

Pagina 1
Omkeringsregel en medische aansprakelijkheid

Pagina 4
Is tijd geld?

Pagina 7
PIV Jaarconferentie 2004

Pagina 11
Verhaalsrecht werkgever ex art. 6:107a BW

Pagina 12
BGK tussenpersoon zaakschade en dubbele redelijkheidstoets

Pagina 13
BGK bij letsel en eigen schuld

Pagina 15
Agenda

Jaargang 7, april 2004

Stichting Personenschade

Instituut van Verzekeraars

Geen omkeringsregel bij medische aansprakelijkheid

HR 19 Maart 2004, LJN-Nr. AO 1299

Inleiding

Recent heeft de Hoge Raad een belangrijk arrest gewezen over de omkeringsregel bij medische aansprakelijkheid. Hieronder volgt eerst een weergave van de feiten en worden vervolgens de verschillende procedures besproken.

De feiten

Een 59 jarige man leed sinds twee jaar aan keelkanker. In verband met kortademigheid was verdenking op een recidief gerezen. De patiënt was zeer depressief en had suïcidale uitlatingen gedaan. Van zijn huisarts kreeg hij op woensdagochtend 4 september 1996 10 x 50 mg oxazepam – merknaam Seresta, een kalmerend middel.

Thuis nam de man twee van deze tabletten in. Of hij verder medicijnen heeft ingenomen is onbekend. Woensdagmiddag kwam de huisarts op verzoek van de echtgenote langs, omdat zij het niet vertrouwdde. De huisarts adviseerde haar de man te laten slapen en nam de overgebleven 8 tabletten oxazepam mee.

Op 5 september 's avonds werd de waarnemend huisarts (hierna te noemen 'de arts') gebeld. Hij bezocht de patiënt, die inmiddels zo'n 20 uur sliep. Lichamelijk onderzoek leverde geen bijzonderheden op. Bloeddruk, pols en temperatuur waren normaal, de patiënt was niet blauw en reageerde op pijnprikkels. Wél ademde hij wat moeizaam, wat werd geweten aan zijn reeds bekende kortademigheid. De conclusie was dat de man in diepe slaap was. De arts ging ervan uit dat de patiënt binnen twee uur zou ontwaken en sprak met de echtgenote af dat, als dat niet zo zou zijn dan wel de toestand zou verslechteren, zij hem zou bellen.

Mr. E. Lantinga
VVAA/MediRisk



De echtgenote viel in slaap. De volgende ochtend heeft zij incontinentieluiers gehaald bij de arts die, gealarmeerd door haar verhaal dat haar echtgenoot nog steeds niet aanspreekbaar was, de ambulancedienst heeft gebeld. De man bleek inmiddels te zijn overleden. Bij de patiënt werd geen obductie uitgevoerd.

Tuchtcollege

De echtgenote diende tegen de arts een klacht in bij het tuchtcollege. Het tuchtcollege achtte de klacht gegrond. De arts had zelf contact moeten opnemen met de echtgenote in plaats van haar te vragen te bellen, onder andere omdat de echtgenote er alleen voorstond en aan het eind van haar Latijn was. Bovendien meende het college dat een patiënt, die twee Seresta's heeft ingenomen, na 20 uur >

in beginsel wekbaar moet zijn. Er mocht dus extra waakzaamheid van de arts worden verlangd. Hem werd een waarschuwing opgelegd, de lichtst mogelijke sanctie.

Centraal Tuchtcollege

De arts ging in hoger beroep, en het Centraal Tuchtcollege vroeg een advies aan een hoogleraar Toxicologie. Deze deelde mee dat er, indien 2 x 50 mg oxazepam was ingenomen, na 20 uur geen sprake meer kon zijn van een natuurlijke slaap. Wellicht was er veel meer dan 2 x 50 mg ingenomen, eventueel andere medicijnen, of was er sprake van een ziekelijke aandoening van het centrale zenuwstelsel. Bij afwezigheid van een post-mortem onderzoek was het *“uitgesloten met enige zekerheid een uitspraak over de werkelijke doodsoorzaak te doen”*, aldus de hoogleraar. Het Centraal Tuchtcollege meende dat de arts de patiënt had moeten laten opnemen of binnen enkele uren een nieuw consult had moeten verrichten en bevestigde het oordeel van het tuchtcollege.

Het Centraal Tuchtcollege voegde overigens toe, zich erover te hebben verwonderd dat de echtgenote geen contact met de arts had opgenomen.

Rechtbank

Onder verwijzing naar de uitspraak van het Centraal Tuchtcollege stelde de echtgenote de arts aansprakelijk. Aansprakelijkheid werd afgewezen, omdat vanwege het ontbreken van obductie causaal verband niet was aange-toond.

Dit is wel erg stellig. Vergelijk bijvoorbeeld HR 12 juli 2002, NJ 2003, 151 (telfoutarrest), waaruit blijkt dat aan het oordeel van een tuchtcollege veel, maar geen doorslaggevend gewicht mag worden toegekend bij de beantwoording van een aansprakelijkheidsvraag.

Vervolgens, reeds binnen zes weken na de uitspraak van het Centraal Tuchtcollege, werd de arts gedagvaard. De rechtbank oordeelde in haar tussenvonnissen van 15 november 2000 dat – nu het Centraal Tuchtcollege tot het oordeel is gekomen dat de arts laakbaar onzorgvuldig was geweest en tuchtrechtelijk verwijtbaar had gehandeld – civielrechtelijke aansprakelijkheid vaststond.

Voor wat betreft causaal verband paste de rechtbank de omkeringsregel toe – indien door wanprestatie een risico op schade in het leven wordt geroepen en dat risico zich vervolgens verwezenlijkt, is causaal verband in beginsel gegeven – en oordeelde men dat het aan de arts was om te stellen dat de schade ook zonder zijn gedraging zou zijn ontstaan. De rechtbank gebruikte hier dus de formulering van vóór de – haar toen immers nog niet bekende – aanscherping van de omkeringsregel. Hieronder daarover meer.

Hof

De arts ging in hoger beroep. Het hof beoordeelde de aansprakelijkheidsvraag anders dan de rechtbank. Het hof concludeerde dat aansprakelijkheid *in beginsel* vaststond, maar dat de arts – conform het door hem gedane bewijsaanbod – mocht trachten aan te tonen dat hij had gehandeld als redelijk bekwaam huisarts onder gelijke omstan-

digheden, uitgaande van de kennis en ervaring en de professionele standaard zoals die in 1996 gold.

Ten aanzien van het causaal verband overwoog het hof dat toepassing van de omkeringsregel op zich juist is, maar dat in dit geval van belang is dat de doodsoorzaak niet kon worden vastgesteld aangezien er geen obductie heeft plaatsgevonden. Voor de arts was dit niet mogelijk, maar wel voor de echtgenote, die dit echter niet heeft gedaan. Daardoor was de arts in bewijsnood geraakt, hetgeen voor rekening van de echtgenote moest komen, zodat de omkeringsregel niet toegepast diende te worden. Het lag daarom op de weg van de echtgenote te bewijzen dat de dood van haar man en de daardoor voor haar ontstane schade een rechtstreeks gevolg was van het handelen of nalaten van de arts. Vanwege proceseconomische redenen gaf het hof eerst deze laatste bewijsopdracht, waarna – indien de echtgenote in haar opdracht zou slagen – de arts mocht aantonen dat hem geen verwijt trof.

Hoge Raad

Van deze uitspraak gaat de echtgenote in cassatie. De belangrijkste klacht luidt dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat de omkeringsregel niet dient te worden toegepast.

Onder meer wordt opgeworpen dat men een nabestaande niet mag aanrekenen dat deze in de korte periode tussen het overlijden en de begrafenis – tijdens welke periode natuurlijk emoties de boventoon voeren en aan een claim wellicht in het geheel nog niet wordt gedacht – een obductie weigert. Natuurlijk is er nu een bewijsprobleem. Echter, is het juist niet zo dat de aansprakelijk gestelde partij – die door zijn fout de nabestaanden in die moeilijke positie had gebracht – er niet in bewijsrechtelijke zin van mag profiteren dat er geen obductie is verricht? Ook wordt het hof verweten dat men een geheel nieuwe bewijsregel in het leven heeft geroepen, die er op neer komt dat onder omstandigheden op die omkeringsregel – die op zich een uitzondering is op de algemene regel van art. 150 Rv., populair gezegd *“Wie eist, bewijst”* – ook weer een uitzondering kan worden gemaakt.

De Hoge Raad hanteert echter een andere insteek. Allereerst herhaalt hij de aangescherpte formulering van de omkeringsregel, zoals weergegeven in HR 29 november 2002, VR 2003, 42 (Transport Ferry; P&O/NS; Vos; STAR)) en 191 (Kastelijn/Achtkarspelen), waarin de raad verduidelijkt dat voor toepassing van de omkeringsregel alleen plaats is als het gaat om *“schending van een norm die ertoe strekt een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade bij een ander te voorkomen en als dit gevaar door de normschending in het algemeen in aanmerkelijke mate wordt vergroot”* en overweegt vervolgens: *“Kennelijk heeft het hof geoordeeld dat het niet mogelijk was een dergelijke (op een specifiek gevaar gerichte) norm aan te wijzen en dat dit overigens ook niet noodzakelijk was op grond van zijn oordeel dat de omkeringsregel in dit geval geen toepassing kon vinden, reeds omdat niet kan worden gezegd dat zich een specifiek gevaar in de zin van voormeld arrest heeft verwezenlijkt. Volgens zijn in cassatie niet bestreden vaststel-*

ling heeft geen post-mortem onderzoek plaatsgevonden en is daardoor de doodsoorzaak niet komen vast te staan, hetgeen in een geval als het onderhavige voor toepassing van de omkeringsregel wel noodzakelijk was geweest.”

De Hoge Raad voegt hier nog aan toe dat niet is vastgesteld dat het niet uitvoeren van de obductie voor rekening van de arts zou behoren te komen.

De raad oordeelt dus dat – indien geen post-mortem onderzoek is uitgevoerd – de omkeringsregel niet dient te worden toegepast, behalve in uitzonderingsgevallen waarin dit niet uitvoeren voor rekening van de arts zou moeten komen. Men kan hierbij in geval van een claim tegen een ziekenhuis ook denken aan de situatie dat er wél obductie is uitgevoerd, maar het obductieverslag in het ziekenhuis is zoekgeraakt.

Commentaar

De Hoge Raad gaat nog verder en stelt dat – indien een arts een beroepsfout wordt verweten – het in de meeste gevallen gaat om het verwijt dat hij niet heeft gehandeld volgens de in art. 7:453 BW neergelegde algemene norm, dat hij de zorg van een goed hulpverlener in acht moet hebben genomen en moet hebben gehandeld in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid voortvloeiende uit de voor artsen geldende professionele standaard: *“Dit brengt mee dat met betrekking tot het bewijs van de stelling dat de fout tot een bepaalde schade heeft geleid, in die zin dat tussen de fout en die schade een conditio sine qua non verband bestaat, in die gevallen geen plaats zal zijn voor toepassing van de omkeringsregel.”*

Het woord ‘algemeen’ heb ik cursief opgenomen, omdat ik meen dat dit woord door de Hoge Raad wordt gebruikt om de tegenstelling met de norm uit de hierboven reeds vermelde arresten aan te geven (*“specifiek”*).

Omdat de omkeringsregel dus niet van toepassing is bij de schending van de algemene norm van genoemd artikel, zal moeten worden geoordeeld op basis van art. 150 RV. Wel gelden daarbij enkele kanttekeningen:

- Op grond van gebleken feiten en omstandigheden kan een rechter tot het voorlopige oordeel komen dat, behoudens tegenbewijs door de arts, de eiser in het bewijs van het causaal verband is geslaagd. Dit lijkt mij niets bijzonders: in duidelijke kwesties – zoals het afzetten van een verkeerd been – geeft men niet aan de patiënt een bewijsopdracht, maar aan de arts. Overigens zal het in de praktijk niet snel voorkomen dat zo’n duidelijke zaak voor de rechter komt.
- Op de arts rust een informatieplicht die meebrengt dat hij ter motivering van zijn betwisting aan de patiënt de gegevens verschaft waarover de arts de beschikking kan hebben. Dit is vaste rechtspraak vanaf HR 20 november 1987, NJ 1988, 500 (Timmer/Deutman), zoals meer recent nog bevestigd in HR 7 september 2001, NJ 2001, 615 (M./Van D.). Dat is alleszins redelijk, want de arts beheert immers in het algemeen het medisch dossier, een belangrijk bewijsmiddel. De arts dient dus de medische gegevens over te leggen om de patiënt behulpzaam te

zijn bij zijn stelplicht. Verder gaat deze plicht, die in de praktijk wel ophelderingplicht wordt genoemd, eigenlijk niet. Zie bijvoorbeeld HR 7 juni 2002, zaaknr. C00/270HR – bij mijn weten niet gepubliceerd – waarin werd geoordeeld dat van de arts, die reeds het complete ziekenhuisdossier ter beschikking heeft gesteld, niet een verklaring van het opgelopen letsel mag worden verlangd. In plaats daarvan moest de patiënt, een architect, bewijzen dat het zenuwletsel in zijn arm te wijten is aan de ziekenhuisopname.

Kortom, denkbaar is dat eerst het ziekenhuis een bewijsopdracht krijgt, bijvoorbeeld omdat een relevant gedeelte van het medisch dossier ontbreekt. Slaagt zij in die opdracht dan kan de patiënt vervolgens met bewijs worden belast.

- Tenslotte wees de Hoge Raad er op dat er sprake kan zijn van situaties waarbij wel sprake is van een norm die tegen een specifiek gevaar beschermt, in welk geval de omkeringsregel wel toepassing kan vinden, indien dit specifieke gevaar zich heeft verwezenlijkt. Zie HR 2 maart 2001, NJ 2001, 649 (Protocolarrest). In dit arrest was sprake van een, in een protocol vastgelegde, norm die beoogde het specifieke gevaar van het ontstaan van trombose na een operatie tegen te gaan. Nu de arts geen antistollingsmiddel had gegeven, zoals van hem krachtens het protocol verlangd mocht worden, en er was trombose ontstaan, was in beginsel het causaal verband gegeven.

Conclusie

Voor de medische aansprakelijkheidspraktijk is dit een belangrijk arrest. De omkeringsregel is vanwege de aard van de norm waaraan bij medische aansprakelijkheid wordt getoetst in beginsel niet van toepassing.

Voor andere sectoren van de verzekeringspraktijk – waarin vaker sprake zal zijn van specifieke verkeers- en veiligheidsnormen – heeft deze uitspraak veel minder waarde.

De vraag is nu of de echtgenote de procedure bij het hof, waarnaar werd terugverwezen, zal doorzetten. Hoe kan zij na ruim zeven jaar nog aantonen dat er causaal verband bestaat tussen het onzorgvuldige handelen van de arts en het overlijden van haar man?

Is tijd geld?

Concrete of abstracte schadevergoeding voor anders bestede tijd



Mevrouw mr. D.M. Looten,
Van der Nat Litigation

Inleiding

In aansprakelijkheidskwesties met personenschade komt het geregeld voor dat tijd anders wordt besteed dan zonder de aansprakelijkheid scheidende gebeurtenis het geval zou zijn geweest.

Deze tijdbesteding laat zich in vijf hoofdgroepen samenvatten. Daarvan worden er hier vier behandeld. De vijfde groep – gezinsleden die tijdelijk huishoudelijke taken van een benadeelde overnemen – wordt onder andere uitgebreid behandeld door mr. P. van der Nat en mr. J.M. Tromp in het hoofdstuk ‘Hulp en geld (binnen het gezin)’ in de PIV publicatie: Kimman e.a., Het gezin als schadelijder, Zeist: Kerkebosch 2002, p. 49.

Vier vragen

Of tijd geld is en hoe deze tijd is te waarderen in letsel-schadezaken, kan worden beantwoord aan de hand van de volgende vragen:

1. Kan men tijd die men op een andere manier invult dan was beoogd, benoemen als vermogensschade?
2. Komt deze schade voor vergoeding in aanmerking? En, als dit zo is:
3. Moet men deze schade concreet of abstract berekenen?
4. Hoe kan men de omvang van de schade bepalen?

Vier voorbeelden

1. Verlies van vrije tijd van de gewonde

Voorbeeld: als gevolg van een gebroken been kan een freelancer niet zoals gepland gaan zeezeilen. Na zijn genezing moet hij opnieuw werkdagen inleveren om toch nog te genieten van een zeezeilvakantie.

2. Verlies van vrije tijd van derden als gevolg van letsel van de gewonde; de tijd wordt aangewend in het belang van de gewonde

Voorbeeld: ouders leveren vrije tijd in om hun minderjarig kind in het ziekenhuis op te zoeken en om dit kind thuis langdurig en intensief te verzorgen en verplegen.

3. Verlies van werktijd en van vrije tijd van een ouder van een minderjarig kind na overlijden van de andere ouder; de tijd wordt aangewend ten behoeve van het kind

Voorbeeld: niet samenwonende en parttime werkende ouders besteden elk het niet gewerkte deel van hun tijd aan de verzorging en opvoeding van hun minderjarig kind. Een van de partners overlijdt. De ander neemt eerst een maand vrij om het kind op te vangen. Vervolgens gaat hij/zij nóg een dag minder werken. Het kind gaat op de werkdagen naar de kinderopvang.

4. Verlies van tijd van degene jegens wie een fout is gemaakt; de tijd wordt aangewend voor een derde

Voorbeeld: de moeder die na voltooiing van haar gezin alsnog een kind krijgt door de fout van een arts. Zij kiest ervoor haar betaalde baan op te zeggen. Zij verzorgt het kind en voedt het op.

Vier antwoorden

1. Anders bestede tijd van de gewonde

In het eerste voorbeeld is tijd geld. De schade die voor vergoeding in aanmerking komt is concreet te berekenen. Deze schade bestaat uit de door de uitgestelde vakantie gemiste inkomsten van de freelancer. Schakelt de freelancer tijdens zijn vakantie een vervanger in, dan komen de daarmee gemoeide kosten voor vergoeding in aanmerking, mits de omvang daarvan redelijk is. Reserveert de gewonde overigens niet opnieuw vrije dagen om de vakantie alsnog te genieten, dan vertaalt deze schade zich in een hoger smartengeld.

2. Anders bestede tijd bij letsel van derden

Of ook in het tweede voorbeeld tijd geld is, is te beantwoorden aan de hand van de maatstaf die de Hoge Raad heeft aangegeven in de zaak van Johanna Kruidhof. De minderjarige Johanna liep ernstige brandwonden op waarvoor een ander aansprakelijk was. Zie HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564 (Losser/Kruidhof).

Voor de behandeling van haar verwondingen waren verschillende opnames in een brandwondencentrum nodig. Johanna vorderde van de aansprakelijke als haar eigen schade het verlies van door haar ouders bestede vrije tijd voor haar verpleging en verzorging thuis en van de door hen opgenomen vakantiedagen voor ziekenhuisbezoek. Of deze schade ex art. 1407 BW (oud) voor vergoeding in aanmerking komt achtte de Hoge Raad afhankelijk van het antwoord op de vraag of deze schade is te beschouwen als door Johanna geleden vermogensschade. De omstandigheden van het geval zijn daarvoor beslissend. Uit het

arrest is af te leiden dat daarvoor – tenminste – van belang zijn:

- de hulpbehoefte van de gewonde door het ernstige letsel (naast opname in het ziekenhuis en medische ingrepen ook intensieve en langdurige verpleging),
- de wijze waarop de ouders hun vrije tijd hebben besteed (voor het bezoeken van hun kind en voor de verpleging en verzorging daarvan thuis),
- of de ouders op redelijke grond hebben beslist de hulp te bieden (was het redelijk het kind te bezoeken en was het redelijk het kind thuis te verplegen en te verzorgen in plaats van in het ziekenhuis) en
- de aannemelijkheid dat professionele hulp tegen betaling zou zijn ingeschakeld als de ouders niet bereid of niet in staat zouden zijn geweest de ingeleverde vrije tijd te geven.

In zijn conclusie voor dit arrest noemt A-G Spier tevens als relevante omstandigheden:

- de nauwe band tussen de gewonde en degene die de taak van de professionele hulp overneemt; en verder
- de wezenlijk schrijnende situatie als voor de werkzaamheden niet zou worden betaald, waarvoor tenminste nodig is dat het gaat om een relevant tijdsbeslag.

Zie ook Bloembergen in zijn noot onder dit arrest, die eveneens noemt: “de aard van de relatie tussen de gewonde en degene die de taak van een professionele hulp overneemt”. Een ouder of partner is niet gelijk te stellen aan anderen die de verpleging en verzorging op zich nemen, als broers, zussen, kennissen, vrienden en burens. Als andere van belang zijnde factoren kunnen worden genoemd: de aard en de gevolgen van het letsel. Zie F.Th. Kremer, TVP 2002, p. 125.

Letsel dat ongeneeslijk is, waarvoor een verpleeghuisopname is geïndiceerd of waarvoor stervensbegeleiding volgt, is niet hetzelfde als letsel dat op enig moment zover is genezen dat verdere verzorging en verpleging thuis kan volgen, waardoor bovendien het genezingsproces mogelijk sneller zal verlopen. Zie HR 6 juni 2003, NJ 2003, 504 (Krüter/Wilton-Feijenoord) en het artikel daarover van A. Ales in PIV-Bulletin 2003, 6.

Wél vergoeding van verplegings- en verzorgingsuren

De Hoge Raad oordeelde in het Kruidhof-arrest dat het de rechter bij de begroting van de schade vrij staat terzijde te laten dat de ouders Johanna hebben verpleegd en verzorgd. Niet relevant is dat de ouders tegenover Johanna geen aanspraak hebben op een geldelijke vergoeding. Evenmin is relevant dat zij hun dochter hebben verzorgd en verpleegd zonder dat dit ten koste is gegaan van hun inkomsten. Als te vergoeden schade werd beschouwd de door de ouders bestede tijd aan de langdurige en intensieve thuisverpleging en -verzorging van Johanna, die noodzakelijk was door het ernstige letsel. Dit waren taken die de ouders op redelijke gronden op zich hadden genomen in plaats van deze uit te besteden aan professionele hulpverleners die voor hun diensten worden betaald. Over de omvang van de schade heeft de Hoge Raad aangegeven dat de schade maximaal toewijsbaar is tot het geschatte bedrag van de bespaarde kosten voor professionele hulp – abstracte schadeberekening als bovengrens.

Voor voortdurende, dagelijkse verzorging van een gewonde wees de rechtbank Amsterdam eerder concrete schade toe. De rechtbank vond het niet onredelijk de gemiste netto inkomsten van de verzorgende ouder als vergoeding toe te kennen. Dit was een lager bedrag dan de kosten van een professionele hulp zouden zijn geweest. Zie Rb. Amsterdam, 17 maart 1994, VR 1995, 204 (R./Sun Alliance).

Geen vergoeding van bezoeken

Anders oordeelde de Hoge Raad ten aanzien van de opgenomen vrije dagen van de ouders voor bezoeken van Johanna in het brandwondencentrum. Niet aannemelijk werd geacht dat de ouders daartoe professionele – dus betaalde – hulpverleners zouden hebben ingeschakeld als zij voor de bezoeken geen tijd hadden kunnen vrijmaken. Zie r.o. 3.4.1 van het Kruidhof-arrest.

Verzorging van een terminale patiënt

Wat als de echtgenote een terminale patiënt tijdens de laatste weken van het leven verzorgt? De Hoge Raad overwoog dat dan ook de maatstaf moet worden gehanteerd die is aangegeven in het Kruidhof-arrest.

Zie Krüter/Wilton-Feijenoord en A. Ales, PIV-Bulletin 2003, 6. Toepassing van deze maatstaf leidde tot afwijzing van de vordering van vergoeding voor verzorging omdat het inschakelen van professionele hulp in gevallen als deze niet normaal en gebruikelijk is.

Volgens huidig recht leidt het tweede voorbeeld tot een zelfde beoordeling als hiervoor is geschetst en kan dezelfde conclusie worden getrokken uit het voorgaande. Aan naastenliefde bestede tijd voor intensieve verpleging en verzorging van een ernstig gewonde kan onder omstandigheden geld zijn. Dit geldt echter niet voor mantelzorg in de vorm van ziekenhuisbezoek en stervensbegeleiding. Zie ook A-G Spier voor HR 6 juni 2003 (Krüter/Wilton-Feijenoord).

3. Anders bestede tijd na overlijden

In het derde voorbeeld is de vraag of de door de overblijvende ouder bestede tijd schade van het kind vormt door het missen van levensonderhoud als gevolg van overlijden van de andere ouder (art. 6:108 BW). Onder het oude recht heeft de Hoge Raad beslist dat uitgaven die nodig zijn geworden door het missen van de inbreng van een ouder bij de verzorging en opvoeding van minderjarige kinderen, schade is die in beginsel volgens art. 1406 BW (oud) voor vergoeding in aanmerking komt. Daarbij is niet van belang in welke situatie de kinderen na het overlijden overigens komen te verkeren dankzij de manier waarop de nog levende ouder aan zijn verplichtingen jegens hen voldoet. Zie HR 5 juni 1981, NJ 1982, 221 (Tijsterman/Hony); HR 28 februari 1987, VR 1987, 16 (Huiskes; Niks/Snippe); en Hof Arnhem 28 maart 1984, VR 1985, 33 (Snippe/Huiskes; Niks). Uit de Parlementaire Geschiedenis volgt dat dit niet anders is onder het huidige recht. Zie Eindverslag I, PG 6, p. 404.

Het voorgaande toegepast op het derde voorbeeld, gezien ➤ 5

in het licht van het arrest inzake Johanna Kruidhof, leidt tot het volgende. Het kind heeft recht op vergoeding van schade door het missen van de verzorging en opvoeding door het overlijden van de ouder. Deze schade is abstract te begroten. De schade is hoogstens gelijk aan de kosten voor professionele naschoolse opvang voor de duur van de periode waarin het kind de opvang in redelijkheid behoeft. Dit geldt ook voor de periode dat de overgebleven ouder vrije en betaalde tijd heeft aangewend voor de verzorging en opvoeding van het kind. Vergelijk S.D. Lindenbergh, TVP 2002, p. 62. Hier is tijd geld.

4. Anders bestede tijd bij *wrongful birth*

Het vierde voorbeeld betreft zaken waarin een arts een fout maakt bij sterilisatie waardoor een kind kon worden geboren. De Hoge Raad achtte in een dergelijk geval de arts aansprakelijk voor alle vermogensschade die in zodanig verband staat met de fout dat zij als een gevolg daarvan kan worden toegerekend. Het antwoord op de vraag of in dit voorbeeld de moeder aanspraak kan maken op vergoeding van schade door het besteden van tijd voor opvoeding en verzorging van het kind in plaats van deze tijd tegen betaling te werken, is niet zonder meer te geven. Dat hangt er van af of de moeder in redelijkheid tot haar keuze kon komen om niet te werken. Bij de beoordeling daarvan zijn – onder andere – van belang: haar vrijheid tot het inrichten van haar leven enerzijds en haar plicht tot schadebeperking anderzijds. Zie HR 21 februari 1997, NJ 1999, 145 (*wrongful birth*).

Hof Den Bosch achtte in een vergelijkbaar geval de (te respecteren) keuze van de moeder, enige jaren af te zien van betaald werk, in de rechtsverhouding tussen partijen een omstandigheid die aan de moeder moet worden toegerekend. Omdat zij door deze keuze kosten had uitgespaard van professionele opvang – kosten die zij had gemaakt in het geval zij was gaan werken – en in zoverre schadebeperkend was opgetreden, bracht de redelijkheid mee dat toewijsbaar was een vergoeding van de uitge-

spaarde kosten. Zie Hof Den Bosch 18 maart 1996, NJ 1997, 644 (Ziekenzorg Mijnstreek/X).

In dit laatste geval dus: abstracte begroting van vermogensschade van de benadeelde, te bepalen op de bespaarde kosten van professionele hulp. Ook hier kan tijd geld zijn.

Samenvatting

Uit de gegeven voorbeelden kan worden afgeleid dat tijd in bepaalde gevallen geld kan zijn:

- De schade die onder omstandigheden door een andere besteding van tijd voor vergoeding in aanmerking komt is maximaal te begroten op:
- het bedrag waarop de professionele arbeid is te waarderen – voorbeeld 1 en mogelijk voorbeeld 4; en
- de waarde van de betaalde hulp die zou zijn ingeroepen, als naasten en derden hun tijd niet zouden hebben aangewend ten behoeve van de gewonde, de nabestaande of degene die is geboren als gevolg van een fout van de aansprakelijke partij – voorbeelden 2, 3 en 4.
- Redelijk is dat een lager bedrag wordt toegekend als de concrete schade geringer is. Dit geldt ook in het geval het niet nakomen van de schadebeperkingsplicht tot gevolg heeft dat niet alle schade door het aanwenden van betaalde tijd voor een andere, niet betaalde besteding, is af te wentelen op de aansprakelijke partij.

Conclusie

De conclusie die uit het vorenstaande kan worden getrokken is dat in personenschadezaken niet voor elke inbreuk op besteding van tijd een vergoeding kan worden afgedwongen. Er blijft (vrije) tijd die is aangewend ten behoeve van een benadeelde, tijd die ontegenzeggelijk waardevol is besteed, maar geen vermogensschade vormt en dus niet op geld is te waarderen. De Hoge Raad heeft in het Kruidhof-arrest een maatstaf voor beoordeling gegeven en daarmee grenzen van aansprakelijkheid getrokken. Zie ook Spier voor HR 6 juni 2003 (Krüter/Wilton-Feijenoord).

De beloning voor rechtshulp: (wel)vergoed en welverdiend?

Verslag van de 4e PIV Jaarconferentie

Op vrijdag 26 maart 2004 verzamelden ongeveer 200 mensen zich in De Reehorst te Ede voor de PIV Jaarconferentie 2004.

In de dagelijkse letselschadepraktijk komen op grote schaal discussies voor over de invulling van de dubbele redelijkheidstoets, zoals verwoord in art. 6:96 lid 2 BW. De discussies hebben niet alleen betrekking op bijvoorbeeld het uurtarief van de belangenbehartiger, maar ook op het aantal door de belangenbehartiger bestede uren en de specificatie daarvan.

De dag werd traditioneel voorgezeten door de qua tijdrestrictie strenge doch qua inbrengmogelijkheden rechtvaardige prof. mr. J.H. Wansink – hoogleraar verzekeringsrecht, Verzekeringinstituut EUR.

Vier prikkelende stellingen werden op basis van een rolspel door een spreker verdedigd en door een andere spreker bestreden, waarna beiden de gelegenheid kregen op het betoog van de ander te reageren.

In de middag werd over de stellingen in kleinere groepen verder gediscussieerd.

Stelling 1: Het systeem van ‘no cure no pay’ zal door de te verwachten selectie aan de poort tot minder schadeclaims leiden.

Y.P.J. Drost – letselschadebureau Drost – beet het spits af en verdedigde deze stelling. Hij stelde dat verlieszaken en winstzaken het uurtarief bepalen. Dit mechanisme bepaalt de vraag. Alle grote en winstgevendende zaken zullen op basis

Mevr. mr. M.E. Hoyer,
AMEV Personenschade



Mevr. J.M. Polman,
Stichting PIV

van no cure no pay worden afgewikkeld. Bij kleine en verliesgevendende zaken zal het uurtarief worden gehanteerd. Het gevolg hiervan is dat veel belangenbehartigers geen kleine en verliesgevendende zaken meer zullen aannemen. Het gaat immers om goed ondernemerschap. Er zal druk ontstaan op de gesubsidieerde rechtshulp. Hierdoor zal het totale aantal zaken afnemen, meende Drost.

Mr. G.C. Endedijk – Kennedy Van der Laan Advocaten – was het daarmee oneens. Hij stelde dat het systeem van no cure no pay ontegenzeggelijk leidt tot een toename van het eigen belang van een advocaat in de zaak van zijn cliënt. Dit gegeven zal niet tot een afname van zaken leiden, eerder het tegenovergestelde. Voor benadeelden valt bovendien het kostenaspect weg. Benadeelden die eerst niet claimden, doen dit bij no cure no pay wel. Ook dit aspect heeft een toename van zaken tot gevolg. Waarschijnlijk zullen de claims ook hoger worden. De rechter zal bij het vaststellen van de schade rekening houden met het feit dat de benadeelde een deel van zijn vergoeding moet afstaan aan de belangenbehartiger. Vanuit de discussiegroepen werd nog opgemerkt dat in feite de belangenbehartiger de keuze voor vergoeding op basis van no cure no pay of het uurtarief bepaalt, deze adviseert immers de cliënt. Hierdoor ontstaat er voor de belangenbehartiger een win/win situatie. Een benadeelde zal belangenbehartigers met betrekking tot hun tarief niet



1e rij: Hefting, Barendrecht, Van der Kolk, Van Dort, Endedijk, Van Wassenaer, Kremer en Drost; 2e rij: Wansink en Lindenberg

tegen elkaar uitspelen. De benadeelde kent immers de markt niet en is daarom niet in staat om concurrentie tussen belangenbehartigers uit te nutten. Tevens werd opgemerkt dat de kleinere claims niet zullen verdwijnen. Deze komen echter niet meer bij een belangenbehartiger terecht, maar gaan rechtstreeks naar de verzekeraar. Tot slot werd opgemerkt dat men wel vreest voor de omvang van de schade. Wat voor belang heeft een advocaat immers nog om een benadeelde te reintegreren? Volgens Endedijk dient de benadeelde op de eerste plaats te komen. Dat moet bovenaan staan. Het belang van cliënt is niet gelijk aan de hoogte van de beloning van de advocaat.

Stelling 2: No cure no pay zal tot minder discussie aanleiding geven over buitengerechtelijke kosten; eigenlijk zou de verzekeraar de contingency fee volledig als buitengerechtelijke kosten moeten vergoeden.

Mr. R.M.J.T. van Dort – Van Dort Letselschade – betoogde dat de verzekeraar de fee volledig zou moeten vergoeden. Dit mits de fee redelijk is, duidelijk is wat wel en niet onder de fee begrepen is en er geen onderscheid wordt gemaakt naar aard van de zaak of omvang van de schade. Indien dat het geval is, zal er minder discussie zijn over de buitengerechtelijke kosten, wat in het belang is van beide partijen. De belangenbehartiger is degene die de fee bepaalt. Hij schat risico's in op basis van zijn deskundigheid, ervaring en persoonlijke voorkeuren. Een goede afstemming met de verzekeraar over de omvang en de inhoud van de fee is noodzakelijk. Hoe meer kosten in de fee zijn inbegrepen, hoe hoger de fee wordt. Wanneer de fee is gebaseerd op gespreide gemiddelden betekent dit ook een gespreid risico voor de verzekeraar. Bovendien is er geen voortdurende inhoudelijke discussie meer over de omvang van de gedeclareerde uren of het tarief. Dit is efficiënt en kostenbesparend, zo meende spreker.

Mr. D.J. van der Kolk – Houthoff Buruma Advocaten – was het niet met Van Dort eens en wees op het bijzondere karakter van de buitengerechtelijke kosten. Spreker bena-



Y.P.J. Drost en J.H. Wansink

drukte dat in de dubbele redelijkheidstoets van art. 6:96 BW het belang van de aansprakelijke partij – die gehouden is de buitengerechtelijke kosten te vergoeden – is verdisconteerd. De dubbele redelijkheidstoets moet worden gezien als een geobjectiveerd criterium. Niet van belang is of de benadeelde meende redelijke kosten te maken, doch beoordeeld moet worden of de gemaakte kosten objectief gezien door een redelijk handelende benadeelde gemaakt mochten worden. Deze objectieve redelijkheidstoets is een andere maatstaf dan de redelijkheid die tussen benadeelde en advocaat een rol speelt, op het moment dat zij een contingency fee overeenkomen

Van der Kolk verwees naar de situatie in de Verenigde Staten waar geen wettelijk recht is op vergoeding van kosten. In Nederland maken de kosten buiten rechte onderdeel uit van de schade. In de meeste gevallen ligt de aansprakelijkheid vast en gaat het alleen om het vaststellen van de hoogte van de schade. De belangenbehartiger loopt geen risico om de zaak te verliezen. *“Gezien het evenwichtige stelsel dat in Nederland bestaat is no cure no pay onredelijk en overbodig”*, aldus Van der Kolk.

In de discussiegroepen ontstond nog discussie over hoe je ervoor kunt zorgen dat een normering zo breed mogelijk wordt gedragen. De deelnemers waren het er over eens dat er waarschijnlijk altijd discussie zal blijven bestaan. Geen discussie over buitengerechtelijke kosten lijkt een utopie.

Stelling 3: De beloning van de belangenbehartiger, die op basis van uurtarief werkt, kan niet hoger zijn dan de door de verzekeraar op basis van redelijke toerekening betaalde kosten.

Prof. mr. J.M. Barendrecht – hoogleraar Centrum voor Aansprakelijkheidsrecht Universiteit van Tilburg – wilde deze stelling belichten vanuit economisch perspectief. Daarbij gaat het niet uitsluitend om geld, het aantrekken van klanten of omdat men het werk leuk vindt, maar om een secundaire winst, die van het altruïsme. Hij verwees naar het genuanceerde bericht in de NRC van 25 oktober 2003 over het afscheidscollege van prof. mr. L.H.A.J.M. ➤





F. de Jager

Quant aan de Universiteit van Amsterdam onder de titel: 'Uren verkopen ... of meer? Een grensverkenning', waarin deze stelling neemt tegen no cure no pay en van mening is dat een advocaat het doel van zijn cliënt hoort te dienen en niet dat van hemzelf. In de Verenigde Staten wordt in een op de drie zaken gewerkt op basis van no cure no pay. Spreker bepleitte een genormeerde vergoeding op basis van een staffel, met als voordeel efficiëntie en als nadeel dat men in verband met de balans tussen loon en werk niet voldoende reden heeft om topkwaliteit te leveren. In de VS werkt no cure no pay wél goed in kleine zaken. Mr. S.D. Lindenbergh – universitair hoofddocent burgerlijk recht, Universiteit van Leiden – was van mening dat het een benadeelde vrij is te bepalen wat de hoogte van de beloning van zijn belangenbehartiger is en dat de aansprakelijkheidverzekeraar daar buiten staat. Eigenlijk wordt de stelling in de toelichting daarop reeds beantwoord: volgens art. 6:96 BW mag de belangenbehartiger – indien de kosten de redelijkheidstoets niet doorstaan – het verschil niet bij zijn cliënt verhalen.

Sprekers waren het eens met de strekking van de stelling en dat iedere euro aan buitengerechtigde kosten er één teveel is. Het is echter zaak het debat daarover in beeld te krijgen. Het antwoord op de vraag over de redelijkheid hangt af van wie bepaalt wat redelijk is.

In de discussiegroep wees Barendrecht er nogmaals op dat de uitkomst van de onderhandeling tussen benadeelde en belangenbehartiger over de beloning moet worden gezien in het licht van de heersende economie. Overigens achtte hij de onderhavige stelling onlosmakelijk verbonden aan stelling 2.

Lindenbergh stelde dat zowel verzekeraar als belangenbehartiger het er over eens zijn dat de benadeelde de door hem gemaakte kosten vergoed moet krijgen. Normering zou dit wellicht eenvoudiger maken. In ieder geval moet er alles aan worden gedaan om conflicten te vermijden. Vervolgens werd uitgebreid stilgestaan bij het verschil in de uurtarieven van belangenbehartigers onderling en het regelmatig ontbreken van een specificatie van uren en

werkzaamheden. Veelal bleek geen onderscheid te worden gemaakt tussen uren van de advocaat of bijvoorbeeld diens secretaresse.

Regelmatig punt van discussie tussen advocaten en verzekeraars is de noodzaak een expertisebureau in te schakelen. Sommige door advocaten ingeschakelde letselschadebureaus brengen erg hoge uurtarieven in rekening. Gesuggereerd werd te overwegen bij discussies al in een vroeg stadium gebruik te maken van een mediator.

Stelling 4: De vergoeding voor buitengerechtigde kosten moet worden genormeerd.

L.P.S. Hefting – Claims Manager, Aegon Schade – verdedigde deze stelling vooral vanuit het oogpunt van de benadeelde. Deze heeft voordeel bij normering, omdat hij niet achteraf wordt geconfronteerd met een rekening van zijn belangenbehartiger die hij – omdat deze niet volledig door de verzekeraar is vergoed – nog moet betalen. Belangenbehartigers zijn gebaat bij normering; hun nota wordt direct betaald, zodat zij geen debiteurenrisico lopen.

Voor alle partijen is het een voordeel dat niet langer eindeloze discussies en/of rechtszaken moeten worden gevoerd over kosten. Het is de ervaring van spreker dat naarmate zaken langer duren ook de kosten daarvan oplopen en dat in te veel zaken langdurige discussies worden gevoerd over buitengerechtigde kosten. Normering zou hiervoor een oplossing bieden. Een goede normering valt of staat met de juistheid daarvan.

In het PIV Project Buitengerechtigde Kosten is een aantal verzekeraars en belangenbehartigers met elkaar in overleg getreden over een genormeerde vergoeding van buitengerechtigde kosten. Uitgangspunt daarbij is het namens het PIV uitgevoerde onderzoek naar de relatie tussen de schadehoogte en de hoogte van de buitengerechtigde kosten. De conclusie daarvan was, dat er inderdaad een dergelijke relatie is: naarmate het schadebedrag stijgt, daalt het percentage van de buitengerechtigde kosten. Dit heeft geleid ➤



J.L.M. Misana, R.A. Sleeuw en W. Lups

tot een staffel/tabel die aangeeft welk bedrag verzekeraars aan buitengerechtigde kosten dienen te betalen. Naast deze staffel zijn ook de randvoorwaarden onderwerp van gesprek geweest. In PIV-Bulletin 2004, 3 is meer te lezen over de normering van buitengerechtigde kosten.

Mevrouw mr. G.M. van Wassenaer – Beer Advocaten – was fervent tegenstander van normering van buitengerechtigde kosten. Volgens haar schendt normering het recht van een benadeelde op integrale schadevergoeding. Normering betekent ook veralgemenisering, maar het gaat om individuen. Iedere zaak en ieder individu vergt een eigen aanpak, waarvan de tijdsinvestering vooraf nauwelijks kan worden ingeschat. Zij erkende dat er veel discussie is over buitengerechtigde kosten en ervaart dat hoewel verzekeraars vaak wel aangeven dat de declaratie te hoog is, zij niet duidelijk maken waarom dit het geval is. Het onderdeel buitengerechtigde kosten is er niet de oorzaak van dat de schaderegeling wordt vertraagd. Wat betreft de factoren die het schaderegelingsproces vertragen wees zij in de richting van de achterstand die schadebehandelaars en medisch adviseurs van verzekeraars vaak hebben. Van Wassenaer is wél een warm voorstander van normering van het schaderegelingsproces – waar volgens haar veel winst te behalen is – maar niet van normering van kosten. Een dergelijke normering zou in strijd zijn met zowel haar onafhankelijkheid en onpartijdigheid als advocaat als met de gedragsregels.



F.R. Scharloo en J. Wildeboer

Hefting wees er op dat naarmate zaken langer duren de schadevergoeding stijgt. Een lange behandeltijd is in strijd met de Gedragscode Verzekeraars en Bedrijfsregeling 15 van het Verbond van Verzekeraars. Alleen al daarom zou normering een positief goed zijn. Hoewel Van Wassenaer dat onderkende, meten verzekeraars volgens haar met twee maten. Zij wees ook op het liquiditeitsbelang van belangenbehartigers. Op het moment dat deze een rekening sturen dienen zij daarover BTW af te dragen, terwijl het vervolgens bijzonder lang kan duren voordat zij door verzekeraars worden betaald. Vooral kleinere bureaus kunnen daardoor flink in de problemen raken.

Uit de discussiegroep kwam vooral naar voren dat noch verzekeraars noch belangenbehartigers de benadeelde teveel dienen te vermoeden met discussies over buitengerechtigde kosten. Teneinde deze discussies en daardoor onnodige kosten te beperken, zou men dit al in een vroeg stadium moeten voorleggen aan een mediator. Ook hier kwamen ongespecificeerde declaraties aan de orde. Verschillende belangenbehartigers gaven aan wel degelijk te letten op de kosten. Meerdere keren werd er op gewezen dat bij de voorgestelde normering de nota's meteen worden betaald, terwijl pas achteraf verrekening plaatsvindt van eventueel te veel of te weinig betaalde kosten.

Dat de onderwerpen normering en no cure no pay nog tot veel discussie zullen leiden, bleek wel uit de stemmenverhoudingen aan het begin en aan het einde van de dag:



B.M. Stam en J.J. Daniëls

Stelling	Voor inleidingen/discussies in %			Na inleiding/discussies in %		
	Eens	Oneens	Geen mening	Eens	Oneens	Geen mening
1	12,4	82,3	5,4	13,4	84,9	1,7
2	16,8	78,9	4,2	12,8	84,0	2,3
3	47,9	50,0	2,1	47,6	50,6	1,8
4	60,8	36,0	3,2	60,6	38,2	1,2

Verhaalsrecht werkgever ex artikel 6:107a BW is niet hoger dan het netto doorbetaalde loon

HR 13 februari 2004, LJN-Nr. AN8600 (NBM Rail B.V./AMEV)

Feiten

Op 14 februari 1995 was een werknemer van NBM betrokken bij een ongeval, veroorzaakt door een verzekerde van AMEV. AMEV heeft aansprakelijkheid erkend en op grond van art. 6:107a BW het netto doorbetaalde loon aan NBM vergoed. NBM was van mening dat haar verhaalsrecht zich uitstrekte tot het door haar doorbetaalde brutoloon, alsmede de kosten die zij heeft moeten maken voor de vervanging van haar arbeidsongeschikte werknemer. AMEV heeft dit bestreden, aangezien de vordering van NBM het civiele plafond overschreed.

Rechtbank en hof

De Rechtbank Utrecht heeft de vordering van NBM afgewezen. NBM kon volgens de rechtbank slechts die schade verhalen waarop de benadeelde zelf aanspraak had kunnen maken, indien de werkgever geen verplichting tot loondoorbetaling zou hebben gehad. Vervangende arbeidskracht en buitengerechtigde kosten vallen niet onder het regresrecht van de werkgever. Het civiele plafond beperkt zich tot het netto doorbetaalde loon. Ook Hof Amsterdam oordeelde dat verhaal slechts op netto basis mogelijk is. Het hof heeft dat oordeel onderbouwd met verwijzing naar *“de duidelijkheid en de eenvoudige vaststelling van het bedrag waarvoor een werkgever verhaal kan nemen”*. Wel oordeelde het hof dat door AMEV onvoldoende is weersproken dat het netto vakantiegeld hoger is dan het bedrag dat door AMEV aan NBM werd vergoed.

Hoge Raad

De Hoge Raad is zeer kort in zijn oordeel. De door NBM tegen het arrest van het hof aangevoerde klachten kunnen niet tot cassatie leiden. Door AMEV was in cassatie een klacht geformuleerd tegen het feit dat het hof de betwisting door AMEV van de door NBM onjuist en in ieder geval onduidelijk becijferde vakantierechten had gepasseerd. Dit incidentele cassatieberoep van AMEV is gehonoreerd. De Hoge Raad stelt dat het *“uitgangspunt bij de beoordeling, ook als het gaat om de vaststelling van het zogenoemde civiele plafond, moet zijn dat deze vordering tot verhaal niet verder reikt dan het netto-loon, zoals het hof terecht heeft geoordeeld en in het principale beroep vergeefs is bestreden”*. De Hoge Raad heeft de zaak voorzover deze de geslaagde klacht in het incidentele beroep betreft, voor verdere behandeling verwezen naar het Gerechtshof 's-Gravenhage.

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



Conclusie A-G Spier

Niet als in de zaak Revabo/AMEV, heeft de Hoge Raad in NBM/AMEV de conclusie van A-G Spier gevolgd. Spier verwerpt de namens NBM ingediende middelen tegen het arrest van het hof.

Zo had NBM ter onderbouwing van de omvang van de loonvordering de berekeningsmethode van *“de vervangende arbeidskracht”* toegepast. Zulks *“ter vaststelling van de gemiste kansen om zodoende de te vergoeden schade te bepalen”*. De klacht van NBM tegen het niet honoreren van deze onderbouwing door het hof is naar de mening van Spier onbegrijpelijk en kan niet tot cassatie leiden. Terzake van de gevorderde buitengerechtigde kosten had NBM gesteld dat het verhaal van het doorbetaalde loon niet tot de kerntaken van de werkgever behoort en dat daarom aansluiting moet worden gezocht bij een eenvoudig en algemeen aanvaard systeem als het incassotarief. Spier deelt de betwisting namens AMEV in de gerechtelijke procedure, dat een dergelijke benadering niet strookt met de maatstaf van art. 6:96 lid 2 aanhef en onder c. Ook de stelling van NBM dat op grond van art. 6:107a BW het brutoloon kan worden verhaald, wordt door Spier verworpen. Deze stelling loopt reeds stuk op het arrest Revabo/AMEV, waar de Hoge Raad oordeelde dat verhaal op netto basis moet geschieden. Geen verhaal kan worden gezocht voor eventuele inkomstenbelasting en premies voor sociale verzekeringswetten.

Voor wat betreft het incidentele cassatieberoep kan nog het navolgende worden vermeld. Het hof was er vanuit gegaan dat de door NBM gevorderde ‘vakantierechten’ een netto bedrag betrof. NBM heeft gesteld dat het gevorderde bedrag aan vakantierechten *“een netto rechtswaarde van de*

bijboeking in het vakantiefonds” is. Echter, uit de door NBM overgelegde loonstroken valt niet op te maken of het bruto of netto bedragen betreft. In de procedure is vervolgens door NBM een onduidelijke akte genomen, waarin bruto en netto door elkaar lijken te lopen. Omdat AMEV bezwaarlijk kan worden opgeknoopt aan het feit dat zij niet inhoudelijk is ingegaan op tegenstrijdige stellingen en niet te volgen becijferingen zijdens NBM, acht Spier het incidentele cassatieberoep gegrond.

Commentaar

De uitkomst van dit arrest is na HR 24 oktober 2003, LJN-Nr. AF 7002 (Revabo/AMEV) geen verrassing zijn. Ook uit dit arrest blijkt dat door de Hoge Raad een prak-

tische afwikkeling van het werkgeversregres op grond van art. 6:107a BW voorstaat, wat de rechtszekerheid ten goede komt. Het netto doorbetaalde loon inclusief het netto vakantiegeld – naar rato van de periode van ongevalsegerelateerde arbeidsongeschiktheid – komt voor vergoeding in aanmerking. Een systematiek in verband waarmee ook in deze zaak door Hof Amsterdam werd gerefereerd aan de duidelijkheid en de eenvoudige vaststelling van het bedrag waarvoor een werkgever verhaal kan nemen.

Voor een nadere bespreking van de onderhavige materie wordt op deze plaats verder verwezen naar de bijdrage in PIV-Bulletin 2003, 8.

Buitengerechtelijke kosten van assurantietussenpersoon bij zaakschade en dubbele redelijkheidstoets

Rb. Utrecht, Sector Kanton, 3 maart 2004, rolnr. 312161 CS EXPL 03-733

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

Feiten

Op 2 september 2001 vond een aanrijding plaats tussen twee personenauto's. De benadeelde partij gaf zijn assurantietussenpersoon (hierna te noemen 'tussenpersoon') opdracht zijn schade te verhalen. Na aansprakelijkstelling door de tussenpersoon werd aansprakelijkheid meteen erkend en heeft de aansprakelijke WAM-verzekeraar (hierna te noemen 'verzekeraar' de cascoschade groot € 1.361,34 vergoed. De benadeelde partij vorderde bovendien een bedrag ad € 147,02 exclusief BTW aan administratiekosten en stelde dat deze kosten door de tussenpersoon aan hem in rekening zijn gebracht. De verzekeraar heeft zich op het standpunt gesteld dat benadeelde de schade zelf met haar had kunnen afwikkelen en vergoedde € 10, wat volgens haar voldoende was om de kosten die benadeelde zelf had moeten maken te vergoeden. Benadeelde nam daarmee geen genoegen en dagvaardde de verzekeraar voor de kantonrechter.

De beslissing van de kantonrechter

De kantonrechter onderwerpt de gevorderde kosten aan de dubbele redelijkheidstoets van art. 6:96 lid 2 BW en overweegt dat voor die toets de waardering van de relevante feiten en omstandigheden van het geval beslissend is. In het onderhavige geval is enerzijds van belang dat het schade betreft van een bescheiden geldelijke omvang, dat de aard van de schade eenvoudig en veel voorkomend is en dat de aansprakelijkheid meteen is erkend. Anderzijds

is van belang dat de assurantietussenpersoon enige correspondentie met de verzekeraar heeft gevoerd.

De bovengenoemde omstandigheden afwegend, oordeelt de kantonrechter dat de gevorderde kosten niet voldoen aan de eerste redelijkheidstoets. Hij acht het dus reeds niet redelijk dat de kosten in dit geval zijn gemaakt. De benadeelde mag in redelijkheid niet meer kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte vorderen, dan de kosten die hij zou hebben gemaakt indien hij de verzekeraar zelf aansprakelijk zou hebben gesteld. Benadeelde heeft geen eisen en omstandigheden gesteld die tot een ander oordeel zouden kunnen leiden. In het bijzonder is niet gesteld of gebleken dat benadeelde zelf niet in staat zou zijn geweest om de schadevergoeding bij de verzekeraar te incasseren. Nu de kosten de eerste redelijkheidstoets niet kunnen doorstaan, behoeft de kantonrechter de tweede toets, of de kosten op redelijke wijze in redelijke omvang zijn besteed, niet te maken. Ten overvloede overweegt de kantonrechter dienaangaande, dat door de eisende partij niet is weersproken dat de kosten die eiser zelf had moeten maken kunnen worden begroot op € 10. De vordering wordt afgewezen.

Commentaar

In PIV-Bulletin 2004, 2 werd het vonnis d.d. 22 januari 2004 van de Kantonrechter Rotterdam besproken. In die zaak had een tussenpersoon voor een rijsschoolhouder een eenvoudige zaakschade verhaald. In dat vonnis stapte de

kantonrechter betrekkelijk vlot over de eerste redelijkheidstoets, doch paste hij de tweede redelijkheidstoets kritisch toe, wat een bedrag ad € 34 aan vorderbare kosten buiten rechte opleverde.

In de onderhavige zaak komt de omvang van de gevorderde kosten niet aan de orde, omdat het naar het oordeel van de rechter niet redelijk is om voor verhaal van een dermate eenvoudige schade de betrokken kosten te maken. Onder de gegeven omstandigheden ziet de kantonrechter niet in waarom benadeelde niet in staat zou zijn geweest om zelf een vordering in te stellen. Toch volgt ook de Kantonrechter Utrecht feitelijk de door de Hoge Raad in HR 26 september 2003, LJN-Nr. AI 0894 (AMICON/Sterpolis) uitgezette richtlijn. De kantonrechter oordeelt immers, dat de vordering wegens door een tussenpersoon voor verhaal in rekening gebrachte kosten niet hoger kan zijn, dan hetgeen de aansprakelijke verzekeraar aan zijn rechtstreekse wederpartij verschuldigd is. Terzijde zij nog opgemerkt dat het in beide procedures dezelfde tussenpersoon betrof.

- Redelijk is dat een lager bedrag wordt toegekend als de concrete schade geringer is. Dit geldt ook in het geval het niet nakomen van de schadebeperkingsplicht tot gevolg heeft dat niet alle schade door het aanwenden van betaalde tijd voor een andere, niet betaalde besteding, is af te wentelen op de aansprakelijke partij.

Conclusie

De conclusie die uit het vorenstaande kan worden getrokken is dat in personenschadezaken niet voor elke inbreuk op besteding van tijd een vergoeding kan worden afgedwongen. Er blijft (vrije) tijd die is aangewend ten behoeve van een benadeelde, tijd die ontegenzeggelijk waardevol is besteed, maar geen vermogensschade vormt en dus niet op geld is te waarden. De Hoge Raad heeft in het Kruidhof-arrest een maatstaf voor beoordeling gegeven en daarmee grenzen van aansprakelijkheid getrokken. Zie ook Spier voor HR 6 juni 2003 (Krüter/Wilton-Feijenoord).

Opnieuw, buitengerechtigde kosten bij letsel en eigen schuld

Rb. Utrecht, 10 maart 2004, zaaknr/rolnr. 164213/HAZA 03-1367 HS (Heshusius/Nieuwe Hollandse Lloyd)

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

Feiten

Op 6 januari 1998 werd Heshusius (H), als ongemotoriseerde verkeersdeelnemer aangereden door een auto, waardoor hij beenletsel heeft opgelopen. WAM-verzekeraar Nieuwe Hollandse Lloyd (NHL) werd bij brief van 9 juni 1998 aansprakelijk gesteld door de door H ingeschakelde advocaat. Op 24 juni 1998 heeft NHL schriftelijk aan de advocaat meegedeeld géén volledige aansprakelijkheid te erkennen. Een voor het verloop van de onderhavige procedure relevante passage in die brief is: “Met uw stelling dat uw cliënt geheel geen schuld treft aan het ontstaan van de aanrijding kunnen wij het niet eens zijn. (...) Op grond van art. 185 WvW is een beroep op overmacht echter niet mogelijk zodat wij voorstellen om deze aangelegenheid te regelen op basis van 50 %”. In brieven van 10 augustus 1998 en 26 november 1998 heeft de advocaat van H. meegedeeld niet met dit voorstel akkoord te gaan. Uiteindelijk hebben partijen in februari 2003 overeenstemming bereikt over een schadevergoeding ad € 50.000 op basis van 50 % eigen schuld van H.

De vordering terzake van buitengerechtigde kosten

De advocaat heeft aan H een bedrag ad € 12.865,55 aan

kosten wegens rechtskundige bijstand in rekening gebracht. NHL heeft ter vergoeding van buitengerechtigde kosten (BGK) in totaal € 7.500 aan de advocaat overgemaakt.

In de gerechtelijke procedure vorderde H het verschil ad € 5.365,55, vermeerderd met wettelijke rente en incasso-kosten. Volgens H is NHL ingevolge art. 6:96 BW gehouden het totale bedrag ad € 12.865,55 te vergoeden. NHL heeft verweer gevoerd door te stellen dat de BGK op dezelfde voet moeten worden behandeld als de overige schade. Op basis van de overeengekomen schuldverdeling is dat 50 %. Daarnaast heeft NHL aangevoerd dat de gevorderde kosten niet aan de tweede redelijkheidstoets voldoen, nu NHL al bij aanvang vergoeding van de helft van de schade heeft aangeboden en H daar uiteindelijk mee akkoord is gegaan. De buitengerechtigde inspanningen van H zijn daardoor volgens NHL van weinig tot geen nut geweest.

Rechtbank

De rechtbank stelt het volgende voorop: “bij de beantwoording van de vraag of voor vergoeding in aanmerking komende buitengerechtigde kosten op grond van het bepaalde in artikel 6:101 lid 1 BW deels voor eigen rekening >

van H moeten blijven wegens aan hem toe te rekenen omstandigheden, is van belang of er causaal verband bestaat tussen deze omstandigheden en de desbetreffende kosten. Daarvan zal in beginsel sprake zijn in geval aan H toe te rekenen omstandigheden hebben bijgedragen aan het veroorzaken van de aanrijding”.

Uit de feiten en omstandigheden van deze casus leidt de rechtbank af dat aan H toe te rekenen omstandigheden voor 50 % hebben bijgedragen aan het ontstaan van de aanrijding. Daarmee is in beginsel het causaal verband tussen de aan H toerekenbare omstandigheden en de gevorderde kosten gegeven, zodat het naar het oordeel van de rechtbank in de rede ligt dat H deze kosten in evenredige mate, in dit geval voor 50 %, zelf draagt.

De rechtbank overweegt verder dat het voorgaande uitzondering kan leiden indien de houding van NHL aanleiding zou zijn geweest tot het maken van de gevorderde kosten. Bijvoorbeeld door het aanvankelijk innemen van een onredelijk standpunt met betrekking tot de omvang van de geleden schade of de aansprakelijkheidsverdeling. Daarvan is in deze casus echter niet gebleken.

De rechtbank wijst de vordering van H dan ook af. NHL had immers reeds meer dan 50 % van de totale BGK betaald. Om dezelfde reden behoeft het verweer van NHL betreffende de dubbele redelijkheidstoets door de rechtbank niet meer te worden besproken.

Commentaar

In PIV-Bulletin 2003, 3 besprak collega Houben reeds het discussiepunt BGK en eigen schuld naar aanleiding van Rechtbank Den Haag 24 juli 2002, NJ Kort 2002, 62 (Roos/AEGON). Zijn commentaar, samenvatting en conclusie worden door het vonnis van de Rechtbank Utrecht in de kwestie H/NHL bevestigd. Anderzijds bevestigd dit dat een ongemotiveerd beroep op Roos/AEGON, teneinde volledige vergoeding van BGK te verkrijgen in zaken waarop een schuldverdeling van toepassing is, onjuist is. Uitgangspunt is en blijft dat een schuldverdeling ook op de schadecomponent BGK ex art. 6:96 BW moet worden toegepast. Dit uitgangspunt volgt uit de wet. Bovendien blijft natuurlijk relevant of de kosten voldoen aan de dubbele redelijkheidstoets.

De feiten en omstandigheden, die aan elk concreet scha-

dedossier ten grondslag liggen, kunnen aanleiding zijn voor een nuancering van het uitgangspunt. De Hoge Raad heeft zich hierover nog niet expliciet uitgelaten. In de lagere rechtspraak is er wel al vaker over geoordeeld. Zo vond de rechtbank in de zaak Roos/AEGON het niet dragen van de autogordel niet in causaal verband staan met de omvang van de schadecomponent BGK.

Een andere nuancering kan voortkomen uit een situatie waarin een verzekeraar aanvankelijk een onredelijk standpunt heeft ingenomen terzake van de schuldverdeling of de omvang van de schade. De Rechtbank Utrecht refereert aan de mogelijkheid van een dergelijke situatie.

Indien de benadeelde van meet af aan van een reëel percentage eigen schuld is uitgegaan en bovendien van meet af aan slechts vergoeding heeft gevorderd van datgene waar hij volgens de uiteindelijke schuldverdeling recht op heeft, is verdedigbaar volledige vergoeding van de BGK te verlangen.

Een andere denkbare situatie is, dat *beide* partijen na discussie hun standpunten dienen bij te stellen. In een dergelijke casus moet ons inziens relevantie worden toegekend aan het vertrekpunt van beide partijen in de discussie.

Met andere woorden: hoe redelijker het aanvankelijk door de aansprakelijke verzekeraar ingenomen standpunt blijkt te zijn na afronding van de discussie over de schuldvraag (en/of over de omvang van de schade), hoe redelijker het is om de schuldverdeling op de schadecomponent buitengerechtigde kosten te (blijven) toepassen.

Gelet op de aan de uitspraak Heshusius/NHL ten grondslag liggende feiten en omstandigheden is het volstrekt helder dat en waarom de rechtbank Utrecht tot haar beslissing is gekomen om de schuldverdeling van 50% óók op de schadecomponent buitengerechtigde kosten toe te passen.

Enigszins wonderlijk in die zaak is nog het volgende. H heeft in de procedure kennelijk gesteld dat NHL de aansprakelijkheid in eerste instantie met een beroep op overmacht volledig zou hebben afgewezen en pas vanaf 1 juli 1999 bereid zou zijn geweest om de schade op basis van schuldverdeling te voldoen. Uit het hierboven aangehaalde citaat uit de brief van NHL van 24 juni 1998 blijkt echter dat dit niet het geval is. De rechter maakt dan ook korte metten met deze stelling.

Agenda

Vermande Studiedagen

3, 10, 22-06-2004: Driedaagse Verdiepingscursus Letselschade, Holiday Inn Hotel, Leiden

Onderwerpen:

- Causaliteit
- Medische aansprakelijkheid
- Verjaring
- De medisch deskundige
- Arbeidsongevallen en beroepsziekten
- Vergoeding immateriële schade
- Reïntegratie en sociale voorzieningen in de letselschade
- Begroting van schade

Docenten:

- mr. Chr.H. van Dijk – Kennedy Van der Laan Advocaten
- mr. M.J.J. de Ridder – KBS Advocaten
- drs. R. Westerweel – Medisch adviseur slachtoffer, voorzitter WAA artseneroverleg, bestuurslid WAA
- mr. R.J.P. Kottenhagen – Universitair hoofddocent, Capaciteitsgroep Privaatrecht EUR
- mr. W.A. van Veen – Advocaat, Wout van Veen Advocaten
- mr. F.B. Reijnen – Registerexpert personenschade, mediator, Cunningham Boschman

Info inhoudelijk: mr. Carine van Wijk, 070-3789965, c.v.wijk@sdu.nl

Info organisatorisch: Diana Vereecken, congrescoördinator, 070-378 99 61, d.vereecken@sdu.nl

Studiecentrum Kerckebosch

13-05-2004: Studiedag over wetsvoorstel Collectieve afwikkeling van massaschade, Hotel-Congrescentrum Oud London, Zeist

Onderwerpen:

- Eindelijk een definitieve regeling voor DES-slachtoffers?
- Casus gemeenschappelijke schade – Enschede, Volendam, Legionella, etc.
- Beleggersschade en effectenlease
- De rechter en massaschade
- De procedure van afwikkeling van massaschade
- De aard van de vergoeding
- De relatie tot de schade
- Categorieën van ernst
- Procedures binnen de schaderegeling
- Beroepsprocedures
- *Opting out*

Inleiders:

- mr. Th.R. Bremer, Stichting Beheer Deelnemersgelden in B/V-fonds, advocaat, Amsterdam
- mr. R.G. de Haan, Beer Advocaten, Amsterdam
- prof. mr. T. Hartlief, UvM
- mr. drs. D.F. Lunsingh Scheurleer, Nauta Dutilh Advocaten, Amsterdam
- mr. P.N. van Regteren Altena, Trénité Van Doorne Advocaten, Amsterdam
- mevr. mr. I.N. Tzankova, UvT
- mevr. mr. Y.E.K. Waterman, Sap De Witte Rood Advocaten, Amersfoort
- mr. J.W. Westenberg, Rechtbank Den Haag
- mr. M.J. de Witte, Sap De Witte Rood Advocaten, Amersfoort

Info: Stephanie van de Linden-Copier, 030—6984222, studiecentrum@kerckebosch.nl



Het PIV-Bulletin is een regelmatig verschijnende uitgave van de Stichting Personenschade Instituut van Verzekeraars. Niets uit deze uitgave mag worden overgenomen zonder uitdrukkelijke toestemming van de redactie.

Redactiesecretariaat
Mevrouw J.M. Polman, Stichting PIV
Postbus 93450
2509 AL Den Haag
Telefoon: 070 333 88 73
Telefax: 070 333 88 33
e-mail: piv@verzekeraars.nl
Website: www.stichtingpiv.nl
M.m.v. drs. P.J.M. van Steen, journalist
Creatie & realisatie: Artmark BNO, Rijswijk

