

lijk causaal verband en zal de schade door de studieovertraging vergoed moeten worden. In r.o. 2.4 geeft het hof zich er rekenschap van dat en waarom er hier (ook) sprake is van een predispositie. Dat het hof er niet over rept dat deze predispositie mogelijk ook (deels) pre-existente klachten met zich meebrengt is logisch, daar kwam het hof bij deze rechtsvraag niet aan toe. Toch is dit arrest er een die de rechtsvorming over predispositie en pre-existentie een stap verder heeft gebracht.

mr. E.W. Bosch
advocaat-partner bij Vogelaar Bosch Spijjer Advocaten te Honselersdijk

14

Heeft overledene aan aansprakelijke laten weten dat zij aanspraak maakt op immateriële schadevergoeding?

Rechtbank Midden-Nederland zp Utrecht
16 oktober 2019, nr. C/16/481385/HA RK
19-148, ECLI:NL:RBMNE:2019:4976
(mr. Krepel)
Noot mr. S.C. van Dijke, mr. H.Th. Vos

Immateriële schade. Causaal verband. Postuum. Letsel.

[BW art. 6:95 lid 2]

A is op 83-jarige leeftijd aangereden door een vrachtwagen van RMN, met ernstig beenletsel tot gevolg. De WAM-verzekeraar van RMN, HDI, heeft aansprakelijkheid voor het ongeval erkend. A raakte door de aanrijding zo ernstig gewond dat haar onderbeen moest worden geamputeerd. Zij heeft vervolgens zelf gekozen voor een levenseinde en is komen te overlijden. Voorafgaande aan haar overlijden heeft zij haar advocaat opdracht gegeven haar schade te verhalen. Verzoeker, de executeur testamentair in de nalatenschap van A, verzoekt in deelgeschil een verklaring voor recht (i) dat HDI de immateriële schade van A moet vergoeden en (ii) dat de materiële schade waarvan vergoeding wordt gevraagd het gevolg is van de aanrijding. De rechtbank wijst het verzoek (i) af omdat niet voldaan is aan de voorwaarde ex art.

6:95 lid 2 BW dat de aanspraak op vergoeding van de immateriële schade door A aan HDI is medege-deeld. De rechtbank oordeelt ten aanzien van verzoek (ii) dat het causaal verband tussen het ongeval en het zelfverkozen levenseinde voldoende is onderbouwd. De geclaimde kosten voor het verblijf van A in het hospice en de kosten voor ontruiming van haar woning wijst de rechtbank toe.

[Verzoeker] te [woonplaats],
optredend in zijn hoedanigheid van executeur testamentair in de nalatenschap van [A],
verzoeker,
advocaat: mr. A. Boulogne te Utrecht,
tegen
1. de vennootschap naar Duits recht *HDI Global SE* te Hannover, mede kantoorhoudend te Rotterdam,
2. de rechtspersoon *Reinigingsbedrijf Midden Nederland (RMN)* te Soest,
verweersters,
advocaat: mr. J. Streefkerk te Voorburg.

1. *De procedure*
(...; red.)

2. Het geschil

2.1. [verzoeker] is kandidaat-notaris. Hij is executeur-afwikkelingsbewindvoerder van de nalatenschap van mevrouw [A]. [A] is op 14 mei 2018 aangereden door een vuilniswagen van RMN. HDI is de WAM-verzekeraar van RMN. HDI heeft de aansprakelijkheid voor het ongeval erkend.

2.2. [A] was 83 jaar toen het ongeval gebeurde. Zij heeft daarbij een ernstige wond opgelopen aan haar rechterbeen. De ernst van de wond maakte amputatie van het rechteronderbeen noodzakelijk. [A] heeft mr. Boulogne (hierna: de advocaat) verzocht om haar bij te staan bij haar verzoek om euthanasie. Toen bleek dat euthanasie niet mogelijk was heeft zij verzocht de behandeling te staken en heeft zij aangegeven niet meer te willen eten en drinken, omdat het haar wens is om te overlijden. [A] is overgebracht naar een hospice en zij is op [overlijdensdatum] 2018 overleden. [A] heeft de advocaat opdracht gegeven haar schade te verhalen.

2.3. Erfgenamen van [A] zijn haar buurvrouw mevrouw [B] en de beide dochters van [B]: [C] en [D].

2.4. [verzoeker] verzoekt in dit deelgeschil, na wijziging van het verzoek:

- een verklaring voor recht dat HDI de immateriële schade van [A] moet vergoeden,
- een verklaring voor recht dat de materiële schade waarvan vergoeding wordt gevraagd het gevolg is van het ongeval en
- toekenning van een voorschot van € 5.000,= op de buitengerechtelijke kosten.

Zijn de verzoeken geschikt om in een deelgeschilprocedure worden behandeld?

2.5. De deelgeschilprocedure is bedoeld voor de situatie waarin partijen het op bepaalde punten niet eens kunnen worden, waardoor de buitengerechtelijke onderhandelingen worden belemmerd. Een partij (of partijen gezamenlijk) kunnen in een deelgeschilprocedure de rechter verzoeken op die geschilpunten te beslissen, zodat zij vervolgens verder kunnen met buitengerechtelijke onderhandelingen, met als uiteindelijk doel het sluiten van een vaststellingsovereenkomst.

2.6. [verzoeker] had aanvankelijk verzocht dat de rechtbank de schade vaststelt op een bedrag van € 34.545,04. Dit verzoek omvatte daarmee het hele geschil. HDI heeft terecht opgemerkt dat de deelgeschilprocedure daar niet voor is bedoeld. Als [verzoeker] een eindoordeel van de rechter wil over het hele geschil moet hij een bodemprocedure beginnen. Na wijziging voldoet het verzoek wél aan de voorwaarden voor behandeling als deelgeschil. In het gewijzigde verzoek gaat het om twee belangrijke geschilpunten:

- is vóór het overlijden van [A] aan HDI meegegeeld dat zij (ook) vergoeding wil van immateriële schade?
- wat is het verband tussen het ongeval en het overlijden van [A] ?

Duidelijkheid op deze punten kan ertoe bijdragen dat partijen in onderling overleg tot een oplossing komen.

De immateriële schadevergoeding

2.7. Het recht op vergoeding van immateriële schade is een hoogstpersoonlijk recht. Dit recht kan overgaan op de erfgenamen van de gerechtigde (overgang onder algemene titel), op voorwaarde dat degene die dat recht toekomt aan de wederpartij heeft meegegeeld aanspraak te maken op vergoeding daarvan (artikel 95 lid 2 BW). Het gaat erom dat de benadeelde zelf heeft beslist dat hij of zij aanspraak wil maken op deze vergoeding

en dit aan de aansprakelijke partij heeft meegegeeld.

2.8. De opdrachtbevestiging aan de advocaat vermeldt de immateriële schade als één van de te verhalen schadeposten. [A] heeft deze opdrachtbevestiging getekend. Daarmee is aannemelijk gemaakt dat [A] de wens had dat ook de immateriële schade zou worden verhaald. HDI heeft dat ook niet tegengesproken. Dan is het vervolgens de vraag of ook is voldaan aan de voorwaarde dat deze aanspraak op immateriële schadevergoeding aan HDI is meegegeeld. Aan die voorwaarde is niet voldaan.

2.9. [verzoeker] beroept zich op de volgende telefoongesprekken en e-mail-correspondentie:

- op 30 mei 2018 heeft de advocaat telefonisch contact opgenomen met RMN (de heer [E]) met het verzoek de naam van de WAM-verzekeraar op te geven; heeft deze melding bevestigd en meegegeeld dat de schade behandeld zal worden door [F] en [G];
- op 31 mei 2018 heeft de advocaat de bevestiging ontvangen van [E] dat de schade is gemeld bij de verzekeraar, bij die mail is het schadeformulier van RMN gevoegd;
- op 8 juni 2018 heeft de advocaat telefonisch contact gehad met [F] en [G] (de heer [I]) die meedeelde dat de melding van RMN was binnengekomen samen met het schadeformulier; verder deelde hij mee dat de zaak aan HDI was overgedragen, omdat er letsel was en heeft hij de naam gegeven van de behandelaar bij [F] en [G] (mevrouw [H]).

2.10. In geen van de genoemde e-mailberichten is een aanwijzing te vinden over de omvang of de aard van de schade waarvoor [A] RMN aansprakelijk stelt. In de e-mail van 30 mei 2018 aan [E] vraagt de advocaat alleen met wie zij contact kan opnemen over de schade. Het schadeformulier waarover [E] schrijft in de e-mail van 31 mei 2018 is het aanrijdingsformulier dat RMN heeft ingevuld naar aanleiding van het ongeval. Op dit formulier is bij de vraag of er gewonden bij het ongeval waren het antwoord “ja” aangekruist. Uit de vraagstelling blijkt dat deze ook bevestigend beantwoord moet worden als er lichtgewonden zijn. Op grond van dit formulier was het dus bij HDI bekend dat er door iemand letsel was opgelopen bij het ongeval. Dat was ook de reden dat de behandeling van [F] en [G] werd overgedragen aan HDI. Het gaat echter te ver om van HDI te verwachten dat zij uit dit formulier, dat afkomstig is

van RMN, zou hebben afgeleid of zou hebben moeten afleiden dat [A] de bedoeling had immateriële schadevergoeding te vorderen. [A] heeft op haar eigen schadeformulier wel ingevuld dat zij ernstig en blijvend letsel heeft opgelopen, maar dat was bedoeld voor haar eigen verzekeraar en HDI was met dat formulier niet bekend. Niet valt uit te sluiten dat er aanvullend op de e-mails mondelinge informatie is verstrekt. De advocaat heeft ter zitting naar voren gebracht dat zij in het gesprek met [E] heeft gesproken over de ernst van het letsel. Omtrent de precieze inhoud van dit gesprek heeft zij echter onvoldoende gesteld, zodat niet kan worden vastgesteld of HDI daaruit had moeten afleiden dat [A] ook de immateriële schade wilde verhalen. Bovendien is onvoldoende duidelijk gebleken wat de positie en de taak van [E] is bij RMN, zodat ook niet kan worden nagegaan of de wetenschap van [E] over het letsel van [A] toegerekend zou moeten worden aan zijn werkgever RMN en/of de verzekeraar van zijn werkgever HDI. De chauffeur die betrokken was bij het ongeval en die [A] in het ziekenhuis heeft bezocht, was bekend met de ernst van het letsel. Het is begrijpelijk dat de chauffeur uit oogpunt van betrokkenheid [A] heeft bezocht. Daarbij hoefde hij zich niet bezig te houden met de aard en omvang van de schadeclaim die [A] bij zijn werkgever zou kunnen indienen. De wetenschap van de chauffeur kan dan ook niet worden toegekend aan RMN en/of HDI.

2.11. Er zijn dus geen schriftelijke stukken waaruit blijkt dat vóór het overlijden van [A] aan HDI is meegedeeld dat zij aanspraak maakt op immateriële schade en er zijn ook geen aanvullende feiten en omstandigheden op grond waarvan HDI, ook zonder schriftelijke informatie, had kunnen en moeten weten dat [A] immateriële schadevergoeding wenste.

2.12. Het beroep van [verzoeker] op het arrest van de Hoge Raad van 3 februari 2006 (ECLI:NL:HR:2006:AU5684) gaat niet op. In dat geval ging het om een medische fout van het ziekenhuis. In de brief waarin het ziekenhuis voor deze fout namens het slachtoffer aansprakelijk werd gesteld werd niet expliciet immateriële schadevergoeding gevorderd, maar daarin werd wel duidelijk gemaakt voor welk handelen het ziekenhuis aansprakelijk werd gesteld en dat deze aansprakelijkheidstelling betrekking had op de (ernstige) neurologische schade die uit dat handelen was voortgevloeid, met welke schade het zieken-

huis bekend was. Dat is niet vergelijkbaar met deze situatie waarin namens [A] niets is meegedeeld over de reikwijdte van de aansprakelijkheid.

2.13. Het voorgaande leidt tot afwijzing van het verzoek om voor recht te verklaren dat HDI de immateriële schade van [A] moet vergoeden.

De materiële schadevergoeding

2.14. Het verzoek om voor recht te verklaren dat de materiële schade waarvan vergoeding wordt gevraagd het gevolg is van het ongeval is te ruim geformuleerd, omdat daarin niet wordt verduidelijkt om welke schadeposten het gaat. De rechtbank gaat ervan uit dat het verzoek betrekking heeft op de kosten van het hospice, de mantelzorg en de ontruimingskosten die in het verzoekschrift zijn genoemd. Schadeposten die verband houden met het zelfgekozen levenseinde van [A] komen volgens HDI niet voor vergoeding in aanmerking, omdat deze schade niet het gevolg is van het ongeval.

2.15. De rechtbank is van oordeel dat [verzoeker] het causaal verband tussen het ongeval en het zelfgekozen levenseinde van [A] voldoende heeft onderbouwd. Niet in geschil is dat zij vóór het ongeval een zelfstandig leven leidde in haar eigen woning. Het feit dat zij nog kon fietsen gaf haar de nodige vrijheid. Het ongeval en de noodzaak tot amputatie van haar been maakte abrupt een einde aan deze situatie. Gezien haar leeftijd van 83 jaar is het voorstelbaar en voldoende aannemelijk dat [A] niet meer de energie en de vitaliteit had om deze tegenslag te overwinnen. Tijdens haar verblijf in het ziekenhuis is bij toeval een niercelcarcinoom en een verwijding van de lichaamsslagader ontdekt. Ook als het zo zou zijn dat deze aandoeningen mede een rol hebben gespeeld bij haar beslissing om geen behandeling meer te willen, dan nog is het ongeval de directe oorzaak van haar keuze. Zonder het ongeval was zij niet bekend geworden met deze aandoeningen en in deze onwetendheid had zij door kunnen leven tot één van de aandoeningen een ingreep noodzakelijk zou hebben gemaakt. De keuze om op dat moment een dergelijke ingreep wel of niet te ondergaan zou dan een heel andere zijn geweest dan de situatie waarin zij door het ongeval is beland: haar levensvreugde was sterk verminderd door de noodzaak van de amputatie en bovendien was zij in een slechte conditie vanwege de ernstige verwondingen.

2.16. Niet in geschil is dat de kosten van het hospice en de ontruiming van de woning een direct gevolg zijn van het overlijden. Deze kosten komen dus voor vergoeding in aanmerking. Het betoog van HDI dat deze kosten niet vallen onder de opsomming van te vergoeding kosten van artikel 6:108 BW gaat niet op. Dat artikel gaat over de kosten die nabestaanden van een overledene kunnen vorderen voor zichzelf. Dat is in dit geval niet aan de orde. [verzoeker] vordert de schade in zijn hoedanigheid van afwikkelingsbewindvoerder van de nalatenschap van [A]. De rechtbank zal deze kosten vaststellen op zoals in het verzoekschrift zijn genoemd: € 255,= voor het verblijf in het hospice en € 2.238,50 voor de ontruiming van de woning. HDI heeft de hoogte van deze bedragen niet tegengesproken.

2.17. [verzoeker] heeft in het verzoekschrift een bedrag van € 4.125,= voor mantelzorg genoemd. Het is aannemelijk dat er enige kosten zijn gemaakt voor mantelzorg. Dat heeft HDI ook niet tegengesproken, maar zij vindt dat er veel te veel uren in rekening zijn gebracht. Zij wijst erop dat in het ziekenhuis en in het hospice in de persoonlijke verzorging van [A] was voorzien. [verzoeker] heeft niet verduidelijkt op welke werkzaamheden de kosten betrekking hebben. De schade mantelzorg kan in het kader van dit deelgeschil daarom niet worden vastgesteld.

2.18. [verzoeker] heeft voor buitengerechtelijke kosten een bedrag van € 5.818,89 opgenomen in de schadestaat. De rechtbank is het eens met HDI dat 22,54 uren geen redelijke tijdsbesteding is voor de werkzaamheden die vooralsnog alleen betrekking hebben op de aansprakelijkstelling, het opvragen van het proces-verbaal en de medische stukken en de discussie met verweerder over het smartengeld. De rechtbank acht in de gegeven omstandigheden een tijdsbesteding van 8 uur redelijk. Dat komt neer op een vergoeding voor buitengerechtelijke kosten van € 2.032,80 inclusief btw (8 x € 210 x 1,21) voor kosten rechtsbijstand en € 107,65 aan verschotten voor het proces-verbaal van het ongeval en de medische informatie, dus in totaal € 2.140,45.

De kosten van het deelgeschil

2.19. De rechtbank moet de kosten van de deelgeschilprocedure begroten, ook als een verzoek niet wordt toegewezen. Dit staat in artikel 1019aa lid 1 Rv. Hoe de kosten moeten worden begroot is geregeld in artikel 6:96 lid 2 BW. Daaruit volgt dat

de rechtbank bij de begroting van de kosten de zogenoemde dubbele redelijkheidstoets moet gebruiken; zowel het invoeren van de rechtsbijstand als de daarvoor gemaakte kosten moeten redelijk zijn. Dit betekent dat als een deelgeschilprocedure volstrekt onnodig of onterecht is ingesteld, de kosten daarvan niet voor vergoeding in aanmerking komen.

2.20. De kosten voor dit deelgeschil bedragen volgens [verzoeker] € 3.938,55, te vermeerderen met het griffierecht van € 914,=. HDI vindt dat er geen vergoeding van kosten zou moeten plaatsvinden omdat het verzoek volstrekt onnodig of onterecht is ingediend. Bovendien vindt zij het aantal uren dat aan het verzoek is besteed onredelijk hoog.

2.21. De rechtbank is het niet eens met HDI dat de kosten van het deelgeschil niet voor vergoeding in aanmerking komen. Er is wel reden om het aantal aan uren te matigen. Over de toedracht en de directe gevolgen van het ongeval bestaat geen verschil van mening en de aansprakelijkheid voor het ongeval is erkend. De schadeposten zijn beperkt en overzichtelijk. Een tijdsbesteding van 10 uur voor het deelgeschil is in de gegeven omstandigheden redelijk, zodat een bedrag van € 2.541,= inclusief btw (10 x € 210 x 1,21) moet worden vergoed door HDI. Ook de vergoeding van het griffierecht zal worden gematigd. Door aanvankelijk het hele deelgeschil voor te leggen en betaling van het hele schadebedrag van € 34.545,04 te verzoeken, is op deze zaak een hoog griffierecht van € 914 van toepassing, terwijl bij het verzoek van onbepaalde waarde, zoals dat is geformuleerd in het gewijzigde verzoekschrift, een griffierecht van € 297,= in rekening zou zijn gebracht. De rechtbank ziet geen reden dat HDI het hogere griffierecht aan [verzoeker] zou moeten vergoeden. Daarom zal de gevraagde vergoeding voor het griffierecht worden gematigd tot een bedrag van € 297,=.

3. De beslissing

De rechtbank

3.1. bepaalt dat HDI de kosten van het verblijf in het hospice van € 255,= en de kosten van de ontruiming van de woning van € 2.238,50 en € 2.140,45 voor buitengerechtelijke kosten moet vergoeden,

3.2. begroot de kosten van het deelgeschil op € 2.838,= en bepaalt dat HDI deze kosten moet vergoeden,

3.3. wijst het verzoek voor het overige af.

NOOT

1. In mei 2018 wordt A op 83-jarige leeftijd aangereden door een vuilniswagen van RMN. De WAM-verzekeraar, HDI, erkent aansprakelijkheid. A raakt door de aanrijding zo ernstig gewond dat haar onderbeen moet worden geamputeerd. A verzoekt haar advocaat om bijstand bij een verzoek tot euthanasie. Als euthanasie niet mogelijk blijkt, vraagt A de medische behandeling te staken en geeft zij aan niet meer te willen eten en drinken. A komt datzelfde jaar nog te overlijden. Voorafgaande aan haar overlijden heeft A haar advocaat opdracht gegeven tot verhaal van haar schade. In deelgeschil vraagt de executeur testamentair in de nalatenschap van A (namens de erven) een verklaring voor recht (i) dat HDI de immateriële schade van A moet vergoeden en (ii) dat de materiële schade waarvan vergoeding wordt gevraagd het gevolg is van de aanrijding. De rechtbank wijst het verzoek (i) af omdat niet voldaan is aan de voorwaarde ex art. 6:95 lid 2 BW dat de aanspraak op vergoeding van de immateriële schade door A aan HDI is medege-deeld. De rechtbank oordeelt ten aanzien van verzoek (ii) dat het causaal verband tussen het ongeval en het zelfverkozen levenseinde voldoende is onderbouwd en wijst de kosten voor het verblijf van A in het hospice en de ontruiming van haar woning toe. De uitspraak geeft aanleiding stil te staan bij voormeld vereiste uit art. 6:95 lid 2 BW, nu dit vereiste recent is overgeheveld uit art. 6:106 lid 2 BW (oud). Eerst wordt ingegaan op voormelde wetsartikelen en vervolgens op het oordeel van de deelgeschilrechter.

2. Uit art. 6:95 lid 2 BW volgt dat voor overgang onder algemene titel van het recht op een vergoeding voor nadeel dat niet in vermogensschade bestaat ('ander nadeel'), vereist is dat de gerechtigde aan de wederpartij heeft medege-deeld dat aanspraak wordt gemaakt op de vergoeding. Het recht op smartengeld vererft dus alleen als de benadeelde vóór overlijden zelf aanspraak heeft gemaakt op smartengeld. Vóór 1 januari 2019 stond deze bepaling in art. 6:106 lid 2 BW. Met het verplaatsen van de bepaling naar art. 6:95 lid 2 BW beoogde de wetgever buiten twijfel te stellen dat de beperking niet alleen geldt voor de in art. 6:106 BW genoemde gevallen waarin bepaald is wanneer een benadeelde recht heeft op smartengeld, maar ook voor die gevallen

waarin een dergelijk recht zijn grondslag vindt in andere wettelijke bepalingen. Te denken valt aan art. 7:510 BW inzake de reisovereenkomst (*Kamerstukken II 2015/2015, 34257, nr. 3*). Met de invoering van de Wet Affectieschade, sinds 1 januari 2019, bestaat er des te meer reden voor het verplaatsen van het bepaalde in art. 6:106 lid 2 BW (oud) naar art. 6:95 lid 2 BW. Sindsdien voorzien art. 6:107 BW en art. 6:108 BW immers in een eigen recht op smartengeld voor naasten van slachtoffers met ernstig en blijvend letsel en respectievelijk voor nabestaanden na overlijden.

3. De achtergrond van de beperking voor overgang onder algemene titel van een smartengeldvordering, ligt volgens de wetgever in 'het hoogstpersoonlijke recht op smartengeld'. De wetgever geeft aan dat het bijzondere karakter van het recht op smartengeld meebrengt dat het smartengeld zoveel mogelijk aan de benadeelde zelf ten goede moet komen, omdat hem alleen dan genoegdoening wordt verschaft in zijn relatie tot de aansprakelijke persoon. Een benadeelde moet volgens de wetgever ook zelf kunnen beslissen of hij al dan niet aanspraak wil maken op smartengeld (*Kamerstukken II 2014/2015, 34257, nr. 3, p. 10*).

4. Op art. 6:106 lid 2 BW (oud) is in de literatuur veel kritiek geleverd (zie o.m. S.D. Lindenbergh, *Smartengeld*, Deventer: Kluwer 1998, p. 326 e.v.; S.D. Lindenbergh, 'De vermogensrechtelijke lotgevallen van het recht op smartengeld', *TvVP* 2003, 1; A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, Nijmegen: Ars Aequi 2002, p. 541; R.P.J.L. Tjittes, 'Smartengeld voor bewustelozen', *NTBR* 2003, p. 53 en S.D. Lindenbergh, *Smartengeld. tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2008, p. 80 e.v.). Zo is (onder meer) opgemerkt dat niemand zich na een ongeval zal bezighouden met de door art. 6:106 lid 2 BW (oud) genoemde formaliteiten en dat in sommige gevallen (bijvoorbeeld coma) eenvoudigweg niet aan het mededelingsvereiste kan worden voldaan. Ook als er wel een aansprakelijkstelling is verstuurd, kunnen er uitlegproblemen ontstaan (zie voor een voorbeeld par. 5 van deze noot). Vanwege (onder meer) voormelde redenen is wel bepleit om art. 6:106 lid 2 BW in het geheel te schrappen. Ondanks de kritiek heeft de wetgever bij verplaatsing van art. 6:106 lid 2 BW (oud) naar art. 6:95 lid 2 BW vastgehouden aan de beperking.

5. Het arrest Ruijzendaal/St. Paul van 3 februari 2006 (ECLI:NL:PHR:2006:AU5684) illustreert dat het mededelingsvereiste tot uitlegproblemen kan leiden. In dat geval liep een ziekenhuispatiënt na een hersenoperatie letsel op. Zijn advocaat stelde het ziekenhuis per brief aansprakelijk 'voor de schade die het gevolg is van het letsel dat de patiënt heeft opgelopen'. De vraag was of de brief kan worden aangemerkt als een mededeling ex art. 6:106 lid 2 BW (oud). De Hoge Raad overwoog dat het recht op vergoeding van immateriële schade een hoogstpersoonlijk recht is in die zin dat de benadeelde zelf moet laten blijken dat hij genoegdoening voor ander nadeel dan vermogensschade wenst. Bepalend is de betekenis die degene tot wie de mededeling was gericht daaraan in de gegeven omstandigheden heeft toegekend en heeft mogen toekennen. In het licht van de strekking van art. 6:106 lid 2 BW (oud) is er volgens de Hoge Raad geen reden om aan de inhoud van bedoelde mededeling verdergaande eisen te stellen. In de gegeven omstandigheden achtte de Hoge Raad het oordeel van het hof dat geen mededeling was gedaan ex art. 6:106 lid 2 BW (oud), onbegrijpelijk.

6. In de onderhavige zaak oordeelde de deelgeschilrechter dat niet voldaan is aan het mededelingsvereiste ex art. 6:95 lid 2 BW. Correspondentie waarin de advocaat van A aan medewerker E van RMN vraagt met wie contact kan worden opgenomen over de schade, achtte de rechtbank onvoldoende, evenals het aanrijdingsformulier dat RMN zelf had ingevuld en waarop aangekruist was dat er gewonden bij het ongeval waren. A had op haar eigen schadeformulier wel ingevuld dat zij ernstig en blijvend letsel had opgelopen, maar dat schadeformulier was bedoeld voor haar eigen verzekeraar en HDI was daar niet mee bekend. Ter zitting heeft de advocaat van A nog aangevoerd dat zij in het gesprek met E heeft gesproken over de ernst van het letsel. De rechtbank overweegt dat de advocaat over de precieze inhoud van het gesprek echter onvoldoende heeft gesteld, zodat niet kan worden vastgesteld of HDI daaruit had moeten afleiden dat A ook immateriële schade wilde verhalen. Bovendien is volgens de rechtbank onvoldoende duidelijk wat de positie en de taak van E is bij RMN, zodat ook niet kan worden nagegaan of de wetenschap van E over het letsel van A toegerekend zou moeten worden aan RMN en/of HDI. De chauffeur die betrokken was en A heeft bezocht,

was bekend met de ernst van het letsel. De rechtbank overweegt dat het begrijpelijk is dat de chauffeur uit oogpunt van betrokkenheid A heeft bezocht, maar dat hij zich daarbij niet hoefde bezig te houden met de aard en de omvang van de schadeclaim die A bij RMN zou kunnen indienen. De wetenschap van de chauffeur kan volgens de rechtbank dan ook niet worden toegerekend aan RMN en/of HDI. De vergelijking die verzoeker maakt met Ruijzendaal/St. Paul gaat volgens de rechtbank niet op, omdat – kort gezegd – in het onderhavige geval niets is meegedeeld over de reikwijdte van de aansprakelijkstelling.

7. Allereerst valt op dat de rechtbank art. 6:95 lid 2 BW toepast en niet art. 6:106 lid 2 BW (oud), terwijl de zaak zich afspeelde in 2018. Voor de invoering van art. 6:95 lid 2 BW is geen afzonderlijk overgangsrecht van toepassing. Dit brengt met zich dat art. 68 e.v. OvwNBW van toepassing is en dus dat sprake is van onmiddellijke werking.

8. Daarnaast valt op dat de deelgeschilrechter weinig soepel omgaat met het mededelingsvereiste van art. 6:95 lid 2 BW. Voor overgang onder algemene titel is voldoende dat A aan RMN (niet eens HDI) heeft medegedeeld aanspraak te maken op vergoeding van smartengeld. Op basis van het door HDI ontvangen schadeformulier staat vast dat was gemeld dat de aanrijding tot lichamelijk letsel had geleid. Juist ook vanwege het letsel was de behandeling van de schade overgedragen aan HDI. Als sprake is van één van de in art. 6:106 lid 1 BW genoemde categorieën is de poort naar het smartengeld geopend en levert 'lichamelijk letsel' (lid 1 onder b) in de praktijk nog wel de minste problemen op. De aard of de omvang van de schade doet er eigenlijk niet meer toe. Voor een aanspraak op smartengeld is van een ondergrens ter zake de ernst van lichamelijk letsel immers geen sprake. Een blauw oog ten gevolge van een klap is al voldoende (HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1519, «JA» 2012/147, m.nt. S.D. Lindenbergh). Over het oordeel van de deelgeschilrechter dat niet voldaan is aan het mededelingsvereiste ex art. 6:95 BW, kan dan ook anders worden gedacht. Zie in dat verband ook A.J. Verheij, 'Rechtsdwaling onder de radar', *WPNR* 2019, 7251. Verheij wijst er op dat de Hoge Raad heeft beslist dat mededelingen omtrent aansprakelijkheid 'gehaviltext' moeten worden en dat daardoor niet de bedoeling van het slachtoffer beslissend is, maar hetgeen de geadresseerde redelijkerwijze dient te begrijpen.

9. De strakke invulling van de deelgeschilrechter wordt ook duidelijk als deze wordt afgezet tegen een recent (strafrechtelijk) oordeel van de Rechtbank Noord-Holland van 26 november 2019 (ECLI:NL:RBNHO:2019:9678). In die zaak vond de strafrechter het feit dat de erflater een aantal jaren eerder tegenover een verbalisant had verklaard dat zij de dader van het gepleegde feit aansprakelijk wilde stellen, al voldoende om te oordelen dat was voldaan aan het mededelingsvereiste. Dit bracht met zich dat het recht op smartengeld vanwege shockschade was vererfd en dat de vordering van de erven die zich als benadeelde partij in de strafzaak hadden gevoegd, werd toegewezen.

10. Overigens is verdedigbaar dat het bedrag dat A in verband met haar letsel aan smartengeld zou hebben gekregen o.a. gezien haar leeftijd en de korte tijd die was gelegen tussen het ongeval en het overlijden (nog geen jaar), qua omvang bescheiden zou zijn geweest. Uit het HIV-arrest van 8 juli 1992 (ECLI:NL:HR:1992:ZC0665) volgt immers dat *de duur* van de pijn, het verdriet en de gederfde levensvreugde relevante omstandigheden zijn bij de begroting van het smartengeld. Lindenbergh heeft ook opgemerkt dat het redelijk lijkt dat de (korte) duur van het lijden een sterk drukkend effect heeft op de omvang van het smartengeld (S.D. Lindenbergh, *Smartengeld tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2008, p. 28). Gelet daarop zou een praktische regeling, afgezet tegen de kosten van het deelgeschil, meer voor de hand hebben gelegen dan de gang naar de rechter.

mr. S.C. van Dijke
advocaat bij NN Advocaten (Nationale-Nederlanden)

mr. H.Th. Vos
advocaat bij NN Advocaten

15

Verzoek tot houden voorlopige deskundigenonderzoek om smartengeld volgens een bepaalde methode te berekenen afgewezen

Rechtbank Zeeland-West-Brabant zp
Middelburg
8 oktober 2019, nr. C/02/359836/HA RK 19-147,
ECLI:NL:RBZWB:2019:4387
(mr. De Graaf)

Smartengeld. Voorlopig deskundigenonderzoek. QALY-methode.

[BW art. 7:658]

Eiser is een arbeidsongeval overkomen bij zijn werkgever Interjute. Hij heeft hierbij blijvend letsel aan zijn rechterhand opgelopen. NN heeft namens Interjute aansprakelijkheid erkend en een bedrag van € 52.500 aan eiser betaald bij wijze van voorschot.

Eiser verzoekt de rechtbank een deskundigenonderzoek te gelasten, met benoeming van prof. Visscher als deskundige. Visscher heeft de zogenoemde QALY-methode ontwikkeld, waarbij de invloed van een medische conditie op de kwaliteit van leven wordt uitgedrukt in een geldbedrag. Visscher heeft deze methode toepasbaar gemaakt om als hulpmiddel te dienen bij de bepaling van de hoogte van het smartengeld. Het doel van eiser is om de resultaten van het voorlopig deskundigenonderzoek te gebruiken ter onderbouwing van zijn vordering tot immateriële schadevergoeding. Het verzoek is volgens NN niet ter zake dienend, onvoldoende concreet en betreft bovendien geen feiten die met een deskundigenonderzoek bewezen kunnen worden.

De rechtbank is van oordeel dat het verzoek van eiser niet ter zake dienend is en geen feiten betreft die met het onderzoek bewezen kunnen worden. Eiser wenst met het beoogde onderzoek zijn vordering tot immateriële schadevergoeding nader te onderbouwen op een wijze die geen steun vindt in het recht. Conform vaste jurisprudentie dient de rechter de vergoeding voor immateriële schade naar billijkheid vast te stellen. Naar het oordeel van de rechtbank heeft eiser niet inzichte-