

nalaten van de verzekeraar in strijd met deze plicht.²²

Als het voorgaande inderdaad rechtens is, wordt daarmee het verschil tussen gevallen die wél en die niet worden bestreken door art. 7:954 BW, kleiner. Zeker bij massaschadegevallen waarin de verzekerde som voorzienbaar ontoereikend zal zijn, is er alle aanleiding om meer van de verzekeraar te verlangen dan het enkele abandonneren van de verzekerde som.

W.H. van Boom
hoogleraar Privaatrecht Erasmus
Universiteit Rotterdam

101

Rechtbank Alkmaar
22 april 2009, nr. 99655/HA ZA 08-22, LJN
BI1927
(mrs. Reid, Kraefft, Hazeu)
Noot W.H. van Boom

Collectieve actie. Verjaring individuele schadevergoedingsvorderingen.

[BW art. 3:305a, 3:310, 3:319]

Nasleep legionellabesmetting West-Friese Flora (1999). Een individuele benadeelde vordert in deze bodemprocedure vergoeding van whirlpoolverkooper. Het beroep van de verkoper op verjaring wordt verworpen. De strekking van de collectieve actie van art. 3:305a BW brengt immers mee dat de individuele gerechtigde die een schadevergoedingsvordering wenst in te stellen hiermee mag wachten tot dat in het kader van een collectieve actie onherroepelijk is vastgesteld wie daarvoor aansprakelijk kan worden gehouden, aldus de rechtbank. Laatstgenoemde dient er dus, zowel wat zijn bewijspositie als zijn vermogenspositie betreft, rekening mee te houden dat er na een toewijzende uitspraak waarin hij berust, aansluitend individuele schadevergoedingsacties kunnen volgen.

22. Overigens lijkt mij op het eerste gezicht alsdan ook sprake te zijn van handelen van het stichtingsbestuur in strijd met de statuten (zie immers art. 2, m.n. 2.2 onder b-e, zoals weergegeven in r.o. 2.6).

Gedaagde betwist bovendien causaal verband. Nu vaststaat dat de benadeelde de bewuste tentoonstelling heeft bezocht en besmet is geraakt met de legionellabacterie, gaat de rechtbank voorshands van condicio sine qua non-verband uit. Voor het geval de gedaagde niet slaagt in het leveren van tegenbewijs tegen dit voorshands aangenomen verband, wikkelt de rechtbank ook al voor zover mogelijk (voorwaardelijk) de gevorderde schade-posten af.

[Naam eiser] te Medemblik,
eiser,
advocaat: mr. C.C.J. de Koning,
tegen
de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [bedrijfsnaam gedaagde] te Heerhugowaard,
gedaagde,
advocaat: mr. J. van Rhijn.
Partijen worden hierna [eiser] en [gedaagde] genoemd.

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

2. *De feiten*

2.1. Van 19 tot 28 februari 1999 is in Bovenkarspel de “66e Westfriese Flora” (hierna ook: de Flora) gehouden. [Gedaagde] heeft daar een whirlpool geëxposeerd.

2.2. Van 9 tot 16 maart 1999 is [eiser] opgenomen geweest in het Westfries Gasthuis te Hoorn. Daar is bij hem een legionellapneumonie geconstateerd.

2.3. [Eiser] heeft (samen met een derde) bij exploit van 30 november 1999 onder meer [gedaagde] in kort geding gedagvaard voor de president van deze rechtbank en gevorderd onder meer [gedaagde] te veroordelen om bij wijze van voorschot op de schadevergoeding een bedrag van f 50.000,= te betalen. Bij vonnis van 20 januari 2000 (gepubliceerd op www.rechtspraak.nl onder LJ-Nummer AA4370) heeft de president van de rechtbank de gevorderde voorziening geweigerd. Bij arrest van 4 januari 2001 (gepubliceerd op www.rechtspraak.nl onder LJ-Nummer AA9299) heeft het Gerechtshof te Amsterdam (hierna: het Hof) dit vonnis van de president bekrachtigd. Bij arrest van 29 november 2002 (gepubliceerd op www.rechtspraak.nl onder LJ-Nummer AE5162) heeft de Hoge Raad het

door [gedaagde] tegen het arrest van het Hof ingestelde beroep in cassatie verworpen.

2.4. In februari 2000 heeft de Consumentenbond een procedure aangespannen tegen onder meer [gedaagde]. De rechtbank heeft hierop bij vonnis van 12 december 2002 (gepubliceerd op www.rechtspraak.nl onder LJ-Nummer AF1817) voor recht verklaard dat zowel [gedaagde] als een andere standhouder onrechtmatig heeft gehandeld jegens personen van wie vast komt te staan dat zij als gevolg van een bezoek aan de Flora besmet zijn geraakt met de legionellabacterie.

2.5. Bij arrest van 25 oktober 2007 (gepubliceerd op www.rechtspraak.nl onder LJ-Nummer BB6504) heeft het Hof het vonnis van de rechtbank van 12 december 2002 bekrachtigd.

2.6. Gedurende de procedure van de Consumentenbond heeft [eiser] de rechtbank in het kader van een voorlopig deskundigenbericht verzocht een aantal deskundigen te benoemen, welk verzoek is gehonoreerd. De rechtbank heeft twee deskundigen benoemd, longarts [naam 1] (hierna: de longarts) en neuroloog [naam 2] (hierna: de neuroloog), die beiden een rapport hebben opgesteld. Zowel het rapport van de longarts, gedateerd 12 april 2006, als het rapport van de neuroloog, gedateerd 11 december 2006, heeft [eiser] in deze procedure overgelegd.

3. Het geschil

3.1. [Eiser] heeft gevorderd, kort weergegeven, dat de rechtbank bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

- voor recht verklaart dat [gedaagde] aansprakelijk is voor de door [eiser] als gevolg van de legionellabesmetting geleden en nog te lijden materiële en immateriële schade en gehouden is deze schade te vergoeden;
- [gedaagde] veroordeelt tot betaling van een immateriële schadevergoeding van € 25.000,= vermeerderd met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf 1 maart 1999;
- [gedaagde] veroordeelt tot betaling van een materiële schadevergoeding van € 346,=;
- [gedaagde] veroordeelt tot betaling van de materiële schade uit hoofde van verlies aan arbeidsvermogen, op te maken bij staat en vermeerderd met de wettelijke rente vanaf het tijdstip van opeisbaar worden van deze schade;
- [gedaagde] veroordeelt tot vergoeding van

de proceskosten, waaronder de kosten van de verzoekschriftprocedure met nummer 82861/HA RK 05-49.

3.2. [Eiser] heeft – kort weergegeven – het volgende aan zijn vordering ten grondslag gelegd. Na een bezoek aan de Flora in februari 1999 is hij slachtoffer geworden van een legionellabesmetting. Hierdoor heeft hij zowel materiële als immateriële schade geleden.

Uit het arrest van 25 oktober 2007 van het Hof volgt volgens [eiser] dat [gedaagde] verantwoordelijk is voor de door [eiser] opgelopen besmetting, tenzij [gedaagde] erin slaagt het tegendeel te bewijzen. Aangezien uit de rapporten van beide deskundigen volgens [eiser] blijkt dat hij een legionellabesmetting heeft opgelopen en daaraan blijvende klachten heeft overgehouden, is [gedaagde] verplicht de daaruit voortkomende schade te vergoeden.

3.3. [Gedaagde] heeft de vordering en de motivering daarvan weersproken op gronden die hierna, voor zover van belang, aan de orde zullen komen.

4. De beoordeling

4.1. De kernvraag is of [gedaagde] jegens [eiser] toerekenbaar onrechtmatig heeft gehandeld en zo ja, of de door [eiser] gestelde schade hieruit is voortgevloeid.

Nu [gedaagde] een beroep op verjaring heeft gedaan, zal de rechtbank dit verweer als eerste bespreken.

4.2. Verjaring

4.2.1. [Gedaagde] heeft onder meer aangevoerd dat de verjaring in april-mei 1999 is aangevangen en dat de collectieve van de Consumentenbond de verjaring niet heeft gestuit, nu de Consumentenbond niet als schuldeiser in de zin van artikel 3:317 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) moet worden beschouwd en de Consumentenbond als collectief optrad en niet namens [eiser]. Verder heeft [gedaagde], onder verwijzing naar een arrest van 22 juni 2004 van het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch (gepubliceerd op www.rechtspraak.nl onder LJ-Nummer AR2537), betoogd dat een procedure waarin een verklaring voor recht wordt gevraagd geen daad van rechtsvervolgving oplevert en daarom geen stuitende werking heeft.

4.2.2. [Eiser] heeft het beroep op verjaring betwist en onder meer gesteld dat de collectieve

actie van de Consumentenbond wel stuitende werking heeft.

4.2.3. De rechtbank overweegt dat ingevolge artikel 3:310 BW de rechtsvordering tot schadevergoeding van [eiser] verjaart door verloop van vijf jaren nadat hij bekend is geworden met zijn schade en de persoon die hij daarvoor aansprakelijk hield.

De rechtbank stelt vast dat deze verjaringstermijn is gaan lopen op 30 september 1999 toen [eiser], blijkens de door [gedaagde] overgelegde beschikking van deze rechtbank van 28 oktober 1999, zijn verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor heeft aangevuld door het ook te richten tegen [gedaagde]. Hieruit blijkt dat [eiser] op dat moment bekend was met de door hem aan het bezoek van de Flora toegeschreven schade en met de persoon die hij daarvoor aansprakelijk hield, te weten [gedaagde]. Dat [eiser] hiermee al eerder bekend was, heeft [gedaagde] weliswaar gesteld maar niet onderbouwd, zodat de rechtbank hieraan voorbijgaat.

Dit betekent dat de rechtsvordering van [eiser] na verloop van vijf jaren, derhalve op 1 oktober 2004, in beginsel is verjaard.

4.2.4. Ingevolge artikel 3:316 lid 1 BW kan de verjaring van een rechtsvordering echter worden gestuit door het instellen van een eis, alsmede door iedere andere daad van rechtsvervolging van de zijde van de gerechtigde, die in de vereiste vorm geschiedt.

4.2.5. Partijen twisten over het antwoord op de vraag of de in februari 2000 door de Consumentenbond als collectieve actie op grond van artikel 305a BW ingestelde vordering, hiervoor genoemd onder 2.4, de verjaring heeft gestuit. Aan de wetsgeschiedenis van het collectieve actierecht (de artikelen 3:305a en 3:305b BW) heeft de rechtbank het volgende ontleend (Kamerstukken II 1992/93, 22 486, nr. 5, p. 3; MvA II):

“5. De leden van de CDA-fractie hebben voorts gevraagd in te gaan op de verjaringproblematiek. Zij vroegen zich af of in individuele gevallen de verjaringstermijn wordt gestuit door het instellen van een collectieve actie. Artikel 3:316 lid 1 BW bepaalt dat de verjaring van een rechtsvordering wordt gestuit door het instellen van een eis, alsmede door iedere andere daad van rechtsvervolging van de zijde van de gerechtigde. De woorden ‘van de zijde van de gerechtigde’ brengen hier-

bij tot uitdrukking dat de verjaring niet alleen gestuit wordt door een handeling van de gerechtigde zelf, maar ook door een handeling van een ander aan diens zijde. Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 934. Die ander kan ook een belangenorganisatie zijn die mede ten behoeve van de gerechtigde een collectieve actie instelt. Dit is ook wenselijk omdat een gerechtigde individueel verder kan afzien van een daad van rechtsvervolging indien hij weet dat mede ten behoeve van hem een collectieve actie is ingesteld. (...) Overigens moet worden aangetekend dat voor stuiting niet van belang is welke eis wordt ingesteld. Een vordering tot een verklaring voor recht in een collectieve actie stuit derhalve de verjaringstermijn van een eventueel daarop aansluitende individuele rechtsvordering tot bij voorbeeld schadevergoeding.”

4.2.6. De Consumentenbond heeft de hiervoor onder 2.4 genoemde procedure aangespannen voor de brede groep van besmet geraakte bezoekers aan de Flora (de rechtbank verwijst naar overweging 3.2.3 van het onder 2.5. vermelde arrest van het Hof). De rechtbank stelt vast, onder verwijzing naar de overwegingen hierna onder 4.3 dat [eiser] tot deze groep behoort. Gelet hierop en in lijn met wat hiervoor onder 4.2.5 is weergegeven, hetgeen de rechtbank als opvatting van de wetgever beschouwt, moet de door de Consumentenbond aangespannen procedure worden aangemerkt als een daad van rechtsvervolging van de zijde van [eiser] die de verjaring van zijn schadevergoedingsvordering jegens [gedaagde] heeft gestuit. Het arrest waarnaar [gedaagde] heeft verwezen, maakt het vorenstaande niet anders omdat dit geen betrekking heeft op een collectieve actie en alleen daarom al niet goed vergelijkbaar is met deze zaak. De stelling van [gedaagde] dat de Consumentenbond geen schuldeiser in de zin van artikel 3:317 BW is, heeft de rechtbank gepasseerd. Dit artikel handelt immers over de stuiting van de verjaring door aanmaning of mededeling en dit is in het onderhavige geval niet aan de orde.

4.2.7. De volgende vraag is wat het effect is geweest van deze stuiting. Bij de beantwoording van deze vraag overweegt de rechtbank het volgende. Met de invoering van de collectieve actiebevoegdheid van artikel 3:305a BW heeft de wetgever omwille van een effectieve en efficiënte afdoening van vormen van massa-

schade mogelijk gemaakt dat een belangenorganisatie een verklaring voor recht vordert ter zake van onder meer onrechtmatig handelen. De wetgever heeft echter niet voorzien in een specifieke bepaling voor de termijn waarbinnen een individuele schadevergoedingsvordering aansluitend op een collectieve actie moet zijn ingesteld. Hierdoor is sprake van een ommissie in de wettelijke regeling betreffende verjaring. Onverkorte toepassing van het op 1 januari 1992 – derhalve vóór de inwerkingtreding van artikel 3:305a BW op 1 juli 2004 – in werking getreden artikel 3:319 BW op het onderhavige geval, druist in tegen de kennelijke bedoeling van de wetgever.

4.2.8. Naar het oordeel van de rechtbank brengt de strekking van de collectieve actie van artikel 3:305a BW immers mee dat de individuele gerechtigde die een schadevergoedingsvordering wenst in te stellen hiermee mag wachten totdat in het kader van een collectieve actie onherroepelijk is vastgesteld wie daarvoor aansprakelijk kan worden gehouden. Laatstgenoemde dient er dus, zowel wat zijn bewijspositie als zijn vermogenspositie betreft, rekening mee te houden dat er na een toewijzende uitspraak waarin hij berust, aansluitend individuele schadevergoedingsacties kunnen volgen.

Gelet op het doel en de rechtvaardiging van bevrijdende verjaring dient op enig moment het belang dat de debiteur ([gedaagde]) erbij heeft dat de vordering tot schadevergoeding tegen hem niet meer in rechte kan worden afdwongen zwaarder te wegen dan het belang dat de gerechtigde ([eiser]) heeft bij voortdurende afdwingbaarheid van zijn vordering.

Dit betekent dat een individuele schadevergoedingsvordering binnen een redelijke termijn na afloop van de collectieve actie dient te worden ingesteld.

4.2.9. Zoals hiervoor onder 2.5 is weergegeven, heeft het Hof bij arrest van 25 oktober 2007 het vonnis van deze rechtbank waarbij een verklaring voor recht over onrechtmatig handelen van onder meer [gedaagde] is uitgesproken, bekrachtigd. Bij dagvaarding van 21 december 2007 heeft [eiser] vervolgens een vordering tot schadevergoeding ingesteld. De rechtbank is, al het vorenstaande in aanmerking nemende, van oordeel dat [eiser] zijn vordering in ieder geval binnen een redelijke termijn na het arrest van het Hof aanhangig

heeft gemaakt. De stelling van [gedaagde] dat zij niet wist voor wie de Consumentenbond optrad, maakt het voorgaande niet anders.

4.2.10. Gelet op al het vorenstaande wordt het beroep op verjaring dan ook verworpen.

4.3. Heeft [eiser] de Flora bezocht?

4.3.1. Thans zal de rechtbank, gelet op de betwisting van [gedaagde] hiervan, ingaan op de vraag of [eiser] daadwerkelijk bezoeker is geweest van de Flora. De rechtbank beantwoordt deze vraag bevestigend. Zij neemt daarbij in aanmerking dat partijen al meerdere jaren twisten – zie hiervoor onder 2.3 – over het antwoord op de vraag of [gedaagde] is gehouden tot vergoeding van de schade die [eiser] stelt te hebben geleden als gevolg van een op de Flora opgelopen legionellabesmetting. Vast staat dat [eiser] van meet af aan heeft verklaard bezoeker van de Flora te zijn geweest. Dit blijkt bijvoorbeeld uit het proces-verbaal van comparitie en de door [eiser] overgelegde “Verpleegkundige rapportage” van zijn opname in het Westfries Gasthuis in maart 1999 (productie 3 bij dagvaarding). Eerst in het kader van de onderhavige procedure heeft [gedaagde] de aanwezigheid van [eiser] op de Flora betwist.

4.3.2. Onder deze omstandigheden kon [gedaagde] niet volstaan met de enkele betwisting van de aanwezigheid van [eiser] op de Flora zonder daarbij uiteen te zetten waarom deze stelling eerst nu naar voren is gebracht. Voorts passeert de rechtbank de stelling van [gedaagde] dat er destijds in het Westfries Gasthuis ook mensen met de veteranenziekte zijn opgenomen die de Flora dan wel de bewuste hal niet hadden bezocht, bij gebreke van een onderbouwing. Ter comparitie is namens [gedaagde] nog de stelling ingenomen dat zij bekend is met het voorbeeld van een man die tijdens de opbouw van de Flora met de legionellabacterie is besmet, terwijl [gedaagde] nog niet op de Flora stond. Deze stelling ontbeert relevantie nu gesteld noch gebleken is dat [eiser] tijdens de opbouw de Flora heeft bezocht.

4.4. Het causaal verband en toepassing van de omkeringsregel

4.4.1. Bij het onder 2.5 genoemde arrest heeft het Hof geoordeeld dat er een gereede kans bestaat dat een bezoeker van de Flora die aantoonbaar dat hij besmet is met de legionellabacte-

rie, die besmetting heeft opgelopen door de whirlpool van [gedaagde].

Daarom acht het Hof het, behoudens door [gedaagde] te leveren tegenbewijs, in overeenstemming met redelijkheid en billijkheid uit te gaan van *condicio sine qua non*-verband tussen de gedraging van [gedaagde] enerzijds en de door de bezoeker geleden schade als gevolg van besmetting met de legionellabacterie anderzijds (zie overweging 6.37 van het arrest).

4.4.2. De rechtbank overweegt dat dit arrest, gelet op het bepaalde in artikel 236 van het Wetboek van Rechtsvordering, slechts bindende kracht heeft tussen de Consumentbond en [gedaagde] (en een andere standhouder). Gelet op de inhoud van de verkregen verklaring voor recht, gaat de rechtbank er evenwel van uit dat de gedraging van [gedaagde] ook jegens [eiser] onrechtmatig is, indien en voor zover komt vast te staan dat [eiser] tot de in de verklaring voor recht genoemde groep personen behoort.

4.4.3. Nu de rechtbank heeft vastgesteld dat [eiser] de Flora heeft bezocht en vaststaat dat hij besmet is geraakt met de legionellabacterie, neemt de rechtbank, met inachtneming van het voorgaande, voorschijns aan dat sprake is van een *condicio sine qua non*-verband tussen de gedraging van [gedaagde] enerzijds en de door [eiser] als bezoeker geleden schade als gevolg van besmetting met de legionellabacterie anderzijds. Gelet op het bewijsaanbod van [gedaagde], zal de rechtbank [gedaagde] in de gelegenheid stellen hiervan tegenbewijs te leveren.

4.4.4. Indien en voor zover [gedaagde] niet in het tegenbewijs mocht slagen, overweegt de rechtbank ten aanzien van de door [eiser] gestelde schadeposten, reeds nu – mede gelet op het verzoek van [eiser] om spoedig uitsluitel omtrent de schade – uitsluitend voor dat geval het volgende.

4.5. De immateriële schadevergoeding van € 25.000,=

4.5.1. [Eiser] heeft gesteld dat de kwaliteit van zijn leven sinds de besmetting ernstig achteruit is gegaan. Hij verwijst naar de klachten die de neuroloog heeft vastgesteld en voegt daaraan toe dat deze sterke aanwijzingen ziet voor het psychiatrisch syndroom PTSS. Voorts heeft [eiser] gesteld dat als er bij hem al sprake was van de longziekte COPD, hij daar vóór de be-

smetting geen hinder van ondervond. Ook heeft hij zijn hobby biljarten moeten opgeven en zijn werk moeten staken. Daarnaast stelt [eiser] in doodsangst te hebben verkeerd omdat ten tijde van zijn ziekenhuisopname tientallen mensen bezweken aan de besmetting. Uit de medische informatie blijkt volgens [eiser] dat ook bij hem reëel gevaar van overlijden heeft bestaan. Hij heeft dus niet alleen met lichamelijke maar ook met geestelijke klachten te maken en moet rekening houden met voortijdig overlijden vanwege de besmetting. [Eiser] vordert daarom een vergoeding voor immateriële schade van € 25.000,=.

4.5.2. [Gedaagde] heeft zich hiertegen verweerd door aan te voeren dat de klachten die [eiser] uit niet gerelateerd zijn aan de legionellabesmetting. Uit het rapport van de longarts blijkt dat de klachten en symptomen er ook zouden zijn geweest als er geen legionellabesmetting was opgetreden. [Gedaagde] wijst er verder op dat het volgens de neuroloog onmogelijk is om specifieke beperkingen aan te geven op de onderdelen van het dagelijks leven, vrije tijdsbesteding, huishoudelijke werkzaamheden of lopende arbeid.

Daarnaast voert [gedaagde] aan dat het rapport van de neuroloog niet voldoet aan de laatste richtlijnen voor de bepaling van functieverlies en beperkingen bij neurologische aandoeningen. Voorts betwist [gedaagde] dat de kwaliteit van het leven van [eiser] ernstig achteruit is gegaan vanwege de legionellabesmetting. Ten slotte wordt volgens [gedaagde] niet door een medicus bevestigd dat [eiser] rekening moet houden met voortijdig overlijden vanwege bedoelde besmetting.

4.5.3. [Gedaagde] heeft in het kader van de betwisting van de medische rapporten de 42 pagina's tellende "Nederlandse richtlijnen voor de bepaling van functieverlies en beperkingen bij neurologische aandoeningen" overgelegd. Waarom het rapport van de neuroloog niet aan deze richtlijnen zou voldoen heeft [gedaagde] niet toegelicht, hetgeen zeker bij informatie van een dergelijke omvang wel op haar weg had gelegen. Daarom en nu de rechtbank ook overigens niet is gebleken dat het onderzoek van de neuroloog onjuist dan wel onvolledig is geweest, gaat de rechtbank uit van de conclusies van de neuroloog en maakt deze tot de hare.

Ook de conclusies uit het deskundigenbericht

van de longarts, wiens rapport [gedaagde] niet heeft betwist, maakt de rechtbank tot de hare.

4.5.4. De longarts heeft vastgesteld dat [eiser] ten tijde van zijn onderzoek lijdt aan een COPD GOLD klasse II. Dit is een progressieve longziekte. De longarts is van oordeel dat de (bijbehorende) klachten en symptomen er op termijn ook in zekere mate zouden zijn geweest als er geen legionellabesmetting bij [eiser] was opgetreden. De longarts is verder van oordeel dat klachten en symptomen als gevolg van een legionellabesmetting ten tijde van het onderzoek hierbij geen rol spelen. Ten slotte stelt de longarts: “Het is bekend dat patiënten die COPD hebben, heel lang zonder klachten goed kunnen functioneren. Vaak is er een trigger nodig om klachten te veroorzaken. Dit kan een simpele griep zijn, dit kan stress zijn, dit zou ook de Legionella pneumonie kunnen zijn. Het geheel van het verhaal lijkt er inderdaad op dat patiënt al langer een beginnende COPD heeft zonder dat hij daar subjectief veel last van had. De longfunctiewaarden uit de brief van P. de Vries, longarts Westfries Gasthuis dd 10-04-2000 laat reeds een geringe obstructie zien met een normale diffusie, dus toen was er reeds een COPD GOLD klasse I aanwezig. Na de Legionella pneumonie heeft hij veel meer last van zijn ziekte gekregen. Het is niet aannemelijk dat de Legionella pneumonie de COPD verergerd heeft en het is niet bekend dat een pneumonie, ook Legionella pneumonie, COPD kan veroorzaken.

Ik ga er dus vanuit dat de COPD reeds veel langer bestaan heeft, maar dat de trigger voor het krijgen van klachten, de Legionella pneumonie geweest is.”

De rechtbank concludeert hieruit dat de legionellabesmetting weliswaar niet de progressieve longziekte heeft veroorzaakt waaraan [eiser] lijdt maar dat deze besmetting wel de aanleiding is geweest voor het optreden van de bij deze longziekte horende klachten.

4.5.5. Uit het rapport van de neuroloog blijkt dat bij [eiser] sprake is van inprentingsstoornissen die zijn ontstaan als gevolg van de legionellabesmetting.

De neuroloog stelt dat [eiser] hierdoor wordt gehinderd in zijn dagelijks leven en bij het verrichten van loonvormende arbeid, maar het benoemen van specifieke beperkingen op de onderdelen dagelijks leven, vrijetijdsbeste-

ding, huishoudelijke werkzaamheden of loonvormende arbeid is volgens de neuroloog onmogelijk. De neuroloog schat het percentage blijvende invaliditeit als gevolg van de legionellabesmetting op 5% van de gehele mens. Volgens de aanvullende richtlijnen van de Nederlandse Vereniging van Neurologen is bij [eiser] sprake van een (milde) stoornis van het geïntegreerde mentale functioneren.

4.5.6. Uit de aantekeningen gemaakt op 12 maart 1999 in de hiervoor onder 4.3.1 al genoemde “Verpleegkundige rapportage” begrijpt de rechtbank dat de toestand van [eiser] op die datum aanleiding gaf zijn familie in te lichten die vervolgens naar het ziekenhuis is gekomen. De rechtbank begrijpt hieruit dat werd gevreesd voor het overlijden van [eiser] als gevolg van de legionellabesmetting.

Dat [eiser], zoals hij heeft gesteld, rekening heeft te houden met vroegtijdig overlijden als gevolg van de legionellabesmetting, blijkt echter niet uit de rapporten van de longarts en de neuroloog en [eiser] heeft deze stelling verder niet onderbouwd.

4.5.7. Alle hiervoor onder 4.5.4 tot en met 4.5.6 genoemde omstandigheden in aanmerking nemend, komt de rechtbank een schadevergoeding van € 5.000,= als redelijk voor. De gevorderde wettelijke rente over het bedrag aan immateriële schadevergoeding vanaf 1 maart 1999 zal de rechtbank, als zijnde onvoldoende gemotiveerd betwist, toewijzen.

4.6. *De materiële schade van € 346,=*

4.6.1. [Eiser] heeft gesteld dat hij voor zijn achtdaagse verblijf in het ziekenhuis recht heeft op een daggeldvergoeding van in totaal € 184,=. Voor reiskosten gemaakt in verband met controles in het ziekenhuis en voor twee onderzoeken door deskundigen vordert hij een vergoeding van in totaal € 162,=.

4.6.2. [Gedaagde] betwist deze schade en voert aan dat [eiser] ondanks betekening en betalingsverzoeken niet aan zijn verplichting heeft voldaan om een bedrag van € 894,= te betalen aan [gedaagde], zoals vermeld in de door haar overgelegde kopie van het betekeningsexploot, en de rente over dit bedrag en de kosten van de deurwaarder. [Gedaagde] stelt dat de door [eiser] gevorderde bedragen aan ziekenhuiskosten en reiskosten ruimschoots worden overtroffen door hetgeen [eiser] aan [gedaagde] schuldigt is.

4.6.3. De rechtbank verwerpt de betwisting van de schade door [gedaagde] omdat deze niet is onderbouwd. De rechtbank begrijpt dat [gedaagde] zich beroept op verrekening van dit schadebedrag met de vordering die zij nog op [eiser] heeft. [Eiser] heeft deze vordering van [gedaagde] niet betwist. [Gedaagde] heeft nagelaten bedragen betreffende de rente en kosten te vermelden, maar duidelijk is dat de vordering van [gedaagde] die van [eiser] overtreft. Gelet hierop is de vordering van [gedaagde] tot het beloop van de vordering van [eiser], te weten tot een bedrag van € 346,=, liquide. Het beroep op verrekening slaagt dan ook en de rechtbank zal de vordering van [eiser] van € 346,= afwijzen.

4.7. *De materiële schade vanwege verlies aan arbeidsvermogen*

4.7.1. [Eiser] heeft gesteld dat uit de medische rapporten voldoende duidelijk is geworden dat hij als gevolg van de besmetting ernstige gezondheidsschade heeft geleden die het gestelde verlies aan arbeidsvermogen voldoende aannemelijk maakt. Ter comparitie heeft [eiser] verklaard dat hij ten tijde van de legionellabesmetting zelfstandig importeur was van speelgoed.

In het rapport van de neuroloog is vermeld dat [eiser] een eigen bedrijf wilde beginnen, een vertegenwoordiging in speelgoed, daarvoor in februari 1999 een kantoor heeft ingericht en spullen gekocht, maar daar door de legionella-infectie nooit iets mee heeft kunnen doen.

4.7.2. [Gedaagde] heeft hiertegen als verweer aangevoerd dat de leeftijd van [eiser] ten tijde van de Flora 68 jaar was en bij het nemen van de conclusie van antwoord 77 jaar.

Gelet hierop (de rechtbank begrijpt: op de leeftijd van [eiser]) is er volgens [gedaagde] geen sprake van verlies aan verdien capaciteit. [Gedaagde] voegt daaraan toe dat de onderneming van [eiser] destijds verliesgevend was.

4.7.3. Nu niet is weersproken dat [eiser] in februari 1999 werkzaamheden verrichtte, heeft [eiser] de mogelijkheid van schade wegens verlies van arbeidsvermogen aannemelijk gemaakt. Dit betekent dat de vordering tot betaling van de materiële schade uit hoofde van verlies aan arbeidsvermogen, nader op te maken bij staat, voor toewijzing in aanmerking komt.

4.8. *Overige*

4.8.1. De rechtbank houdt alle overige beslissingen, waaronder die betreffende de gevorderde verklaring voor recht, aan.

5. *De beslissing*

De rechtbank

5.1. Laat [gedaagde] toe tot het leveren van tegenbewijs tegen de voorshands bewezen stelling dat *condicio sine qua non*-verband bestaat tussen de gedraging van [gedaagde] enerzijds en de door [eiser] geleden schade als gevolg van besmetting met de legionellabacterie anderzijds.

5.2. Bepaalt dat de zaak weer op de rol zal komen van 27 mei 2009 voor uitlating door [gedaagde] of zij bewijs wil leveren door het overleggen van bewijsstukken, door het horen van getuigen en/of door een ander bewijsmiddel.

5.3. Bepaalt dat [gedaagde], indien zij geen bewijs door getuigen wil leveren maar wel bewijsstukken wil overleggen, die stukken direct in het geding dient te brengen.

5.4. Bepaalt dat [gedaagde], indien zij getuigen wil laten horen, de getuigen en de verbinders van de partijen en hun advocaten in de maanden juni, juli en augustus 2009 direct dient op te geven, waarna dag en uur van het getuigenverhoor zullen worden bepaald.

5.5. Bepaalt dat dit getuigenverhoor zal plaatsvinden voor mr. M. Kraefft als rechter-commissaris, in het gerechtsgebouw te Alkmaar aan Kruseman van Eltenweg 2.

5.6. Bepaalt dat alle partijen uiterlijk twee weken voor het eerste getuigenverhoor alle beschikbare bewijsstukken aan de rechtbank en de wederpartij moeten toesturen.

5.7. Houdt iedere verdere beslissing aan.

NOOT

Naast de kortgeding uitspraak van de Voorzieningenrechter Rechtbank Zutphen van 14 mei 2009 (hierboven afgedrukt als «JA» 2009/100 (Consumentenbond/Stichting Talpa)), markeert ook dit vonnis het weinig feestelijke tienjarig jubileum van de legionellabesmetting opgelopen op de 66^e Bovenkarspelse Flora.

Eiser in deze zaak had al in november 1999 samen met een andere benadeelde een kort geding aangespannen bij de Rechtbank Alkmaar waarin hij een voorschot van Jan Jong Holding BV, de whirlpoolverkoper, vorderde. De voor-

zieningenrechter oordeelde destijds dat de verkoper wel een fout had gemaakt maar hij wees de eis tot schadevergoeding af omdat causaal verband onvoldoende was komen vast te staan.¹ Tegen deze uitspraak stelden beide partijen appel in. Het Hof Amsterdam kwam eveneens tot het oordeel dat sprake was van een toerekenbare onrechtmatige daad en dat causaal verband was komen vast te staan, maar wees niettemin de vordering tot voorschot af. De reden hiervoor was dat de eisers onvoldoende inzicht hadden verschaft in de inkomens- en vermogenspositie voor en na de schadeveroorzakende gebeurtenis zodat in kort geding niet mogelijk was om de omvang van hun schade en dus een eventueel voorschot vast te stellen.² Het cassatieberoep tegen dit arrest werd door de Hoge Raad in 2002 verworpen.³

Intussen was de Consumentenbond in februari 2000 met een collectieve actie ex art. 3:305a BW gestart teneinde verklaring voor recht tegen de whirlpoolverkoper te verkrijgen. Rechtbank Alkmaar verklaarde op 12 december 2002 (LJN AF1817) op vordering van de Consumentenbond voor recht dat de whirlpoolverkoper onrechtmatig heeft gehandeld jegens personen van wie vast komt te staan dat zij als gevolg van een bezoek aan de 66e Flora besmet zijn geraakt met de legionella-bacterie. Het Hof Amsterdam bekrachtigde op 25 oktober 2007 (LJN BB6504, «JA» 2008/2) dit vonnis op het punt van de aansprakelijkheid van de bubbelbadverkoper. Tegen dit arrest is geen cassatie ingesteld en daarmee is de verklaring voor recht op 25 januari 2008 onherroepelijk geworden.

De eiser in de hier behandelde zaak heeft in de tussengelegen periode werk gemaakt van het aantonen van zijn schade, onder andere door voorlopig deskundigenbericht van medisch specialisten te verkrijgen. Vervolgens is hij de onderhavige bodemprocedure gestart waarin hij onder meer vergoeding van geleden schade vordert. Het belangrijkste onderdeel van de uit-

spraak van de rechtbank betreft de verwerping van het beroep op verjaring. Daarover kort enige opmerkingen. Ik verwijs ook naar mijn annotatie onder «JA» 2009/100 (Consumentenbond/Stichting Talpa).

De whirlpoolverkoper stelt zich in deze procedure op het standpunt dat de collectieve actie van de Consumentenbond niet de stuiting van de verjaring in de individuele schadevergoedingsvordering van de eiser ten gevolge kan hebben gehad. Net als de Voorzieningenrechter Rechtbank Zutphen verwerpt de Rechtbank Alkmaar dit verweer. De redenering lijkt niet volledig dezelfde te zijn. De Rechtbank Alkmaar neemt als aanvangsdatum van de verjaring 30 september 1999, het moment waarop eiser bekend werd met schade en aansprakelijke persoon in de zin van art. 3:310 BW. Verjaring zou dus op 1 oktober 2004 intreden tenzij stuiting heeft plaatsgevonden. Die stuiting kan onder andere hebben plaatsgevonden (art. 3:316 BW) "door het instellen van een eis, alsmede door iedere andere daad van rechtsvervolgving van de zijde van de gerechtigde, die in de vereiste vorm geschiedt".

De rechtbank verwijst dan (r.o. 4.2.5) naar een passage uit de Memorie van Antwoord bij het wetsvoorstel voor art. 3:305a BW waaruit volgt dat een 305a-actie stuitende werking heeft voor de individuele belanghebbenden.⁴ Aangezien eiser behoort tot de groep personen wier belangen de Consumentenbond behartigde met de 305a-actie, moet die actie als een daad van rechtsvervolgving van de zijde van de eiser worden gezien, aldus de rechtbank.

Wat betreft het gevolg van de stuiting lopen de oordelen van de Voorzieningenrechter Rechtbank Zutphen en die van de Rechtbank Alkmaar uiteen. De Voorzieningenrechter Rechtbank Zutphen oordeelt dat op grond van art. 3:319 BW een vijfjarige verjaringstermijn is aangevangen op 25 januari 2008, de datum waarop de toewijzing van de eis uit de collectieve actie van de Consumentenbond definitief werd. De Rechtbank Alkmaar overweegt echter dat de wetgever niet heeft voorzien in dit geval, en ik denk dat dat strikt genomen juist is. Indien de eis wordt toegewezen, is namelijk niet

1. Rb. Alkmaar 20 januari 2000, nr. 448a/1999 JJ, LJN AA4370.
2. Hof Amsterdam 4 januari 2001, 74/00 SKG 185/00 KG, LJN AA9299.
3. HR 29 november 2002, nr. C01/060HR, NJ 2003, 549 (Jan Jong Holding BV/Hoogland-Kooi en Van Dam).

4. *Kamerstukken II* 1992/93, 22 486, nr. 5, p. 3-4.

art. 3:319 BW van toepassing maar art. 3:324 BW (verjaring van executoriale titels).⁵ De complicatie die zich hier voordoet is uiteraard dat er niet echt een eis wordt toegewezen aan de individuele benadeelde: de collectieve actie is ingesteld door een ander dan de recht-hebbende op schadevergoeding en de stuiting die de collectieve actie ten gevolge heeft wordt dus ook niet gevolgd door een toewijzend condemnatoir vonnis (laat staan toewijzend aan de benadeelde individuen) maar door een declaratoir vonnis. Dus als men hier al art. 3:319 BW zou willen toepassen, dan kan dat in het beste geval bij wijze van analoge toepassing. De rechtbank wil daar niet aan beginnen, maar de redenering begrijp ik niet: "Onverkorte toepassing van het op 1 januari 1992 – derhalve vóór de inwerkingtreding van artikel 3:305a BW op 1 juli 2004 – in werking getreden artikel 3:319 BW op het onderhavige geval, druist in tegen de kennelijke bedoeling van de wetgever." Alereerst moet worden gezegd dat art. 3:305a BW in werking is getreden op 1 juli 1994 (*Stb.* 1994, 391) en dus niet pas in 2004. Hoe dan ook valt niet direct in te zien waarom de kennelijke bedoeling van de wetgever in 1992 zich niet verdraagt met toepassing van art. 3:319 BW op het vervolg van 305a-acties, temeer gezien het feit dat de wetgever in 1994 blijkens de totstandkomingsgeschiedenis op zichzelf wel stuitende werking aangenomen heeft. Wat zou een correcte termijn zijn? Laten we eerst vaststellen dat het niet redelijk lijkt om te redeneren dat het toewijzen van de 305a-actie leidt tot toepasselijkheid van de twintigjaarstermijn van art. 3:324 BW. Dat zou individuele benadeelden wel heel veel tijd geven om tot het instellen van hun vorderingen over te gaan. Aan de andere zijde van het spectrum bevindt zich de benaderingswijze van de Rechtbank Alkmaar, die oordeelt dat een individuele schadevergoedingsvordering binnen een redelijke termijn na afloop van de collectieve actie dient te worden ingesteld (r.o. 4.2.8). Daarvan is hier in elk geval sprake geweest, aldus de rechtbank, want eiser heeft gedagvaard binnen twee maanden na het wijzen van het arrest door het hof in de 305a-zaak. Ik vind deze "redelijke termijn"-benadering on-

gelukkig, om precies dezelfde redenen die aan te voeren zijn tegen de wijze waarop de Hoge Raad in mesotheliom-zaken de dertigjarige verjaringstermijn heeft doorbroken: een dergelijke open contextafhankelijke benadering vergt weging van concrete omstandigheden en het ontwikkelen van een beoordelingskader voor die omstandigheden.⁶ Liever dan nog meer procedures te laten gaan over de vraag of geclaimd is binnen redelijke termijn na afloop van de 305a-actie, zou ik een vaste termijn willen bepleiten. Dat brengt mij toch dicht bij de uitkomst van de Voorzienenrechter Rechtbank Zutphen, zij het dat de rechtsgrond die hij kiest niet helemaal zuiver lijkt te zijn.⁷

Ik zal mij niet uitlaten over de vraag of vijf jaar, twee jaar, of zes maanden een goede termijn zou zijn voor gevallen als deze. Ik bepleit slechts dát een vaste termijn wordt gekozen en dat wordt aangegeven waar deze termijn aanvangt (wat mij betreft: de dag waarop geen rechtsmiddel meer openstaat tegen de 305a-uitspraak). Denkbaar is ten slotte ook nog dat de rechter die over de 305a-actie uitspraak doet, heel concreet aangeeft binnen hoeveel tijd (gerekend vanaf een aan te geven moment) de benadeelden hun claim moeten indienen bij de aansprakelijke c.q. vanaf welk moment de nieuwe verjaringstermijn gaat lopen en mogelijk ook hoe lang deze is. Ik geef toe, dat is wel heel veel bevoegdheid voor een rechter, maar feit is dat de wet zwijgt en niemand gebaat is bij individuele procedures over "redelijke termijn"-perikelen.

Dan nog de vraag of het voor de aansprakelijk gestelde duidelijk is welke vorderingen hij onder de collectieve actie begrepen moet achten. Dat lijkt mij een relevant criterium, maar gezien de wijze waarop de Consumentenbond de 305a-actie heeft opgezet, moet dat criterium

5. Vergelijk M.W.E. Koopmann, *Bevrijdende verjaring* (diss. VU 1993), Deventer: Kluwer 1993, p. 70.

6. HR 28 april 2000, NJ 2000, 430 (Van Hese/De Schelde). Zie J.L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring* (diss. VU), Deventer: Kluwer 2008, p. 251 e.v. Recentelijk hierover nog T. Hartlief, Jac. Hijma, H. Sniijders, 'Over verjaringsperikelen in de bemiddelingspraktijk van het Instituut Asbestslachtoffers', in: *NJB* 2009/25.

7. Ik merk op dat art. 7:907 lid 5 BW (WCAM schikking) art. 3:319 lid 2 BW van toepassing verklaart en er dus veelal ook sprake zal zijn van een vijfjaarstermijn voor individuele claimanten bij WCAM-schikkingen. Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 29 414, nr. 3, p. 16-17).

eenvoudig toe te passen zijn: alle bezoekers van de Flora die in die periode legionella hebben opgelopen (en derden in de zin van art. 6:107 en 6:108 BW), zijn personen wier belangen behartigd worden door de 305a-actie. Als uit handelingen van een individuele bezoeker valt af te leiden dat deze zich verzet tegen de uitspraak op een wijze als bedoeld in art. 3:305a lid 5 BW, dan kan mogelijk worden aangenomen dat deze zich ook verzet tegen de stuitende werking van de 305a-actie. Die individuen lijken mij dan afgemeten te moeten worden aan hun eigen daden van rechtsvervolgning als bedoeld in art. 3:316 BW.

W.H. van Boom
hoogleraar Privaatrecht Erasmus
Universiteit Rotterdam

102

Rechtbank Rotterdam
29 april 2009, nr. 287389/HA ZA 07-1700, LJN
BL8604
(mrs. Hofmeijer-Rutten, Fiege, Hes-Bakkeren)

**Asbest. Waarschuwingsplicht. Eigen schuld.
Eternit. Mesotheliom.**

[BW art. 6:162]

X heeft als zelfstandig aannemer voor zijn werkzaamheden gebruik gemaakt van asbestcementplaten die waren geproduceerd door de firma Eternit. Hij heeft deze platen in de periode van 1962 tot 1994 via een groothandel ingekocht. In 2005 is bij X de diagnose mesotheliom gesteld. Hij is in 2006 aan deze ziekte overleden. In onderhavige procedure tegen Eternit vorderen de nabestaanden van X immateriële schadevergoeding die X zou hebben geleden, alsook de materiële schade die de nabestaanden lijden ten gevolge van het overlijden van X. Zij leggen aan deze vordering onder andere ten grondslag dat Eternit bekend was of had moeten zijn met de gevaren van de witte asbest zoals verwerkt in de asbestcementplaten. Gezien deze wetenschap heeft Eternit onvoldoende gewaarschuwd door slechts een informatiefolder aan de groothandel te verstrekken, aldus de nabestaanden. De rechtbank oordeelt dat Eternit in ieder geval vanaf het jaar 1969

had dienen te waarschuwen voor de serieuze, niet-overzienbare gezondheidsrisico's bij het bewerken of verwerken van asbestcementplaten. Zij had dit dienen te doen door de gebruiker zelf te waarschuwen, bijvoorbeeld door middel van waarschuwingsetiketten. Wel oordeelt de rechtbank dat in het onderhavige geval sprake is van eigen schuld aan de zijde van X. Als zelfstandig ondernemer rustte op hem ook een eigen verantwoordelijkheid om zich op de hoogte te stellen van belangrijke ontwikkelingen op zijn vakgebied. De rechtbank bepaalt het percentage eigen schuld van X op 20%. Gezien de kennis asymmetrie die bestaat tussen Eternit en X en het feit dat de eigen schuld van X twee jaar later is ingegaan dan de aansprakelijkheid van Eternit wordt Eternit veroordeeld tot het vergoeden van 80% van de schade van de nabestaanden van X.

Y te Stad aan 't Haringvliet,
eiseres,
advocaat: mr. P.H.Ch.M. van Swaaij,
tegen
de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid *Eternit Fabrieken BV* te Goor,
gemeente Hof van Twente,
gedaagde,
advocaat: mr. B.S. Janssen.
Partijen worden hierna aangeduid als Y respectievelijk Eternit.

1. *Het verloop van het geding*
(...; red.)

2. *De vaststaande feiten*

Als enerzijds gesteld en anderzijds erkend dan wel niet of onvoldoende gemotiveerd weersproken, gelet ook op de in zoverre niet betwiste inhoud van de in het geding gebrachte producties, staat tussen partijen – voor zover van belang – het volgende vast:

2.1. Y is gehuwd geweest met de heer X, geboren [geboortedatum] (hierna: X).

Tijdens dit huwelijk zijn drie kinderen geboren.

2.2. X heeft tussen 1962 en 1968 in loondienst gewerkt bij het aannemingsbedrijf van zijn vader. In 1968 heeft hij het bedrijf samen met zijn broer voortgezet. In 1973 heeft hij het bedrijf als eenmanszaak voortgezet.

2.3. Begin 2005 is bij X de diagnose mesotheliom gesteld. Deze diagnose is op 31 maart 2005 door het Nederlands Mesotheliomen Panel bevestigd. Vanwege deze ziekte heeft X