

Erkenning van aansprakelijkheid. Kan een aansprakelijkheidsverzekeraar terugkomen op erkenning van aansprakelijkheid van verzekerde indien ernstig mo...

Hof Den Haag 13-12-2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3604

Instantie

Hof Den Haag

Datum

13 december 2016

Magistraten

Mrs. F.R. Salomons, A.J.M.E. Arpeau, M.M. Olthof

Zaaknummer

200.142.220/01

Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

Vakgebied(en)

Verbintenissenrecht / Aansprakelijkheid

Verbintenissenrecht / Algemeen

Verzekeringsrecht / Schadeverzekering

Burgerlijk procesrecht / Rechtspleging van onderscheiden aard

Brondocumenten

ECLI:NL:GHDHA:2016:3604, Uitspraak, Hof Den Haag, 13 december 2016

Wetgeving

Art. 6:248 lid 2, 7:954 BW; art. 1019cc lid 1 Rv

Essentie

Erkenning van aansprakelijkheid. Verhouding deelgeschilprocedure en bodemprocedure. Directe actie. Kan een aansprakelijkheidsverzekeraar terugkomen op erkenning van aansprakelijkheid van verzekerde indien ernstig moet worden getwijfeld aan de betrouwbaarheid van de door verzekerde afgelegde verklaringen? Is de aansprakelijkheidsverzekeraar gebonden aan de beslissing van de deelgeschilrechter over de aansprakelijkheid van verzekerde?

Samenvatting

Appellante loopt letsel op aan haar pink bij het afweren van een bal. Appellante en verzekerde verklaren aan Nationale-Nederlanden (de aansprakelijkheidsverzekeraar) dat verzekerde de bal heeft gegooid. Nationale-Nederlanden erkent aansprakelijkheid en keert EUR 23.174,29 uit als voorschot. Bij Nationale-Nederlanden ontstaat vervolgens twijfel over de door appellante en verzekerde afgelegde verklaringen. Nationale-Nederlanden stelt een onderzoek in en verzekerde legt in dat kader twee verklaringen af. In de eerste verklaring houdt verzekerde vast aan zijn eerdere lezing, maar vervolgens verklaart verzekerde dat hij niet betrokken was bij het ongeval. Verzekerde verklaart later tijdens een voorlopig getuigenverhoor dat zijn eerste lezing wel juist was en dat hij de tweede verklaring onder druk zou hebben afgelegd. Appellante start een deelgeschilprocedure en vordert een verklaring voor recht dat verzekerde en Nationale-Nederlanden aansprakelijk zijn voor de uit het ongeval voortvloeiende schade. Verzekerde erkent aansprakelijkheid en de deelgeschilrechter wijst in een beschikking van 28 oktober 2011 de gevorderde verklaring voor recht tegen de verzekerde toe. De deelgeschilrechter wijst de vordering tegen Nationale-Nederlanden af omdat niet is komen vast te staan dat verzekerde een onjuiste voorstelling van zaken heeft gegeven en voor nadere bewijslevering is in het deelgeschil geen plaats. Appellante start een bodemprocedure en vordert een verklaring voor recht dat Nationale-Nederlanden gehouden is om op te komen voor de als het gevolg van het ongeval geleden schade. De rechtbank oordeelt dat Nationale-Nederlanden mag terugkomen op haar erkenning van aansprakelijkheid omdat de verzekerde een onjuiste voorstelling van zaken ten aanzien van de feiten heeft gegeven. Appellante gaat in hoger beroep en betoogt dat Nationale-Nederlanden gebonden is aan de door de deelgeschilrechter bij beschikking uitgesproken verklaring voor recht dat verzekerde aansprakelijk is voor de geleden schade alsook dat Nationale-Nederlanden niet zou kunnen terugkomen op haar eerdere erkenning van

aansprakelijkheid van de verzekerde.

Hof: Aan beslissingen die in de deelgeschilprocedure uitdrukkelijk en zonder voorbehoud zijn gegeven over geschilpunten die de materiële rechtsverhouding tussen partijen betreffen, is de rechter in de bodemprocedure op grond van art. 1019cc lid 1 Rv op dezelfde wijze gebonden als wanneer die beslissingen zouden zijn opgenomen in een tussenvonnissen in de bodemprocedure. In de beschikking van 28 oktober 2011 heeft de rechtbank voor de verhouding tussen appellante en Nationale-Nederlanden geen beslissingen als zojuist bedoeld gegeven. De rechtbank heeft zich immers onthouden van vaststelling of Nationale-Nederlanden mag terugkomen van haar erkenning van aansprakelijkheid jegens appellante en de gevraagde verklaring voor recht jegens Nationale-Nederlanden afgewezen. De omstandigheid dat verzekerde de door appellante gestelde toedracht van het ongeval heeft erkend, bracht niet mee dat die toedracht ook in de verhouding tussen appellante en Nationale-Nederlanden kwam vast te staan.

In deze zaak heeft Nationale-Nederlanden aanvankelijk aansprakelijkheid erkend op basis van de verklaringen van verzekerde en appellante. Nadien heeft verzekerde twee nadere verklaringen afgelegd die volstrekt tegenstrijdig zijn aan elkaar, zodat vaststaat dat ten minste één van de verklaringen leugenachtig moet zijn geweest. Tegenover de politie heeft verzekerde vervolgens verklaard dat hij weliswaar had gezegd dat hij de bal had gegooid maar dat hij dat eigenlijk niet wist. Nationale-Nederlanden heeft zich in eerste aanleg onder meer erop beroepen dat het, gelet op de feiten en omstandigheden in deze zaak, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat appellante aanspraak maakt op een uitkering onder de polis. Het hof is van oordeel dat het onder de hiervoor genoemde omstandigheden - waarin is komen vast te staan dat aan de betrouwbaarheid van de verklaringen van haar verzekerde ernstig getwijfeld moet worden, terwijl appellante zelf, in weerwil van haar eerdere verklaring zoals weergegeven in rov. 1.2, tijdens de comparitie op 9 april 2013 heeft verklaard dat zij niet heeft gezien wie het balletje tegen haar heeft aangegooid - in elk geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn dat Nationale-Nederlanden aan haar aanvankelijke erkenning van aansprakelijkheid wordt gehouden.

Verwant oordeel

Zie ook:

- HR 10 januari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0470, NJ 1992/606 (*Maastricht/Crals*);
- Hof Arnhem 13 december 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BU8246, RAV 2012/36, NJF 2012/211;
- Hof Den Haag 29 september 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2546 (*ZLM/Hippo*).

Wenk

In deze zaak staat de erkenning van aansprakelijkheid centraal. Dit is een eenzijdig gerichte rechtshandeling die jegens de schuldeiser een verbintenis tot schadevergoeding scheidt. Uit het arrest *Maastricht/Crals* (zie onder 'Zie ook') blijkt dat het dwalingsleerstuk (art. 6:228 BW) toegepast kan worden op een erkenning van aansprakelijkheid. Uit het arrest *Maastricht/Crals* blijkt tevens dat de verzekeraar kan worden aangemerkt als gevolmachtigde van de verzekerde en dat de verzekerde in dat geval (in beginsel) gebonden is aan een eventuele erkenning van aansprakelijkheid door de verzekeraar. De erkenning van aansprakelijkheid door de verzekerde heeft op haar beurt gevolgen voor de verzekeraar nu de aansprakelijkheidsverzekering kort gezegd dekking biedt in het geval de verzekerde aansprakelijk wordt gesteld voor schade en in die zin sprake is van een verzekerd evenement. Ook voor de benadeelde is dit van betekenis nu deze op grond van art. 7:954 BW (directe actie) van de verzekeraar betaling kan vorderen van hetgeen de verzekeraar aan de verzekerde op grond van de verzekeringsovereenkomst is verschuldigd. Verzekeraars beschermen zich tegen de gevolgen van erkenning van aansprakelijkheid door in de polisvoorwaarden te bepalen dat het de verzekerde niet is toegestaan om aansprakelijkheid te erkennen op straffe van verval van uitkering. In art. 7:953 BW is dwingendrechtelijk bepaald dat de verzekeraar geen uitkering mag weigeren indien de verzekerde terecht aansprakelijkheid heeft erkend. Indien de verzekerde - dan wel de benadeelde via art. 7:954 BW - een beroep doet op voornoemde uitzonderingsgrond zal door hem of haar bewezen moeten worden dat de erkenning van aansprakelijkheid juist is, hetgeen tot gevolg kan hebben dat de toedracht van het ongeval bewezen moet worden. Indien de verzekeraar aansprakelijkheid van de verzekerde reeds heeft erkend, wordt in beginsel aan deze bewijslast ontkomen. Het hof oordeelt in de onderhavige zaak evenwel dat de verzekeraar niet aan zijn erkenning van aansprakelijkheid van de verzekerde kan worden gehouden nu ernstig moet worden getwijfeld aan de betrouwbaarheid van de verklaringen van de verzekerde. Hieruit blijkt dat ook buiten gevallen van dwaling de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid kan worden ingezet om aan de gevolgen van een aansprakelijkheidserkenning te ontkomen. Dat in dat kader een beroep kan worden gedaan op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid is ook bewijsrechtelijk van betekenis. Anders dan bij een beroep op dwaling hoeft de verzekeraar niet te bewijzen dat een onjuiste voorstelling van zaken is gegeven, hetgeen kan meebrengen dat bewezen zou moeten worden wat de toedracht is van een ongeval. Voor een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid zou voldoende kunnen zijn dat is komen vast te staan dat de verzekerde tegenstrijdige verklaringen heeft afgelegd

over de toedracht van het ongeval (zie rov. 6.6 van het onderhavige arrest).

Partij(en)

[Appellante] , hierna: [appellante] , advocaat: mr. N.J. Moens te Middelburg,
tegen

1. Nationale-Nederlanden Schadeverzekering Maatschappij N.V., gevestigd te Den Haag, hierna: Nationale-Nederlanden, advocaat: mr. D. Knottenbelt te Rotterdam,
2. [Geintimeerde 2] , hierna: [geintimeerde 2], niet verschenen,
3. [Geintimeerde 3] , in haar hoedanigheid van bewindvoerder van [geintimeerde 2], hierna: [geintimeerde 3], niet verschenen, geintimeerden.

Uitspraak

Hof:

Het geding

Bij exploit van 5 februari 2014 is [appellante] in hoger beroep gekomen van twee door de rechtbank Den Haag, Team handel, tussen partijen gewezen vonnissen van 3 juli 2013 en 6 november 2013. Op de rolzitting van 25 februari 2014 is de zaak aangebracht en is tegen [geintimeerde 2] en [geintimeerde 3] verstek verleend. Bij arrest van 1 april 2014 is een comparitie van partijen gelast. De comparitie heeft plaatsgevonden op 6 juni 2014. Van de comparitie is proces-verbaal gemaakt.

Bij memorie van grieven met producties heeft [appellante] vijf grieven aangevoerd. Bij memorie van antwoord met producties heeft Nationale-Nederlanden de grieven bestreden. Vervolgens heeft [appellante] een akte overleggen producties genomen, waarop Nationale-Nederlanden heeft gereageerd bij antwoordakte. Vervolgens is de datum voor arrest bepaald.

Beoordeling van het hoger beroep

De door de rechtbank in 2.1 tot en met 2.16 van het vonnis van 3 juli 2013 vastgestelde feiten zijn niet in geschil. Ook het hof zal daarvan uitgaan. Het gaat, samengevat, om het volgende:

1.2

[Appellante] heeft op 31 juli 2008 letsel opgelopen aan haar linkerpink (hierna: het ongeval). Zij heeft naar aanleiding hiervan [geintimeerde 2] aansprakelijk gesteld. [Geintimeerde 2] heeft de aansprakelijkstelling doorgeleid aan Nationale-Nederlanden in haar hoedanigheid van aansprakelijkheidsverzekeraar van [geintimeerde 2] . [Appellante] en [geintimeerde 2] hebben aan Nationale-Nederlanden verklaard dat [geintimeerde 2] op het strand van Domburg per ongeluk een balletje richting [appellante] had gegooid en dat [appellante] dit balletje heeft proberen af te weren, waarbij het balletje tegen haar pink kwam en zij letsel aan haar pink heeft opgelopen. Nationale-Nederlanden heeft op basis van de door [appellante] en [geintimeerde 2] gegeven verklaring omtrent de toedracht van het ongeval in eerste instantie (buitengerechtelijk) aansprakelijkheid voor de schade van [appellante] erkend en een bedrag van € 23.174,20 als voorschot betaald.

1.3

Vervolgens is bij Nationale-Nederlanden twijfel gerezen over de juistheid van de door [appellante] en [geintimeerde 2] gegeven toedracht van het ongeval. Op 17 november 2008 heeft Nationale-Nederlanden telefonisch contact opgenomen met [geintimeerde 2] . Dit gesprek was voor Nationale-Nederlanden aanleiding om CED Forensic B.V. (hierna: CED Forensic) een onderzoek te laten verrichten naar de toedracht van het ongeval. Op 16 juni 2009 hebben de heren St uut en Vosselman van CED Forensic een gesprek met [geintimeerde 2] gehad. In het eerste deel van dit gesprek bleef [geintimeerde 2] bij zijn eerdere lezing van de toedracht van het ongeval. Naar aanleiding van dit deel van het gesprek is een verklaring opgemaakt, die door [geintimeerde 2] is ondertekend. Naar aanleiding van aanvullende vragen van St uut en Vosselman is [geintimeerde 2] in het tweede deel van het gesprek teruggekomen van zijn eerdere lezing van het ongeval en heeft hij verklaard, kort weergegeven, niet bij het ongeval betrokken te zijn geweest en dat hij eerder anders had verklaard op verzoek van de partner van [appellante] , E.S. van Loveren (hierna: Van Loveren), met wie hij enige jaren tevoren betrokken was geweest bij hennep teelt. Van het tweede deel van het gesprek is eveneens een verklaring opgemaakt, die door [geintimeerde 2] is ondertekend.

1.4

Nationale-Nederlanden heeft vervolgens bij de politie tegen [geintimeerde 2] aangifte gedaan van oplichting en valsheid in geschrifte. De politie heeft naar aanleiding van deze aangifte een onderzoek ingesteld. [Geintimeerde 2] heeft bij de politie

op 12 januari 2010 met betrekking tot de toedracht van het ongeval verklaard dat het hem niet duidelijk is wie de bal had gegooid, dat hij op het strand met een groepje was geweest en niet met zekerheid kon zeggen dat de bal door hem was geworpen en dat hij een afwijkende verklaring tegenover Stuu en Vosselman had afgelegd omdat hem werd voorgehouden dat hij niet verzekerd was. De politie heeft op 11 juni 2010 aan Nationale-Nederlanden bericht dat er onvoldoende bewijs voorhanden was en dat er geen strafvervolgng zou plaatsvinden.

1.5

Na een verzoek van [geintimeerde 2] daartoe heeft op woensdag 8 september 2010 een voorlopig getuigenverhoor plaatsgevonden. In dit getuigenverhoor heeft [geintimeerde 2] verklaard dat de eerste verklaring die hij tegenover Stuu en Vosselman had afgelegd juist was en de tweede verklaring niet juist. De tweede verklaring had hij, zo verklaarde hij, alleen maar afgelegd omdat Stuu en Vosselman hem onder druk hadden gezet door te zeggen dat hij zelf voor de schade zou opdraaien, omdat hij niet verzekerd was.

1.6

In het voorlopig getuigenverhoor van woensdag 8 september 2010 is door Van Loveren het volgende verklaard:

“Eind juli 2008, ik dacht 31 juli, ben ik met [...] [appellante], toen mijn vriendin, en onze twee kinderen een dagje naar het strand gegaan. Op een gegeven moment stonden [...] en ik tot ons middel in het water. [...] had onze dochter, [...], op haar arm. [...] was toen ongeveer drie en een halfjaar oud. Plotseling had ze pijn en liet [...] vallen. Ik was een beetje boos op haar want je laat je dochter toch niet zomaar vallen. Ze zei dat ze probeerde een balletje wat in haar richting kwam af te weren omdat ze bang was dat [...] geraakt zou worden. Toen kwam [geintimeerde 2] aanlopen. Ik had hem die dag nog niet eerder gezien. Hij maakte zijn excuses. Verder hebben we aan het gebeuren niet veel aandacht besteed. Het leek toen allemaal niet zo ernstig.”

1.7

[Appellante] heeft bij verzoekschrift van 11 maart 2011 een deelgeschilprocedure aanhangig gemaakt tegen [geintimeerde 2] en tegen Nationale-Nederlanden, waarin zij (onder meer) verzocht om voor recht te verklaren dat Nationale-Nederlanden en [geintimeerde 2] aansprakelijk zijn voor de schade ten gevolge van het letsel dat zij op 31 juli 2008 had opgelopen en dat zij gehouden zijn die schade te vergoeden. Bij beschikking van 28 oktober 2011 (LJN: BU3883) heeft de deelgeschilrechter uitsluitend de verklaring voor recht ten aanzien van [geintimeerde 2] toegewezen.

2.1

[Appellante] vordert – samengevat en voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad – een verklaring voor recht dat Nationale-Nederlanden gehouden is de als gevolg van het aan [appellante] op 31 juli 2008 overkomen ongeval geleden en nog te lijden schade te vergoeden en Nationale-Nederlanden bij vonnis te veroordelen tot betaling van een voorschot op de schade van € 250.000, met kosten en rente. Hieraan legt [appellante] ten grondslag dat Nationale-Nederlanden als de aansprakelijkheidsverzekeraar van [geintimeerde 2] gebonden is aan haar erkenning van aansprakelijkheid en daarop niet mag terugkomen en op grond van artikel 7:954 BW gehouden is om de schade van [appellante] rechtstreeks aan haar te vergoeden.

2.2

Nationale-Nederlanden heeft in reconventie veroordeling van [appellante] gevorderd tot betaling van € 33.354,81 met rente en kosten. Dit bedrag bestaat uit terugbetaling van het voorschot ad € 23.174,20 en buitengerechterlijke kosten ad € 10.180,71.

2.3

Ter gelegenheid van de comparitie in eerste aanleg op 9 april 2013 heeft [appellante] verklaard:

“Ik heb niet gezien wie het balletje tegen mij heeft aangegooid”.

2.4

Bij tussenvonnis van 3 juli 2013 heeft de rechtbank [appellante] in conventie toegelaten tot het leveren van tegenbewijs tegen het oordeel van de rechtbank dat het door [appellante] gestelde letsel niet door [geintimeerde 2] is veroorzaakt en verder iedere beslissing aangehouden.

2.5

Nadat X (hierna: X) als getuige is gehoord, heeft de rechtbank bij vonnis van 6 november 2013 geoordeeld dat [appellante] niet is geslaagd in het leveren van tegenbewijs en voorts dat Nationale-Nederlanden mocht terugkomen op haar erkenning van aansprakelijkheid en de toezegging van dekking onder de verzekering. De vordering in conventie is afgewezen, met veroordeling van [appellante] in de proceskosten van Nationale-Nederlanden en in de proceskosten van de niet-verschlenen

[geintimeerde 2] , welke laatste kosten evenwel, nu [appellante] geen vordering heeft gericht tegen [geintimeerde 2] , zijn begroot op nihil. In reconventie heeft de rechtbank [appellante] veroordeeld tot betaling van € 23.174,20 met wettelijke rente en kosten.

3

[Geintimeerde 2] is in eerste aanleg op de voet van artikel 7:954 lid 6 BW in het geding betrokken, zonder dat tegen hem een vordering is ingesteld. Nu [geintimeerde 2] in eerste aanleg partij was, is hij terecht ook in het hoger beroep betrokken. Voor oproeping van [geintimeerde 3], die in eerste aanleg geen partij was, bestond in hoger beroep geen noodzaak en evenmin is tegen [geintimeerde 3] in hoger beroep een vordering ingesteld. [Appellante] zal daarom in het hoger beroep, voor zover het zich richt tegen [geintimeerde 3], niet-ontvankelijk worden verklaard.

Grief I

4.1

Grief I houdt in dat de rechtbank in overweging 4.7 van het tussenvonnis van 3 juli 2013 ten onrechte heeft overwogen en beslist dat de door [appellante] en [geintimeerde 2] geschetste toedracht van het ongeval in strijd is met de waarheid. [Appellante] meent dat de rechtbank hiermee ten onrechte is voorbijgegaan aan hetgeen in de deelgeschilprocedure reeds was beslist en dat, nu nadien geen nieuwe feiten of omstandigheden zijn ingebracht die kunnen leiden tot de conclusie dat het oordeel in de deelgeschilprocedure berust op een onjuiste juridische of feitelijke grondslag, de rechtbank diende uit te gaan van de vastgestelde erkenning van [geintimeerde 2] omtrent de toedracht van het ongeval.

4.2

Het hof oordeelt als volgt. [Appellante] heeft in de deelgeschilprocedure verzocht om een verklaring voor recht dat [geintimeerde 2] en Nationale-Nederlanden aansprakelijk zijn voor de door haar als gevolg van het gestelde ongeval geleden en nog te lijden schade. De rechtbank heeft in haar beschikking van 28 oktober 2011 de gevraagde verklaring voor recht met betrekking tot [geintimeerde 2] gegeven omdat [geintimeerde 2] zonder voorbehoud heeft erkend dat het ongeval daadwerkelijk heeft plaatsgevonden en dit derhalve in de verhouding tussen [geintimeerde 2] en [appellante] vaststaat. Met betrekking tot de verzoeken jegens Nationale-Nederlanden heeft de rechtbank overwogen dat Nationale-Nederlanden op haar (buitengerechtigde) erkenning van aansprakelijkheid mag terugkomen als deze heeft plaatsgevonden doordat [geintimeerde 2] een onjuiste voorstelling van zaken ten aanzien van de feiten heeft gegeven. Aan vaststelling van de juistheid van de stelling van Nationale-Nederlanden dat het ongeval niet heeft plaatsgevonden, is de rechtbank niet toegekomen omdat daarvoor nader onderzoek nodig zou zijn. De rechtbank heeft de verzoeken ten aanzien van Nationale-Nederlanden afgewezen op grond van haar oordeel dat de verzochte beslissing onvoldoende kan bijdragen aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst.

4.3

Aan beslissingen die in de deelgeschilprocedure uitdrukkelijk en zonder voorbehoud zijn gegeven over geschilpunten die de materiële rechtsverhouding tussen partijen betreffen, is de rechter in de bodemprocedure op grond van artikel 1019cc lid 1 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) op dezelfde wijze gebonden als wanneer die beslissingen zouden zijn opgenomen in een tussenvonnis in de bodemprocedure. In de beschikking van 28 oktober 2011 heeft de rechtbank voor de verhouding tussen [appellante] en Nationale-Nederlanden geen beslissingen als zojuist bedoeld gegeven. De rechtbank heeft zich immers onthouden van vaststelling of Nationale-Nederlanden mag terugkomen van haar erkenning van aansprakelijkheid jegens [appellante] en de gevraagde verklaring voor recht jegens Nationale-Nederlanden afgewezen. De omstandigheid dat [geintimeerde 2] de door [appellante] gestelde toedracht van het ongeval heeft erkend, bracht niet mee dat die toedracht ook in de verhouding tussen [appellante] en Nationale-Nederlanden kwam vast te staan.

4.4

Nu in de beschikking van 28 oktober 2011 niet tussen [appellante] en Nationale-Nederlanden is beslist dat het ongeval daadwerkelijk heeft plaatsgevonden als door [appellante] gesteld, was de rechtbank daarin in deze procedure niet gebonden. Grief I faalt daarom.

Grief II

5.1

Grief II houdt in dat de rechtbank in overweging 4.6 van het tussenvonnis van 3 juli 2013 ten onrechte heeft overwogen en beslist dat Vosselman en Stuit als onafhankelijke getuigen hebben te gelden. Volgens [appellante] dienen zij als partijgetuigen te worden aangemerkt.

5.2

Deze grief faalt. Vast staat dat Vosselman en Stuit ten tijde van het onderzoek naar de toedracht van het ongeval en ook

ten tijde van het afleggen van hun verklaringen als getuigen niet in dienst waren van Nationale-Nederlanden. Er bestaat reeds daarom geen grond om Vosselman en Stuit aan te merken als partijgetuigen. De omstandigheid dat zij werkzaam waren voor CED Forensic, bij welk bedrijf Nationale-Nederlanden haar expertiseactiviteiten in 2007 heeft ondergebracht, en dat Vosselman verklaard heeft dat een ruime meerderheid van de door hem behandelde zaken van Nationale-Nederlanden komt, brengt voorts niet mee dat zij te beschouwen zijn als partijgetuigen in de zin van art. 164 Rv.

Grief III

6.1

Volgens grief III heeft de rechtbank in overweging 4.10 van het tussenvonnissen van 3 juli 2013 ten onrechte overwogen en beslist dat Nationale-Nederlanden jegens [appellante] mocht terugkomen op haar erkenning van aansprakelijkheid, indien [appellante] niet zou slagen in het leveren van tegenbewijs omtrent de toedracht van het ongeval.

6.2

Tussen partijen staat vast (zie 1.2 hiervoor) dat [appellante] en [geintimeerde 2] aan Nationale-Nederlanden hebben verklaard dat [geintimeerde 2] op het strand van Domburg per ongeluk een balletje richting [appellante] had gegooid en dat [appellante] dit balletje heeft proberen af te weren, waarbij het balletje tegen haar pink kwam en zij letsel aan haar pink heeft opgelopen, alsmede dat Nationale-Nederlanden op basis van de door [appellante] en [geintimeerde 2] gegeven verklaring omtrent de toedracht van het ongeval in eerste instantie aansprakelijkheid voor de schade van [appellante] heeft erkend.

6.3

Het staat een aansprakelijkheidsverzekeraar in beginsel niet vrij om terug te komen van een jegens een derde gedane erkenning dat zijn verzekerde jegens die derde aansprakelijk is. Zo is, wanneer een verzekeraar tot de erkenning van aansprakelijkheid is gekomen op grond van een rapport van een door hem ingeschakelde deskundige, daarvoor de enkele omstandigheid dat nadien een andere deskundige een andere visie omtrent de aansprakelijkheid geeft of het eerdere onderzoek als ondeugdelijk aanmerkt, niet voldoende, aangezien de omstandigheid dat het rapport van de deskundige achteraf onjuist of ondeugdelijk wordt bevonden, krachtens de in het verkeer geldende opvattingen in de verhouding tot de derde voor rekening van de verzekeraar en diens verzekerde behoort te komen (zie Hoge Raad 10 januari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0470, *NJ* 1992/606 en HR 19-09-2003, ECLI:NL:HR:2003:AF8270, *NJ* 2003/619). Een verzekeraar is niet aan haar erkenning gebonden als komt vast te staan dat zij tot die erkenning is gekomen onder invloed van bedrog (artikel 3:44 BW), aangezien het dan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn dat hij aan zijn erkenning wordt gehouden (zie Gerechtshof Den Haag 29 september 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2546).

6.4

In deze zaak heeft Nationale-Nederlanden aanvankelijk aansprakelijkheid erkend op basis van de in 6.2 genoemde verklaringen van [geintimeerde 2] en [appellante]. Nadien heeft [geintimeerde 2] tegenover Stuit en Vosselman twee nadere verklaringen afgelegd die volstrekt tegenstrijdig zijn aan elkaar, zodat vaststaat dat ten minste één van de verklaringen leugenachtig moet zijn geweest. Tegenover de politie heeft [geintimeerde 2] vervolgens verklaard dat hij weliswaar had gezegd dat hij de bal had gegooid maar dat hij dat eigenlijk niet wist. Nationale-Nederlanden heeft zich er in eerste aanleg onder meer op beroepen dat het gelet op de feiten en omstandigheden in deze zaak naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar geacht moet worden dat [appellante] aanspraak maakt op een uitkering onder de polis (conclusie van antwoord, nr. 2.51). Het hof is van oordeel dat het onder de hiervoor genoemde omstandigheden, waarin was komen vast te staan dat aan de betrouwbaarheid van de verklaringen van haar verzekerde [geintimeerde 2] ernstig getwijfeld moest worden, terwijl [appellante] zelf, in weerwil van haar eerdere verklaring zoals weergegeven in r.o. 1.2, tijdens de comparitie op 9 april 2013 heeft verklaard dat zij niet heeft gezien wie het balletje tegen haar heeft aangegooid, in elk geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn dat Nationale-Nederlanden aan haar aanvankelijke erkenning van aansprakelijkheid wordt gehouden.

6.5

Aangezien Nationale-Nederlanden derhalve niet gehouden kan worden aan haar aanvankelijke erkenning van aansprakelijkheid en zij de door [appellante] gestelde toedracht van het ongeval voldoende gemotiveerd heeft betwist, is voor het slagen van de door [appellante] in deze procedure gedane eis, te weten dat voor recht wordt verklaard dat Nationale-Nederlanden gehouden is tot vergoeding van de door [appellante] als gevolg van het ongeval geleden en nog te lijden schade en dat Nationale-Nederlanden wordt veroordeeld tot betaling van een voorschot, vereist dat [appellante] van haar stellingen met betrekking tot de toedracht bewijs levert.

6.6

Op grond van het voorgaande faalt de grief. [Appellante] voert nog aan dat de rechtbank ten onrechte is voorbijgegaan aan hetgeen reeds in de deelgeschilprocedure was beslist, maar zoals hiervoor in 4.4 overwogen heeft de rechtbank in de

beschikking van 28 oktober 2011 niet tussen [appellante] en Nationale-Nederlanden beslist dat het ongeval daadwerkelijk heeft plaatsgevonden zoals door [appellante] gesteld. Voorts voert [appellante] nog aan dat op grond van artikel 150 Rv op Nationale-Nederlanden de bewijslast rust van de stellingen die zij ten grondslag legt aan haar beroep op dwaling ten aanzien van de erkenning van aansprakelijkheid. [Appellante] ziet er evenwel aan voorbij dat, nog daargelaten of Nationale-Nederlanden zich inderdaad heeft willen beroepen op dwaling, de grond voor Nationale-Nederlanden om terug te komen op haar erkenning van aansprakelijkheid kennelijk hierin was gelegen dat [geintimeerde 2] door zijn tegenstrijdige verklaringen volstrekt onbetrouwbaar was gebleken. De tegenstrijdigheid van de verklaringen van [geintimeerde 2] en daarmee zijn onbetrouwbaarheid staan tussen partijen vast. Naar hiervoor is overwogen, zou het in verband hiermee naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn als Nationale-Nederlanden aan haar aanvankelijke erkenning van aansprakelijkheid wordt gehouden. De bewijslast met betrekking tot de toedracht van het ongeval rust daarmee in de verhouding tussen [appellante] en Nationale-Nederlanden op eerstgenoemde. [Appellante] is in de gelegenheid gesteld alsnog bewijs te leveren maar daarin is zij niet geslaagd.

Grief IV

7.1

Deze grief houdt in dat de rechtbank in overweging 2.3 van het vonnis van 6 november 2013 ten onrechte heeft overwogen en beslist dat aan de verklaring van getuige X geen waarde gehecht kan worden, nu deze op belangrijke punten afwijkt van de verklaringen van [geintimeerde 2].

7.2

In overweging 2.3 heeft de rechtbank overwogen dat [appellante] er niet in is geslaagd tegenbewijs te leveren tegen het oordeel van de rechtbank dat het door [appellante] gestelde letsel niet door [geintimeerde 2] is veroorzaakt. Daartoe heeft de rechtbank gewezen op de belangrijke verschillen tussen de verklaring van X en de eerdere verklaringen van [geintimeerde 2]. Voorts vindt de rechtbank het verdacht dat X heeft verklaard dat hij die dag bij [appellante] en Van Loveren op bezoek was en met hen naar het strand is gegaan, terwijl Van Loveren daarvan in zijn verschillende verklaringen in het geheel geen melding heeft gemaakt, X ook niet is gehoord in het op verzoek van [geintimeerde 2] gehouden voorlopig getuigenverhoor en hij ook in de processtukken van deze procedure nooit eerder is genoemd. In het licht daarvan heeft de rechtbank de verklaring van X dat hij gezien heeft dat [geintimeerde 2] het balletje tegen de pink van [appellante] heeft goegoid, ongeloofwaardig geacht en is zij aan die verklaring voorbijgegaan.

7.3

In haar toelichting op grief IV maakt [appellante] er bezwaar tegen dat de rechtbank betekenis hecht aan de belangrijke verschillen tussen de verklaring van X en de verklaringen van [geintimeerde 2], aangezien de rechtbank in het tussenvonnissen van 3 juli 2013 al had overwogen dat aan de verklaringen van [geintimeerde 2] over de toedracht van het ongeval geen enkele waarde kan worden gehecht.

7.4

De grief faalt. Het feit dat met betrekking tot de tegenstrijdige verklaringen van [geintimeerde 2] reeds was geoordeeld dat daaraan geen enkele waarde toekwam, brengt niet mee dat de verklaring van X, die op onderdelen weer een andere lezing van het ongeval inhield, wel geloofwaardig is. De rechtbank heeft op goede gronden geoordeeld dat de verklaring van X ongeloofwaardig is en dat aan die verklaring voorbijgegaan moet worden, zodat [appellante] niet het aan haar opgedragen bewijs heeft geleverd.

Grief V

8.1

Met grief V bestrijdt [appellante] de overweging in 2.11 van het vonnis van 6 november 2013 dat de rechtsgrond voor de betaling van het voorschot van € 23.174,20 is komen te vervallen en dat dit bedrag derhalve op grond van onverschuldigde betaling van [appellante] kan worden teruggevorderd. [Appellante] voert daartoe aan dat de overweging van de rechtbank in strijd is met artikel 7:930 lid 5 BW, nu [appellante] noch verzekeringnemer is, noch een derde in de zin van artikel 7:928 lid 2 of 3 BW.

8.2

Deze grief faalt. De bepalingen waarop [appellante] zich beroept, hebben geen betrekking op de situatie die zich in deze zaak voordoet maar op de vraag onder welke omstandigheden een verzekeraar kan weigeren uitkering te doen in geval bij het sluiten van de verzekering niet is voldaan aan de verplichting tot mededeling van feiten die van belang zijn voor de beslissing van de verzekeraar of en zo ja op welke voorwaarden hij de verzekering zal willen sluiten. Nu Nationale-Nederlanden, zoals hiervoor is overwogen, in de gegeven omstandigheden mocht terugkomen op de erkenning van aansprakelijkheid en [appellante] niet erin geslaagd is te bewijzen dat het ongeval door [geintimeerde 2] is veroorzaakt,

staat vast dat Nationale-Nederlanden op grond van de verzekering jegens [geintimeerde 2] niet gehouden was tot het doen van de uitkering van een voorschot van € 23.174,20. Nu [appellante] op grond van de zogenoemde 'directe actie' van artikel 7:954 BW slechts betaling kan vorderen van hetgeen Nationale-Nederlanden aan [geintimeerde 2] verschuldigd is, staat voorts vast dat de uitkering van voornoemd voorschot aan [appellante] onverschuldigd is gedaan en derhalve kan worden teruggevorderd.

Bewijsaanbod

9

Aan het door [appellante] in hoger beroep gedane bewijsaanbod gaat het hof als niet gespecificeerd en niet ter zake dienend voorbij.

Slotsom

10

De slotsom is dat de grieven falen en de vonnissen waarvan beroep moeten worden bekrachtigd. Daarbij past dat [appellante] wordt veroordeeld in de kosten van het hoger beroep, inclusief nakosten, als hierna vermeld.

Beslissing

Het hof:

â•f verklaart [appellante] niet-ontvankelijk in het beroep, voor zover het zich richt tegen [geintimeerde 3];

â•f bekrachtigt de vonnissen waarvan beroep;

â•f veroordeelt [appellante] als de in het ongelijk gestelde partij in de kosten van het geding in hoger beroep, tot op heden aan de zijde van [geintimeerde 2] en [geintimeerde 3] begroot op nihil en aan de zijde van Nationale-Nederlanden op € 704,-- voor griffierecht en € 8.157,50 voor salaris van de advocaat en op € 131,-- aan nasalaris voor de advocaat, nog te verhogen met € 68,-- indien niet binnen veertien dagen na aanschrijving in der minne aan dit arrest is voldaan en vervolgens betekening van dit arrest heeft plaatsgevonden, en bepaalt dat deze bedragen binnen veertien dagen na de dag van deze uitspraak dan wel, wat het bedrag van € 68,-- betreft, na de datum van betekening moeten zijn voldaan, bij gebreke waarvan deze bedragen worden vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf het einde van genoemde termijn van veertien dagen;

â•f verklaart dit arrest wat de kostenveroordeling betreft uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. F.R. Salomons, A.J.M.E. Arpeau en M.M. Olthof en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 13 december 2016 in aanwezigheid van de griffier.