

Pagina 1

Voordeelsverrekening
ex art. 6:100 AOV

Pagina 5

Aansprakelijkheid wegens goed
werkgeverschap

Pagina 10

Aansprakelijkheid wegens
schending zorgplicht

Pagina 15

Collaborative Claims
Resolution?

Pagina 17

Opleidingen letselschade

Pagina 19

Smartengeld ...

juni 2009



Pagina 1

Twee hoven, twee meningen ...

Pagina 5

Aansprakelijkheid ex 7:611 BW
een *hot item* ...

Pagina 10

Nogmaals aansprakelijkheid
ex 7:611 BW ...

Pagina 15

Van geschil naar overleg ...

Pagina 17

Wie verder wil ...

Pagina 19

... een doekje voor het bloeden?

Voordeelsverrekening ex art. 6:100 BW van uitkering uit hoofde van particuliere AOV bij letselschade

Hof Amsterdam en Hof Arnhem 4 november 2008

De hoven van Amsterdam en Arnhem hebben op dezelfde dag - 4 november 2008 - arrest gewezen over de verrekening van een uitkering uit hoofde van een particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering bij letselschade. Hof Arnhem grijpt de door de wetgever geschapen mogelijkheid om dergelijke uitkeringen bij wijze van opgekomen voordeel te verrekenen met beide handen aan, waarbij het in het midden laat wat het karakter van de desbetreffende arbeidsongeschiktheidsverzekering is. Daarmee gaat het hof dus voorbij aan het onder het oude recht geldende uitgangspunt dat alleen uitkeringen uit hoofde van een schadeverzekering de schade doen verminderen en in zoverre de aanspraak van het slachtoffer op de aansprakelijke teniet doen.

Hof Amsterdam 4 november 2008¹

In de casus die leidde tot dit arrest had patiënt een hartoperatie ondergaan. Tijdens operatie was de hart-longmachine verkeerd aangesloten, waardoor een luchtbel in de hersenen van patiënt terecht was gekomen. Dat veroorzaakte een infarct met blijvend neurologisch letsel en volledige arbeidsongeschiktheid tot gevolg. Het ziekenhuis erkende aansprakelijkheid en keerde voorschotten uit. Daarnaast ontving patiënt van zijn arbeidsongeschiktheidsverzekeraar uitkeringen uit hoofde van die polis. Het zie-

Mr. E.J.
Wervelman
KBS Advocaten



kenhuis betoogde in de daarop tussen partijen volgende gerechtelijke procedure dat de uitkeringen uit hoofde van de arbeidsongeschiktheidsverzekering (AOV) in mindering moesten worden gebracht op de door haar te betalen schadevergoeding, omdat sprake was van een schadeverzekering. De uitkering op basis van die verzekering doet de schade afnemen, aldus het ziekenhuis dat betoogde dat de verzekeringsuitkeringen volledig op de vordering van patiënt in mindering moesten worden gebracht. Het hof deelde die opvatting door erop te wijzen dat patiënt zelf in de

gerechtelijke procedure had aangevoerd dat de verzekering was afgesloten “met het oog op eventuele toekomstige schade, samenhangende met en voortvloeiende uit arbeidsongeschiktheid”.

Dit, zo vervolgt het hof, sluit aan bij artikel 3 van de op deze verzekering van toepassing zijnde polisvoorwaarden, waarin is bepaald dat de verzekering ten doel heeft uitkering te verlenen bij derving van inkomen door de verzekerde ten gevolge van zijn arbeidsongeschiktheid. Wil de verzekering aan dit doel beantwoorden, dan is vereist dat sprake is van inkomen dat door het verwezenlijken van het verzekerde risico, te weten arbeidsongeschiktheid, in gevaar kan komen, aldus het hof dat concludeerde dat dit betekent dat de verzekering moet worden aangemerkt als een schadeverzekering. Niet is in geschil, zo vervolgt het hof, dat uitkering krachtens schadeverzekeringen de schade doet verminderen en daarmee de aanspraak van de gelaedeerde op de laedens in zoverre teniet doet. Dat betekent dat het hof aan de beoordeling van wat patiënt had aangevoerd in het kader van de in art. 6:100 BW bedoelde redelijkheidstoets niet toekomt.

Ofschoon op zichzelf wel de vraag rijst of het arrest van het Hof Amsterdam in cassatie stand zou hebben gehouden gelet op de arresten van de Hoge Raad van 3 en 17 oktober 2008^{2,3} waarin hij de daar in het geding zijnde AOV beide keren aanmerkte als sommenverzekering⁴, is er tot zover - voor wat betreft de voordeelsverrekening - niet zo heel veel nieuws onder de zon.

Hof Arnhem 4 november 2008

In de casus die leidde tot het arrest dat het Hof Arnhem wees op 4 november 2008⁵ kwam het hof echter via een andere weg tot dezelfde slotsom. Verzekerde had als bestuurder van een motorfiets een ongeval gehad. Daarbij liep hij een dwarslaesie op en werd rolstoelgebonden. Als gevolg van het ongeval ontving hij een volledige uitkering uit hoofde van een door hem afgesloten particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering. Het hof stelde voorop dat: “Het erom gaat of er sprake is van een uitkering uit hoofde van een schadeverzekering die (...) leidt tot overgang krachtens subrogatie van het vorderingsrecht op de verzekeraar - dan wel van een uitkering uit hoofde van een sommenverzekering die op de voet van artikel 6:100 BW als voordeel in mindering kan worden gebracht. In beide gevallen strekt de uitkering in mindering op de schadevergoeding waar benadeelde jegens verzekeraar aanspraak op kan maken.”

Tussen benadeelde en de aansprakelijkheidsverzekeraar was niet in geschil dat de verzekeringsuitkering waar het hier om ging het gevolg was van het letsel dat benadeelde bij het ongeval had opgelopen. Evenmin was in geschil dat hij die uitkering daadwerkelijk ontving. Partijen streden dan ook, net zoals in de casus die leidde tot het arrest van het Hof Amsterdam van dezelfde dag, over de vraag of het redelijk is dat voordeel bij de vaststelling van de schade op de voet van art. 6:100 BW als voordeel in mindering te brengen.

Het hof neemt dienaangaande in ogenschouw dat de verze-

kering bij arbeidsongeschiktheid van de verzekerde na verloop van de wachttijd van drie maanden een bedrag van maximaal f 70.000 per jaar uitkeert. De hoogte van de uitkering is afhankelijk van de mate van arbeidsongeschiktheid, zo blijkt uit artikel 1 van de aanvullende voorwaarden, terwijl de definitie van arbeidsongeschiktheid aansluit bij de arbeidsongeschiktheidscriteria van de Algemene arbeidsongeschiktheidswet (AAW) en de Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering (WAO) zoals die golden ten tijde van het ongeval in 1996. De verzekering is midden jaren tachtig afgesloten en had dan ook kennelijk tot doel te voorzien in een aanvulling op het inkomen van benadeelde voor het geval hij arbeidsongeschikt zou worden. Waar niet gesteld of gebleken is dat benadeelde in loondienst werkzaam is geweest, moet het ervoor worden gehouden dat hij bij eventuele arbeidsongeschiktheid zou zijn teruggevallen op een AAW-uitkering, aldus nog steeds het hof. Aangezien dat een uitkering op minimumniveau zou zijn, kan de inkomensaanvulling waarin de in geding zijnde verzekering voorzorg - mede gelet op de levensstandaard van benadeelde - niet beschouwd worden als een extraatje, zoals de rechtbank heeft geoordeeld. Veeleer ging het hier om een noodzakelijke voorziening om een eventuele inkomenssterugval door arbeidsongeschiktheid op te vangen. Ook acht het hof de mate van arbeidsongeschiktheid - en daarmee de omvang van de uitkering - afhankelijk van de geleden inkomensschade. Anderzijds heeft te gelden dat uit de overgelegde polisvoorwaarden niet blijkt dat er een anti-cumulatieregeling geldt die erop neerkomt dat inkomsten uit arbeid die worden genoten na het intreden van de arbeidsongeschiktheid, gevolgen kunnen hebben voor het recht op uitkering. Laatstgenoemde omstandigheden wijzen in de richting van een schadeverzekering, aldus nog steeds het hof.

Naar zijn oordeel kan in het midden blijven of de verzekering moet worden aangemerkt als schade- of sommenverzekering. Daartoe oordeelt het hof redengevend dat zelfs als het een sommenverzekering betreft, het in de gegeven omstandigheden redelijk is de uit deze verzekering volgende uitkering als door benadeelde genoten voordeel in mindering te laten strekken op de door de aansprakelijke verzekeraar te betalen vergoeding. Het gaat immers om een periodieke uitkering die op grond van de hiervoor omschreven kenmerken moet worden aangemerkt als een vergoeding voor inkomensschade. De rechtbank was van oordeel dat die uitkering niet in mindering strekte op de door de aansprakelijke verzekeraar te betalen vergoeding van inkomensschade. Dat oordeel kon naar het oordeel van het hof niet in stand blijven.

Kentering?

In zijn (onder oud recht) gewezen arrest van 28 november 1969⁶ overwoog de Hoge Raad dat de door het slachtoffer afgesloten verzekering een sommenverzekering was die in geval van tijdelijke of blijvende invaliditeit ten gevolge van een ongeval recht gaf op de bij de polis bepaalde uitkeringen. Ongeacht of als gevolg van die invaliditeit al dan niet enige schade zou zijn geleden. In dat geval, zo vervolgt de Hoge Raad, brengt geen rechtsregel met zich mee dat de

verzekeringsuitkering als een aan het slachtoffer opkomend voordeel op de aan hem te vergoeden schade in mindering moet worden gebracht. Immers, het bestaan van een sommenverzekering is een aangelegenheid die de voor het ongeval aansprakelijke niet aangaat. Het afsluiten van een dergelijke verzekering in de huidige maatschappij is een zuiver individuele en persoonlijke beslissing, zowel wat betreft de vraag of men een zodanige verzekering afsluit, als wat betreft de vraag voor welke bedragen men zich wenst te verzekeren en welke premie men in verband daarmee bereid is te betalen⁷.

De oplossing van de toerekeningskwestie leidde dus tot een cumulatie van vorderingen. In die zin dat het slachtoffer zowel de sommenverzekeraar kan aanspreken tot uitkering van de verzekerde som, als van de aansprakelijke persoon vergoeding kan vorderen van de gehele uit de verwonding voortvloeiende schade. Dit blijkt uit een reeks uitspraken uit de jaren zestig en zeventig⁸. In de oorspronkelijke ontwerp tekst van het huidige art. 6:107 BW was de vraag naar de toerekening van verzekeringsuitkering uitdrukkelijk geregeld. Het voorgestelde vierde lid van de ontwerp tekst bevatte namelijk de regel uitkeringen uit hoofde van een verzekering - die geacht moesten worden de schade van de benadeelde te verminderen door de toepassing van art. 6:100 BW aan de benadeelde bij de vaststelling van die schade - als een voordeel in rekening te brengen. Deze regel bracht voor uitkeringen uit sommenverzekeringen een fundamentele afwijking van de hierboven geciteerde bestaande jurisprudentie met zich mee. Die uitkeringen zouden immers in mindering komen op de schadevergoeding, voor zover deze in het concrete geval als schadeverminderend konden worden aangemerkt. Het voorgestelde artikel is echter door de Tweede Kamer verworpen. Daarmee is in die zin teruggekeerd naar de situatie onder het oude recht dat de wet de kwestie van het al dan niet toerekenen van uitkeringen krachtens sommenverzekering niet uitdrukkelijk regelt en dus overlaat aan de rechter. Die is dus vrij om in afwijking van het arrest van de Hoge Raad van 28 november 1969⁹ op basis van de algemene maatstaaf van art. 6:100 BW tot hetzelfde resultaat te komen als de geschrapte bepaling. De Memorie van Antwoord¹⁰ wijst er in dat verband op dat het in de lijn van de ontwikkelingen ligt: *“om ook bij letselschade een uitkering uit een sommenverzekering in aanmerking te nemen, voor wat betreft het geval dat zij recht geeft op periodieke uitkeringen die als vergoeding van inkomstschade kunnen worden gezien (invaliditeitspensioenen) of voor zover het betreft de uit belegging verkregen vruchten van een uitkering ineens uit een verzekering, waarvan eveneens kan worden aangenomen dat zij ertoe strekte inkomensvermindering op te vangen. Maar zekerheid op dit punt zal slechts de rechter kunnen brengen”*.

Jurisprudentie: geen voordeelsverrekening bij sommenverzekering

Zonder volledigheid te pretenderen noem ik twee uitspraken die in dit verband relevant zijn¹¹. Bij arrest van 12 december 2001¹² nam het Hof Den Bosch tot uitgangspunt dat geen rechtsregel meebrengt dat uitkeringen uit hoofde van een sommenverzekering bij wijze van

voordeelstoerekening op de schadevergoeding in mindering moeten worden gebracht. Het bestaan van een dergelijke verzekering is immers een aangelegenheid die de pleger van een onrechtmatige daad niet aangaat. In gelijke zin oordeelde de Rechtbank Amsterdam in haar vonnis van 30 december 1998¹³ te overwegen dat de aansprakelijke verzekeraar niet had weersproken dat de in het geding zijnde uitkering was gedaan uit hoofde van een sommenverzekering. Verzekeraar had geen concrete feiten of omstandigheden gesteld die grond zouden opleveren om af te wijken van de hoofdregel, nu de Hoge Raad formuleerde in zijn arrest van 28 november 1969¹⁴ dat geen rechtsregel meebrengt dat een dergelijke uitkering als een aan het slachtoffer opkomend voordeel aan hem te vergoeden schade in mindering moet worden gebracht. De door verzekeraar bepleite voordeels-toerekening liet de rechtbank dan ook achterwege. De omstandigheid, dat het ging om een collectieve verzekering waarvan de premie geheel door de werkgever was voldaan leidde, niet tot een ander oordeel, aldus de rechtbank.

Jurisprudentie: wel voordeelsverrekening bij sommenverzekering

Anders oordeelde de Rechtbank Arnhem in haar vonnis van 7 juni 2006¹⁵ door te overwegen: *“Hoewel strikt genomen sprake is van een sommenverzekering, heeft zij wel de gelijk de strekking de inkomstschade van eiseres bij arbeidsongeschiktheid te vergoeden. Naar het oordeel van de rechtbank kan het afsluiten van een dergelijke verzekering niet worden gezien als een zuiver individuele en persoonlijke beslissing, met de strekking de verzekerde een som uit te keren in geval het verzekerde risico zich verwezenlijkt, bedoelt om hem bij een extraatje te verschaffen. Voordeelstoerekening op basis van artikel 6:100 BW is dus op zijn plaats”*.

Ook de Rechtbank Zutphen verrekende in haar vonnis van 7 februari 2002¹⁶ de uitkeringen uit hoofde van een WAO-gatverzekering op de schadevergoedingsverplichting van de aansprakelijke verzekeraar. Dienaangaande overwoog de rechtbank als volgt: *“Dit WAO-gat is een gevolg van de wijzigingen in de WAO die erop neerkomt dat de looptijd van de WAO-uitkering korter is dan voordien, zodat men spoedig is aangewezen op een uitkering met bijstandsniveau. Een verzekering van het WAO-gat voorkomt. Een verzekering ter dekking van het WAO-gat vloeit in feite voort uit de gewijzigde WAO en de uitkering voor de door eiseres afgesloten verzekering die dan ook moet worden gezien als een vergoeding van inkomstschade tengevolge van arbeidsongeschiktheid, waarbij de hoogte van uitkering afhankelijk is van de omvang van het door geleden schade. De bedoelde verzekering kan ook niet als een sommenverzekering worden beschouwd. Het komt de rechtbank alleszins redelijk voor de betreffende uitkering bij wijze van voordeelstoerekening in mindering te doen strekken op de schadevergoedingsverplichting van verzekeraar. Immers in het andere geval zou zij meer schade vergoed krijgen dan door haar als gevolg van het ongeval is geleden”*.

In zijn arrest van 22 juli 2003¹⁷ overwoog het Hof Den Bosch dat de daar in het geding zijnde ongevallenverze-

ring een sommenverzekering was. De aansprakelijk gestelde motorcrossclub had deze polis afgesloten en de premie daarvoor betaald. Het hof achtte het dan ook redelijk om het uit die verzekering aan het slachtoffer toekomende voordeel te verrekenen met de door hem geleden schade. Het hof besteedde aandacht aan het arrest dat de Hoge Raad had gewezen op 28 november 1969, maar overwoog: *“Dat daarbij evenwel niet uit het oog mocht worden verloren dat bij dat oordeel gewicht is toegekend aan de omstandigheid dat de verzekering in het desbetreffende geval was afgesloten door het slachtoffer zelf, die zelf de hoogte van het te verzekeren bedrag had bepaald en in verband daarmee verschuldigde premie had betaald”*.

Daarvan was in dit geval geen sprake. Evenmin ging vergelijking op met het vonnis van de Rechtbank Breda van 1 november 1994 en het vonnis van de Rechtbank Amsterdam van 30 december 1998¹⁸ waarbij geen voordeelstoerekening werd aangenomen. De vergelijking ging niet op, omdat het in bij de Rechtbank Breda aanhangige geding een aansprakelijk gestelde werkgever betrof die ingevolge van de cao ten behoeve van zijn werknemers een levensverzekering had afgesloten en daarvoor de premies betaalde. Het afsluiten van de verzekering was dus onderdeel van de arbeidsvoorwaarden ten behoeve van de werknemer. In het door de Rechtbank Amsterdam beslechte geschil ging het om een derde, te weten niet de aansprakelijk gestelde werkgever die ten behoeve van zijn werknemers een ongevallenverzekering had afgesloten. Daarvoor betaalde hij ook de premies. In die gevallen ligt het, zo overweegt het Hof Den Bosch, minder voor de hand om bij de werknemer het verkregen voordeel uit zo'n verzekering te verrekenen.

En nu?

In zijn arrest van 11 juli 2008¹⁹ overwoog de Hoge Raad dat de uitkering uit hoofde van de ongevallenverzekering niet zonder meer in mindering behoorde te komen op de schade die het gevolg was van een arbeidsongeval dat een werknemer was overkomen. Daartoe verwees de Hoge Raad de zaak terug naar het hof. De vraag rijst welke koers zal worden gevaren na het wijzen van het arrest van het Hof Arnhem van 4 november 2008 dat (ook) de uitkering uit hoofde van een sommenverzekering volledig in mindering brengt op de uit te keren schadevergoeding. Gelet op de twee arresten die de Hoge Raad in oktober 2008²⁰ heeft gewezen, zal moeten worden aangenomen dat veel lopende arbeidsongeschiktheidsverzekeringen - gelet op het veelal ondergeschikte karakter van het inkomen - sommenverzekeringen zijn. Dat maakt het antwoord op deze vraag dus nog actueler.

Eerlijk gezegd zou het mij niet verbazen als de door het Hof Arnhem ingeslagen weg bijval gaat vinden. Vooral krachtens particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen wordt en meer dan eens enkele tonnen uitgekeerd aan verzekerde die daarnaast vergoeding vordert van de aansprakelijke partij ten titel van verlies van arbeidsvermogen. In de situatie dat het dan - in de woorden van het Hof Arnhem in zijn arrest van 4 november 2008²¹ - gaat om vergoeding van inkomensschade, ligt het mijns inziens

inderdaad voor de hand die uitkering in mindering te brengen op het gevorderde verlies van arbeidsvermogen. De grondslag van de schadepost vormt in mijn optiek ook de begrenzing van de mogelijkheden tot verrekening in de zin van art. 6:100 BW. In die zin dat verrekening in beginsel niet aan de orde is bij uitkeringen uit hoofde van een verzekering waarbij het *“onverschillig of, en in hoeverre, met de uitkering schade wordt vergoed”*, zoals art. 7:964 BW de sommenverzekering omschrijft. Dat geldt doorgaans (bijvoorbeeld) voor ongevallenverzekeringen. Dergelijke verzekeringen vergoeden immers geen inkomensschade, maar zijn veelal juist bedoeld als extraatje. Dat uitgangspunt strookt ook met de vingerwijzing van de wetgever die aangeeft verrekening van de uitkeringen te willen beperken tot uitkeringen die ertoe strekken om inkomensvermindering op te vangen²². Met de opvatting van het Hof Den Bosch bij arrest van 22 juli 2003²³ ben ik het dan ook niet eens. Het gaat immers niet (zozeer) om de vraag wie de verzekering is aangegaan en/of de verschuldigde premie voldoet, maar wat met de bewuste uitkering is beoogd. Ik zou er dan ook voor willen pleiten dat de rechter, die in voorkomend geval overweegt om verrekening op de voet van art. 6:100 BW toe te staan, dat onderscheid duidelijk in zijn beslissing naar voren moet laten komen. Dat neemt niet weg dat ik van oordeel ben dat er - ook bij de door het Hof Arnhem gevolgde lijn - wel het nodige piept en knarst aan het bouwwerk. De uiteindelijke schade wordt immers niet (geheel) gedragen door de aansprakelijke partij, nu subrogatie bij sommenverzekeringen niet aan de orde is (art. 7:962 BW). De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekerder kan de door hem gedane uitkeringen in dat geval dus niet verhalen op de aansprakelijke die echter op zijn beurt wel mag verrekenen. Daar is overigens wel een mouw aan te passen. Als uitgangspunt geldt immers dat het verzekerder vrij staat de primaire dekking te bepalen²⁴. In lijn met de oproep die het Hof Arnhem al geruime tijd geleden deed in zijn arrest van 10 februari 1998²⁵, kunnen verzekerders hun producten desgewenst ombouwen tot schadeverzekering. Dan treden zij wel in de rechten van verzekerde en kunnen de gedane uitkeringen in beginsel wel op de aansprakelijke partij worden verhaald.

¹ 106.004.001.

² NJ 2009, 80 m.nt. MMM.

³ LJN BF0006.

⁴ Vgl. E.J. Wervelman, “Over het karakter van particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen. Wat is het nu: een schade- of sommenverzekering?”, NTHR 2009, p. 44-51.

⁵ RAV 2009, 6.

⁶ NJ 1970, 172.

⁷ Vgl. Hoge Raad 4 februari 2000, NJ 2000, 600.

⁸ Vgl. bijvoorbeeld: Rb. Amsterdam

9 december 1960, NJ 1961, 221; Hof Den Bosch 8 februari 1962, NJ 1962, 489; Hof Amsterdam 16 mei 1963, VR 1965, 42; Hof Den Bosch 10 juli 1979, NJ 1980, 251.

⁹ NJ 1970, 172.

¹⁰ PG Boek 6, p. 1309.

¹¹ Vgl. in dezelfde zin: Hof Arnhem 10 februari 1998, VR 1998, 174; Rb. Breda 1 november 1994, NJ 1995, 507.

¹² VR 2002, 200.

¹³ VR 1999, 81.

¹⁴ NJ 1970, 172.

¹⁵ LJN AY0497.

¹⁶ LJN AD9173.

¹⁷ NJ 2004, 367.

¹⁸ VR 1999, 81.

¹⁹ NJ 2008, 401.

²⁰ HR 3 oktober 2008, NJ 2009, 80 m.nt.

MMM en HR 17 oktober 2008, LJN BF0006.

²¹ RAV 2009, 6.

²² PG Boek 6, p. 1309.

²³ NJ 2004, 367.

²⁴ Vgl. Hoge Raad 9 juni 2006, NJ 2006, 326;

HR 16 mei 2008, NJ 2008, 284.

²⁵ VR 1998, 174.