

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 inkomensschade 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 inkomensschade 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 verrekenende 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 inkomensschade 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 arbeidsongeschiktheidsverzekeraar 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 verzekeraar 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 verzekeraars 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.

Aansprakelijkheid voortvloeiend uit goed werkgeverschap: een onverzekerbbaar ondernemersrisico?

Art. 7:611 BW

Aansprakelijkheid voortvloeiend uit goed werkgeverschap (art. 7:611 BW) is een *hot item*. De grenzen van deze aansprakelijkheidsgrond zijn de laatste jaren sterk verruimd en het eind van deze ontwikkeling lijkt nog niet in zicht. Het is dan ook niet verwonderlijk dat dit onderwerp de nodige pennen in beweging heeft gebracht. De aandacht heeft zich daarbij vooral gericht op de omvang en invulling van het goed werkgeverschap, evenals de inhoud van de voor verkeersongevallen aangenomen verzekeringsplicht. Veel minder aandacht is echter besteed aan de gevolgen voor de werkgever, indien aansprakelijkheid uit hoofde van art. 7:611 BW eenmaal is aangenomen. Een belangrijke vraag in dit kader is of de werkgever de financiële gevolgen van deze aansprakelijkheid kan claimen onder zijn AVB-polis.

Aan de hand van twee - tegenstrijdige - uitspraken uit de lagere rechtspraak zal op deze problematiek worden ingegaan. Steeds vaker hanteren AVB-verzekeraars een expliciete uitsluiting van aansprakelijkheid voortvloeiend uit goed werkgeverschap. Echter, ook zonder een dergelijke uitsluiting is het de vraag of deze aansprakelijkheid onder de AVB-polis gedekt is. Onderzocht zal worden of het daarbij verschil maakt op welke wijze het begrip 'goed werkgeverschap' is ingevuld. Tot slot zal worden gekeken of de nadelige gevolgen van deze aansprakelijkheid ook langs andere weg kunnen worden ondervangen. Twee mogelijkheden zullen in dat kader worden belicht, waarna zal worden afgesloten met een conclusie.

Wel dekking onder de AVB-polis: Rechtbank Amsterdam 21 april 2004¹ (niet gepubliceerd)

Een werknemer van een koeriersbedrijf wordt door een derde ingeleend om als chauffeur koeriersdiensten te verrichten. Hij maakt daarbij gebruik van een door de derde geleasede en ter beschikking gestelde bestelbus. Door slechte weersomstandigheden verliest de chauffeur de macht over het stuur en veroorzaakt een ernstig verkeersongeval. Hij spreekt vervolgens zijn formele werkgever (het koeriersbedrijf) aan voor de door hem geleden schade. Ten tijde van het ongeval was de bus WAM verzekerd, maar er was geen schadeverzekering inzittenden (SVI) afgesloten. Wel was het koeriersbedrijf verzekerd onder een AVB-polis en het koeriersbedrijf roept in dat kader zijn verzekeraar in vrijwaring op. In de polisvoorwaarden is een uitsluiting voor motorrijtuigrisico opgenomen

Mr. M. Oudenaarden
Kennedy Van der Laan
Advocaten



waarvan de werking wordt beperkt door een niet-eigenaren verzekering, de zogenoemde *non - owners liability* clause.

In de hoofdzaak wijst de rechtbank de vordering van de chauffeur toe op grond van art. 7:611 jo. 6:248 BW, onder verwijzing naar het arrest Vonk/Van der Hoeven². In de vrijwaringsprocedure zijn twee onderwerpen in geschil, namelijk de vraag of schade op grond van goed werkgeverschap onder de AVB-polis verzekerd is en de reikwijdte van de non-owners liability clause. De AVB-verzekeraar stelt zich op het standpunt niet tot uitkering gehouden te zijn, nu de AVB-polis slechts dekking beoogt te bieden indien de chauffeur door toedoen of nalaten van het koeriersbedrijf schade heeft geleden, bijvoorbeeld indien het koeriersbedrijf zijn zorgplicht ex 7:658 BW zou hebben geschonden, wat in casu niet het geval is. Aansprakelijkheid voortvloeiend uit goed werkgeverschap en/of redelijkheid en billijkheid is slechts een aanvulling van hetgeen de arbeidsovereenkomst met zich brengt, waartegen een AVB-polis naar zijn aard geen dekking biedt, aldus de verzekeraar. De in de non-owners liability clause bedoelde schade zou bovendien slechts zien op schade aan derden en dus niet aan de ondergeschikte zelf.

De rechtbank gaat niet mee in het betoog van de verzekeraar en oordeelt dat ten aanzien van de dekking die een aansprakelijkheidsverzekering biedt, geen onderscheid gemaakt kan worden tussen aansprakelijkheid uit hoofde van art. 7:658 BW en aansprakelijkheid gebaseerd op goed werkgeverschap en/of redelijkheid en billijkheid. Beide grondslagen leiden tot aansprakelijkheid van de werkgever

voor ongevalschade van de werknemer, zodat niet zonder specifieke uitsluiting ervan geoordeeld kan worden dat een op laatstgenoemde grondslag gebaseerde verplichting tot vergoeding van schade niet gedekt wordt door een aansprakelijkheidsverzekering. Ten aanzien van de non-owners liability clause is de rechtbank van oordeel dat uit de polisvoorwaarden niet zonder meer blijkt dat de verzekeraar bedoeld heeft schade die de ondergeschikte zelf lijdt uit te sluiten. Het had op de weg van de verzekeraar gelegen een dergelijke uitsluiting in duidelijke bewoordingen op te nemen in de door haar gehanteerde voorwaarden. Vanuit de achtergrond dat het motorrijtuigrisico voor de algemene aansprakelijkheidsverzekering een relatief hoog risico vormt en dientengevolge in een specifieke motorrijtuigpolis is ondergebracht, mocht het koeriersbedrijf er redelijkerwijs van uitgaan en mocht de AVB-verzekeraar redelijkerwijs niet anders van hem verwachten, dat de uitsluiting van de AVB-polis aansluit bij de dekking van de WAM-polis. De (financiële) gevolgen voor de werkgever wegens het niet hebben afgesloten van een behoorlijke verzekering voor zijn werknemer zijn zodoende gedekt onder de AVB-polis.

Geen dekking onder de AVB-polis - Rechtbank Den Haag 4 februari 2009, LJN BH2587

In deze zaak gaat het om een werknemer van de Onderlinge Levensverzekeringsmaatschappij 's-Gravenhage U.A. (de Onderlinge), die in de uitoefening van zijn werkzaamheden betrokken raakt bij een verkeersongeval, terwijl hij in zijn eigen auto rijdt. Hij kan geen andere verkeersdeelnemers aansprakelijk stellen voor de gevolgen van het ongeval. De werknemer, noch zijn werkgever, had een SVI afgesloten. Wel was de Onderlinge ten tijde van het ongeval verzekerd onder een AVB-polis. Deze verzekering geeft, binnen de grenzen van de polisvoorwaarden, dekking tegen aansprakelijkheid voor schade aan personen en zaken. De Onderlinge heeft, kort nadat zij zelf aansprakelijk was gesteld voor de gevolgen van het ongeval, tegenover haar AVB-verzekeraar een beroep gedaan op voormelde polis. De verzekeraar heeft de Onderlinge vervolgens bijgestaan in de procedure tegen de werknemer. Aanvankelijk heeft de werknemer zich beroepen op art. 7:658 BW. Op enig later moment heeft hij zich tevens beroepen op goed werkgeverschap ex 7:611 jo. 6:248 BW. De kantonrechter wijst de vordering van de werknemer toe op grond van art. 7:658 BW. De verzekeraar is tegen dit vonnis in hoger beroep gekomen, waarna het hof het vonnis van de kantonrechter heeft bekrachtigd met verbetering van gronden. Het hof oordeelt dat art. 7:658 BW in onderhavig geval toepassing mist, maar komt toch tot aansprakelijkheid van de Onderlinge langs de weg van art. 7:611 BW. Nu de Onderlinge voor haar werknemer geen adequate voorziening had getroffen voor ongevallen in het verkeer, noch hem had gewaarschuwd dat een dergelijke voorziening ontbrak en dat hij zelf daarvoor moest zorgen, heeft de Onderlinge naar het oordeel van het hof haar verplichting als goed werkgever geschonden.

op grond van art. 7:611 BW (en niet 7:658 BW), weigert de verzekeraar - daartoe aangesproken door de Onderlinge - uitkering te doen onder de AVB-polis. In het daaropvolgend geschil oordeelt de rechtbank dat uit het arrest van het hof onmiskenbaar blijkt dat de aansprakelijkheid van de Onderlinge op één specifieke grond berust, te weten de schending van haar verplichting zich als goed werkgever te gedragen. De door het hof vastgestelde aansprakelijkheid betreft dus alleen de daardoor ontstane schade. De vraag die de rechtbank zich gesteld ziet is of de schade, die de Onderlinge aan haar werknemer moet vergoeden, is aan te merken als 'schade aan personen' in de zin van de polisvoorwaarden. Zoals blijkt uit het arrest van het hof moet de Onderlinge niet (rechtstreeks) de ongevalschade vergoeden, maar de schade die de werknemer heeft geleden doordat zij voor hem geen adequate voorziening had getroffen noch hem ter zake had gewaarschuwd. Volgens de rechtbank is deze schade geen 'schade aan een persoon' en kan daarmee ook niet op één lijn worden gesteld. Hieraan doet niet af dat de beide schadebedragen even hoog kunnen uitvallen. Expliciet oordeelt de rechtbank dat aansprakelijkheid van een werkgever op grond van (door het hof buiten toepassing gestelde) art. 7:658 BW van andere aard is dan aansprakelijkheid op grond van art. 7:611 jo. 6:248 BW. Bij de eerstbedoelde aansprakelijkheid gaat het om vergoeding van letselschade en daarmee om schade in de zin van de polisvoorwaarden, bij de laatstbedoelde aansprakelijkheid louter om het misen van een verzekeringsuitkering. Voor deze vorm van aansprakelijkheid biedt de AVB-polis geen dekking, aldus de rechtbank.

Uitsluiting goed werkgeverschap onder AVB-polis

Of aansprakelijkheid voortvloeiend uit goed werkgeverschap is verzekerd onder de AVB-polis, zal in de eerste plaats afhangen van de betreffende polisredactie. Veel AVB-polisvoorwaarden kennen een uitsluiting van aansprakelijkheid op grond van goed werkgeverschap en/of redelijkheid en billijkheid. Achterliggende gedachte is dat AVB-verzekeraars slechts secundaire, indirecte verplichtingen plegen te verzekeren. De vergoedingsverplichting uit hoofde van goed werkgeverschap zou eerder een primaire, directe verplichting zijn, waarvan de grondslag niet is gelegen in het aansprakelijkheidsrecht, maar die rechtstreeks voortvloeit uit de arbeidsovereenkomst zelf³. Tegen een dergelijke vergoedingsverplichting beoogt de AVB-polis naar de mening van verzekeraars geen dekking te bieden⁴.

Wenst een AVB-verzekeraar aansprakelijkheid voortvloeiend uit goed werkgeverschap daadwerkelijk van de polis uit te sluiten, dan zal hij dat wel met duidelijke bewoordingen moeten doen. De uitleg van de eenzijdig door de verzekeraar opgestelde polisvoorwaarden wordt immers in de eerste plaats bepaald door de zin die de wederpartij aan de inhoud redelijkerwijs mocht toekennen en wat de verzekeraar te dien aanzien van hem redelijkerwijs mocht verwachten⁵. Daar waar zich een dekkingsgeschil voordoet, zal de rechter bovendien snel geneigd zijn eventuele gaten in de polisvoorwaarden in het voordeel van de ver-

zekerde uit te leggen, onder toepassing van de contra proferentemregel van art. 6:238 lid 2 BW⁶.

Wat indien geen expliciete uitsluiting?

Echter ook indien aansprakelijkheid voortvloeiend uit goed werkgeverschap niet expliciet van dekking is uitgesloten, rijst de vraag of de werkgever de gevolgen van deze aansprakelijkheid onder zijn AVB-polis kan claimen. Uit de hiervoor besproken uitspraken van de Rechtbanken Amsterdam en Den Haag volgt dat deze vraag ook in de rechtspraak niet eenduidig wordt beantwoord. De Rechtbank Amsterdam lijkt aansprakelijkheid uit art. 7:658 en 7:611 BW over één kam te scheren. Beide grondslagen leiden tot aansprakelijkheid van de werkgever voor ongevalschade van de werknemer, zodat zonder specifieke uitsluiting ervan aansprakelijkheid wegens het vervullen van goed werkgeverschap gedekt is onder de AVB-polis. De Rechtbank Den Haag gaat minder kort door de bocht en oordeelt dat beide aansprakelijkheidsgronden wel degelijk van elkaar verschillen. Bij aansprakelijkheid uit art. 7:658 BW gaat het om vergoeding van ongevalschade, bij aansprakelijkheid uit art. 7:611 BW om het missen van een verzekeringsuitkering. Gelet op het beperkte schadebegrip in de AVB-polis (alleen letselschade en zaakschade wordt gedekt), biedt de AVB-polis voor laatstgenoemde vorm van aansprakelijkheid geen dekking, aldus de rechtbank.

In beide hiervoor genoemde uitspraken ging het om een door een werknemer overkomen verkeersongeval en werd de werkgever uit hoofde van goed werkgeverschap aansprakelijk gehouden wegens het ontbreken van een behoorlijke verzekering. Dat voor wat betreft de risico's van het verkeer een verzekeringsplicht is aangenomen, betekent echter niet dat de verplichting uit goed werkgeverschap niet ook op andere wijze kan worden ingevuld. De Hoge Raad heeft immers geoordeeld dat de inhoud van deze verplichting telkens aan de hand van de omstandigheden van het geval moet worden bepaald⁷. In de sfeer van de gevaarlijke bedrijfsuitjes lijkt dan ook voor een andere invulling van het goed werkgeverschap te zijn gekozen. In het Rollerskatearrest⁸ heeft de Hoge Raad onlangs geoordeeld dat op de werkgever een op eisen van goed werkgeverschap gebaseerde zorg- en preventieplicht rust. Schending van die plicht leidt tot aansprakelijkheid voor de schadelijke gevolgen van het ongeval. Deze plicht lijkt verder te gaan en is van andere aard dan de verzekeringsplicht bij verkeersongevallen. Ook de omvang van aansprakelijkheid verschilt. Waar schending van de verzekeringsplicht ertoe leidt dat de werkgever 'slechts' aansprakelijk is voor het bedrag dat een behoorlijke verzekering zou hebben uitgekeerd, lijkt de Hoge Raad bij schending van deze zorg- en preventieplicht volledige aansprakelijkheid als uitgangspunt te nemen⁹.

Men kan zich afvragen of deze verschillende 'smaken' van goed werkgeverschap van invloed zijn op de vraag of de daaruit voortvloeiende aansprakelijkheid is gedekt onder de AVB-polis. Immers, schending van de hiervoor genoemde zorg- en preventieplicht lijkt tot volledige aan-

sprakelijkheid voor de schadelijke gevolgen van het ongeval te leiden. Zowel het karakter van deze aansprakelijkheid (preventie) als de te vergoeden schade (de volledige ongevalschade) vertoont grote gelijkenis met de vergoedingsverplichting uit hoofde van art. 7:658 BW, waarvoor wél dekking onder de AVB-polis bestaat. Was deze vorm van aansprakelijkheid uit goed werkgeverschap onderwerp van geschil geweest, dan had het oordeel van de Rechtbank Den Haag misschien anders geluid.

Verzekeringsplicht onderdeel zorgplicht art. 7:658 BW?

Zoals hiervoor aangegeven heeft de Hoge Raad de verplichtingen uit goed werkgeverschap, in ieder geval wat het verkeersrisico betreft, ingevuld met een verzekeringsplicht. Men kan zich echter afvragen of dit verzekeringsaspect ook een rol speelt bij de beoordeling of de werkgever aan zijn zorgplicht ex 7:658 BW heeft voldaan. Deze vraag is niet zonder betekenis. Immers, wanneer het afsluiten van een behoorlijke verzekering inderdaad als onderdeel van de zorgplicht ex 7:658 BW kan worden beschouwd, betekent dit dat de werkgever, indien hij daarin is tekortgeschoten, zijn schade alsnog op zijn AVB-polis zou kunnen claimen, ook al is aansprakelijkheid op grond van art. 7:611 BW uitgesloten. In de literatuur is eerder op deze mogelijkheid gewezen¹⁰, onder verwijzing naar enkele aanknopingspunten in de rechtspraak die een dergelijke ruime lezing van art. 7:658 BW lijken te onderbouwen¹¹. In een recente uitspraak van het Hof Amsterdam lijkt deze mogelijkheid echter voor het eerst expliciet te worden erkend¹². In dit arrest, dat qua feitencomplex bijzondere gelijkenis vertoont met het arrest Vonk/Van der Hoeven, beschouwt het hof het niet afsluiten van een behoorlijke verzekering expliciet als een van de redenen om aan te nemen dat de werkgever de op hem rustende zorgplicht heeft geschonden: *“Door van X te verlangen dat hij samen met zijn naaste collega alsmede de twee werknemers van Licotec, na afloop van een werkdag, waarbij het aantal gewerkte uren de maximumduur hadden overschreden, in het door Licotec ter beschikking gestelde busje in het drukke gemotoriseerde verkeer met alle risico's van dien naar Didam zou rijden, is Licotec tekort geschoten in haar zorgplicht. Dit geldt temeer nu zij heeft nagelaten ten behoeve van X als bestuurder een deugdelijke verzekering af te sluiten.”*

Het is echter zeer de vraag of de werkgever langs deze weg de financiële gevolgen wegens het ontbreken van een behoorlijke verzekering, ondanks een expliciete uitsluiting van 7:611-aansprakelijkheid, alsnog onder zijn AVB-polis kan claimen. Zoals we hiervoor hebben gezien wordt de dekking (mede) bepaald door het in de polis gebezigde schadebegrip. Door de verzekeringsplicht onder de zorgplicht van art. 7:658 BW te brengen wordt art. 7:611 BW weliswaar buitenspel gezet, maar het karakter van de schade verandert daarmee niet. De op de werkgever rustende vergoedingsverplichting wegens het ontbreken van een behoorlijke verzekering lijkt immers niet te zien op vergoeding van ongevalschade. Alleen al hierop lijkt deze

mogelijkheid stuk te lopen. Daarnaast bestaat er ook een meer fundamenteel bezwaar om de verzekeringsplicht onder de zorgplicht van art. 7:658 BW te brengen. De ratio van art. 7:658 BW lijkt zich tegen een dergelijke uitleg te verzetten. De in dit artikel geformuleerde zorgplicht ziet op het voorkomen van ongevallen. Een verzekering voorkomt geen ongevallen, maar ziet enkel op het vergoeden van schade nadat een ongeval heeft plaatsgevonden¹³. Ofschoon Spier in zijn conclusie bij het arrest Stichting Maatzorg De Werven/Verpleeghulp¹⁴ nog best sympathie lijkt te hebben voor een dergelijk ruime uitleg van art. 7:658 BW, voegt hij daaraan toe dat het evident nooit de bedoeling van de wetgever is geweest om de zorgplicht van art. 7:658 BW op dusdanige wijze in te vullen. Bovendien is deze uitleg moeilijk te verenigen met het door de Hoge Raad aangebrachte onderscheid tussen art. 7:658 en 7:611 BW. De zorgplicht van de werkgever houdt immers nauw verband met zijn zeggenschap over de werkplek en zijn bevoegdheid zijn werknemer aanwijzingen te geven ter zake van de (wijze van) uitoefening van diens werkzaamheden¹⁵. De verzekeringsplicht is nu juist in het leven geroepen voor die situaties die buiten de zeggenschap van de werkgever vallen.

Men moet zich realiseren dat dit aanhaken bij art. 7:658 BW alleen een rol speelt voor die gevallen waarin het goed werkgeverschap is ingevuld met een verzekeringsplicht. Voor andere activiteiten met een verhoogd risico, zoals gevaarlijke bedrijfsuitjes, lijkt al een soort van zorgplicht te bestaan. In het eerder genoemde Rollerskatearrest heeft de Hoge Raad immers geoordeeld dat er bij dergelijke activiteiten op de werkgever een op eisen van goed werkgeverschap gebaseerde zorg- en preventieplicht rust. In hoeverre deze 7:611-zorgplicht op één lijn kan worden gesteld met de 7:685-zorgplicht is vooralsnog onduidelijk.

Dekking onder aparte polis?

Een andere mogelijkheid om de aansprakelijkheid wegens het vervullen van goed werkgeverschap onder een verzekering te brengen is door het afsluiten van een specifieke 7:611-polis. Veel verzekeraars hebben naar aanleiding van het arrest Vonk/Van der Hoeven een bijzondere aansprakelijkheidsverzekering ontwikkeld die onder de naam 'werkgeversaansprakelijkheidsverzekering inzake bestuurders van motorrijtuigen' (WEGAM) wordt aangeboden. Deze aansprakelijkheidsverzekering is ontwikkeld om het gat te dichten tussen de AVB-polis (geen dekking motorrijtuigrisico) en de WAM-polis (geen dekking schade bestuurder). De verzekering dekt de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de verzekeringnemer in zijn hoedanigheid van werkgever voor, niet door een (andere) verzekering gedekte, schade die zijn werknemers kunnen lijden doordat zij in de uitoefening van hun werkzaamheden bij een ongeval betrokken raken terwijl zij een motorrijtuig besturen, tot ten hoogste het op het polisblad genoemde bedrag per gebeurtenis. De dekking geldt eveneens indien sprake is van vervoer dat plaatsvindt krachtens verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst en in het kader van de door de werkgever uit te voeren werkzaamheden¹⁶.

Zoals gezegd is deze verzekering ontworpen op het moment dat aansprakelijkheid wegens het vervullen van goed werkgeverschap voor verkeersongevallen weliswaar was aangenomen, maar over de omvang van de schadevergoedingsverplichting nog onduidelijkheid bestond. Aanvankelijk was de gedachte, dat art. 7:611 BW een volledige schadevergoedingsverplichting inhield indien de werkgever was tekortgeschoten in zijn verzekeringsplicht. Dit verklaart ook de enigszins opmerkelijke polisredactie van deze verzekering. Hoewel dit product voor wat betreft het motorrijtuigrisico de werkgever een bruikbaar middel kan bieden om de niet onder de AVB-polis gedekte 7:611-aansprakelijkheid te verzekeren, mag de praktische waarde van deze verzekering niet worden overschat. Juist voor dit motorrijtuigrisico bestaan er inmiddels voldoende geschikte first-party verzekeringen die de werkgever ten behoeve van zijn werknemers kan afsluiten, waarmee aan aansprakelijk voortvloeiend uit goed werkgeverschap kan worden ontkomen¹⁷. Voor andere risico's waarvoor een verzekeringsplicht is aangenomen, zoals het ongemotoriseerd verkeersrisico (fietsers en voetgangers), zijn dergelijke verzekeringsproducten nog niet (of nauwelijks) voorhanden. Voor die gevallen biedt deze verzekering dan ook in beginsel geen soelaas¹⁸. Bovendien is het zeer de vraag of deze verzekering (in aangepaste vorm) ooit het niveau zal halen van een algemene aansprakelijkheidsverzekering voor goed werkgeverschap. Daarvoor lijken de risico's, gelet op de (mogelijk nog) verdere uitdijning van art. 7:611 BW, simpelweg te groot en onzeker¹⁹.

Slotsom

Aansprakelijkheid wegens het vervullen van goed werkgeverschap is en blijft lastige materie. Dat geldt niet alleen voor de omvang en invulling van het goed werkgeverschap, maar ook voor de gevolgen daarvan voor de werkgever. De werkgever die de financiële gevolgen van deze aansprakelijkheid onder zijn AVB-polis denkt te kunnen claimen, komt veelal bedrogen uit. Verzekeraars plegen aansprakelijkheid voortvloeiend uit goed werkgeverschap steeds vaker onder de AVB-polis uit te sluiten. De thans te signaleren uitdijning van deze aansprakelijkheid draagt daar zeker aan bij. Maar ook indien 7:611-aansprakelijkheid niet expliciet onder de AVB-polis is uitgesloten, is dekking niet vanzelfsprekend, zo leert de hier besproken uitspraak van de rechtbank 's-Gravenhage.

Kan de werkgever dan nog langs andere weg zijn aansprakelijkheid wegens het vervullen van goed werkgeverschap verzekeren? Het koppelen van de verzekeringsplicht aan de zorgplicht van art. 7:658 BW lijkt niet verenigbaar met het preventieve karakter van dit artikel. Bovendien stuit een dergelijke 'sluiproute' vaak alsnog op het in de AVB-polis gehanteerde schadebegrip. Voor wat betreft het motorrijtuigrisico bestaat er tot slot een specifieke verzekering voor aansprakelijkheid uit hoofde van art. 7:611 BW. Gelet op het nauw omschreven dekkingsbereik (alleen gemotoriseerde verkeersongevallen) lijkt de praktische waarde van deze verzekering echter beperkt. Voor die gevallen waarin het goed werkgeverschap is inge-

vuld met een verzekeringsplicht kan het voor de werkgever relatief eenvoudig zijn aan aansprakelijkheid te ontkomen, namelijk door het afsluiten van een behoorlijke verzekering. Dan moet een dergelijke verzekering echter wel voorhanden zijn. Voor het ongemotoriseerd verkeersrisico (fietsers en voetgangers), maar ook voor de risico's die mogelijk in de toekomst onder de reikwijdte van art. 7:611 BW zullen worden gebracht (klassieke arbeidsongevallen en beroepsziekten), bestaat een dergelijke verzekering nog niet. Daar waar het goed werkgeverschap anderszins is ingevuld, bijvoorbeeld door het aannemen van een

zorg- en preventieplicht, lijkt van de werkgever zelfs nog meer te worden verwacht. Hoe de werkgever ook in die gevallen aan zijn aansprakelijkheid kan ontkomen is nog onvoldoende duidelijk. Wellicht dat verzekeraars op den duur met een product komen met een specifieke dekking voor aansprakelijkheid voortvloeiend uit goed werkgeverschap. Of een dergelijk product er zal komen is mede afhankelijk van de verdere ontwikkelingen in de rechtspraak. Tot die tijd lijkt aansprakelijkheid op grond van goed werkgeverschap inderdaad een onverzekerbaar ondernemersrisico.

¹ Nieuwsbrief Personenschade 2009, p. 8-14. Deze uitspraak is eerder in dit bulletin besproken, zie C. Visser, "Non-owners liability en artikel 7:611 BW", PIV-Bulletin 2006, p. 10-13.

² HR 12 januari 2001, NJ 2001, 253 (Vonk/Van der Hoeven).

³ C. Visser, "Non-owners liability en artikel 7:611 BW", PIV-Bulletin 2006, p. 12.

⁴ In gelijke zin: H.C.A.M. Mulders, "Goed werkgeverschap, wat is dat eigenlijk?", De Beursbengel 2006, p. 28-29. Anders: J.H. Wansink, De algemene aansprakelijkheidsverzekering, Deventer: Kluwer 2006, p. 13-14.

⁵ J.H. Wansink, De algemene aansprakelijkheidsverzekering, Deventer: Kluwer 2006, p. 14. Vergelijk HR 10 oktober 2003, NJ 2004, 22 voor wat betreft de spiegelbeelddekking van AVB en WAM.

⁶ Daarbij zij opgemerkt dat een uitleg contra proferentem in beginsel alleen effect sorteert in geval van een consumentenovereenkomst, terwijl de meeste AVB-polissen 'zakelijk' plegen te worden afgesloten. In de hiervoor besproken uitspraak van de Rechtbank Amsterdam vormde dit echter geen beletsel om de polisvoorwaarden in het voordeel van het koeriersbedrijf uit te leggen. Of de omstandigheid dat het hier om een eenmanszaak ging daarbij een rol speelde, is niet uit de uitspraak af te leiden.

⁷ HR 22 januari 1999, NJ 1999, 534 (Stichting Reclassering/S).

⁸ HR 17 april 2009, LJN BH1996.

⁹ Men kan zich afvragen of het niet zuiverder was geweest deze zaak op grond van art. 7:658 BW te beslechten. Ook J. Spier lijkt deze mening te zijn toegedaan. Gelet op de in cassatie aangevoerde middelen was de Hoge Raad echter genoodzaakt het pad van art. 7:611 BW te volgen. Dit verklaart misschien waarom de invulling van het goed werkgeverschap hier zoveel gelijkenis vertoont met de zorgplicht ex art. 7:658 BW.

¹⁰ A.R. Houweling in zijn noot bij HR 1 februari 2008, JA 2008, 53 (Kooiker/Taxicentrale Nijverdal).

¹¹ Zie bijvoorbeeld Rechtbank Maastricht 18 oktober 2001, JAR 2002, 95 waarin de rechtbank oordeelde dat de enkele omstandigheid dat

de werkgever geen SVI voor de werknemer had afgesloten, nog niet met zich brengt dat reeds daarom sprake is van een schending van de zorgplicht ex art. 7:658 BW.

¹² Hof Arnhem 23 september 2008, JA 2009, 74, m.nt. P. Oskam.

¹³ A.R. Houweling in zijn noot bij HR 1 februari 2008, JA 2008, 53 en eerder in gelijke zin in "Het verzekeringsaspect bij werkgeversaansprakelijkheid voor verkeersongevallen", SMA 2007, p. 263. Zie ook T. van Nieuwstadt, "Werkgeversaansprakelijkheid voor ongevallen in het schemergebied tussen werkdag en privé: licht aan het einde van de (verkeers)tunnel?", AR 2008, p. 9. en P. Kruit & M. Trouwborst, "De ontwikkelingen in de werkgeversaansprakelijkheid voor verkeersongevallen 2008: een stap op weg naar een nieuw aansprakelijkheidsregime?", TAP 2009, p. 59.

¹⁴ J. Spier, conclusie bij HR 12 december 2008, JAR 2009, 15 (Stichting Maatzorg De Werven/Verpleeghulp), r.o. 4.6.

¹⁵ HR 22 januari 1999, NJ 1999, 534 (Stichting Reclassering/S).

¹⁶ Zie bijvoorbeeld http://www.polisvoorwaardenonline.nl/docs/polisvoorwaarden/turien_co/schade_zakelijk/varia/polisvoorwaarden_wegas.pdf

¹⁷ Zie voor een overzicht van de bestaande verzekeringsmogelijkheden W.J. Hengeveld & Y.M.M. van Eck, "Verzekeringsplicht krachtens art. 7:611 BW?", AV&S 2008, p. 202-209, in het bijzonder p. 208 e.v.

¹⁸ Wellicht dat dit probleem nog kan worden ondervangen door de verzekering breder te redigeren, zie J.N. Potharst, "Wat is de reikwijdte van de verzekeringsplicht van de werkgever bij verkeersongevallen?", PIV-Bulletin 2009, 1, p. 8.

¹⁹ J. Spier heeft eerder wel voor een algemene directe schadeverzekering voor werknemers gepleit, die dekking zou moeten bieden voor ongevallen in werkverband. Deze verzekering is echter van andere aard dan de WEGAM. De door A-G Spier geopperde variant heeft het karakter van een pure first-party verzekering, terwijl de hier omschreven WEGAM moet worden aangemerkt als een third-party verzekering (die echter ten behoeve van de werknemers wordt afgesloten).

Aansprakelijkheid wegens schending van de zorgplicht ex art. 7:611 BW

HR 17 april 2009, KJN BH1996



Mr. Chr.H. van Dijk
Kennedy Van der Laan Advocaten

In het Nederlands Juristenblad van 1 mei 2009¹ werd de President van de Hoge Raad G.J.M. Corstens geïnterviewd. Hij noemt werkgeversaansprakelijkheid als voorbeeld waarbij de Hoge Raad een overzicht geeft van de stand van de rechtspraak. Vooral in het arrest Maatzorg van 12 december 2008² zet de Hoge Raad het systeem voor werkgeversaansprakelijkheid uiteen zoals hij dat in de loop der jaren in de jurisprudentie heeft opgebouwd.

Kort samengevat ziet dit bouwwerk er als volgt uit³:

Art. 7:658 BW

- Bij de beantwoording van de vraag of de werkgever in de gegeven omstandigheden aan zijn zorgplicht heeft voldaan, geldt als uitgangspunt dat de omvang ervan in de eerste plaats en in elk geval wordt bepaald door wat op grond van de regelgeving op het terrein van de arbeidsomstandigheden van de werkgever wordt gevergd. De wetgever heeft voor ogen gestaan dat er materieel geen onderscheid is tussen de civielrechtelijke zorgplicht enerzijds en de zorgplicht “voor de veiligheid en de gezondheid van de werknemers inzake alle met het werk verbonden aspecten” van art. 3 lid 1 Arbeidsomstandighedenwet anderzijds;
- Van een absolute waarborg voor de bescherming van de werknemer tegen het gevaar van arbeidsongevallen is geen sprake; ook niet ten aanzien van werknemers die werk doen met bijzondere risico's voor ongevallen. Wel gaat het om een ruime zorgplicht waarvan niet snel kan worden aangenomen dat de werkgever daaraan heeft voldaan;
- Het in art. 7:658 BW geformuleerde criterium “in de uitoefening van zijn werkzaamheden” is eveneens ruim. Het

omvat niet alleen de arbeidsplaats in de zin van iedere plaats die in verband met het verrichten van arbeid wordt of pleegt te worden gebruikt. Ook als geen sprake is van een arbeidsplaats in die zin, zoals de openbare weg, kan de zorgplicht van art. 7:658 BW meebrengen dat de werkgever ten aanzien van de uitoefening van de werkzaamheden maatregelen treft en aanwijzingen geeft om zoveel mogelijk te voorkomen dat de werknemer schade lijdt;

- Als de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden deelneemt aan het verkeer, kan de omvang van de zorgplicht van de werkgever slechts beperkt zijn. Dit hangt samen met het gegeven dat de werkgever daar in beginsel geen zeggenschap heeft, geen veiligheidsmaatregelen kan treffen en evenmin met het geven van aanwijzingen effectieve invloed kan uitoefenen op de veiligheid.

Art. 7:611 BW (Goed werkgeverschap)

- Mede vanwege de bijzondere gevaren die aan deelneming aan het wegverkeer voor werknemers zijn verbonden en het gegeven dat zij bij schade veelal geen beroep zullen kunnen doen op de bescherming van art. 7:658 BW, is de werkgever - uit hoofde van zijn in art. 7:611 BW neergelegde verplichting zich als een goed werkgever te gedragen - gehouden zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering van werknemers wier werkzaamheden ertoe kunnen leiden dat zij als bestuurder van een motorvoertuig betrokken raken bij een verkeersongeval. Wat een behoorlijke verzekering is, moet van geval tot geval aan de hand van alle omstandigheden worden vastgesteld. Aan deze verplichting kan ook worden voldaan door de werknemer financieel in staat te stellen zelf voor een behoorlijke verzekering zorg te dragen. Indien de werkgever tekort schiet in deze verplichtingen, is hij jegens de werknemer aansprakelijk voor de daaruit voortvloeiende schade;
- Voor fietsende werknemers in het verkeer geldt voorstaande regeling eveneens. Op voorwaarde dat bij het ongeval een voertuig is betrokken, is dat ook het geval voor lopende werknemers;
- Deze regeling geldt tenslotte ook voor verkeersongevallen die niet plaatsvinden op de openbare weg maar op het terrein waarover de werkgever zeggenschap heeft, voor zover de werkgever voor die schade niet al aansprakelijk is op grond van art. 7:658 BW. Op grond van de arbeidsomstandighedenwet is de werkgever immers verplicht ervoor te zorgen dat verbindingswegen op de arbeidsplaats zodanig zijn gelegen en ingericht dat zij

veilig door voetgangers en voertuigen of transportmid- delen kunnen worden gebruikt.

Aan dit in ‘Maatzorg’⁴ geschetste bouwwerk kan nog wor- den toegevoegd dat de werkgever onder bijzondere omstandigheden op de voet van art. 7:611 BW aansprake- lijk kan zijn voor een ongeval dat de werknemer privé overkomt. Deze (grote) uitzondering kan zich voordoen als sprake is van een aan de werkgever “*bekend, specifiek en ernstig gevaar*” zonder dat hij daar voldoende tegen doet. Gedacht kan worden aan een de werkgever bekend gevaar dat samenhangt met het werk, zoals dreigend geweld tegen de werknemer. Verder wijs ik nog op het KLM arrest⁵ van de Hoge Raad waar sprake was van een ‘bijzonder risico’ in een situatie die een zodanige samen- hang vertoonde met het werk dat de werkgever op de voet van art. 7:611 BW aansprakelijk was. Tijdens een wachttijd tussen heen- en terugvlucht overkwam de piloot in Ivoorkust in een taxi een verkeersongeval.

Het vorenstaande laat onverlet dat het bouwwerk van werkgeversaansprakelijkheid niet af is en nog diverse ‘witte’ vlekken en onduidelijkheden kent. Onder meer valt te wijzen op de toepasselijkheid van art. 7:658 lid 4 BW, waarin nogal algemeen staat dat “*hij die in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf arbeid laat verrichten door een persoon met wie hij geen arbeidsovereenkomst heeft*” over- eenkomstig de eerste drie leden aansprakelijk is voor de schade die deze persoon in de uitoefening van de werk- zaamheden lijdt. Over de uitleg van dit artikellid bestaat nog weinig richtinggevende jurisprudentie.

Met het hieronder te bespreken arrest van 17 april 2009⁶ vult de Hoge Raad weer een nieuw stukje van de puzzel in. Zoals zal blijken, kan ook sprake zijn van volledige aan- sprakelijkheid - dus niet alleen tot de hoogte van een behoorlijke verzekering - van de werkgever voor alle scha- de op de voet van art. 7:611 BW. Dat is het geval als de werkgever *wel* een verwijt kan worden gemaakt maar art. 7:658 BW niet toepasselijk is. Onderstaand zal ik allereerst ingaan op de uitspraak van de Hoge Raad van 17 april 2009 waaruit dit blijkt en op de gevolgen daarvan. Aangezien de setting van deze uitspraak een personeels- uitje/feestje is, de uitspraak enkele belangrijke overwegin- gen te dien aanzien kent, en op dat gebied nog veel ondui- delijkheid in de rechtspraak bestaat, zal ik vervolgens kort de stand van zaken over de aansprakelijkheid voor bedrijfsuitjes aangeven. Ik sluit af met een aantal conclu- sies.

Hoge Raad 17 april 2009

De werkgever van de werknemster waar het in deze uit- spraak om gaat, de rechtsvoorgangster van M/V Communicatie, organiseerde ongeveer eenmaal per kwar- taal op vrijdagmiddag, na werktijd, een ontspanningsacti- viteit voor haar medewerkers. Om de beurt werd deze activiteit door de (vijftien) personeelsleden zelf voorge- steld. Hun plannen werden ter goedkeuring aan de direc- teur van de werkgever voorgelegd. Voor de personeels-

leden die niet bij de organisatie betrokken waren was het elke keer weer een verrassing welke festiviteit op het pro- gramma stond. Ook op de datum van het ongeval, vrijdag 1 februari 2002, was sprake van een festiviteit, waarvan de organisatie door de werkgever was uitbesteed aan M/V Events. Onderdeel van de festiviteit was de workshop dan- sen op rollerskates. De rollerskates waren rolschaatsen met vier - twee dubbele - wielen onder aan een vaste schoen. Voor de workshop werd gebruik gemaakt van de diensten van twee professionele rollerskaters die werkzaam waren bij Groovy Company. De rolschaatsen werden door de werkgever zelf gehuurd bij Skate Vondel. De les zelf vond plaats in de marmeren kantoorhal van de werkgever. De kantoorhal was ovaal en ongeveer 7 x 10 meter groot. Toen de werknemster op genoemde vrijdag om 17.30 uur aankwam bij het kantoorpand van de werkgever heeft zij rolschaatsen aangedaan. Er waren al enkele werknemers aan het rolschaatsen maar de les was nog niet begonnen. De medewerkers van Groovy Company waren nog bezig met het plaatsen van de muziekinstallatie. Nadat de werk- neemster enkele meters op de rolschaatsen had gereden, viel zij en brak zij haar linkerpols. Later heeft zich een posttraumatische dystrofie ontwikkeld. Ten tijde van het ongeval was de werknemster 47 jaar oud. Sinds haar kin- dertijd had zij niet meer op rolschaatsen gestaan.

De vraag die voorlag was of de werkgever op de voet van art. 7:658 BW of 7:611 BW aansprakelijk was voor het de werknemster overkomen ongeval. Nadat de kantonrech- ter de vordering had afgewezen, wees het hof deze toe op de subsidiaire grondslag van art. 7:611 BW. Van aanspra- kelijkheid op de voet van art. 7:658 BW was naar het oor- deel van het hof geen sprake, omdat het ongeval de werk- neemster niet in de uitoefening van de werkzaamheden zou zijn overkomen. Het hof overwoog:

“4.8 (...) Hoewel de band tussen de door [verweerster] te verrichten - administratieve - werkzaamheden en de work- shop ontbreekt en niet aangenomen kan worden dat [ver- weerster] verplicht was om daaraan deel te nemen, was de workshop wel aan het werk gerelateerd. Het ging immers om een personeelsactiviteit die gehouden werd in de hal van het kantoor van M/V Communicatie. Verder had M/V Communicatie de activiteit (mede) georganiseerd en had zij, dan wel M/V Events namens haar, de professionele roller- skaters van Groovy Company ingehuurd en de rolschaatsen gehuurd. Anders dan M/V Communicatie heeft betoogd, is het rolschaatsen op een marmeren vloer (die, zoals van alge- mene bekendheid is, glad en hard is) - zonder voldoende houvast - een risicovolle bezigheid, zeker als tevoren geen beschermingsmiddelen, zoals knie- en polsbeschermers, wor- den uitgereikt en geen rolschaatsinstructie is gegeven. Hoewel rolschaatsen vier (twee dubbele) wielen hebben, kan niet worden volgehouden dat het valgevaar daardoor beperkt is. Dat risico is, naar van algemene bekendheid is, juist aan- zienlijk, zeker voor mensen op middelbare leeftijd die in geen jaren aan rolschaatsen hebben gedaan, zoals [verweerster]. Daaraan doet niet af dat bij een valpartij doorgaans de gevolgen niet zo ernstig zijn. [Verweerster] heeft onweerspro- ken gesteld dat zij bij binnenkomst in het kantoor van M/V

Communicatie een paar rolschaatsen kreeg overhandigd en dat de twee medewerkers van Groovy Company doende waren de geluidsinstallatie te plaatsen. M/V Communicatie heeft aangevoerd dat zij erop mocht vertrouwen dat de medewerkers van Groovy Company als professionals geen activiteiten zouden organiseren die (evident) gevaarlijk zijn, maar uit de feiten volgt dat die medewerkers hebben toegelaten, althans niet hebben voorkomen dat iemand als [verweerster] zonder instructie en zonder beschermingsmiddelen is gaan rolschaatsen in de hal. Dat dient voor rekening van M/V Communicatie, die bij de organisatie van de workshop gebruik heeft gemaakt van de hulp van Groovy Company, te komen. [Verweerster] heeft verder gesteld dat Groovy Company niet beschikte over een aansprakelijkheidsverzekering. M/V Communicatie heeft dat weliswaar betwist, maar zij heeft geen bewijs van die verzekering bijgebracht, wat wel op haar weg lag, nu zij Groovy Company had ingeschakeld. Het hof gaat er dan ook van uit dat een dergelijke polis niet is afgesloten. Vast staat dat zij haar werknemers niet heeft gewezen op het ontbreken van deze verzekering.

4.9 Het hof acht het hiervoor weergegeven nalaten van M/V Communicatie in strijd met wat van een goed werkgever mag worden verwacht. M/V Communicatie heeft onvoldoende gedaan om haar werknemers te beschermen tegen het gevaar van vallen tijdens de workshop en om dekking te bieden tegen de door hen als gevolg van een val geleden schade. M/V Communicatie heeft nog tegengeworpen dat [verweerster] zich op elk moment had kunnen onttrekken aan de workshop, althans aan het rolschaatsen. Dat disculpeert haar echter niet. Het gaat er om of, wanneer een werknemer besluit aan het rolschaatsen deel te nemen, M/V Communicatie voldoende heeft gedaan om deze te beschermen tegen de risico's van vallen met alle gevolgen van dien. Die vraag moet gelet op het voorgaande ontkennend worden beantwoord.”

Van dit oordeel gaat de werkgever in cassatie. De Hoge Raad stelt uitdrukkelijk voorop dat het hof de vordering op de voet van art. 7:658 BW van de werkneemster heeft afgewezen omdat, volgens het hof, een voldoende nauwe band tussen de uitoefening van de door haar te verrichten werkzaamheden en de festiviteiten ontbrak. Daarom kan het oordeel van de Hoge Raad naar zijn oordeel niet meer uitmonden in aansprakelijkheid van de werkgever op de voet van art. 7:658 BW. Dit neemt niet weg dat de Hoge Raad van mening is dat de aansprakelijkheid inderdaad op art. 7:611 BW kan worden gegrond. Hij oordeelt:

“3.5. Evenwel kan een werkgever ook aansprakelijk zijn voor de schadelijke gevolgen van een aan zijn werknemer buiten de uitoefening van diens werkzaamheden overkomen ongeval, indien die schade (mede) is ontstaan doordat de werkgever, beoordeeld naar de bijzondere omstandigheden van het geval, zich niet overeenkomstig art. 7:611 BW heeft gedragen als een goed werkgever. Daarbij geldt dat een werkgever die voor zijn personeel een activiteit organiseert of doet organiseren waaraan een bijzonder risico op schade voor de deelnemende werknemers verbonden is, uit hoofde van de eisen van goed werkgeverschap gehouden is de ter voorkoming van die schade redelijkerwijs van hem te verlangen

zorg te betrachten. Anders dan het geval is bij toepasselijkheid van art. 7:658, gelden dan geen bijzondere regels omtrent bewijslastverdeling en eigen schuld van de werknemer.

3.6 Gelet op het voorgaande heeft het hof met inachtneming van de in de rov. 4.8 en 4.9 van zijn arrest vermelde omstandigheden zeer wel kunnen oordelen dat een zodanige samenhang bestaat tussen de activiteit in het kader waarvan het ongeval plaatsvond en de arbeidsovereenkomst, dat ten aanzien van die activiteit voor M/VC een op eisen van goed werkgeverschap gebaseerde zorg- en preventieplicht bestond die zij niet is nagekomen, zodat schending van die plicht tot haar aansprakelijkheid leidt voor de schadelijke gevolgen van het ongeval op de voet van art. 7:611 in verbinding met art. 6:74 BW. Dat oordeel is ook voldoende gemotiveerd. De klacht stuit hierop af.”

Gevolgen van het arrest van 17 april 2009

In deze uitspraak oordeelt de Hoge Raad dat voor de werkgever onder bijzondere omstandigheden een op eisen van goed werkgeverschap gebaseerde zorg- en preventieplicht - kan bestaan, ook buiten de uitoefening van de werkzaamheden. Schending van deze plicht leidt tot aansprakelijkheid “voor de schadelijke gevolgen” van een aan een werknemer overkomen ongeval. Anders dan wanneer een werknemer in de uitoefening van de werkzaamheden een ongeval overkomt in het verkeer waarbij het ontstaan van het ongeval niet komt door het schenden van een zorgplicht door de werkgever, maar diens aansprakelijkheid is gebaseerd op schending van een ‘verzekeringplicht’, dient hier dus vanwege schending van een ‘zorg- en preventieplicht’ door de werkgever de *volledige* schade te worden vergoed.

Er bestaat nog een ander belangrijk onderscheid tussen de vergoedingsplicht bij aansprakelijkheid op de voet van art. 7:611 BW bij schending van de verzekeringsplicht met betrekking tot het verkeer tijdens het werk, en met schending van een zorg- en preventieplicht buiten de uitoefening van de werkzaamheden. Voor het eerstgenoemde geval dient een werkgever een behoorlijke verzekering af te sluiten die alleen geen dekking hoeft te verlenen voor schade die het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer. In het laatstgenoemde geval, dus indien sprake is van een schending van een zorg- en preventieplicht buiten het verkeer en buiten het werk, kan de werkgever wel een beroep doen op eigen schuld van de werknemer. Voorts gelden voor het vaststellen van het schenden van de zorg- en preventieplicht niet de specifieke regels betreffende bewijslastverdeling zoals deze bij toepasselijkheid van art. 7:658 BW wel gelden. In beginsel zal het bewijs van de zorg- en preventieplichtschending in de zin van art. 7:611 BW dus op de werknemer rusten. Het gaat hier dus om een nieuw hoofdstukje van werkgeversaansprakelijkheid voor schade van de werknemer buiten uitoefening van zijn werkzaamheden. Daarvan kan slechts sprake zijn bij bijzondere omstandigheden. Dat deze in de onderhavige zaak aanwezig zijn behoeft niet heel erg te verrassen. Het evenement vond in het kantoor-

pand plaats, was mede door de werkgever georganiseerd en er was een relevante band met het werk.

Bedrijfsuitjes of -feestjes

In de uitspraak van 17 april 2009 overweegt de Hoge Raad *“dat een werkgever die voor zijn personeel een activiteit organiseert of doet organiseren waaraan een bijzonder risico op schade voor de deelnemende werknemers verbonden is uit hoofde van de eisen van goed werkgeverschap, gehouden is de ter voorkoming van die schade redelijkerwijs van hem te verlangen zorg te betrachten”*. Deze overweging is van belang voor de beoordeling van de aansprakelijkheid voor ongevallen bij personeelsuitjes of -feestjes, teambuildings-bijeenkomsten, survivaltochten en dergelijke. Regelmatig is sprake van uitjes met een bijzonder risico. In die gevallen zal een werkgever dus niet snel kunnen volstaan met het enkele uitbesteden van de organisatie. Een bekend voorbeeld uit de jurisprudentie is de ballonvaart die KPMG voor zijn werknemers liet organiseren. De rechtbank in Amsterdam⁷ nam geen aansprakelijkheid aan op de voet van art. 7:658 BW maar wel op de grond van art. 7:611 BW. Vanwege het bijzondere risico werd KPMG aansprakelijk gehouden voor het bij deze ballonvaart door een werknemer opgelopen letsel. Deze lijn volgt de Hoge Raad nu dus ook in zijn uitspraak van 17 april 2009.

Met de uitspraak van de Hoge Raad is zeker niet alle onduidelijkheid rond de aansprakelijkheid bij bedrijfsuitjes- of feestjes opgelost⁸.

Soms neemt de lagere rechter art. 7:658 BW als grondslag voor aansprakelijkheid van de werkgever, ook indien het uitje is georganiseerd door een door hem ingehuurde derde. Zo nam de Rechtbank Utrecht⁹ aansprakelijkheid op grond van 7:658 BW aan van een werkgever voor door een werknemer overkomen letsel tijdens een door een derde georganiseerde terreinrit met een landrover. De zorgplicht was geschonden omdat geen veiligheidsgordels aanwezig waren. Er bestond, aldus de rechter, een voldoende nauw verband tussen deze na een vergadering op een doordeweekse dag georganiseerde terreinrit en de door de werknemer te verrichten werkzaamheden. Dat deelname aan de terreinrit niet verplicht was oordeelde de rechtbank als niet relevant¹⁰. In een geval van door een derde in opdracht van de werkgever georganiseerde spelactiviteit nam de Rechtbank Amsterdam juist geen aansprakelijkheid op grond van 7:658 aan. Zij achtte voor haar oordeel relevant dat de werknemer buiten werktijd op een zaterdag vrijwillig deelnam aan een recreatieve activiteit. De derde die het evenement organiseerde kon volgens de rechter niet worden aangemerkt als hulppersoon van de werkgever in de zin van art. 6:76 BW¹¹. De vraag die hier achter steekt is of de derde nog behoort tot de kring van de personen wier hulp wordt gebruikt bij de uitvoering van verbintenissen uit de arbeids-overeenkomst. Daarbij speelt dat de Hoge Raad in een arrest uit 2002¹² op basis van de parlementaire geschiedenis heeft uitgemaakt dat de kring van personen van wie de hulp wordt gebruikt bij de uitvoering van een verbintenis waarvan de aansprakelijkheid in het geding is niet ruim mag worden getrokken.

Met Hartlief¹³ ben ik geneigd bij bedrijfsuitjes vrij snel te denken aan art. 7:658 BW als toetsingskader. Uiteraard zal veel afhangen van de omstandigheden van het geval. Relevant is bijvoorbeeld wie de organisatie in handen heeft en of de werkgever het materiaal en/of documentatie ter beschikking heeft gesteld. Minder relevant lijkt te zijn of sprake is van verplichte activiteiten, zeker als de werkgever er belang bij heeft dat de werknemer daarbij aanwezig is^{14 15}.

In ieder geval zal veelal sprake zijn van een gevoelde sociale verplichting. Als grens waarbij art. 7:658 BW in beginsel niet aan de orde zal komen noemt Hartlief het feestje dat door personeelsleden buiten werktijd wordt georganiseerd en waarbij de werkgever niet meer heeft gedaan dan zijn accommodatie ter beschikking stellen¹⁶.

Er lijkt wat voor te zeggen om voor toepasselijkheid van art. 7:658 BW te kijken naar de criteria die de Hoge Raad¹⁷ heeft geformuleerd voor de aansprakelijkheid van de werkgever op de voet van art. 6:170 BW voor de schade door werknemers toegebracht aan derden. In zijn arrest van 9 november 2007 stelt de Hoge Raad voor toepasselijkheid van art. 6:170 BW en beoordeling van de voor toepasselijkheid van de ingevolge dat artikel vereiste ‘functionele samenhang’ dat alle omstandigheden van het geval relevant zijn. Als gezichtspunten noemt hij niet limitatief:

- (a) het tijdstip waarop;
- (b) de plaats waar de betreffende activiteit is verricht;
- (c) de aard van die gedraging;
- (d) de eventueel door of ingevolge de dienstbetrekking voor het maken van de fout geschapen gelegenheid; en
- (e) de aan de werknemer ter beschikking gestelde middelen.

Uitdrukkelijk oordeelt de Hoge Raad dat het feit dat de werknemer geen morele plicht heeft aanwezig te zijn niet in de weg hoeft te staan aan toepasselijkheid van art. 6:170 BW. Ook Spier¹⁸ vindt genoemde gezichtspunten relevant voor de beoordeling van de ‘uitoefening van de werkzaamheden’ in art. 7:658 BW.

Wat hier ook van zij, enige duidelijkheid heeft de Hoge Raad in het arrest van 17 april 2009 geschapen voor letsel tijdens bedrijfsuitjes, namelijk in het geval dat sprake is van een bijzonder risico.

Conclusie

Met de uitspraak van de Hoge Raad van 17 april 2009 bouwt hij voort op het systeem van aansprakelijkheid van de werkgever ten opzichte van zijn werknemer, zoals hij dat heeft samengevat in het ‘Maatzorgarrest’. Ook bij niet toepasselijkheid van art. 7:658 BW kan de werkgever buiten het verkeer onder bijzondere omstandigheden aansprakelijk zijn wegens schending van een zorgplicht op de voet van art. 7:611 BW. Dat is het geval bij schending van een zorg- en preventieplicht zoals waarvan in dit arrest sprake was. Behoudens eigen schuld zal de werkgever dan de volledige schade van de werknemer hebben te vergoe-

den. In zijn conclusie bij het arrest van de Hoge Raad zet de A-G Spier¹⁹ uiteen dat aansprakelijkheid op de voet van art. 7:658 BW in deze zaak zeer wel had kunnen (en moeten) worden aangenomen. Hij wijst er op dat het ongeval op de werkvloer plaatsvond en dat er een voldoende relevante band was met het werk om aan te mogen nemen dat de schade was opgelopen in de uitoefening van de werkzaamheden. Vanwege de vooropstelling van de Hoge Raad - dat in de stand waarin hij de zaak kreeg te beoordelen art. 7:658 BW een gepasseerd station was - is het zeker niet uit te sluiten dat de Hoge Raad de mening van Spier deelt maar vindt dat hij cassatietechnisch geen ruimte heeft om dit te beslissen.

Zoals al aangegeven is het bouwwerk voor werkgeversaansprakelijkheid verre van af en kent het niet heel erg duidelijke en scherpe grenzen. Ook is sprake van problemen bij de toepassing ervan in de praktijk. Anderzijds moet wel bedacht worden dat in de rechtspraak meestal de grensgevallen aan de orde zullen komen die uit de aard der zaak een dubbeltje op zijn kant zijn. Deze gepubliceerde rechtspraak geeft een vertekend beeld. In de meeste gevallen is aan de hand van de richtlijnen die de Hoge Raad geeft wel

degelijk een gefundeerd oordeel te geven. Toch is de vraag gerechtvaardigd of het huidige systeem niet aanpassing behoeft. Het huidige systeem leidt ertoe er toe dat in vergelijkbare situaties de werknemer buiten de werkplek op de voet van art. 7:611 BW te hulp wordt geschoten en op de werkplek als in beginsel slechts art. 7:658 BW toepassing vindt, bot vangt^{20,21}. In zijn conclusie voor het arrest Maatzorg²² heeft Spier daarom de suggestie gedaan om art. 7:611 BW voor nieuwe schadegevallen te verheffen tot algemene basis waarop de aansprakelijkheid zou moeten worden gebaseerd. In zijn visie zou art. 7:658 BW dan nog slechts in beeld komen voor schades die op de voet van art. 7:611 BW niet of niet ten volle zouden kunnen worden verhaald. Niet alleen uit het arrest Maatzorg maar ook uit de uitspraak van 17 april 2009 blijkt dat de Hoge Raad deze suggestie voorshands niet overneemt. Dat is - gezien de grote omslag in denken die dat met zich zou brengen - begrijpelijk.

De ontwikkelingen bij werkgeversaansprakelijkheid volgen elkaar in een snel tempo op. Ongetwijfeld wordt de discussie over dit onderwerp verder vervolgd.

¹ NJB 2009 afl. 17, p. 1078.

² Hoge Raad 12 december 2008, LJN BD 3129.

³ Zie voor een recent overzicht van de rechtspraak op dit gebied ook A.E. Krispijn en P. Oskam, TvP 2008, afl. 3, p. 83-96 en G.J.J. Heerma van Voss en J.M. van Slooten, NJB 2009, afl. 14 p. 879-880.

⁴ HR 22 januari 1999, NJ 1999, 534.

⁵ HR 18 maart 2005, JAR 2005, 100.

⁶ LJN BH1996.

⁷ Rechtbank Amsterdam, 18 januari 2003 en 7 april 2004, JAR 2004, 108.

⁸ Zie ook de A-G Spier in zijn conclusie randnummer 8.

⁹ Rechtbank Utrecht, 3 september 1997, JAR 2000, 13. Zie voor een ander geval Hof Den Bosch, 22 juni 2004, JAR 2004, 237.

¹⁰ Vgl. Rechtbank Zwolle 14 maart 2007, JAR 2007, 192 waarin de rechtbank oordeelde dat het rijden in een Hummer op zaterdag niet viel onder 'het uitoefenen van de werkzaamheden'.

¹¹ Rechtbank Amsterdam 4 augustus 1999, JAR 1999, 172; vgl. Hof Den Bosch 22 juni 2004, JAR 2004, 237 waarin art. 7:658 BW toepasselijk werd geoordeeld op een uitstapje dat voor een werknemer gezien zijn voorbeeldfunctie niet vrijblijvend was.

¹² Hoge Raad, 14 juni 2002, NJ 2002, 495.

¹³ T. Hartlief, RM Themis, 2002, p. 71.

¹⁴ Zie E.J.J. Heerma van Voss en J.M. Van Slooten, NJB 2008, p. 977.

¹⁵ Ook bij de aansprakelijkheid van de werkgever voor schade van derden op de voet van art. 6:170 BW acht de Hoge Raad dit niet van belang; Hoge Raad, 9 november 2007, JAR 2007, 305.

¹⁶ Hartlief a.w. p. 71.

¹⁷ Zie Heerma van Voss en Van Slooten 2008 a.w., p. 977.

¹⁸ Zie randnummer 8.11.2 van zijn conclusie.

¹⁹ Vgl. randnummers 3.5, 9.8.1 en 9.8.2 van zijn conclusie.

²⁰ Vgl. HR 8 februari 2008, NJ 2008, 93, 7 december 2007, JA 2008, 33 en HR 2 maart 2007, JA 2007, 77; Op deze onevenwichtigheid wijst A-G Spier ook in zijn conclusie bij HR 12 december 2008, LJN BD3129, randnummer 8.2.

²¹ Zie ook T. Hartlief 'Van aalmoes naar aanspraak. Weg met het personenschaderecht?' (p. 1-23) in: 'Tien pennenstreken over personenschade' (red. T. Hartlief & S.D. Lindenberg), Den Haag 2009.

²² Zie randnummers 8.3.1 t/m 8.7.3 van zijn conclusie bij genoemd arrest.

Collaborative Claims Resolution?¹

Iedere letselschadeadvocaat heeft ze wel in de kast hangen; één of meerdere dossiers in zaken die in de jaren negentig van de vorige eeuw zijn geopend. Ze zijn door de handen van meerdere (voormalig) kantoorgenoten gegaan en beslaan tenminste één plank in de kast. Al dan niet voorlopige deskundigenberichten, getuigenverhoren, tussenvonnissen, hoger beroep en overige processuele hoogstandjes. Uiteindelijk resteert de vraag; waar draait het allemaal om in dit dossier?

Letselschadedossiers die anno 2009 worden geopend zullen over het algemeen een snellere doorlooptijd hebben. De redenen daarvoor zijn divers. In het onderstaande zullen wij die redenen inventariseren en aandacht besteden aan de verschillende vormen van alternatieve geschillenbeslechting die ons ten dienste staan dan wel kunnen staan.

Burgerlijk procesrecht

De ingrijpende verandering van het burgerlijk procesrecht per 2002 heeft een positieve uitwerking gehad op de doorloopsnelheid van letselschadezaken. In de eerste plaats is daar het verbod om van tussenvonnissen te appelleren behoudens indien de rechter anders heeft bepaald dan wel indien het betreft een vonnis waarbij een voorlopige voorziening wordt getroffen of geweigerd. Aan dit appelverbod wordt strikt de hand gehouden. Voor zover niet aan de vereisten voortvloeiend uit artikel 337 respectievelijk 401 a Rv. is voldaan, is de appellante in zijn beroep niet ontvankelijk². In de tweede plaats artikel 131 Rv. op grond waarvan na conclusie van antwoord een comparitie van partijen wordt bepaald, tenzij de rechter oordeelt dat de zaak daarvoor niet geschikt is. Doel van de comparitie is te bezien of een schikking kan worden getroffen, nadere inlichtingen kunnen worden verkregen dan wel afspraken kunnen worden gemaakt over het verdere verloop van de procedure. Het merendeel van de zaken leent zich voor een comparitie van partijen.

De rechtbank in Den Haag heeft rond 2003 het initiatief genomen tot het vormen van een letselschadekamer³. Deze meervoudige kamer wordt gevormd door gespecialiseerde rechters. In een zitting waarvoor een dagdeel wordt ingeroosterd neemt de rechtbank de zaak grondig door, geeft op een aantal punten haar voorlopig oordeel en motiveert partijen om gezamenlijk tot een schikking te komen. De letselschadekamer heeft goede resultaten; de effectiviteit is 80%⁴. De blauwdruk zoals neergelegd door de Rechtbank Den Haag is inmiddels overgenomen door een aantal andere rechtbanken zoals Zutphen en Amsterdam.

Deelgeschillenregeling

Een toekomstige mogelijkheid waarmee een letselschadezaak tussentijds vlot getrokken kan worden om te komen tot een minnelijke regeling is de deelgeschillenregeling⁵. Dit betreft een verzoekschriftprocedure waarbij ieder der partijen, dan wel partijen gezamenlijk, een verzoek kunnen indienen om een nauw omschreven aspect van letsel-

Mevr. mr. C.J. van Weering
AKD Prinsen Van Wijmen



schaderegeling voor te mogen leggen aan de rechter. Het wetsvoorstel ligt thans ter behandeling voor aan de Tweede Kamer⁶.

Opgemerkt zij dat de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR) een negatief advies heeft gegeven voor uitvoering van de deelgeschilprocedure. De NVvR acht het huidig instrumentarium om te komen tot een snelle en effectieve geschillenoplossing, afdoende⁷. Ook de Raad van State stond kritisch ten opzichte van het wetsontwerp⁸. De kritiek is door de minister ter zijde geschoven met een beroep op het draagvlak dat voor een dergelijke nieuwe procedure zou bestaan⁹.

Indien het wetsvoorstel wordt ingediend, zal deze een proefperiode van vier jaar kennen waarna het voorstel wordt geëvalueerd. In die periode zal blijken in hoeverre de bezwaren uit het veld tegen het wetsvoorstel gegrond waren^{10 11}.

Mediation

Naast de klassieke methode van geschillenbeslechting bestaat ook in letselschadezaken de mogelijkheid van mediation. Mediation heeft - zoals blijkt uit tussentijdse rapportage van het ministerie van Justitie - inmiddels een belangrijke plek verworven als aanvulling op de rechtspraak¹². Mediation is "een vorm van bemiddeling in conflicten, waarbij een neutrale bemiddelingsdeskundige, de mediator, de onderhandelingen tussen partijen begeleidt om vanuit hun werkelijke belangen tot gezamenlijk gedragen en voor ieder van hen optimale resultaten te komen."¹³ Primaire voorwaarde bij het entameren van een mediation is de wens van beide partijen om via mediation tot een oplossing van het geschil te komen. De mediator gaat daarbij niet te werk als rechter of arbiter doch faciliteert voor partijen de omstandigheden waaronder partijen gezamenlijk tot een oplossing van het geschil kunnen komen. De mediation wordt, indien partijen een dergelijke oplossing vinden, afgesloten met een vaststellingsovereenkomst waarin de tussen partijen gemaakte afspraken worden vastgelegd. Mocht een mediation mislukken dan staat uiteraard nog steeds de weg naar de rechter open dan wel zal de zaak worden terugverwezen naar de rechter. Partijen kunnen op eigen initiatief besluiten om een letsel-

schadezaak voor te leggen aan een mediator¹⁴. Verwijzing is echter ook mogelijk via de rechtbank. Na een experimentele fase en een invoeringsfase, is verwijzing door de rechter naar mediation per 1 april 2007 een feit. Elke rechtbank beschikt over mediation functionarissen die op het moment dat partijen voor mediation kiezen, bij de organisatie daarvan behulpzaam zijn. Bij de beoordeling van de vraag welke instanties zich voor welke geschillen het best lenen voor mediation wordt van de zijde van de rechterlijke macht voorzichtig als volgt geconcludeerd:

- Door de rechter: puur juridische geschillen of zeer sterk geëscaleerde conflicten met een al dan niet grote juridische component;
- Via een schikking: niet of matig geëscaleerde conflicten met een groot juridische component en een weinig relationele component;
- Via mediation: niet, matig of sterk geëscaleerde conflicten met een geringe juridische component en/of een grote relationele component¹⁵.

De rechtbank heeft een zogenoemde mediation monitor ontwikkeld voor de vaststelling van de effectiviteit en efficiëntie van de inzet van mediation. In die mediation monitor worden gegevens over doorlooptijden en resultaten van mediations ingevoerd. Uit de monitor blijkt dat 60% van de in de monitor opgenomen mediations geheel of gedeeltelijk zijn geslaagd¹⁶.

Recent heeft de Hoge Raad overwogen dat een mediator geen verschoningsrecht toekomt. De Hoge Raad acht het een feit van algemene bekendheid dat voorwaarde voor mediation is dat al wat in het kader van mediation is besproken, door de mediator als vertrouwelijk wordt behandeld en geheim wordt gehouden ten opzichte van derden en soms ook ten opzichte van de andere deelnemers aan de mediation. De Hoge Raad acht het voorts een maatschappelijk belang dat mediation bestaansmogelijkheden heeft als ook door de overheid erkende en aangeemoedigde alternatieve vorm van geschillenoplossing.

Hoewel het bovenstaande ervoor pleit een mediator verschoningsrecht toe te kennen, oordeelt de Hoge Raad: *“Mediation is echter een ruim en niet steeds duidelijk afgebakend begrip en vindt plaats in verschillende vormen en onder verschillende voorwaarden, terwijl de groep van mediators weinig vastomlijnd is, waarbij naast mediators die op grond van het voldoen aan bepaalde opleidings- en andere kwaliteitseisen door een mediation organisatie als zodanig zijn gecertificeerd, ook ‘ad hoc’ mediators voorkomen voor wie geen kwaliteitswaarborgen gelden. Erkenning van een verschoningsrecht van mediators in het algemeen zou meebrengen dat de kring van verschoningsgerechtigden aanzienlijk zou worden uitgebreid zonder voldoende waarborgen voor de kwaliteit van de mediators, hetgeen zich niet verdraagt met het uitzonderingskarakter van het verschoningsrecht.*

Het voorgaande wordt niet anders in het geval dat iemand als mediator optreedt die een beroep uitoefent uit hoofde waarvan hij op grond van artikel 165 lid 2, aanhef en onder b Rv. en een verschoningsrecht heeft, zoals een advocaat ...”¹⁷.

Geen verschoningsrecht dus voor de mediator; dat recht zou wel zijn gewaarborgd indien een variant van de ‘collaborative divorce’ wordt geïmplementeerd in het letselschaderecht¹⁸.

(naast echtscheidingsmediation) is de methode van ‘collaborative divorce’, dat net als mediation is overgenomen uit de Verenigde Staten. Het model is ontwikkeld door advocaat Stuart Webb en de gedachte achter de collaborative divorce is een echtscheiding op tegenspraak om te smeden tot een echtscheiding in samenspraak.

Een collaborative divorce biedt zoals wij dat zien een tussenoplossing die ligt tussen mediation en procederen in. *“Een partij die zich te zwak of te onveilig voelt om alleen bij een mediator aan te schuiven, heeft behoefte aan een eigen advocaat die hem kan adviseren over diens juridische positie en ook kan helpen de belangen in het oog te houden en zich niet te laten meeslepen door verdriet, boosheid en rancune. De advocaat is dan geen achterwacht maar zit aan tafel en is deel van het proces”¹⁹.*

Er is daarom geen sprake van twee partijen met een mediator maar van twee partijen die elk terzijde worden gestaan door een advocaat; een rondetafelgesprek begrensd door een deelnemingsovereenkomst die door alle betrokkenen, dus ook de advocaat en mogelijk andere deskundigen wordt getekend. In de betreffende overeenkomst wordt afgesproken dat wordt getracht overeenstemming te bereiken. Mocht dat niet tot de mogelijkheden behoren, dan staat het de betrokken advocaten niet vrij om vervolgens in rechte voor de betreffende cliënt op te treden. Op die wijze is bij alle partijen de incentive aanwezig om te komen tot een redelijke oplossing van het geschil.

Een relatief nieuwe methode derhalve, die in echtscheidingsland inmiddels voet aan de grond heeft gekregen. In de Verenigde Staten wordt deze methode van alternatieve geschillenbeslechting ook toegepast in arbeids- en bouwrechtzaken. Merkwaardigerwijs (nog) niet in letselschadezaken, terwijl deze methode ook geschikt lijkt voor dergelijke geschillen. Is ‘collaborative claims resolution’ een mogelijk alternatieve wijze van geschillenbeslechting in letselschadezaken? Deze methode is het in ieder geval waard serieus te worden onderzocht!

¹ Geschillenbeslechting in samenspraak [of goed overleg].

² HR 17 april 2009 LJN BH3187.

³ PIV-Bulletin 2008, 1 p. 5 e.v.

⁴ Advies NVvR d.d. 19 oktober 2006.

⁵ G. de Groot, “Naar een buitengerechtelijk beroep op de rechter in deelgeschillen?”, TVP 2005/4, p. 122/127 en “Kwaliteitsverbetering van het letselschadetrajact”, LSA bundel 2006 p. 5

⁶ Wetsvoorstel 31 518.

⁷ Advies NVvR d.d. 19 oktober 2006.

⁸ Advies Raad van State, Kamerstukken II, 2007/2008, 31 518 nr. 5.

⁹ MvT p.6.

¹⁰ C.J. van Weering “Deelgeschillenprocedure voor letsel- en overlijdensschade; noodzaak of overbodige luxe?”, NTBR 2007/4, p. 228.

¹¹ J. Sap “Procederend onderhandelen: de deelgeschilprocedure bij letsel- en overlijdensschade”, TVP 2008/4 p. 101.

¹² Brief Hirsch Ballin 26 april 2007, Mediationmonitor 2007 WOCDC 2007.

¹³ A.F.M. Brenninkmeijer, Handboek Mediation 2005.

¹⁴ www.LetMe.nl.

¹⁵ F.C. Bakker, L. Combrink en M. Pel; NJB 22 februari 2008 p. 444 e.v.

¹⁶ Mediation Monitor 2007, WODC 2007.

¹⁷ Hoge Raad 10 april 2009, LJN BG9470.

¹⁸ www.collaborativedivorce.nl.

¹⁹ Interview met A. van Keulen, secretaris van de Vereniging Collaborative Divorce Holland, Advocatenblad 2009/4 p. 151.

Collaboratieve letselschaderegeling?

16 Een alternatief voor een gewone echtscheidingsprocedure

Overzicht opleidingen letselschade

NIBE-SVV/OSR Juridische Opleidingen

NIBE-SVV en OSR Juridische Opleidingen ontwikkelen een complete opleidingslijn op het gebied van de letselschadebehandeling. Dit gebeurt in nauwe samenwerking met het PIV en met vertegenwoordigers uit de beroepsgroep.

De Leergangen Personenschade Licht letsel en Middelzwaar letsel draaien al enige tijd met succes. De leergang Zwaar letsel is nog gedeeltelijk in ontwikkeling. In 2008 is de module 'Schade bij zelfstandigen' gestart en in september dit jaar volgt de module 'Toekomstschade en strategie'. De modules 'Beroepsziekten' en 'Overlijdensschade' worden de komende jaren ontwikkeld.

Hierna wordt per leergang de stand van zaken weergegeven.

Leergang Personenschade Licht letsel - NIBE-SVV

De leergang Licht letsel is in 2008 voor de vierde keer met eenentwintig cursisten van start gegaan. De opleiding is geschikt voor aankomend schadebehandelaars of schaderegelaars bij aansprakelijkheidsverzekeraars of rechtsbijstandverleners. De kandidaat leert hoe een letselschade snel, efficiënt en tot tevredenheid van een benadeelde kan worden geregeld. Hierbij komen alle onderdelen van het proces van schadebehandeling aan bod met daarbij uitgebreid de bijbehorende communicatieve vaardigheden.

Leergang Middelzwaar letsel - OSR Juridische Opleidingen

In 2008 hebben zesentwintig cursisten - dat is maar liefst 84% - met succes de opleiding afgerond. Voor het eerst hebben ook rechtsbijstandverleners aan de leergang deelgenomen. Het trainen van competenties vormt een belangrijk onderdeel van deze opleiding. Omdat de Gedragscode Behandeling Letselschade met de daarbij behorende vaardigheden in de opleiding centraal staat, kunnen de geslaagde cursisten worden beschouwd als proactieve schadebehandelaars, die de regie weten te voeren in een letselschadezaak. Het maken van behandelplannen en een correcte bejegening van de betrokken partijen - onder meer door het onderhandelen op basis van de Harvard methode - maken een wezenlijk deel uit van de opleiding. De belangstelling voor de opleiding blijft groot. In september 2008 is voor de derde keer de leergang van start gegaan met twintig cursisten.



Zwaar letsel - NIBE-SVV/OSR Juridische Opleidingen

In 2008 heeft de eerst ontwikkelde module van de leergang Zwaar letsel 'Schade bij Zelfstandigen' tweemaal succesvol gedraaid. In totaal hebben drieëndertig cursisten in 2008 de module gevolgd. Het is een intensieve module waarbij het lesprogramma zich niet alleen richt op de inhoud van het vak, maar ook op de specifieke competenties die de schadebehandelaar nodig heeft om een schade van een zelfstandige optimaal af te ronden. De module is bestemd voor schadebehandelaars en belangenbehartigers die schades van zelfstandigen (gaan) behandelen. In het voorjaar van 2009 is de module voor de derde keer van start gegaan.

De module 'Toekomstschade en strategie' gaat in september 2009 van start. Ook in deze module komen naast de theoretische kennis uitgebreid de competenties aan bod die nodig zijn voor een goede schadebehandeling. Hierbij wordt gestreefd de maatschappelijke, financiële en persoonlijke schade van het slachtoffer - ondanks de ingrijpende gebeurtenis met blijvende negatieve gevolgen - zoveel mogelijk te beperken. Het is een intensieve module die qua aanpak en omvang aansluit op de leergang Middelzwaar letsel. Ook deze module is bestemd voor schadebehandelaars of schaderegelaars aan de zijde van verzekeraars en rechtshulpverleners.

Meer inhoudelijke en praktische informatie over de drie leergangen en de bijbehorende modules is te vinden op de websites van NIBE-SVV en/of OSR Juridische opleidingen. In het hierna volgende schema staat aangegeven wie voor welke leergang verantwoordelijk is. Ook zijn hierin alvast de eerste cursusdagen voor het komend najaar opgenomen.

Leergang	Aanbieder	Aanvangsdatum	Aantal cursusedagen	Aanvullende informatie
Personenschade Licht letsel	NIBE-SVV	10 september 2009	10	www.nibesvv.nl 020-5208534
Personenschade Middelzwaar letsel	OSR	8 oktober 2009	7	www.osr.nl 030-2315314
Personenschade Zwaar letsel: module 'Schade bij zelfstandigen'	NIBE- SVV/OSR	10 november 2009 (vooraf nog een digitale bijeenkomst)	3	www.nibesvv.nl 020-5208534 www.osr.nl 030-2315314
Personenschade Zwaar letsel: module 'Toekomstschade en strategie'	NIBE- SVV/OSR	22 september 2009	9	www.nibesvv.nl 020-5208534 www.osr.nl 030-2315314

Smartengeld in Nederland: een doekje voor het bloeden?

De letselschadepraktijk boeit altijd, maar stemt niet steeds vrolijk. Wie door de Smartengeldgids van Verkeersrecht bladert, kan gemakkelijk door gevoelens van somberheid worden overvallen. Dat lot treft met name hen die het oog even laten rusten bij de uitspraken in het laatste gedeelte van de gids, waar ondermeer de ontsiering van gelaat en lichaam na mishandeling en het letsel tengevolge van verkrachting of incest zijn ondergebracht. De hoogte van de smartengeldbedragen in deze categorieën is verbijsterend laag en dat springt het meest in het oog waar het gaat om seksueel misbruik van (zeer) jonge kinderen. Het “*Homo homini lupus*” van Plautus is na een paar duizend jaar ‘beschaving’, gegeven de feiten in deze zaken, klaarblijkelijk nog steeds actueel. Ook buiten deze categorieën - in feite over de volle breedte van het letselspectrum - zijn de smartengeldbedragen hier te lande lager dan wenselijk is, zeker als die worden vergeleken met de bedragen die worden toegekend in ons omringende landen met vergelijkbare welvaart, zoals Engeland en Duitsland.

Wanneer iemand iets met gezag over dit onderwerp kan zeggen, is het wel Erasmus-hoogleraar privaatrecht Siewert Lindenbergh. Niet alleen promoveerde hij in 1998 op een in brede kring geprezen proefschrift over smartengeld maar ook schreef hij recentelijk een update over het onderwerp onder de titel *Smartengeld tien jaar later*². Lindenbergh laat zich kennen als iemand die altijd zeer grondig is in zijn analyses, doch voorzichtig is in zijn uitspraken. Lindenbergh was evenwel uitgesproken in zijn bijdrage ter gelegenheid van het twintigste symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten (LSA) in januari 2009 in Maastricht. In die bijdrage “Tranen met duiten; over het paradoxale karakter van het smartengeld” vermeldt hij - zoals hij ook doet in de update van zijn proefschrift - niet alleen dat onze smartengeldbedragen laag zijn in vergelijking met de ons omringende landen, maar ook dat die bedragen geen gelijke tred houden met de tijd, ondanks het feit dat de Hoge Raad de rechter opdraagt bij de vergelijking met eerder toegewezen bedragen rekening te houden met de sedertdien opgetreden geldontwaarding.

Recent werd ook in een andere Rotterdamse hoek een lans gebroken voor verhoging van het smartengeldniveau. In een artikel in het smartengeldnummer van AV&S betoogde Lindenbergh's faculteitsgenoot mr. dr. Louis Visscher, universitair hoofddocent rechtseconomie aan het Rotterdam *Institute of Law and Economics* (RILE), dat de smartengeldbedragen zoals ze in Nederland worden toegekend, gezien vanuit economisch perspectief te laag zijn³.

Peter Langstraat'



Visscher bepleit dat het smartengeld wordt gebaseerd op de middelen die de gelaedeerde zelf had willen uitgeven ter verkleining van het betreffende ongevalrisico en ziet een ruime plaats weggelegd voor het concept van de QALY (*Quality Adjusted Life Year*). Hij meent dat met informatie uit QALY-analyses (waarbij aan verschillende gezondheidstoestanden een bepaald gewicht wordt toegekend en een QALY een bepaalde geldswaarde wordt toegekend) een betere methode voor het bepalen van smartengeld kan worden ontwikkeld dan de huidige methode waarbij in het verleden toegekende bedragen - die volgens Visscher geen enkele indicatie bevatten dat ze juist zijn - als richtsnoer worden genomen. Met verhoging van het smartengeld wordt zowel het preventiedoel als het compensatiedoel van smartengeld gediend, aldus Visscher.

Er is al eerder aandacht geweest voor het lage niveau van smartengeld in Nederland, maar dat heeft in ieder geval niet tot enige aanpassing van dat niveau geleid⁴. De rechter houdt op dit terrein de voet nog immer op de rem. Is dat omdat Nederland nog steeds een land is van dominees en kooplieden dan wel omdat - zoals de A-G Spier dat in één van zijn conclusies wel eens heeft gesteld - ook op dit terrein Schraalhans keukenmeester is?

Lindenbergh wijst erop dat de toewijzing van f 300.000 in 1992 - destijds het hoogst toegewezen bedrag - geïndexeerd naar 2009 ongeveer € 205.000 zou moeten bedragen. Het hoogst toegewezen bedrag bedraagt echter € 150.000⁵. In Duitsland is dat andere koek, zo benadrukt Lindenbergh. Zo bedroeg de hoogste toewijzing in 1999 € 256.000 maar in 2003 was dat al € 500.000, waarbij ook nog eens een maandelijkse rente van € 500 werd toegewezen aan een zeer ernstig invalide kind van 3,5 jaar. Lindenbergh beschrijft ook de situatie in Engeland, waar

het smartengeld wordt vastgesteld aan de hand van Guidelines, die jaarlijks worden vastgesteld door een commissie van deskundigen⁶. Het topbedrag volgens deze Guidelines lag in 2006 al op € 330.000.

De oorzaak van de stagnatie in Nederland moet niet in de methode van vaststelling worden gezocht. De Nederlandse rechter lijkt niet alleen zuinig maar ook erg voorzichtig, aldus Lindenbergh in genoemde bijdrage.

Waarom doen wij - de bedrijfstak - daar niet iets aan? Waarom doen wij er niet iets aan, wanneer wij allen van mening zouden zijn dat die smartengeldbedragen daadwerkelijk te laag zijn? Waarom laten wij ons in de regelingspraktijk van alledag nog steeds leiden door de ontoereikende, door de rechter vastgestelde bedragen?

Mr. dr. W.C.T. (Wim) Weterings heeft immers na onderzoek in 1998 en in 2007/2008 geconcludeerd dat er in 1998/1999 in 95 tot 99% van de schadeclaims, waarmee verzekeraars werden geconfronteerd, een schikking werd bereikt. Gezien het onderzoek in 2007 zou er zelfs in slechts een 0,5 tot 1% van de gevallen geprocedeerd worden⁷.

Uitgaande van die laagste schatting (van een 0,5%) van Weterings zou dat betekenen dat slechts in 1 op de 200 zaken de rechter het oordeel velt in een letselschadezaak. Het aantal zaken, waarin het smartengeld door de rechter wordt begroot, zal dus op jaarbasis verwaarloosbaar zijn, als het wordt afgezet tegen het aantal zaken waarin het smartengeld in het kader van schikkingonderhandelingen wordt vastgesteld.

Met name in de zwaarste letselcategorieën, zoals amputaties, dwarslaesies, hersenletsels, blindheid, leidt de informatie aan slachtoffers over het smartengeldniveau in ieder geval tot verwondering maar vaker ook tot onbegrip en ergernis bij die slachtoffers. Ik word dagelijks geconfronteerd met die slachtoffers en ik deel dan ook niet de conclusie van Lindenbergh aan het slot van zijn bijdrage dat *“hoewel de vergoeding van tranen met duiden van het recht het onmogelijke lijkt te vragen, de praktijk er eigenlijk wel mee uit de voeten kan”*.

Kunnen wij hier iets aan veranderen? *Change! Yes, we can!* Het lijkt mij daarom een goede zaak dat alle betrokkenen in het veld (verzekeraars, wetenschap, belangenbehartigers en slachtofferorganisaties) bij elkaar komen om overleg te plegen over dit onderwerp. Daarbij zou dan gesproken kunnen worden over een andere methodiek van vaststelling, bijvoorbeeld naar Engels model, of een systematiek waarbij de smartengeldbedragen in ieder geval daadwerkelijk geïndexeerd worden. Met andere woorden: op naar een expertmeeting over het smartengeld!

Peter Langstraat schrijft dit artikel op persoonlijke titel.

(Wij hebben de heer Langstraat met plezier een platform gegeven. Noch het PIV noch de Redactieraad zijn verantwoordelijk voor daarin geponeerde stellingen en/of visies. Red.)

¹ Advocaat te Rotterdam en voorzitter van de Vereniging van Letselschade Advocaten. Dank aan Arthur van de Veen voor zijn immer scherpe blik en daaruit voortvloeiende aanmerkingen op de eerste versie.

² S.D. Lindenbergh, *Smartengeld, tien jaar later* (ISBN 978-90-13-05921-2) Deventer: Kluwer 2008.

³ L.T. Visscher, “De omvang van het smartengeld vanuit rechts- en gezondheidseconomische perspectief”, *AV&S* 2008, 5, p. 247-254.

⁴ *Verkeersrecht* 2000, p. 293, Woordkramer: “Is smartengeld aan herijking toe?”

⁵ Rechtbank Den Bosch, 11 april 2007, JA 2007/99.

⁶ Dit betreft de *Guidelines for the Assessment of General Damages in Personal Injury Cases*, een beknopt overzicht van letselcategorieën en daarbij passende bedragen met zekere marges.

⁷ “De (kosten van) afwikkeling van letselschadeclaims op macroniveau”; bijdrage van mr. dr. W.C.T. Weterings aan het LSA-Symposium 2008.

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

Redactiesecretaris

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

Postbus 93450

2509 AL Den Haag

Telefoon: 070 333 88 73

Telefax: 070 333 88 33

e-mail: j.polman@verzekeraars.nl

Website: www.stichtingpiv.nl

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

Creatie & realisatie: Artoos Communicatiegroep bv, Rijswijk