

Pagina 1  
Whiplash anders benaderd

Pagina 9  
Authentieke/geënsce-  
nerde aanrijding en  
bewijslast

Pagina 12  
Civielrechtelijke  
aansprakelijkheid  
medisch deskundige

Pagina 17  
LSA Symposion 2015

Pagina 21  
Subrogatieverbod  
alleen bij formele  
arbeidsrelaties

Pagina 27  
Causaliteit sneller dan  
uw 'Hart lief' is

Pagina 31  
1MA uit pilotfase

Pagina 32  
Nieuwe leergang MzL

februari 2015



Samen komen we er  
wel uit ...

Fraudeaanpak in de  
praktijk ...

Moeilijk te bewijzen ...

Als hun leven u ook  
lief is ...

Klare wijn .....

Brunner update  
by Hartlief .....

Tijd voor het echte  
werk ...

Start september ...

## Whiplash: een andere benadering<sup>1</sup>

### Medische vs. juridische causaliteit

In 2012 betrof ongeveer een derde van de verkeersongevallen in Nederland een whiplash-ongeval<sup>2</sup>. Dat is niet de enige reden waarom veel personenschadezaken over whiplash gaan. Whiplashzaken leiden in de personenschadepraktijk tot veel discussie, omdat bij een substantieel deel van de gevallen waarin een benadeelde stelt aan whiplashklachten te lijden een 'medisch substraat' ontbreekt. Het gaat dan om *whiplash associated disorder* (WAD) graad 1 en 2: de benadeelde geeft aan dat de klachten aanhouden, maar aan die klachten liggen geen aantoonbare beschadigingen van het zenuwstelsel of het bewegingsapparaat te grondslag. Is er wel sprake van dergelijke beschadigingen, dan spreekt men over een WAD graad 3 en 4; deze gevallen leiden in de praktijk tot veel minder discussie.

Onder de 'oude' richtlijnen van de Nederlandse Vereniging voor Neurologie (NVN) – die golden tot november 2007 – kon de diagnose post-whiplashsyndroom worden gesteld indien aan een zestal criteria werd voldaan en kon daaraan een percentage functieverlies worden gekoppeld<sup>3</sup>. Vanaf 1 november 2007 werden deze criteria door de NVN verlaten. In de vanaf november 2007 geldende CBO<sup>4</sup> richtlijn Diagnostiek en Behandeling van mensen met Whiplash Associated Disorder I/II en de editie van december 2013, wordt over whiplash het volgende

Mevrouw mr. P.  
Oskam en mevrouw  
drs. A.M. Reitsma arts  
Kennedy Van der Laan  
Advocaten/a.s.r.  
Verzekeringen



opgemerkt: "Na een nektrauma kunnen aantoonbare beschadigingen ontstaan van het zenuwstelsel of het bewegingsapparaat. (...) Het is ook mogelijk dat klachten blijven, waarvoor met alle bekende onderzoeksmethoden geen substraat kan worden aangetoond. Deze klachten staan bekend als 'postwhiplashsyndroom', in de terminologie van de Québec Task Force WAD graad 1 en 2. Dit is een verzamelnaam geworden voor klachten na een ongeval, waarbij nekpijn op de voorgrond staat, al of niet met hoofdpijn, vermoeidheid, duizeligheid, concentratiestoornissen, tintelingen in >

## Geen brug te ver "Een perspectief vanaf twee oevers"

Het is een nevelige ochtend als mijn reis vanuit Utrecht aanvangt. Over de A12 langs de Utrechtse Heuvelrug, vervolgens de Veluwezoom bij Ede, dan de duik vanaf de Neder-Rijn bij Arnhem, de A50 vervolgens naar het Zuiden: naar "daar achter de hoge bergen ligt het Land van Maas en Waal". Nog is het niet helemaal helder, als het silhouet van de oude boogbrug over de Waal zich tussen de nevelvelden door voor mij aftekent.

Nijmegen-uit, altijd lastig. Twee zaken vandaag, waarin we De Hamvraag: "onzeker medisch en juridisch causaal verband, hoe nu verder?" moeten zien te beantwoorden. Nijmegen, de stad van de zachte tongval, zoetgevooisder van toon dan het wat rauwer klinkende Utrechtse dialect uit mijn eigen vertrouwde omgeving. Mijn gewaardeerde Nijmeegse opponent van vandaag spreekt met de zachte tongval, doch inhoudelijk staat zij wel degelijk stevig in de wedstrijd. Een duidelijke perceptie omtrent de feiten en omstandigheden, pal staand voor een rechtvaardig resultaat vanuit het positionele perspectief van haar cliënten.

Rijdend over de Waalbrug dwalen mijn gedachten af naar een ander soort strijd, geen polemieken of woordenstrijd, maar duizend bommen en granaten die zeventig jaar geleden rond deze brug suisdien. Operatie Market Garden was in volle gang. Bruggen waren een belangrijk verbindingsmiddel voor onze bevrijders en moesten liefst onbeschadigd worden veroverd, zodat er goede voortgang bleef in de route naar de bevrijding van Europa.

In de film "A bridge too far", speelt Robert Redford de Amerikaanse majoor Julian Cook, die met zijn dappere mannen de Waal oversteekt in fragiele roeiboortjes. Terwijl zij zwaar onder vuur liggen, schreeuwt Cook zijn mannen toe: "Roeien, blijven roeien." Voor zichzelf prevelt hij in cadans van zijn peddel een als een mantra wederkerend schietgebed: "Holy Mary, Full of Grace". Roeien tegen de stroom in, met de riemen die je hebt. Grote offers worden door individuen gebracht, voor een brug naar vrijheid voor allen.

*"When you're weary, feeling small, when tears are in your eyes,  
I will dry them all; I'm on your side,  
oh when times get rough and friends just can't be found,  
like a bridge over troubled water I will lay me down"*

Ik richt mijn aandacht weer op de weg vóór me, in de wetenschap dat ik nu het beruchte Keizer Karelplein nader. Als er één rotonde is in Nederland, die gegarandeerd voor werkgelegenheid in de autoschadebranche zorgt, is het dit verkeersplein wel, met zijn onduidelijk gemarkeerde rijstroken en vele aftakkingen, die voor je navigatiesysteem niet zijn bij te houden: "nu rechts, of euh, nee: nu". Vooral de mix van voortrazende verkeersdeelnemers die ter plaatse goed bekend zijn en twijfelende onbekenden die het spoor totaal bijster zijn, levert een levensgevaarlijke cocktail voor blik- en letselschade op.

De eerste cliënt van vandaag is een pechvogel aan wie op dit plein geen voorrang werd verleend. Tijdens het bezoek beklagt zij zich over dit onrecht dat haar is aangedaan en ook over het onrecht dat vervolgens de bewijslast van causaal verband bij medisch niet objectiveerbaar letsel met zich meebrengt. De vanuit haar juridische werkelijkheid gevorderde schade is fors, waar de behandelaar bij de tot betaling aangesproken verzekeraar zich een wachter waant bij een brug waar niemand overheen wil komen. Geen van de door hem aangeboden oplossingen wordt goed genoeg bevonden. Verharding van standpunten is het gevolg, twee silhouetten van strijders die pal staan voor hun standpunt, vanuit hun gezichtspunt vanaf twee totaal verschillende oevers, in een oeverloos schijnende discussie. Tijdens het huisbezoek memoreer ik aan mijn overpeinzingen in de auto, over majoor Julian Cook. Die roeide tegen de stroom in, maar wist de brug te behouden. We besluiten in een wederzijdse inspanning een pontonbrug aan te leggen. Beide partijen gaan op basis van facilitering en benutbare arbeidscapaciteit proberen om pijlers te slaan voor een brug die de wederzijdse belangen verbindt en ons beter helpt om met elkaar op weg te geraken.

*"When you're down and out, when you're on the street,  
when evening falls so hard, I will comfort you. I'll take your part,  
oh when darkness comes and pain is all around,  
like a bridge over troubled water I will lay me down"*

Bezoek twee is een eindbezoek. De medische eindsituatie is hier volstrekt helder in kaart gebracht. Advocaat en verzekeraar willen nog eenmaal in gesprek met betrokkene zelf, alvorens ten behoeve van een goede afronding van de zaak, de goede en kwade kansen weging met elkaar te gaan maken. Uitgangspunten worden besproken, beide oevers worden verbonden, de brug is intact, de verbinding tot stand gebracht, de weg naar een gezamenlijke oplossing kan worden vervolgd.

Deze cliënt adviseert me om op de terugweg eens een andere route te nemen dan via het Keizer Karelplein. *"Dat scheelt u wellicht een paar rondjes op de rotonde"*, grapt hij. Ik volg de door hem geadviseerde route, en rijd een eindje langs de Waalkade. Het voorjaar komt vroeg dit jaar: het gieren van mijn remmen galmt over de golven van de Waal, als ik vol in de ankers ga voor een moeder eend met kuikens. Er reed niemand achter me gelukkig. *"Hoe zat dat ook alweer met ... Het Eendjesarrest? ..."* Gelukkig heb ik veel collega's om kennis mee te delen, dus op een kantoordag zullen we dat eens opduiken uit een al dan niet digitaal kennismapje. *"Daar moeten we iets mee doen voor het PIV-Bulletin"*, bedenk ik me. De werkvloeren bij verzekeraars en belangenbehartigers zijn gevuld met nuttige kennis die nog nuttiger wordt, als we die met elkaar willen delen! Daarmee een brug slaand ten behoeve van verdere stroomlijning van ons schaderegelingstraject. Voel u vrij om een nuttige *"Hoe zat het ook alweer met ..."* als kopij bij ons aan te leveren!

Wat een ironie: de zwemvliezen van de eenden maken voor deze vrolijke snaters elke Waalbrug overbodig, maar op het droge ontbreekt het ze aan een voetgangerstunnel. Zodra alle eendjes zijn voort gewaggeld, vervolg ik mijn weg, naar wat een prachtig geschenk blijkt te zijn van mijn gesprekspartner van zojuist. De nevelen zijn volledig opgelost als De Oversteek zich in volle glorie aan mij openbaart. Een in het zonlicht blinkende Zilveren Boog van staal tekent zich trots af tegen een strakblauwe hemel. De Oversteek is de grootste boogbrug van Europa met een enkelvoudige boog. Deze boog is een oprechte buiging, een monument voor de heldhaftige Waaloversteek van de Amerikaanse militairen in 1944. Op de brug bevindt zich een lichtkunstwerk van 48 lantaarnpalen die symbool staan voor de 48 soldaten die de dood vonden bij de militaire actie die de bevrijding van Nijmegen

inluidde. Iedere avond bij het invallen van de schemering gaan de lantaarnpalen paar voor paar aan, van Zuid naar Noord, in het tempo van een trage pas, opdat 'Hun Oversteek' elke dag symbolisch wordt herhaald. Opdat wij niet zullen vergeten ...

Ik beseft dat alles relatief is. Wij roeien in ons vak met de riemen die we hebben, zonder dat ons de kogels om de oren fluiten. Ook wij maken bij ieder contact een oversteek, waarbij wij de vrijheid hebben om een slagboom te laten vallen, of om een verbinding te maken. Brugwachters die stram staan of brugpijlers die pal staan. Een vrijheid van keuze, die wij te danken hebben aan mensen die ten koste van hun eigen leven De Oversteek voor ons maakten. Als ik lantaarnpaal 47 en 48 passeer dringt het ten volle tot mij door: *"Ben een Brug"*.

Armand Blondeel, voorzitter Redactieraad PIV-Bulletin

*Sail on silver girl, sail on by, your time has come to shine.  
All your dreams are on their way. See how they shine.  
Oh, if you need a friend. I'm sailing right behind,  
like a bridge over troubled water I will ease your mind"*  
Simon & Garfunkel: "Bridge over troubled water"

> *armen en handen en visusklachten. Het is niet ongebruikelijk geworden het optreden van dergelijke klachten na wat voor ongeval dan ook, onafhankelijk van het ongevalsmechanisme en/of de intensiteit van de geweldsinwerking, te omschrijven als ‘whiplash.’*”

De NVN-werkgroep die de richtlijnen heeft herzien voegt hieraan toe, dat niet langer een functieverlies kan worden gekoppeld aan deze als whiplash omschreven klachten. Dat heeft, zo wordt in de richtlijnen opgemerkt, te maken met een aantal zaken. Ten eerste acht de werkgroep het bezwaarlijk op basis van uitsluitend klachten die door de onderzochte worden aangegeven, een functieverlies toe te kennen. Ten tweede is het toekennen van posttraumatisch functieverlies op grond van asymmetrische nekbewegingen en spierhypertonie niet te verdedigen, omdat het gaat om klachten die veel voorkomen onder de bevolking; ook bij mensen die geen ongeval hebben doorgemaakt.

De vaststelling van de nieuwe medische richtlijnen deed flink wat stof opwaaien in de juridische praktijk<sup>5</sup>. Hoe moest immers worden omgegaan met het vaststellen van ‘juridisch causaal verband’? Kan de rechter wel aan het ongeval gerelateerde beperkingen en schade vaststellen, indien medisch substraat ontbreekt? Intussen zijn we zeven jaar verder en is op basis van de onder de vigeur van de nieuwe richtlijnen gewezen rechtspraak duidelijk geworden dat de rechter aan de veranderde inzichten van de NVN geen doorslaggevende waarde toekent. Het feit, dat klachten in medische zin niet kunnen worden geobjectiveerd, doet er niet aan af dat de rechter klachten kan toerekenen aan een ongeval. Dat is weinig verrassend: de rechter heeft deze ruimte op grond van zowel art. 6:98 BW als het arrest Zwolsche Algemeene/De Greef<sup>6</sup>.

Maar hoe stelt de rechter deze juridische causaliteit vast? En worden klachten in de recente rechtspraak niet te gemakkelijk aan een ongeval toegerekend? Gaat de rechter niet teveel zijn eigen (niet medische onderbouwde) weg in whiplashzaken? In dit artikel gaan wij op deze vragen in. Wij behandelen het juridisch causaal verband en de rechtspraak daarover en bespreken de whiplashproblematiek vanuit medisch perspectief. Wij sluiten af met conclusies en aanbevelingen.

### **Ontwikkelingen in de rechtspraak**

Het standaardarrest in whiplashzaken (en meer in het algemeen: zaken betreffende moeilijk te objectiveren letsel) is het hiervoor al genoemde arrest Zwolsche Algemeene/De Greef. Met dit arrest wordt duidelijk dat in de juridische werkelijkheid het medisch causaal verband van het juridisch causaal verband moet worden onderscheiden. Is in medische zin vast te stellen dat een ongeval heeft geleid tot een bepaalde (‘objectief vast te stellen’) aandoening, dan is medisch causaal verband aanwezig en kan als het ware een op een de conclusie worden getrokken dat het causaal verband er ook in juridische zin is. Lastiger wordt het, indien de door de benadeelde aangegeven klachten en beperkingen in medische zin niet door het ongeval worden verklaard. Het juridisch causaal verband kan dan niet een

op een worden aangenomen. Om toe te komen aan juridische toerekening van klachten aan een ongeval – waarvoor een specifieke, medisch aantoonbare verklaring ontbreekt – moet objectief kunnen worden vastgesteld dat de klachten aanwezig, reëel, niet ingebeeld, niet voorgewend en niet overdreven zijn. Met deze criteria wordt het er niet *per se* gemakkelijker op. De vaststelling dat klachten ‘aanwezig’ zijn is niet moeilijk; als de benadeelde klachten presenteert, zijn deze er. Maar wanneer zijn klachten reëel, niet ingebeeld, niet voorgewend en niet overdreven? Wat is eigenlijk reëel: wordt hiermee bedoeld of de benadeelde al dan niet liegt? En wie stelt dit vast? Een medicus, de rechter, of wellicht allebei?

Uit de rechtspraak van de gerechtshoven en rechtbanken in whiplashzaken volgt dat niet de medische, maar de juridische duiding van het feitencomplex beslissend is voor de vraag naar causaal verband. Ook zonder medisch substraat kan in de juridische werkelijkheid gezondheidsschade worden vastgesteld en toegerekend aan een ongeval<sup>7</sup>. Daarbij is niet relevant of de klachten op basis van de richtlijnen van de NVN al dan niet als postwhiplashsyndroom kunnen worden gekwalificeerd en of er al dan niet een percentage functieverlies kan worden vastgesteld<sup>8</sup>. Dat voor de klachten een medische verklaring ontbreekt, is kortom voor het kunnen vaststellen van juridisch causaal verband niet doorslaggevend<sup>9</sup>.

In de lagere rechtspraak zien wij hetzelfde beeld. Zo hantereert de Rechtbank Midden-Nederland (v/h Rechtbank Utrecht) in whiplashzaken al enige tijd de volgende standaardoverweging, al dan niet in exact deze bewoordingen: *“Een auto-ongeval zoals verzoekster is overkomen leidt niet zelden tot het ontstaan van zogenoemde whiplashklachten, waarna zich tevens een postwhiplashsyndroom kan ontwikkelen. Aan het bewijs van het bestaan van deze klachten kunnen geen al te hoge eisen worden gesteld. Inherent aan whiplashklachten is immers dat deze moeilijk objectiveerbaar zijn omdat bij deze klachten veelal een medisch, neurologisch substraat ontbreekt. Voor het bewijs van in juridische zin bestaan van de geuite klachten is dan ook voldoende dat objectief kan worden vastgesteld dat de klachten reëel, niet ingebeeld, niet voorgewend en niet overdreven zijn zonder dat de klachten behoeven te worden geobjectiveerd in die zin dat zij door middel van reguliere onderzoeksmethoden en overeenkomstig de door de betreffende beroepsgroep vastgestelde richtlijnen als een erkend ziektebeeld worden vastgesteld.”*<sup>10</sup>

Andere rechtbanken, zoals de Rechtbank Den Haag<sup>11</sup>, hanteren vergelijkbare redeneringen, waarbij bovendien voor het vaststellen van juridisch causaal verband van belang is dat de klachten voor het ongeval niet bestonden en dat een alternatieve verklaring daarvoor ontbreekt, zie bijvoorbeeld een uitspraak van de Rechtbank Zutphen<sup>12</sup>.

De rechtspraak overziend, komt de vraag op in hoeverre een medische expertise in whiplashzaken noodzakelijk is. Uit de rechtspraak volgt dat in whiplashzaken doorgaans

nog steeds een neuroloog als deskundige wordt ingeschakeld, hoewel deze op basis van 'zijn' richtlijnen geen beperkingen mag duiden en geen functieverlies kan vaststellen indien sprake is van WAD 1 of 2, zie bijvoorbeeld een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam<sup>13</sup>. Dat uit het medisch onderzoek vervolgens 'niets' volgt, maakt echter, zoals de hiervoor beschreven rechtspraak al duidelijk maakt, niet dat in juridische zin geen gezondheidsschade kan worden aangenomen, zie bijvoorbeeld een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam<sup>14</sup>.

Uit de hiervoor besproken rechtspraak volgt dat de sinds 2007 geldende NVN-richtlijnen er niet toe hebben geleid dat de rechter whiplashachtige klachten, ondanks het ontbreken van medische causaliteit, in juridische zin niet meer aan een ongeval toerekent. Doorslaggevend voor het aannemen van juridische causaliteit lijkt te zijn:

- dat aanrijdingen volgens de rechter niet zelden leiden tot whiplashklachten<sup>15</sup>;
- dat het geuite klachtenbeeld dat whiplash wordt genoemd past bij een klachtenpatroon dat kan ontstaan door aanrijdingen; en
- dat aan het leveren van bewijs van het bestaan van moeilijk objectiveerbaar letsel geen hoge eisen mogen worden gesteld.

Bij het vaststellen van causaliteit is verder van belang dat de benadeelde voor het ongeval geen vergelijkbare klachten had en dat er geen andere oorzaak dan het ongeval voor de klachten kan worden aangewezen.

Is deze tendens in de rechtspraak wenselijk? Het komt ons niet zonder meer logisch voor dat een rechter zou kunnen 'vaststellen' dat een auto-ongeval niet zelden leidt tot het ontstaan van whiplashklachten, waarna zich een post-whiplashsyndroom kan ontwikkelen. 'Whiplash' en 'post-whiplashsyndroom' zijn immers medische begrippen. Bij ons komt de vraag op of de rechter met deze vaststellingen niet teveel op de stoel van de medicus gaat zitten. Daarbij onderkennen wij dat art. 6:98 BW en het arrest Zwolsche Algemeene/De Greef de rechter handvatten voor (ruime) toerekening van subjectieve klachten aan een ongeval bieden. Wij vragen ons echter af of de rechter de medische kant van het verhaal in de recente rechtspraak niet teveel op de achtergrond stelt. Bovendien vinden wij de redenering – dat aan de bewijslevering geen al te hoge eisen mogen worden gesteld, omdat de klachten veelal moeilijk objectiveerbaar zijn en een medisch substraat ontbreekt – niet zonder meer logisch. Dat de klachten in medische zin niet zijn te objectiveren en dat medische causaliteit ontbreekt, zou juist ook gezien kunnen worden als aanwijzing dat het klachtenbeeld, of in elk geval het voortdurende klachtenbeeld, niet door het ongeval is veroorzaakt, en dat aan het leveren van bewijs van causaal verband juist hoge eisen moeten worden gesteld. Het voorgaande geldt te meer gelet op de Richtlijn medisch specialistische rapportage.

In deze richtlijn, die is opgesteld in samenwerking met de Koninklijke Nederlandse Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst (KNMG), is onder meer het volgende

bepaald: “2.2.16 Een eventuele causaliteitsvraag wordt uitsluitend beantwoord vanuit de medische causaliteitsgedachte, dat wil zeggen op grond van datgene wat bekend en herkenbaar is met betrekking tot het ontstaan en het beloop van de onderhavige klachten en verschijnselen. Deze vaststelling geschiedt in overeenstemming met de gangbare inzichten dan wel richtlijnen van de desbetreffende wetenschappelijke vereniging. De expert zal nimmer klachten aan een ongeval ‘toerekenen’ of de causaliteit ervan louter baseren op het feit dat ze pas na het ongeval debuteerden. 2.2.17 Uit het rapport blijkt dat de expert de beperkingen van de onderzochte baseert op zijn eigen professionele oordeel en dat hij niet klakkeloos de door de onderzochte genoemde beperkingen heeft overgenomen.”

Een specialist, die een rapportage opstelt naar aanleiding van een onderzoek, mag aldus niet enkel afgaan op de anamnese van de onderzochte. Er mag niet te veel waarde worden toegekend aan de stelling van de onderzochte dat bepaalde klachten na het ongeval zijn ontstaan. Verder dient de deskundige in zijn algemeenheid geen percentages toe te kennen of kwalitatieve uitspraken te doen die niet op aantoonbare feiten berusten en reproduceerbaar zijn (art. 2.2.19). Waar de expert op grond van deze richtlijn aldus geen klachten aan een ongeval mag toerekenen en niet zomaar de beperkingen, die benadeelde zelf stelt te ondervinden, mag overnemen, doet de rechter dit juist wel. Sterker nog: in diverse uitspraken wordt genoteerd dat “een aanrijding niet zelden leidt tot zogenoemde whiplashklachten die moeilijk objectiveerbaar zijn omdat bij deze klachten veelal een medische, neurologische verklaring ontbreekt.”<sup>16</sup> Naar onze mening is dit een uitspraak die teveel niet-juridische elementen bevat om zonder meer door een rechter te worden gedaan. Waarop baseert immers de rechter dat een achterop-aanrijding niet zelden tot whiplashklachten leidt?

Wat ons betreft klemmt het voorgaande temeer, indien de 'realiteit' van de klachten nauwelijks lijkt te zijn onderzocht. In onze optiek zou bovendien ten minste uit rechterlijke uitspraken moeten blijken 'op welke manier' de realiteit en consistentie van de klachten uit het medisch deskundigenrapport volgt.

### Het medisch perspectief

Dat er ook vanuit medisch oogpunt aanleiding is om de huidige lijn in de rechtspraak te nuanceren, bespreken wij hieronder. Vanuit medisch perspectief is uiteraard het medische oordeel, hetzij in de vorm van de primaire diagnostiek van behandelaars, hetzij in de vorm van een onafhankelijke expertise, immers leidend bij de beoordeling van een WAD. In onze optiek stelt de rechter bij de beoordeling van daaruit volgende schadeclaims deze medische context meer en meer op de achtergrond. De vraag rijst of het ook anders zou kunnen. En hoe zou er dan meer balans gebracht kunnen worden? Hiertoe zullen we enkele suggesties doen voor mogelijke oplossingen van dit lastige vraagstuk, waarbij de belangen van de personen waar het uiteindelijk om draait: de slachtoffers van ongevallen, centraal staan.

> Allereerst en wellicht ten overvloede: ‘Whiplash’ is geen medische diagnose, maar een omschrijving van een accident c.q. ongevalsmechanisme waarbij verondersteld wordt dat er een acceleratie/versnelling en deceleratie/afremming van de cervicale wervelkolom plaatsvindt, wat aanleiding geeft tot een nektrauma. In 1995 werd door de Québec Task Force<sup>17</sup> het acute whiplashsyndroom in detail beschreven. Deze task force maakte een onderverdeling in vijf graderingen van WAD, opgebouwd in ernst van de aandoening, van graad 0 (geen klachten, geen afwijkingen), graad I (nekkklachten zoals pijn, stijfheid, drukgevoeligheid, geen afwijkingen bij onderzoek) tot graad IV (nekkklachten en fractuur of dislocatie). Het zijn, zoals wij in de inleiding al aanstipten, zaken waarbij er sprake is van een WAD graad I en II die (vanzelfsprekend) tot de meeste discussie en onenigheid leiden. Immers, er zijn klachten en er worden beperkingen ervaren waarvoor er echter geen onderliggend letsel is gevonden dat de klachten als louter en alleen direct ongevalsgevolg aannemelijk verklaart. Dit zijn de zaken die in de eerste plaats voor het slachtoffer, maar ook voor alle betrokken professionals, zeer frustrerend kunnen zijn en waarvan sommigen uiteindelijk door de rechter beslecht moeten worden omdat minnelijk schikken niet mogelijk is gebleken. Iedere professional die werkzaam is in de letselschadebranche kent deze zaken en weet uit ervaring hoe moeizaam en langdurig het traject kan verlopen. Een traject dat voor het slachtoffer als zeer belastend ervaren kan worden. Tijdens dit traject wordt er herhaaldelijk om medisch advies gevraagd; aan de medisch adviseur van de aansprakelijke verzekeraar, aan de medisch adviseur van het slachtoffer en zijn of haar belangenbehartiger en vaak ook aan onafhankelijke deskundigen zoals neurologen, neuropsychologen en soms ook aan orthopedisch chirurgen of verzekeringsartsen. Uiteindelijk is het dan in de onoplosbare gevallen aan de rechter om alle beschikbare informatie, ook de medische, te beschouwen en tot een gewogen oordeel te komen. Een oordeel over de causaliteit tussen klachten, beperkingen en het ongeval. Een causaal verband dat zowel medische, als juridische aspecten heeft, en waarbij juist over die medische aspecten zo veel controverse blijft bestaan. De basis voor het aannemen van juridisch causaal verband is in sommige gevallen naar onze mening te mager, wanneer de rechter ondanks het ontbreken van objectiveerbare beperkingen en zonder onderzoek naar de ‘realiteit’ van de klachten, deze juridisch toerekent aan een ongeval. Het huidige systeem is bovendien niet per se goed voor een benadeelde; het kan sommige personen ten onrechte in een ‘chronisch hokje’ stoppen, met alle nadelige gevolgen van dien<sup>18</sup>.

In een poging een constructieve bijdrage aan deze heikele discussie te leveren en daarmee WAD I/II zaken vlotter te helpen afwikkelen, hebben wij op basis van de bestaande nationale en internationale medische wetenschappelijke literatuur, van richtlijnen van wetenschappelijke commissies en beroepsverenigingen<sup>19</sup> en van een rapportage van een grote Europese verzekeringsmaatschappij<sup>20</sup>. een drietal medisch-technische criteria

geformuleerd om de beoordeling ervan te kunnen vergemakkelijken. Deze ook in diverse naburige Europese landen gevolgde meer medische aanpak is in onze optiek een manier van het beoordelen van deze letselschadeclaims, die een potentieel gunstig effect kan hebben; niet alleen op de kosten voor de maatschappij in de breedste zin van het woord, maar ook op het welbevinden van slachtoffers van whiplash op de langere termijn.

Oplossingen zoals wij die zien voor een meer redelijke afwikkeling van whiplashzaken, zouden wat ons betreft gezocht kunnen worden in het meer centraal stellen van de medische invalshoek.

Dit betekent:

1. Dat er voldoende en eenduidige medische documentatie moet bestaan waarin de geuite klachten en beperkingen en de objectieve bevindingen bij lichamelijk onderzoek zijn vastgelegd door een medicus, zoals een huisarts, een SEH-arts, traumatoloog of een andere clinicus. Het objectieve bewijs nodig voor het stellen van de diagnose is bijvoorbeeld in Frankrijk en ook in Duitsland een belangrijk criterium. Deze klachten en afwijkingen dienen overigens wel binnen korte tijd na het ongeval, ten hoogste enkele dagen erna, te worden vastgelegd. Deze tijdslijm wordt bijvoorbeeld ook in Zweden gehanteerd als criterium<sup>21</sup>. Daarbij mag er natuurlijk geen sprake zijn van relevante pre-existentie. Het kritisch beschouwen van de medische informatie over een termijn van twee tot vijf jaar voorafgaand aan het ongeval is daarbij een belangrijk hulpmiddel. Het opvragen daarvan wordt dan ook terecht onderschreven door de Medische Paragraaf bij de GBL, vanzelfsprekend wel volgens de daarin gestelde proportionaliteitscriteria.
2. Dat er eenduidigheid zal moeten bestaan over de impact van de aanrijding – verkregen bijvoorbeeld door middel van een ongevalsanalyse – waarbij relevante maten als aanrijdingssnelheid, delta-v en g-krachten als standaard kunnen worden beschouwd. Alleen *die* aanrijdingen waarbij een begrijpelijke geweldinwerking heeft plaatsgevonden zouden als claim in aanmerking moeten worden genomen. In Duitsland wordt dat criterium tamelijk strikt gehanteerd, hetgeen een kleine incidentie van whiplashclaims tot gevolg heeft<sup>22</sup>. Een belangrijk gegeven is niet de zogenoemde botsings-snelheid, maar de snelheidsverandering (delta-v) waaraan een slachtoffer van een verkeersongeval onderhevig is geweest. Een andere maat voor de omvang van de geweldinwerking (dan de delta-v) is de versnelling waaraan een slachtoffer onderhevig is geweest. Die wordt uitgedrukt in de eenheid ‘g’ (van *gravity*), de gebruikelijk eenheid voor zwaartekrachtsversnelling. Murray Allen, Ian Weir-Jones en anderen<sup>23</sup> deden onderzoek naar de versnelling tijdens bepaalde dagelijkse handelingen en concludeerden, dat versnellingen die in het dagelijkse leven voorkomen (zoals niezen, hoesten, zich in een menigte een weg moeten banen, een schouderklop, of in een luie stoel neerploffen) ongeveer dezelfde invloed hebben op de menselijke

nekwervelkolom als ‘whiplashtype’ verkeersongevallen met lage snelheid. In theorie zouden de bovenstaande activiteiten dus net zo goed als een dergelijke achterop-aanrijding klachten vergelijkbaar met het postwhiplash-syndroom kunnen veroorzaken. Wij willen daarom het belang van de impact van het ongeval als criterium bij de beoordeling van de causaliteit sterk benadrukken.

3. Dat bij het ontbreken van een medische verklaring voor de klachten die het slachtoffer ervaart moet worden uitgegaan van een tot maximaal enkele jaren beperkte looptijd, aangezien het niet aannemelijk is dat iemand tot eindleeftijd ongeval gebonden beperkingen, leidend tot verlies van arbeidsvermogen en belemmeringen in de zelfredzaamheid, zoals het huishouden, zal blijven ondervinden. Op termijn zullen de meeste van dergelijke onverklaarde klachten namelijk op de achtergrond verdwijnen en zal iemand de meeste taken en bezigheden weer kunnen oppakken zoals voorheen. Anders gezegd: het bestaan van een relatie in de tijd tussen het ongeval en klachten waarvoor geen verklarend structureel letsel bestaat, kan niet één op één tot de conclusie leiden dat er ook sprake is van voortdurende en ongeval gerelateerde beperkingen en causale schade.

Bovenstaande neemt overigens niet weg, zo willen wij benadrukken, dat het bestaan van whiplashklachten zonder medisch substraat voor een aantal personen wie een aanrijding is overkomen een vervelende realiteit is.

Dergelijke klachten blijken echter goed behandelbaar; er zijn specialistische poliklinieken op het VUmc<sup>24</sup> en cursussen ontwikkeld in het AMC in Amsterdam<sup>25</sup> die successen melden. Juist omdat de klachten te behandelen zijn, is een beperkte looptijd in onze optiek eens te meer redelijk.

Wanneer er volgens de hier gepresenteerde criteria wordt gewerkt, zou dat kunnen resulteren in een meer evenwichtige situatie, waarin juist die slachtoffers van whiplash die inderdaad voldoen aan de hier uiteen gezette voorwaarden, redelijk zullen worden gecompenseerd, voor een bepaalde en medisch gezien aanvaardbare periode. Zaken waarin dat niet het geval is kunnen eveneens vlot worden afgewikkeld omdat snel duidelijk kan worden dat er onvoldoende basis voor de claim is. Zo wordt langdurige onzekerheid en valse hoop vermeden voor sommigen, terwijl voor anderen sneller een passende afwikkeling van hun claim komt. Het hebben lopen van een letselschadeclaim heeft potentieel negatieve effecten op de gezondheid<sup>26</sup>, wat vanuit een medisch-ethisch standpunt zo veel mogelijk beperkt dient te worden.

We hopen dat we hiermee een bijdrage hebben kunnen leveren aan het debat over de juiste aanpak en afwikkeling van letselschadeclaims waarbij er sprake is van een WAD graad I/II, en kijken uit naar een constructieve en levendige vervolgdiscussie.



<sup>1</sup> Een uitgebreide versie van deze bijdrage werd gepubliceerd in TVP 2014/af. 4, p. 111 e.v.  
<sup>2</sup> Zie hoofdstuk 4.1 van het jaarverslag 2012 van het Personenschade Instituut voor Verzekeraars (PIV).  
<sup>3</sup> Die criteria hielden in dat: a) sprake moest zijn van een trauma, b) het ongeval aanleiding moest hebben gegeven tot een mechanisch te begrijpen geweldsinwerking op de cervicale wervelkolom, c) de pijnklachten gelokaliseerd waren in de nek en/of vanuit de nek, d) de pijnklachten enkele dagen na het ongeval moesten zijn ontstaan en voor het ongeval niet of in veel mindere mate hadden bestaan, e) de pijnklachten aanleiding moesten hebben gegeven tot het zoeken van medische hulp en over een periode van minstens een jaar in aansluiting aan het ongeval medisch gedocumenteerd en geheel of grotendeels onafgebroken aanwezig moesten zijn geweest en f) er concordantie moest bestaan tussen de door de betrokkene aangegeven pijnbeleving en het pijngedrag,

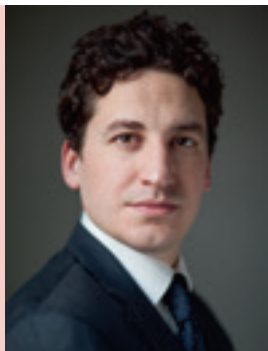
wat moest blijken uit een consistent abnormaal bewegingspatroon van de nek en uit verkregen informatie, en uit het feit dat de betrokkene bepaalde activiteiten achterwege liet of verminderd uitoefende.

<sup>4</sup> Het voormalige Centraal Begeleidings Orgaan voor intercollegiale toetsing.  
<sup>5</sup> Zie bijvoorbeeld E.M.H. van den Doel, 'Whiplash en de neuroloog: De nieuwe richtlijnen voor de bepaling van invaliditeit bij neurologische aandoeningen van de Nederlandse Vereniging voor Neurologie', TVP 2008, afl. 1, p. 1-5; A. Kolder, 'Whiplash: hoe gaat de rechter om met de nieuwe NVvN-richtlijnen?', TVP 2008, afl. 4, p. 118-125; en P.C. Knijp, 'De nieuwe richtlijnen van de Nederlandse Vereniging voor Neurologie', TVP 2008, afl. 4, p. 126-131.  
<sup>6</sup> HR 8 juni 2001, NJ 2001, 433.  
<sup>7</sup> Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 5 februari 2013,

- > GHARL:2013:BZ0801, Hof Amsterdam 18 juni 2013, GHAMS:2013:5237 en Hof's-Hertogenbosch 2 februari 2010, GHSHE:2010:BN1779.
- <sup>8</sup> Zie bijvoorbeeld Hof Leeuwarden 10 augustus 2010, JA 2010, 152 m.nt. Chr.H. van Dijk).
- <sup>9</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 5 februari 2013, GHARL:2013:BZ0801, r.o. 5.4.
- <sup>10</sup> Rb. Utrecht 28 september 2011, RBUTR:2011:BT8647, r.o. 4.5. Zie o.m. ook Rb. Utrecht 22 augustus 2012, RBUTR:2012:BX6456; Rb. Midden-Nederland 24 april 2013, RBMNE:2013:BZ8632; en Rb. Midden-Nederland 12 juni 2013, RBMNE:2013:CA3507.
- <sup>11</sup> Rb. Den Haag 8 maart 2012, RBUTR:2012:BX5657, r.o. 4.7, zie ook Rb. Den Haag 24 oktober 2011, RBSGR:2011:BU3876, r.o. 4.12.
- <sup>12</sup> Rb. Zutphen 25 oktober 2012, RBCZT:2012:BY1386, r.o. 4.7.
- <sup>13</sup> Rb. Amsterdam 14 september 2011, RBAMS:2011:BV1156, r.o. 4.5.
- <sup>14</sup> Rb. Amsterdam 28 maart 2012, RBAMS:2012:BW1394, r.o. 4.17.
- <sup>15</sup> Zie bijvoorbeeld Rb. Zutphen 25 oktober 2012, RBCZT:2012:BY1386, r.o. 4.7; Rb. Utrecht 28 september 2011, RBUTR:2011:BT8647, r.o. 4.5. Zie o.m. ook Rb. Utrecht 22 augustus 2012, RBUTR:2012:BX6456; Rb. Midden-Nederland 24 april 2013, RBMNE:2013:BZ8632; en Rb. Midden-Nederland 12 juni 2013, RBMNE:2013:CA3507.
- <sup>16</sup> Rb. Midden-Nederland 27 juni 2012, RBUTR:2012:BX5657 en Rb. Midden-Nederland 24 april 2013, RBMNE:2013:BZ8632.
- <sup>17</sup> Spitzer WO, Skovron ML, Salmi LR, Cassidy JD, Duranceau J, Suissa S, Zeiss E., 'Scientific monograph of the Quebec Task Force on Whiplash-Associated Disorders: redefining 'whiplash' and its management', *Spine* (Philadelphia Pa. 1976). 1995 Apr 15;20(8 Suppl):1S-73S. Review.
- <sup>18</sup> Zie hierover in een iets ander verband mr. E.B.M. Denters, 'Whiplash in Europa en recente ontwikkelingen van de whiplash-praktijk in Zwitserland', *PIV-Bulletin* 2014, 6. Denters gaat in op de praktijk in Zwitserland en merkt onder meer op: "Bovendien werd als kwalijk effect genoemd dat de praktijk "unzählige Opfer onnodig invalideert en daarmee maatschappelijk buiten spel zet."
- <sup>19</sup> Richtlijn Diagnostiek en Behandeling van mensen met *Whiplash Associated Disorder I / II*, 2008 NVvN met ondersteuning van Kwaliteitsinstituut voor de Gezondheidszorg CBO. Zie: [www.richtlijnonline.nl](http://www.richtlijnonline.nl)
- <sup>20</sup> <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201314/cmselect/cmtran/117/117vw56.htm>
- <sup>21</sup> Zie noot 4.
- <sup>22</sup> Zie noot 4.
- <sup>23</sup> Allen, Weir-Jones, Eng et al., 'Acceleration Perturbations of Daily Living: A Comparison to "Whiplash"', *Spine* 1994;19:1285-1290.
- <sup>24</sup> [http://www.vumc.nl/afdelingen-themas/176047/27797/Onverklaarde\\_lichamelijke\\_k1.pdf](http://www.vumc.nl/afdelingen-themas/176047/27797/Onverklaarde_lichamelijke_k1.pdf)
- <sup>25</sup> <http://www.onverklaarde-klachten.nl/>
- <sup>26</sup> P. Cameron, B. Gabbe, *The Effect of Compensation Claims on Outcomes after Injury*, (2009) September; 40(9): 905-6.



# Authentieke of geënceneerde aanrijding: wie draagt de bewijslast?<sup>1</sup>



Mr. P. van Huizen  
Dirkzwager Advocaten  
(Copyright Janus van den  
Eijnden)

Een verzekeraar die wordt geconfronteerd met fraude, zal die fraude over het algemeen moeten bewijzen wil hij dekking onder de polis kunnen weigeren<sup>2</sup>. Fraude kan bestaan uit het opzettelijk veroorzaken van een aanrijding om vervolgens de schade (waaronder mogelijk ook letselschade) te claimen bij de verzekeraar. Het is de vraag of de verzekeraar ook in dergelijke gevallen dient te bewijzen dat de aanrijding opzettelijk is veroorzaakt (geënceneerd) of dat de verzekeraar kan volstaan met het betwisten dat sprake is van een verzekerde gebeurtenis, te weten een onzeker evenement (een authentieke aanrijding). In de rechtspraak wordt daarover verschillend geoordeeld. In dit artikel zal die rechtspraak worden behandeld, waarbij een recente uitspraak van de Rechtbank Rotterdam centraal staat. Ten behoeve daarvan zal eerst kort worden ingegaan op de relevantie van dit onderscheid voor de praktijk in letselschadezaken en op de belangen die daarmee gemoeid kunnen zijn.

## Van een geënceneerde aanrijding naar een langlopende letselschadezaak

In letselschadezaken kan het van groot belang zijn een opzettelijk veroorzaakte aanrijding in een vroeg stadium als zodanig te herkennen. Na een relatief lichte aanrijding kunnen al blijvende klachten en beperkingen worden geclaimd, wat kan leiden tot een aanzienlijke letselschade. Whiplashachtige klachten zijn het voorbeeld bij uitstek, omdat die klachten al kunnen ontstaan tijdens een aanrijding met lage snelheid (wat zonder veel risico valt te enceneren), terwijl die klachten wel tot een aanzienlijke claim voor verlies van arbeidsvermogen kunnen leiden. Niet-objectiveerbare klachten als gevolg van een aanrijding, zijn dus zowel met betrekking tot het ontstaan daarvan als met betrekking tot het bestaan daarvan zeer fraudegevoelig.

Het is daarnaast voor een fraudeur relatief eenvoudig om een aanspraak op schadevergoeding vanwege een geënceneerde aanrijding zodanig aan te kleden dat de aansprakelijkheid voor de gevolgen van de aanrijding door de verzekeraar conform de Wet Aansprakelijkheidsverzekering

Motorrijtuigen (WAM) wordt erkend<sup>3</sup>. De volgende bestanddelen kunnen daar aan bijdragen: zichtbare schade aan de motorrijtuigen, een onjuiste verklaring van de verzekerde die een verkeersfout zou hebben gemaakt (bijvoorbeeld op het aanrijdingsformulier), een mutatiereport of proces-verbaal van de politie, een bezoek aan de huisarts of spoedeisende hulp<sup>4</sup>, een verwijzing naar de fysiotherapeut (of andere behandelaar of specialist<sup>5</sup>) en een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De fraudeur kan ook samen met een handlager het bestaan van een arbeidsovereenkomst veinzen door een valse arbeidsovereenkomst op te maken. Een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met een proeftijd waarbinnen de geënceneerde aanrijding heeft plaatsgevonden kan al voldoende zijn. Op die manier kan een handlager van de fraudeur als 'werkgever' het 'slachtoffer' tijdens de proeftijd 'ontslaan'<sup>6</sup>, maar kan het 'slachtoffer' wel aantonen dat hij in de situatie zonder ongeval een dienstverband zou hebben gehad voor onbepaalde tijd, zodat het vereiste causaal verband tussen het ongeval en het gestelde verlies verdienvermogen kan worden onderbouwd.

De schadebehandelaar bij de verzekeraar heeft op het eerste gezicht vaak geen reden te constateren dat hiermee slechts sprake is van een papieren werkelijkheid. Dit geldt nog meer als, zoals gezegd, ook de eigen verzekerde beaamt dat hij/zij een verkeersfout heeft gemaakt en het 'slachtoffer' daadwerkelijk heeft aangereden. De aansprakelijkheid voor het ongeval zal dan worden erkend. Over het algemeen zal daarna de nadruk komen te liggen op het schaderegelingstraject. Ook dan kunnen er tussen partijen geschillen ontstaan, bijvoorbeeld over de problematiek rond niet-objectiveerbare klachten, maar de fraudeur staat in dat geval wel al met één been binnen. De aansprakelijkheid voor de gevolgen van het ongeval is immers al erkend. Zo kan een eenvoudig te enceneren aanrijding leiden tot een mogelijk langlopende letselschadezaak met een omvangrijke schade. De erkenning van aansprakelijkheid heeft ook de voor de fraudeurde zeer gunstige bijkomstigheid dat op kosten van de aansprakelijke verzekeraar de door hem geclaimde schade kan worden verhaald. De verzekeraar die aansprakelijkheid heeft erkend is immers gehouden de kosten ter vaststelling van schade en voldoening buiten rechte te vergoeden<sup>7</sup> en voor te schieten<sup>8</sup>. Verder is het voor een verzekeraar veel moeilijker (en kostbaarder) pas maanden – of zelfs jaren nadat de aansprakelijkheid voor de gevolgen van het ongeval is erkend – alsnog terug te komen van die aansprakelijkheid als er ineens toch omstandigheden aan het licht komen op grond waarvan het ongeval niet kan hebben plaatsgevonden (op de wijze zoals door het 'slachtoffer' (en de verzekerde) is verklaard).

- > Als er op het moment van de schademelding redenen zijn om te twifelen aan de 'echtheid' van de aanrijding zelf, is het dus verstandig daar meteen na de schademelding nader onderzoek naar te verrichten. Als de onrechtmatige daad van de aanrijding zelf niet komt vast te staan, is er überhaupt geen sprake van aansprakelijkheid en blijft de fraudeur helemaal buiten de deur.

Indien een verzekeraar (eventueel op basis van nader onderzoek) wordt geconfronteerd met omstandigheden die wijzen op een geënceneerde aanrijding en om die reden weigert aansprakelijkheid te erkennen en dekking te verlenen, zal het kunnen aankomen op een gerechtelijke procedure. In een gerechtelijke procedure spelen de regels over wie wat moet bewijzen een belangrijke rol. Moet de eiser bewijzen dat sprake was van een zogenoemde 'authentieke' aanrijding, of moet de verzekeraar bewijzen dat juist sprake was van een zogenoemde 'geënceneerde' aanrijding? Beide stellingen zijn vaak zeer moeilijk te bewijzen, waardoor het van belang is dat de bewijslast bij de wederpartij komt te liggen zodat de wederpartij het risico loopt dat de vordering wordt afgewezen omdat de door hem/haar te bewijzen stelling niet is bewezen. Met een recente uitspraak van de rechtbank Rotterdam lijkt hierover meer duidelijkheid te bestaan. Dit zal hierna worden toegelicht. Daartoe zal eerst kort aan de hand van een voorbeeld de verdeling van de bewijslast worden verklaard.

### De bewijslastverdeling in het algemeen en die bij aanrijdingen in het bijzonder

Bij de verdeling van de bewijslast is het de vraag wat er wordt gesteld en of dat wordt betwist.<sup>9</sup> Kort gezegd zal een door B betwiste stelling van A door A moeten worden bewezen. Maar als B de stelling van A niet betwist, maar een zogeheten 'bevrijdend verweer' opwerpt, zal B de stelling die aan dat bevrijdende verweer ten grondslag ligt moeten bewijzen (het zogenoemde ja, maar-verweer). Een voorbeeld: als A stelt dat B een fout heeft gemaakt en B dat betwist, moet A bewijzen dat B een fout heeft gemaakt. Als B de fout daarentegen erkent, maar zich beroept op eigen schuld van A, moet B bewijzen dat sprake is van eigen schuld van A ("Ja, ik heb een fout gemaakt, maar ...").

Bij de vraag of sprake is van een authentieke of een geënceneerde aanrijding wordt in de rechtspraak verschillend geoordeeld over de vraag wat er wordt gesteld. De aanrijding zelf heeft plaatsgevonden. Het staat immers vast dat er twee verkeersdeelnemers tegen elkaar zijn aangereden. Het is echter de vraag of die aanrijding authentiek is, of juist is geënceneerd. In dat licht zou als volgt kunnen worden geredeneerd: A stelt dat sprake is van een aanrijding. B erkent dat sprake is van een aanrijding, maar stelt dat die aanrijding opzettelijk door A is veroorzaakt. Het beroep van B zou dan zijn aan te merken als een bevrijdend verweer waardoor B moet bewijzen dat sprake was van opzet. Deze lijn wordt gevolgd in de volgende rechtspraak: Hof Amsterdam 24 februari 2009<sup>10</sup>; Rechtbank Rotterdam 18 augustus 2010<sup>11</sup>, waartegen hoger

beroep is ingesteld maar waarvan (nog) geen gepubliceerde uitspraak bekend is; Rechtbank 's-Hertogenbosch 29 oktober 2009<sup>12</sup>; en Rechtbank 's-Gravenhage 24 april 2002<sup>13</sup>.

Een andere redenering echter, is dat A stelt dat sprake is van een verzekerd evenement, een onzeker voorval waarvoor dekking bestaat onder de polis van de aansprakelijkheidsverzekering, oftewel een 'authentieke aanrijding'. In dat geval wordt die stelling door B betwist: er is geen sprake van een authentieke aanrijding want de aanrijding is opzettelijk veroorzaakt en dus is er geen sprake van een verzekerd evenement (opzettelijke aanrijdingen zijn immers niet onzeker en dus ook niet aan te merken als een verzekerd evenement). De bewijslast rust in dat geval op A. Dit wordt door zowel het Hof Amsterdam (27 december 2011<sup>14</sup>) en de Rechtbank Oost-Brabant (19 februari 2014<sup>15</sup>) gevolgd. Het hof overwoog dat de stelling dat sprake was van een authentiek ongeval door de verzekeraar gemotiveerd was betwist met de stelling dat de aanrijding in scene zou zijn gezet. Op grond van de hoofdregel van art. 150 Rv. rustte de bewijslast in die zaak volgens het hof op de partij die stelde dat sprake was van een authentiek ongeval. Veel meer overwegingen besteedde het hof echter niet aan dit oordeel.

De rechtbank deed dat evenmin.

De discussie is daarmee dus nog niet uit de lucht.

### Het tussenvonnis van de Rechtbank Rotterdam

De Rechtbank Rotterdam heeft hier in een door haar op 10 oktober 2014 gewezen tussenvonnis wél meer overwegingen aan besteed<sup>16</sup>. De rechtbank oordeelde expliciet dat de partij die schade claimt als gevolg van een aanrijding daarmee stelt dat sprake is van een verzekerd evenement en dus stelt dat sprake is van een authentieke aanrijding. Als de verzekeraar meent dat die aanrijding is geënceneerd, moet dat worden gezien als een betwisting van de stelling dat sprake zou zijn van een authentieke aanrijding, waardoor de partij die schade claimt dus het bewijs van de gestelde authentieke aanrijding moet leveren.

Daarnaast oordeelde de Rechtbank Rotterdam dat art. 11 van de WAM hier niet aan in de weg staat. In art. 11 van de WAM staat dat de WAM-verzekeraar bepaalde verweren die hij jegens de verzekerde kan richten, niet tegen een derde benadeelde kan richten (de derde benadeelde is de partij die door de verzekerde is aangereden en dus een eigen recht heeft op vergoeding van de schade door de WAM-verzekeraar). De Rechtbank Rotterdam verwees bij dit oordeel naar de parlementaire geschiedenis van art. 11 van de WAM, waaruit blijkt dat de verzekeraar zich tegenover de claim van de derde benadeelde wel kan verweren als de gestelde schade geen verband houdt met het verzekerde risico<sup>17</sup>. Volgens de Rechtbank Rotterdam valt het verweer dat sprake is van een geënceneerde aanrijding in die categorie en is dat verweer dus wel degelijk tegen te werpen aan een derde benadeelde in de zin van de WAM.

## Conclusie

Het tussenvonnis van de Rechtbank Rotterdam is gunstig voor de verzekeraar die meent dat sprake is van een geënceneerde aanrijding. Dat neemt echter niet weg dat de verzekeraar nog steeds voldoende moet aanvoeren om de vermeende fraude aan het licht te brengen. De normale bewijsregel van art. 150 Rv verlangt immers dat pas bewijs hoeft te worden geleverd als sprake is van een voldoende gemotiveerde betwisting. De verzekeraar zal de stelling van de wederpartij – dat sprake is van een authentieke aanrijding – dus nog wel voldoende gemotiveerd moeten betwisten, maar de bewijslast (en dus ook het risico dat de vordering wordt afgewezen als het bewijs niet geleverd kan worden) rust (aldus de Rechtbank Rotterdam) vervolgens wel bij de wederpartij.

De wederpartij zal uiteraard getuigen kunnen oproepen in een poging het hem/haar opgedragen bewijs te leveren. Door middel van dit getuigenbewijs is het weliswaar mogelijk dat de wederpartij alsnog slaagt in het leveren van het hem opgedragen bewijs, maar dat wordt wel bemoeilijkt aangezien de verzekeraar in een juridisch sterke positie verkeert doordat hij het door de wederpartij geleverde bewijs slechts hoeft te ‘ontzenuwen’ door twijfel te zaaien<sup>18</sup>. Het wijzen op tegenstrijdigheden of onjuistheden in afgelegde getuigenverklaringen kan daartoe al voldoende zijn.

De manier waarop de bewijslast moet worden verdeeld blijkt in zaken zoals in dit artikel beschreven dus niet meteen voor de hand te liggen, terwijl het wel van doorslaggevende betekenis kan zijn voor de uitkomst van een procedure.

<sup>1</sup> Zie <http://amweb.nl/partners-722743/authentieke-of-geensceneerde-aanrijding-wie-draagt-de-bewijslast>.

<sup>2</sup> Art. 150 Rv.

<sup>3</sup> Op grond van art. 6 van de WAM heeft de benadeelde een eigen recht op schadevergoeding.

<sup>4</sup> Waarin vaak staat opgetekend: “*nekkklachten na ongeval*”.

<sup>5</sup> Ook de fysiotherapeut of andere behandelaren zullen vaak uitgaan van wat aan hen wordt gemeld, waardoor ook zij iets zullen optekenen in de trant van: “*Behandelingen na ongeval. Whiplash*”.

<sup>6</sup> Art. 7:670b BW bepaalt dat de in art. 7:670 BW en art. 7:670a BW genoemde ontslagverboden niet van toepassing zijn bij een opzegging gedurende de proeftijd (de mogelijkheden van de tijdens de proeftijd ontslagen werknemer om de opzegging tijdens de proeftijd aan te vechten zullen buiten beschouwing worden gelaten omdat die de positie van de voor het ongeval aansprakelijke partij niet aantasten, aangezien ook dan ten opzichte van de aansprakelijke partij kan worden aangetoond dat er in de situatie zonder ongeval sprake zou zijn geweest van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd).

<sup>7</sup> Art. 6:96 BW.

<sup>8</sup> Zie de Gedragscode Behandeling Letselschade (GBL).

<sup>9</sup> Art. 149 en 150 Rv.

<sup>10</sup> Hof Amsterdam 24 februari 2009, GHAMS:2009:BK4092 en VR 2009, 105.

<sup>11</sup> Rb. Rotterdam 18 augustus 2010, RBROT:2010:BN8629.

<sup>12</sup> Rb. Den Bosch 29 oktober 2009, RBSHE:2009:BK3463.

<sup>13</sup> Rb. Den Haag 24 april 2002, RBSGR:2002:AE7301.

<sup>14</sup> Hof Amsterdam 27 december 2011, GHAMS:2011:BX7902.

<sup>15</sup> Deze uitspraak is niet gepubliceerd maar is te raadplegen via een beknopte versie van dit artikel op <http://amweb.nl/partners-722743/authentieke-of-geensceneerde-aanrijding-wie-draagt-de-bewijslast>.

<sup>16</sup> Ook deze uitspraak is niet gepubliceerd maar is te raadplegen via bovenstaande link.

<sup>17</sup> Memorie van Toelichting bij art. 11 van de WAM, p. 12.

<sup>18</sup> Zie Tekst & Commentaar Burgerlijke Rechtsvordering, Kluwer 2015, commentaar op art. 152 Rv, aantekening 4 onder a: “*Bij het leveren van tegenbewijs gaat het om het ontzenuwen van (door een) ander (geleverd) bewijs en dient (enkel) voldoende twijfel te worden gezaaid*.”

# De civielrechtelijke aansprakelijkheid van een medisch deskundige

Rb. Midden-Nederland 27 maart 2013



Mevrouw mr.  
S. Steegmans  
KBS Advocaten

Aanleiding voor deze bijdrage is het door de Rechtbank Midden-Nederland gewezen vonnis van 27 maart 2013. In dit vonnis komt de vraag aan de orde of een medisch deskundige – die op gezamenlijke voordracht van partijen was benoemd – aansprakelijk is jegens de partij die zich niet in de conclusies van de deskundige kon vinden<sup>1</sup>. In deze bijdrage zal worden stilgestaan bij de vraag in hoeverre een medisch deskundige civielrechtelijk aansprakelijk kan worden gehouden voor een op gezamenlijk verzoek uitgebracht rapport. Allereerst zal een beknopte uiteenzetting volgen over het belang van een medisch deskundige in het letselschadeproces. Daarna zal de uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland worden besproken, waarbij de voorwaarden voor aansprakelijkheid van een deskundige, zoals geformuleerd door de rechtbank, aan de orde zullen komen. Tot slot volgt een korte beschouwing van het onderwerp, dat wordt afgesloten met een conclusie.

## Medisch deskundige in het letselschadeproces

In letselschadeprocessen wordt met grote regelmaat door partijen (de benadeelde en de – aansprakelijkheidsverzekeraar van de – veroorzaker van het ongeval) gezamenlijk, buiten rechte, een onafhankelijke medisch deskundige aangezocht met het verzoek (onder meer) de (medische) gevolgen van een ongeval in kaart te brengen.

Een dergelijk deskundigenrapport is voor beide partijen van grote waarde. Een medisch oordeel van een onafhankelijk deskundige kan immers uitsluitend geven over óf en zo ja, welke beperkingen en klachten die door de benadeelde worden ondervonden wél het gevolg zijn van het ongeval waarvoor de andere partij aansprakelijk is<sup>2</sup>. Het deskundigenrapport stelt partijen daarmee in staat hun geschil af te wikkelen. Mocht de afwikkeling buiten rechte – om wat voor reden dan ook – niet gerealiseerd kunnen worden, dan behoudt het op gezamenlijk verzoek tot stand gekomen deskundigenrapport ook zijn waarde in een civiele procedure. De rechter zal een in onderling overleg tussen partijen tot stand gekomen deskundigenrapportage

volgen, tenzij sprake is van steekhoudende en zwaarwegende argumenten tegen de wijze van totstandkoming of de inhoud van het rapport<sup>3</sup>.

Het komt in de praktijk meer dan eens voor dat één van de partijen zich niet in het oordeel van de deskundige kan vinden. Dat is, niet verwonderlijk, vrijwel altijd degene die geconfronteerd wordt met een voor hem ongunstig rapport.

## Rechtbank Midden-Nederland 27 maart 2013

In deze kwestie diende de Rechtbank Midden-Nederland de vraag te beantwoorden of een door partijen op gezamenlijk verzoek benoemde deskundige (in dit geval een neuroloog) aansprakelijk was voor de schade die verzekeraar REAAL zou hebben geleden als gevolg van een naar haar mening onzorgvuldig opgestelde deskundigenrapportage.

Wat was de casus? REAAL – aansprakelijkheidsverzekeraar van de veroorzaker van een verkeersongeval – had aansprakelijkheid erkend voor de schade van de benadeelde, X, die uit het verkeersongeval was voortgevloeid. In gezamenlijk overleg tussen partijen werd een neuroloog als onafhankelijke deskundige aangezocht met het verzoek een expertise te verrichten naar de gevolgen van het ongeval.

Het oordeel van de deskundige luidde kort gezegd dat de bij X aanwezige klachten (disfunctie van de linker arm en hand en forse dystonie in de spieren van de arm) als ongevalsgevolg dienden te worden aangemerkt. Voor het ongeval waren deze klachten en verschijnselen niet aanwezig en het was onwaarschijnlijk dat X deze klachten en verschijnselen gekregen zou hebben indien het ongeval hem niet was overkomen, aldus de deskundige. REAAL kon zich in deze conclusies niet vinden en heeft, zonder een inhoudelijke reactie op de rapportage te geven aan de deskundige, de advocaat van X geschreven dat de neuroloog wanprestatie had gepleegd<sup>4</sup>. Aansluitend heeft REAAL een tuchtklacht tegen de deskundige ingediend bij het Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg (RTG) in Amsterdam. Dit tuchtcollege achtte REAAL niet ontvankelijk en wees de klacht wegens gebrek aan belang af. Deze uitspraak werd in beroep door het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg (CTG) bevestigd<sup>5</sup>. Vervolgens heeft REAAL een vordering tegen de deskundige ingesteld bij de Rechtbank Midden-Nederland. Volgens REAAL was de deskundige ten onrechte buiten zijn deskundigheidsgebied getreden en zou hij conclusies hebben getrokken die niet konden worden gestoeld op de medische voorgeschiedenis van X.

Voordat de rechtbank toekomt aan de vraag of de deskundige jegens REAAL wanprestatie had geleverd, geeft hij een uiteenzetting van de taak(ervulling) van een door

partijen benoemde deskundige. In dat kader overweegt de rechtbank dat de deskundige is te beschouwen als een opdrachtnemer met een bijzondere positie, 'nu bij de uitvoering van de opdracht verwacht mag worden dat hij onafhankelijk is en dus niet zijn oren laat hangen naar één van de partijen. Ook komt hem een zekere mate van vrijheid toe indien het gaat om de interpretatie van hem aangereikte gegevens. Dit is passend bij enerzijds het gegeven dat hij te maken heeft met (mogelijk) tegenstrijdige belangen en anderzijds het feit dat hij juist vanwege zijn deskundigheid gevraagd wordt te rapporteren. Bij het verrichten van zijn werkzaamheden dient een deskundige voorts zorgvuldig te werk te gaan en dient zijn rapport consistent en duidelijk te zijn. Verder dient de deskundige inzicht te geven in de door hem gevolgde gedachtegang.

*Niet ongebruikelijk is dat na het verschijnen van het rapport van een deskundige bij (één van de) partijen behoefte bestaat aan een nadere uitleg of dat zij een deskundige wensen te confronteren met een (mogelijke) tegenstrijdigheid in het rapport. Het behoort bij de taak van een deskundige daarop in te gaan, nu dit kan bijdragen aan de vervulling van het door hem toe te passen beginsel van hoor en wederhoor.'*

De rechtbank vervolgt in meer algemene zin: 'Een (in de ogen van één) partij onjuist rapport betekent nog niet dat de deskundige jegens die partij is tekortgeschoten of onrechtmatig heeft gehandeld. Daarvan zal slechts in uitzonderingsgevallen sprake zijn, waarbij met name kan worden gedacht aan de situatie dat sprake is van een flagrante schending van de belangen van één van de partijen of dat het rapport ver blijft beneden de redelijkerwijs te verwachten professionele standaard en de deskundige hiervan ook een verwijt is te maken. Daarnaast kan een rapport (eventueel gedeeltelijk) buiten beschouwing worden gelaten bij de verdere geschilbeslechting tussen partijen. Hiervan kan met name sprake zijn indien de deskundige zich geheel of gedeeltelijk heeft begeven op een terrein dat buiten zijn specifieke deskundigheid ligt.' De rechtbank overweegt dat hiervan geen sprake was in deze zaak en wijst de vordering van REAAL af. Niet onbelangrijk was dat REAAL na het gereedkomen van de rapportage de deskundige niet om een nadere uitleg had gevraagd, waarmee volgens de rechtbank voldoende was komen vast te staan dat de deskundige 'jegens REAAL niet in verzuim was geraakt, nu hem – zelfs als sprake zou zijn van een tekortkoming of gebrek – hem de mogelijkheid is onthouden die te herstellen'. Daarnaast had REAAL verzuimd haar standpunt dat er sprake was van een tekortkoming, te onderbouwen met 'bijvoorbeeld een rapportage van een andere deskundige waaruit zou kunnen blijken dat gedaagde op zijn vakgebied ernstig is tekort geschoten.'

Hoewel de rechtbank de voorwaarden voor aansprakelijkheid van de deskundige noemt, blijft in het vonnis de vraag onbeantwoord wanneer aan deze voorwaarden is voldaan. Wanneer blijft bijvoorbeeld een rapport beneden de redelijkerwijs te verwachten standaard? En wanneer is bijvoorbeeld sprake is van 'een flagrante schending' van de belangen van één partij?

## Civielrechtelijke aansprakelijkheid van de deskundige – Onzorgvuldigheid

### Rapport qua opzet en inhoud ver onder de maat?

Uit de leidraad deskundigen in civiele zaken en de jurisprudentie volgt dat een deskundige die een opdracht van een (medische) expertise uitvoert, (in ieder geval) gehouden is deze onpartijdig en naar beste weten te volbrengen. Van een deskundige wordt voorts verlangd dat het onderzoek wordt uitgevoerd en verslagen met gebruik van de kennis en ervaring van de deskundige op het betreffende vakgebied. Een deskundige wordt aangezocht omdat er vertrouwen bestaat in zijn kennis en ervaring op zijn vakgebied<sup>6</sup>. Ook dient de deskundige de eventueel op het vakgebied geldende regels, normen of gebruiken in acht te nemen, "de medische professionele standaard".

Ter beantwoording van de vraag of een medisch deskundige civielrechtelijk aansprakelijk kan worden gehouden, is van belang te weten wat het toetsingskader is. De norm, waaraan een deskundige wordt geacht te voldoen, is die van de redelijk handelend en redelijk bekwaam deskundige<sup>7</sup>. Dit wordt onder meer ingevuld door hetgeen in de Richtlijn medische specialistische rapportage<sup>8</sup> en de Leidraad deskundigen in civiele zaken<sup>9</sup> is opgetekend. Voorts zijn de door het CTG geformuleerde criteria ter beoordeling van een deskundigenrapport van belang. Deze criteria zijn<sup>10</sup>:

- het rapport vermeldt de feiten, omstandigheden en bevindingen waarop het berust;
- het rapport geeft blijk van een geschikte methode van onderzoek om de voorgelegde vraagstelling te beantwoorden;
- in het rapport wordt op inzichtelijke en consistente wijze uiteengezet op welke gronden de conclusies van het rapport steunen;
- het rapport vermeldt de bronnen waarop het berust, daaronder begrepen de gebruikte literatuur en de geconsulteerde personen;
- de rapporteur blijft binnen de grenzen van zijn deskundigheid; en
- en wanneer een deskundigenrapportage (qua inhoud of vorm) tuchtrechtelijk ondermaats is, is afhankelijk van alle omstandigheden van het geval.

Ter illustratie het volgende voorbeeld. Een psychiater die een rijbewijskeuring moest afnemen kreeg een waarschuwing omdat zijn rapportage niet voldeed aan de daaraan te stellen eisen. Zo had de psychiater geen anamnese afgenomen en een niet afdoende methode toegepast waarin geen rekening was gehouden met contra-indicaties<sup>11</sup>. Ook het (niet onderbouwd) afwijken van de conclusies van behandelaars kan een beroepsbeoefenaar een tuchtrechtelijke maatregel opleveren<sup>12</sup>.

Dat tuchtrechtelijke verwijtbaarheid van een deskundige kan leiden tot civielrechtelijke aansprakelijkheid blijkt bijvoorbeeld uit het vonnis van de Rechtbank Roermond van 27 juni 2002<sup>13</sup>. De rechtbank overwoog dat een deskundige die de eiseres psychiatrisch had gekeurd in opdracht van haar arbeidsongeschiktheidsverzekering, onrechtmatig jegens haar had gehandeld. Nadat door het CTG was

- > geoordeeld dat de deskundige in zijn rapportage de grenzen van zijn deskundigheid had overschreden, waarbij teveel ruimte was gelaten voor speculatieve en subjectieve opvattingen, zag de rechtbank voldoende aanknopingspunten om te oordelen dat de deskundige ook in civielrechtelijke zin onrechtmatig jegens eiseres had gehandeld en daarmee schadeplichtig was.

Wanneer een rapport ondermaats is en kan leiden tot civielrechtelijke aansprakelijkheid, zal afhankelijk zijn van alle omstandigheden van het geval. In elk geval kan worden aangenomen dat de door de tuchtrechter geformuleerde vereisten waaraan een deskundigenrapportage moet voldoen, hierbij geen onbelangrijke rol spelen.

#### *Flagrante schending de belangen van een der partijen*

Als het rapport qua opzet en inhoud wel aan de hierboven genoemde voorwaarden voldoet, kan de deskundige jegens een van de partijen ook civiel aansprakelijk zijn indien hij bij het uitvoeren van zijn opdracht overduidelijk de belangen van een van hen heeft geschonden. Bij 'flagrante schending' van de belangen van een van de partijen zou kunnen worden gedacht aan het niet toepassen van (als daarom gevraagd is) hoor en wederhoor. Te denken valt ook aan een deskundige die zich onprofessioneel en onheus opstelt jegens één van de partijen, door bijvoorbeeld blijk te geven van vooringenomenheid of partijdigheid. Een eerder dienstverband in combinatie met een zakelijke relatie tussen de deskundige en een van de partijen, kan op gespannen voet met de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de deskundige komen te staan. In een recent arrest van de Hoge Raad was dit aan de orde<sup>14</sup>. Een van de partijen, C, had vooraf al bezwaren tegen de door het hof benoemde deskundige. Na het gereed komen van het rapport bleek dat de deskundige in het verleden bij de wederpartij van C – Hallmark – in dienst was geweest. Daarnaast had Hallmark wel eens zaken gedaan met het bedrijf van de deskundige. Hoewel het hof overwoog dat deze omstandigheden niet gelukkig waren, zag het geen aanleiding het gehele rapport buiten beschouwing te laten. C heeft vervolgens cassatie aangetekend. De Hoge Raad meende – anders dan het hof – dat C "voldoende omstandigheden heeft gesteld die, objectief beschouwd, twijfel kunnen rechtvaardigen aan de onpartijdigheid van de deskundige in de zin van art. 198 lid 1 Rv". Het is echter wel de vraag of bovenstaande ook zou leiden tot civielrechtelijke aansprakelijkheid van de deskundige.

Beide door de rechter aangegeven mogelijkheden waarop civielrechtelijke aansprakelijkheid kan worden aangenomen, kunnen worden gezien als open normen, die nadere invulling behoeven.

Mocht al kunnen worden vastgesteld dat een deskundige in de uitvoering van zijn opdracht toerekenbaar tekort is geschoten jegens een van de partijen of onrechtmatig heeft gehandeld, is de vervolgvraag of het ondeugdelijke rapport – dan wel de vastgesteld schending van de belangen – leidt tot op geld waardeerbare schade<sup>15</sup>. Bovendien is het maar

de vraag of de geschonden norm strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde heeft geleden.

#### **Relativiteit, causaal verband en schade**

Voor civielrechtelijke aansprakelijkheid zijn de voorwaarden relativiteit, causaal verband en schade vereist. De vraag of aan het relativiteitsvereiste ex art. 6:163 BW is voldaan, speelt in het volgende voorbeeld. Een benadeelde komt met de aansprakelijkheidsverzekeraar van de veroorzaker van een ongeval tot een regeling nadat partijen gezamenlijk een deskundige hebben ingeschakeld over de gevolgen van het ongeval. Enige tijd later meent de benadeelde dat de deskundige ten onrechte minder blijvende beperkingen heeft vastgesteld dan daadwerkelijk het geval was. De benadeelde stelt dat zij door een fout van de eerste deskundige schade lijdt. Zij heeft namelijk voor een lager bedrag een schikking getroffen dan dat zij zou hebben gedaan indien zij had geweten van de blijvende beperkingen. In dit voorbeeld is het echter zeer de vraag of (indien gesproken kan worden van onzorgvuldig handelen) of de geschonden norm – van redelijk handelend expertiserend arts – wel strekt tot bescherming van de vermogensschade (een lagere schadevergoeding) die de benadeelde stelt te hebben geleden.

Een ondeugdelijk rapport zal niet snel of slechts in beperkte mate tot (vermogensschade) van de benadeelde partij leiden. Een verzekeraar die (initieel geleden) schade moet uitkeren op basis van een ongunstig rapport zal – ook al zal achteraf komen vast te staan dat de rapportage ondeugdelijk is – niet snel met succes het causaal verband tussen het handelen van de deskundige en de uit te keren schade kunnen bewijzen<sup>16</sup>. Andersom geldt dit ook. Bij het Hof Den Bosch speelde de zaak van X, die de deskundigen (een forensisch jeugdpsychiater en een psycholoog/neuroloog) die onderzoek deden naar zijn verstandelijke vermogens in het kader van strafrechtelijke vervolging, civielrechtelijk aansprakelijk hield voor de door hem geleden schade als gevolg van de (in zijn ogen) ondeugdelijke rapportages. Uit de rapportages bleek dat X licht verstandelijk beperkt was en op zwakbegaafd niveau functioneerde.

De Rechtbank Maastricht overwoog in eerste aanleg dat X niet aan zijn stelplicht had voldaan ten aanzien van het beweerdelijk onrechtmatig handelen, de schade en het causaal verband tussen het beweerdelijk onrechtmatig handelen en de gestelde schade<sup>17</sup>.

In hoger beroep kwam het hof niet tot een ander oordeel en overwoog dat X onvoldoende feiten en omstandigheden had gesteld omtrent inhoudelijk onzorgvuldig handelen van de deskundigen, alsook omtrent het causaal verband en de schade<sup>18</sup>.

Dat het verband tussen het gestelde onzorgvuldig handelen en de schade lastig te bewijzen is, blijkt ook uit de uitspraak van de Rechtbank Den Bosch van 22 augustus 2012<sup>19</sup>. In die zaak was een psychiater aansprakelijk gesteld die als deskundige op verzoek van het USZO (nadien UWV) een verzekerde had gekeurd. De aansprakelijkheid vond plaats nadat de psychiater eerder de

maatregel van waarschuwing had opgelegd gekregen van het CTG, als gevolg van de tegen hem ingediende klacht. Het college had (onder meer) overwogen dat de psychiater buiten zijn deskundigheidsgebied constatering had gedaan met betrekking tot het bewegingsapparaat van de betrokkene. Hoewel in deze zaak dus net als in de eerder besproken zaak een tuchtrechtelijke veroordeling was uitgesproken, was de rechtbank van oordeel dat de gestelde wanprestatie van de psychiater niet was onderbouwd *“vanwege het ontbreken van stellingen waaruit valt af te leiden dat er sprake was van een contractuele relatie tussen [eiser] en [gedaagde]. Voor zover [eiser] een onrechtmatige daad aan zijn vorderingen ten grondslag heeft willen leggen, is de rechtbank van oordeel dat het daarvoor vereiste causale verband tussen het door [gedaagde] opgestelde deskundigen-rapport en de door [eiser] gestelde schade onvoldoende is gesteld.”*

In de eerder aangehaalde uitspraak van 27 juni 2002 werd door de rechtbank overigens wel een causaal verband aangenomen: *“de beslissing van Interpolis om de uitkering te beëindigen staat derhalve naar het oordeel van de rechtbank in voldoende causaal verband met door gedaagde uitgebrachte rapport om de gevolgen van die beslissing voor eiseres, en de maatregelen die zij heeft genomen om die gevolgen ongedaan te maken, aan gedaagde toe te rekenen.”* De deskundige werd veroordeeld tot het voldoen van de kosten van de procedure bij de tuchtrechter, alsmede de kosten van de procedure bij de Raad van Toezicht Verzekeringen<sup>20</sup>. Overigens is in hoger beroep door het Hof 's-Hertogenbosch in lijn met de jurisprudentie van de Hoge Raad<sup>21</sup> geoordeeld dat de kosten van die procedures niet konden worden aangemerkt als redelijke kosten ter vaststelling van aansprakelijkheid<sup>22</sup>.

De jurisprudentie op het gebied van civielrechtelijke aansprakelijkheid van deskundigen is schaars<sup>23</sup>. Een verklaring daarvoor kan zijn dat partijen andere (en meer voor de hand liggende) middelen tot hun beschikking hebben om een onwelgevallig oordeel van een deskundige te attackeren. Zo zal een ontevreden partij doorgaans eerst nadere vragen stellen aan de deskundige of aanvullende opmerkingen maken ten aanzien van de inhoud van het (concept)rapport. Daarnaast kan de ontevreden partij eenzijdig een expertise vragen om hiermee te pogen de gezamenlijke expertise bij de rechter (met succes) te bestrijden<sup>24</sup>. Indien de gezamenlijke rapportage niet voldoet aan wat ervan verwacht mag worden, kan het met een eenzijdige rapportage succesvol worden bestreden<sup>25</sup>. Bovendien kan de partij die meent in zijn belangen geschaad te zijn, (in de meeste gevallen) appél instellen.

### Conclusie

De medisch deskundige neemt een belangrijke plaats in binnen het letselschadeproces. Indien de deskundige door partijen gezamenlijk wordt aangezocht een oordeel te geven over de gevolgen van een ongeval, wordt ook door rechters veel waarde gehecht aan dat oordeel. Het komt regelmatig voor dat de partij die een onwelgevallig rapport ontvangt zich niet in het oordeel van de deskundige kan vinden. Of

een deskundige jegens de ontevreden partij civielrechtelijk aansprakelijk kan worden gehouden en wat de voorwaarden voor civielrechtelijke aansprakelijkheid zijn kwam aan de orde in de uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland van 27 maart 2013. De rechtbank overwoog dat een (in de ogen van één partij) onjuist rapport nog niet betekent dat de deskundige jegens die partij onrechtmatig heeft gehandeld. Daarvan kan pas sprake zijn indien een rapport ver beneden de daaraan te stellen eisen blijft of indien sprake is van een flagrante schending van de belangen van één van de partijen. De twee door de Rechtbank Midden-Nederland genoemde mogelijkheden voor civielrechtelijke aansprakelijkheid van de deskundige kunnen worden aangemerkt als open normen die wellicht in de toekomst nadere invulling krijgen.

Het civielrechtelijk aansprakelijk stellen van deskundigen lijkt (tot op dit moment) weinig soelaas te bieden voor de partij die zich geconfronteerd ziet met een hem onwelgevallige rapportage. Partijen kunnen zich beter richten op de instrumenten die hen wel ter beschikking staan na gereedkomen van een ongunstige rapportage. De uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland van 27 maart 2013 geeft (te meer) aan dat het enkel niet eens zijn met de uitkomst van de rapportage niet voldoende is voor het aannemen van civielrechtelijke aansprakelijkheid van de deskundige. Mocht een rechter al zover willen gaan en overwegen dat door een deskundige onrechtmatig is gehandeld dan wel toerekenbaar tekort is geschoten, dan rest nog het obstakel van het causaal verband tussen de rapportage en de schade. Bovendien moet in alle gevallen zijn voldaan aan het relativiteitsvereiste ex art. 6:163 BW.

Tot slot merk ik op dat het naar mijn mening voor de praktijk zeer onwenselijk is als het aansprakelijk stellen van medisch deskundigen een vlucht zou nemen. Omdat de rol van de medisch deskundige van groot belang en zeer waardevol is voor beide partijen (en uiteraard ook voor de rechters) in het letselschadeproces, dient terughoudend met het aansprakelijk stellen te worden omgegaan, want *‘welke deskundige zou nog bereid zijn, een verklaring af te geven, als hij gevaar zou lopen, door de in het ongelijk gestelde partij om schadeverschuldiging te worden aangesproken (...)’*<sup>26</sup>.

<sup>1</sup> Rb. Midden-Nederland, 27 maart 2013, RAV 2013, 89, NJF 2013, 314.

<sup>2</sup> In het geval van medische aansprakelijkheid kan een onafhankelijk deskundige tevens een oordeel geven over het handelen van de beroepsbeoefenaar. Dit laat ik hier verder buiten beschouwing.

<sup>3</sup> Vgl. Hof 's-Hertogenbosch 25 maart 1999, VR 1999, 181; HR 19 oktober 2007, LJN: BB5172; Rb. Amsterdam 6 november 2008, zaaknr. 401107/HA RK 08-364; Rb. Amsterdam 23 september 2009, RAV 2010, 28; en Hof Amsterdam 6 maart 2010, LJN BM9228.

Voor een overzicht vgl. A. de Hoogh, ‘Zwaarwegende en steekhoudende bezwaren en het buiten rechte tot stand gekomen deskundigenrapport’, *PIV-Bulletin* 2014, 5, p. 1-5. In algemene zin: G. de Groot, *Het deskundigenadvies in de civiele procedure* (diss.

- > VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2008. Vgl. ook HR 19 december 2014 HR:2014:3654. De Hoge Raad overwoog dat het aan de rechter is om te oordelen of hij een partijrapport tot uitgangspunt neemt, ook als er bezwaren zijn geuit.
- <sup>4</sup> Uit het vonnis blijkt niet of hier het definitieve rapport of het conceptrapport wordt bedoeld.
- <sup>5</sup> RTG Amsterdam 10 mei 2011, zaaknr. 11/003 en CTG 26 juni C2011.306 (ongepubliceerd), vgl. ook C. Visser, 'Verzekeraars mogen niet klagen', *PIV-Bulletin* 2012, 6.
- <sup>6</sup> Vgl. Leidraad deskundigen in civiele zaken, alinea's 52 en 53 en HR 5 december 2003, *NJ* 2004, 74, r.o. 3.6.
- <sup>7</sup> D. de Groot, 'Aansprakelijkheid van deskundige: regulier beroepsrisico of *chilling factor*? NTBR 2011, afl. 8, p. 408-418. Vgl. HR 24 december 2004, LJN AR7387.
- <sup>8</sup> Via: [www.knmg.artsenet.publicaties.nl].
- <sup>9</sup> Zie noot 1.
- <sup>10</sup> Vgl. CTG 30 januari 2014, *GJ* 2014, 65. Het tuchtcollege heeft de aan een rapportage te stellen criteria in deze uitspraak aangescherpt.
- <sup>11</sup> RTG Zwolle 5 december 2014, TGZRZWO:2014:151.
- <sup>12</sup> RTG Amsterdam 5 juli 2014, TGZRAMS:2014:68.
- <sup>13</sup> Rb. Roermond 27 juni 2002, zaaknummer: 46669 /HA ZA 01-729 (ongepubliceerd).
- <sup>14</sup> Vgl. Hoge Raad 2 mei 2014, *RAV* 2014/71.
- <sup>15</sup> A. Van, 'De tuchtrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid van medisch deskundigen', *TvGR* 2004, nr. 7, p. 505-516.
- <sup>16</sup> C. Klaassen, 'De rechter als contractant? De rechtsverhouding tussen de deskundige, de rechter en de procespartijen bezien vanuit het materiele recht', *TCR* 2002, nr. 4, p. 93-102.
- <sup>17</sup> Rb. Maastricht 23 juni 2010, zaaknr. 145576/ HA ZA 09-1395 (ongepubliceerd).
- <sup>18</sup> Hof 's-Hertogenbosch 15 november 2011, GHSHE:2011:BU5261.
- <sup>19</sup> Rb. 's-Hertogenbosch 22 augustus 2012, zaaknr.242807/HA ZA 12-135 (ongepubliceerd).
- <sup>20</sup> Rb. Roermond 27 juni 2002, zaaknummer: 46669 /HA ZA 01-729 (ongepubliceerd).
- <sup>21</sup> HR 3 juni 2005, *JOL* 2005/322.
- <sup>22</sup> Hof 's-Hertogenbosch, 25 november 2003, LJN: AN9553.
- <sup>23</sup> Dit geldt zowel in het geval van buiten rechte tot stand gekomen rapporten, als in opdracht van de rechter tot stand gekomen rapporten. Zie voor deze laatste categorie HR 24 december 2004, *JOL* 2004, 720.
- <sup>24</sup> Dit was aan de orde in de beschikking van Gerechtshof Arnhem, 31 juli 2012, zaaknummer: 200.100.740 (ongepubliceerd). Hoewel hieruit niet blijkt dat de conclusies uit de eenzijdige expertise van doorslaggevende aard zijn geweest om opnieuw een deskundigenbericht te gelasten, was het door de benadeelde gestelde gebrek aan vertrouwen in de persoon van de deskundige dit wel. In Rb. Oost-Nederland, 28 februari 2013 (LJN: BZ3464), oordeelde de deelgeschilrechter dat – naast toewijzing van het verzoek van de benadeelde dat partijen gebonden waren aan de rapportage van de gezamenlijk aangezochte deskundige – dat het de arts vrij stond om een eenzijdige opinie in te winnen. De Rb. Rotterdam overwoog in zijn vonnis van 7 november 2012, LJN BY2564, *JA* 2013, 17 dat de verzekeraar eerst de rapporten van de gezamenlijke deskundigen aan eigen deskundige mag voorleggen voordat deze als uitgangspunt in de verdere schadeafwikkeling tussen partijen hebben te gelden.
- <sup>25</sup> Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 25 juni 2013, *RAV* 2015/95.
- <sup>26</sup> NTvG 73.II.31, 1929.



# (Je) geld of je leven (terug): schadevergoeding in natura



## Herstelgericht – 26e LSA Symposion

Mevrouw mr. E.O. Diemer en mevrouw mr. M. Driessen,  
a.s.r. Verzekeringen

Op een nieuwe locatie, met een nieuwe voorzitter en een historisch aantal deelnemers ging het 26e LSA Symposion op 30 januari 2015 van start in het gerenommeerde Hotel Krasnapolsky Amsterdam. Het symposion stond in het teken van (je) geld of je leven (terug), schadevergoeding in natura.



Cabaretier/woordkunstenaar Willem Gunneman heette de deelnemers een warm welkom met een oprecht blijde boodschap en dat alles op de melodie van Pink Floyd. In haar openingswoord benadrukte mr. Geertruid van Wassenaer – de nieuwe voorzitter de zesentwintigste bijeenkomst van de Vereniging van Letselschade Advocaten (LSA) – dat er ‘mooie’ sprekers aan bod zouden komen en heel bijzonder zelfs een spreker uit Engeland. Wassenaer gaf aan dat voor een slachtoffer zowel geloof als erkenning belangrijk zijn en kwam met een treffend voorbeeld (inclusief een schattige foto) uit haar eigen jeugd. Ze had een stepje en toen haar band lek was, moest ze die zelf plakken van haar vader. Maar wat deed kleine Geertruid, ze trok de stoute schoenen aan, ging naar de Wegenwacht die zich vlakbij haar huis bevond en liet daar haar bandje plakken.

### *Creativiteit*

Mr. Aleid Wolfsen was dagvoorzitter van het symposion. Wolfsen is onder meer voorzitter van De Letselschade Raad. Hij vroeg de deelnemers om de sprekers op een bepaalde manier te beluisteren. Waarbij hij aangaf aan drie dingen te denken, ook wel de driedubbele creativiteit. Dat houdt in dat men niet primair in geld moet denken, de vorm van de vergoeding is belangrijk en als laatste benadrukte hij dat dit voor alle partijen geldt, zelfs de rechter moet creatief zijn.

## Schadevergoeding, herstelgerichte dienstverlening, de knikers en het spel – prof. dr. mr. Arno Akkermans, Hoogleraar Privaatrecht aan de Vrije Universiteit van Amsterdam

### *Te smal begrip*

Er zijn volgens Akkermans veel en uiteenlopende benamingen voor herstelgericht schaderegelen. Bijvoorbeeld schade in natura, in zijn ogen is dit een te smal begrip. Vervolgens maakte hij het onderscheid tussen twee prototypebenaderingen van herstelgericht schaderegelen. Aan de ene kant is er coaching – gericht op empowerment van de benadeelde zelf – en aan de andere kant regie en management, gericht op het ‘ontzorgen’ van de benadeelde. Tussen deze twee benaderingen moet men een glijdende schaal zien. De hoogleraar besprak daarbij een algemeen deel, waarbij gedacht moet worden aan wegwijzer en advies en een specifiek deel, bijvoorbeeld woningaanpassingen en hulp bij complexe medische zorgtrajecten.

### *Plaats van herstel?*

Na de uiteenzetting van de aanpak van herstelgericht schaderegelen, kwam de vraag aan de orde wat de plaats is van herstel anno 2015. Het doel van schadevergoeding is herstel. Verwijzend naar de mooie analyse van prof. mr. S. Lindenbergh in de Van Maanen bundel vroeg Akkermans zich vervolgens af waarom herstelgerichte dienstverlening niet mainstream is?

Hij belichtte deze vraag vanuit de kant van verzekeraars, belangenbehartigers en aanbieders van herstelgerichte dienstverlening. Bij verzekeraars speelt het kostenaspect een grote rol.

Akkermans gaf aan dat het voor belangenbehartigers een onbekend terrein is en de mindset misschien teveel op schadevergoeding is gericht en niet op herstel. Hier speelt mee dat belangenbehartigers ook daadwerkelijk worden afgerekend op schadevergoeding en niet op herstel. Als voorbeeld stipte hij aan dat inzetten op herstel schade verlagend kan werken, waardoor belangenbehartigers – die worden afgerekend op basis van omvang van schade – een ongewenste prikkel krijgen.

Wat betreft de aanbieders voor herstelgerichte dienstverlening ging hij in op het probleem dat deze aanbieders benadeelden niet rechtstreeks kunnen benaderen. De aanbieders zijn afhankelijk van verzekeraars en belangenbehartigers.

### *Gewoon schade*

Het kostenaspect van herstelgerichte dienstverlening werd door Akkermans verder uitgediept. In zijn ogen zijn er drie perspectieven op deze kosten. Het economische perspectief ziet toe op de kosten en batenafweging bij een schade. De

andere twee perspectieven hebben een juridische benadering. Hij noemt de redelijke kosten voor schadebeperking en invulling van het moderne schadebegrip met praktische noden. Hierbij vroeg Akkermans zich hardop af of het bij praktische noden niet gewoon om schade gaat? Hij ging dieper in op deze vraag door aan te geven dat zowel professionaliteit en een redelijke indicatie van herstelgerichte dienstverlening van belang zijn. Vooral de professionaliteit dient verder uitgekristalliseerd te worden. Als voorbeeld noemde Akkermans de vergoeding van de kosten van Jomanda. Op dit punt verwacht hij niet dat de Hoge Raad snel een herstelgerichte schade zal afwijzen, als voldaan is aan de professionaliteit en de redelijke indicatie. Tot slot keek Akkermans naar de toekomst van herstelgerichte dienstverlening in schade. Hij gaf aan dat het een mooie taak voor belangenbehartigers is om meer oog te hebben voor herstel. Maar ook de gehele branche kan nadenken over een gedragscode, innovatie, verdere professionalisering, aanpassingen van huidige ankers en een klachtenregeling.

### **Making A Difference; Using Rehabilitation in te Personal Injury Claims System in England – Dr. Colin Ettinger, advocaat en hoofd letselschadeafdeling van Irwin Mitchell - UK**

#### *Rehabilitation*

Spreker stond stil bij de 'rehabilitation in personal injury cases in England'. Rehabilitation kent meerdere definities. Een daarvan is 'the purpose of rehabilitation is to restore an injured person to as productive and as independent a lifestyle as possible through the use of medical, functional and vocational intervention'. Om een betere beeldvorming van dit begrip te krijgen, legde Ettinger enkele arresten uit, welke van invloed zijn op rehabilitation. Zo kent Engeland het volledige compensatieprincipe, verzekeraars mogen niet hun eigen kijk op rehabilitation gebruiken als zijnde de beste oplossing en benadeelden hebben een keus. Dit laatste heeft betrekking op de invulling van rehabilitation door herstelgerichte diensten.

#### *De Code*

Na de ontwikkeling van rehabilitation ging Ettinger in op de Rehabilitation Code, bij de totstandkoming waarvan hij betrokken was en die is bedoeld om benadeelden en advocaten te stimuleren vanaf het begin van een schadeveroorzakende gebeurtenis aan rehabilitation te denken. Spreker stipte hier het tijdstip van het inzetten van herstelgerichte diensten aan. Hoe eerder hoe beter, vooral bij zwaardere letsels. De code bevat een strakke tijdslijn, waarbinnen gereageerd moet worden op verzoeken van herstelgerichte diensten. Ook bevat de code de verplichting aan de benadeelde en diens belangenbehartiger om informatie te geven over bijvoorbeeld de thuissituatie en de huidige medische conditie van de benadeelde. In de praktijk, aldus Ettinger, gebruiken verzekeraars deze bepaling om in een eerder stadium meer informatie over de benadeelde te krijgen. Belangenbehartigers daarentegen gaan soms rechtstreeks naar aanbieders van herstelgerichte diensten in plaats van eerst contact met de verzekeraar.

#### *Thank you*

Ettinger stond stil bij de verschillende gradaties van schade die de code onderscheidt. De zwaarste categorie is die van catastrofaal letsel. In deze categorie is het van groot belang dat een case manager wordt aangesteld. Dit aanstellen is een lastig proces door de dienstverlenende instanties. De code omschrijft een tweetal eisen waaraan dienstverleners zich moeten binden en waar maar weinig dienstverleners aan voldoen. Ettinger en zijn kantoor gebruiken een eigen shortlist van bedrijven die aan alle vereisten voldoen. Volgens hem moet men vooral kijken naar de track records en betrouwbaarheid van herstelgerichte dienstverleners. Toch blijft de invulling van een case manager een struikelblok tussen verzekeraars en belangenbehartigers.

Dit is gelukkig niet altijd zo, bleek uit een succesverhaal uit de praktijk. Een 18-jarige man met fors letsel heeft door middel van rehabilitation in zijn eigen omgeving de juiste zorg kunnen krijgen. Dit heeft ook de ouders ontlast. De moeder was zo gelukkig met de gevonden rehabilitation, dat ze niet kon stoppen met 'thank you's' aan de verzekeraar. Tot slot gaf Ettinger de deelnemers het volgende mee: de benadeelde in het rehabilitation proces dient in het midden van alles te staan.

### **Herstelgericht schaderegelen, ervaringen van verzekeraars – Mr. Mirjam Franke, advocate bij Streefkerk Advocaten**

Franke heeft onderzoek gedaan bij verzekeraars over hun ervaringen op het gebied van herstelgericht schaderegelen. Franke aarzde voorafgaand aan het onderzoek. Maakt het wel uit hoe je schadevergoeding aanbiedt? Een zak geld versus een herstelcoach? Het doel van het schadevergoedingsrecht wordt beschreven in art. 6:103 BW. Maar gaat het wel om schadevergoeding in de vorm van geld?

#### *Verzekeraars en herstel*

Voor haar onderzoek benaderde Franke dertig verzekeraars. De bereidheid van deze verzekeraars om mee te werken was groot. Op de vraag of verzekeraars ervaring hebben met schadevergoeding in natura, gaf bijna 75% van de verzekeraars aan daar ervaring mee te hebben. De overige 25% had die ervaring niet. Deze laatste groep had hier een aantal redenen voor. Zo werd vooral door kleinere verzekeraars aangegeven dat het lastig is in het gehele land diensten aan te bieden. Andere redenen waren: onbekendheid met deze vorm van schaderegelen; onduidelijkheid welke kosten eraan verbonden zijn; en tot slot zou schaderegelen met geld sneller gaan. Deze verzekeraars zeiden wel open te staan voor schadevergoeding in natura met motieven als: de benadeelde hoeft minder te regelen; elimineren van de claimcultuur; voorkomen dat het geld voor andere doeleinden wordt gebruikt; en de gedachte dat het schade beperkend zal werken.

De verzekeraars die werken met schadevergoeding in natura doen dat op verschillende manieren. Onder andere door middel van direct contact met betrokkenen; integratieprojecten; puur praktische hulp zoals behandelingen in het buitenland; rijlessen aanbieden en tot slot herstelcoaching.

De ervaring van deze verzekeraars met schadevergoeding is goed, tenminste als de belangenbehartiger meewerkt én het slachtoffer gemotiveerd is. Re-integratie is een terrein waar het helaas nog vaak mis gaat.

In ongeveer 2% van de zaken maken verzekeraars gebruik van schaderegeling in natura. Dit betreft vrijwel altijd zwaardere zaken.

#### *Belang achter het belang*

De positieve ervaringen van verzekeraars zijn dat er wederzijds vertrouwen is; door het inschakelen van professionals stijgt de succeskans; het neemt de rompslomp weg bij de benadeelde en tot slot waardeert de benadeelde de creativiteit van verzekeraars. Als negatieve ervaringen geven verzekeraars aan dat re-integratie wel eens mis gaat; dat de belangbehartiger er niet mee bekend is; angst om de regie te verliezen en onzichtelijkheid van het proces.

De verzekeraars waren over het algemeen gematigd tot zeer positief over de werking van herstelgericht schade regelen. Men denkt mee in plaats van in tegenstellingen en het belang achter het belang wordt daarmee zichtbaar. Wel verschilt de werking per zaak. Op alle gebieden zouden verzekeraars graag verbetering zien. Zo moet het meer gepromoot worden en willen verzekeraars weten wat de benadeelden ervan vinden.

Concluderend zijn de belangrijkste bevindingen dat de verzekeraar schades wel herstelgericht wil regelen. Hierbij kan bijna alles, maar daarvoor zijn wel bepaalde vaardigheden vereist.

#### **“Life is about moving on” – mr. Corinne Jeekel en mr. Daniëlle Zwartjens, resp. ACE Letselschadeadvocaten en KBS Advocaten**

Na de lunch was de beurt aan. Op de achtergrond was een weg te zien met een onderbroken streep. Jeekel en Zwartjens stonden allebei op een andere weghelft, lijnrecht tegenover elkaar. Een mooi duel waarbij zij de medische aansprakelijkheidspraktijk juridisch belichtten van slachtoffer- en verzekeraarszijde.

#### *Boer Gerben*

Jeekel beet het spits af, zij belichtte de kant vanuit het slachtoffer. Door middel van twee praktijkvoorbeelden liet ze zien welke effecten verschillende letselschade behandelingen op benadeelden kunnen hebben. Ze begon met een voorbeeld van een boer Gerben die als gevolg van een operatie ernstig letsel opliep, hij belandde zelfs in een rolstoel. De weg naar aansprakelijkheid en schadevergoeding was voor hem erg lang: na tien jaar, drie medische expertises en drie rechtszaken was er een uitkomst: 50% van zijn schade werd vergoed. Dit hele proces was erg frustrerend voor boer Gerben, hij voelde zich vernederd en het had zijn herstelproces gestagneerd. Kan dit anders?

#### *Gegaan is niet gedaan*

Zwartjens nam het stokje over en belichtte de kant vanuit verzekeraarszijde. Als iets in de medische wereld is fout gegaan, wil niet zeggen dat er ook iets fout is gedaan. Uitgangspunt is dat een benadeelde zo veel mogelijk moet

worden gebracht in de toestand waarin hij/zij zou hebben verkeerd zonder medische fout. Verzekeraars handelen hierin steeds pro-actiever. GOMA (Gedragscode medische incidenten; betere afwikkeling Medische Aansprakelijkheid) is van belang voor verzekeraars. Zwartjens ging in het bijzonder in op het eerste gedeelte van de GOMA, welke een adequate reactie op een medisch incident beoogt. Juist in de eerste fase is het belangrijk adequaat fouten te reageren. Er is sprake van een gewijzigde focus: de patiënt staat centraal en men is meer gericht op het herstel en de wijze waarop de aansprakelijkstelling wordt behandeld. Goede communicatie en een verkorte doorlooptijd zijn van belang. Inhoudelijk zijn er ook ontwikkelingen: vaker alternatieve geschillenbeslechting zoals mediation. Bovendien wordt ondersteuning geboden, bijvoorbeeld door een casemanager of studiebegeleiding.

#### *Out of the box*

Jeekel ging verder met haar tweede voorbeeld. Een baby die bij een operatie een hersenbeschadiging opliep. Snel na het incident kwam de klachtencommissie (inclusief de betrokken specialisten en de ouders van de baby) bij elkaar. De ouders konden hun verhaal doen en veel klachten werden gegrond verklaard. Dit werd door de ouders ervaren als een soort erkenning. Zonder dat echt sprake was van een geschil, volgde daarna een mediation om te zien hoe een langdurig schadebehandelingstraject te voorkomen en al snel werd de forse en complexe discussie beslecht. Dit *out of the box* denken bleek een succes: open communicatie op basis van vertrouwen. Alle partijen hadden de intentie om er snel uit te komen. Men durfde af te stappen van de klassieke methodes van schaderegeling. Belangrijk: eerste opvang van een patiënt bij de zorgverlener zelf en informele klachtenbehandeling.

#### *Redelijkheid is maatgever*

Op een benadeelde rust een schadebeperkingsplicht, ging Zwartjens verder. Dit zijn grenzen aan wat van een benadeelde kan worden verlangd. Kortom: *life is about moving on*. Een gedeelde verantwoordelijkheid, waarbij de redelijkheid raadgever is.

#### *Maatwerk*

Tot slot ging Jeekel in op smartengeld. Herstel van het letsel en de kwaliteit van leven is het primaire doel. Schadevergoeding is meer dan een genoegdoening van een situatie die blijft. Belangrijk zijn de concrete mogelijkheden om het leed te verzachten. Herstel van het oorspronkelijke leven, daarbij is maatwerk vereist.

#### **“Stay out of court!” – Mr. Jaap Sap, rechter Rechtbank Midden-Nederland**

#### *FC onzekerheid tegen VC Wantrouwen*

Sap nam de deelnemers mee naar de schade van een medewerker bij een tankstation, waarbij sprake is van fors letsel. Benadeelde gaf in een vroeg stadium aan slechts twee wensen te hebben: hij wilde thuis blijven wonen en weer aan het werk.

De belangenbehartiger en verzekeraar hebben elkaar in

deze moeten vertrouwen om tot een goede oplossing te komen. Dat is ze gelukt, terwijl bij re-integratie sprake is van een speelveld van soms tegenstrijdige belangen. Spreker schetste een voetbalveld met aan de ene kant FC Onzekerheid, te weten de benadeelden en aan de andere kant VC Wantrouwen, te weten de verzekeraars. Aan de zijde van de benadeelden zijn herstel, rust, zekerheid, financiële compensatie en genoegdoening van belang. Terwijl de verzekeraars aan een soort doelverdediging doen, waarbij belangen als verplichtingen, bewijs, scepsis en realiteitszin een rol spelen.

#### *Schadebeperking*

Na de uiteenzetting van verschillende belangen tussen de partijen, ging hij dieper in op schadebeperking en begon met de uitleg tussen twee typen benadeelden, waarbij het gaat om uitersten. Aan de ene kant de inactieve benadeelde en aan de andere kant de actieve benadeelde. Sap gaf aan dat de houding van de benadeelde, de omvang van de schade kan bepalen. Hier speelt ook de houding van de verzekeraar mee. Volgens hem moest worden gekeken naar de vraag: Wat is het gedrag van de ene partij ten opzichte van de andere partij? Wanneer men een geslaagd beroep wil doen op de schadebeperkingsplicht dan moet sprake zijn van passiviteit en onwil bij de benadeelde. Sap benadrukte echter wel dat de verzekeraar dan niet moeilijk moet hebben gedaan over de aansprakelijkheid en hem niets te verwijten moet zijn. Dit laatste is niet altijd eenvoudig. Als gedachtegang gaf Sap de deelnemers mee dat het duurder is om een stilstaande wagen weer aan de gang te krijgen, dan een rijdende wagen aan de gang te houden.

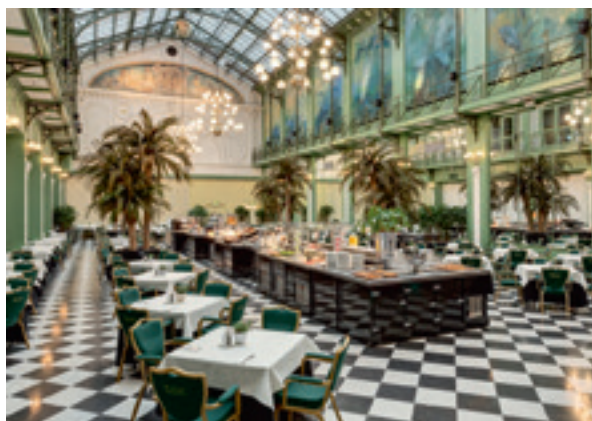
#### *Rol van de rechter*

Spreker vervolgde zijn presentatie met een vertaalslag naar wat een rechter kan vinden over de schadebeperking van benadeelden. Hij gaf aan dat rechters niet kunnen bepalen dat benadeelden re-integratieverplichtingen moeten voortzetten, maar de rechter kan wel bepalen dat de omstandigheden een beroep op schending van de

schadebeperkingsplicht wel of niet rechtvaardigen. Ook kan de rechter bepalen dat een bepaald gedeelte van de schade voor rekening van benadeelden komt. Een rechter kan iets zeggen over wat benadeelden hadden kunnen doen, maar kan benadeelden daartoe niet verplichten. Hij kan wel de kaders voor een regeling bepalen. Daarnaast gaf Sap aan dat de rechter wel iets kan zeggen over de houding in het kader van de schadebeperkingsplicht. Wanneer een benadeelde iets niet doet, dan voldoet hij niet aan de schadebeperkingsplicht. Tot slot vroeg Sap de deelnemers om meer aandacht te hebben voor de vraagstelling aan de rechter. Wie er wat van wil maken, zal het zelf moeten doen!

#### *Man muß auch tun*

Ter afsluiting van de dag volgde een kort debat. Door de heldere bijdragen van de sprekers kwamen er weinig vragen uit de zaal.



Op weg naar de afsluitende borrel in De Wintertuin gaf dagvoorzitter Wolfsen de deelnemers een op Goethe gestoelde opdracht mee *“Es ist nicht genug, zu wissen, man muß auch anwenden; es ist nicht genug, zu wollen, man muß auch tun”*; een zinvol schade traject begint op dag 1 na het ongeval!

# Subrogatieverbod art. 7:962 lid 3 BW ziet alleen op formele arbeidsrelaties

HR 28 november 2014<sup>1</sup>



Mevrouw mr. J.  
Kruijswijk Jansen en mr.  
J.S. Overes  
Kennedy Van der Laan  
Advocaten



**Sinds een aantal jaren wordt in de lagere rechtspraak en literatuur de discussie gevoerd of het subrogatieverbod ten aanzien van arbeidsrelaties uit art. 7:962 lid 3 BW ook ziet op materiële arbeidsverhoudingen, zoals de relatie tussen een ingeleende werknemer en zijn materiële werkgever. De Hoge Raad heeft in het Anderzorgarrest deze discussie beslecht: het subrogatieverbod ziet alleen op formele arbeidsrelaties.**

Het Anderzorgarrest is ons inziens een treffend voorbeeld dat ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht in de praktijk ook een verzekeringsrechtelijke kant kunnen hebben<sup>2</sup>. Met de komst van het Davelaar/Allspanarrest van 23 maart 2012, waarin de Hoge Raad oordeelde dat een materiële werkgever aansprakelijk kan zijn voor werk gerelateerde schade van een ingeschakelde zzp'er<sup>3</sup>, werd de vraag (te meer) prangend of deze aansprakelijkheidsverhouding (en die bij ander ingeleend personeel) daarmee ook onder het subrogatieverbod van art. 7:962 lid 3 BW valt. Deze vraag werd in literatuur en jurisprudentie verschillend beantwoord<sup>4</sup>, en heeft uiteindelijk geleid tot het Anderzorgarrest.

In het hiernavolgende gaan wij eerst in op de achtergronden van subrogatie en vooral het subrogatieverbod in arbeidsverhoudingen (art. 7:962 lid 3 BW). Vervolgens bespreken en becommentariëren wij het Anderzorgarrest en schetsen wij tot slot twee gevolgen voor de praktijk.

## **Art. 7:962 BW: beperkte subrogatie bij werk gerelateerde verhoudingen**

In art. 7:962 lid 1 BW is de hoofdregel van subrogatie

opgenomen: *“Indien de verzekerde ter zake van door hem geleden schade anders dan uit verzekering vorderingen tot schadevergoeding op derden heeft, gaan die vorderingen bij wijze van subrogatie op de verzekeraar over voor zover deze, al dan niet verplicht, die schade vergoedt (...)”*

Door deze subrogatie staat de verzekeraar als het ware in de schoenen van de benadeelde en kan deze de uitgekeerde schade verhalen op de aansprakelijke partij. De ratio van dit regresrecht van de verzekeraar is dat hiermee de aansprakelijke persoon de dans der schadevergoeding niet ontspringt en dat de schadelast uiteindelijk rust op de persoon die daarvoor rechtens verantwoordelijk is, althans diens (aansprakelijkheids)verzekeraar<sup>5</sup>. De mogelijkheid van subrogatie en regres is in meerdere opzichten beperkt. Zo volgt al op grond lid 1 van art. 7:962 BW dat subrogatie en het daarop gebaseerde regres beperkt is tot vorderingen tot schadevergoeding, die bovendien niet gebaseerd zijn op een (andere) verzekeringspolis. Verder valt te denken aan de Tijdelijke Regeling Verhaalsrechten (art. 6:197 e.v. BW) die een aantal risicoaansprakelijkheden uitsluiten van subrogatie en de Bedrijfsregeling Brandregres van het Verbond van Verzekeraars, die het regres van door brandverzekeraars vergoede schade beperkt.

Art. 7:962 lid 3 BW bevat ook een beperking. In bepaalde, specifiek en limitatief omschreven rechtsverhoudingen is subrogatie uitgesloten: *“De verzekeraar krijgt geen vordering op de verzekeringnemer, een medeverzekerde, de niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot of de geregistreerde partner van een verzekerde, de andere levensgezel van een verzekerde, noch op de bloedverwanten in de rechte lijn van een verzekerde, op een werknemer of de werkgever van de verzekerde, of op degene die in dienst staat tot dezelfde werkgever als de verzekerde. Deze regel geldt niet voor zover zulk een persoon jegens de verzekerde aansprakelijk is wegens een omstandigheid die afbreuk zou hebben gedaan aan de uitkering, indien die omstandigheid aan de verzekerde zou zijn toe te rekenen.”* (cursiveringen JKJ & JO).

Voor wat betreft de uitsluiting van regres binnen arbeidsverhoudingen gaat het aldus om drie typen regresvorderingen. Allereerst de vordering van een werkgever op zijn werknemer, voor schade die de werknemer aan hem heeft toegebracht. Een dergelijke vordering is niet snel aan de orde. Art. 7:661 BW beschermt de werknemer tegen aansprakelijkheid jegens zijn werkgever indien de schade in de uitoefening van de werkzaamheden is veroorzaakt, tenzij sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid. Een vergelijkbare draagplichtregel is in art. 6:170 lid 3 BW vastgelegd, waardoor een werkgever de schade die de werknemer door een fout aan een derde heeft toegebracht

> en waarvoor die werkgever op grond van lid 1 van art. 6:170 BW mede hoofdelijk aansprakelijk is, niet op de werknemer kan verhalen (tenzij sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid)<sup>6</sup>. Van een vordering van de werkgever op de werknemer zal in beginsel dus slechts sprake zijn in geval van niet-werk gerelateerde schade of indien sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid<sup>7</sup>. De tweede – en meer voor de praktijk relevante – situatie is die waarin de werkgever schade veroorzaakt bij diens werknemer. De derde – eveneens meer relevante – situatie is die waarin degene die in dienst staat tot dezelfde werkgever (kortom: een collega) schade veroorzaakt bij een andere collega-werknemer. Hierbij zij opgemerkt dat bij werk gerelateerde schade niet alleen deze collega mogelijk aansprakelijk is, maar in beginsel ook de (gezamenlijke) werkgever, waarbij uiteindelijk de schadelast op die werkgever zal rusten (art. 6:170 lid 1 en 3 BW). Mede vanwege deze verschillende aansprakelijkheidsverhoudingen, is het bij subrogatiekwesies verstandig goed in kaart te brengen in wiens rechten de schadeverzekeraar beoogt te treden en welke personen deze beoogt aan te spreken.

De achtergrond van de uitsluiting van regres binnen de door art. 7:962 lid 3 BW genoemde verhoudingen is door de wetgever in de Memorie van Toelichting als volgt geformuleerd: *“Het betreft hier personen van wie mag worden aangenomen dat de verzekering mede in hun belang is gesloten, voor zover zij al niet uitdrukkelijk zijn meeverzekerd. Hun relatie met de verzekeringnemer is van duurzame aard, voortvloeiend uit het familierecht, een arbeidsverhouding of een woonsituatie. Het uitoefenen van verhaal zou deze relatie kunnen verstoren (...). Een dergelijk vervolg verdraagt zich niet met het doel waartoe de nemer de verzekering sloot”*<sup>8</sup>.

De ratio van het subrogatieverbod binnen arbeidsverhoudingen is dus de gedachte dat regres de arbeidsrelatie kan verstoren en dat de verzekerde daarom door het regres (het verzekerde zijn) benadeeld kan worden. Daarbij wordt aangenomen dat regres tot belastende procedures en afwikkeling van schades kan leiden, zelfs als de aangesproken partij zelf ook verzekerde is. De betrokkenen dienen immers hun lezing van de schadeveroorzakende gebeurtenis te geven, die niet zelden onderling kan verschillen. Zij zullen bovendien – zolang het regres niet is afgewikkeld – blijven worden geconfronteerd met de schadeveroorzakende gebeurtenis<sup>9</sup>. Als aangenomen mag worden dat de benadeelde zelf geen regres zou hebben genomen om zijn (arbeids)relatie te beschermen, ligt voor de hand dat de verzekeraar van de benadeelde ook geen regres kan nemen<sup>10</sup>. Geldt deze gedachte, en daarmee het subrogatieverbod, ook bij arbeidsverhoudingen waarbij sprake is van inlening of van inschakeling van een zzp'er? In het Anderzorgarrest is deze vraag beantwoord, waarbij de Hoge Raad nader is ingegaan op de uitwerking en afbakening van deze bescherming van de 'arbeidsrust'.

### Het Anderzorgarrest

Anderzorg heeft als zorgverzekeraar de ziektekosten vergoed die haar verzekerde als inzittende heeft geleden door een eenzijdig auto-ongeval. Dit auto-ongeval is ver-

oorzaakt door een collega van verzekerde die de auto bestuurde. Beide werkten voor een bestratingsbedrijf. Verzekerde was werknemer van het bestratingsbedrijf, zijn collega was echter ingeleend via een uitzendbureau. Deze ingeleende collega was overigens ten tijde van het ongeluk nog maar een maand ingeleend door het bestratingsbedrijf en is na het ongeval met terugwerkende kracht (tot vóór het ongeval) uit dienst getreden bij het uitzendbureau. Anderzorg wil regres nemen op de collega, althans diens WAM-verzekeraar London Verzekeringen. Deze beroept zich echter op het subrogatieverbod van art. 7:962 lid 3 BW met de stelling dat de collega, hoewel formeel 'ingeleend' via een uitzendbureau, evenzeer 'in dienst staat tot dezelfde werkgever als de verzekerde'.

Zowel de rechtbank als het hof gaan in dit betoog mee: regres wordt afgewezen. Het hof voert daarbij *grosso modo* drie argumenten aan. Allereerst acht het hof de ratio achter het subrogatieverbod, de bescherming van de arbeidsrust, evenzeer toepasselijk jegens een collega die is ingeleend. Bovendien voert het hof een wetssystematisch argument aan: in andere wettelijke bepalingen (art. 6:107a, 6:170 en 7:658 BW) zijn al eerder arbeidsverhoudingen ruim en niet strikt formeel uitgelegd. Ten derde zou een ruime en ongeclausuleerde uitleg van het subrogatieverbod beleidsmatig de voorkeur verdienen, omdat dit moeizame discussies over de duurzaamheid van een arbeidsverhouding vermijdt. Het hof acht de parlementaire geschiedenis te weinig eenduidig om daarop een andersluidend oordeel te kunnen baseren.

Anderzorg gaat in cassatie. A-G Spier stelt aan het begin van zijn conclusie voorop dat men in redelijkheid verschillend kan denken over de vraag of het subrogatieverbod bij arbeidsverhoudingen (zo ruim) moet worden uitgelegd dat ook ingeleende arbeidskrachten – en dus materiële arbeidsverhoudingen – daaronder vallen<sup>11</sup>. Zijns inziens zal niettemin uiteindelijk een (rechtspolitieke) keuze moeten worden gemaakt, die volgens hem in het voordeel van Anderzorg uitvalt: ingeleend personeel valt zijns inziens niet onder het subrogatieverbod, zodat regres mogelijk moet zijn. Hij motiveert dit onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis en literatuur<sup>12</sup>. Zo volgt uit de parlementaire geschiedenis dat het subrogatieverbod beperkt is tot voor de hand liggende en duidelijk en welomschreven gevallen. Bovendien zijn andere hechte relaties, zoals huisgenoten, bij de totstandkoming van het subrogatieverbod uitdrukkelijk buiten het bereik ervan gelaten. Daarbij merkt Spier, onder verwijzing naar ontwikkelingen in de ouderenzorg, op dat de laatste tijd maatschappelijk gezien ook steeds meer sprake zal zijn van huisgenootschap waarbij duurzame relaties ontstaan, maar dat deze ontwikkeling ook nog niet heeft geleid tot de noodzaak om daar ook het subrogatieverbod toe uit te breiden. Verder meent Spier dat het niet zonder meer voor de hand ligt dat (ook) bij ingeleend personeel sprake is van een duurzame relatie die bescherming tegen verstoring verdient, juist gezien de flexibilisering van de arbeidsmarkt. Tot slot wordt volgens Spier met een beperkte uitleg van het subrogatieverbod meer recht gedaan aan de

gedachte dat de veroorzaker niet door het (toevallig) verzekerd zijn van het slachtoffer zijn verantwoordelijkheid mag ontlopen. Zijn conclusie is dan ook dat ingeleend personeel niet onder het subrogatieverbod valt en het arrest van het hof daarom moet worden vernietigd.

### De Hoge Raad hakt de knoop door

De Hoge Raad volgt de conclusie van Spier. De Hoge Raad stelt op basis van de parlementaire geschiedenis voorop dat het subrogatieverbod beoogt te voorkomen dat duurzame relaties worden verstoord, dat de wetgever het verbod beperkt heeft tot specifieke, voor de hand liggende en limitatief omschreven categorieën, dat niet is gekozen voor een open formulering en een casuïstische aanpak en dat de wetgever erkend en aanvaard heeft dat er categorieën van duurzame relaties buiten het subrogatieverbod vallen. Op basis daarvan neemt de Hoge Raad aan dat de wetgever een formeel-juridische invulling van het begrip werkgever heeft beoogd. Dit begrip is immers scherp omlijnd en ziet op relaties die in het algemeen duurzaam zijn, aldus de Hoge Raad. Vervolgens wijst de Hoge Raad het eerste argument van het hof, namelijk de stelling dat regres bij ingeleend personeel evenzeer een duurzame (arbeids) relatie kan verstoren, af: *“Anders dan het [hof] vervolgens heeft overwogen, zou het als ‘werknemer’ aanmerken van ingeleend personeel als hier aan de orde echter niet passen bij de strekking van art. 7:962 lid 3 BW. Aangenomen moet immers worden dat ondernemingen kiezen voor een zodanig inlenen van personeel – en voor verwante figuren zoals het aangaan van arbeidsovereenkomsten, omdat zij juist geen duurzame relatie met dit personeel willen aangaan. Bij dergelijke rechtsfiguren past daarom niet om ze voor de toepassing van art. 7:962 lid 3 BW op een lijn te stellen met de op een arbeidsovereenkomst berustende verhouding tussen werkgever en werknemer.”* (r.o. 3.6.2).

In zijn algemeenheid moet dus van flexibel personeel worden gezegd dat een duurzame relatie, anders dan bij de ‘gewone’ arbeidsovereenkomst, niet wordt beoogd. Ook het wetssystematische argument van het hof valt in ongenade bij de Hoge Raad: *“Het hof heeft nog overwogen dat een ruime, ‘materiële’ uitleg van art. 7:962 lid 3 BW is aangewezen omdat deze overeenstemt met hetgeen op andere verwante terreinen wordt geleerd. Ook dit argument kan zijn beslissing niet dragen. De door het hof genoemde bepalingen (art. 6:107a, 6:170 en 7:658 (oud) BW) hebben een andere achtergrond dan art. 7:962 lid 3 BW. Zij regelen vanuit een oogpunt van werknemersbescherming de aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeids-gerelateerde ongevallen van zijn personeel en – bij schade van derden – de draagplicht in de onderlinge verhouding tussen de werkgever en de werknemer. Art. 7:962 lid 3 BW betreft de verhouding tussen enerzijds de verzekeraar van degene die schade heeft geleden en anderzijds degene die deze schade heeft veroorzaakt, en beoogt niet de bescherming van de vermogenspositie van degene op wie verhaal zou kunnen worden genomen (zie hiervoor in 3.5). De strekking van art. 7:962 lid 3 BW biedt derhalve geen grond voor het aan-*

*nemen van een ‘materieel werkgeverschap’ waarbij ingeleend personeel als hier aan de orde wordt gelijkgesteld met personeel dat op basis van een arbeidsovereenkomst is tewerkgesteld.”* (r.o. 3.6.3).

Kort gezegd beschouwt de Hoge Raad de verwijzing naar de ruime uitleg bij deze andere wetsartikelen als een vergelijking tussen appels en peren. Deze andere artikelen zien immers op een andere verhouding (werkgever-arbeidskracht) en op bescherming van de vermogenspositie van een aansprakelijke arbeidskracht, terwijl het subrogatieverbod op de verhouding verzekeraar – veroorzaker van de schade ziet en strekt tot bescherming van de arbeidsrust.

Opmerkelijk is dat de Hoge Raad zijn motivering afsluit met de opmerking dat indien de flexibilisering van de arbeidsmarkt uitbreiding van het subrogatieverbod (toch) wenselijk zou maken, dit dan aan de wetgever is (r.o. 3.8). Een dergelijke uitbreiding op basis van de achtergrond van het huidige artikel acht de Hoge Raad kennelijk een brug te ver.

### En dan nog dit: het peilmoment bij het subrogatieverbod

Tot slot komt de Hoge Raad nog toe aan beantwoording van een in cassatie voorgelegde nevenkwestie: wat is het peilmoment voor de toepasselijkheid van het subrogatieverbod? Moet bij de beoordeling van de toepasselijkheid van het subrogatieverbod uitgegaan worden van de verhoudingen zoals deze zijn op het moment dat de verzekeraar regres wil nemen (*ex nunc*), of zoals deze zijn ten tijde van de schade toebrengeende gebeurtenis (*ex tunc*)? De Hoge Raad besluit (kortweg) tot het laatste (r.o. 3.7), in navolging van de conclusie van Spier en overigens ook de heersende leer in de literatuur<sup>13</sup>. Het latere ontslag van de werknemer zoals in deze zaak doet subrogatie dus niet ‘herleven’, ook al is dan niet meer sprake van een duurzame relatie.

### Enkele kanttekeningen bij het Anderzorgarrest

Het Anderzorgarrest voorziet in twee heldere rechtsregels:

1. Het subrogatieverbod bij arbeidsrelaties ziet uitsluitend op arbeidsrelaties in formele zin en
2. Het peilmoment voor het bestaan van een dergelijke arbeidsrelatie is het moment waarop het schade toebrengeende gebeurtenis zich heeft voorgedaan.

Waar de laatstgenoemde rechtsregel ook voor het arrest al min of meer algemeen was aanvaard, doet de eerste rechtsregel meer stof opwaaien. Voor de toepasselijkheid van het subrogatieverbod gaat het dus niet om een materiële arbeidsrelatie, zoals het hof oordeelde, maar om een formele arbeidsrelatie in de zin van art. 7:610 BW<sup>14</sup>. De strikt formele uitleg van het subrogatieverbod biedt daarmee meer rechtszekerheid en is ons inziens ook inhoudelijk te rechtvaardigen.

Niettemin kunnen enkele kanttekeningen worden geplaatst bij de strikt formele uitleg van het subrogatieverbod, zoals deze uitleg door de Hoge Raad is gemotiveerd. Allereerst kan het argument van de Hoge Raad – dat de wetgever het subrogatieverbod heeft willen

> beperken tot formele begrippen – worden gerelativeerd op basis van diezelfde parlementaire geschiedenis. Zo is ook subrogatie in het geval van een ‘levensgezel’ uitgesloten, terwijl dit begrip niet scherp is omlind: de parlementaire geschiedenis definieert een levensgezel als een ‘meerderjarige die, anders dan als echtgenoot, een nauwe persoonlijke betrekking heeft’<sup>15</sup>. Ook dit (vage) begrip vergt dus een materiële uitleg. Bovendien spreekt de eerder genoemde MvT over een “*arbeidsverhouding*” en dus niet zozeer over een (formele) arbeidsovereenkomst<sup>16</sup>. De wetgever bezigt aldus niet in alle opzichten strikte formuleringen.

Bovendien is de aanname van de Hoge Raad dat bij inlening per definitie geen sprake is van een duurzame relatie discutabel; het is goed mogelijk dat een werkkraacht jarenlang via bijvoorbeeld een uitzend-, detachings- of zelfstandige zonder personeelsconstructie werkt voor dezelfde materiële werkgever, en dat een dergelijke constructie niet zozeer ziet op een beperkte duurzaamheid van de werkrelatie maar veeleer op administratieve en belastingtechnische voordelen voor de materiële werkgever. Denk ook aan de situatie van *payrolling*, waarbij de werknemer door de materiële werkgever wordt geworven maar via een *payroll*bedrijf (de formele werkgever) te werk wordt gesteld. Overigens was juist in de specifieke casus van het Anderzorgarrest van een duurzame arbeidsrelatie met de materiële werkgever en diens werknemer (nog) geen sprake. De ingeleende werknemer op wie Anderzorg verhaal wilde nemen was immers een uitzendkracht die pas één maand was ingeleend en wiens arbeidsrelatie ook vrij snel na het ongeval (zelfs met terugwerkende kracht) was beëindigd<sup>17</sup>.

In omgekeerde zin is het net zo discutabel dat een formele arbeidsrelatie in het algemeen wel van (beschermenswaardige) duurzame aard is. De flexibilisering van en de verhoogde mobiliteit binnen de huidige arbeidsmarkt geven aanleiding om minder strikt uit te gaan van de fictie dat een formele arbeidsverhouding altijd duurzaamheid beoogt en een te beschermen relatie met zich brengt. De hiervoor genoemde uitzend-, detachings- en payrollconstructies brengen mee dat de betreffende werkkrachten weinig binding met hun formele werkgever kunnen hebben. Verder geldt voor alle arbeidscontracten dat contracten voor slechts bepaalde tijd, zeker bij starters, geen uitzondering (meer) zijn, terwijl contracten voor onbepaalde tijd ook niet meer tot (ellen)lange dienstverbanden leiden. De duurzaamheid van de arbeidsverhouding boet wat dat betreft meer in. Het subrogatieverbod voor uitsluitend formele arbeidsverhoudingen sluit in dit opzicht steeds minder aan bij de huidige realiteit van de arbeidsmarkt<sup>18</sup>.

### De gevolgen voor de praktijk

De duidelijke en onvoorwaardelijke rechtsregels van het arrest maken dat de gevolgen voor de praktijk op het eerste gezicht tamelijk inzichtelijk zijn. Toch is dit niet zonder meer het geval.

Het feit – dat partijen geen arbeidsovereenkomst met

elkaar hebben gesloten – betekent niet dat hun verhouding niet als arbeidsovereenkomst kan worden gekwalificeerd (en er dus een formele arbeidsrelatie kan bestaan). De naam die partijen aan een overeenkomst geven, op basis waarvan een werkkraacht werkzaamheden voor een werkgever verricht, is niet doorslaggevend voor het al of niet bestaan van een formele arbeidsrelatie. In het Gouden Kooi-arrest heeft de Hoge Raad benadrukt dat het erom gaat of de inhoud van de rechtsverhouding voldoet aan de criteria die art. 7:610 BW aan een arbeidsovereenkomst stelt (arbeid, loon, gedurende zekere tijd en een gezagsverhouding): “*Daarbij moet acht worden geslagen op alle omstandigheden van het geval, in onderling verband gezien, en dienen niet alleen de rechten en verplichtingen in aanmerking te worden genomen die partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stonden, maar dient ook acht te worden geslagen op de wijze waarop partijen uitvoering hebben gegeven aan hun overeenkomst en aldus daaraan inhoud hebben gegeven (vgl. onder meer HR 13 juli 2007, nr. C05/331, LJN BA6231, NJ 2007/449)*”<sup>19</sup>.

De partijbedoeling – die onder andere uit de duiding van de overeenkomst kan blijken – is weliswaar van belang, maar niet meer dan een omstandigheid die moet worden meegewogen bij de kwalificatie van de overeenkomst<sup>20,21</sup>.

Niet alleen de contractspartijen, maar ook een derde kan zich aan de hand van voornoemde criteria erop beroepen dat de rechtsverhouding in feite gekwalificeerd dient te worden als een arbeidsovereenkomst. Dit gebeurde bijvoorbeeld in het arrest PGGM/Stichting Thuiszorg Rotterdam, waarin het pensioenfonds premies vorderde van de Stichting Thuiszorg Rotterdam voor haar bestuurder, omdat de rechtsverhouding tussen de bestuurder en de Stichting Thuiszorg Rotterdam in wezen als een arbeidsovereenkomst kwalificeerde<sup>22</sup>. Hoewel het Anderzorgarrest op het eerste gezicht tot meer rechtszekerheid leidt door het formele werkgeverschap leidend te laten zijn, waardoor een materieel werkgeverschap en de duurzaamheid daarvan niet hoeft te worden onderzocht, kan dat in de praktijk anders uitwerken. De partij op wie regres wordt genomen kan proberen het subrogatieverbod in te roepen door feiten en omstandigheden te stellen die, ondanks dat een arbeidsovereenkomst ontbreekt, duiden op een *formele arbeidsrelatie*<sup>23</sup>.

Daarnaast constateren wij de volgende complicatie. Indien een werknemer in de uitoefening van zijn werk schade oploopt door een fout van een ingeleende collega, is op grond van art. 6:170 BW de materiële werkgever naast de ingeleende collega hoofdelijk aansprakelijk voor de schade (indien uiteraard aan de andere vereisten van art. 6:170 BW is voldaan). De draagplichtregel van lid 3 van art. 6:170 BW bepaalt in zo’n situatie dat in de onderlinge verhouding tussen de aansprakelijke werkgever en de aansprakelijke ingeleende collega-werknemer, de schade volledig wordt gedragen door de werkgever (tenzij sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid). Dit leidt tot een gevolg dat niet strookt met het subrogatieverbod en ook niet lijkt te zijn voorzien door de Hoge Raad. Indien de verzekeraar van



een benadeelde regres neemt op de ingeleende collega, zal deze de schade immers neerleggen bij zijn materiële werkgever (die de formele werkgever van de benadeelde werknemer is). Op deze wijze wordt met een omweg (via de flexibele arbeidskracht) uiteindelijk regres genomen op de *formele* werkgever van de benadeelde werknemer. Uiteindelijk komen dan toch de formele werkgever en de benadeelde werknemer tegenover elkaar te staan, wat hun onderlinge verhouding – die wél door het subrogatieverbod wordt beschermd – kan verstoren.

Hoe moet in een dergelijke situatie hiermee om worden gegaan? Naar onze mening dient aansluiting te worden gezocht bij het arrest van de Hoge Raad omtrent het subrogatieverbod van 23 november 2012<sup>24</sup>. In dit arrest ging het om een verkeersongeval waarbij twee personen hoofdelijk aansprakelijk waren. De zorgverzekeraar van de benadeelden kon echter geen regres nemen op één van deze aansprakelijke personen, nu het de vader en echtgenoot van de benadeelden betrof en hij dus onder het subrogatieverbod viel. Indien de zorgverzekeraar voor 100% regres zou kunnen nemen op de andere hoofdelijk aansprakelijke persoon, zou deze weer regres kunnen nemen op de aansprakelijke vader voor het deel dat deze laatste in zijn onderlinge verhouding tot hem heeft bijdragen aan het ontstaan van de schade (art. 6:102 lid 1 BW). Op deze wijze zou uiteindelijk toch (deels) regres worden genomen op een persoon die onder het subrogatieverbod valt. De Hoge Raad oordeelde in het arrest – terecht – dat dit niet strookt met de strekking van art. 7:962 lid 3 BW en dat de zorgverzekeraar daarom alleen regres kan nemen onder aftrek van het gedeelte dat de aansprakelijke persoon die onder het subrogatieverbod valt, moet dragen<sup>25</sup>. Een verzekeraar kan aldus slechts regres nemen voor dat deel van de vergoede schade dat de *niet* door het subrogatieverbod beschermde aansprakelijke persoon in zijn onderlinge verhouding tot de *wel* door het subrogatieverbod beschermde persoon zou moeten dragen.

Het ligt voor de hand dat een dergelijke regel ook geldt bij regres in arbeid gerelateerde verhoudingen. Indien bij werk gerelateerde schade van een werknemer, veroorzaakt door een fout van een ingeleende collega-werknemer, hun gezamenlijke (en voor de benadeelde werknemer tevens zijn formele) werkgever op grond van art. 6:170 BW aansprakelijk is en in zijn onderlinge verhouding met de ingeleende collega-werknemer volledig draagplichtig is, kan de verzekeraar van de benadeelde werknemer naar ons oordeel in het geheel geen regres nemen. Het regres op de (formele) werkgever wordt rechtstreeks geblokkeerd door het subrogatieverbod; het regres op de ingeleende collega wordt indirect door strekking van het subrogatieverbod geblokkeerd, omdat de schade anders uiteindelijk toch door de formele werkgever wordt gedragen. Op basis hiervan lijkt het Anderzorgarrest dus geen praktische betekenis te hebben indien de verzekeraar van een werknemer in formele zin regres neemt op diens collega die geen werknemer in formele zin is én deze collega op grond van art. 6:170 lid 3 BW in zijn onderlinge verhouding met de

gezamenlijke werkgever niet draagplichtig is<sup>26</sup>.

Of de twee hiervoor geschetste praktische gevolgen van het Anderzorgarrest ook voor de casus van dit arrest opgaan – en mogelijk kunnen gaan spelen bij de verdere behandeling door het hof na terug verwijzing door de Hoge Raad (voor zover daarvoor nog plaats is) – kan ons overigens niet duidelijk worden op basis van het arrest en de onderliggende feitelijke uitspraken.

### Afsluiting

Met het Anderzorgarrest heeft de Hoge Raad een uitspraak gedaan die de aandacht in de rechtspraktijk verdient. Op basis van dit arrest worden alleen de formele arbeidsverhoudingen beschermd door het subrogatieverbod van art. 7:962 lid 3 BW. Gezien de toenemende flexibilisering van de arbeidsmarkt is de verwachting dat regres binnen materiële arbeidsverhoudingen (waarbij dus geen sprake is van een formele arbeidsovereenkomst) steeds vaker aan de orde zal zijn. Wat dat betreft is het goed dat de Hoge Raad klare wijn heeft geschonken, zodat de praktijk verder kan met de door de Hoge Raad geformuleerde rechtsregels. De uitkomst van het Anderzorgarrest is goed verdedigbaar, hoewel enkele kanttekeningen te plaatsen zijn, wat deels samenhangt met de niet bepaald fijnzinnige regeling die art. 7:962 lid 3 BW reeds bood. Twee praktische gevolgen dienen zich evenwel aan. Zal men in de praktijk het debat gaan toespitsen op de vraag of een flexibele werknemer in wezen als formele werknemer dient te worden aangemerkt? En zal een verzekeraar nog regres kunnen nemen op een flexibele arbeidskracht, terwijl de schade uiteindelijk door zijn (en voor de benadeelde werknemer diens *formele*) werkgever zal worden gedragen, die juist beoogd werd te worden beschermd door het subrogatieverbod?

<sup>1</sup> HR:2014:3461 (Anderzorg/London Verzekeringen).

<sup>2</sup> Denk bijvoorbeeld ook aan de discussie over werkgeversaansprakelijkheid voor werk-gerelateerde verkeersongevallen op grond van goed werkgeverschap (art. 7:611 BW), die uiteindelijk een verzekeringsrechtelijk (en discutabel) staartje kreeg in HR 30 maart 2012, NJ 2012/687 (OLM/NN), waarin dekking van deze aansprakelijkheid onder de AVB werd aangenomen.

<sup>3</sup> HR 23 maart 2012, NJ 2014/41, m.nt. Heerma van Voss (Davelaar/Allspan). Dit arrest is door Kruijswijk Jansen eerder besproken in PIV-Bulletin: J. Kruijswijk Jansen, 'De zzp'er en art. 7:658 lid 4 BW: de Hoge raad oordeelt', *PIV-Bulletin* 2012, nr. 4, p. 19-24.

<sup>4</sup> Zie o.a. C. Blanken & A.H.M. van Noort, 'De zzp'er: een (arbeids)geval apart', *TvP* 2012, nr. 3, p. 94-101; F.M. Ruitenbeek-Bart, 'Verhaalsimmunitieit artikel 7:962 lid 3 BW strekt zich ook uit tot uitzendkracht', *TVP* 2013, nr. 2, p. 51-54 en het advies van S.D. Lindenberg, 'Een regresverbod bij aansprakelijkheid voor schade van zzp'ers?' van december 2013 aan het PIV en de VvV, met verwijzingen. Zie bijvoorbeeld ook Rb. Zutphen 3 maart 2010, RBZUT:2010:BL8065 en Rb. Utrecht 25 april 2010, RBUTR:2010:BN2963.

<sup>5</sup> Zie Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons (7-IX\*) 2012, nr. 570.

<sup>6</sup> Beide artikelen bepalen overigens dat op grond van de omstandigheden van het geval de hoofdregel dat de werkgever aansprakelijk is voor de schade en deze in zijn verhouding tot de schadeveroorzakende werknemer volledig dient te dragen, niet op hoeft te gaan.

- > Daarnaast is afwijking van de hoofdregel ten nadele van de werknemer mogelijk bij schriftelijke overeenkomst indien de werknemer voor de schade is verzekerd (art. 7:661 lid 2 BW).
- <sup>7</sup> Indien van dit laatste sprake is, leidt dit op grond van de tweede zin van art. 7:962 lid 3 BW overigens ertoe dat het subrogatieverbod niet opgaat en er toch regres op de werknemer mogelijk is.
- <sup>8</sup> *Kamerstukken II* 1985-1986, 19 529, nr. 3, p. 34. De wetgever heeft in de parlementaire geschiedenis later nog toegevoegd dat het verbod niet alleen ziet op relaties met de verzekeringnemer, maar ook op relaties met een verzekerde (*Kamerstukken II* 1999-2000, 19 529 nr. 5, p. 44).
- <sup>9</sup> *Kamerstukken I* 2004-2005, 19 529, nr. B, p. 28. Vgl. ook Hof Amsterdam 29 oktober 2013, GHAMS:2013:3717.
- <sup>10</sup> Vgl. P.S. De Graaf & J.B. Wezeman, 'Enige opmerkingen over het wettelijk verhaalsrecht van de verzekeraar op derden na schadevergoeding van de schade aan de verzekerde/gelaedeerde', *NTHR* 2010, p. 3.
- <sup>11</sup> Conclusie A-G Spier, PHR:2014:1769, sub. 3.2 en 3.4.
- <sup>12</sup> Verwezen zij naar zijn conclusie, PHR:2014:1769, sub. 4.15-4.34.
- <sup>13</sup> Zie J.H. Wansink & N. van Tiggele-van der Velde, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. IX\*. Verzekering*, Deventer: Kluwer 2012, nr. 581, die onder ander verwijzen naar S.J.A. Mulder, *Subrogatie* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 129-130. Zie ook De Graaf & Wezeman, *NTHR* 2010, p. 4.
- <sup>14</sup> De Hoge Raad noemt niet expliciet een formele arbeidsrelatie ex art. 7:610 BW, maar ons inziens mag men – mede gelet op de conclusie van A-G Spier die wel expliciet verwees naar dit artikel (sub. 4.34) – aannemen dat de Hoge Raad dit zo bedoeld heeft.
- <sup>15</sup> Zie *Kamerstukken II* 1999-2000, 19529, nr. 5, p. 44
- <sup>16</sup> *Kamerstukken II* 1985-1986, 19 529, nr. 3, p. 34. De wetgever heeft in de parlementaire geschiedenis later nog toegevoegd dat het verbod niet alleen ziet op relaties met de verzekeringnemer, maar ook op relaties met een verzekerde (*Kamerstukken II* 1999-2000, 19 529 nr. 5, p. 44).
- <sup>17</sup> Daar staat tegenover dat de ingeleende werknemer bevriend was met de benadeelde werknemer (al voordat hij werd ingeleend). Tussen hen bestond aldus wel een duurzame vriendschappelijke relatie.
- <sup>18</sup> Zie hierover ook Ruitenbeek-Bart, *TVP* 2013, p. 52-54. Anderzijds kan in het feit dat de rechtvaardiging van het subrogatieverbod (de bescherming van de arbeidsrust) ook voor formele arbeidsrelaties niet (meer) voor zichzelf spreekt een argument gevonden worden dat het dan ook niet voor de hand ligt dit subrogatieverbod ruim uit te leggen.
- <sup>19</sup> HR 25 maart 2011, *NJ* 2011/594, m.nt. E. Verhulp (Gouden Kooi).
- <sup>20</sup> Zie o.a. E. Verhulp in zijn annotatie onder HR 25 maart 2011, *NJ* 2011/594, m.nt. E. Verhulp (Gouden Kooi).
- <sup>21</sup> Zie bijvoorbeeld Rechtbank Overijssel 11 maart 2014, RBOVE:2014:1214, waarin de rechtbank ondanks een payrollovereenkomst tussen de werknemer en het payrollbedrijf (formele werkgever) oordeelde dat tussen de werknemer en de materiële werkgever waar hij te werk was gesteld, een arbeidsovereenkomst was tot stand gekomen.
- <sup>22</sup> HR 13 juli 2007, *NJ* 2007/449, m.nt. E. Verhulp (PGMM/Stichting Thuiszorg Rotterdam).
- <sup>23</sup> Overigens met alle gevolgen van dien. Indien een formele arbeidsrelatie zou worden aangenomen, kan dit tot bijvoorbeeld fiscale en andere arbeidsrechtelijke gevolgen (denk aan afdrachten premies, loondoorbetaling bij ziekte, etc.) leiden voor zowel de werkkraacht als de werk/opdrachtgever. Het is de vraag of dat wenselijk is.
- <sup>24</sup> HR 23 november 2012, *NJ* 2013/274, m.nt. Mendel (Hendriksen/Menzis). Zie ook J. Kruijswijk Jansen, 'Subrogatieverbod: de Hoge Raad scherpt het 'collega-verweer' aan', *Bb* 2015/8.
- <sup>25</sup> R.o. 3.4-3.5.
- <sup>26</sup> Interessant is nog de vraag of dit anders wordt indien de aansprakelijkheid van de ingeleende collega is verzekerd op dezelfde polis als van de gezamenlijke werkgever. Strikt genomen speelt het risico dat uiteindelijk regres wordt genomen op de gezamenlijke werkgever, dan niet. De verzekeraar kan immers na betaling van de schade aan de verzekeraar van de benadeelde werknemer geen regres nemen op een medeverzekerde (de gezamenlijke werkgever). Indien hierin reden zou worden gevonden om het regres van de verzekeraar van de benadeelde werknemer op de ingeleende collega toch toe staan, wordt daarmee in wezen het wettelijk systeem van art. 6:170 BW doorkruist. Wij vragen ons af of dat juist kan zijn.

# Causaliteit sneller dan uw 'Hart lief' is

HR 3 oktober 2014<sup>1</sup>



Mevrouw mr. J. Halilović  
Cunningham Lindsey

Bij causaliteit kan een verdeling gemaakt worden tussen het *condicio sine qua non*-verband (csqn-verband) en de redelijke toerekening ex art. 6:98 BW. Eerst dient het csqn-verband te worden vastgesteld, vervolgens komt de redelijke toerekening aan de orde. Bij het bepalen van de redelijke toerekening wordt al sinds 1981 gebruik gemaakt van de 'deelregels' van Brunner<sup>2</sup>. Zo ook in het arrest van 3 oktober 2014, het zogenoemde Deurmatarrest<sup>3</sup>. Naar aanleiding van dit arrest komt Hartlief met een eigen 'beslisschema'. Is dit schema zo anders dan de 'deelregels' van Brunner en wat voor effect zou het op het Deurmatarrest hebben gehad? In het navolgende worden eerst de feiten en rechtsoverwegingen uit het arrest besproken. Vervolgens wordt nader ingegaan op het beslisschema van Hartlief en de toepassing ervan op toekomstige rechtspraak middels een casus. Tot slot volgt de conclusie.

## Feiten

Een heftruckchauffeur heeft kort achter elkaar twee ongevallen. Het eerste ongeval vond plaats op 10 mei 2006 en was een bedrijfsongeval waarvoor de werkgever aansprakelijkheid erkent. De werknemer liep bij het ongeval vier gebroken tenen van zijn rechtersvoet op. Vervolgens heeft hij enige tijd zittend werk verricht, waarna hij in overleg met de arbo-arts op 28 juni 2006 weer op de heftruck is begonnen te werken. Na thuiskomst struikelde hij over zijn deurmat, waarbij hij knieletsel opliep. De werknemer stelde zijn werkgever ook voor het tweede ongeval aansprakelijk met de redenering dat zijn voet van het eerste ongeval nog niet goed was genezen en hij door zijn werkzaamheden op 28 juni weer meer last had gekregen van zijn voet. Hierdoor ging hij met zijn rechterbeen 'slepen' en struikelde thuis bij binnenkomst over de deurmat. Zijn werkgever betwistte dat en stelde primair dat zijn voet op 28 juni volledig was genezen en subsidiair dat eventuele restklachten van het eerste ongeval niet de oorzaak zijn geweest van het ongeval op 28 juni. Meer subsidiair voerde de werkgever nog aan dat toerekening van het tweede ongeval niet redelijk zou zijn gezien de aard van de schade en het ver verwijderde causaal verband.

## Rechtsoverwegingen

De centrale vraag in het arrest is of de werkgever aansprakelijk is voor het tweede ongeval. De Kantonrechter Eindhoven oordeelde in zijn eerste tussenvonnis<sup>4</sup> dat de werkgever niet aansprakelijk is voor het tweede ongeval. De stellingen van de werknemer zijn niet voldoende om te concluderen dat het knieletsel van het tweede ongeval het gevolg is van het voetletsel van het eerste ongeval. Vervolgens vindt tussentijds hoger beroep plaats en oordeelt het hof dat de werknemer bewijs dient te leveren van zijn stellingen ten aanzien van het causaal verband. De kantonrechter draagt de werknemer vervolgens op om bewijs te leveren van de volgende stellingen<sup>5</sup>:

"4.6.1. (...)

- dat het letsel aan zijn voet op 28 juni 2006 nog niet volledig was genezen;*
- dat [geïntimeerde] als gevolg van dat letsel zijn voet nog niet optimaal kon gebruiken;*
- dat [geïntimeerde] daardoor is gestruikeld over een deurmat en*
- dat [geïntimeerde] daarbij ernstig knieletsel heeft opgelopen."*

Werknemer leverde dit bewijs en in het tweede tussenvonnis gaf de kantonrechter alsnog de gevraagde verklaring voor recht.

De werkgever ging in hoger beroep, waar het Hof 's-Hertogenbosch anders oordeelde dan de kantonrechter. Het hof ging wel uit van dezelfde feiten als de kantonrechter en hield rekening met de factoren dat het ging om letsel en om schuldaansprakelijkheid ex art. 7:658 BW. Toch kwam het hof tot het oordeel dat het ongeval op 28 juni 2006 niet aan de werkgever kon worden toegerekend. Hierbij haalde het hof drie factoren aan:

"4.9.3. (...)

- Het knieletsel (veroorzaakt door die val) staat in zeer ver verwijderd verband tot het oorspronkelijk letsel aan de voet ten gevolge van het bedrijfsongeval en vloeit niet voort uit een (noodzaak tot) behandeling van dat laatste letsel. In die zin is de latere schade aan de knie niet als kenmerkend gevolg te beschouwen van het betreffende bedrijfsongeval.*
- Het letsel veroorzaakt door het bedrijfsongeval noopte [eiser] niet zich te bedienen van hulpmiddelen, die een zeker risico in zich dragen, waar hij geen invloed op heeft (zoals een ambulance, rolstoel, krukken etc.) waarbij hij zich voor hulp (al dan niet medisch) op anderen dient te verlaten. Het nadere letsel is in ieder geval niet door een dergelijke omstandigheid veroorzaakt. [Eiser] kon immers gewoon lopen en was 'uitbehandeld'.*
- [Eiser] kon zelf invloed uitoefenen op de inrichting van zijn thuissituatie en was met die situatie ook bekend. Bovendien is de aanwezigheid van een inloopmat bij de*

> voordeur zodanig gewoon te achten dat deze geen aanleiding geeft te moeten veronderstellen dat hiermee een potentieel gevaarlijke maar niettemin voor [eiser] onvermijdbare situatie in het leven wordt geroepen. Enige voorzienbaarheid dat een dergelijk ongeval kan plaats vinden ligt niet voor de hand anders dan de hiervoor onder rov. 4.9.2. ervaringsregel dat een in zijn lopen lichamenigszins gehinderde voetganger een grotere kans op een val zal maken dan een volledig gezond persoon. Een redelijkerwijs te verwachten of voorzienbaar gevolg ligt daarin echter niet besloten. (...)

Het hof vernietigt derhalve het eindvonnis van de kantonrechter. De werknemer gaat in cassatie tegen het arrest van het hof. In cassatie gaat de Hoge Raad niet mee met het hof en oordeelt dat bij beantwoording van de vraag of de werkgever aansprakelijk is voor het tweede ongeval alle omstandigheden van het geval ex art. 6:98 BW moeten worden meegenomen. De Hoge Raad gaat in op de factoren A en B, die het hof zwaar liet wegen om geen toerekening aan te nemen. Ten aanzien van factor A heeft het hof aangenomen dat de werknemer nog restklachten had van het eerste ongeval. Daarnaast heeft het hof ook aannemelijk geacht dat iemand die in zijn lopen wordt gehinderd bij een oneffen looppad eerder onderuit zal gaan dan iemand met gezonde benen en dat mag worden aangenomen dat het letsel en de pijn aan de rechtervoet van de werknemer door het rijden op de heftruck minst genomen mede hebben bijgedragen tot zijn struikelpartij. Wat betreft factor B is volgens de Hoge Raad onbegrijpelijk dat het hof ervan uit ging dat de werknemer “gewoon” kon lopen en was “uitbehandeld”, terwijl onder andere was aangenomen dat de werknemer nog restklachten had. Het is daarom onbegrijpelijk om aan te nemen dat het knieletsel in zeer ver verwijderd verband staat tot het oorspronkelijke letsel van het bedrijfsongeval. Derhalve vernietigt de Hoge Raad de uitspraak van het hof en verwijst de zaak terug naar het Hof Arnhem-Leeuwarden.

## Bespreking

### Het beslisschema van Hartlief

Naar aanleiding van het Deurmatarrest heeft Hartlief in het NJB<sup>6</sup> een stuk gewijd aan de volgens hem gedateerde ‘deelregels’ van Brunner en geeft tegelijkertijd een update van de regels door een eigen beslisschema te introduceren. Brunner heeft zijn deelregels in 1981 geïntroduceerd naar aanleiding van rechtspraak. Ze luiden als volgt<sup>7</sup>:

1. *“Naarmate het gevolg naar ervaringsregels waarschijnlijker is, is toerekening eerder gerechtvaardigd;*
2. *Naarmate het gevolg minder verwijderd is van de onrechtmatige daad, is toerekening eerder gerechtvaardigd;*
3. *Bij schending van verkeers- en veiligheidsnormen die met het oog op de voorkoming van ongevallen zijn opgesteld, is een ruime toerekening van dood- en letselschade gerechtvaardigd;*
4. *Naarmate de schuld aan het schadeveroorzakend gebeuren groter is, is een ruimere toerekening gerechtvaardigd;*
5. *Schade door dood of verwonding wordt eerder toegerekend dan zaakschade, zaakschade eerder dan*

*schade die bestaat in extra kosten en uitgaven en schade door vermogensverlies eerder dan derving van winst;*

6. *Bij schade toegebracht tijdens bedrijfsuitoefening is toerekening wellicht eerder gerechtvaardigd dan wanneer de aansprakelijke persoon een beroepsbeoefenaar of een particulier is.”*

Deze deelregels worden al decennia lang in de rechtspraak gebruikt om de toerekening naar redelijkheid te bepalen. In het Deurmatarrest is dit niet anders. Voor Hartlief aanleiding een eigen beslisschema te introduceren dat ook kan worden afgeleid uit de rechtspraak na 1981. Hij formuleert het als volgt:

- I. *“Is het gevolg normaal, typisch, in de lijn der verwachtingen liggend? Zo ja, dan vindt toerekening plaats;*
- II. *Is het gevolg abnormaal of buiten de lijn der verwachtingen liggend (denk aan gevolgen van geestelijke of lichamelijke kwetsbaarheid, medische fout bij behandeling van het primaire letsel, tweede ongeval) dan vraagt toerekening om een nadere rechtvaardiging;*
- III. *Deze kan gevonden worden in de aard van de aansprakelijkheid (schending van verkeers- of veiligheidsnorm, risicoaansprakelijkheid met ruime beschermende strekking), de aard van de schade (letselschade bijvoorbeeld), een hoge mate van schuld of een combinatie van dergelijke factoren.”*

Het is jammer dat Hartlief geen toelichting geeft op zijn beslisschema en waarom volgens hem zijn schema anders is dan de ‘deelregels’ van Brunner. Op het eerste gezicht is het beslisschema van Hartlief niet veel anders dan de ‘deelregels’ van Brunner. Waar Brunner de meeste factoren apart benoemt, heeft Hartlief ze onderverdeeld in een ‘stappenplan’. Hierdoor is het schema meer gecompri-meerd en overzichtelijk. Deelregels 1 en 2 van Brunner kunnen worden teruggevonden in de eerste stap van het beslisschema van Hartlief of een gevolg normaal en in de lijn der verwachtingen ligt. Wel is die eerste stap van het beslisschema strikter; als ja wordt geantwoord op de vraag, vindt toerekening plaats en is het stappenplan klaar. Brunner geeft in zijn deelregels aan dat toerekening dan eerder gerechtvaardigd is, maar dat er van kán worden afgeweken. Wordt op de eerste vraag nee geantwoord, dan komt de tweede vraag aan de orde die met ja moet worden beantwoord. Deelregels 3, 4 en 5 van Brunner kunnen worden teruggevonden in de derde stap van het beslisschema over de nadere rechtvaardiging. Deelregel 6 wordt niet specifiek genoemd, maar Hartlief geeft ruimte (zij het niet heel duidelijk) om ook andere factoren mee te laten wegen. Het beslisschema kan dus duidelijkere handvatten geven voor het beoordelen van de toerekening naar redelijkheid.

In het Deurmatarrest was sprake van letselschade en van schending van een veiligheidsnorm ex art. 7:658 BW. Toch concludeerde het hof dat er geen sprake was van ruime toerekening. Als het beslisschema wordt toegepast op het Deurmatarrest, geeft Hartlief aan dat het knieletsel als opmerkelijk ongevalsgevolg gezien moet worden. Dit

betekent dat de eerste vraag uit zijn beslisschema met nee wordt beantwoord en de tweede vraag met ja. Vervolgens moet in de derde stap bekeken worden of er een nadere rechtvaardiging voor de toerekening aanwezig is. Volgens Hartlief is deze er wel, nu sprake is van schending van een veiligheidsnorm en daarbij letselschade is opgetreden. Aan de hand van zijn beslisschema moet in het Deurmatarrest een ruime toerekening worden aangenomen. De deelregels van Brunner geven meer ruimte om verschillende kanten op te redeneren dan het beslisschema van Hartlief. Het Hof 's-Hertogenbosch in het Deurmatarrest is daar een mooi voorbeeld van, die als het ware 'speelt' met de verschillende factoren en daarmee niet tot ruime toerekening komt. A-G Spier denkt dat het hof de werkgever niet voor deze schade wilde laten opdraaien en daarom heeft toegewerkt naar afwijzing van de toerekening<sup>8</sup>. Zelf gaat A-G Spier wel uit van schending van een verkeers- of veiligheidsnorm, namelijk art. 7:658 BW en ziet daarin reden voor ruime toerekening<sup>9</sup>. Hieronder zal ik kort een casus uiteenzetten die weergeeft hoe het beslisschema op toekomstige rechtspraak kan worden toegepast<sup>10</sup>.

### Invloed op toekomstige rechtspraak: een casus

X heeft op 5 maart 2008 een aanrijding met Y, die met zijn auto te hard reed en tegen de auto van X botste. De WAM-verzekeraar van Y erkent aansprakelijkheid. Als gevolg van dit ongeval loopt X een hersenschudding, een gebroken rechterarm en allerlei kleine verwondingen op. In het ziekenhuis worden röntgenfoto's gemaakt, krijgt X gips om zijn rechterarm en wordt hij naar huis gestuurd. Na een maand komt hij terug voor controle in het ziekenhuis, waar de arts kort naar zijn arm kijkt en aangeeft dat de arm er goed uitziet. Er wordt geen nieuwe foto meer gemaakt. De weken daarna heeft X nog steeds pijn aan zijn arm. Terug in het ziekenhuis blijkt dat de breuk toch niet goed is genezen en hierdoor complicaties zijn opgetreden in een zenuw van zijn onderarm. Hoogstwaarschijnlijk zal X hierdoor blijvende schade aan zijn arm overhouden. X stelt zowel het ziekenhuis als Y aansprakelijk voor de blijvende schade. Volgens hem heeft het ziekenhuis een medische fout gemaakt door tijdens de controle geen foto's meer te maken. Was dat wel gedaan, dan was eerder geconstateerd dat de breuk niet goed was genezen en had eerder ingegrepen kunnen worden. De rechtbank concludeert dat sprake is van een medische fout.

Vervolgens is de vraag of Y ook aansprakelijk kan worden gehouden voor het blijvend armletsel door de medische fout. Er dient allereerst sprake te zijn van csqn-verband. Medisch ingrijpen bij X was noodzakelijk, omdat Y hem in de eerste plaats letsel heeft toegebracht. Er is dus voldaan aan het csqn-verband. Daarna moet beoordeeld worden of het blijvend armletsel ook aan Y kan worden toegerekend. Als we kijken naar het beslisschema van Hartlief, is de eerste vraag of het gevolg, namelijk het blijvend armletsel, als normaal, typisch en in de lijn der verwachtingen liggend is. Het oplopen van blijvend armletsel door een 'gewone' armbreuk kan niet worden gezien als normaal en typisch. Meestal geneest een armbreuk goed. De eerste vraag wordt

daarom met nee beantwoord en de tweede vraag met ja, namelijk dat het gevolg abnormaal of buiten de lijn der verwachtingen ligt. In principe is er dan geen sprake van toerekening van het blijvend armletsel aan Y, tenzij er een nadere rechtvaardiging is. Deze kan worden gevonden in de aard van de schade, namelijk letselschade en in de schending van een verkeersnorm door Y, namelijk te hard rijden. Deze factoren zullen ertoe leiden dat ruim wordt toegerekend.

### Conclusie

Het beslisschema van Hartlief geeft op het eerste oog een strakker beoordelingspad voor ruimere toerekening. Daarbij spelen met name de factoren schending van een verkeers- of veiligheidsnorm en de aanwezigheid van letsel een grote rol. In veel arresten waar discussie over causaal verband speelt, komen deze factoren voor en is ruime toerekening meestal aangewezen. Het beslisschema zal daarom in zulke zaken in de toekomst zijn toegevoegde waarde bewijzen en de 'speelruimte' voor rechtbanken en hoven ten aanzien van de verschillende factoren verminderen. In zaken waar andere factoren zoals winstderving een prominentere rol kunnen spelen, kan ik me voorstellen dat de 'deelregels' van Brunner ook nog steeds graag gebruikt worden en verwacht daarom niet dat zijn deelregels snel overboord worden gegooid. De frequentie van het gebruik zal waarschijnlijk wél afnemen in zaken waar letsel of schending van verkeers- of veiligheidsnormen een rol spelen.

Dankzij het Deurmatarrest komt de redelijke toerekening ex art. 6:98 BW opnieuw in de belangstelling en meer in het bijzonder de 'deelregels' van Brunner. Terwijl dit voor Hartlief aanleiding is in te gaan op de volgens hem 'gedateerde deelregels' en zijn eigen beslisschema te introduceren, is dat voor mij aanleiding het beslisschema van Hartlief en de redelijke toerekening ex art. 6:98 BW onder de aandacht te brengen. De laatste jaren was in het kader van *conditio sine qua non* verband vooral de proportionele aansprakelijkheid populair. Nu is de redelijke toerekening weer aan de beurt. Het is daarom tijd voor een herziening en hopelijk vindt de rechtspraak dat ook.

<sup>1</sup> HR 3 oktober 2014, HR:2014:2895 | 13/04551.

<sup>2</sup> C.J.H. Brunner, 'Causaliteit en toerekening van schade, VR 1981, p. 210 e.v. en p. 233 e.v.

<sup>3</sup> HR 3 oktober 2014, HR:2014:2895 | 13/04551.

<sup>4</sup> Niet gepubliceerd, maar aangehaald in Hof Den Bosch 18 juni 2013, GHSHE:2013:2629.

<sup>5</sup> Zie voorgaande eindnoot.

<sup>6</sup> T. Hartlief, 'Een vak apart', *NJB* 2014, 2108, afl. 41, p. 2917.

<sup>7</sup> C.J.H. Brunner, 'Causaliteit en toerekening van schade, VR 1981, p. 210 e.v. en p. 233 e.v.

<sup>8</sup> HR 3 oktober 2014, HR:2014:704, r.o. 5.2.

<sup>9</sup> HR 3 oktober 2014, r.o. 5.9.1

<sup>10</sup> Geïnspireerd door Hof Den Bosch 19 november 2013, GHSHE:2013:5457; nota bene hetzelfde hof in het Deurmatarrest.

# Hoe zit het ook alweer met ...

## het Eendjesarrest? – Elise Diemer

Mevrouw mr. E. Diemer, behandelaar personenschade, a.s.r.  
Verzekeringen

**Wanneer een kopstaartbotsing plaatsvindt waarbij men van mening is dat dit te wijten is aan het remmen van de voorste auto, denken veel mensen meteen aan het ‘Eendjesarrest’. Maar hoe zat het ook alweer met dit arrest?**

Op 7 januari 1994 reed A met 80 km/u over provinciale weg tussen Bergambacht en Gouda. Terwijl hij daar reed, zag hij dat een eend vanaf de andere weghelft zijn weghelft op kwam waggelen. A remde voor de eend. Hierdoor botste de achteropkomende B op de auto van A.

A stelde de WAM verzekeraar van partij (Stad Rotterdam) aansprakelijk. A stelde dat B onvoldoende afstand zou hebben gehouden. De WAM verzekeraar van partij B erkende geen aansprakelijkheid. (Let op: B heeft op het schadeformulier aangegeven dat hij onvoldoende afstand had gehouden). De zaak belandde uiteindelijk voor de rechter.

Rechtbank Den Haag wees de vordering van A af: *“A heeft door zijn handelswijze een plotseling en onverwacht gevaar in het leven geroepen, waarop B redelijkerwijs niet meer tijdig kon reageren.”*

A ging tegen deze uitspraak in hoger beroep.

Hof Den Haag gaf aan: *“Er zijn onvoldoende vaststaande gegevens om op basis daarvan de lezing van partij A ongelofwaardig te achten. Voor een verantwoorde beoordeling is bewijslevering vereist. Vaststaat dat partij B zijn auto niet tijdig tot stilstand heeft gebracht. Een redelijke bewijslastverdeling brengt mee dat partij B de door haar gestelde toedracht bewijst”.*

De WAM verzekeraar van B ging tegen deze uitspraak in cassatie.

De Hoge Raad vernietigde de uitspraak van het hof, omdat deze onvoldoende was gemotiveerd. Uitgangspunt was volgens de Hoge Raad art. 177 Rv (tegenwoordig 150 Rv): *“wie zich beroept op rechtsgevolgen van bepaalde feiten, draagt de bewijslast van die feiten.”* De Hoge Raad geeft aan: *“Mocht het Hof hebben geoordeeld dat deze hoofdregel in dit geval niet tot uitgangspunt moet worden genomen, dan is het Hof van een onjuiste rechtsopvatting uitgegaan. Indien het Hof wel van deze hoofdregel is uitgegaan doch van oordeel is geweest dat in dit geval een uitzondering op deze hoofdregel moet worden aanvaard, dan heeft het zijn beslissing niet naar de eis der wet met redenen omkleed.”* De Hoge Raad vernietigde het arrest van het hof en verwijst het geding naar het Hof Amsterdam

Hof Amsterdam overweegt in 2006: *“het is van algemene bekendheid dat – met name op provinciale wegen – een evenement als dit zich kan voordoen en dat dit niet zodanig uitzonderlijk is dat A en B daar bij hun rijgedrag geen rekening mee behoeft te houden. Het bewijs dat A kort voor de botsing zeer plotseling en onnodig krachtig heeft geremd, wordt niet geleverd.*

De verzekeraar van B moet de schade vergoeden.

Na 17 jaar is er eindelijk duidelijkheid: B was in deze situatie aansprakelijk voor het ontstaan van de aanrijding.

Op basis van het Eendjesarrest kunnen twee belangrijke conclusies worden getrokken:

1. Uitgangspunt is art. 150 Rv. Kortgezegd: *“de partij die stelt (zich beroept op rechtsgevolgen), moet bewijzen”*; en
2. De omstandigheden van het geval zijn cruciaal!

Voor de relevante jurisprudentie, zie [www.stichtingpiv.nl](http://www.stichtingpiv.nl), zoekopdracht ‘Eendjesarrest’.

# 1MA gaat in 2015 voor schaalvergroting

Mevrouw drs. K. Seinhorst  
Bureau 1Medisch adviseur

Dé stakeholders op het gebied van letselschade waren op vrijdag 23 januari 2015 in Den Haag bij elkaar om hun visie over de werkwijze met één partijneutraal medisch adviseur te laten horen. Gezamenlijk werd de conclusie getrokken dat 2015 het jaar is om aan schaalvergroting te werken en daarmee het concept één medisch adviseur (1MA) uit de pilotfase te halen naar 1MA 2.0.

Op uitnodiging van Bureau 1Medisch Adviseur waren het PIV, De Letselschade Raad, het Verbond van Verzekeraars, Slachtofferhulp Nederland, Europrotector en Hiil, elk met een prominente afvaardiging aanwezig. Deze groep bij elkaar op een willekeurige vrijdagochtend was zowel inspirerend als enthousiasmerend! De werkwijze met één partijneutraal medisch adviseur in letselschadezaken werd in beeld gebracht, daarbij ingezoomd op hoe Bureau 1Medisch Adviseur dit in de praktijk heeft vormgegeven. Het gesprek kwam voortvarend op gang: voordelen, maar ook mogelijke kwetsbaarheden kwamen aan bod. Partijneutraliteit moet geborgd zijn in een gemeenschappelijk opdrachtgeverschap, in online informatiedeling en een kwaliteitsregister. De richtlijnen van het Keurmerk Letselschade zouden opnieuw geagendeerd kunnen worden. De werkwijze als keuzemodel. Zo maar een greep uit wat ter tafel kwam. Geconcludeerd werd dat er behoefte



*Partijneutraal medisch adviesbureau*

bestaat aan doorgroei van het concept 1MA, dat het innovatieklimaat er is en ook dat er voldoende mogelijkheden zijn voor kwaliteitsborging.

Hoewel de effecten van de werkwijze met 1MA nog nader wetenschappelijk onderzocht worden, werd vastgesteld dat het plausibel is om nu al voor deze richting te kiezen. Blijft de schaalvergroting over. Hoe starten we de brede dialoog over dit onderwerp en wie leidt dit in goede banen? Welke randvoorwaarden gelden bij verdere invoering? Welke rol kun je hierbij zelf spelen? Met andere woorden: welke coalitiepartijen zetten hun schouders onder 1MA 2.0? Vragen waarmee we de komende tijd aan slag gaan en die we zeker weer met elkaar zullen doorspreken. Interesse om de volgende keer ook mee te praten, laat het ons weten ([info@1medischadviseur.nl](mailto:info@1medischadviseur.nl))!

# Personenschade leergang Middelzwaar letsel bij OSR Juridische Opleidingen!



Je personenschadezaken nog efficiënter en optimaler regelen én je praktijk naar een hoger niveau tillen? Sinds 2006 hebben ruim tweehonderd professionals personenschade het programma met succes afgerond.

In september 2015 gaat de leergang voor de 12e keer van start. Als jij je inschrijft voor 1 april 2015, ontvang je € 650,00 korting.

## Rendement

Na het volgen van deze leergang beschik je niet alleen over de noodzakelijke kennis en vaardigheden om zaken efficiënter af te handelen, maar is ook jouw persoonlijke effectiviteit vergroot. Je bent in staat de letselschadezaak af te handelen met behoud van een goede relatie met de betrokken partijen en conform de Gedragscode Behandeling Letselschade.

## Kenmerken

- start september 2015
- praktijk- en competentiegericht
- bevordering vakbekwaamheid
- ontmoeten en ervaringen uitwisselen

## Deelnemen? Vragen? Advies?

Kijk voor meer informatie op [osr.nl/personenschade](http://osr.nl/personenschade), bel (030) 2315314, of mail ons.

We helpen je graag!

Mr. Elke Vroemen, Senior Consultant Juridische Opleidingen | [vroemen@osr.nl](mailto:vroemen@osr.nl)  
Tobias van Herwaarden.



Het PIV-Bulletin is een regelmatig verschijnende uitgave van de Stichting Personenschade Instituut van Verzekeraars.

Niets uit deze uitgave mag worden overgenomen zonder uitdrukkelijke toestemming van de redactie.

Redactiesecretaris

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

Postbus 93450

2509 AL Den Haag

Telefoon: 070 333 88 73

Telefax: 070 333 88 33

e-mail: [j.polman@verzekeraars.nl](mailto:j.polman@verzekeraars.nl)

Website: [www.stichtingpiv.nl](http://www.stichtingpiv.nl)

M.m.v. drs. P. (Peter) J.M. van Steen, tekstschrijver en John Körver, cartoonist

Creatie : Elan Strategie & Creatie, Rijswijk

Realisatie : Quantas, Rijswijk