

**LJN: BZ2376, Gerechtshof 's-Gravenhage , 200.029.749/01**

Datum uitspraak: 19-02-2013

Datum publicatie: 26-02-2013

Rechtsgebied: Civiel overig

Soort procedure: Hoger beroep

Inhoudsindicatie: Reisovereenkomst. Ongeval. Letselschade. Wanprestatie. Eigen schuld.  
Subrogatie ziektekostenverzekeraar.

Vindplaats(en): Rechtspraak.nl

---

Uitspraak

GERECHTSHOF DEN HAAG

Afdeling Civiel Recht

Zaaknummer: 200.029.749/01

Zaak-rolnummer rechtbank: 252458/ HA ZA 05-3623

Arrest d.d. 19 februari 2013

in de zaak van

de naamloze vennootschap ZILVEREN KRUIS ACHMEA ZORGVERZEKERINGEN N.V., rechtsopvolgster van de onderlinge waarborgmaatschappij Zilveren Kruis Ziekenfonds U.A., statutair gevestigd te Utrecht en kantoorhoudende te Noordwijk, appellante, hierna te noemen: Zilveren Kruis, advocaat: mr. J.P. Heering te Den Haag,

tegen

de besloten vennootschap OUT IN AFRICA B.V., gevestigd en kantoorhoudende te Vlaardingen, geïntimeerde, hierna te noemen: Out in Africa, advocaat: mr. W.A.M. Rupert te Rotterdam.

Het geding

Bij exploit van 9 maart 2009 is Zilveren Kruis in hoger beroep gekomen van het eindvonnis dat de rechtbank te Rotterdam tussen partijen heeft gewezen. Bij memorie van grieven (met producties) heeft Zilveren Kruis tegen dat vonnis grieven aangevoerd en haar vordering vermeerderd. Out of Africa heeft bij memorie van antwoord de grieven en de vermeerderde vordering bestreden. Bij dezelfde memorie heeft Out of Africa (deels onvoorwaardelijk, deels voorwaardelijk) incidenteel appel ingesteld en eveneens grieven - behalve tegen het eindvonnis ook tegen een tussenvonnis - aangevoerd, welke Zilveren Kruis vervolgens bij memorie heeft bestreden. Ten slotte hebben partijen hun stukken overgelegd voor arrest.

## De beoordeling van het hoger beroep

1. In de onderhavige appelzaak gaat het nog slechts om de vorderingen van ziektekostenverzekeraar Zilveren Kruis, op wie bij wijze van subrogatie vorderingen tot schadevergoeding zijn overgegaan die één van haar verzekerden, ongevalslachtoffer [de verzekerde] (hierna ook: [de verzekerde]), geldend heeft gemaakt tegen reisorganisator Out of Africa. De schade die [de verzekerde], die in eerste aanleg naast Zilveren Kruis als eiseres optrad, heeft geleden (en nog lijdt) is een gevolg van een val op 26 september 2004 in een kuil op het terrein van Bed & Breakfast Boerderij '[het B&B]' (in Commonsdale, Zuid-Afrika), een onderneming waarvan Out of Africa als reisorganisator gebruik heeft gemaakt in het kader van een met [de verzekerde] en haar echtgenoot gesloten reisovereenkomst als bedoeld in Titel 7A van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (BW).

2. Ten aanzien van Zilveren Kruis heeft de rechtbank weliswaar aangenomen dat Out of Africa op grond van een toerekenbare tekortkoming jegens [de verzekerde] in de uitvoering van de reisovereenkomst in beginsel volledig aansprakelijk is (zonder te verdisconteren 'eigen schuld'), maar zij heeft daarbij het beroep van Out of Africa gehonoreerd op een exoneratie in haar algemene voorwaarden, als gevolg waarvan Out of Africa jegens Zilveren Kruis slechts aansprakelijk is gehouden voor een bedrag ter grootte van driemaal de door [verzekerde en haar echtgenoot] betaalde reissom, te vermeerderen met wettelijke rente. Het principaal appel van Zilveren Kruis richt zich in de kern tegen deze beslissing.

3. Out of Africa heeft haar enige grief in onvoorwaardelijk incidenteel appel gericht tegen de verwerping door de rechtbank van haar verweer dat Zilveren Kruis, omdat zij geen 'reiziger' is in de zin van Titel 7A van Boek 7 BW, geen beroep toekomt op de bescherming van deze titel en van de Europese richtlijn die daaraan ten grondslag ligt.

4. Alvorens deze grieven van partijen te bespreken, zal het hof echter ingaan op incidentele grieven 2 t/m 6, die Out of Africa voorwaardelijk heeft aangevoerd – de voorwaarde is, kort gezegd, dat het hof beslist dat Out of Africa jegens Zilveren Kruis geen geldig beroep op artikel 11.7 van haar Algemene Voorwaarden toekomt - tegen oordelen van de rechtbank die bestaan of hebben geculmineerd in haar beslissing over het eigen-schuldverweer. Deze grieven kunnen gezamenlijk worden behandeld. Het hof zal, uitgaande van de vaststaande toerekenbare tekortkoming, de kwestie van de schuldverdeling, die als eerste bepalend is voor de beoordeling van de vordering van Zilveren Kruis, opnieuw bezien en daartoe met inachtneming van de bewijslastverdeling tot een aantal aanvullende feitelijke vaststellingen komen, niet alleen in het licht van de ter gelegenheid van het getuigenverhoor in eerste aanleg afgelegde verklaringen, maar ook in dat van de oudere verklaringen, het van beide zijden overgelegde foto- en filmmateriaal en de achtereenvolgens betreffende de gebeurtenissen de betrokken avond ingenomen standpunten.

5. Naast het hier niet herhaalde van wat is vermeld in rechtsoverwegingen 2.1 tot en met 2.9 van het tussenvonnissen van de rechtbank van 28 november 2007, staat het volgende tussen partijen vast.

a. In september 2004 maakten [de verzekerde] en haar echtgenoot [...], samen met [reisgenoot A] en [reisgenoot B], een door Out of Africa georganiseerde reis door Zuid-Afrika.

b. Het gezelschap arriveerde in de namiddag van 26 september 2004 bij Bed & Breakfast boerderij '[het B&B]' in Commonsdale, waar het werd ontvangen door [...], moeder van [de eigenaresse van het B&B]. Het hoofdgebouw van [het B&B], tevens woning van [de eigenaresse van het B&B] (hierna: [de eigenaresse van het B&B]) en [de eigenaar van het B&B], eigenaren van [het B&B], en hun kinderen, is te karakteriseren als een U met vanuit de basis beiderzijds naar de voorzijde uiteenlopende delen als in een V. Op enige afstand van het hoofdgebouw bevindt zich het gedeelte

waar de gasten (voor zover gebleken, de betrokken avond uitsluitend de [verzekerde en haar echtgenoot en hun reisgenoten ]) verblijven.

c. Toen [verzekerde en haar echtgenoot], enkele minuten later gevolgd door [de reisgenoten], zich enkele uren na hun aankomst, rond 19.30 uur, voor het diner van het gastenverblijf naar het hoofdgebouw van de bed & breakfast begaf, was het reeds geheel donker. [de verzekerde] en haar echtgenoot zijn, nadat zij bij het hoofdgebouw waren aangekomen, daar op enig moment linksom omheen gelopen en toen – ter plaatse van de zijmuur (het platte uiteinde van de (bij vooraanzicht) linker uitloper van de U) – nadat zij aan hun rechterzijde tegen de muur staande fietsen en aan hun linkerkant een geparkeerde terreinwagen (Toyota) waren gepasseerd, achter elkaar in een gat gevallen ([de verzekerde] als eerste), waarbij [de verzekerde] ernstig letsel heeft opgelopen. Het betrof een niet gemarkeerd gat van ten minste anderhalve meter breed, drie meter lang en twee meter diep (hierna: de kuil), voor het bestaan waarvan de [verzekerde en haar echtgenoot en hun reisgenoten ] niet waren gewaarschuwd. Aan de desbetreffende zijde van het huis was geen buitenverlichting. In de muur waarlangs dit gat was gelegen waren drie ramen, in de looprichting van [verzekerde en haar echtgenoot] van achtereenvolgens de craft shop, een toilet en de pantry. Links van de terreinwagen bevond zich een boomgaard.

6. Hoewel de aansprakelijkheid niet ter discussie staat, ziet het hof aanleiding allereerst tot een feitelijke vaststelling te komen betreffende de positie van de terreinwagen. In eerste aanleg is er discussie geweest over de exacte positie van deze wagen en daarmee de ruimte die er was tussen deze wagen en de fietsen. Het hof overweegt daarover als volgt.

7. [de eigenaresse van het B&B] heeft ter gelegenheid van het getuigenverhoor verklaard dat zij de breedte van het terrein tussen de muur en de boomgaard op ongeveer vier meter schatte. Deze schatting is niet bestreden en komt het hof gelet op het overgelegde foto- en filmmateriaal ook adequaat voor. In eerste aanleg heeft Out of Africa - gebaseerd op het (ongedateerde) Report (prod. 3 bij conclusie van antwoord), dat [de eigenaar van het B&B] in overleg met zijn echtgenote heeft opgesteld - betoogd dat de terreinwagen voor de kuil stond (conclusie van antwoord sub 32) en dat de situatie volgens (bij conclusie van repliek overgelegde) foto's die de betrokken avond na het ongeval zijn gemaakt en waarop het voertuig is te zien, geparkeerd aan de kant van de boomgaard, niet overeenkomt met de situatie ten tijde van het ongeval. Het voertuig zou toen dicht bij de fietsen hebben gestaan, waardoor het echtpaar zich tussen de fietsen en het voertuig zou hebben moeten 'doorwurmen' (conclusie van antwoord sub 15). Het voertuig zou voorts na het ongeval – zo begrijpt het hof de stellingen van Out of Africa - verder van de muur (dus dicht bij de boomgaard) zijn gezet.

8. Het hof houdt het ervoor dat de situatie op de bij conclusie van repliek overgelegde foto's waarop de auto zichtbaar is, waarbij er tussen de fietsen en de auto een ruimte is van ongeveer anderhalve meter, wel de situatie weergeeft zoals die was ten tijde van het ongeval. De situatie op die foto's komt overeen met de situatie die te zien is op de film die Zilveren Kruis en [de verzekerde] bij conclusie van repliek in het geding heeft gebracht, welke film eerder die dag bij aankomst is gemaakt. Weliswaar moet worden aangenomen dat de auto de avond na het ongeval is verplaatst (om ruimte te maken voor de opgeroepen hulpverlening), maar het hof neemt met Zilveren Kruis (pleitnota sub 9) aan dat die verplaatsing overbrenging van de terreinwagen naar het parkeerterrein en niet naar een positie verder van de muur richting boomgaard heeft behelst. De verklaring van [de eigenaar van het B&B] ter gelegenheid van het getuigenverhoor dat hij de auto, nadat [de verzekerde] 'in de kuil was gevallen [heeft] weggezet en de volgende dag weer [heeft] teruggezet', moet dan ook in deze zin worden begrepen. Nu gesteld noch gebleken is dat de auto na het ongeval twee keer is verplaatst, valt anders ook niet te verklaren waarom de bij repliek overgelegde foto's ook een situatie laten zien waarop de auto niet meer in de desbetreffende strook naast het huis aanwezig is. Hetgeen [de eigenaar van het B&B] verder heeft verklaard, namelijk dat hij zijn auto - de Toyota - 'in het algemeen

naast de kuil, dat wil zeggen tussen de kuil en de boomgaard' plaatste kan, nog daargelaten dat ook dat haaks staat op het door Out of Africa ingenomen standpunt dat de auto voor de kuil stond, voor die avond niet juist zijn, omdat uit het bij conclusie van repliek overgelegde fotomateriaal onmiskenbaar blijkt dat toen naast het gat een grote hoop zand lag. Het hof merkt thans nog op dat uit de foto's ook naar voren komt dat wie tussen de fietsen en de auto naar achteren liep, vrijwel onvermijdelijk bij de kuil zou uitkomen.

9. De kern van het eigen-schuldverweer van Out of Africa is dat [de verzekerde] - haaks op gegeven instructies - op weg naar het diner zonder noodzaak een onverlichte route heeft gekozen. Het hof zal allereerst bezien welke afspraken met betrekking tot het diner zijn gemaakt, vervolgens wat de verlichtingssituatie aan zowel de voorkant als de linker zijkant van het hoofdgebouw is geweest, en tot slot tot een beoordeling komen van de door [de verzekerde] gekozen route.

10. Met betrekking tot de over het diner gemaakte afspraken overweegt het hof als volgt. Niet in geschil is dat [reisgenoot B] bij de kennismaking eind van de middag aan [de eigenaresse van het B&B] de wens van het gezelschap kenbaar heeft gemaakt om het diner in de vorm van een 'braai' (barbecue) gepresenteerd te krijgen. Ter gelegenheid van het getuigenverhoor heeft [de eigenaresse van het B&B] verklaard dat zij die bij de verwelcoming aan [reisgenoot B] heeft toegezegd, dat het gezelschap tussen 19.00 en 19.30 uur werd verwacht en dat zij naar de voordeur moesten gaan, waar zij eerder, bij aankomst, haar briefje hadden aangetroffen. [reisgenoot B] had daarop niet gereageerd. Er was, aldus [de eigenaresse van het B&B], niet over de precieze plek van het avondeten of de route daarnaar toe gesproken.

11. Volgens deze verklaring waren de instructies wat summierder dan valt te lezen in het bij conclusie van antwoord als productie 3 overgelegde Report. Dit rapport vermeldt immers:

'[...] [[de eigenaresse van het B&B], hof] pointed out to her [[reisgenoot B], hof] that the meal would be served in the entertainment area in front of the house and that they should follow the paving to the main entrance of the house, where they found the note earlier that afternoon.'

12. Dat neemt echter niet weg dat ook in deze verklaring al de instructie voor de gasten wordt vermeld naar 'the main entrance of the house' te gaan. Dat sluit ook aan bij wat [de verzekerde] ter gelegenheid van het getuigenverhoor heeft verklaard, namelijk dat [de eigenaar van het B&B] of – waarschijnlijker – [de eigenaresse van het B&B]' gezegd had dat het eten bij het huis was en dat de deur open zou staan. Zij heeft verder verklaard dat klopt wat [de eigenaresse van het B&B] 'op dit punt' heeft verklaard – naar het hof begrijpt: dat zij naar de voordeur moesten gaan, waar zij eerder haar briefje hadden aangetroffen.

13. In de eerste verklaring die [de reisgenoten] hebben afgelegd, die van 8 oktober 2004 - reeds twaalf dagen na het ongeval - tegenover [X] (naar het hof begrijpt: een Zuid-Afrikaanse attorney) wordt vermeld dat [de eigenaresse van het B&B] 'explained to us that dinner is provided at the main house and pointed out where to go.' De verklaringen die [de reisgenoten] nadien hebben opgesteld/afgelegd, wijken op het punt van de instructies in meerdere of mindere mate van deze verklaring af.

14. De verklaring van [reisgenoot B] die bij conclusie van repliek is overgelegd, vermeldt slechts dat [de eigenaresse van het B&B] '[ons] verwachtte [...] om ongeveer 19.00 uur op het avondeten in het centrum', terwijl de ter gelegenheid van het getuigenverhoor door haar afgelegde verklaring vermeldt dat met [de eigenaresse van het B&B] is afgesproken dat zij tussen 19.00 en 19.30 uur naar het hoofdgebouw zou komen om te eten en dat [de eigenaresse van het B&B] heeft gezegd dat dat bij het zwembad zou zijn. Zij heeft bij die gelegenheid echter ook verklaard dat [de eigenaresse van het B&B] 'geen specifieke instructies heeft gegeven over de plaats waar gegeten zou worden'. Zij kan

zich niet herinneren dat [de eigenaresse van het B&B] iets gezegd heeft over een voordeur of een briefje. Zij wist niet waar de voordeur precies was, maar ging ervan uit dat het wel zou lukken de plaats van de barbecue te vinden.

15. De verklaring van [reisgenoot A] die bij conclusie van repliek is overgelegd vermeldt: 'we maakten een afspraak, hoe laat we ons zouden melden voor het avondeten bij het hoofdgebouw.' Ter gelegenheid van het getuigenverhoor heeft [reisgenoot A] evenwel verklaard dat er in zijn herinnering geen instructies zijn gegeven over de plaats waar de barbecue gehouden zou worden of waar zij naartoe moesten lopen. Hij had aangenomen dat het in de tuin was.

16. In de verklaringen van [de echtgenoot van verzekerde] bespeurt het hof een soortgelijke tendens als bij [de reisgenoten]. In zijn bij conclusie van repliek overgelegde verklaring (sub 3) vermeldde [de echtgenoot van verzekerde] dat, nadat achtereenvolgens [de eigenaar van het B&B] en [de eigenaresse van het B&B] kennis waren komen maken, 'we [afspraken] dat we tussen 19.00 uur en 19.30 uur naar het farmhouse zouden komen om het diner te gebruiken.' Ter gelegenheid van het getuigenverhoor kwam [de echtgenoot van verzekerde] echter niet verder dan dat hij zich niet kon herinneren van specifieke instructies over waar er gegeten zou worden en hoe zij daar zouden moeten komen.

17. Het hof acht de drie verklaringen van zowel [reisgenoot B] als [reisgenoot A] ten aanzien van tijdstip/-vak, plaats en/of instructies en de verklaringen van [de echtgenoot van verzekerde] op de laatste twee van deze punten te weinig consistent om er op dit punt waarde aan toe te kennen. In het licht van de overige verklaringen stelt het hof vast dat [de eigenaresse van het B&B] in elk geval [de verzekerde] en [reisgenoot B] heeft geïnstrueerd voor het diner naar de voordeur van het hoofdgebouw te gaan, maar dat niet duidelijk is aangegeven of het diner in het hoofdgebouw of bij het hoofdgebouw (bijvoorbeeld aan de achterzijde, waar – zo blijkt uit de getuigenverklaringen van [de eigenaren van het B&B] - het zwembad en de Lapa (overkapping, met de barbecue) waren, zou plaatshebben. In hoeverre over de route naar de voordeur is gesproken, acht het hof niet van belang, omdat niet gebleken is dat er een ander pad is dan de [verzekerde en haar echtgenoot en hun reisgenoten ] achtereenvolgens hebben genomen en dat pad uitkomt op het voorplein (in de stukken ook aangeduid als paved area), waar ook de bedoelde voordeur aan ligt. [reisgenoot B] heeft overigens weliswaar verklaard dat zij niet wist waar de voordeur was, maar in het licht van het feit dat ter gelegenheid van het pleidooi van de zijde van [de verzekerde] en Zilveren Kruis naar voren is gebracht dat [verzekerde en haar echtgenoot] en [de reisgenoten] bij aankomst uit de auto zijn gestapt en naar de voordeur zijn gelopen en daar het briefje hebben gelezen (pleitnota sub 7), gaat het hof daaraan voorbij.

18. Een volgende in het kader van de beoordeling van eventuele eigen schuld van [de verzekerde] relevante kwestie is welke verlichting de betrokken avond zichtbaar is geweest. Niet in geschil is dat er langs het voetpad van de appartementen naar het hoofdgebouw drie lampjes stonden. Of dat lampjes aan de grond waren of lampjes die branden op heuphoogte, laat het hof in het midden, nu niet in geschil is dat de lampjes de betrokken avond brandden en zowel [verzekerde en haar echtgenoot] als [de reisgenoten] zonder problemen bij de paved area is gekomen. Over de verlichting die op de paved area zichtbaar was lopen de verklaringen echter sterk uiteen. Uit de stukken, het foto- en filmmateriaal en de in zoverre onbestreden verklaringen (met tekeningen), komt naar voren dat gasten onderweg naar de entrance (portiek) met de voordeur (met ruitjes) aan hun linkerkant eerst twee schuifpuien van de craft shop/reception en vervolgens twee ramen van de keuken aantreffen. Achter de voordeur bevindt zich de hal en direct rechts van de entrance bevindt zich het kantoor. De dining area ligt aan de achterzijde van het gebouw en heeft geen ramen die op de paved area uitkijken.

19. Het Report van de hand van [de eigenaar van het B&B] dat Out of Africa als productie 3 bij

conclusie van antwoord heeft overgelegd, vermeldt over de verlichting:

'The paved area from the guest rooms to the entrance of the main house is lit by 3 lamps 10m apart along the path while the area in front of the house is lit by a rear light. These lights come on automatically since they are controlled by a daylight switch. (...) Expecting the guests to arrive for dinner from 19h00 onwards, the entrance door was open, the entrance hall was lit clearly and the spotlight above the entrance hall door, was switched on, showing the entrance to the dining area.'

20. Ter gelegenheid van het getuigenverhoor verklaarde [de eigenaar van het B&B] over de verlichtingssituatie in het algemeen dat de entrance verlicht is, dat er een tl boven de deur van de craft shop is, en dat er een spotlight [vermoedelijk is dit de lamp die in het Report met 'rear light' wordt aangeduid] is dat de paved area verlicht. De buitenverlichting wordt als het donker wordt aangeschakeld door een daylight-switch, eind september rond 18.00 uur. Bij controle daags na het ongeval werkten de (op de daylight switch aangesloten) spotlights en de tl-balk boven de craft shop, evenals het licht boven de deur in de entrance, normaal.

[de eigenaar van het B&B] herinnerde zich niet of het licht in de craft shop, die in het algemeen 's nachts verlicht is, en het licht in de laundry, beide met een raam in de wand waarlangs de kuil ligt, die avond aan waren. Hij herinnerde zich evenmin of de luxaflex voor het bedoelde raam van de craft shop waren neergelaten. Specifiek herinnert hij zich wel dat de lampen in de dining area aan waren.

21. [de eigenaresse van het B&B] heeft verklaard dat er boven de entrance een lamp in een afdakje is en dat daar eveneens een spotlight is, die evenals de tl-verlichting boven de schuifdeuren van de craft shop op een daylight switch werkt. Daags na het ongeval is de buitenverlichting gecontroleerd en deze werkte naar behoren.

Op de betrokken avond was er licht aan in het kantoor, in de keuken (met – naar het hof uit haar verklaring begrijpt: neergelaten - bamboe luxaflex), in de craft shop (waar eveneens de luxaflex was neergelaten), de hal (welk licht door de glazijn paneeltjes van de deur naar buiten schijnt) en in de dining area. De laundry is normaal gesproken op zondagavond niet verlicht, maar [de eigenaresse van het B&B] is er, aldus haar verklaring, die dag niet geweest. Er werd die dag niet gewassen en het personeel was er ook niet.

22. De verklaring die [de reisgenoten] 8 oktober 2004 hebben afgelegd tegenover [X], vermeldt bij 8:

'On arriving at the main building on the roadside it was dark and it appeared that there was no guest access from that side into the building. Through the building we could see light at the backside of the building and decided to walk around the building to the light where there was likely to be an entrance.'

23. Wat hier bedoeld wordt met 'Through the building we could see light at the backside of the building' is in het partijdebat, noch in de getuigenverhoren aan de orde gekomen. Dit duidt op het zien van licht aan de achterzijde van het gebouw (mogelijk in de dining area) door ruiten aan de voorzijde (wellicht de voordeur), maar nu er verder niets is gesteld of gebleken dat steun biedt aan die interpretatie, zal het hof dat in het midden laten. In hun latere verklaringen spreken [de reisgenoten] over 'een lichtbundel' ([reisgenoot B]) en 'fel licht' ([reisgenoot A]) aan het einde van de zijmuur (wat [reisgenoot A] met 'aan de achterkant van het gebouw' aanduidt), maar dat is niet eenvoudig met deze eerdere verklaring in overeenstemming te brengen.

24. [reisgenoot B] heeft in haar bij conclusie van repliek overgelegde verklaring naar voren gebracht: 'Aan het eind van het pad kwamen wij op het voorerf van het huis en vroegen aan elkaar, "waar zal de ingang zijn?" Wij zagen slechts een lichtbundel aan de zijkant van het huis.' Voorts heeft zij ter gelegenheid van het getuigenverhoor verklaard dat het pleintje donker was; er brandde in de gebouwen die aan het pleintje grensden geen licht, de voordeur was niet verlicht en er was ook geen

spotlight aangegaan. Het enige licht dat zij zag was aan het einde van de zijwand van het hoofdgebouw, waar uit een raam of een deur licht naar buiten leek te schijnen.

25. [reisgenoot A] heeft in zijn bij conclusie van repliek overgelegde verklaring het volgende naar voren gebracht:

‘[Bij het hoofdgebouw] aangekomen zag het er allemaal heel verlaten uit. Met het gezicht naar het gebouw staand, was aan de rechterzijde een privéwoning met een deur, althans zo leek het, totaal onverlicht en niet uitnodigend om naar binnen te gaan. Aan de linkerkant was duidelijk een bedrijfsruimte, maar door het weinige licht was niet te zien wat het nu precies was. Ik dacht een eetruimte, maar de andere dag bij daglicht zag ik dat het een winkel was. Echter aan de linkerkant van het gebouw was een auto geparkeerd en tegen de zijkant van het gebouw stonden wat kinderfietsen. En aan de achterkant van het gebouw brandde fel licht, het leek uit een raam of een deur te komen en met die ruimte tussen die auto en die fietsen leek ons dat dat het pad was, dat naar de ingang leidde. Wij bespraken onze bevindingen en besloten al pratend naar achteren naar het licht te lopen.’

26. Ter gelegenheid van het getuigenverhoor heeft [reisgenoot A] verklaard dat het op het voorplein ‘nauwelijks verlicht’ was. Hem stond bij die gelegenheid wel bij dat hij ergens in de gebouwen ‘een klein lichtje’ had gezien, ‘een los peertje of een nachtlampje of zo.’ Verder had hij alleen aan de achterkant van het gebouw licht zien schijnen.

27. [de verzekerde] heeft in haar bij conclusie van repliek overgelegde verklaring naar voren gebracht dat het terrein voor het farmhouse donker was en dat er geen licht brandde door de ramen aan de voorkant, en dat de voordeur was gesloten. Wel had zij, zo verklaarde zij, een verlicht raam aan de zijkant van het farmhouse gezien.

28. Ter gelegenheid van het getuigenverhoor heeft [de verzekerde] verklaard dat er geen licht boven de deur was en dat er ook geen licht door de raampjes van de deur scheen. Een spotlight heeft zij niet gezien. De schuifpuien waren donker en zij kon er niet door naar binnen kijken. Zij had wel gezien dat aan de zijkant van het huis een vierkant verlicht raam aanwezig was, naar schatting ongeveer acht meter vanaf de hoek, waar minder helder licht doorheen scheen dan bij gewoon glas zonder gordijnen of luxaflex het geval zou zijn.

29. In zijn verklaring die bij conclusie van repliek is overgelegd, brengt [de echtgenoot van verzekerde] naar voren:

‘Het voorterrein was geheel donker en er brandde geen licht door de ramen aan de voorkant en de voordeur was gesloten. Er ging ook geen licht branden toen we bij de voordeur aankwamen. Mijn vrouw had wel een verlicht raam aan de zijkant van het Farmhouse gezien en liep van de voordeur terug (...).’

30. Ter gelegenheid van het getuigenverhoor heeft [de echtgenoot van verzekerde] echter verklaard dat niet alleen zijn vrouw, maar hij ook zelf aan de zijkant van het huis licht had zien branden. Het betrof een verlicht raam aan de zijkant van het huis, een meter of acht, negen vanaf de hoek. Verder heeft hij noch bij de voordeur, noch in het huis licht gezien.

31. Het hof oordeelt als volgt. Bij memorie van antwoord sub 35 heeft Out of Africa naar voren gebracht dat niet alleen de tl-balk - of het, zoals verschillend is verklaard, ging om een enkele of een dubbele tl kan in het midden blijven - boven de schuifdeuren van de craft shop en de spot op het voorterrein boven de deur, maar ook de lampjes langs het pad van het gastenverblijf naar de paved area waren aangesloten. Deze onbestreden stelling staat niet op zichzelf. Ook uit de verklaring van

[de eigenaren van het B&B] die als Report als productie 3 bij conclusie van antwoord is overgelegd, komt naar voren dat de hele buitenverlichting werkte op de daylight-switch (iets wat ook voor de hand ligt). Zilveren Kruis heeft wel betwist dat de daylight switch werkte, maar nu een deel van de daarop aangesloten verlichting onbetwist wel functioneerde (de lampjes langs het pad), houdt het hof het ervoor dat deze switch (waarvan de benaming ook louter een simpele aan/uit-functie suggereert) goed functioneerde en dat ook de tl boven de schuifpui van de craft shop en de spot op het voorterrein de avond van het ongeval brandden. Overigens biedt ook de getuigenverklaring van [reisgenoot A] dat het op het voorplein 'nauwelijks' verlicht was, enige steun aan die conclusie.

32. Uit de verklaring van [de eigenaresse van het B&B] leidt het hof af dat de lamp in het afdakje boven de entrance niet op de daylight switch was aangesloten. Het hof vindt in de getuigenverklaringen – de verklaring van [de eigenaresse van het B&B] staat wat dit betreft (naast die van haar echtgenoot die slechts over de situatie in het algemeen kon verklaren) alleen - onvoldoende grond aan te nemen dat die lamp de betrokken avond brandde. Evenmin neemt het hof (uitsluitend op de verklaring van [de eigenaresse van het B&B] ) aan dat de verlichting in de hal en in het kantoor brandde. Het hof acht wel op die enkele verklaring aannemelijk dat het licht in de keuken brandde omdat de [verzekerde en haar echtgenoot en hun reisgenoten ] verwacht werden voor het diner en voldoende aannemelijk is dat [de eigenaresse van het B&B] daarvoor voorbereidingen had getroffen en mogelijk nog aan het treffen was. Nu voor de keukenramen echter – zo leidt het hof uit de verklaring van [de eigenaresse van het B&B] af - neergelaten bamboe luxaflex hing, zal uit de keuken bij aankomst op de paved area weinig licht te zien zijn geweest, in het bijzonder omdat deze ramen, wanneer men vanaf het pad komt, vanuit een hele kleine hoek worden benaderd. Dat moet echter bij de voordeur aanzienlijk meer zijn geweest.

33. Het antwoord op de vraag of er licht in de craft shop aan was, zoals Out of Africa zelf bij conclusie van antwoord sub 31 lijkt te ontkennen, kan in het midden blijven, nu daar blijkens de verklaring van [de eigenaresse van het B&B] fijne bamboe luxaflex hing die was neergelaten en daarvan, ook als er licht aan was, niet of nauwelijks iets te zien zal zijn geweest. Voor deze conclusie vindt het hof nog steun in het feit dat in een raam van de craft shop in de muur waarlangs de kuil is gelegen, kennelijk diezelfde bamboe luxaflex hing en er op de laatste van de bij conclusie van repliek overgelegde, na het ongeval genomen foto's, waarop dat raam is te zien, geen licht waarneembaar is.

34. Het hof acht, hoewel de verschillende rapportering over de intensiteit van dat licht en de inconsistentie in de verklaringen van [de echtgenoot van verzekerde] vraagtekens oproept, wel aannemelijk dat licht aan is geweest in de pantry en dat dit – het betreft een groot vierkant raam – kort na het verlaten van het pad voor de [verzekerde en haar echtgenoot en hun reisgenoten ] aan hun linkerhand zichtbaar is geweest.

35. Conclusie is dan dat voor de [verzekerde en haar echtgenoot en hun reisgenoten ] nadat zij bij het einde van het pad waren aangekomen, weliswaar wat licht zichtbaar geweest moet zijn op de paved area, maar dat in het gebouw zelf aanvankelijk nauwelijks licht te zien is geweest. Naarmate de gasten verder naar de voordeur waren doorgelopen moeten zij – door de luxaflex - echter meer licht in beide keukenramen hebben kunnen zien.

36. Vraag is vervolgens of [de verzekerde] conform de instructies naar de voordeur is gegaan of direct bij aankomst bij de paved area linksaf is geslagen. Het hof constateert allereerst dat de dagvaarding in eerste aanleg (sub 4) in elk geval nog in de richting van het laatste wees:

'Om 19.30 wandelden [verzekerde en haar echtgenoot en hun reisgenoten ] kort na elkaar naar de eetzaal van het huis van [de eigenaar van het B&B]. (...) Daar aangekomen bleek dat er geen verlichting aan was in wat zij aanzagen voor de eetkamer. Aan de zijkant van het raam was wel een raam verlicht. [de verzekerde] liep naar dit raam toe om te kijken. [de echtgenoot van verzekerde] en



[de reisgenoten] volgden haar.'

37. [verzekerde] heeft ter gelegenheid van het getuigenverhoor verklaard dat zij eerder die dag had gezien waar de voordeur was en dat er links naast de voordeur twee grote aluminium schuifpuien waren, en dat zij die avond naar de voordeur is toegelopen en aan de deurknop heeft gevoeld, maar die niet open kreeg. Nadat haar man vergeefs had gevoeld of de schuifpui open ging en zij had bedacht dat de braai misschien wel in de tuin, achter het huis zou zijn, is zij naar het enige licht gelopen dat zij had gezien: een vierkant verlicht raam aan de zijkant van het huis, naar schatting ongeveer acht meter van de hoek. Zij zag vervolgens een paar fietsen, een klein stukje verder een auto en weer iets verder een boom met een klein paddenstoellampje, is toen in de richting van het raam gelopen en in de kuil gevallen.

38. [de echtgenoot van verzekerde] heeft ter gelegenheid van het getuigenverhoor verklaard dat zijn vrouw naar de deur is gelopen, maar hij heeft niet gezien dat zij aan de deur heeft gevoeld. Nadat zijn vrouw zich bij hem had gevoegd en zij gesproken hadden over licht dat zij beiden gezien hadden aan de zijkant van het huis zijn zij – zijn vrouw voorop – tussen fietsen en een auto door naar dat licht toegelopen. Het was daar aardedonker.

39. [reisgenoot B] heeft verklaard dat zij 'bij het eind van het paadje' is blijven staan en dat haar man een paar meter in de richting van de voordeur is gelopen. In de bij conclusie van repliek overgelegde verklaring bracht zij naar voren:

'Aan het einde van het pad kwamen wij op het voorerf van het huis en vroegen aan elkaar," waar zal de ingang zijn?" Wij zagen slechts een lichtbundel aan de zijkant van het huis. Een auto en enige fietsen stonden daar geparkeerd. Wij namen daardoor aan, dat wij daar de ingang van het huis zouden aantreffen en bewogen ons die richting uit.'

40. [reisgenoot A] vertelt dat hij de voordeur wel heeft gezien, maar de indruk had dat dat de deur was van het privégedeelte, en is het opstapje niet opgelopen. Nadat hij was teruggelopen naar zijn vrouw en met haar had overlegd, zijn zij toen samen langs het gebouw in de richting van licht dat hij 'aan de achterkant van het gebouw' had zien schijnen, gelopen. Het was daar zo donker dat hij zijn 'eigen voeten niet zag.' [reisgenoot A] heeft tot slot nog verklaard dat hij de indruk had dat het gebouw bestond uit een zakelijk gedeelte aan de linkerkant en een privégedeelte aan de rechterkant, en dat hij het daarom logisch vond dat als zij naar de barbecue liepen, zij in elk geval niet naar de rechterkant moesten. Bovendien waren er aan de linkerkant grote vierkante ramen van wat later de shop bleek te zijn, maar waarvan hij toen dacht dat het een restaurantje was, bij welke ramen hij een deur verwachtte.

41. Dat de deur op slot was, acht het hof onaannemelijk nu [de eigenaren van het B&B] het gezelschap verwachtte voor het diner, en dat de deur erg klemde wordt door geen van de getuigen bevestigd. [de verzekerde] zelf - zo is bij antwoord-conclusie na enquête (sub 17, voetnoot 17) naar voren gebracht - kan over de reden waarom zij de deur niet open kreeg, niet meer verklaren. Als de deur inderdaad niet was te openen, had erg voor de hand gelegen dat [de verzekerde] had gebeld of geklopt. Hoewel het hof aanneemt dat het bord 'Willkommen' er de betrokken avond nog niet hing - het is niet zichtbaar op de beweerdelijk daags na het ongeval genomen foto's die bij het getuigenverhoor aan [de eigenaren van het B&B] zijn voorgehouden - neemt het hof op grond van het foto- en filmmateriaal wel aan dat de deur gelet op de andere wel aanwezige borden, die het gezelschap inclusief [de verzekerde] die middag bij het bekijken van het op de deur geplakte briefje moet hebben gezien, als deur voor de gasten geduid moest worden. Ook daarom valt niet goed te begrijpen waarom [de verzekerde] - zoals tussen partijen vast staat - niet heeft aangebeld of op de deur heeft geklopt.

42. Het vermoeden dat [de verzekerde] die avond niet bij de voordeur is geweest wordt versterkt door het feit dat [de eigenaresse van het B&B] voor het ongeval geen door het alarmsysteem veroorzaakte piepsignalen heeft gehoord. Out of Africa heeft betoogd dat bij [het B&B] een alarmsysteem in gebruik was dat werkt met infra-roodstralen tussen de voorste punten van het hoofdgebouw, waarbij onderbreking van de stralen via sensoren aanleiding geeft tot geluidssignalen in het gebouw. Op de betrokken avond heeft [de eigenaresse van het B&B] voor het ongeval geen geluidssignalen gehoord en Out of Africa ontleent daaraan steun dat [de verzekerde] en haar echtgenoot niet de route hebben gelopen ([de verzekerde] tot aan de voordeur) die zij hebben verklaard te hebben gelopen.

43. [de eigenaren van het B&B] hebben ter gelegenheid van het getuigenverhoor bevestigd dat er een alarminstallatie is, die er, voor zover van belang, in bestaat dat er op de meest voorwaartse punten van de vleugels van het gebouw sensoren zijn, gevoelig voor tussen de punten lopende infrarood stralen, waarbij onderbreking van de straal aanleiding geeft tot een in de slaapkamer en keuken van het hoofdgebouw wel, maar buiten niet hoorbaar piepsignaal. [de eigenaresse van het B&B] heeft, zo heeft zij verklaard, kort voor het ongeval, hoewel zij alert was op de aankomst van de gasten, geen piepsignaal gehoord. Zij acht onwaarschijnlijk dat zij alle vier de piepsignalen - veroorzaakt als zowel [de echtgenoot van verzekerde] als [de verzekerde] de infraroodstraal twee keer hebben gekruist - gemist heeft. [de eigenaresse van het B&B] heeft verder verklaard dat zij wel een piepsignaal heeft gehoord toen [reisgenoot B] na het ongeval hulp kwam halen. [de eigenaren van het B&B] hebben tot slot beiden verklaard dat de alarminstallatie daags na het ongeval is getest en toen werkte.

44. De rechtbank heeft overwogen dat niet is bewezen dat de route die [de verzekerde] en haar echtgenoot volgens eigen zeggen hebben gevolgd zonder meer tot een piepsignaal geleid zou hebben. Voorts heeft de rechtbank het 'alleszins denkbaar' geacht en voor die gedachte ook steun in de getuigenverklaringen gevonden dat er wel piepsignalen zijn geweest, maar dat [de eigenaren van het B&B] die beiden niet hebben opgemerkt. Zilveren Kruis heeft bij gebrek aan wetenschap betwist dat er een bewegingssensor/alarmsysteem aanwezig was, dat deze werkte en dat er inderdaad vier piepsignalen zijn afgegaan. Het hof oordeelt hierover als volgt.

45. Reeds het Report van de hand van [de eigenaar van het B&B] dat Out of Africa als productie 3 bij conclusie van antwoord heeft overgelegd, maakt melding van een alarmsysteem en sluit aan bij de nadien door [de eigenaren van het B&B] afgelegde verklaringen:

Furthermore it should be noticed that there is an infra-red alarm sensor beam across the entrance area which gives off a clear "beep" in the kitchen as soon as it is crossed. We are always alert to this "beep" because it gives us a clear warning when guests are coming for dinner. In this instance the alarm did not beep until [reisgenoot B] came shouting for help. (...)

At 19h30 [reisgenoot B] came bursting into the house shouting for help and asking for a torch."

46. Dat er – zoals [de eigenaar van het B&B] heeft verklaard – een alarminstallatie is op instigatie van de verzekeraar, valt goed te begrijpen en het hof heeft geen grond te betwijfelen dat wat volgens Out of Africa bij conclusie na enquête (sub 6) als bewegingsmelder zichtbaar is op de bij conclusie van dupliek overgelegde foto's inderdaad een onderdeel van een met twee sensoren op de punten van het gebouw werkend alarmsysteem is, te meer nu er op de film die bij conclusie van repliek is overgelegd (van de dag van het ongeval) iets soortgelijks te zien op de punt op de andere vleugel van het gebouw.

47. Dat het systeem de betrokken avond niet zou werken acht het hof weinig aannemelijk. Omdat – zoals [de eigenaresse van het B&B] heeft verklaard - het systeem een belangrijke functie vervulde in het melden van de aankomst van gasten, welke er 'bijna elke dag' waren, ligt voor de hand dat

disfunctioneren van het systeem snel zou zijn opgemerkt en dat van herstel snel werk zou zijn gemaakt. Uitgaande van een functionerend alarmsysteem vermag het hof niet in te zien hoe [de verzekerde] en haar echtgenoot de route hebben kunnen gelopen die zij claimen zonder vier piepjes te veroorzaken. Er blijft weliswaar een kleine kans dat [de eigenaresse van het B&B] de piepjes niet heeft opgemerkt, maar mede omdat het om vier piepjes gaat, waarbij tussen de het eerste en het laatste piepje bij een handelingsverloop als door [verzekerde en haar echtgenoot] is geclaimd enige tijd verstreken moet zijn, en [de eigenaresse van het B&B] op de komst van de gasten alert mag worden geacht, acht het hof dat niet waarschijnlijk. Overigens heeft [de eigenaresse van het B&B] verklaard dat zij wel een piepje heeft gehoord toen [reisgenoot B] hulp kwam halen. Van de zijde van Zilveren Kruis is weliswaar, gesteund door de verklaring van [reisgenoot B], gesteld dat niet mevrouw, maar [reisgenoot A] naar de voordeur is gegaan, maar het hof acht dat onwaarschijnlijk. Niet alleen wordt dit niet bevestigd door [reisgenoot A] zelf (die bij zijn getuigenverhoor 'van dit deel van de gebeurtenissen [anders dan ten tijde van het opstellen van de bij conclusie van repliek overgelegde verklaring, hof] 'eigenlijk geen herinnering' had), het ligt ook niet voor de hand nu [reisgenoot A] terug naar het gastenverblijf is gelopen om een zaklantaarn te halen en weinig aannemelijk is dat [reisgenoot B] - iemand met een EHBO-diploma, geconfronteerd met zorgelijke berichten (geen gevoel meer in de benen) uit de kuil - in het pikkedonker passief de terugkomst van haar echtgenoot heeft afgewacht. Door wie het piepsignaal is veroorzaakt is uiteraard van minder belang dan dat het is veroorzaakt en door [de eigenaresse van het B&B], zoals zij heeft verklaard, is gehoord.

48. Nu het hof de verklaring van [verzekerde en haar echtgenoot] op het punt van de verlichting weinig overtuigend acht en hetgeen Zilveren Kruis, gebaseerd op de verklaringen van, primair, [de verzekerde] en haar echtgenoot, ingang wil doen vinden in feite gebaseerd is op een aanzienlijke reeks minder waarschijnlijke mogelijkheden (de daylight switch werkte niet, het alarmsysteem werkte niet of de meldingen van het systeem zijn allemaal niet gehoord, de voordeur wilde niet open), en een weinig voor de hand liggende gedragslijn ([de verzekerde] heeft niet aangebeld of geklopt), houdt het hof het ervoor dat [de verzekerde] direct voorafgaand aan het ongeval in het geheel niet bij de voordeur is geweest, maar bij het verlaten van het pad, geconfronteerd met een matig verlicht voorplein, bij het zien van licht in - wat zou blijken te zijn - de pantry, meteen linksaf is gegaan.

49. Vervolgens dient het hof te bezien wat de betekenis van deze conclusie is voor de vraag naar eigen schuld. Het hof overweegt daarover als volgt.

50. [de verzekerde] heeft weliswaar de aanwijzing van [de eigenaresse van het B&B] genegeerd om naar de voordeur te gaan, maar waar vaststaat dat het gezelschap niet voor de kuil is gewaarschuwd, kan niet worden aangenomen dat die aanwijzing de strekking had het gezelschap te behoeden voor de gevaarlijke situatie aan de linkerzijde van het huis en te minder dat [de verzekerde] die aanwijzing aldus hadden moeten begrijpen.

51. Dat de gang langs het huis in zijn algemeenheid voorzienbaar en niet ongewoon was, leidt het hof af uit het feit dat [het B&B] gasten altijd voor de kuil waarschuwde, zoals [reisgenoot A] heeft verklaard en wat ook steun vindt in de verklaring van [reisgenoot B], voor zover die inhoudt dat [de eigenaresse van het B&B] achteraf had gezegd dat zij dacht dat haar moeder, die bij aankomst de gasten had opgevangen, voor de kuil had gewaarschuwd. Een en ander is overigens ook al vervat in de verklaring die [de reisgenoten] 8 oktober 2004 hebben afgelegd tegenover [X] (prod. 4 bij dagvaarding). Een dergelijke uitspraak van [de eigenaresse van het B&B] wekt ondertussen wel verbazing, nu het Report (prod. 3 bij conclusie van antwoord) dat [de eigenaar van het B&B] in overleg met zijn echtgenote heeft opgesteld over de moeder van [de eigenaresse van het B&B] bij de begroeting van het gezelschap de volgende passage bevat:

'Having been on holiday herself and not knowing that the construction of the drain had already started, she clearly noticed the earth pile and the big gaping hole for the first time. (onderstrepingshof)'

52. Het moge zo zijn - zoals Out of Africa heeft aangevoerd - dat [de verzekerde] was gewaarschuwd voor gevaren die reizen door Zuid-Afrika met zich brengen, en dat men in Zuid-Afrika niet overal dezelfde omstandigheden mag verwachten als in Nederland, maar dat betekent niet dat [de verzekerde] bedacht had moeten zijn op het gevaar dat zich hier heeft gerealiseerd. Zoals Out of Africa zelf bij conclusie van dupliek (sub 5) naar voren heeft gebracht, is het terrein aan de voorkant van het hoofdgebouw netjes ingericht en [de verzekerde] had geen enkele reden aan te nemen dat dat aan de zijkant van het huis anders zou zijn. Dat de eigenaren van het bed & breakfast ook een boerenbedrijf hebben maakt dat niet anders, reeds nu het ongeval pal naast het hoofdgebouw van de bed & breakfast heeft plaatsgevonden. Overigens duidt ook de aanwezigheid van een auto en van fietsen naast het gebouw op te voet begaanbaar terrein.

53. Voor de beoordeling acht het hof ook van belang (en voldoende aannemelijk geworden) dat het gezelschap van de zijde van [de eigenaren van het B&B] en [de eigenaresse van het B&B]'s moeder - over wie daarover gesproken hebben zijn de verklaringen niet gelijklopend - te horen hebben gekregen dat zij overal mochten rondkijken. De inhoud van de daarvan reppende, bij conclusie van repliek overgelegde verklaringen van de zijde van [de reisgenoten] en [verzekerde en haar echtgenoot] is ter gelegenheid van de getuigenverhoren bevestigd en van de zijde van Out of Africa is die stelling slechts (en daarmee onvoldoende) door middel van blote ontkenningen betwist.

54. Het hof acht voorts van belang dat - zoals niet in geschil is - de gasten voordat zij zich naar het diner begaven, nog niet in het hoofdgebouw waren geweest. Zoals het hof hierboven al heeft overwogen, houdt het hof het ervoor dat niet duidelijk is aangegeven of het diner in het hoofdgebouw of bij het hoofdgebouw (bijvoorbeeld aan de achterzijde, waar - zo blijkt uit de getuigenverklaringen van [de eigenaren van het B&B] - het zwembad en de Lapa (overkapping, met de barbecue) waren, zou plaatshebben en het is op zichzelf ook een voor de hand liggende gedachte dat een barbecue buiten wordt gehouden. Toen [de verzekerde] en haar echtgenoot bij het hoofdgebouw aankwamen en op en rond de paved area weinig verlichting zagen en wel licht achter een groot raam aan de zijkant van het gebouw, was hun keuze via die zijde naar de achterkant te lopen er niet een waarvan gezegd moet worden dat die onverantwoord was, ook niet omdat het daar donker was en [de verzekerde] en haar echtgenoot geen zaklamp bij zich droegen.

55. Tegenover dit alles staat dat het hier gaat om een grote, diepe, ongemarkeerde kuil op een stuk van het terrein dat niet is verlicht en waar in feite een tussen fietsen en een geparkeerde auto gevormd pad op uitkomt. Voor deze kuil hebben [de eigenaren van het B&B], die rekening hadden te houden met enige onvoorzichtigheid aan de zijde van haar gasten, dit keer niet gewaarschuwd, noch hebben zij voorzorgsmaatregelen getroffen, die eenvoudig en zonder dat daar hoge kosten mee gemoeid te treffen waren, om de aan de aanwezigheid van de kuil inherente gevaren af te wenden. De kans dat het gevaar zou worden gerealiseerd was in het licht van de hiervoor besproken feiten en omstandigheden aanzienlijk en de kans dat realisering van het gevaar met ernstig letsel gepaard zou gaan zonder meer groot.

56. In het licht van dit alles komt het hof tot de conclusie dat er weliswaar aan [de verzekerde] (en Zilveren Kruis) toe te rekenen omstandigheden zijn die in geringe mate tot de schade hebben bijgedragen, maar dat gezien de ernst van de over en weer gemaakte fouten de billijkheid eist dat de schade - ook in de verhouding tot Zilveren Kruis als gesubrogeerde verzekeraar - geheel voor rekening van Out of Africa dient te komen. Dat Out of Africa de fout niet zelf heeft begaan, maar een onderneming waarvan zij zich in het kader van de nakoming van haar contractuele verplichtingen heeft bediend, is gezien het grote verschil in ernst van de over en weer gemaakte fouten,

onvoldoende om hierover anders te oordelen.

57. Met haar enige grief in onvoorwaardelijk incidenteel appel klaagt Out of Africa erover dat de rechtbank haar verweer heeft verworpen dat Zilveren Kruis geen beroep toekomt op de bescherming van Titel 7 van Boek 7 BW aangezien deze titel slechts beoogt de 'reiziger' te beschermen. De rechtbank had, aldus Out of Africa, niet mogen oordelen dat gesubrogeerde verzekeraars, zoals Zilveren Kruis, niet wettelijk zijn uitgesloten van de bescherming die deze titel biedt en dat de systematiek van de wet eraan in de weg staat desondanks een dergelijke integrale uitsluiting aan te nemen. Het hof oordeelt als volgt.

58. Titel 7:7A BW vormt de incorporatie van Richtlijn 90/314/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen betreffende pakketreizen, met inbegrip van vakantiepakketten en rondreis pakketten (hierna: de richtlijn). De richtlijn beoogt door harmonisatie van wetgevingen binnen de Europese Gemeenschap concurrentievervalsing tegen te gaan, alsmede de consumentenbescherming op een meer gelijk niveau te brengen. De uitleg van de richtlijn is voorbehouden aan het Europese Hof van Justitie en de Nederlandse rechter is gehouden Titel 7:7A BW richtlijnconform te interpreteren.

59. Voor de onderhavige zaak staat vast dat tussen [verzekerde en haar echtgenoot] en Out of Africa een reisovereenkomst tot stand is gekomen als bedoeld in artikel 7:500 BW en dat Out of Africa jegens [de verzekerde] aansprakelijk is op grond van art. 7:507 lid 2 BW. Voorts is niet in geschil dat Zilveren Kruis in de rechten van haar verzekerde [de verzekerde] is gesubrogeerd. Anders dan Out of Africa, is het hof is van oordeel dat er geen goede grond is de vordering van Zilveren Kruis anders te bezien dan die van [de verzekerde] zelf omdat Zilveren Kruis geen reiziger als bedoeld in artikel 7:500, noch een consument in de zin van de richtlijn is. De richtlijn, noch Titel 7:7A BW bevat er enige aanwijzing voor dat een vordering van een gesubrogeerde verzekeraar anders moet worden behandeld dan die van een consument/reiziger zelf en het hof vindt daarvoor in de toelichtende stukken evenmin enige aanleiding. Dat gelijke behandeling negatieve gevolgen heeft voor de consumentenbescherming valt niet in te zien en dat een dergelijke behandeling concurrentievervalsend werkt is door Out of Africa niet aannemelijk gemaakt. Voor het stellen van een of meer prejudiciële vragen, zoals Out of Africa heeft voorgesteld, ziet het hof dan ook geen aanleiding.

60. Out of Africa heeft nog met verwijzing naar artikel 6:197 BW en artikel 1019w Rv betoogd dat de wetgever ongewenst acht dat anderen dan direct getroffen benadeelden, zoals schadeverzekeraars, profiteren van aan consumenten/particulieren toegekende bescherming. Dat betoog faalt echter eveneens, nu het eraan voorbij ziet dat de wetgever - anders dan voor de gevallen geregeld in art. 6:197 BW, welk artikel na zijn inwerkingtreding nog een aantal malen is aangepast aan nieuwe wetgeving - in het onderhavige geval niet heeft besloten een (wettelijk) onderscheid tussen direct benadeelden en gesubrogeerde verzekeraars te maken. Voorts zijn er goede gronden voor het onderscheid in processuele bevoegdheden tussen beide groepen zoals gemaakt in artikel 1019w Rv en de door Out of Africa aangehaalde jurisprudentie, die het Hof van Justitie op grond van diverse EEX-bepalingen heeft gewezen. Deze gronden doen zich in het onderhavige geval niet voor. Dit betekent dat de in incidenteel appel onvoorwaardelijk opgeworpen grief van Out of Africa faalt.

61. Vervolgens dient te worden bezien of – zoals de rechtbank heeft aangenomen en Zilveren Kruis met een groot aantal grieven heeft bestreden – Out of Africa jegens Zilveren Kruis beroep kan doen op artikel 11.7 van haar op de overeenkomst toepasselijke Algemene Voorwaarden. Dit artikel luidt:

'De aansprakelijkheid van de reisorganisator voor andere schade dan die veroorzaakt is door dood of letsel van de reiziger is in alle gevallen beperkt tot driemaal de reissom.'

Deze voorwaarde wordt gesanctioneerd door art. 7:508 BW, dat bepaalt dat de reisorganisator zijn aansprakelijkheid voor schade, veroorzaakt door dood of letsel van de reiziger, niet kan uitsluiten of beperken (en derhalve andere schade in beginsel wel). Het hof overweegt als volgt.

62. De gesubrogeerde verzekeraar wordt door rechtsovergang rechthebbende van een recht op schadevergoeding dat voorafgaand aan de subrogatie toebehoorde aan de benadeelde. Dat heeft als gevolg dat de aard en inhoud van zijn recht wordt bepaald door de aard en inhoud van het recht op schadevergoeding van de benadeelde. De subrogatie roept geen nieuwe verbintenis tot schadevergoeding in het leven. De schadeveroorzaker (of degene die voor diens gedraging aansprakelijk is) betaalt derhalve wat hij eigenlijk zelf aan de benadeelde verschuldigd was, niet ter vergoeding van de regresnemer. Voor het onderhavige geval brengt dit mee dat waar het in de verhouding tussen [de verzekerde] en Out of Africa evident gaat om schade veroorzaakt door 'letsel van de reiziger' de aldus bepaalde aard van de schade niet verandert met de overgang van het recht op vergoeding van die schade op Zilveren Kruis. Dit betekent dat artikel 11.7 van de Algemene Voorwaarden toepassing mist en niet aan Zilveren Kruis kan worden tegengeworpen, en dat Out of Africa gehouden is de vordering tot schadevergoeding waarin Zilveren Kruis is gesubrogeerd volledig te voldoen.

63. Het hof overweegt nog dat het feit dat de Hoge Raad in zijn arrest van 28 februari 1992, NJ 1993, 566 (IZA/Vrerink) (en in een aantal latere arresten in verkeerszaken) wel onderscheid maakt tussen slachtoffers en regresnemers, het voorgaande niet anders maakt, nu dat onderscheid zijn basis vindt in de billijkheid als bedoeld in artikel 6:101 BW en het hof niet miskent dat de billijkheid tot verschillende resultaten voor slachtoffers en regresnemers aanleiding kan geven. In het onderhavige geval is het hof echter van oordeel dat reeds gezien de ernst van de over en weer gemaakte fouten Out of Africa ook jegens regresnemer Zilveren Kruis volledig vergoedingsplichtig is.

64. Met het voorgaande behoeven principale grieven 1 t/m 9 geen afzonderlijke behandeling meer. Grief 10 in principaal appel behoeft nog slechts behandeling voor zover Zilveren Kruis opkomt tegen het oordeel van de rechtbank dat haar over haar vordering slechts de wettelijke rente 'vanaf de dag der aanzegging' toekomt.

65. De grief slaagt ook in zoverre. Gelet op het arrest van de Hoge Raad van 20 oktober 2006, NJ 2007, 142 geldt ten aanzien van de aanspraak van Zilveren Kruis op wettelijke rente over hetgeen zij heeft vergoed en waarvoor zij op Out of Africa verhaal zoekt, dat Out of Africa jegens Zilveren Kruis eerst tot vergoeding van wettelijke rente verplicht is indien zij in verzuim is met de nakoming van haar verbintenis tot betaling van hetgeen waartoe zij door Zilveren Kruis is aangesproken. Nu Zilveren Kruis gesubrogeerd is in verhaalsrechten van [de verzekerde] jegens Out of Africa die voortvloeien uit wanprestatie van Out of Africa jegens haar, [de verzekerde], treedt het verzuim van Out of Africa op grond van art. 6:83, aanhef en onder b, BW zonder ingebrekestelling in. Dit geldt niet slechts ten aanzien van hetgeen Zilveren Kruis heeft vergoed en waarvoor zij op de derde verhaal zoekt, maar ook voor de van Zilveren Kruis van Out of Africa gevorderde wettelijke rente daarover. Deze loopt dan ook vanaf het tijdstip dat Zilveren Kruis in de rechten van [de verzekerde] is gesubrogeerd, zonder dat daartoe een ingebrekestelling nodig is. Meer concreet loopt de wettelijke rente voor de vergoede ziektekosten, zoals Zilveren Kruis met juistheid heeft betoogd, vanaf de data waarop Zilveren Kruis de desbetreffende kosten heeft vergoed. Grief 10 slaagt derhalve ook in zoverre.

66. Zilveren Kruis heeft bij haar memorie haar eis vermeerderd. Zij vordert thans ook Out of Africa te veroordelen tot betaling van reeds door haar, Zilveren Kruis, vergoede ziektekosten ten bedrage van € 389.449,67, te verminderen met het naar aanleiding van het vonnis in eerste aanleg reeds betaalde bedrag en vermeerderd met de wettelijke rente. Out of Africa heeft zich tegen deze eisvermeerdering niet verzet. Wel heeft zij bij memorie verweer gevoerd ten aanzien van enkele specifieke schadeposten. Deze posten betreffen, behoudens de hierna nog te bespreken

buitengerechtelijke kosten: a) taxikosten (memorie van antwoord/grievens sub 86 e.v.); b) kosten van huisarts en door deze voorgeschreven geneesmiddelen (memorie van antwoord/grievens sub 90); en c) kosten van repatriëring (memorie van antwoord/grievens 91). Zilveren Kruis heeft zich over dit verweer nog niet kunnen uitlaten. Het hof zal haar de gelegenheid geven dat alsnog bij akte te doen. Out of Africa zal vervolgen nog bij akte mogen reageren. Het hof merkt nog op dat Out of Africa bij pleidooi in eerste aanleg (pleitaantekeningen mr. Eijkelenboom sub 22) ook nog enkele vragen heeft opgeworpen ten aanzien van enkele andere schadeposten. Het hof gaat er echter, nu Out of Africa die vragen niet opnieuw opwerpt, van uit dat deze, voor zover Zilveren Kruis de desbetreffende kwesties niet al bij memorie van grieven sub 94 e.v. heeft toegelicht, ter gelegenheid van het pleidooi bevredigend zijn beantwoord en in dit appelgeding geen rol meer spelen.

67. Het hof ziet wel reeds aanleiding tot een beslissing te komen over de door Zilveren Kruis gevorderde buitengerechtelijke kosten ten bedrage van €3.537,50. Out of Africa heeft deze vordering al bij conclusie van antwoord bestreden. Zilveren Kruis had haar vordering voordien al bij dagvaarding gespecificeerd en heeft die bij conclusie van repliek (sub 47-49) en bij pleidooi (pleitnota mr. Van Dijk sub 50-52) nader toegelicht. Hof acht de gevorderde kosten redelijk en – het betreft een ernstig in het buitenland veroorzaakt ongeval – ook in redelijkheid gemaakt. De vordering van deze kosten zal het hof derhalve, met de gevorderde wettelijke rente vanaf de dag der dagvaarding, bij eindarrest toewijzen.

#### Conclusie

68. De grieven in onvoorwaardelijk en voorwaardelijk incidenteel appel kunnen niet tot vernietiging van de bestreden vonnissen leiden. De grieven in principaal appel slagen wel. Alvorens verder te beslissen zal het hof Zilveren Kruis gelegenheid geven zich bij akte uit te laten over het in r.o. 66 overwogene. Out of Africa zal daarop nog bij antwoordakte mogen reageren.

#### Beslissing

Het hof:

verwijst de zaak de zitting van 2 april 2013 voor akte aan de zijde van Zilveren Kruis;

houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit arrest is gewezen door mrs. E.J. van Sandick, A.R. van de Veen en D. den Hertog en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 19 februari 2013 in aanwezigheid van de griffier.

---