende aanknopingspunten geven voor onderbouwing van zijn vordering. Iets wat hij daarvoor wellicht niet kon, omdat hij niet beschikte over bepaalde informatie. Deze wordt hem nu op een presenteerblaadje aangereikt. Het is dus van het grootste belang te bepalen wat wél en wat juist niet onderzocht dient te worden in het kader van een juiste beoordeling van een ingediende schadeclaim.

Het referentiekader van het onderzoek zou moeten worden bepaald door de stelplicht en de bewijslastverdeling. De wettelijke regels hieromtrent bepalen de juiste volgorde. Wie eist dient dat ook te bewijzen. Datgene dat de eisende wederpartij moet stellen en bewijzen, hoeft dan ook in principe niet door de verzekeraar te worden aangedragen. Nadat de verzekeraar een deugdelijk gemotiveerde en onderbouwde schadeclaim heeft ontvangen, beschikt deze immers over de juiste uitgangspunten, om de reikwijdte van het onderzoek te bepalen. Indien er hiaten zijn in de door de claimant aangeleverde onderbouwing van zijn claim, zal – bijvoorbeeld door middel van het stellen van gerichte vragen – eerst die omissie duidelijk voor het voetlicht moeten worden gebracht. Met name het laatste geval is een goed voorbeeld van objectieve waarheidsvinding, zonder dat de uitgangspunten terzake van stelplicht- en bewijslastverdeling geweld worden aangedaan. Op die manier worden zowel een snelle afwikkeling van de claim als duidelijkheid voor alle partijen gewaarborgd en blijft de objectieve waarheidsvinding voorop staan; zonder dat de uitgangspunten van de stel- en bewijsplicht geweld worden aangedaan.

Regels van stelplicht en bewijslastverdeling

Om vast te stellen welke hiaten de onderbouwing van een claim bevat dan wel wat precies moet worden onderzocht door een expert, moet dus eerst een juridische analyse van de zaak worden gemaakt. Wat vordert de wederpartij en wat is de grondslag daarvoor? Hoe zit het vervolgens met de stelplicht en bewijslastverdeling? Wat moet de eiser bij aanvang stellen en dus meestal ook bewijzen? Geldt bijvoorbeeld een omkering van de bewijslast op bepaalde punten of is te verwachten dat de rechter de eiser te hulp schiet door bepaalde stellingen direct als aannemelijk aan te nemen? Dan moet worden beoordeeld welke verweren mogelijk zijn en welke feiten daarvoor boven tafel moeten komen. Als dit alles bij de eerste beoordeling van de claim helder in kaart is gebracht, is vast te stellen hoe de expert zijn onderzoek moet inrichten, rekening houdend met datgene dat op het terrein van de eisende partij ligt. De kern van het onderzoek van de expert is immers objectieve waarheidsvinding en dat is in het belang is van alle betrokkenen.

Het Bureau Coördinatie Expertise (BCE) ontwikkelt een standaardindeling voor een rapport, dat zij aan hun leden (de onafhankelijke expertisebureaus) kunnen adviseren. Daarmee onderkent het BCE het belang van het rapporteren van uitsluitend feiten. Het blijft echter een zaak van de verantwoordelijke behandelaar te bepalen welke feiten onderzocht worden en waarover dus wordt gerapporteerd.

De schadebehandelaar heeft een grote verantwoordelijkheid. De juridische consequenties moeten al zijn doordacht voordat een expertiseopdracht wordt verstrekt. Het grootste probleem waarmee de schadebehandelaar worstelt is het verkrijgen van voldoende informatie om een goede beoordeling van de zaak te kunnen maken. In dat kader kan wat betreft de verplichtingen van de eisende partij worden gerefereerd aan een ándere recente uitspraak van de Raad van Toezicht, RvT 2002/11 d.d. 8 april 2002, waarin partiële fraude door de claimant leidde tot volledige afwijzing van zijn schadeclaim. Openheid van zaken dient op basis van wederkerigheid te geschieden. Daar waar verzekeraar en claimant elkaar als wederpartij betitelen, dient het adagium equality of arms te worden gerespecteerd.

De verhouding verzekerde en verzekeraar

In de verhouding verzekerde/verzekeraar zal allerlei informatie worden uitgewisseld die van belang is voor de beoordeling van de zaak door de verzekeraar. De verzekeraar moet voldoende informatie krijgen om de zaak te beoordelen. De eerste bron voor die informatie is de verzekerde. Het is de vraag in hoeverre er een soort vertrouwensrelatie bestaat tussen de verzekeraar en de verzekerde, zodat

verzekerde vrij deze informatie kan verstrekken zonder dat de wederpartij een kopie van die informatie kan opvragen op grond van de exhibitieplicht. Hier begint het ook een beetje Amerikaanse trekken te krijgen: wat valt onder een discoveryprocedure en wat niet? Tussen een advocaat en een cliënt bestaat zo'n vertrouwensrelatie. Het is algemeen geaccepteerd dat de schriftelijke informatie-uitwisseling tussen beiden niet door een wederpartij kan worden opgevraagd. Het is de vraag of dit ook geldt voor een verzekeraar. Een verzekeraar is in feite aan te merken als de 'belangenbehartiger' van een verzekerde, op grond van de polis. Daarom lijkt het verdedigbaar dat de informatie-uitwisseling tussen een verzekerde en verzekeraar niet onder de exhibitieplicht valt. Verzekerde en verzekeraar zouden in feite als één moeten worden beschouwd, zodat zij vrij de argumenten voor en tegen kunnen bespreken en aan de hand daarvan de strategie voor de behandeling van de zaak kunnen bepalen.

Tenslotte

De wijzigingen in het burgerlijk procesrecht kunnen verstrekkende gevolgen hebben voor de dagelijkse praktijk. In welke mate dat uiteindelijk het gevolg zal zijn, valt nu nog moeilijk te bepalen. Wat in ieder geval wél vaststaat is, dat de verantwoordelijke schaderegelaars bij iedere nieuwe schade voldoende stof hebben om over na te denken. In tegenstelling tot hetgeen de belastingdienst altijd stelt wordt ons werk niet makkelijker, maar wél leuker.