

Pagina 1

Beperkte zorgplicht werkgever
laad- en losplaatsen klanten

Pagina 4

Gymongeval: stoeien met
aansprakelijkheid

Pagina 9

Affectieschade, shockschade en
confrontatie-eis

november 2009

Stichting Personenschade



Instituut van Verzekeraars

Pagina 1

Zorgplicht werkgever kent
grenzen ...

Pagina 4

Kanttekeningen bij aansprake-
lijkheid na gymongeval ...

Pagina 9

Over de confrontatie-eis bij
affectie- en shockschade ...

Beperkte zorgplicht werkgever voor laad- en losplaatsen van klanten

Hof Den Haag 21 juli 2009, zaaknr. 105.005.796/01 (ongepubliceerd)

In deze uitspraak is aan de orde in hoeverre een werkgever jegens haar chauffeurs, die goederen bij klanten afleveren, een zorgplicht heeft met betrekking tot de laad- en losplaatsen van die klanten. De uitspraak leert dat de zorgplicht van de werkgever voor die plaatsen slechts beperkt is en dat veel afhangt van de kennis die de werkgever heeft over de gevaarlijke situatie ter plaatse.

De feiten

Een werknemer van een leverancier van bakkerijgrondstoffen leverde op 3 oktober 2000 met een door hem bestuurde vrachtwagen grondstoffen af bij een klant van zijn werkgever. Het betrof een ervaren chauffeur die al vaker bij de desbetreffende klant goederen had afgeleverd. Voor het laad- en losserron bij deze klant bevond zich een zogenoemde laadkuil met vier rijstroken, waardoor maximaal vier vrachtwagens gelijktijdig konden laden en lossen. Deze rijstroken bestonden uit betonnen stelconplaten. De vrachtwagen diende achteruit naar het losserron te worden gereden en tegen de rubber stootblokken ter hoogte van de bumper te worden geplaatst.

Diezelfde dag, op 3 oktober 2000, verstuipte de werknemer zijn enkel. Volgens de werknemer was dat gebeurd in de laadkuil bij de klant van zijn werkgever. In die laadkuil zouden tussen de stelconplaten klinkers hebben gelegen die acht cm waren

Mr. J.L.M. Luiten¹
NautaDutilh
Advocaten



(foto: HEIJENDAEL & ANNEGARN)

verzakt ten opzichte van de stelconplaten. Ten gevolge daarvan was hij bij het uitstappen uit de vrachtwagen verkeerd terechtgekomen op de ongelijke bodem van de laadkuil.

Na het lossen was de werknemer weer gaan rijden, maar hij kreeg onderweg terug naar zijn werkgever zoveel last van zijn enkel dat hij zich niet in staat achtte de terugreis te voltooien. Hij liet zich toen halverwege de route ophalen door zijn zoon en een collega.

De volgende dag meldde de werknemer zich ziek omdat hij last had van zijn enkel. Na tal van onderzoeken en operaties werd bij de werknemer een ernstige vorm van spierdystrofie geconsta-

>

teerd aan beide benen, armen en handen. Ten gevolge daarvan moest hij zich in een rolstoel voortbewegen. Na twee jaar ziekte werd de arbeidsovereenkomst ontbonden.

De kantonrechter

De werknemer sprak zijn werkgever aan op grond van art. 7:658 BW en vorderde vergoeding van zijn schade. De werkgever betwistte de toedracht van het ongeval gemotiveerd. Hoewel volgens de kantonrechter op basis van de in het geding gebrachte stukken nog niet vaststond dat het gestelde causaal verband tussen het ongeval en de schade bestond, ging de kantonrechter daar veronderstellenderwijs van uit.

De kantonrechter kwam tot het oordeel dat de werkgever haar zorgplicht jegens de chauffeur niet had geschonden. De werknemer had onvoldoende gesteld ten aanzien van welk onderdeel van de werkomgeving de zorgplicht was geschonden. Volgens de kantonrechter leverde een verzakking van acht cm geen gebrek in de laadkuil op in de zin van art. 6:174 BW. Op de werkgever rustte, gegeven de omstandigheden, ook niet de verplichting om de werknemer aanwijzingen te geven over de wijze waarop de werknemer bij het lossen uit de vrachtwagen diende te stappen. De werknemer was immers een ervaren chauffeur, die bovendien al meerdere malen bij de betreffende klant was geweest. Hij had er om die reden op bedacht moeten zijn dat de ondergrond van de laadkuil niet vlak was. Bij het uitstappen had hij extra voorzichtig moeten zijn, zeker omdat hij uit een hoge vrachtwagencabine moest stappen, aldus nog steeds de kantonrechter.

De werknemer stelde verder nog dat hij tijdens het uitstappen zijn handen vol had met papierwerk betreffende de af te leveren goederen.

De kantonrechter vond daarmee bevestigd dat de werknemer niet voorzichtig was uitgestapt. De door de werknemer gestelde werkdruk was volgens de kantonrechter onvoldoende komen vast te staan.

Het hof

De werknemer stelde hoger beroep in tegen het vonnis van de kantonrechter en trachtte het hof er ook van te overtuigen dat zijn werkgever was tekortgeschoten in haar zorgplicht. De laadkuil was - zo stelde hij - een gebrekkige opstal, omdat een hoogteverschil van acht cm gemakkelijk kan leiden tot verzwikkingen van enkels en/of valpartijen. Bovendien was het de werkgever bekend dat de werknemer veelvuldig bij klanten van laadkuilen gebruik maakte. De werkgever had van die klanten moeten eisen - bijvoorbeeld door dit in de algemene voorwaarden vast te leggen - dat de laadkuil volkomen veilig en vlak was. Bovendien verweet de werknemer zijn werkgever dat zij zich nooit op de hoogte had gesteld van de veiligheidsrisico's bij de bewuste klant. Het minste dat de werkgever had kunnen doen is van haar klant, aan wie zij wekelijks leveringen deed, een risico-inventarisatie, veiligheidsrapportage en/of een bepaalde mate van certificering te verlangen. Bij controle zou de ongelijk liggende vloer van de laadkuil zijn geconstateerd en de klant gedwongen zijn geweest dat gebrek te verhelpen.

Verder stelde de werknemer dat hij nooit veiligheidsinstructies van zijn werkgever had ontvangen en verweet hij zijn werkgever destijds niet de arbeidsinspectie te hebben ingeschakeld en verzuimd te hebben hem direct bij de klant op te halen.

Het hof geeft de volgende algemene overwegingen:

“11. De uit artikel 7:658 lid 1 BW voortvloeiende zorgplicht houdt in algemene bewoordingen in dat de werkgever voor het verrichten van arbeid zodanige maatregelen treft en aanwijzingen geeft als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt. Met die bepaling wordt volgens het hof niet beoogd een absolute waarborg te scheppen voor de bescherming van de werknemer teen het gevaar van schade in de uitoefening van zijn werkzaamheden.

12. De zorgplicht van de werkgever houdt nauw verband met zijn zeggenschap over de werkplek en zijn bevoegdheid zijn werknemer aanwijzingen te geven ter zake van de (wijze van) uitoefening van diens werkzaamheden. Niettemin is de zorgplicht van de werkgever niet beperkt tot de arbeidsplaats (zie HR 19 oktober 2001 [PTT Post/werknemer. JL], NJ 2001, 663 [] en HR 12 december 2008 [Maatzorg De Werve/Werkneemster, JL], LJN: BD3129).”

Ook wanneer er veronderstellenderwijs van uit wordt gegaan dat het ongeval zich heeft voorgedaan zoals door de werknemer gesteld, heeft de werkgever naar het oordeel van het hof haar zorgplicht niet geschonden.

Allereerst acht het hof van belang dat de werkgever geen zeggenschap had over de inrichting van de laadkuil bij haar klant en de daarmee samenhangende veiligheid. Van de werkgever mocht, aldus het hof, redelijkerwijs niet worden verlangd dat zij

- (i) al dan niet contractueel van haar klant zou eisen en/of
- (ii) bij haar klant zou verifiëren dat de laadkuil volkomen vlak en veilig was.

Dit zou volgens het hof anders kunnen zijn wanneer de werkgever bekend was met een voor de veiligheid relevant hoogteverschil. Bovendien acht het hof van belang dat onbetwist is gesteld door de werkgever dat het ontstaan van enige verzakking, vanwege het gebruik van de laadkuil door zwaar vrachtverkeer, onvermijdelijk is. Het hof komt vervolgens tot de conclusie dat de werkgever geen zorgplicht heeft geschonden op het punt van de laadkuil en de daarmee samenhangende veiligheid.

Ook het ontbreken van veiligheidsinstructies vormt in dit geval geen schending van de zorgplicht, omdat er bij de werkgever geen bekendheid was met een voor de veiligheid relevant hoogteverschil in de laadkuil.

De werkgever heeft haar zorgplicht ook niet geschonden door de arbeidsinspectie niet in te schakelen. De werkgever had betwist dat zij die verplichting had en daar heeft de werknemer onvoldoende tegenover gesteld. Bovendien concludeert het hof dat van causaal verband tussen het niet inschakelen van de arbeidsinspectie en het ongeval of het letsel niet is gebleken.

Evenmin heeft de werkgever haar zorgplicht geschonden

door de werknemer niet onmiddellijk bij de klant op te halen of daar (medische) hulp in te schakelen. De werknemer heeft in de procedure gesteld dat hij vanaf de locatie bij de klant met zijn werkgever heeft gebeld om het ongeval te melden en dat hij daarna, omdat hij aanvankelijk slechts meende met een verstuikte enkel van doen te hebben, op zijn gewone route langs klanten is teruggerechten richting zijn werkgever. Tegen die achtergrond was er voor de werkgever geen aanleiding om de werknemer onmiddellijk op te halen of hulp in te schakelen.

De werknemer heeft in hoger beroep nog aangevoerd dat hij in het betreffende telefoongesprek heeft geopperd om bij het meest nabije ziekenhuis te stoppen om zich daar te laten onderzoeken en/of behandelen. Nog los van het feit dat dit laatste door de werkgever gemotiveerd is betwist, is het hof van oordeel dat het op de weg van de werknemer had gelegen om aan te dringen op medisch(e) behandeling, indien hij vond dat dit nodig was, in plaats van gewoon door te rijden met zijn route. Daarbij overweegt het hof dat het verstappen met de voet een tamelijk alledaagse (onaangename) gebeurtenis is, waarbij het niet zonder meer kenbaar is dat medische hulp geboden is. Overigens is ook het gestelde causaal verband tussen het niet onmiddellijk ophalen of het inschakelen van medische hulp enerzijds en dystrofie anderzijds, gemotiveerd betwist door de werkgever.

Dat de werknemer, zoals door hem gesteld, onder extreem hoge en onaanvaardbare tijdsdruk heeft moeten werken en daardoor onverantwoord minder voorzichtig heeft gelopen dan zonder die tijdsdruk, is door hem onvoldoende concreet in verband gebracht met het gestelde ongeval en wordt daarom door het hof gepasseerd.

Het hof verwierpt de stelling, dat de werknemer bij het ongeval net uit de vrachtwagen was gestapt en er daarom aanleiding is om de rechtsregel - dat verkeersongevallen altijd leiden tot werkgeversaansprakelijkheid - naar analogie van toepassing te verklaren. Schending van de zorgplicht bij deelname aan het wegverkeer is niet aan de orde, aldus het hof. Voor zover de werknemer beoogt de werkgever met die stelling op grond van art. 7:611 BW aansprakelijk te houden, wordt dit eveneens verworpen. Naar het oordeel van het hof nam de werknemer ten tijde van het ongeval niet deel aan het verkeer. Het ongeval vond plaats op het bedrijfsterrein van de klant waar wordt geladen en gelost, alwaar de werknemer niet is blootgesteld aan de bijzondere gevaren die aan de deelneming van het

wegverkeer zijn verbonden. Het feit dat de werknemer net uit de vrachtwagen was gestapt is voor het hof geen aanleiding anders te oordelen.

Aansprakelijkheid van de werkgever wordt door het hof dan ook afgewezen.

Aansprakelijkheid van de klant

In dezelfde procedure had de werknemer ook de klant van zijn werkgever gedagvaard met een beroep op art. 6:174 BW. Bij de kantonrechter werd ook die vordering afgewezen omdat de kantonrechter tot het oordeel kwam dat de laadkuil, zelfs wanneer zou komen vast te staan dat het hoogteverschil op sommige plaatsen acht cm bedroeg, geen gebrekkig opstal vormde. Het hof denkt daar echter anders over en vindt een hoogteverschil van acht cm een voor de veiligheid relevante verzakking en in dat geval zou de laadkuil gebrekkig zijn als bedoeld in art. 6:174 BW. De zaak wordt vervolgens verwezen voor verdere bewijsoverlevering aan de zijde van de werknemer. Die dient eerst te bewijzen dat er sprake was van een voor de veiligheid relevante mate van verzakking en dat hij zich in de laadkuil heeft verstart. Slaagt hij in dat bewijs dan wordt op grond van de omkeringsregel causaal verband tussen de verzakking en het verstappen door de chauffeur aangenomen, tenzij de klant daarvan tegenbewijs levert, waarbij het hof verwijst naar HR 19 december 2008 9G (Fietser/Gemeente Heerlen), NJ 2009, 28, r.o. 3.3, 3.4, 3.5 en 3.7.

In het kader van de opstalaansprakelijkheid is ook interessant de vrij recente uitspraak van het Hof Arnhem van 26 mei 2009, JA 2009, 45, met daarbij een zeer leesbare noot van mevrouw P.J. Klein Gunnewiek. Zij gaat in haar annotatie uitvoerig in op het belangrijke element "*de kenbaarheid van het gevaar*".

Commentaar

De uitspraak van het hof geeft duidelijke richtlijnen om te beoordelen hoe ver de zorgplicht van de werkgever met betrekking tot arbeidsplaatsen buiten het eigen bedrijf strekt. Daarbij is de kennis van de werkgever met de situatie ter plaatse van doorslaggevend belang, maar ook de bekendheid van de werknemer met de situatie ter plaatse speelt een belangrijke rol. De zorgplicht gaat volgens het hof in ieder geval niet zo ver dat een werkgever de veiligheid bij zijn klanten contractueel moet afdwingen.

Van deze uitspraak is geen cassatie ingesteld.

¹ Met ingang van 1 januari 2010 begint mr. Luiten als rechter in opleiding bij de Rechtbank Den Haag, Red.

Gymongeval; stoeien met aansprakelijkheid

Rb. Zwolle 22 april 2009, LJN BI8294



Mevrouw mr. B.M. Paijmans
Advocaat KBS Advocaten en
docent/onderzoeker Universiteit
Utrecht

Het door een school doen plaatsvinden van een stoeispiel - waarbij een veertienjarig meisje een fysiek sterke jongen die op kickboksen zit als tegenstander heeft en vervolgens direct na het spel onwel wordt en letsel blijkt te hebben - lijkt een uitgemaakte zaak als het over de aansprakelijkheid gaat. Wat mij betreft, gaat de rechtbank echter (te) kort door de bocht en stond die aansprakelijkheid niet zozeer vast als het vonnis doet bevroeden.

Vonnis 'stoeispiel'¹

De havoklas van de veertienjarige leerlinge Zoë deed tijdens gymnastiek voor de eerste maal 'de strijd der Titanen', door de docente lichamelijke opvoeding 'worstelen' genoemd en in het vonnis als 'stoeispiel' aangeduid. Dit stoeispiel ging als volgt: twee leerlingen zaten op hun knieën op een mat tegenover elkaar en moesten elkaar van de mat afduwen. De docente gaf vooraf instructie over niet-krabben, bijten, kietelen, slaan of schoppen; niet duidelijk is of zij ook instructie gaf over het (niet mogen) vastklemmen van het hoofd en het overstrekken van gewrichten. De docente deelde de les zo in dat het stoeien op vijf matten tegelijkertijd plaatsvond.

In het Werkboek 'Bewegingsonderwijs voor de basisvorming' staat als aanbeveling onder meer vermeld: "het stoeien in tweetallen van gelijk(e) lengte en lichaamsgewicht" en voorts dat het aanraken bij stoeiactiviteiten "problemen" kan opleveren waarbij onder meer als reden wordt gegeven het verschil jongen/meisje en culturele achtergrond. In de procedure wordt aangenomen dat de tegenstander van Zoë in het stoeispiel een fysiek sterke jongen was, die op kickboksen zat.

Direct na afloop van het spel werd Zoë onwel en verloor zij kort het bewustzijn. De docente werd door medeleerlingen gewaarschuwd, waarna Zoë naar een aparte kamer werd gebracht, terwijl de docente de les afmaakte. Zoë

werd vervolgens door de conciërge naar de huisarts gebracht, die haar doorstuurde naar een ziekenhuis, waar nekletsel werd vastgesteld.

De rechtbank acht het handelen van de docente onzorgvuldig, omdat zij onvoldoende maatregelen had getroffen om de kans op letsel zoveel mogelijk te voorkomen of te beperken:

- (i) de instructies waren te algemeen en niet voldoende concreet; te weinig aandacht was geschonken aan de stoeihandelingen die (niet) waren toegestaan (vastpakken van het hoofd en het overstrekken van gewrichten);
- (ii) aanbevelingen uit het werkboek waren niet ter harte genomen (tweetallen van gelijk(e) lengte en gewicht); en
- (iii) er was onvoldoende overzicht voor voldoende toezicht (stoeien op vijf matten tegelijkertijd).

Ten overvloede overweegt de rechtbank dat, hoewel de docente wist dat Zoë even het bewustzijn had verloren, zij geen eerste hulp heeft verleend conform de EHBO voorschriften dan wel de gedragscode voor de beroepsgroep. Iemand die bewusteloos is geweest, mag op grond daarvan niet verplaatst worden; er dient direct deskundige hulp bij te worden geroepen. De docente heeft aldus onvoldoende (na)zorg betracht.

Zorgplicht van de school bij bewegingsonderwijs

In jurisprudentie is de zorgplicht van scholen geformuleerd als: 'in het algemeen gesproken rust op een leraar een bijzondere zorgplicht onder meer ten aanzien van de gezondheid en de veiligheid van de leerlingen, die aan zijn zorg zijn toevertrouwd en onder zijn toezicht staan'. Niet reeds de enkele mogelijkheid van een ongeval doet het handelen van de school evenwel onrechtmatig zijn; de school handelt slechts onrechtmatig indien de mate van waarschijnlijkheid van een ongeval zo groot was dat zij op een andere manier had moeten handelen². Ook wordt het handelen en nalaten van de school getoetst aan de Kelderluikcriteria³.

Mijns inziens wordt de zorgplicht van een school zwaarder naarmate het risico op schade voor de leerlingen toeneemt, waarvan bijvoorbeeld sprake is bij bewegingsonderwijs. Deze strengere norm is onder meer te vinden in het Disloque-arrest, waarin de Hoge Raad eveneens overweegt dat letsel op zichzelf niet altijd te vermijden is, maar het treffen van bijzondere maatregelen ter voorkoming of beperking van de gevolgen geboden is, ook indien die maatregelen wellicht niet in alle gevallen voldoende zijn om de gevolgen te voorkomen of aanzienlijk te beperken⁴.

In 2007 heb ik betoogd dat de aansprakelijkheid voor gymongevallen zou moeten worden beoordeeld in drie fasen: de voorfase, de uitvoeringsfase en de nazorg⁵. De ‘voorfase’ betreft de randvoorwaarden voor goed bewegingsonderwijs, zoals de opbouw van de oefening, het niveau hiervan en de gegeven instructies. De ‘uitvoeringsfase’ betreft het handelen van de gymleraar tijdens de les⁶, het te houden toezicht en indien nodig het ingrijpen.⁷ De ‘nazorg’ is een factor die eerst intreedt nadat een ongeval plaatsvindt. Alsdan is het de taak van de gymleraar om hierop adequaat te reageren: hij dient eventueel ernstig letsel te onderkennen, adequaat te handelen en zich te onthouden van gedragingen die het letsel kunnen vergroten.⁸

Kanttekeningen bij het vonnis ‘stoeispel’; de aansprakelijkheid

De rechtbank acht de door de docente genomen maatregelen onvoldoende, omdat

- (i) bij de instructie te weinig aandacht was besteed aan de toelaatbaarheid van specifieke stoeihandelingen,
- (ii) de leerlingen kennelijk niet waren ingedeeld in gelijke tweetallen en
- (iii) onvoldoend toezicht kon worden gehouden.

Voorts oordeelt de rechtbank volledigheidshalve dat de docente onvoldoende nazorg heeft betracht.

Er zijn vraagtekens te plaatsen bij de voornoemde overwegingen ten aanzien van de genomen maatregelen; de vraag is tevens op basis waarvan de rechtbank hiertoe heeft kunnen komen. Daarbij is mede van belang dat uit media-berichten een ander feitencomplex blijkt. Ik licht dit toe.

Maatregelen; instructies

De docente heeft instructie gegeven over (niet) krabben, bijten, kietelen, slaan of schoppen. Onzorgvuldig werd geacht dat zij geen instructie heeft gewijd aan (niet) toegestane overige handelingen; hierbij noemt de rechtbank in het bijzonder het vastpakken van het hoofd en het overstrekken van gewrichten.

Indien de laatstgenoemde instructie volgens de beroepsgroep geboden was om het risico op letsel zoveel mogelijk te voorkomen of te beperken, lijkt het oordeel van de rechtbank juist. Het is echter de vraag of de instructie inderdaad aldus had moeten worden vormgegeven en voorts hoe de rechtbank tot dit oordeel komt; zij verwijst namelijk niet naar een deskundigenoordeel of algemeen geldende voorschriften voor docenten lichamelijke opvoeding, zoals zij dit wel doet voor het indelen in tweetallen. Uit het boek ‘Opvoeden door stoeien’⁹ blijkt bijvoorbeeld dat stoeispelen zeer nuttig zijn onder meer voor het ontwikkelen van lichamelijke vaardigheden. Door te duwen, te trekken of te dragen, brengen kinderen hun tegenstander uit balans en gaan ze hun lichaam veelzijdiger gebruiken. Bovendien krijgen kinderen meer ruimtelijk inzicht en leren zij ook hoe ze moeten vallen zonder zich te bezeeren. Beschreven wordt dat gezorgd moet worden voor een veilige stoeiplek en dat vooraf stoeiafspraken moeten worden gemaakt, waarbij als voorbeeldregels worden genoemd: duwen en trekken is toegestaan; knijpen, bijten en haren trekken niet.

Ook in de jurisprudentie is een stoeispel al eens onderwerp van geschil geweest. De Rechtbank Maastricht oordeelde over de aansprakelijkheid van een school voor letsel dat was ontstaan tijdens een stoeispel. Dit stoeispel werd aanvankelijk zonder toezicht op het schoolplein gespeeld en werd onder begeleiding van een docent in aanvaardbare banen geleid, waarbij niettemin letsel ontstond¹⁰.

De rechtbank overwoog: “*Hoewel de stoeipartij zonder meer moet worden aangemerkt als een ruw spel, betekent dit naar het oordeel van de rechtbank nog niet dat het in de vorm als door [R.] omschreven ontoelaatbaar moet worden geacht. Uitgangspunt daarbij is dat ook de wat fysiekere spelen van belang zijn voor de vorming en ontwikkeling van kinderen en niet misstaan op een schoolplein. Anderzijds dient een school uiteraard een veilige omgeving te zijn waarin het risico van letsel zoveel als redelijkerwijze mogelijk dient te worden vermeden. Uit (...) volgt dat het stoeispel bij de kinderen bekend was uit de gymles, en komt een beeld naar voren van een betrekkelijk overzichtelijke strijdwijze (om beurten, één tegen één), waarbij duidelijke regels golden (alleen duwen, “schoppen, slaan, ruw spel was verboden”) en waarbij [R.] toezicht hield. (...) Gelet op de spelvorm en de aanwezigheid van de houtsnippers, was het risico van letsel als door [Eiser] opgelopen niet zodanig, dat [R.] het stoeispel niet had mogen laten plaatsvinden of nadere maatregelen had moeten treffen ter voorkoming van schade. De rechtbank is gelet op het voorgaande met de School van oordeel dat sprake is van een ongelukkige samenloop van omstandigheden, niet van tot aansprakelijkheid van de School leidend onzorgvuldig handelen van [R.]”*

Uit het boek noch de uitspraak uit Maastricht blijkt dat een docent specifiekere instructies moet geven dan de docente van Zoë heeft gedaan; de onzorgvuldigheid hiervan staat voor mij dan ook nog niet vast. Het komt mij voor dat een deskundige op dit terrein zijn mening had moeten geven over de in casu specifiek geboden instructie. Onbekend is evenwel of de school dergelijk bewijs heeft aangeboden.

Maatregelen; indeling tweetallen

In de procedure staat vast dat Zoë tijdens het stoeispel een jongen als tegenstander had die fysiek sterk was en op kickboksen zat. Aldus hield de docente een kennelijk willekeurige indeling van tweetallen aan, wat volgens de beroepsgroep niet de bedoeling - en daarmee waarschijnlijk onzorgvuldig - is, gelet op het in de procedure overgelegde werkboek voor docenten lichamelijke opvoeding.

Door alle media-aandacht - waaronder de (inmiddels opgeheven) website van Zoë zelf - ontstond bij mij echter een ander beeld. Op een forum op www.tros-radar.nl stond bijvoorbeeld vermeld: “*Tijdens de gymles moesten de kinderen gaan worstelen op de knieën. Zoë-Naomi wint van alle andere meisjes en moet dan tegen de winnaar van de jongens. Na het worstelen zakt Z. bewusteloos in elkaar*”¹¹ Interessant is of de opzet van het stoeispel uitgaande van die casus ook onzorgvuldig was. Kennelijk bestonden de tweetallen aanvankelijk uit óf jongens óf meisjes, waar-

door de docente het spel waarschijnlijk in overeenstemming met de voorschriften uit het werkboek had ingericht. Het desbetreffende stoeien van Zoë - waarna zij onwel werd - betrof vervolgens een soort finale, waaruit afgeleid kan worden dat het stoeispiel ook een (sterk) competitief element bevatte.

De finale roept bij mij de vraag op of het spel ook dan - uit een oogpunt van veiligheid - een nog aanvaardbaar risico meebrengt.

Dat het inbrengen van een competitief element onzorgvuldig kan zijn, blijkt uit een uitspraak van het Hof Amsterdam over een competitieve hoogspringoefening voor 16-jarige leerlingen¹². Deskundigen achtten de specifieke hoogspringoefening op zichzelf niet onverantwoord of onveilig, maar zij vroegen wel aandacht voor het gevolg van het aanbieden van de springoefening in wedstrijdvorm. Hierdoor zou de oefening door leerlingen vrijwel niet anders worden uitgelegd dan als een opdracht: “spring zo hoog mogelijk”, zijnde strijdig met het gegeven dat vooral beheerst geland moet worden. Door een competitief element aan bewegingsonderwijs toe te voegen, kan de veiligheid dus (te veel) in het gedrang komen.

Maatregelen; toezicht

De rechtbank overweegt ten slotte dat het een feit van algemene bekendheid is dat het er bij stoeien stevig aan toe kan gaan, waardoor geboden is dat de docent voldoende overzicht heeft en tijdig kan ingrijpen. Het stoeien op vijf matten tegelijkertijd was in dat opzicht onzorgvuldig. Deze overweging is niet in lijn met andere rechtspraak op dit terrein. Een gymleraar handelt weliswaar onzorgvuldig als hij een klas met veertienjarige leerlingen in drie afzonderlijke ruimten verschillende risicovolle (contact)sporten laat spelen, waarbij hij dientengevolge slechts toezicht kan houden op één groep, en niet op alle drie de groepen¹³. Maar als het gaat om het houden van toezicht in één of in een geschakelde ruimte gescheiden door een glazen wand wordt doorgaans aangenomen dat niet steeds op elke leerling toezicht hoeft te worden gehouden, zodat elke onregelmatigheid direct kan worden opgemerkt en dat direct kan worden ingegrepen¹⁴. Hoewel de meeste jurisprudentie hierover niet situaties bij bewegingsonderwijs betreft, komt het mij ondoenlijk voor dat bewegingsonderwijs altijd zo zou kunnen (en moeten) worden ingericht dat daarbij steeds op iedere leerling toezicht wordt gehouden. Dan zou één docent lichamelijke opvoeding per klas in alle gevallen onvoldoende zijn. Ook ten aanzien hiervan is mij niet duidelijk waarop de rechtbank de overweging baseert; er is geen deskundigenoordeel gevraagd noch verwezen naar voorschriften voor het geven van lichamelijke opvoeding.

Nazorg

Nadat leerlingen de docente hadden gewaarschuwd dat Zoë onwel was geworden, heeft zij Zoë in een aangrenzende kamer laten wachten en haar door de conciërge naar een huisarts laten brengen. Ervan uitgaande dat de docente inderdaad wist dat Zoë direct na het stoeien onwel en

even buiten bewustzijn was geweest, had zij de geldende EHBO voorschriften moeten volgen. Indien deze voorschriften inhouden dat een persoon in dat geval niet mag worden verplaatst en direct deskundige hulp moet worden ingeroepen, zoals de rechtbank overweegt, heeft de docente in dit geval onzorgvuldig gehandeld.

De Hoge Raad overwoog dat al in 1985¹⁵. Over het oordeel van het Hof Leeuwarden, inhoudende dat een gymleraar onrechtmatig handelde door een leerling die zich na een val niet kon bewegen te verplaatsen, oordeelde de Hoge Raad: “Dit oordeel geeft echter niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting, ook niet voor zover het ervan uitgaat dat het niet in acht nemen van de EHBO-voorschriften in de gegeven omstandigheden onrechtmatig was (...). Anders dan het oordeel veronderstelt, heeft het hof niet geoordeeld dat te dezen aan een gymnastiekleraar dezelfde eisen moeten worden gesteld als aan een arts.”

Conclusie aansprakelijkheid

Het is de vraag of de onzorgvuldigheid van de school tijdens de voor- en uitvoeringsfase - tot welk oordeel de rechtbank komt - gegeven is. Het komt mij voor dat de door de docente ingerichte en uitgevoerde les door deskundigen op het terrein van de lichamelijke opvoeding had moeten worden beoordeeld, namelijk ter zake van de inhoud van de instructies, het vormen van tweetallen en het doen plaatsvinden van de oefening op vijf matten tegelijkertijd. Kennelijk is ook de Koninklijke Vereniging van Leraren Lichamelijke Opvoeding (KVLO) niet overtuigd van de onzorgvuldigheid van de gymles; zij schrijft op haar website dat de mening van deskundigen in de procedure onvoldoende benadrukt en ingezet zou zijn¹⁶.

Anders is het ten aanzien van de overwegingen van de rechtbank over de nazorg. Van een docent lichamelijke opvoeding mag naleving van EHBO voorschriften worden verwacht. Door de geldende voorschriften niet te volgen, heeft de docente jegens Zoë onrechtmatig gehandeld. De vraag hierbij is uiteraard wel in hoeverre het letsel van Zoë in causaal verband staat tot de schending van deze norm.

Omkeringsregel?

De toedracht van het ongeval is kennelijk onbekend; Zoë noch haar klasgenoten hebben gezien wat het onwel worden en het nekletsel hebben veroorzaakt. Zoë kan dus ook zonder toedoen van een ander verkeerd terecht zijn gekomen, een onverwachte klap van een medeleerling hebben gekregen, zonder aanleiding onwel zijn geworden et cetera. Aangezien niemand iets heeft gezien, lijkt het moeilijk verdedigbaar dat Zoë's tegenstander duidelijke niet-toegepaste acties heeft ondernomen, zoals het vastklemmen van of trekken aan het hoofd van Zoë.

De school betoogt dat het nekletsel mogelijk een direct gevolg is van het flauwvallen van Zoë. Zij betwist in elk geval dat de jongen Zoë in een soort wurggreep zou hebben gehouden. De hoofdregel van art. 6:98 BW volgende, zou Zoë het causaal verband tussen de normschending en het ontstaan van haar schade moeten bewijzen; niet

ondenkbaar is dat de vordering van Zoë dan zou stranden, aangezien niemand iets heeft gezien.

De vordering wordt echter gered door de door de rechtbank toegepaste omkeringsregel. De school wordt bovendien niet in de gelegenheid gesteld bewijs te leveren van haar stelling dat het ongeval ook zonder de normschending zou zijn ontstaan. Betwijfeld kan worden of de rechtbank op goede gronden tot het voormelde oordeel kon komen.

Het toepassen van de omkeringsregel bij schending van een op scholen rustende zorgplicht is (althans in gepubliceerde rechtspraak) nieuw. Wel heeft het Hof Leeuwarden toepasselijkheid van de omkeringsregel in 2005 afgewezen bij een gymles waarin een 9-jarige leerlinge tijdens een spel aan haar rug was geraakt door een omvallende valmat van tenminste 55 kg. Het hof oordeelde dat de geschonden norm - het zodanig inrichten van een gymnastiekles dat daarbij de veiligheid van de deelnemers aan die les niet in gevaar komt - een aan art. 6:162 tweede lid BW ontleende algemene veiligheidsnorm was, zodat de omkeringsregel hierop niet van toepassing was¹⁷.

De vraag is of het vonnis op dit punt in lijn is met de door de Hoge Raad gewezen arresten. De ratio van de omkeringsregel ligt volgens een aantal schrijvers in de verwezenlijking van de materiële norm¹⁸ en naar de mening van A-G Spier in slachtofferbescherming¹⁹. De Hoge Raad heeft de omkeringsregel in diverse arresten beschreven als een bijzondere regel op grond waarvan het causaal verband (in de zin van *condicio sine qua non* verband) tussen de onrechtmatige gedraging of tekortkoming en het ontstaan van de schade wordt aangenomen (tenzij). Hiervoor is vereist dat sprake is: *“van een gedraging in strijd met een norm die strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade en dat degene die zich op schending van deze norm beroept, ook bij betwisting aannemelijk heeft gemaakt dat in het concrete geval het specifieke gevaar waartegen de norm bescherming beoogt te bieden, zich heeft verwezenlijkt”*²⁰.

Aangenomen wordt dat deze norm een verkeers- of veiligheidsnorm dient te zijn; niet duidelijk is welke eisen worden gesteld aan de strekking hiervan. In 2004 leek de algemene norm uit art. 7:453 BW (‘de hulpverlener moet bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed hulpverlener in acht nemen (...)’) onvoldoende te beschermen tegen een specifiek gevaar; in 2007 strekte dezelfde norm wel tot bescherming van een voldoende specifiek gevaar²¹. Het laatste geval betrof een gynaecoloog die niet tijdig een keizersnede had uitgevoerd. Hierbij was vanwege meconiumhoudend vruchtwater een keizersnede geïndiceerd om schade door zuurstoftekort in de hersenen zoveel mogelijk te voorkomen. Betoogd zou kunnen worden dat de algemene norm ‘handelen als goed gynaecoloog’ op enig moment tijdens de bevalling ingekleurd en geconcretiseerd was tot een geboden ingrijpen: het uitvoeren van een keizersnede ter voorkoming van hersenletsel. Die redenering volgend, zou evenwel ieder onzorgvuldig nalaten op enig moment zijn geconcretiseerd en ingekleurd -

anders zou het nalaten niet onzorgvuldig worden geacht -, toepasselijkheid van de omkeringsregel tot gevolg habend. Dit kan mijns inziens niet de bedoeling zijn.

De bijzondere zorgplicht die op scholen rust ten aanzien van de gezondheid en de veiligheid van de leerlingen die aan haar zorg zijn toevertrouwd en onder haar toezicht staan, vloeit - na de wetswijziging in 1992 - nog uitsluitend voort uit art. 6:162 BW. Het is daarmee een algemene uit het ongeschreven recht voortkomende zorgvuldigheidsnorm, hoewel deze zich niettemin specifiek richt op de gezondheid en veiligheid van de leerlingen.

Tenzij de omkeringsregel zover moet worden opgerekt dat het in algemene zin voorkomen van schade aan leerlingen voldoende specifiek is, wat naar mijn mening te ver zou gaan, strekt de - uit de zorgplicht van scholen voortvloeiende - norm niet ter voorkoming van een voldoende specifiek gevaar. Voorstelbaar - in de lijn van het arrest over de gynaecoloog die een geïndiceerde keizersnede had moeten uitvoeren - is dat de algemene zorgplicht in een bijzondere situatie concreter wordt en verwordt tot een norm die strekt tot bescherming tegen een specifiek gevaar. Indien de docente bijvoorbeeld zou hebben gezien dat de tegenstander van Zoë haar op enig moment vastpakte op een manier die niet paste bij het (niet als agressief bedoelde) stoepspeel, kan de zorgplicht op dat moment concreet worden: een docent moet bij het waarnemen van een gevaarsituatie tijdig ingrijpen. Hiervan was echter geen sprake.

Uitgaande van de hypothese dat de instructies van de docente voldeden en het voor toezicht noodzakelijke overzicht afdoende was, zou de normschending in casu bestaan uit het in strijd met richtlijnen indelen van leerlingen in ongelijke tweetallen. Vastgesteld dient te worden of dit voorschrift een absoluut vereiste is (het vonnis geeft hierover geen informatie) en wat de achterliggende ratio is: eerlijk spel of veiligheid of cultuur of ... ?

Mijns inziens mag de omkeringsregel niet (altijd) worden toegepast als een school in strijd handelt met de op haar rustende zorgplicht. Leerlingen doen immers soms onvoorspelbare dingen, waartegen de school nimmer absolute bescherming kan bieden. Voorstelbaar is dat de tegenstander van Zoë haar op enig moment ongelukkig heeft geduwd of haar juist opzettelijk een klap heeft gegeven; een duw of klap die een docent door middel van instructies of toezicht nimmer kan voorkomen. Een docent kan moeilijk alle mogelijke handelingen die een leerling bij een spel kan uitvoeren benoemen en verbieden noch alle mogelijke gevaarsituaties uitbannen. Indien vervolgens het causaal verband tussen de normschending en het ontstaan van de schade via de omkeringsregel zou worden aangenomen, wordt het voor scholen onmogelijk om onderwijs te geven anders dan in een klaslokaal veilig achter tafels. Het is onwaarschijnlijk dat de leerlingen daarbij zijn gebaat.

Zoals ook de Rechtbank Zwolle in 1999 overwoog: ‘in het algemeen dient te gelden dat een school niet zonder meer aansprakelijk gehouden kan worden voor schade die een kind lijdt als er een ongeluk op het schoolplein gebeurt dat geacht moet worden te zijn veroorzaakt door spelen of stoeien van de kinderen. Het mag immers een feit van algemene bekendheid heten dat kinderen in hun onbevangenheid en onoplettendheid gedragingen jegens elkaar kunnen vertonen die schade ten gevolge kunnen hebben. Van een school kan en mag redelijkerwijs niet worden verwacht dit voor te zijn: het zou niet alleen onmogelijk maar ook onwenselijk zijn om kinderen van jonge leeftijd zodanig in hun speelgedrag te beteugelen dat daarmee elke kans op ongelukken is uitgesloten. Zij moeten in het speelkwartier kunnen ravotten; ongelukjes die daarbij gebeuren moeten op de koop toe genomen worden²²’.

Het (sportieve) leven blijft vol voor- en nadelen. Op Kamervragen antwoordde staatssecretaris Dijkema op

9 april 2009 dat regelmatig sporten en bewegen van belang is voor de ontwikkeling van kinderen en een positief effect heeft op de gezondheid en de preventie van overgewicht. Wel kleeft er altijd een zeker risico aan sporten en bewegen. Ongelukken tijdens de (verplichte) gymles zijn nooit geheel te voorkomen, maar dat neemt niet weg dat het belangrijk is om het risico op blessures zoveel mogelijk in te perken. Dijkema haalde vervolgens andere cijfers aan. Uit onderzoek was namelijk gebleken dat op school jaarlijks weliswaar 26.500 ongevallen plaatsvonden (waarvan 13.500 tijdens gymles), maar dat het bij ongevallen van leeftijdsgenoten in de privésfeer ging om een aantal van 114.000 en bij sportbeoefening na schooltijd om 64.000. Hoewel dit geen invloed heeft op de zwaarte van de zorgplicht van een school, lijkt het risico op een ongeval tijdens bewegingsonderwijs in het licht van die cijfers dan weer relatief.

¹ LJN: BI8294 (moeder/Openbaar Onderwijs Zwolle en Regio). In de Stentor van 16 mei 2009 heeft een woordvoerder van de school laten weten geen hoger beroep te zullen instellen.

² Vgl. HR 9 december 1994, NJ 1996, 403 (Zwiepende tak).

³ HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 (Kelderluik).

⁴ HR 6 oktober 1995, NJ 1998, 190 (Disloque). Vgl. ‘Met betrekking tot lichamelijke opvoeding en zeker bij zwemles, geldt deze zorgplicht eens te meer, nu het als een feit van algemene bekendheid mag worden beschouwd, dat de kans op ongevallen bij dergelijke lessen in het algemeen groter is.’

⁵ B.M. Pajmans, ‘Gymongevallen, wanneer is een school aansprakelijk?’, VR 2007, nr. 7/8, p. 207-211.

⁶ Vgl. HR 19 januari 2007, NJ 2007, 450 (SKOL/Van Tol).

⁷ Vgl. HR 14 juni 1985, NJ 1985, 736 (Smit/Brevoord).

⁸ Vgl. opnieuw HR 14 juni 1985, NJ 1985, 736 (Smit/Brevoord).

⁹ Yos Lotens, *Opvoeden door stoeien*, Rijswijk: Uitgeverij Elmar 2004.

¹⁰ Rb. Maastricht 12 maart 2003, LJN: AF5913 (M/ de stichting Stichting Bernard Lievegoed School).

¹¹ Vraag d.d. 21 maart 2007, vermeld op: <http://forum.www.trosradar.nl/viewtopic.php?t=49425>.

¹² Hof Amsterdam 17 juli 1997, VR 1998, 187.

¹³ Rb. Arnhem 28 juli 2004, VR 1995, 100 (Van den Berg/Katholieke Stichting Nebo Marienbosch).

¹⁴ Arrondissementsrechtbank Zutphen 6 april 1961, NJ 1961, 419; Arrondissementsrechtbank Alkmaar 19 augustus 1982 en 9 juni 1983,

NJ 1984, 215 (Geervliet/Staat der Nederlanden); Ktg. Zutphen 12 augustus 2003, NJ 2004, 260 (A/Gemeente Zutphen); Rb. Leeuwarden 29 november 2006, VR 2008, 75 (Fortis ASR/Ver. voor Chr. Onderwijs of Reformatorische Grondslag in Oost-Friesland).

¹⁵ HR 14 juni 1985, NJ 1985, 736 (Smit/Brevoord).

¹⁶ Bericht van het hoofdbestuur KVLO d.d. 28 mei 2009, te vinden op: www.kvlo.nl.

¹⁷ Hof Leeuwarden 9 november 2005, VR 2006, 125 (Venema/ Gemeente Ooststellingwerf).

¹⁸ A.J. Akkermans, *De ‘omkeringsregel’ bij het bewijs van causaal verband*, Den Haag: BJU 2002, p. 113 e.v.; I. Giesen, ‘De aantrekkingskracht van Loreley’, in: *Tien penne streken over personenschade* (LSA), Den Haag: SDU 2009, p. 5.

¹⁹ Vgl. punt 6.4 van zijn conclusie voor HR 7 december 2007, NJ 2007, 644 (vader en moeder/SMCL).

²⁰ Zie onder meer HR 7 mei 2004, NJ 2004, 422 (Fryslân/Incor) en recent HR 19 december 2008, NJ 2009, 28 (Smeets/Gemeente Heerlen).

²¹ HR 19 maart 2004, NJ 2004, 307 (B/J) en HR 9 april 2004, NJ 2004, 308 (D/Achmea Schadeverzekeringen); HR 7 december 2007, NJ 2007, 644 (vader en moeder/SMCL).

²² Rb. Zwolle 27 januari 1999, PRG 1999, 5155 (Bijlefeld/Vereniging van Scholen met de Bijbel voor Basisonderwijs in de Noordoostpolder).

Affectie- en shockschade; strikte hantering confrontatie-eis

HR 9 oktober 2009, LJN BI8583

De criteria die de Hoge Raad in het Taxibusarrest¹ formuleerde gelden als maatgevend bij een beroep op shockschade. Voor een beroep op shockschade moet aan de volgende vereisten zijn voldaan:

1. er moet sprake zijn van ernstige verwonding of overlijden ten gevolge van een ernstig ongeval;
2. dat ongeval moet het gevolg zijn van een overtreding van een verkeers- of veiligheidsnorm; en
3. de benadeelde moet rechtstreeks met het ongeval zijn geconfronteerd; dan wel
4. direct met de ernstige gevolgen ervan zijn geconfronteerd.

Die confrontatie moet een hevige shock teweeg hebben gebracht die leidt tot geestelijk letsel waarbij het om een in de psychiatrie erkend ziektebeeld moet gaan.

In de rechtspraak heerste nadien verdeeldheid over de vraag of bij een beroep op shockschade aan het (directe) confrontatieaspect minder zware eisen moeten worden gesteld naarmate de normschending ernstiger is. De rechtbanken Arnhem² en Utrecht³ alsmede het Hof Amsterdam⁴ leken deze vraag overwegend bevestigend te beantwoorden.

De Rechtbank Maastricht⁵ en - in hoger beroep - het Hof Den Bosch⁶ toonden zich echter, in de zaak die tot het in dit artikel besproken arrest van de Hoge Raad van 9 oktober 2009 heeft geleid, tegenstander van oprekking van de confrontatie-eis⁷. De Hoge Raad heeft zich thans expliciet over dit aspect uitgelaten.

Casus

Op 31 maart 2001 overleden drie jonge mensen en raakte er een ernstig gewond als gevolg van een aanrijding. De slachtoffers waren 's avonds op weg naar huis toen zij in hun Honda werden gepasseerd, klemgereden en tot stoppen gedwongen door de bestuurder van een Opel die beweerde dat zij hem hadden aangereden. De bestuurder van de Opel eiste dat zij achter hem aan zouden rijden naar het woonwagenkamp waar hij woonde om de schade "te regelen". Hij dwong zijn echtgenote achter het stuur van zijn Opel plaats te nemen. Toen de Honda hem bij een afslag niet langer volgde heeft hij zijn echtgenote gedwongen de achtervolging in te zetten. In de wilde en agressieve achtervolging die op zijn dringende instructies plaatsvond is de Honda van de weg geraakt en tegen een boom aangereden. De (aanvankelijke) bestuurder van de Opel werd in 2003 in de strafzaak veroordeeld tot acht jaar gevangenisstraf voor (onder meer) het plegen van

Mevrouw mr. A. Ales
ASR Nederland



doodslag meermalen gepleegd; de feitelijke bestuurder werd veroordeeld tot een gevangenisstraf van 30 maanden.

De WA-verzekeraar van de Opel heeft aansprakelijkheid erkend en de materiële schade op grond van art. 6:108 BW (naar het oordeel van alle partijen ruimhartig) geregeld.

Rechtbank Maastricht

In de procedure voor de rechtbank vorderden negen nabestaanden (ouders, broers en een zus) van de slachtoffers een verklaring van recht over de grondslag van de aansprakelijkheid en de omvang van de schadevergoedingsplicht. Tevens maakten zij aanspraak op schadevergoeding in geld. Zij baseerden hun vorderingen primair op het geestelijk leed dat de veroordeelde dader door zijn onrechtmatig gedrag, rechtstreeks aan hen heeft toegebracht. Zij achtten de verzekeraar aansprakelijk voor alle geleden schade (materieel en immaterieel) - voortvloeiend uit het toegebrachte geestelijk letsel - die in causaal verband staat met de door de dader gepleegde onrechtmatige daad. Het opzettelijk (doodslag) zou niet alleen ten opzichte van de overledenen onrechtmatig zijn maar ook ten opzichte van de directe nabestaanden.

Subsidiar baseerden zij hun vorderingen op de schokkende wijze waarop zij zijn geconfronteerd met het onrechtmatige handelen van de dader en de gevolgen daarvan. Zij voerden daarbij aan dat nu sprake was van een opzettelijk begaan feit, namelijk doodslag, minder zware eisen dienden te worden gesteld aan het confrontatieaspect.

Ten aanzien van het primair en subsidiar gevorderde diende de rechtbank twee vragen te beantwoorden:

1. is de vordering naar geldend recht toewijsbaar en
2. als dat in eerste instantie niet het geval zou zijn, bestaat >

er dan niettemin ruimte (op basis van verruimde interpretatie van de wet) om tot toewijzing te komen. De rechtbank oordeelde met betrekking tot het primair gevorderde dat de nabestaanden op geen enkele wijze - dus noch via het strikt limitatieve art. 6:108 BW noch via een andere constructie - aanspraak kunnen maken op vergoeding van affectieschade. De rechtbank meende voorts - refererend aan het oordeel van de Hoge Raad in het Taxibusarrest - dat het de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaat om in afwijking van het wettelijk stelsel zonder meer een vergoeding voor affectieschade toe te kennen en dat zij op het wetsvoorstel affectieschade niet mocht vooruitlopen. De vordering affectieschade werd derhalve afgewezen.

Ook het beroep op art. 6:106 aanhef en lid 1 onder a BW, dat een aanspraak op vergoeding van immateriële schade toekent als de aansprakelijke persoon het oogmerk had zodanig nadeel toe te brengen, werd door de rechtbank verworpen. De veroordeelde dader werd niet verweten dat hij willens en wetens had gehandeld met de bedoeling de slachtoffers te doden maar hem werd verweten dat hij het risico van het overlijden op de koop toe had genomen. Voor toepassing van art. 6:106 aanhef en lid 1 onder a BW moet komen vast te staan dat het oogmerk van de dader (ook) gericht zou moeten zijn geweest op het toebrengen van geestelijk leed bij de betreffende nabestaanden. Dat achtte de rechtbank uiterst onaannemelijk.

De subsidiair gevorderde shockschade, gebaseerd op art. 6:106 aanhef en sub b BW, stuitte af op het confrontatiecriterium nu bleek dat geen van de nabestaanden het ongeval zelf hadden waargenomen. Zij werden pas enige tijd later van het ongeval en de ernstige gevolgen ervan op de hoogte gesteld en zij hebben de locatie van het ongeval het toen niet bezocht. De meeste nabestaanden in deze zaak hadden hun overleden familielid voor het eerst de dag na het ongeval aan het eind van de middag of 's avonds in het mortuarium bezocht, een aantal nabestaanden twee dagen na het ongeval bij de begrafenisonderneming.

De confrontatie-eis achtte de rechtbank een wezenlijke eis die niet kan worden gemist of afgezwakt, *“omdat dan het onderscheid vervalt tussen de nabestaanden die rechtstreeks en op shockerende wijze met het ongeval en de gevolgen daarvan worden geconfronteerd en de nabestaanden die op andere wijze op de hoogte raken van het overlijden van een dierbare. Ook dit laatste is zonder twijfel zeer ingrijpend.”* De rechtbank deelde niet de opvatting van de nabestaanden dat er minder zware eisen zouden moeten worden gesteld aan het confrontatieaspect omdat sprake is van een door de dader opzettelijk begaan feit. Daarbij werd ook weer verwezen naar het Taxibusarrest waarin de Hoge Raad geen speciale eisen aan de schuldgraad stelde maar juist de aard van het schadetoebrengend handelen (het veroorzaken van een ernstig, omstanders shockerend ongeval) en de aard van de overtreden norm (een veiligheids- of verkeersnorm) van belang achtte.

Hof Den Bosch

Het geschil werd in volle omvang aan het hof voorgelegd.

Het hof benadrukte dat het systeem van art. 6:107 en art. 6:108 BW limitatief is en dat alleen de in die artikelen genoemde derden recht hebben op vergoeding van schade, beperkt tot de enkele expliciet genoemde materiële schadeposten. In het huidige systeem blokkeert art. 6:108 BW elke vordering op grond van art. 6:162 BW die is betrokken op overlijdensschade (affectieschade en mogelijk andere schade als gevolg van overlijden). Art. 6:106 lid 1 aanhef onder a en b BW vormen twee limitatieve uitzonderingen op de in de wet verankerde blokkade van vergoedbaarheid van immateriële schade.

Zelfs indien zou kunnen worden aangenomen dat het handelen van de dader tevens als een onrechtmatige daad jegens de nabestaanden van de slachtoffers had te gelden - wat volgens het hof in rechte niet was komen vast te staan - sluit het door de wetgever welbewuste limitatieve stelsel van art. 6:107 en 6:108 BW naar het oordeel van het hof een aanspraak op vergoeding van andere schade dan in de wet voorzien uit. Dat sprake is van een opzedit (waarbij tussen partijen vaststond dat in deze zaak niet voldaan is aan het oogmerkvereiste van art. 6:106 aanhef en lid 1 sub a BW) leidde volgens het hof niet tot een ander oordeel. De stelling van de nabestaanden - dat het gepleegd zijn van een opzedit als het onderhavige op zichzelf reeds meebrengt dat de dader jegens hen onrechtmatig heeft gehandeld en dat het *“confrontatieaspect”* geen (doorslaggevende) rol meer speelt - kon volgens het hof, gelet op de cumulatieve criteria in het Taxibusarrest, geen stand houden.

Net als de rechtbank achtte het hof het primair gevorderde - de vordering tot verklaring van recht en de schadevergoedingvorderingen voor zover gebaseerd op de primaire grondslag van een onrechtmatige daad van de dader jegens de nabestaanden - niet toewijsbaar.

Ten aanzien van het subsidiair gevorderde, de shockschade, meende het hof dat hier van een daadwerkelijk waarnemen van het ongeval noch van een directe confrontatie met de ernstige gevolgen van dat ongeval door de nabestaanden sprake is geweest. De nabestaanden voerden nog aan dat de rechtbank ten onrechte strak had vastgehouden aan de eis van de directe confrontatie zoals die in het Taxibusarrest door de Hoge Raad werd gesteld. Zij wezen er daarbij op dat anders dan in het aangehaalde arrest in de onderhavige zaak sprake was van een opzettelijk gepleegd feit hetgeen met zich mee zou brengen dat de norm die hier geschonden was, mede strekt tot bescherming van de nabestaanden, welke schending immers voorzienbaar psychisch leed aan de nabestaanden tot gevolg heeft. Dit laatste zou nu juist, zonder het confrontatieaspect, als een (doorslaggevend) constitutief element zijn aan te merken. Het hof onderschreef dit niet en vond, net als de rechtbank eerder, onvoldoende aanleiding en ruimte voor het stellen van minder zware eisen aan het confrontatieaspect in geval van opzet bij het gepleegde schadeveroorzakende feit, zo lang het in de wet verankerde restrictieve stelsel voor vergoeding van schade aan nabestaanden door de wetgever niet is gewijzigd. Nu in deze zaak niet was voldaan aan het confrontatievereiste als door de Hoge Raad in het Taxibusarrest is ingevuld

dient ook de subsidiaire vordering - shockschade wegens aantasting in hun persoon - te worden afgewezen.

De Hoge Raad

De cassatiemiddelen van de nabestaanden strekken ertoe dat de door de Hoge Raad - in het bijzonder in het Taxibusarrest - aangewezen omvang van de schadevergoedingsverplichting jegens nabestaanden van verkeersslachtoffers moet worden verruimd in gevallen waarin het, anders dan in de zaak die tot het Taxibusarrest leidde, gaat om een opzettelijk veroorzaakt verkeersongeval. Zij achten het opzettelijk in kwestie, zoals ook in de eerdere instanties betoogd, niet alleen een onrechtmatige daad jegens de overledenen maar ook rechtstreeks jegens hen. Het wettelijk stelsel zou niet aan een op deze onrechtmatige daad gestoelde vordering tot vergoeding van materiële en immateriële schade in de weg staan. Als een opzettelijk is gepleegd, zou in de visie van de nabestaanden niet te zwaar mogen worden getild aan het vereiste van een *“directe confrontatie met de ernstige gevolgen”* van het ongeval zoals de Hoge Raad in het Taxibusarrest tot uitdrukking heeft gebracht met de woorden ‘in het algemeen’ in de rechtsoverweging dat *“deze schade slechts voor vergoeding in aanmerking komt indien de betrokkene rechtstreeks wordt geconfronteerd met de omstandigheden waaronder het ongeval heeft plaatsgevonden (...)”*

De Hoge Raad aanvaardt deze verruiming niet. Hij is van mening dat de in het Taxibusarrest gegeven algemene gezichtspunten (waaronder het aspect dat het de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaat af te wijken van het restrictieve wettelijk stelsel) nog onverkort gelden, ook voor gevallen waarin het verkeersongeval opzettelijk is veroorzaakt. *“Met artikel 6:106 BW is beoogd vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade slechts in beperkte mate mogelijk te maken, in verband waarmee voor vergoeding van shockschade alleen onder strikte voorwaarden plaats is. Hiermee strookt niet het vereiste van waarneming van het ongeval of de directe confrontatie met zijn ernstige gevolgen vanwege de aard of ernst van de normschending zoals vanwege het opzettelijk begaan daarvan, terzijde te stellen of af te zwakken.”* Het cassatieberoep wordt - conform de conclusie van A-G Spier - verworpen.

Commentaar

Het gaat bij shockschadeclaims niet zozeer om grote aantallen - hoewel Karst T. op Koninginnedag 2009 wel voor een enorme toename bij de betreffende verzekeraar zorgde - maar wel om zeer gevoelige kwesties waar begrijpelijke emoties de juridische discussie vaak beïnvloeden. Die emoties zijn veelal heftiger naarmate de normschending ernstiger is. De soms gruwelijke feiten in de hier beschreven zaak - de inzittenden hebben telefonisch tijdens de

achtervolging om hulp gevraagd waarbij duidelijk te horen was dat zij in doodsangst verkeerden - zal niemand onberoerd laten. Het getuigt van respect met die emoties zorgvuldig om te gaan, zeker als de boodschap is dat juridisch gezien het leed niet in de vorm van een schadevergoeding kan worden vertaald.

Verzekeraars procederen in het algemeen liever niet en al helemaal niet in dit soort netelige kwesties. In de hierboven besproken zaak heeft de verzekeraar voorgesteld de zaak via mediation naar een gemeenschappelijk gedragen oplossing te brengen. De nabestaanden stelden echter als voorwaarde dat voorafgaand aan de mediation voor alle nabestaanden een voorschot werd verstrekt. Met die voorwaarde ging de verzekeraar niet akkoord⁸.

Met het arrest van 9 oktober 2009 heeft de Hoge Raad benadrukt dat de criteria van het Taxibusarrest strikt moeten worden gehanteerd. De confrontatie-eis mag niet worden verruimd of overgeslagen. Daarmee zullen de discussies over wanneer de confrontatie nog als direct mag worden beschouwd waarschijnlijk niet beëindigd zijn. Zo vond het Hof Amsterdam op 2 juli 2009⁹ nog dat bij benadeelde van directe confrontatie met de ernstige gevolgen van de moord op zijn dochter sprake was nadat hij de dag erna van de gruwelijke moord door de politie en omwonende op de hoogte werd gesteld en hij haar gehavende lichaam pas twee of drie dagen later in het uitvaartcentrum heeft gezien, kort na de identificatie en het vrijgeven van het lichaam door de officier van justitie. Hij had naar het oordeel van het hof zo direct na de daad als onder de omstandigheden reëel en mogelijk was, het lichaam van zijn dochter gezien.

Tot slot maakt het arrest van 9 oktober 2009 nog weer eens duidelijk dat niet geanticipeerd mag worden op het wetsvoorstel affectieschade zodat een vergoeding voor affectieschade pas mogelijk zal zijn als het betreffende wetsvoorstel ook daadwerkelijk wordt ingevoerd. ■■■

¹ HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240.

² Rb. Arnhem 29 maart 2006 - NJF 2006, 252 - 16 april 2008 - JA 2008 - en 21 mei 2008, LJV BD2057.

³ Rb. Utrecht 30 januari 2008, JA 2008, 47.

⁴ Hof Amsterdam 24 maart 2006, LJV AV8220.

⁵ Rb. Maastricht 3 mei 2006, NJF 2006, 326.

⁶ Hof Den Bosch 5 februari 2008, JA 2008, 44.

⁷ Zie ook mijn artikel “Ruim vijf jaar na het Taxibusarrest”, PIV-Bulletin 2007, 7.

⁸ Ook destijds in de zaak die uiteindelijk leidde tot het Taxibusarrest wilde de verzekeraar een minnelijke regeling bewerkstelligen maar verkoos de moeder - en dat was uiteraard haar goed recht - het oordeel van de rechter.

⁹ Hof Amsterdam 2 juli 2009, LJV BJ0871.



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.

Redactiesecretaris

Mevrouw J. (Jenny) M. Polman, Stichting PIV

Postbus 93450

2509 AL Den Haag

Telefoon: 070 333 88 73

Telefax: 070 333 88 33

e-mail: j.polman@verzekeraars.nl

Website: www.stichtingpiv.nl

M.m.v. drs. P. (Peter) J.M. van Steen, tekstschrijver

Creatie & realisatie: Artoos Communicatiegroep bv, Rijswijk

