

Bulletin 1999, 7 Aansprakelijkheid; proportioneel of conditio sine qua non/toerekening naar redelijkheid? (Bewerkt door H. Kleijn Molekamp/mr. L
Bulletin 1999, 7 Bindend advies prof. T. Hartlief d.d. 20 juli 1999 (Bewerkt door Mevr. mr. A. Ales, Stad Rotterdam)
Bulletin 1999, 7 Wettelijke rente (Bewerkt door Mevr. M.L. Faassen, Stad Rotterdam)
Bulletin 1999, 7 Deskundigenbericht (Bewerkt door mr. J. Schep, advocaat te Apeldoorn)
Bulletin 1999, 7 Brieven aan de redactie (Bewerkt door Mr. S. Grolleman, AEGON Leeuwarden)
Bulletin 1999, 7 Over onze Sites (v/h 'Uit de Nieuwsgroepen') (Bewerkt door C. Visser, AXA Verzekeringen)
Bulletin 1999, 7 Actualiteiten

Bulletin 1999, 7 Aansprakelijkheid; proportioneel of conditio sine qua non/toerekening naar redelijkheid? (Bewerkt door H. Kleijn Molekamp/mr. L

Inleiding

Proportionele aansprakelijkheid behelst de verdeling van de schade over partijen in geval van onzeker causaal verband. In beginsel wordt bij deze verdeling uitgegaan van het kanspercentage dat een bepaalde gebeurtenis tot de schade heeft geleid. Hiertegenover staat uiteraard dat het percentage van de kans, dat de schade door een andere gebeurtenis is veroorzaakt bepalend is voor het deel van de schade dat voor rekening van de gelaedeerde blijft. Inmiddels is er enige jurisprudentie die aanknoopt bij de proportionele leer en aanleiding geeft tot onderstaand artikel.

Proportionaliteit bij beroepsziekten

De heer Schaier (hierna te noemen Schaier) heeft van 1955 tot 1988 als bankwerker gewerkt bij Scheepswerf De Schelde (hierna te noemen De Schelde) en is bij deze werkzaamheden blootgesteld aan asbeststof. In 1991 werd bij hem longkanker vastgesteld. Schaier overleed in 1994. Uit de medische stukken blijkt dat Schaier 40 jaar heeft gerookt, waarvan de laatste 10 jaar gemiddeld 20 sigaretten per dag.

De Kantonrechter te Middelburg heeft op 1 februari 1999 (*1) vonnis gewezen in een procedure tussen de erfgenamen Schaier en De Schelde. In dit vonnis wordt voor het eerst proportionele aansprakelijkheid van een werkgever aangenomen voor het ontstaan van longkanker bij een werknemer die ook is blootgesteld aan asbestvezels tijdens de uitvoering van zijn werkzaamheden. De kantonrechter ziet zich gesteld voor een lastige causaliteitsvraag. Is de longkanker veroorzaakt door blootstelling aan asbest, door het roken, door beide omstandigheden of zijn er ook andere factoren aan te wijzen? Ter beantwoording van deze vragen heeft de kantonrechter een deskundigenonderzoek gelast.

De drie deskundigen stellen dat het niet mogelijk is longkanker, veroorzaakt door asbestvezels, te onderscheiden van longkanker, veroorzaakt door tabaksrook. Hoogstwaarschijnlijk heeft de combinatie van sigarettenrook en blootstelling aan asbestvezels geleid tot het ontstaan van longkanker. Op basis van de mate van de blootstelling aan asbestvezels (uitgedrukt in vezeljaren(*2)) wordt deze geschat op 35 vezeljaren, met een onzekerheid tussen 15 en 56 vezeljaren. Gesteld wordt dat er 26% kans is dat de longkanker door blootstelling aan asbest werd verkregen, met een bandbreedte tussen 13 en 36%.

Uit het vonnis blijkt dat De Schelde onder meer een beroep heeft gedaan op eigen schuld aan de zijde van Schaier wegens diens rookgedrag. In het licht hiervan zou de schade naar maatstaf van art. 6:101 BW dienen te worden verdeeld. De deskundigen hebben, op basis van feitenonderzoek en een beredeneerd geschatte norm, zo goed mogelijk een kanspercentage bepaald. De mate waarin het rookgedrag heeft bijgedragen is niet in een percentage uitgedrukt. Andere factoren zijn niet aangenomen wegens het ontbreken van aanleiding daartoe. Op grond van het deskundigenbericht oordeelde de kantonrechter dat De Schelde voor 26% van de schade aansprakelijk moet worden gehouden. Hoger beroep werd door geen van de partijen ingesteld.

Commentaar

Zowel roken als blootstelling aan asbest kan longkanker veroorzaken. Hoe dan verder met de eis tot schadevergoeding? De kantonrechter kiest voor de proportionele toerekening. Over deze proportionele benadering is al het nodige gepubliceerd (*3).

Akkermans is een groot en enthousiast voorstander van de proportionele benadering. In zijn visie verdient proportionele schadevergoeding/aansprakelijkheid de voorkeur in geval van onzeker causaal verband. Dit ter vermijding van het alles-of-niets karakter van de toepassing van *conditio sine qua non* (c.s.q.n.). Het afwijzen op grond van de c.s.q.n.-theorie zou geen recht doen aan de reële mogelijkheid dat de longkanker (mede) werd veroorzaakt door asbest. Het toewijzen zou geen recht doen aan de reële mogelijkheid dat de longkanker (mede) werd veroorzaakt door het roken.

Over welke reële mogelijkheid gaat het hier en hoe moet die worden ingeschat? De deskundigen in Schaier/De Schelde weten het in feite ook niet. Het aantal vezeljaren kan niet empirisch worden vastgesteld, maar moet individueel worden geschat. De schatting is gebaseerd op een zo gedetailleerd mogelijke reconstructie van het arbeidsverleden van Schaier en algemene literatuurgegevens over niveaus van blootstelling in de scheepsbouw. Ervaringsdeskundigen, veelal de personenschaderegelaars die het feitelijk onderzoek doen naar de beweerde blootstelling, weten hoe lastig dit is. Hier begint het schatten al en het leidt tot een forse bandbreedte. Dat de bepaling van het kanspercentage tot (forse) onnauwkeurigheden kan leiden wordt blijkbaar op de koop toe genomen (*4). Het risico van overvragen van de deskundigen neemt met alle gevaren van dien ook toe. Als deskundigen de kans niet of onvoldoende nauwkeurig kunnen schatten, zal de rechter deze kans moeten schatten. Dit heeft een nogal arbitrair karakter.

Proportionaliteit bij medische fouten

In het arrest Hof Amsterdam 4 januari 1996 (*5) (Wever/De Kraker) is sprake van een diagnosefout waardoor een hersenbloeding bij een baby drie weken te laat is onderkend. De door het hof ingeschakelde deskundigen stellen dat 'bij geen benadering' te zeggen is of bij tijdige diagnose een significante vermindering van de restverschijnselen zou zijn bewerkstelligd. De kans daarop leek hen 'niet groot'. De rechtbank stelt dat een kans op een beter behandelingsresultaat verloren is gegaan door de fout. Omdat de deskundigen niet hebben vastgesteld en de gedaagden niet hebben aangevoerd dat deze kans 'nihil of verwaarloosbaar klein' was, begroot de rechtbank de verloren kans op (maar liefst) 25%. Het hof acht dit in hoger beroep een juiste schatting. Het had met het percentage ook gemakkelijk anders kunnen uitvallen.

Commentaar

Peeperkorn heeft vorig jaar in een artikel in Verkeersrecht (*6) de proportionele leer bij medische kunstfouten tegen het licht gehouden. Hij verwees naar voormeld arrest en betoogde onder meer dat, indien geen sprake is van een redelijke mate van waarschijnlijkheid, de schade niet aan de fout kan worden toegerekend. In de alles of niets-benadering zou de vordering tot schadevergoeding in de betreffende casus derhalve moeten worden afgewezen. De deskundigen oordeelden immers dat de kans niet groot was dat de kunstfout de schade had veroorzaakt. Peepkorn wijst erop dat in het omgekeerde geval de proportionele leer kan leiden tot een lagere schadevergoeding voor de gelaedeerde dan in het geval van de alles of niets-benadering. In dat licht bezien geeft hij er - mede uit het oogpunt van slachtofferbescherming - de voorkeur aan een kleinere kring van gelaedeerden een volledige schadevergoeding te bieden, in plaats van een grotere kring een vergoeding te verstrekken die door het gehanteerde kanspercentage meer het karakter heeft van een tegemoetkoming. Peepkorn knoopt met zijn betoog aan bij de opvattingen van Hartlief.

Hartlief opponeerde in een rede in 1997 tegen de tendens waarin de privaatrechtelijke aansprakelijkheid uitdijt naar de mate waarin het sociaal verzekeringsrecht afslankt. Omdat het privaatrechtelijke aansprakelijkheidsrecht vergaande aanspraken op compensatie biedt, moet de drempel voor een beroep daarop hoog zijn. Kortom, ieder draagt zijn eigen schade, tenzij er een goede reden is die af te wentelen.

Nader commentaar

De motivering in Schaier/De Schelde en Wever/De Kraker overtuigt niet, integendeel.

De proportionele verdeling speelt alleen daar waar onzekerheden liggen. Die liggen in feite alleen aan de onderkant van de c.s.q.n.-schaal. Is er bij de proportionele benadering een minimum vereiste, een drempel? Of wordt verdeeld vanaf 1% veronderstelde veroorzaking (*7)?

Een verloren kans zou voldoende 'ernstig' of 'reëel' moeten zijn (*8). Waar ligt de grens? Maakt de rechter niet dezelfde afweging als bij c.s.q.n.? Waar ligt die ene procent verschil waar de proportionele verdeling (ook) niet meer opgaat? Absoluut zeker is dat gevolgen van de uitspraak bij c.s.q.n. of bij proportionele verdeling anders zijn, maar dat behoeft een goede afweging niet in de weg te staan. Dat is de rechter wel gewend.

Proportionaliteit bij werkgeversaansprakelijkheid als eigen schuld

Is invlechten van art. 6:101 BW wel mogelijk in het kader van art. 7:658 BW? Het eigen schuld verweer is in art. 7:658 BW niet mogelijk behoudens opzet of bewuste roekeloosheid, waarbij de vergoedingsplicht geheel vervalt. Eigen schuld in art. 7:658 BW lid 2 wordt begrepen als een extra bescherming voor risico's die samenhangen met de uitoefening van het werk. In Schaier/De Schelde ligt het risico van longkanker door roken niet in de sfeer van de werkzaamheden tegen welke gevaren, door onder andere het uitsluiten van een beroep op eigen schuld, moet worden beschermd. Het roken als eigen schuld is gelegen in de privé-situatie van het slachtoffer en niet in het werk (*9).

De zorgplicht van de werkgever voor veiligheid van de werkomgeving, de gebruikte werktuigen en het vereiste, dat de schade de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden is overkomen, dienen ruim te worden uitgelegd. Toch bestaat er volgens de Hoge Raad goede grond deze vereisten terzijde te stellen en de werkgever niet aansprakelijk te achten voor ongevallen die de werknemer in zijn privé-situatie overkomen.

Met die redenering is het te verdedigen dat art. 6:101 BW wél kan worden ingebracht in art. 7:658 BW. Zolang het maar niet gaat om thuiswerkers, werknemers die 'de boer op moeten' om klanten te bezoeken, het volgen van cursussen, of zelfs een paar dagen de hei op moeten teneinde de teamgeest te bevorderen etc. Veelal is er dan wel een zorgplicht van de werkgever met de 'buiten'-werkplek.

Er kan voorts niet aan worden voorbijgegaan dat blootstelling aan asbest wordt veroorzaakt door de schending van een op de werkgever rustende zorgplicht en dat het roken een activiteit is die - zeker in het recente verleden - in hoge mate maatschappelijk aanvaard is.

Tot slot

Ter afronding nog een paar opmerkingen.

De proportionele verdeling kan leiden tot beperking van de schadelast in gevallen waarin de c.s.q.n. tot volledige aansprakelijkheid leidt. Echter, behoefte aan verandering laat zich voelen waar onzekerheden bestaan. Causale toerekening in de bovengrens van de c.s.q.n.-gevallen kent geen onzekerheid. De rechter wijst veelal volledig toe.

De onzekerheid laat zich voelen in de ondergrens. Uitbreiding van de schadelast ligt voor de hand als ook minieme blootstelling tot geringe aansprakelijkheid leidt. Dit gaat gepaard met hoge transactiekosten. Ook hier de vraag of dat een gewenste ontwikkeling is.

In het deskundigenbericht in de asbestzaak is geen schatting gemaakt van de kans op longkanker door roken, maar alleen van de kans op longkanker door asbest. Het ligt in de rede ook de

eerstgenoemde kans in te schatten, waarbij ook naar duur en intensiteit van het rookgedrag moet worden gekeken.

De vraag blijft hoe te handelen bij passieve blootstelling aan tabaksrook op de werkplek en tevens blootstelling aan asbest?

Het zou interessant zijn, indien de Hoge Raad zich over de toepassing van de proportionele leer in letselschadezaken zou kunnen uitlaten. Dit lijkt slechts een kwestie van tijd. Immers, het is goed voorstelbaar dat een laedens op grond van de recente jurisprudentie bijvoorbeeld de volledige toerekening van het bijzonder letsel als ongevalsgevolg ter discussie zal stellen. Bijzonder letsel wordt immers doorgaans gekenmerkt door een onzekere causale relatie.

Bulletin 1999, 7 Bindend advies prof. T. Hartlief d.d. 20 juli 1999 (Bewerkt door Mevr. mr. A. Ales, Stad Rotterdam)

Art. 185 WVV; omvang van het regresrecht, rol Betriebsgefahr

Inleiding

WA-verzekeraar Delta Lloyd (hierna te noemen 'DL') en ziektekostenverzekeraar Zilveren Kruis (hierna te noemen 'ZK') verschilden van mening over de omvang van het regresrecht in een art. 185 WVV-zaak. Zij legden hun geschil voor aan prof. T. Hartlief met het verzoek hen bindend te adviseren. Dit advies, dat hieronder wordt besproken, is zeer de moeite waard. Hartlief geeft daarin een helder overzicht van de jurisprudentie van de Hoge Raad met betrekking tot de positie van de regresnemers in vergelijking met de positie van het slachtoffer in art. 185 WVV-zaken. Bovendien gaat hij uitgebreid in op de rol van het Betriebsgefahr, waarbij hij afwijkt van het bindend advies van Bouman d.d.12 december 1994 (VR 1995, 186).

Casus

Op 6 december 1996 reed de heer Kilic (hierna te noemen 'K'), verzekerd bij DL, in zijn VW Jetta op een voorrangsweg alwaar de maximaal toegestane snelheid 80 km/u bedraagt. Na een flauwe bocht reed hij een bushalte voorbij. Daarbij werd hij geconfronteerd met een overstekende fietser, de heer Vijsma (hierna te noemen 'V'), verzekerd bij ZK. V reed vanaf de uitrit van de nabijgelegen sporthal de voorrangsweg op na een fietspad en een groenstrook, alwaar een 'illegaal' paadje was ontstaan, te zijn gepasseerd. Hoewel K naar links is uitgeweken, heeft hij een aanrijding niet kunnen voorkomen. V is de weg overgestoken op een plaats waar dat niet was toegestaan. Omtrent de snelheid van K moet worden aangenomen dat deze tussen de 70 en 80 km/u heeft gelegen. V liep door de aanrijding ernstig letsel op.

Partijen verschillen van mening over de omvang van de aansprakelijkheid van K, met name over de voor de regresvordering van het ZK relevante mate van eigen schuld aan de zijde van V. Het overmachtverweer wordt door DL niet gevoerd, aangezien zij van oordeel is dat haar verzekerde rechtens enig verwijt ter zake van zijn wijze van rijden kan worden gemaakt.

Standpunt zilveren kruis

ZK meent dat K aansprakelijk is. Gelet op de ligging van de sporthal en de bushalte daarvóór had K vaart moeten minderen en niet met een snelheid van 80 km/u moeten doorrijden. Daardoor kon hij niet meer reageren op onvoorzichtig gedrag van fietsers. ZK meent wèl dat V eigen schuld heeft in de zin van art. 6:101 BW, nu hij K niet zag naderen. Omtrent deze eigen schuld stelt zij dat de fout aan de zijde van V weliswaar bij eerste beschouwing zwaarder lijkt te wegen dan de fout aan de zijde van K, maar dat dit bij nader inzien niet zo is nu beider fouten bestaan in het niet hebben gezien wat gezien had moeten worden en in beide gevallen sprake is van fouten in de categorie 'algemene menselijke feilbaarheid'. Daarbij wordt verwezen naar het bindend advies van Bouman van 12 december 1994 (VR 1995, 186). Conform dit advies zou het elkaar over en weer niet gezien hebben van gelijk gewicht zijn.

Voorts zou aan de zijde van K het Betriebsgefahr, namelijk het aan het motorrijtuig inherente gevaar, moeten worden meegeteld en zou voor de billijkheidscorrectie geen plaats zijn. ZK vordert vergoeding van 2/3 van de uitkeringen die zij aan V heeft gedaan.

Standpunt Delta Lloyd

DL voert aan dat V, die bekend was met de plaatselijke situatie, geen voorrang heeft verleend aan K en bij zijn oversteekmanoeuvre, op een plaats waar geen fietsersoversteekplaats voor is, geen bijzondere voorzichtigheid heeft betracht. K heeft niet te snel gereden en heeft V niet, zoals ZK stelt, te laat waargenomen. Hierbij moet worden aangenomen dat V zonder te stoppen in één keer is doorgereden, zodat een ongeval ook bij een lagere snelheid van K niet te voorkomen zou zijn geweest. DL voert verder aan dat de wegbeheerder ook geen bijzondere maatregelen heeft getroffen om weggebruikers, die op de voorrangsweg rijden, attent te maken op mogelijk overstekend verkeer en bovendien een bushalte - zoals K die voorafgaand aan het ongeval is gepasseerd - evenmin een dergelijke maatregel oplevert.

DL bestrijdt voorts dat het feit, dat K en V elkaar over en weer niet gezien hebben, van gelijk gewicht is. Het niet zien aan de zijde van V zou juist zwaarder moeten wegen dan het niet zien aan de zijde van K. DL meent dat, nu V volwassen is en ten tijde van het ongeval gezond van lijf en leden was, niet kan worden gesproken van een beperkte mate van verwijtbaarheid aan de zijde van V. Nu het een regresvordering betreft, zou de ernst van de gevolgen buiten beschouwing dienen te blijven. Omtrent het Betriebsgefahr stelt zij dat deze als billijkheidsfactor moet worden beschouwd en hoe dan ook bij regresvorderingen slechts een beperkte invloed zou hebben. DL meent dat haar aanbod, van de regresvordering van ZK te voldoen, redelijk is.

Het bindend advies

Hartlief gaat in zijn advies uitgebreid in op de positie van de regresnemer in het kader van art. 185 WvW. Nu het in casu om de positie van een regresnemer gaat en niet om gelaedeerde zelf, zijn de 50%- en de 100%-regel niet van toepassing. Hierbij verwijst Hartlief naar de drie 5 december 1997-arresten van de Hoge Raad (NJ 1998, 400 -402) waarin de Hoge Raad het onderscheid tussen gelaedeerden en regresnemers nader heeft toegelicht. De belangen die bij de totstandkoming van de standaardisering in de vorm van de 50%- en de 100%-regel een rol hebben gespeeld zijn, voorzover het regresvorderingen betreft, niet aan de orde. Deze belangen zijn namelijk het grote gewicht van het persoonlijke belang van ieder van deze verkeersslachtoffers zelf en van het maatschappelijk belang van een behoorlijke bescherming van deze groepen van verkeersslachtoffers in het algemeen in vergelijking met de belangen aan de zijde van het motorrijtuig, alsmede de behoefte van het slachtoffer aan een aansprakelijkheid die eenvoudig en snel is vast te stellen. Het slachtoffer heeft voor wat betreft het bedrag waarvoor regres wordt genomen zijn schade vergoed gekregen. De Hoge Raad geeft aan dat waar verzekeraars tegenover elkaar staan, zij in beginsel in staat moeten worden geacht om zelf tot een mate van standaardisering te komen. Nu de Hoge Raad voor de regresvorderingen geen nadere invulling aan de toepassing van de maatstaven van art. 6:101 lid 1 BW nodig acht, zal het 'normale' regime van art. 6:101 BW gelden.

In de drie arresten van de Hoge Raad van 2 juni 1995 (NJ 1997, 700 -702) wordt aan dit regime van 6:101 BW nader vorm gegeven, met name door aan te geven hoe de voor dit artikel relevante causale verdeling tot stand komt, namelijk door te beoordelen in welke mate enerzijds het weggedrag van de voetganger/fietser en anderzijds de wijze van rijden van het motorrijtuig, gevaar voor het ontstaan van de aanrijding in het leven heeft geroepen. De mate van verwijtbaarheid komt hier niet aan de orde, doch pas bij toepassing van de in art. 6:101 BW vervatte billijkheidscorrectie.

Hartlief leidt hieruit af dat de causale verdeling een objectieve weging van gevaarzettende gedragingen inhoudt, waarbij wordt geabstraheerd van leeftijd en andere subjectieve omstandigheden:

'Oversteken zonder te kijken is gevaarlijk en dus van belang voor de causale verdeling, of het nu door een kind of een volwassene geschiedt. Ook de mate van verwijtbaarheid van het gevaarzettende gedrag verschilt niet al naar gelang de vraag of de betrokken gedraging door een kind dan wel een volwassene wordt verricht. De mate van verwijtbaarheid van het gevaarzettende gedrag speelt bij de causale verdeling nog geen rol doch pas bij de secundaire maatstaf van art. 6:101 BW: de billijkheidscorrectie.'

Tot de eerdergenoemde 5 december 1997-arresten was onduidelijk of een dergelijke billijkheidscorrectie ook in het kader van een regresvordering mogelijk zou zijn. In deze arresten komt de Hoge Raad echter tot de conclusie dat ook bij een regresvordering na de causaliteitsafweging de billijkheidscorrectie nog aan de orde kan komen. Rekening moet dus worden gehouden met alle relevante omstandigheden, zowel aan de zijde van de bestuurder als aan de zijde van het verkeersslachtoffer. Hierto behoren zowel de ernst van ieders fout als de mate waarin zijn gedragingen hem kunnen worden verweten.

Hartlief geeft aan dat het feit, dat de belangen van de gelaedeerde zelf bij de regresvordering niet in het geding zijn, wel degelijk een rol speelt. De ernst van het letsel is wèl van belang als billijkheidsfactor bij de persoonlijke vordering van het slachtoffer maar, zo kunnen wij aldus Hartlief uit de 5 december 1997-arresten afleiden, kan niet leiden tot een billijkheidscorrectie ten gunste van regresnemers. Voor een billijkheidscorrectie bij een regresvordering is volgens Hartlief plaats, indien juist het beperkte inzicht van het kind in het aan zijn gedragingen verbonden gevaar en het beperkte vermogen zich naar dat inzicht te gedragen in overwegende mate tot het ontstaan van de aanrijding

hebben bijgedragen. De Hoge Raad geeft expliciet aan dat de billijkheidscorrectie in het kader van een regresvordering slechts tot een bijstelling van beperkte omvang van het resultaat van de causaliteitsafweging zou kunnen leiden.

Het overzicht dat Hartlief met betrekking tot de hier relevante jurisprudentie geeft, wordt door hemzelf in een zevental punten samengevat:

'op de vordering van een regresnemer zijn de 50%- en de 100%-regel niet van toepassing;

in plaats daarvan is het normale artikel 6:101 BW regime toepasselijk;

daarom moet eerst een causale verdeling worden bepaald;

in dit kader is de mate van gevaarzetting aan de orde;

de (beperkte) mate van verwijtbaarheid komt pas bij de billijkheidscorrectie aan de orde;

een zodanige billijkheidscorrectie is ook in het kader van een regresvordering mogelijk;

zij het dat zij in beginsel slechts leidt tot een bijstelling van beperkte omvang van het resultaat van de causale verdeling.'

Hartlief acht het, gelet op de standpunten van partijen, nog van belang in te gaan op de vraag op welk moment het zogenaamde Betriebsgefahr (kort gezegd massa en snelheid aan de zijde van het motorrijtuig) aan de orde komt, bij de causale verdeling of bij de billijkheidscorrectie. Hij meent dat het Betriebsgefahr bij de causale verdeling in aanmerking moet worden genomen onder meer omdat, zowel voor de vraag of een ongeval plaatsvindt als voor de vraag hoe groot de daaruit voortvloeiende schade is, massa en snelheid van belang zijn. In het IZA/Vrerink-arrest (HR 28 februari 1992, NJ 1993, 566) overweegt de Hoge Raad:

'behoudens overmacht en het geval van opzet of daaraan grenzende roekeloosheid eist de billijkheid bij de verdeling van deze schade over de betrokkenen dat tenminste 50 percent van de schade ten laste van het motorrijtuig wordt gebracht wegens de verwezenlijking van het daaraan verbonden gevaar.'

Volgens Hartlief moet deze overweging niet zo gelezen worden dat, nadat de causale verdeling is bepaald, het Betriebsgefahr pas in het kader van de billijkheidscorrectie in aanmerking moet worden genomen:

'De 50%-regel houdt juist in dat in die gevallen waarin mocht blijken dat de causale verdeling, het concrete Betriebsgefahr in aanmerking genomen, leidt tot een vergoeding lager dan 50%, een standaardophoging tot 50% op haar plaats is. De rechtvaardiging daarvoor zoekt de Hoge Raad dan (kennelijk) in een meer abstract Betriebsgefahr'.

Daarbij dient volgens Hartlief geen onderscheid te worden gemaakt tussen de vordering van de gelaedeerde en die van de regresnemer. Daarmee is nog niets gezegd over de vraag wat het Betriebsgefahr in kwantitatieve zin oplevert; de waarde van deze factor kan al naar gelang de omstandigheden variëren:

'Dat het Betriebsgefahr in aanmerking moet worden genomen houdt niet in dat eerst de verkeersfouten over en weer in aanmerking moeten worden genomen en dat vervolgens aan de zijde van de gemotoriseerde hier nog het Betriebsgefahr wordt 'bijgeteld'. Het zal veeleer zo zijn dat bij de bepaling van de causale 'waarde' van de fouten wordt 'meegenomen' dat zij worden gemaakt door de bestuurder van een motorrijtuig.'

Hartlief benadrukt daarbij dat het feit, dat het Betriebsgefahr in de regel (althans in de gepubliceerde rechtspraak) niet expliciet in aanmerking wordt genomen, niet per definitie inhoudt dat er geen rekening mee is gehouden.

Toegepast op de concrete casus moet dus allereerst een causale verdeling worden gemaakt, hetgeen een afweging van de mate van gevaarstelling inhoudt. Van belang acht Hartlief dat in de onderhavige situatie een verkeersdeelnemer gezien de weginrichting niet direct rekening hoeft te houden met de mogelijkheid dat een fietser de weg oversteekt, terwijl het er op lijkt dat V zonder te stoppen in één keer is doorgereden, zodat een ongeval ook bij lagere snelheid van K niet te voorkomen zou zijn geweest. V en K hebben elkaar niet tijdig gezien, althans niet tijdig genoeg om een ongeval te voorkomen. In beide gevallen is dit aan de menselijke feilbaarheid toe te schrijven, hetgeen echter nog niet betekent dat het hier gaat om fouten van gelijke waarde. Hartlief acht het feit, dat V K niet heeft gezien en daarom een voorrangsweg is overgestoken op een moment dat dit eigenlijk niet kon, veel ernstiger dan het niet zien aan de zijde van K die, rijdend op een voorrangsweg, wordt geconfronteerd met een fietser die ineens de weg oversteekt. Hartlief vervolgt dan:

'Kilic heeft derhalve in het licht van het voorgaande wellicht enigszins te hard gereden, hetgeen in verband met het feit dat hij in een auto reed (massa en snelheid; Betriebsgefahr) in causale zin van belang is, terwijl Vijsma een voorrangsweg is overgestoken waar dat niet was toegestaan, geen voorrang heeft gegeven aan Kilic en omdat hij Kilic niet (tijdig) heeft opgemerkt, het ongeval' heeft veroorzaakt'.

De causale bijdrage van V is dus veel groter dan die van K. Hartlief stelt, alvorens tot een definitieve verdeling te komen, dat voor een billijkheidscorrectie geen aanleiding is, nu niets erop wijst dat het verkeersgedrag V niet althans niet volledig kan worden verweten. Ook de ernstige gevolgen van het ongeval voor V kunnen - met de eerder aangehaalde 5 december 1997-arresten in gedachten - niet leiden tot een billijkheidscorrectie ten gunste van regresnemer ZK

Hartlief komt tot slot tot een verdeling van 25-75 in het voordeel van DL.

Commentaar

De zeven punten, waarin Hartlief zijn analyse van de jurisprudentie met betrekking tot regresvorderingen in 185 WvW samenvat, vormen een duidelijk overzicht dat voor aansprakelijke verzekeraar en regresnemer als leidraad in deze complexe materie kan worden beschouwd, hetgeen overigens allermindst een garantie is dat zij tot dezelfde uitkomst komen.

Een substantieel deel van het bindend advies is gewijd aan de rol van het Betriebsgefahr .

Een motorrijtuig in beweging brengt (gelet op de massa en snelheid) gevaar teweeg, niet alleen omdat de kans op ongevallen groter is doordat het menselijkerwijs moeilijker is goed te reageren naarmate een verkeersdeelnemer zich sneller voortbeweegt, maar ook omdat het effect van een botsing doorgaans groter is dan wanneer een botsing tussen niet gemotoriseerde verkeersdeelnemers plaatsvindt. Hierin ligt de rechtvaardiging van de rol van het Betriebsgefahr . In zijn bindend advies wijkt Hartlief voor een deel af van hetgeen Bouman in zijn bindend advies van 12 december 1994 omtrent het Betriebsgefahr overwoog. Hoewel beide adviseurs van mening zijn dat het Betriebsgefahr een rol speelt in de causale afweging (en niet pas bij de billijkheidscorrectie), is hun invulling hiervan een verschillende.

Bouman meent dat het Betriebsgefahr niet een min of meer neutrale factor is, maar een omstandigheid die om te beginnen (' los van verdere feitelijke of normatieve omstandigheden ') de schaal ten nadele van het motorrijtuig zwaar belast. Daarom moet het bij de voetganger/fietser gaan om meer dan normale verkeersfouten (in de zin van algemeen menselijke feilbaarheid) teneinde de schaal in zijn nadeel te doen doorslaan. In feite komt aan het Betriebsgefahr als causale factor meer gewicht toe dan aan andere toe te rekenen omstandigheden in de zin van art. 6:101 BW. Bouman laat kort gezegd eerst de gevaarstelling - zwaar - wegen en daarna pas andere causale factoren.

In de visie van Hartlief betekent het feit, dat het Betriebsgefahr in aanmerking moet worden genomen, niet dat eerst de verkeersfouten over en weer in aanmerking worden genomen om vervolgens aan de zijde van de gemotoriseerde hier nog het Betriebsgefahr bij op te tellen. Hij is van mening dat het Betriebsgefahr bij de bepaling van de causale 'waarde' van de fouten moet worden 'meegenomen' dat zij gemaakt zijn door de bestuurder van een motorrijtuig. Hartlief meent dat het Betriebsgefahr niet steeds dezelfde waarde of betekenis heeft: de waarde van de factor snelheid x massa is niet steeds dezelfde, massa en snelheid kunnen immers variëren en hebben niet bij ieder ongeval dezelfde invloed. Hieruit valt af te leiden dat Hartlief dus geen voorstander is van een vast toerekeningspercentage. Evenmin volgt hij het standpunt van Bouman, dat het Betriebsgefahr los van de andere causale factoren zwaar moet wegen.

Hartlief volgend kan het voor de rol van het Betriebsgefahr - en dus in de causale afweging - verschil maken of de aanrijding met de zwakkere verkeersdeelnemer plaatsvindt met een personenauto of met een vrachtauto, evenzeer als het voor de rol van het Betriebsgefahr uitmaakt of dat motorrijtuig 20 km/u dan wel 100 km/u rijdt. Zwaarte en snelheid van het motorrijtuig in kwestie variëren per geval. Bovendien moet gekeken worden naar de invloed van het Betriebsgefahr dat bij ieder ongeval anders kan zijn. Daarbij mag het volgens Hartlief dus geen verschil maken of het om de persoonlijke vordering van het slachtoffer dan wel om de vordering van de regresnemer gaat. IZA/Vrerink (HR 28 februari 1992) ten spijt, stellen de meeste schrijvers (zie ook Van Wassenaer van Catwijk in de noot onder Hoge Raad 24 december 1993, VR 1994, 52) zich op het standpunt dat het Betriebsgefahr in de causale afweging moet worden meegenomen.

Juist omdat het Betriebsgefahr per geval kan variëren, lijkt het niet redelijk deze factor - standaard - reeds vóór het afwegen van andere causale factoren zwaar te laten wegen, zeker niet waar het de vordering van regresnemers betreft.

De vraag is echter hoe het concrete Betriebsgefahr nu in de causale afweging precies tot uitdrukking dient te komen. Het zal vaak een lastig te wegen aspect zijn. In de aan Hartlief voorgelegde casus reed de relatief zware VW Jetta met een snelheid van 70 à 80 km/u. Samen met het gegeven, dat de gevoerde snelheid iets te hoog was, leidt dit volgens Hartlief tot een vergoedingsplicht van 25%. Was de uitkomst nu anders geweest, indien de schade veroorzaakt was door een bromfietser die 30 km/u reed dan wel een vrachtauto die 70 km/u reed? Hoe gedetailleerd moeten wij nu met dat Betriebsgefahr omgaan? Indien de waarde en de rol van het Betriebsgefahr tot op de komma moet

worden vastgesteld, dreigen wij te verzanden in 'gemillimeter' met regresnemers. Dit acht niemand wenselijk.

Er zijn ook gevallen denkbaar waarin het Betriebsgefahr als causale factor te verwaarlozen is. Neem bijvoorbeeld het geval dat een overstekende fietser schrikt van een stapvoets naderende vrachtauto waardoor hij valt en ernstig letsel oploopt, zonder dat een aanrijding plaatsvindt. Hoewel de waarde van het Betriebsgefahr (massa x snelheid) in verband met de zwaarte van de auto hoog uitkomt en de schade (aan de zijde van het slachtoffer) groot is, speelt dit bij het ontstaan van de schade, nu immers geen botsing heeft plaatsgevonden, geen rol. Bij de beoordeling van de persoonlijke schade is het Betriebsgefahr in de 50%-regel verdisconteerd ongeacht of er nu wèl of geen botsing is geweest. Voor de regresvorderingen maakt het dus wèl uit of er daadwerkelijk een botsing is geweest, omdat massa en snelheid er niet toe doen en de relatie met de schade ontbreekt indien er geen botsing plaatsvond.

Hartlief geeft, evenals de Hoge Raad in zijn arrest van 5 december 1997 (NJ 1998, 400), met betrekking tot zijn bindend advies aan dat het oordeel over de eigen schuld in belangrijke mate rust op intuïtieve inzichten, hetgeen uiteraard zijn weerslag heeft op de motivering. Het probleem is dat intuïtieve inzichten van tegenover elkaar staande verzekeraars in de regel niet met elkaar overeenstemmen. Waar deskundigen als Hartlief (en de rechterlijke macht) al moeite hebben het door hen bepaalde percentage eigen schuld nauwkeurig te motiveren, mag van de behandelaars van tegenover elkaar staande verzekeraars (waarvan de intuïtieve inzichten ongetwijfeld veelal niet zullen overeenkomen en die in het algemeen de expertise van Hartlief ontberen) geen snelle en eenvoudige regeling worden verwacht. Waar de rechterlijke macht vooralsnog voorbij gaat aan de behoefte in regreszaken te normeren in de zin van hard en fast rules, zal dit initiatief door verzekeraars moeten worden genomen.

Het vermelden waard tot slot is nog dat Hartlief ook in een ander opzicht afwijkt van het genoemde advies van Bouman. Laatstgenoemde oordeelde dat de aan de automobilist en fietser toerekenbare fouten (namelijk niet zien wat gezien had moeten worden (elkaar)) in de categorie 'algemeen menselijke feilbaarheid' vallen, waarbij hij deze fouten van gelijk gewicht achtte. Hartlief meent voor de casus die hem werd voorgelegd dat het elkaar niet tijdig zien van fietser en automobilist weliswaar aan menselijke feilbaarheid is toe te schrijven, maar dat dit nog niet betekent dat het om fouten van gelijke waarde gaat. Juist het niet zien door de fietser, die overstak op een plaats waar dat niet was toegestaan op een moment dat dit eigenlijk niet kon, is ernstiger dan het niet zien aan de zijde van de automobilist.

Bulletin 1999, 7 Wettelijke rente (Bewerkt door Mevr. M.L. Faassen, Stad Rotterdam)

Hof Arnhem 1 juni 1999, rolNr. 98/693

Inleiding

Op 1 juni 1999 heeft het Hof Arnhem een arrest gewezen waarin onder andere een opmerkelijk standpunt met betrekking tot de wettelijke rente wordt ingenomen. Hoewel de Hoge Raad in zijn arrest

van 17 oktober 1997 (NJ 1998, 15) (*1) besliste dat geen rente kan worden aangezegd voordat de schade geleden is; gaat het hof hieraan in haar uitspraak voorbij.

Casus

Op 28 oktober 1989 raakte H gewond bij een ongeval voor de gevolgen waarvan W aansprakelijk was. De aansprakelijkheidsverzekeraar van W betwistte het causaal verband tussen het ongeval en het letsel en de daaruit voortvloeiende schade. De advocaat van H zegde bij brief van 29 mei 1991 als volgt de wettelijke rente aan:

'In bovengenoemde zaak zeg ik bij deze de wettelijke rente aan omtrent de door mijn cliënte geleden schade vanaf 8 dagen na heden, uiteraard onverminderd mijn beroep op de compensatoire interesse.'

Op 18 juni 1992 heeft H W gedagvaard.

In de procedure stelt W zich op het standpunt dat de wettelijke rente niet kan worden gebaseerd op de brief van 29 mei 1991, voorzover het betreft schade die eerst nadien concreet geleden is. Zij meent dan ook dat de wettelijke rente niet deugdelijk is aangezegd.

Oordeel Hof

Het hof oordeelt dienaangaande als volgt:

'Te dezen is het voor 1 januari 1992 geldende recht van toepassing. Dat recht stelde voor de verschuldigdheid van rente als voorwaarde dat die rente was aangezegd (artikel 1286 lid 3 oud BW). De ratio van deze rente-aanzegging is het op de hoogte brengen van de schuldenaar dat over de bedragen die hij verschuldigd zal zijn, rente wordt berekend teneinde te voorkomen dat hij door de rentevordering achteraf wordt verrast. Naar het oordeel van het Hof is aan deze ratio voldaan door de brief van 29 mei 1991, waardoor de aansprakelijke partij (de wetenschap van de aansprakelijkheidsverzekeraar dient in het onderhavige geval aan W. te worden toegerekend) wist dat over de bedragen die zij te zijner tijd zou moeten betalen, rente zou worden berekend. Het is immers niet vereist dat ten tijde van de rente-aanzegging de exacte bedragen van de schadevergoeding reeds bekend zijn (Zie ook HR 12 april 1985, NJ 1985, 625 en HR 26 maart 1993, NJ 1995, 42).

De wettelijke rente is evenwel niet verschuldigd over de periode waarin de vordering nog niet opeisbaar was omdat de schade nog niet was ingetreden.(...) Een en ander brengt mee dat de brief van 29 mei 1991 voldoende is om de verschuldigdheid van de wettelijke rente met betrekking tot de hier toewijsbare schadeposten te vestigen, maar eerst vanaf het moment dat de desbetreffende schadeposten zijn ontstaan.'

Commentaar

Op basis van de uitspraak van de Hoge Raad van 17 oktober 1997 moet een advocaat in schadegevallen van vóór 1 januari 1992 zowel rente aanzeggen over het eventueel te kapitaliseren schadebedrag - hierbij kan de ongevalsdatum peildatum zijn, m.n. wanneer terstond vaststaat dat het slachtoffer door het ongeval blijvend arbeidsongeschikt is geworden - als elk jaar periodiek over de in dat jaar geleden schade.

De Hoge Raad overweegt:

'Een advocaat die voor de vraag staat wanneer en voor welke schade hij een aanmaning en mededeling met het oog op de wettelijke rente zal doen uitgaan, dient in beginsel rekening te houden met alle redelijkerwijs in aanmerking komende mogelijkheden die de rechter te zijner tijd terzake van de wijze van begroting van de schade zal kunnen kiezen. Met het oog op een mogelijke begroting in de vorm van gekapitaliseerde toekomstige inkomensschade zal hij terstond voor de rente over het hele in aanmerking komende bedrag moeten aanmanen; met het oog op een mogelijke begroting in de vorm van de concrete gedurende elk jaar geleden of nog te lijden inkomensschade zal hij tevens tenminste na afloop van elk jaar opnieuw moeten aanmanen.'

Met het arrest poogt het hof kennelijk de scherpe kantjes van de uitspraak van de Hoge Raad af te halen.

Nu de uitspraak van de Hoge Raad niet voor meerdere uitleg vatbaar is, resteert er maar één conclusie: het hof ziet het verkeerd, want er kan geen rente worden aangezegd voordat de schade is geleden.

Bulletin 1999, 7 Deskundigenbericht (Bewerkt door mr. J. Schep, advocaat te Apeldoorn)

HR 6 februari 1998, NJ 1999, 478

Deskundigen hebben iets mystieks. Zij weten iets, wat een ander niet weet. En zij zijn ook de enigen, die het weten, daar zijn zij de deskundigen voor. Niettemin zijn in de letselschadebehandeling deskundigen een haast dagelijks verschijnsel. De letselschadebehandelaar heeft de ongevalanalist voor de schadebeelden en de remsporen, de jurist voor de verkeersregels en de medisch adviseur voor de letselgevolgen. En dan is er nog een vierde, de neutraal medisch deskundige. Die is in zoverre bijzonder, dat deze deskundige slechts incidenteel in beeld komt, en als regel in overleg met de belangenbehartiger van de benadeelde wordt geraadpleegd.

Rechters zijn niet anders. Ook zij kennen het verschijnsel van deskundigen. De deskundige moet - zo staat het dan vaak een beetje dubbelzinnig in het vonnis - 'de rechtbank voorlichten met een deskundigenbericht'. En zij mogen ook niet anders. Zodra er in het proces een geschilpunt ontstaat,

voor de oplossing waarvan deskundigheid nodig is die de rechter niet zelf in huis heeft, wordt er een deskundige aangewezen, of soms zelfs meer dan één. De rechtbank mag niet doe-het-zelven, een adviesje vragen aan een studiegenoot van vroeger kan niet meer, en heeft eigenlijk nooit gekund, want dat is achterkamertjesrecht.

Voorlopig deskundigenonderzoek

De rechter kan zelf de deskundige in het proces betrekken. Hij doet het dan ambtshalve. De wet geeft ook aan de procespartijen de mogelijkheid de rechtbank te vragen één of meer deskundigen te benoemen. Dat kan tijdens de procedure in een van de processtukken (art. 221 Rv), maar ook daarbuiten met een afzonderlijk verzoekschrift, een z.g. voorlopig deskundigenonderzoek (art. 227 Rv).

Het woord 'voorlopig' is een aanwijzing, dat het bedoeld is als een actie voordat de procedure begint. Dat is ook zo.

Maar partijen kunnen ook nog een afzonderlijk verzoekschrift indienen, als het proces al is begonnen. Ook dan heet het, enigszins verwarrend, een voorlopig deskundigenonderzoek.

En over dat verzoekschrift, dat wordt ingediend gedurende het proces, is onlangs een arrest verschenen, dat van belang is voor de schaderegelingspraktijk: Hoge Raad 6 februari 1998, NJ 1999, 478 .

Enkele opmerkingen over het arrest

Het verhaal is snel verteld. Volgens een verzekerde van AMEV was op een kwade dag bij hem ingebroken. Maar dat geloofde men niet bij de AMEV, die had dat laten onderzoeken, en het sporenonderzoek door de technische recherche had ook bevestigd, dat de zaak in scène was gezet.

In de procedure die volgde maakte de rechtbank uit, dat de verzekerde de bewijslast had en niet de verzekeraar. Terecht overigens, want dat volgt uit de hoofdbewijsregel van art. 177 Rv: de feiten waarop men zich beroept, moet men bewijzen, als de andere partij die gemotiveerd heeft tegengesproken. En dat had AMEV.

Er komen drie kennissen - tenminste zo noemt de advocaat-generaal die getuigen - en de verzekerde laat ook zichzelf als partij-getuige horen. De rechtbank is niet overtuigd en de vordering wordt afgewezen.

Daarna gaat het niet volgens het boekje. De verzekerde van AMEV stelt hoger beroep in, en nog voordat de memorie van grieven is ingediend, dient de advocaat van de verzekerde bij het hof een verzoekschrift tot voorlopig deskundigenonderzoek in. Daarin vraagt hij een deskundige te benoemen,

die moet onderzoeken - kort gezegd - of het slot van de voordeur ook zonder sleutel zou kunnen worden geopend.

Beschikking Hof

En dat wijst het hof af. Een verrassing, want AMEV had per brief aan het hof laten weten geen bezwaar te hebben, het eens te zijn met de voorgestelde deskundige, en dat wat haar betreft het verzoekschrift niet officieel mondeling behandeld behoefde te worden.

De motivering was kort en krachtig dat ' thans geen termen aanwezig zijn om een voorlopig deskundigenonderzoek te bevelen.' . Het kan volgens het hof later ook nog wel.

Op zich geen merkwaardige beslissing. Algemeen werd aangenomen, dat de rechter een eigen bevoegdheid heeft een verzoek, dat wordt ingediend tijdens de procedure, af te wijzen. In de praktijk werden verzoeken voor een voorlopig deskundigenbericht, als de procedure nog niet was ingesteld, overigens vrijwel altijd toegewezen.

Hoge Raad

Dat verzoek afwijzen mag niet meer van de Hoge Raad.

Op grond van dit arrest zal een verzoek voor een voorlopig deskundigenonderzoek altijd moeten worden toegewezen, ook als het wordt ingediend terwijl het proces al gaande is. De rechter is niet meer vrij een dergelijk verzoek af te wijzen, mits het maar ter zake dienende is en er voldoende concreet wordt aangegeven, wat men precies wil laten onderzoeken. En als de rechter het toch afwijst, zal de afwijzing behoorlijk moeten worden gemotiveerd. En hoewel dit arrest uitsluitend over dat voorlopig deskundigenonderzoek ging, zal het zonder twijfel ook gelden voor het deskundigenonderzoek, dat tijdens het proces in één van de processtukken aan de rechtbank wordt gevraagd. Fundamenteel zit er niet zo bar veel verschil tussen de beide soorten deskundigenonderzoeken.

Hierna volgen enkele opmerkingen over dit arrest en de dagelijkse praktijk van de schaderegeling.

Gevolgen voor de praktijk

Het arrest heeft gevolgen voor de dagelijkse praktijk van de letselschadeafwikkeling. Ik heb daarbij het oog op de situatie, waarin de medisch adviseur ontraadt in te gaan op het voorstel van de belangenbehartiger een neutraal medisch onderzoek te laten houden. Vaak is het probleem van de

medisch adviseur, dat een dergelijk onderzoek niets toevoegt aan wat al bekend is, en gevreesd wordt dat op basis van dat rapport causale verbanden worden aangenomen, die er naar zijn gevoel niet zijn.

Met dit arrest in de hand is die belangenbehartiger niet meer tegen te houden. Door simpelweg een verzoekschrift bij de rechtbank in te dienen gaat het medisch onderzoek van start. Elk verweer tegen het toestaan van het verzoek zal de rechtbank passeren.

De insteek zal dus een andere moeten worden. Geen discussie meer met de belangenbehartiger over het nut, maar uitsluitend nog over de persoon van de deskundige en over de aan deze voor te leggen vraagstelling. En als daarover geen overeenstemming kan worden bereikt, kan de zaak altijd nog aan de rechter worden voorgelegd. Het verdient overigens wél aanbeveling om niet te volstaan met slechts één naam voor de te benoemen deskundige, dat valt verkeerd bij de rechter. Het overkwam Stad Rotterdam (anno 1720) bij het Hof Arnhem, dat het verzoek van deze verzekeraar voor een voorlopig deskundigenonderzoek afwees, omdat men slechts één deskundige had voorgesteld, en de benadeelde in die persoon geen vertrouwen had (VR 1998, 123).

Bewijs- of instructiemiddel

In de tweede plaats is uit dit arrest af te leiden, dat het deskundigenonderzoek met name ook als een bewijsmiddel moet worden gezien, naast het doel als instructiemiddel. In het Wetboek voor Burgerlijke Rechtsvordering wordt het deskundigenonderzoek sinds 1992 onder de bewijsmiddelen genoemd, maar de wetgever heeft niet uitdrukkelijk gekozen, of het deskundigenonderzoek nu een instructiemiddel voor de rechter is, dan wel een bewijsmiddel. In het eerste geval ligt de nadruk op de voorlichting van de rechter over de feiten, waarover hij zijn rechterlijk oordeel moet geven. Het ligt voor de hand, dat de rechter zich met de totstandkoming van dat deskundigenonderzoek nadrukkelijk bemoeit.

Een dragend argument in het arrest is de vergelijking van het voorlopig deskundigenonderzoek met het voorlopig getuigenverhoor. De strekking van een voorlopig getuigenverhoor is vooral om aan de belanghebbenden opheldering te geven over aan hen wellicht nog niet precies bekende feiten, zodat zij op basis daarvan hun (proces-)positie kunnen beoordelen. Dat had de Hoge Raad ook recent al eens benadrukt in een arrest van 24 maart 1995 (NJ 1998/414).

En zo zit dat ook met het voorlopig deskundigenbericht: ook dat is in de visie van de Hoge Raad het middel om beter zicht te krijgen op je procespositie, het proces al of niet beginnen of al of niet voortzetten.

Het voorlopig deskundigenbericht is vooral een middel, waarmee partijen bewijs kunnen leveren van door hem gestelde feiten. En daar moet de rechter zich wat minder mee bezighouden, want dat is aan de partij, die dat bewijs wil leveren.

Bewijsmiddel

Het was al eerder benadrukt. In het arrest, dat de Hoge Raad op 13 januari 1995 wees over de patiënt die na de operatie uit bed viel (Ziekenhuis de Heel, NJ 1997, 175, VR 1995, 96), is uitgemaakt, dat bewijs ook door een deskundigenbericht kan worden geleverd. En, zo wordt er veelbetekenend aan toegevoegd, 'niet de deskundige maar de rechter maakt vervolgens uit, of dat bewijs ook is geleverd'.

Onlangs, op 2 juni 1999, heeft de Rechtbank Leeuwarden in een ongepubliceerd vonnis aan AEGON de gelegenheid gegeven met een deskundigenrapport te bewijzen, dat de benadeelde, het ongeval weggedacht, een in het vonnis omschreven opleiding niet zou hebben voltooid. Daar had die benadeelde grote problemen mee. Er waren al genoeg rapporten en bovendien beschouwde hij dat onderzoek als een inbreuk op zijn persoonlijke levenssfeer. En dat er vóór het ongeval geen relevante klachten waren, had hij bewezen met een verklaring van zijn huisarts, dus weigerde hij de patiëntenkaart (de bekende groene kaart) in het proces te brengen.

PATIENTENKAART

De rechtbank gaat eraan voorbij. De benadeelde moet de patiëntenkaart in kopie overleggen, en meewerken aan dat deskundigenonderzoek. De rechtbank overweegt, dat de betrokkene weliswaar 'in levende lijve' aan de onderzoeken moet meewerken, en dat de rapporten 'met daarin ongetwijfeld voorkomende persoonlijke gegevens' aan een beperkte kring van derden bekend zullen worden. Maar dat weegt niet op tegen het belang van dat onderzoek, waarbij de rechtbank onder meer benadrukt, dat de betrokkene 'een groot bedrag aan schadevergoeding wegens vermindering van verdien capaciteit over de gehele periode van zijn arbeidzame leven vordert', en dat vereist een zorgvuldige benadering.

Als hij weigert, zal de rechtbank beslissen, dat AEGON het bewijs heeft geleverd. Het bezwaar van de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer weegt de rechtbank af tegen 'het zwaarwegend belang van AEGON om het haar opgedragen bewijs te leveren'. En daarbij geeft dat tweede belang de doorslag.

WAARHEIDSVINDING EN PRIVACY

Het bezwaar van de privacy wordt wel vaker aangedragen. Het hof had dit in de zaak berecht in de Hoge Raad 8 november 1996 (VR 1997, 34) opgelost, door te bepalen dat uitsluitend de medisch adviseur van het rapport zou kennisnemen. De Rechtbank Leeuwarden kiest een andere weg, en maakt in feite een afweging van het belang van de persoonlijke levenssfeer tegenover het belang van de waarheidsvinding, en geeft dan aan dat van de waarheidsvinding het zwaarste gewicht.

Deze afweging van het belang van de privacy en dat van de waarheidsvinding speelt eveneens een rol bij het antwoord op de vraag, of bewijsmateriaal in het proces buiten de deur moet blijven, als het is verkregen door middel van de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer. Het wordt niet snel aangenomen, uitsluitend als sprake is van een strafrechtelijk delict of schending van een beroepsgeheim kan de rechter beslissen, dat op deze wijze verkregen bewijs niet mag worden gebruikt in het civiele proces (HR 1 juli 1992, NJ 1994, 621; HR 12 februari 1993, NJ 1993, 569).

Terecht. De waarheidsvinding is één van de pijlers van ons rechtssysteem. En de betrokkene kan zelf de keus maken, of hij of zij uit vrees voor schendingen van de privacy het er verder bij laat zitten, en de vordering intrekt. De belangen zijn bovendien vaak te groot om uitsluitend af te gaan op de mededelingen van de benadeelde zelf.

Bulletin 1999, 7 Brieven aan de redactie (Bewerkt door Mr. S. Grolleman, AEGON Leeuwarden)

De volgende inzending heeft de Redactieraad aanleiding gegeven tot het opnemen van een nieuwe rubriek 'Brieven aan de Redactie'.

Meningen, suggesties e.d. blijven vallen onder de verantwoordelijkheid van de inzenders. De Redactieraad behoudt zich het recht voor brieven in te korten of te weigeren.

Vergoeding werkzaamheden door gezinsleden van gelaedeerde voor wiens letsel een derde aansprakelijk is, mr. S. Grolleman (Aegon Leeuwarden), PIV-Bulletin 1999/6

Met dit arrest is een stap gezet in het op geld waarderen van 'mantelzorg' en 'noaberhulp'. Hoewel het dan weliswaar om een 'schrijnende' kwestie moet gaan. Waar daarbij de grens ligt zal moeten worden afgetast. Het handelen van 'omstanders', dat vanzelfsprekend wordt gedaan zonder daarvoor een uurvergoeding te krijgen/eisen, wordt dus beïnvloed door de aanwezigheid van een (verzekerde) schuldige derde.

Het zal geen verbazing wekken dat dit wordt gevoegd onder de categorie: verzakelijking van de samenleving.

Zonder in deze zaak in details te treden kan de vraag worden gesteld, wat de uitkomst van het arrest zou zijn geweest als Thuiszorg wèl was ingeschakeld. Men was hiervan lid. En de inzet was op elk gewenst moment mogelijk, 7 dagen per week.

Je zou dus nog discussie kunnen voeren over de zinsnede ' wellicht niet in aanmerking gekomen voor thuiszorg '.

Dat aspect wordt met aannames omgeven en mist daardoor dus kracht.

Vraag : Zou het arrest er op dit onderdeel anders hebben uitgezien, als zou blijken dat Thuiszorg de hulp zou hebben ingezet en de ouders daarbij (uiteraard) had betrokken?

C.E. Smith

Antwoord: In de hypothetische situatie dat Thuiszorg hulp zou hebben ingezet, zou dit gevolgen kunnen hebben voor één van de minimumvereisten voor het toestaan van abstracte schadevergoeding, te weten het relevante tijdsbeslag dat met de zorg door de ouders gemoeid moet gaan. Indien de hulp van Thuiszorg breed wordt ingezet, zal dit vereiste mogelijk in het gedrang komen. De resterende zorg door de ouders zal op dit aspect beoordeeld dienen te worden. Is er ook onder deze omstandigheden sprake van, om met de woorden van A-G Spier te spreken, een schrijnende situatie, dan zal voor dit deel zorg door de ouders een vergoeding welke abstract berekend kan worden op zijn plaats zijn. Of zich een dergelijke situatie zou voordoen hangt af van de feitelijke omstandigheden en zal niet in zijn algemeenheid beantwoord kunnen worden.

Bulletin 1999, 7 Over onze Sites (v/h 'Uit de Nieuwsgroepen') (Bewerkt door C. Visser, AXA Verzekeringen)

Zoals u mogelijk weet zijn wij op het adres www.stichtingpiv.nl op internet bereikbaar.

De site wordt nog steeds regelmatig vernieuwd. Helaas is daarbij iets fout gegaan, er was sprake van functieverlies van 'Berichten aan onze redactie' op de site onder 'Vragen aan het PIV'. Dat is inmiddels hersteld. Mocht u hebben geprobeerd een vraag aan ons te stellen of een opmerking te plaatsen, dan wilt u ons wel verontschuldigen voor een eventueel gebrek aan reactie.

Graag nodigen wij u uit in dat geval uw vraag te herhalen.

Bulletin 1999, 7 Actualiteiten

Agenda

29-11-99 Abz Audalet symposium 1999, Valse start na ongeval; wie voert de regie van het herstel?
Info: D.-J. ten Boom, 030-6935921.

02-12-99 Studiedag Kerkebosch, proportionele aansprakelijkheid. Info: mevr. N. Verschuur, 030-6984222