

Voordeelsverrekening bij letselschade van uitkeringen uit hoofde van particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen

*Mr. E. J. Wervelman**

1. Inleiding

Heeft eenzelfde gebeurtenis voor de benadeelde naast schade tevens voordeel opgeleverd, dan moet dat voordeel, voor zover dit redelijk is, bij de vaststelling van de te vergoeden schade in rekening worden gebracht. Dat uitgangspunt, ook wel geheten 'voordeelsverrekening', is neergelegd in artikel 6:100 BW. In de praktijk van alledag komt dit meer dan eens voor. In het algemeen wordt het ook billijk geacht dat bij de begroting van de schadevergoeding met dit voordeel rekening wordt gehouden. De benadeelde moet immers schadeloos worden gesteld; dat wil zeggen zijn volledige schade behoort te worden vergoed, maar hij behoort niet te worden verrijkt. De direct daarop volgende vraag is wel welke voordelen dan voor verrekening in aanmerking komen. Primaire voorwaarde is dat schade en voordeel door dezelfde gebeurtenis zijn veroorzaakt.¹ Voorts moet het gaan om een voordeel dat werkelijk is genoten. Fictieve inkomsten vormen geen voordeel in de zin van de wet.² 'Zeer betwist is de vraag of uitkeringen uit hoofde van een sommenverzekering aan de benadeelde als voordeel in rekening moeten worden gebracht.'³ De rechter heeft daarin een grote vrijheid.

Het leerstuk van de voordeelsverrekening is bij letselschade van grote betekenis voor het geven van antwoord op de vraag of (en zo ja, in hoeverre) met uitkeringen uit hoofde van particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen rekening moet worden gehouden bij de vaststelling van de schade. De opvatting in de jurisprudentie hierover is verdeeld. Dat rechtvaardigt een analyse. Temeer ook daar de belangen groot zijn. Naar hierna zal blijken, moet vooral worden bepaald of de in het geding zijnde particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering ertoe strekt om inkomensvermindering op te vangen. Daarop wordt dan ook uitvoerig ingegaan. Aandacht is ten slotte geschonken aan de vraag of verzekerde recht heeft op restitutie

van de betaalde premie, indien een uit dien hoofde gedane uitkering op grond van artikel 6:100 BW in mindering wordt gebracht op de uitkering die hij ontvangt van de aansprakelijkheidsverzekeraar.

2. De wetsgeschiedenis

Een stukje wetsgeschiedenis ter introductie van de problematiek. In de oorspronkelijke voorgestelde versie van artikel 6:107 BW was de vraag naar de voordeelsverrekening van verzekeringsuitkeringen uitdrukkelijk geregeld. Het voorgestelde vierde (later derde) lid van artikel 6:107 BW bevatte de regel dat uitkeringen uit hoofde van de verzekering die geacht moesten worden de schade van de benadeelde te verminderen, voor de toepassing van artikel 6:100 BW aan de benadeelde bij de vaststelling van die schade als voordeel in mindering worden gebracht. Deze regel bracht voor uitkeringen uit sommenverzekeringen een fundamentele afwijking van de vroegere rechtspraak met zich mee. De bewuste uitkeringen zouden immers in mindering komen op de schadevergoeding, voor zover deze in het concrete geval als schadeverminderend konden worden aangemerkt. Ter rechtvaardiging daarvan zijn in de Parlementaire Geschiedenis meerdere argumenten aan te treffen:

- dat op deze manier het systematisch weinig fraaie verschil tussen letselschade en overlijdensschade, waar uitkeringen uit verzekering wel in rekening worden gebracht uit hoofde van artikel 6:108 BW, zou verdwijnen;
- dat een volledige uitsluiting van de toerekening van uitkeringen uit sommenverzekering in geval van letselschade moeilijk te verenigen is met het dwingendrechtelijke voorschrift in verschillende sociale verzekeringswetten dat de rechter bij de vaststelling van de schadevergoeding rekening houdt met de aanspraken die de benadeelde krachtens de bewuste wet heeft;
- dat het aantal gevallen van aansprakelijkheid buiten schuld in het Burgerlijk Wetboek aanmerkelijk is uitgebreid, waardoor het minder verwerpelijk is dat de schadeplichtige profiteert van een ten gunste van de benadeelde gesloten sommenverzekering;

* Mr. E.J. Wervelman is advocaat bij KBS advocaten te Utrecht.

1. Vgl. HR 11 februari 2000, NJ 2000, 275; HR 29 september 2000, NJ 2001, 105.

2. Vgl. HR 1 februari 2002, NJ 2002, 122.

3. Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-11* 2009, nr. 157.

- d. dat de voorgestelde regel past in het streven om de omvang van de vergoedbare schade binnen redelijke grenzen te houden.

Uit de Parlementaire Geschiedenis⁴ blijkt dat ook de wetgevingscommissie zich in meerderheid heeft afgevraagd of het wel bevredigend is dat de tot op dat moment bestaande jurisprudentie de vraag of een sommenverzekering bij wijze van voordeelsverrekening moet worden afgetrokken van de som waarvoor de benadeelde schade lijdt, meestal ontkennend werd beantwoord. De meerderheid van de commissie wil ervan uitgaan dat in dit opzicht de schade- en de sommenverzekering hetzelfde moet worden behandeld. Hoewel de commissie zich bewust is dat artikel 6:100 BW hiertoe niet noodzakelijk dwingt, vraagt zij zich af of de invoering van het Nieuw Burgerlijk Wetboek geen goede gelegenheid is om op dit punt de bakens te verzetten. Gedacht wordt bijvoorbeeld ook aan het opnemen van een subrogatierecht voor de sommenverzekeraar. Er is in dat verband een kleine minderheid van de commissie die daarover aarzelt.

De minister geeft naar aanleiding van de visie van de commissie aan dat het niet noodzakelijkerwijs onredelijk behoef te zijn dat de verzekerde, zo hij naast de uitkering ook een vordering tot schadevergoeding jegens de voor het ongeval aansprakelijke persoon mocht hebben, in totaal dus meer dan de werkelijke schade zal ontvangen. Zeer wel mogelijk is het, aldus de minister, dat de verzekerde gemeend heeft aan een dergelijk surplus – gezien zijn persoonlijke omstandigheden – behoefte te hebben en daarvan bij het sluiten van de verzekering ook is uitgegaan. Voorts kan het zijn dat de verzekerde zich heeft willen beveiligen tegen de omstandigheid dat niet alle nadelen door een ongeval plegen te ontstaan en als factor voor de toekenning van schadevergoeding in aanmerking plegen te worden genomen. Men denke aan subjectieve verwachtingen omtrent te derven inkomen, terwijl ook immateriële schade een belangrijke rol kan spelen. Zo deze al toewijsbaar is, zo vervolgt de minister, dan vormt zij in ieder geval een schadepost waarvan het bedrag lastig te voorspellen is. Deze zal het in het algemeen moeilijk maken om de uitkering uit een ongevallenverzekering – waarvan vermoed mag worden dat zij hier ook mede op is afgestemd – als een voordeel te zien waarmee bij de vaststelling van de materiële schade rekening moet worden gehouden. De kwestie wordt blijkens de Parlementaire Geschiedenis uitdrukkelijk aan de rechter overgelaten. Het destijds geldende recht deed dat ook:⁵

‘Dat betekent evenwel niet dat de rechtspraak onder het nieuwe recht niet vrij zou zijn zich in een andere richting te ontwikkelen en met nieuwe maatschappelijke inzichten omtrent aansprakelijkheid en schadeverdeling rekening te houden. De memorie van antwoord die slechts spreekt van wat “in het algemeen” mag worden aangenomen, gaat er bij haar voorbeelden vanuit dat het slachtoffer zelf de pre-

mies voor de ongevallenverzekering betaald heeft. Het in deze vraag vermelde geval dat het de dader is, die de premies voor zijn rekening nam, zal door de rechter anders beoordeeld kunnen worden.’

Het voorgestelde artikel 6:107 lid 3 BW is uiteindelijk komen te vervallen. Ofschoon daarmee is teruggekeerd naar de situatie onder het oude recht is de rechter dus vrij om in afwijking van het hierna te bespreken arrest van de Hoge Raad van 28 november 1969⁶ op basis van de algemene maatstaf van artikel 6:100 BW tot hetzelfde resultaat te komen als de geschrapte bepaling. De Parlementaire Geschiedenis⁷ 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 (invaliditeitspensioen) of voor zover het betreft de uitbelegging 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.’

3. Het wettelijke onderscheid tussen schade- en sommenverzekeringen

Verzekeringsovereenkomsten worden in titel 7.17 BW onderscheiden in overeenkomsten van schadeverzekering en overeenkomsten van sommenverzekering.⁸ Kenmerkend voor de schadeverzekering is blijkens het bepaalde in artikel 7:944 BW de strekking om vermogensschade te vergoeden die de verzekerde zou kunnen lijden. Bij de sommenverzekering daarentegen is onverschillig of, en in hoeverre, met de uitkering schade wordt vergoed (art. 7:964 BW). Dit wettelijke onderscheid in karakter van de polis vindt men ook terug bij het leerstuk van de voordeelsverrekening. Heel kort gezegd neemt de jurisprudentie, zoals hierna nog zal worden uitgewerkt, tot uitgangspunt dat bij letselschade uitkeringen uit schadeverzekeringen wel en uitkeringen uit sommenverzekeringen niet verrekkend mogen worden.⁹ Dit uitgangspunt lijkt helder; schijn bedriegt echter, omdat nu juist het karakter van particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen veelal niet eenduidig is. Het antwoord op de vraag of een particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering een schade- of een sommenverzekering is, is immers in zijn algemeenheid niet te geven, maar hangt af van de feiten en omstandigheden van het geval.¹⁰ Dat vindt (mede) zijn oorzaak in het feit dat in de huidige Nederlandse verzekeringsbranche een veelheid aan producten in omloop is. Veelal met een hybride karakter. Dat bemoeilijkt aldus het

6. NJ 1970, 17.

7. Parl. Gesch. Boek 6, p. 1309.

8. Vgl. Asser/Clausing/Wansink 5-VI 2007, nr. 34-39.

9. Vgl. bijv. HR 31 december 1931, NJ 1932, 419; HR 28 november 1969, NJ 1970, 172.

10. Vgl. bijv. HR 6 juni 2003, NJ 2004, 670; HR 3 oktober 2008, NJ 2009, 80 m.nt. MMM; HR 17 oktober 2008, LjN BF0006.

4. Parl. Gesch. Boek 6, p. 348.

5. Parl. Gesch. Boek 6, p. 350.

geven van een vastomlijnd antwoord, maar laat daarentegen ook ruimte voor uitleg en inkleuring van de specifieke omstandigheden van het geval. Die uiteenzetting wordt dan ook hierna gegeven. Allereerst volgt daartoe bespreking van de huidige stromingen in de jurisprudentie.

4. Bespreking van de opvattingen omtrent voordeelsverrekening in de jurisprudentie

In zijn arrest van 28 november 1969 heeft de Hoge Raad zich – kort gezegd – op het standpunt gesteld dat uitkeringen uit sommenverzekering, in tegenstelling tot die uit schadeverzekering, in geval van letsel niet in mindering komen op de schadevergoeding.¹¹ De lagere rechtspraak denkt daar anders over, in die zin dat uitkeringen worden meegenomen in het kader van de bevoegdheid om de schadevergoeding te matigen.¹² De lagere rechtspraak onderzoekt ook regelmatig of verzekeringen waarvan in het verleden onverkort werd aangenomen dat het sommenverzekeringen waren, desondanks geheel of gedeeltelijk de strekking hebben om de schade van de benadeelde te vergoeden. En dus in zoverre hebben te gelden als een soort van schadeverzekering.¹³

4.1 Geen voordeelsverrekening

In dit verband is allereerst het bespreken waard het arrest van 12 december 2001 van het Hof Den Bosch.¹⁴ Uit de polis van de desbetreffende particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering met de daarbij behorende algemene voorwaarden bleek dat deze bij arbeidsongeschiktheid van ten minste 25% recht gaf op een periodieke uitkering tot een gemaximeerd bedrag per jaar. De uitkering is afhankelijk van de mate en de duur van de arbeidsongeschiktheid. Maar is, zo vervolgt het hof, onverschillig of de verzekerde ten gevolge van zijn arbeidsongeschiktheid al dan niet inkomensschade heeft geleden. De verzekering kent geen regresrecht. Daaruit volgt, zo vervolgt het hof, dat de arbeidsongeschiktheidsverzekering moet worden aangemerkt als een sommenverzekering. Bij de beoordeling van de grief neemt het hof dan tot uitgangspunt:

‘Dat geen rechtsregel meebrengt dat uitkeringen op grond van zodanige verzekering bij wege van voordeelstoerekening op de schadevergoeding in mindering moeten worden gebracht, omdat het bestaan van zo’n verzekering een aangelegenheid is die de pleger van een onrechtmatige daad niet aangaat.’

In dit geval achtte het hof geen goede grond aanwezig om, in overeenstemming met dit uitgangspunt, de te ontvangen uitkeringen op de schadevergoeding in mindering te brengen. Daartoe achtte het hof van belang de beperkte omvang van de ontvangen uitkeringen en de omstandigheid dat de schade

opzettelijk aan verzekerde was toegebracht. De stelling van de dader dat niet is gebleken dat de arbeidsongeschiktheidsuitkering in de kas van de maatschap werd gestort en de kosten van de vervangende arbeid door de maatschap zijn voldaan, brengt het hof niet tot een ander oordeel. Immers, in het maatschapscontract is bepaald dat de kosten van de vervangende arbeid worden gedragen door de arbeidsongeschikte vennoot, indien deze door hem kunnen worden verhaald op een derde. Daaraan is naar de overtuiging van het hof voldaan. Dit alles leidt dan ook tot de conclusie dat de uit hoofde van de verzekering gedane uitkeringen niet op de aan verzekerde te vergoeden schade in mindering dienen te worden gebracht.

Tot datzelfde oordeel kwam de Rechtbank Breda in haar vonnis van 1 november 1994.¹⁵ De rechtbank is van oordeel dat voor de beantwoording van de vraag of een uitkering uit een krachtens cao afgesloten sommenverzekering als voordeel moet worden toegerekend, doorslaggevend is of de sommenverzekering in overwegende mate het karakter van een schadeverzekering heeft. Voor het vaststellen van die strekking acht de rechtbank met name de volgende factoren van belang:

- het doel van de sommenverzekering;
- de vraag of de uitkering afhankelijk is van schade van het slachtoffer;
- de vraag wanneer sprake is van een ongeval in de zin van een sommenverzekering;
- de vraag of er een plafond aan de uitkering is;
- de vraag of de verzekering een aanvulling is op een uitkering in het kader van sociale verzekeringswetten;
- de vraag wie de hoogte van de verzekerde bedragen bepaald;
- de vraag wie de premie betaalde.

Deze factoren besprekend, stelt de rechtbank vast dat het doel van de collectieve ongevallenverzekering was om voor het bouwbedrijf een voorziening te treffen die een uitkering garandeert bij blijvend lichamelijk letsel of dood ten gevolge van een ongeval. De uitkering is volledig afhankelijk van de mate van blijvende invaliditeit van het slachtoffer. Onder ‘ongeval’ in de zin van de polis wordt verstaan:

‘een plotselinge, ongewilde schadetoebrengende gebeurtenis binnen de verzekeringsperiode, die de dood of de blijvende invaliditeit van de verzekerde ten gevolge heeft’.

In dat geval kent de collectieve ongevallenverzekering een plafond van f50.000 bij blijvende en algehele invaliditeit. De uitkering krachtens de sommenverzekering strekt niet in mindering op uitkeringen in het kader van de sociale verzekeringswetten. De hoogte van de verzekerde bedragen wordt in het cao-overleg tussen cao-partners afgesproken en vervolgens in de cao neergelegd. En de premie is betaald door de werkgever.

11. NJ 1970, 172.

12. Vgl. Hof Arnhem 25 mei 1970, VR 1973, 23; Hof Den Haag 20 november 1975, VR 1978, 99; A.T. Bolt, Sommenverzekering, schadevergoeding en redelijkheid, VR 2008, p. 299-302.

13. Vgl. Hof Arnhem 10 februari 1998, VR 1998, 174; Rb. Arnhem 7 juni 2006, LJN AY0497.

14. VR 2002, 200.

15. NJ 1995, 507.

Tot uitgangspunt geldt naar de overtuiging van de rechtbank dat bij de beoordeling van de vraag of een uitkering uit een sommenverzekering als voordeel moet worden toegerekend, terughoudendheid op haar plaats is. Dit is niet anders ingeval de sommenverzekering krachtens cao door een werkgever ten behoeve van zijn werknemers is afgesloten. Dan geldt dat een uitkering slechts als voordeel kan worden gezien, indien blijkt dat de sommenverzekering in overwegende mate het karakter van de schadeverzekering heeft. Dat blijkt naar de overtuiging van de rechtbank niet. Immers:¹⁶

‘de sommenverzekeraar dient uit te keren in het geval er sprake is van een plotselinge, ongewilde schadetoebrengende gebeurtenis. De uitkering kent een plafond. De hoogte van de uitkering is afhankelijk van de mate van blijvende invaliditeit. De CAO partners bepalen de hoogte van de verzekerde bedragen.’

Hieruit volgt naar de overtuiging van de rechtbank enerzijds dat de sommenverzekeraar moet uitkeren, ongeacht of de werkgever aansprakelijk is jegens de werknemer voor de ongewilde schadetoebrengende gebeurtenis. Dat is bij een schuld-aansprakelijkheid als de werkgeversaansprakelijkheid niet zonder belang. Bovendien volgt daaruit dat de sommenverzekeraar ook verplicht is tot de uitkering indien de werknemer, hoe zeer invalide ook, om de een of andere reden toch geen schade zou lijden. Bijvoorbeeld als gevolg van een uitkering van een door de werknemer ten behoeve van zichzelf gesloten sommenverzekering die ook uitkeert bij invaliditeit. Deze gevolgen stromen ook, zo vervolgt de rechtbank, met de intentie van de cao-partners, namelijk om aan werknemers bij een ongewilde schadetoebrengende gebeurtenis een uitkering te garanderen. Daarbij komt nog dat het bouwbedrijf, naast de sommenverzekering, ook een aansprakelijkheidsverzekering heeft afgesloten. Gesteld noch gebleken is dat de AVB en de sommenverzekering in die zin op elkaar zijn afgestemd dat in de voorwaarden van de AVB is opgenomen dat een uitkering op grond van de sommenverzekering in mindering moet worden gebracht op de door de AVB-verzekeraar te vergoeden schade, aldus de rechtbank. Een uitkering op grond van de sommenverzekering strekt evenmin in mindering op een uitkering in het kader van de sociale verzekeringswetten. Het oordeel van de rechtbank werd niet anders door de omstandigheid dat de werkgever de premie voor de sommenverzekering betaalde. Dat achtte zij slechts een van de relevante wegingsfactoren bij de beoordeling. In het licht van de bedoelde terughoudendheid en andere belangrijke elementen komt haar onvoldoende gewicht toe, aldus de rechtbank, die concludeert dat de uitkering uit de sommenverzekering niet als voordeel heeft te gelden voor de werknemer.

De rechtbank overweegt nog ten overvloede dat – zelfs als de uitkering als voordeel voor de werknemer zou hebben te gelden – dat niet tot toerekening van het voordeel zou leiden,

16. NJ 1995, 507.

omdat dat naar haar overtuiging niet redelijk is. Aan de orde is immers een schuldaansprakelijkheid. Bij een dergelijke grondslag voor aansprakelijkheid is het niet snel redelijk dat het voordeel wordt toegerekend, aldus de rechtbank. Bovendien is de werkgever tegen aansprakelijkheid verzekerd. Zou het voordeel aan de werknemer worden toegerekend, dan plukt de AVB-verzekeraar daarvan de vruchten, terwijl de premie van de AVB-polis is afgestemd op volledige schadedekking bij aansprakelijkheid van de werkgever. Niet is gebleken dat tussen de uitkering op grond van de sommenverzekering en één of meer specifieke schadeposten enige samenhang bestaat.

In zijn arrest van 11 juli 2008 vernietigde de Hoge Raad het arrest van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba naar aanleiding waarvan opnieuw in feitelijke instantie de vraag aan de orde kwam of, en zo ja, in hoeverre het aan een werknemer toekomende bedrag van een sommenverzekering in mindering behoorde te komen op de opnieuw te begroten door hem geleden materiële en immateriële schade.¹⁷ In zijn arrest van 26 augustus 2009 overwoog het Gemeenschappelijk Hof, waarnaar de zaak na verwijzing door de Hoge Raad weer werd verwezen, dat de werkgever zijn verplichtingen uit hoofde van de cao niet naar behoren was nagekomen.¹⁸ Die verplichting hield onder meer in het afsluiten van een ongevalverzekering. Dit recht op uitkering is, zo vervolgt het hof, niet gekoppeld aan de vraag of als gevolg van de invaliditeit ook daadwerkelijk schade is geleden. Om te vervolgen:¹⁹

‘hieruit volgt dat het de bedoeling van de ingevolge de CAO verplicht gestelde verzekering is geweest om (...) een recht op uitkering toe te kennen, los van de vraag of daadwerkelijk schade is geleden en dat deze uitkering niet als voordeel in mindering mag worden gebracht op enige schadeverzekering waarop (...) ingevolge de wet aanspraak heeft. (...) Dat de premies voor de verzekering door de werkgever worden betaald of, zoals in dit geval, de uitkering door de werkgever zelf wordt betaald, doet aan deze kennelijke bedoeling van de uit de CAO voortvloeiende verzekeringsplicht niet af.’

Ten slotte is in dit verband het bespreken waard een vonnis van de Rechtbank Amsterdam van 30 december 1998.²⁰ Ook in deze zaak verschilden partijen van mening over de vraag of de uitkering uit hoofde van de ongevalverzekering in mindering moest worden gebracht op het uiteindelijk door de aansprakelijkheidsverzekeraar uit te keren schadebedrag. De schade was verschuldigd nu een inzittende van een voertuig als gevolg van een ongeval een hoge dwarslaesie had opgelopen. In herinnering roepend het arrest dat de Hoge Raad wees op 28 november 1969²¹, schaarde de rechtbank zich achter het

17. NJ 2008, 401.

18. LJN BJ5903.

19. NJ 2008, 401.

20. VR 1999, 81.

21. NJ 1970, 172

aldaar geformuleerde uitgangspunt dat geen rechtsregel meebrengt dat een dergelijke uitkering als een aan het slachtoffer opkomend voordeel op de aan hem te vergoeden schade in mindering moet worden gebracht. De door de aansprakelijkheidsverzekeraar bepleite voordeelstoerekening moet dan ook achterwege blijven, aldus de rechtbank. De omstandigheid dat het hier gaat om een collectieve verzekering waarvan de premie geheel door de werkgever is voldaan, leidt evenmin tot een ander oordeel.

4.2 Wel voordeelsverrekening

Aan de andere zijde van het spectrum geeft de jurisprudentie een ander beeld te zien. Zonder volledigheid te pretenderen is in dit verband het bespreken waard een viertal uitspraken van achtereenvolgens de Rechtbank Zutphen, en de Hoven Den Bosch, Arnhem en Amsterdam, waarin uitkeringen *wel* werden verrekend. De uitspraken worden chronologisch behandeld. In het vonnis van de Rechtbank Zutphen van 7 februari 2002 was het slachtoffer op 4 juli 1995 van achteren aangereken, terwijl hij voor een rood stoplicht stond te wachten. De aansprakelijkheidsverzekeraar van het achteroprijdend voertuig had aansprakelijkheid voor de gevolgen van het ongeval erkend.²² Met de aansprakelijkheidsverzekeraar is de rechtbank van oordeel dat bij de berekening van de inkomsten na het ongeval rekening moet worden gehouden met de door het slachtoffer zelf afgesloten verzekering ter dekking van het zogenoemde 'WAO-gat'. Immers, zo vervolgt de rechtbank, het WAO-gat is een gevolg van een wijziging in de WAO. Deze wijziging komt erop neer dat de looptijd van een WAO-uitkering korter is dan voordien. Men is dus eerder aangewezen op een uitkering op bijstandsniveau. Een verzekering van het WAO-gat voorkomt dit. De rechtbank²³ vervolgt dan:

'een verzekering ter dekking van het WAO gat vloeit in feite voort uit de (gewijzigde) WAO en de uitkering van de door (...) afgesloten verzekering dient dan ook te worden gezien als een vergoeding van inkomensschade ten gevolge van arbeidsongeschiktheid, waarbij de hoogte van de uitkering afhankelijk is van de omvang van de door (...) geleden schade. Bedoelde verzekering kan dan ook niet als sommenverzekering worden beschouwd.'

Gelet op het voorgaande komt het de rechtbank dan ook alleszins redelijk voor de betreffende uitkering bij wijze van voordeelstoerekening in mindering te doen strekken op de schadevergoedingsverplichting van de aansprakelijkheidsverzekeraar. Immers, in het andere geval, zo vervolgt de rechtbank, zou het slachtoffer meer schade vergoed krijgen dan door haar als gevolg van het ongeval is geleden. Die opvatting kan ik volgen. Dat ligt anders voor wat betreft het arrest van het Hof Den Bosch van 22 juli 2003.²⁴ Tijdens een motorcrosswedstrijd was een van de motorcrossers bij het oprijden van een in het parcours aangelegde springschans de macht over het stuur ver-

loren. Hij was buiten het parcours terechtgekomen, van het talud van de springschans afgerold en ernstig gewond geraakt. De vraag die, ook hier weer, aan de orde was, was of de door de betrokken motorsportorganisatie afgesloten sommenverzekering (in dit geval een ongevallenverzekering) in mindering moest worden gebracht op het aan het slachtoffer toekomende schadebedrag. Het hof meende van wel. Daarbij wijst het erop dat uit artikel 6:100 BW volgt dat een voordeel uit de sommenverzekering bij de vaststelling van de te vergoeden letselschade in rekening dient te worden gebracht, voor zover dat redelijk is. Het is de motorsportorganisatie geweest die de sommenverzekering heeft afgesloten en de premie daarvoor betaald heeft. Het hof acht het dan ook redelijk om het uit die verzekering aan het slachtoffer toekomende voordeel te verrekenen met de door hem geleden schade. Weliswaar kan aan het slachtoffer worden toegegeven dat de Hoge Raad heeft bepaald dat de uitkering krachtens de sommenverzekering bij letselschade niet voor voordeelstoerekening in aanmerking komt, maar, zo vervolgt het hof, daarbij mag evenwel niet uit het oog 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 had ook zelf de hoogte van het te verzekeren bedrag bepaald en de in verband daarmee verschuldigde premie voldaan. Daarvan was dus in dit geval geen sprake. Het slachtoffer had nog een beroep gedaan op de vonnissen van de Rechtbank Breda van 1 november 1994 en de Rechtbank Amsterdam van 30 december 1998.²⁵ Ook die vlieger ging niet op. Immers, in het bij de Rechtbank Breda aanhangige geding betrof het een aansprakelijk gestelde werkgever die ingevolge een cao ten behoeve van zijn werknemers een verzekering had afgesloten en daarvoor de premies betaalde. Het afsluiten van de verzekering was dus onderdeel van de arbeidsvoorwaarden ten behoeve van de werknemer, aldus het hof. De verwijzing naar het vonnis van de Rechtbank Amsterdam trof evenmin doel. Aldaar betrof het een derde, namelijk een niet-aansprakelijk gestelde werkgever die ten behoeve van zijn werknemers een ongevallenverzekering had afgesloten en daarvoor de premie betaalde. In beide gevallen ligt het, zo vervolgt het hof, minder voor de hand om de werknemer het verkregen voordeel uit zo'n verzekering in rekening te brengen. Zoals hierna nog zal blijken, ben ik het daar in zijn algemeenheid toch niet mee eens.

In de casus die leidde tot het arrest dat het Hof Amsterdam wees op 4 november 2008, had patiënt een hartoperatie ondergaan.²⁶ Tijdens de 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 ziekenhuis betoogde in de daarop

22. LJN AD 9173

23. LJN AD9173.

24. NJ 2004, 367.

25. VR 1999, 181.

26. 106.004.001 (n.g.).

tussen partijen volgende gerechtelijke procedure dat de uitkeringen uit hoofde van de AOV in mindering moesten worden gebracht op de door hem te betalen schadevergoeding, omdat sprake was van een schadeverzekering. De uitkeringen op basis van die verzekering doen de schade afnemen, aldus het ziekenhuis, dat betoogde dat de verzekeringspenningen 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 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 intreden van het verzekerde voorval, te weten arbeidsongeschiktheid, in gevaar kan komen, aldus het hof. Dat concludeerde dat dit betekent dat de verzekering moest worden aangemerkt als een schadeverzekering. Niet is in geschil, zo vervolgt het hof, dat uitkeringen krachtens schadeverzekeringen de schade doen verminderen en daarmee de aanspraak van de gelaedeerde op de laedens in zoverre tenietdoen. Dat betekent dat het hof aan de beoordeling van hetgeen patiënt had aangevoerd in het kader van de in artikel 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 3²⁷ en 17 oktober 2008, waarin hij de aldaar in het geding zijnde arbeidsongeschiktheidsverzekering beide keren aanmerkte als sommenverzekering, is er tot zover – voor wat betreft de voordeelsverrekening – niet zo heel veel nieuws onder de zon. In de casus die leidde tot het arrest dat het Hof Arnhem wees op 4 november 2008, kwam het hof evenwel via een andere weg tot dezelfde slotsom.²⁸ Erzekerde 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 schadever-

goeding waar benadeelde jegens verzekeraar aanspraak op kan maken.'

Tussen partijen 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 artikel 6:100 BW als voordeel in mindering te brengen. Het hof neemt daarbij in ogenschouw dat de verzekering bij arbeidsongeschiktheid van de verzekerde na verloop van de wachttijd van drie maanden een bedrag van maximaal f70.000 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 als werknemer in loondienst werkzaam is geweest, moet het ervoor worden gehouden dat hij bij eventuele arbeidsongeschiktheid zou zijn teruggevallen op een uitkering van de AAW, aldus nog steeds het hof. Aangezien dat een uitkering op minimumniveau zou zijn, kan de inkomensaanvulling waarin de in geding zijnde verzekering voorzag – 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 inkomenssterfval door arbeidsongeschiktheid op te vangen. Ook is de mate van arbeidsongeschiktheid – en daarmee tevens de omvang van de uitkering – onafhankelijk van de inkomensschade die is geleden. Anderzijds heeft te gelden dat uit de overgelegde polisvoorwaarden niet blijkt dat er een anticumulatieregeling 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 een schade- of een 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

27. NJ 2009, 80 m.nt. MMM. L.J.N. BF0006. Vgl. E.J. Wervelman, Over het karakter van particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen. Wat is het nu: een schade- of sommenverzekering?, NTHR 2009, p. 44-51.

28. RAV 2009, 6.

strekke op de door de aansprakelijke verzekeraar te betalen vergoeding van inkomensschade. Dat oordeel kon naar het oordeel van het hof niet in stand blijven.

5. Wat wordt de koers?

De vraag rijst welke koers de jurisprudentie zal gaan varen na het arrest van het Hof Arnhem van 4 november 2008.²⁹ Gelet op de twee arresten die de Hoge Raad op 3 oktober 2008 en 17 oktober 2008 heeft gewezen, zal veelal worden aangenomen dat veel lopende arbeidsongeschiktheidsverzekeringen sommenverzekeringen zijn.³⁰ Veel hangt in dat verband af van de vraag of aandacht is besteed aan het inkomen van verzekerde. Zowel bij het aangaan van de polis als tijdens de looptijd. In de casus die leidde tot het arrest van de Hoge Raad van 3 oktober 2008, had een directeur-groootaandeelhouder met ingang van 1 december 1987 een particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering afgesloten. De verzekering had ten doel uitkering te verlenen bij derving van inkomen door de verzekerde ten gevolge van zijn arbeidsongeschiktheid. Zoals gebruikelijk bij verzekeringen als deze, bedroeg de uitkering een percentage van het verzekerde bedrag, variërend van 30 tot 100% daarvan. Blijkens artikel 16 van de polis was verzekerde een van dag tot dag verkregen periodieke uitkering die per dag bij volledige arbeidsongeschiktheid het overeengekomen dagloon bedroeg. Ten slotte was in de polis neergelegd dat de uitkering eindigt per de dag dat verzekerde niet meer minstens 25% arbeidsongeschikt is. Op 30 juni 1996 overkwam verzekerde een motorongeval en liep hij ernstig knieletsel op. Nadien heeft hij zijn oude functie van directeur groothandel bouwproducten niet meer volledig uitgeoefend. Wel heeft hij na het ongeval inkomsten uit zijn vennootschappen ontvangen. Verzekeraar deed van 30 juni 1996 tot 1 januari 2002 in wisselende percentages uitkering uit hoofde van de particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering. Nadien niet meer. Daartoe stelde deze verzekeraar zich primair op het standpunt dat de verzekering moest worden aangemerkt als een sommenverzekering, gelet op de polisbladen. Die vermeldden het verzekerde bedrag en het jaarlijkse klimpercentage. Voorts was geen correctiebepaling opgenomen en heeft verzekeraar uit hoofde van de particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering ook nimmer naar zijn inkomensgegevens of zijn inkomensontwikkeling geïnformeerd. Verzekeraar betwistte dat en betoogde dat uit de strekking van de verzekering blijkt dat een schadeverzekering is overeengekomen. De verzekering strekte er immers toe om schade te vergoeden, te weten gedeerd inkomen, aldus verzekeraar. Gezien de nettoresultaten van de vennootschappen en het loon uit arbeid dat verzekerde genoot, werd verdere uitkering geweigerd. Er was immers geen sprake van inkomensderving. Rechtbank, hof en Hoge Raad deelden dat standpunt niet. De strekking van de polisvoorwaarden

vormde weliswaar aanwijzing dat verzekering beoogde schadeverzekering te zijn. Echter met in achtname van de polisvoorwaarden in hun geheel, mede bezien in samenhang met de offertes, moest de verzekering toch naar het oordeel van het hof (en later ook de Hoge Raad) als sommenverzekering worden aangemerkt. Naar zijn overtuiging kon voor verzekerde niet in voldoende mate duidelijk zijn dat de verzekering ertoe strekte slechts daadwerkelijk geleden schade als gevolg van arbeidsongeschiktheid te vergoeden. Daarbij nam het hof in aanmerking dat (1) de polisvoorwaarden geen correctiebepaling bevatten, (2) omvang van de uitkering uitsluitend is gekoppeld aan de mate van arbeidsongeschiktheid, en niet aan de hoogte van de inkomstenderving, (3) de mate van arbeidsongeschiktheid op zichzelf niets zegt over de hoogte van de schade, (4) uit de offertes niet bleek dat de hoogte van de uitkering op enigerlei wijze afhankelijk is gesteld van de omvang van de schade van de verzekerde als gevolg van zijn arbeidsongeschiktheid, (5) de verzekering rechtstreeks bij verzekeraar is afgesloten, en (6) het geen praktijk is dat deze verzekeraar informeerde naar de hoogte van de schade als gevolg van de arbeidsongeschiktheid. Verzekeraar had bovendien nimmer inkomensgegevens opgevraagd. Dat had voor de hand gelegen als de polis beoogd had schade te vergoeden, aldus het hof. Eender luidde de uitkomst van het arrest van de Hoge Raad van exact veertien dagen later.³¹ Een van de essentialia waarop het cassatiemiddel stukliep, was dat (ook) in deze zaak geen koppeling was aangebracht met het inkomen dat verzekerde verdiende. Dienaangaande achtte de A-G het oordeel van het hof dat dat aldus wees in de richting van een sommenverzekering, allerminst onbegrijpelijk. Dat maakt het antwoord op de vraag of, en zo ja, in hoeverre uitkeringen uit hoofde van een sommenverzekering als opkomend voordeel moeten worden verrekend, dus nog actueler.

Eerlijk gezegd zou het mij niet verbazen als de door het Hof Arnhem in zijn arrest van 4 november 2008 ingeslagen weg bijval gaat vinden.³² Vooral krachtens de particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen worden meer dan eens enkele tonnen uitgekeerd aan de verzekerde die daarnaast vergoeding vordert van verlies aan arbeidsvermogen van de aansprakelijkheidsverzekeraar. In de situatie dat het dan, in de woorden van het Hof Arnhem in zijn arrest van 4 november 2008, gaat om vergoeding van inkomensschade, ligt het mijns inziens inderdaad voor de hand dat die uitkering (uit hoofde van de particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering dus) in mindering wordt gebracht 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 artikel 6:100 BW. In die zin dat daarvan naar mijn overtuiging geen sprake is bij uitkeringen waarbij het 'onverschillig is of, en in hoeverre, met de uitkering schade wordt vergoed', zoals artikel 7:964 BW de sommenverzekering omschrijft. Dat geldt bijvoorbeeld voor ongevallenverzekeringen. Maar ook

29. RAV 2009, 6.

30. NJ 2009, 80. LJN BF0006. Het gaat steeds om de beoordeling van het specifieke geval. Zie HR 6 juni 2003, NJ 2004, 670, waarin de Hoge Raad oordeelde dat de aldaar in het geding zijnde arbeidsongeschiktheidsverzekering – vanwege de rol van het inkomen – te beschouwen was als schadeverzekering. Vgl. ook E.J. Wervelman, *De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering*, Deventer: Kluwer 2009, p. 27 e.v.

31. LJN BF0006. Het cassatiemiddel werd overigens verworpen op de voet van art. 81 Wet RO.

32. RAV 2009, 6.

voor sommige particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen waarvan de hoogte van het inkomen weliswaar bij het aangaan van de verzekering een richtsnoer is geweest ter bepaling van de hoogte van de verzekerde bedragen, maar verder niet. Die zeer ondergeschikte rol komt bijvoorbeeld tot uitdrukking in de beide casus die ten grondslag hebben gelegen aan de oktober-arresten van de Hoge Raad uit 2008. Dat geldt in nog sterkere mate voor polissen waarbij de doelomschrijving, te weten het doen van uitkering wegens derving van inkomen als gevolg van arbeidsongeschiktheid, ontbreekt. Dit uitgangspunt strookt naar mijn overtuiging ook met de vingerwijzing van de wetgever, die aangeeft door verrekening van de uitkeringen te willen beperken tot uitkeringen die ertoe strekken om inkomensvermindering op te vangen.³³ Met de opvatting van het Hof Den Bosch in zijn arrest van 22 juli 2003 ben ik het dan ook niet eens.³⁴ 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 beoogd is. Ik ben er dan ook groot voorstander van dat de rechter die verrekening uit hoofde van artikel 6:100 BW toestaat, dat onderscheid duidelijk in zijn beslissing naar voren laat komen.

Ondertussen kleven er vanzelfsprekend aan deze benadering wel de nodige bezwaren. De uiteindelijke schade wordt immers niet (geheel) gedragen door de aansprakelijke partij. Sommenverzekeraars subrogeren immers niet (art. 7:962 BW). Overigens is aan het wijzigen van het karakter van de verzekering heel wel een mouw te passen. Het staat verzekeraars immers vrij om de primaire dekkingsomvang te bepalen.³⁵ Het Hof Arnhem heeft verzekeraars reeds eind jaren negentig voorgelaten dat zij hun producten desgewenst tot schadeverzekering kunnen ombouwen.³⁶ Schadeverzekeraars subrogeren immers wel en kunnen dus de gedane uitkeringen vervolgens in beginsel wel op de aansprakelijke partij verhalen.

6. Rechtvaardigt verrekening restitutie van de premie?

De vraag die in het verlengde van het voorgaande opkomt, is of het redelijk is om, zo wordt besloten tot verrekening van een uit sommenverzekering verkregen voordeel, de premie die (soms jarenlang) door de verzekerde is voldaan, terug te laten betalen door de aansprakelijke. Het gaat daarbij (vanzelfsprekend afhankelijk van de hoogte van de verzekerde bedragen) zeker voor particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen vaak om zeer aanzienlijke bedragen, soms wel oplopend tot duizenden euro's per jaar. Zoals uit het hiernavolgende zal blijken, heeft de Hoge Raad zich over dit specifieke aspect tot op heden niet uitgelaten en wordt (ook) die vraag niet eenduidig in de lagere jurisprudentie beantwoord.

De betekenis van de verschuldigde premie in het licht van de voordeelstoerekening is recentelijk enkele keren onderwerp van debat in de rechtszaal geweest. In het hiernavolgende

bespreek ik een vonnis van de Rechtbank Arnhem van 7 juni 2006 en een vonnis van de Rechtbank Zwolle-Lelystad van 15 oktober 2008.³⁷ Voorts behandel ik twee arresten, te weten een van het Hof Arnhem van 4 november 2008³⁸ en het hiervoor reeds besproken arrest van het Hof Amsterdam van 4 november 2008. Bespreking van deze lagere jurisprudentie zal uitwijzen dat verschillend wordt gedacht over het antwoord op de vraag hoe met de in de loop der tijd voor de particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering voldane premie moet worden omgegaan, indien de uitkering uit hoofde van die verzekering bij wijze van voordeelsverrekening in aanmerking wordt genomen.

In het vonnis van de Rechtbank Arnhem van 7 juni 2006³⁹ achtte de rechtbank het redelijk van het toe te rekenen voordeel de premie af te trekken die verzekerde had betaald over het jaar waarin het risico zich verwezenlijkt had. Dat die premie was betaald ter afdekking van het algemene arbeidsongeschiktheidsrisico van verzekerde, deed daaraan naar de overtuiging van de rechtbank niet af. De arbeidsongeschiktheid was immers in haar optiek ontstaan doordat de verzekerde van de aansprakelijkheidsverzekeraar verzekerde had aangereden. Nu de aansprakelijkheidsverzekeraar in feite het voordeel van de uitkering uit de arbeidsongeschiktheidsverzekering ontvangt, achtte de rechtbank het redelijk dat hij ook het aan die verzekering verbonden nadeel draagt in de vorm van de premie voor het jaar waarin het risico zich heeft verwezenlijkt. Verzekerde had nog betoogd dat alle in de loop der jaren betaalde premies van het voordeel moesten worden afgetrokken. De rechtbank volgde haar daarin niet door als volgt te overwegen:⁴⁰

'Een arbeidsongeschiktheidsverzekering heeft immers als kenmerk dat de verzekeraar van jaar tot jaar het risico draagt dat de verzekerde arbeidsongeschikt zal worden, waar tegenover de verzekerde hem jaarlijks een premie betaald. De hoogte van de uitkering is niet gebaseerd op het aantal voorafgaande jaren dat premie is betaald. Over de jaren waarin verzekerde wel verzekerd is geweest, maar niet arbeidsongeschikt is geraakt, is de premie niet voor niets geweest: de verzekeraar heeft immers wel het verzekerde risico gedragen. In die zin heeft verzekerde van die premies dan ook voordeel gehad.'

In het jaar van het ongeval achtte de rechtbank echter redelijk dat de aansprakelijkheidsverzekeraar de kosten daarvan draagt, omdat hij voornamelijk, zij het indirect, van de verzekering geprofiteerd heeft.

In de zaak die leidde tot het vonnis van de Rechtbank Zwolle-Lelystad van 15 oktober 2008, was verzekerde op 26 mei 1999

33. Vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 1309.

34. NJ 2004, 367.

35. Vgl. HR 9 juni 2006, NJ 2006, 326; HR 16 mei 2008, NJ 2008, 284.

36. Vgl. Hof Arnhem 10 februari 1998, VR 1998, 174.

37. LJN AY0497. 132809/HA ZA 07-700 (n.g.).

38. RAV 2009, 6.

39. LJN AY0497.

40. LJN AY0497.

(ook) betrokken geweest bij een aanrijding.⁴¹ Daarbij was hij als bestuurder van een stilstaande auto aangereden door een personenauto die voor wettelijke aansprakelijkheid ingevolge de Wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen (WAM) verzekerd was. De aansprakelijkheidsverzekeraar van het voertuig erkende aansprakelijkheid, maar betoogde dat de uitkering die het slachtoffer ontving uit hoofde van een door hem afgesloten arbeidsongeschiktheidsverzekering, verrekend moest worden. De rechtbank ging daarin mee, met dien verstande dat de aansprakelijkheidsverzekeraar naar haar overtuiging niet diende te profiteren van de door verzekerde voor de particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering betaalde premie. Daarmee moest dan ook in de berekening ten faveure van verzekerde (gekapitaliseerd) rekening worden gehouden. De zaak werd vervolgens verwezen naar de rol om het slachtoffer nadere informatie te laten verstrekken over de door hem in de loop der tijd ontvangen uitkeringen en betaalde premies.

In het arrest van 4 november 2008 van het Hof Arnhem speelde dezelfde problematiek.⁴² Op 6 augustus 1996 was een bestuurder van een motorfiets letsel overkomen. Het ongeval was veroorzaakt door een automobilist die tegen wettelijke aansprakelijkheid was verzekerd en geen voorrang verleend had. Het slachtoffer liep bij het ongeval een dwarslaesie op en was sindsdien rolstoelgebonden. Het slachtoffer had een particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering. De aansprakelijkheidsverzekeraar betoogde dat de uit hoofde daarvan gedane uitkeringen bij wijze van voordeel verrekend moesten worden. Het hof ging daarin mee, maar merkte wel op dat: 'de door benadeelde betaalde verzekeringspremies met dit voordeel verrekend moeten worden'.

In zijn arrest van (ook) 4 november 2008 wil het Hof Amsterdam van restitutie van de verschuldigde premie echter niet weten. In die zaak was vanaf 1987 tot 1 juli 1998, toen de verzekering in verband met arbeidsongeschiktheid premievrij was geworden, premie betaald. Het hof overwoog dat:⁴³

'Verzekerde zou deze premies ook hebben betaald als de kunstfout zich niet had voorgedaan, wat betekent dat het causaal verband tussen de kunstfout en het betalen van de premies ontbreekt. Bovendien is verzekerde op grond van de verzekering verzekerd geweest voor – onder meer – arbeidsongeschiktheid ten gevolge van welke oorzaak dan ook. Bij deze stand van zaken is er geen grond de betaalde premies in de becijfering van het door verzekerde geleden verlies aan arbeidsvermogen te betrekken.'

Op zichzelf is het juist dat artikel 6:100 BW causaal verband eist ten aanzien van het opkomen van het voordeel. Die eis geldt echter niet ten aanzien van de daarmee voor betrokkene gemoeide kosten. Of daarmee al dan niet rekening moet worden gehouden, is een kwestie van redelijkheid. Elk antwoord is

dus in meer of mindere mate arbitrair. Het Hof Amsterdam betreft de redelijkheid in haar geheel niet in zijn oordeel. Andere rechters doen dat, zoals uit het voorgaande blijkt, wel. Aldus bezien geeft de jurisprudentie een wisselend beeld te zien. Indien men die vraag dan bevestigend beantwoordt, is een direct daaropvolgende vraag vanaf wanneer de betaalde premies dan in aanmerking zouden dienen te worden genomen. Vanaf het begin van de polis? Zou dat bijvoorbeeld te rechtvaardigen zijn, indien de verzekerde nog nooit een beroep op de polis heeft gedaan, anders dan in het kader van het ongeval waarvoor dus de uitgekeerde verzekeringspenningen vervolgens als opkomend voordeel worden verrekend? Naar vaststaat heeft de polis dan uitsluitend gediend ten faveure van (uiteindelijk) de aansprakelijke verzekerder. In algehele terugbetaling van de (in veel gevallen vaak jarenlange) betaalde premie kan ik mij niet vinden. Ik ben geneigd om meer aansluiting te zoeken bij de opvatting van de Rechtbank Arnhem, die in haar vonnis van 7 juni 2006 uitgaat van een jaar premierestitutie.⁴⁴

Men zou zich overigens nog kunnen afvragen of in dit verband een beroep op artikel 6:96 BW kans van slagen zou hebben. Een dergelijk beroep zou dan aldus dienen te luiden, dat de premiebetaling gezien dient te worden als kosten van schadebeperking. Daarbij geldt de eis van causaal verband. Causaal verband tussen het feit dat die polis van kracht is en het eventement waarvoor een derde aansprakelijk is, ontbreekt evenwel. Uit de zogenoemde RTM-arresten van de Hoge Raad komt echter naar voren dat ook kosten van maatregelen vooraf onder omstandigheden kunnen worden beschouwd als kosten van schadebeperking.⁴⁵ In de casus die leidden tot die arresten, ging het om inzetten van reservematerieel als een tijdelijke vervanging van trams die beschadigd waren door de schuld van derden en daardoor geen dienst konden doen. De Rotterdamse Tramwegmaatschappij (RTM) hield, wijs geworden door haar vele ervaringen uit het verleden, reservematerieel achter de hand dat bij aanrijdingen direct kon worden ingezet om verdere stagnatie in het reizigersvervoer (en daardoor omzetting) te voorkomen. De kosten van de periode van vervanging van die trams door reservematerieel dienden door de aansprakelijke partij te worden vergoed, aldus de Hoge Raad. Hij achtte dat redelijk, omdat de RTM die kosten maakte in verband met de dreiging van door derden te veroorzaken schade en RTM die kosten niet zou maken als zodanige schade niet zou dreigen. RTM had die maatregelen slechts getroffen om de schade tot een minimum te beperken. Ware het zeker dat geen aanrijdingen door schuld van derden zouden plaatsvin-

41. 132809/HA ZA 07-700 (n.g.).

42. RAV 2009, 6.

43. RAV 2009, 6.

44. Bedenk bij dit alles dat verzekerde die een uitkering ontvangt uit hoofde van de particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering, voor dat percentage ook doorgaans premievrijstelling geniet. In ieder geval gaan de meeste polisvoorwaarden daarvan uit na een jaar uitkering.

45. HR 31 maart 1950, NJ 1950, 592; HR 4 oktober 1957, NJ 1958, 12; HR 31 oktober 1958, NJ 1959, 29. Zie over deze arresten ook: H.P.J. Ophof, De problematiek van de schadebeperkende maatregelen door middel van reservematerieel en de abstracte schaderegeling, WPNR 5105, p. 523-525.

den, dan had RTM om die reden geen reservematerieel hoeven aan te houden.

In zijn arrest van 23 september 1988 heeft de Hoge Raad bevestigd dat zodanige kosten voor vergoeding in aanmerking kunnen komen.⁴⁶ Enkele kwekers hadden maatregelen getroffen ter beperking of voorkoming van schade. Die maatregelen bestonden uit waterbufferbassins en een grondwaterbron met hydrofoorinstallatie en bassin met het oog op zowel een hoge natuurlijke zoutbelasting van het boezemwater als, en daarom ging het, de niet verwaarloosbaar kleine belasting van de voortdurende onrechtmatige zoutlozingen van bedrijven in de Rijn. Dat laatste nu had zich concreet voorgedaan. De daarmee gepaard gaande kosten⁴⁷ kwamen volgens de Hoge Raad voor rekening van de veroorzaker van de lozing door als volgt te overwegen:

‘Nu evenbedoelde maatregelen zijn genomen en in stand gehouden met het oog op de totale zoutbelasting en derhalve mede met het oog op de schade die als gevolg van de voortdurende onrechtmatige lozingen viel te verwachten, zodat het niet gaat om maatregelen die los van concreet onrechtmatig handelen ter voorkoming van schade zijn genomen, is hierbij niet van belang of de maatregelen ook zijn genomen en in stand gehouden indien geen sprake zou zijn geweest van de onrechtmatige zoutlozingen.’

Dat is precies de reden waarom de uitkomst van deze procedures naar mijn oordeel niet toepasbaar is op verrekening van uit hoofde van de arbeidsongeschiktheidsverzekering voldane premies. Niet kan immers worden gezegd dat verzekerde de polis met het oog op een mogelijk dergelijke situatie heeft afgesloten. Zelfs niet ‘mede’ met het oog daarop. Zoals we hiervoor hebben gezien, ontbreekt elk causaal verband daartussen nu juist. Het gaat er dan ook alleen om of men van oordeel is dat uit het oogpunt van redelijkheid met de betaalde premie rekening moet worden gehouden.

Bij gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid uit hoofde van de particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering ligt het overigens nog gecompliceerder. Daar is immers, afhankelijk van het arbeidsongeschiktheidspercentage, sprake van een bepaalde bij verzekerde bestaande restcapaciteit. Ook daar kan het redelijk zijn om de resterende premie te verdisconteren. Wel acht ik van belang om goed in de gaten te houden of de uitkering uit hoofde van de particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering alleen voortvloeit uit het ongeval. Stel dat verzekerde immers tevoren reeds gedeeltelijk arbeidsongeschikt was en uit dien hoofde een gedeeltelijke uitkering ontving, dan gaat de vlieger van de voordeelsverrekening immers voor dat deel niet op. De

schade en het voordeel vloeien dan immers niet voort uit dezelfde gebeurtenis.^{48,49}

7. Slotconclusie

Bij letselschade mag ter vaststelling van de te vergoeden schade rekening worden gehouden met uitkeringen uit hoofde van particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen die inkomensschade vergoeden. Vooral uit wethistorisch oogpunt is te bepleiten dat een uitkering uit hoofde van een particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering met een zodanig ‘karakter’ in mindering wordt gebracht op het van de aansprakelijke partij gevorderde verlies van arbeidsvermogen. Daar ligt mijns inziens dan ook direct wel de begrenzing van de mogelijkheden tot verrekening in de zin van artikel 6:100 BW. In die zin dat dergelijke uitkeringen niet mogen worden verrekend indien het ‘onverschillig is of, en in hoeverre, met de uitkering schade wordt vergoed’, zoals artikel 7:964 BW de sommenverzekering omschrijft. Dat geldt bijvoorbeeld voor ongevalverzekeringen. Maar dat geldt ook voor diverse in omloop zijnde particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen. Weliswaar is de hoogte van het inkomen bij het aangaan van vele particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen in zekere zin een richtsnoer ter bepaling van de hoogte van de verzekerde bedragen, maar meer ook echt niet.⁵⁰ Het is dan ook in dergelijke situaties ten eerste de vraag of men wel toekomt aan de voor de voordeelsverrekening noodzakelijke eis van inkomensvervangende.

46. NJ 1989, 743.

47. Welke kosten dan precies uit dien hoofde voor vergoeding in aanmerking komen, blijkt uit het arrest overigens verder niet, omdat de zaak daarvoor werd verwezen naar de schadestaatprocedure.

48. Vgl. HR 10 juli 2009, LJN BI3402; HR 11 februari 2000, NJ 2000, 275; en HR 29 september 2000, NJ 2001, 105. Zie ook: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-11* 2009, nr. 100.

49. Een complicerende factor bij dit alles kan overigens zijn dat verzekerde de premies heeft afgetrokken van de verschuldigde inkomstenbelasting. Dat is dan evenzeer een component waarmee bij een en ander rekening gehouden moet worden. In zijn arrest van 19 mei 1995, NJ 1995, 531 heeft de Hoge Raad immers overwogen dat al naar gelang de aard van de schade ook met fiscale voor- en nadelen rekening dient te worden gehouden bij de vaststelling van de schadevergoeding (vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 2009, nr. 102).

50. Zie bijv. de casus die leidden tot HR 3 oktober 2008, NJ 2009, 80 m.nt. MMM en HR 17 oktober 2008, LJN BF0006.