

Pagina 1
Eigen schuld en
werkgeversaansprakelijkheid

Pagina 4
Inzage in patiëntenkaart

Pagina 8
Juridische causaliteit klachten en
ongeval

Pagina 12
16e LSA-symposion

Pagina 16
Agenda

Jaargang 8, februari 2005



Eigen schuld en werkgeversaansprakelijkheid

Inleiding

Tot voor kort leek aansprakelijkheid min of meer gegeven als een werknemer in werktijd een ongeval overkwam, omdat de aansprakelijkheid van de werkgever zo ver ging, dat soms sprake leek van een risicoaansprakelijkheid. Daar is verandering in gekomen door de bekende arresten Laudy/Fair Play, Dusarduyn/Du Puy, Peters/Hofkens en Oost/Brands Bouwgroep - Resp. HR 4 oktober 2002, JAR 2002, 259, HR 16 mei 2003, JAR 2003, 147, HR 12 september 2003, JAR 2003, 242 en HR 9 juli 2004, JAR 2004, 190. In deze arresten wordt meer de nadruk gelegd op de 'eigen schuld' en eigen verantwoordelijkheid van de werknemer. Van werknemers mag worden verwacht dat zij met gezond verstand handelen en risico's zoveel mogelijk vermijden. Hoewel de balans in verantwoordelijkheid voor veiligheid op de werkplek tussen werkgever en werknemer door deze uitspraken meer in evenwicht is gebracht, doen de arresten soms wat gekunsteld aan en zijn in de uitkomst onbevredigend. Met name het feit dat dakdekker Dusarduyn 'niets' kreeg heeft de nodige kritiek ontvangen. De vraag rijst of het niet beter zou zijn om in art. 7:658 BW de 'gewone' eigen schuldregel van art. 6:101 BW op te nemen in plaats van het huidige criterium van 'opzet of bewuste roekeloosheid'. Daardoor zou het huidige 'alles of niets'-systeem worden opgeheven en zouden de uitspraken van rechters winnen aan realiteitszin en draagvlak.

Mr. H. Lebbing
Houthoff Buruma
Advocaten Amsterdam



Eigen schuld bestaat niet

Sinds art. 7:658 BW op 1 april 1997 in werking is getreden is nog slechts sprake van eigen schuld van de werknemer in geval van opzet of bewuste roekeloosheid. De arresten Pollemans/Hoondert en Van der Wiel/Philips - resp. HR 20 september 1996, NJ 1997, 198 en HR 11 september 1998, NJ 1998, 870 - hebben ervoor gezorgd dat er nog slechts een zeer beperkte rol is weggelegd voor het eigen schuld verweer van de werkgever die door zijn werknemer wordt aangesproken op basis van art. 7:658 BW. "Deze rol is zo eng", zegt Stein in zijn noot onder het arrest Pollemans, "dat men zich er nauwelijks enige betekenis van kan voorstellen."

Het komt erop neer dat hardleersheid en ongehoorzaamheid de werknemer niet worden aangerekend als hij zich niet onmiddellijk voorafgaand aan het ongeval van het roekeloos karakter van zijn gedraging bewust was. Deze uitleg van de Hoge Raad van het criterium opzet of bewuste roekeloosheid is niet erg realistisch en leidt er in feite toe dat een werkgever, die met een dergelijke werknemer geconfronteerd wordt, direct over dient te gaan tot schorsing of ontslag als die werknemer een waarschuwing of instructie niet zou opvolgen.

Eigen schuld verweer komt daarom zelden voor en wordt slechts in uitzonderlijke gevallen door lagere rechters gehonoreerd. Zo vond de kantonrechter te Harderwijk het meeliften op een vorkheftruck bewust roekeloos - Ktg. 11 november 1998, rolrn. 313/98, zaaknr. 74406, ongepubliceerd.

Datzelfde oordeel velde de kantonrechter te Amsterdam over het gehaast lopen over een vloer onder constructie, waar de werknemer al twee keer eerder langs was gelopen - Ktg. Amsterdam 6 april 2001, rolrn. CV 00-9124, ongepubliceerd.

Meer recent vond de kantonrechter te Leeuwarden het werken aan een papierpers zonder vooraf de stroomvoorziening uit te schakelen bewust roekeloos - Ktg. Leeuwarden 18 maart 2003, LJN-Nr. AF 6126.

Tenslotte besliste de Kantonrechter Rotterdam dat een sociotherapeut bewust roekeloos handelde door een pupil corrigerend toe te spreken zonder het balspel, dat op dat moment plaatsvond, stil te leggen en niet op de bal te letten - Ktg. 25 augustus 2004, JAR 2004, 253.

Voor genoemde kantonrechters negeren in hun vonnissen de uitleg die de Hoge Raad aan het criterium bewuste roekeloosheid heeft gegeven en het ligt voor de hand dat deze vonnissen op dit specifieke onderdeel, zo daartegen geappelleerd zou zijn, geen stand houden.

Gewone eigen schuld conform art. 6:101 BW

Het eigen schuldregime van art. 7:658 BW ligt ver af van het redelijkheids- en billijkheidsregime van de 'normale' eigen schuld regeling van art. 6:101 BW. De werkgever moet de volledige schade ('alles') van de werknemer betalen, als sprake is van een lichtere vorm van eigen schuld dan opzet of bewuste roekeloosheid. Is echter sprake van opzet of bewuste roekeloosheid, dan hoeft de werkgever niets te betalen.

In het kader van art. 6:101 BW spelen lichtere vormen van eigen schuld wel een rol. In dat regime vindt een afweging van wederzijdse causaliteit plaats en wordt de schade verdeeld naar de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen.

Een aantal kantonrechters, en recentelijk ook een tweetal gerechtshoven, paste dit artikel toe in procedures waarin

rokende werknemers longkanker hadden opgelopen en daarvoor hun werkgevers aansprakelijk stelden, omdat die hun met asbest hadden laten werken. De rechters namen aan dat asbestvezels en tabaksrook beide als oorzaak van de longkanker vielen aan te merken. Nu een deel van de oorzaak derhalve buiten het werk lag, hoefden de werkgevers slechts een deel van de schade van de werknemers te betalen.

De eerste kantonrechter die de schade op deze manier naar evenredigheid verdeelde was de kantonrechter te Middelburg in de zaak Schaier/De Schelde - Ktg. Middelburg 1 februari 1999, NJ Kort 1999, 35.

Daarna volgden de Kantonrechters Eindhoven, Schiedam en Amsterdam - Resp. JAR 2003, 286; JAR 2004, 9; en JAR 2004, 18 - en de Gerechtshoven Amsterdam en Arnhem - Resp. JAR 2004, 96 en JAR 2004, 185.

Ook de Kantonrechter Alkmaar achtte een werkgever in een OPS zaak slechts voor 50 % van de schade van een werknemer aansprakelijk, omdat het organisch psychosyndroom (OPS) mede was ontstaan doordat de werknemer in het weekend optredende hoofdpijn structureel bestreed door methyleenchloride te snuiven - Ktg.

Alkmaar 10 december 2003, LJN-Nr. AR 2457.

Geen van de rechters heeft onderbouwd waarom in deze situaties niet het 'alles of niets' eigen schuld regime van art. 7:658 BW van toepassing was en zij art. 6:101 BW als grondslag voor proportionele schadevergoeding bij werkgeversaansprakelijkheid hebben gekozen. Dat is jammer, maar de gekozen benadering verdient - en krijgt - bijval.

Schrappen opzet of bewuste roekeloosheid

Bij de wetgever bestaat de vrees dat toepassing van het gewone eigen schuld regime van art. 6:101 BW in zaken van werkgeversaansprakelijkheid zal leiden tot uitholling van veiligheidsmaatregelen op de werkvloer. Die maatregelen moeten zo strikt mogelijk worden gehandhaafd, omdat ze zijn gegeven met het oog op het ervaringsfeit dat het dagelijks verkeren in een bepaalde werksituatie tot verminderde voorzichtigheid leidt. De werknemer moet als het ware tegen zichzelf worden beschermd.

Gelet op de hiervoor aangehaalde rechtspraak wordt de eigen schuld regel van art. 6:101 BW al toegepast, indien de schade van een werknemer mede in de privé-sfeer is ontstaan - Zie hierover ook Lindenbergh in 'Arbeidsongevallen en beroepsziekten', p. 63.

Door de opkomst van psychische, niet medisch objectieerbare en multifactoriële aandoeningen - zoals *burn-out*, myalgische encephalomyelitis (ME) ofwel chronische vermoeidheidssyndroom (MGS), *repetitive strain injury* (RSI), aandoeningen bovenste buitenste extremiteiten (ABBE) en *complaints arms, neck and shoulders* (CANS) - waarvoor de oorzaken vaak mede in de privé-sfeer liggen, ➤

vervolg van pagina 2

acht ik het reëel dat de schade die niet door het werk is ontstaan voor rekening van de werknemer zelf blijft. Daaraan staat art. 7:658 lid 2 BW niet in de weg.

Nu de Hoge Raad bovendien van oordeel is dat een werkgever een werknemer niet tegen elke mogelijke val kan beschermen en van een werknemer mag worden verwacht dat hij een zekere voorzichtigheid in acht neemt voor alledaagse situaties binnen het werk, meen ik dat ook schade die de werknemer door zijn eigen schuld binnen het werk veroorzaakt voor zijn rekening dient te komen. Alleen op die manier zal er een einde komen aan de stroom van rechtspraak over werkgeversaansprakelijkheid met een onbevredigende uitkomst.

Met het eigen schuld artikel van 6:101 BW zouden dakdekker Pollemans en postbesteller Baas in het arrest PTT Post/Baas - HR 19 oktober 2001, JAR 2001, 218 - niet 'alles' hebben gekregen en de ongelukkige dakdekker Dusarduyn en de uitgegleden vrachtwagenchauffeur Oost niet 'niets'. Grensgevallen zouden dan niet onbillijk - want op basis van 'alles of niets' - te hoeven worden beslist. Het meer dan voorheen benadrukken van de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer wordt door schrijvers positief gewaardeerd. Het is een ontwikkeling die past in de ideeën achter de Wet Verbetering Poortwachter en de Arbeidsomstandighedenwet 1998. De laatstgenoemde wet voorziet er ook in dat bedrijven - die de zorg voor een veilige werkomgeving niet serieus nemen - worden gestraft. De vrees van de wetgever, dat aan veiligheidsmaatregelen op de werkvloer door werkgevers minder aandacht zal worden besteed als er een minder streng eigen schuld regime in art. 7:658 BW zou worden opgenomen, is onterecht. Werkgevers besteden daar niet zoveel tijd, geld en energie aan, omdat zij zich bij een onverhoopt ongeval

van een werknemer niet kunnen disculperen. Werkgevers zijn gebaat bij goede veiligheidsopleidingen voor hun werknemers en zij nemen alle redelijke veiligheidsmaatregelen, omdat de zorg voor eigen werknemers vanuit moreel en bedrijfseconomisch perspectief op hen rust. Een werkgever die zich aan deze verantwoordelijkheid onttrekt door onvoldoende zorg aan de in zijn bedrijf heersende veiligheid te besteden, zou daarvoor moeten worden beboet conform art. 34 van de Arbeidsomstandighedenwet 1998. Afhankelijk van de aard en ernst van de overtreding zou de boete (momenteel maximaal € 11.345) door de wetgever naar boven worden bijgesteld. Een hogere bestuurlijke boete sorteert meer effect dan het handhaven van het strenge eigen schuld regime van art. 7:658 BW. Deze bestuurlijke boete moet de werkgever immers zelf betalen; daarvoor is hij niet verzekerd, voor de - volledige - schadevergoeding aan een verongelukte werknemer wel.

Conclusie

Het is mijns inziens zuiverder om een realistischer eigen schuld criterium in art. 7:658 BW op te nemen dan het huidige criterium van opzet of bewuste roekeloosheid, zeker nu de daaraan door de Hoge Raad gegeven invulling een beroep op eigen schuld van de werknemer vrijwel onmogelijk maakt. Het 'gewone' regime van art. 6:101 BW zou ook bij werkgeversaansprakelijkheid moeten gelden. Alleen dan is de zorgplicht van de werkgever voor een veilige werkomgeving en veilige arbeidsomstandigheden werkelijk gelijk aan de zorgplicht van de werknemer om, al naar gelang opleiding en ervaring, zijn werk zo veilig mogelijk te verrichten.

Medische gegevens: Wat prevaleert, een eerlijk proces of het recht op privacy? Inzage in de patiëntenkaart

Vier uitspraken Rechtbank Amsterdam



Mevrouw mr. A. Ales
Fortis ASR - Stad Rotterdam

De discussie of al dan niet volledige inzage in de patiëntenkaart van de benadeelde moet worden gegeven en aan wie, is in tal van letselzaken een knelpunt. De benadeelde meent met een beroep op zijn privacy dat inzage niet kan worden verleend. De aansprakelijke verzekeraar daarentegen meent, dat voor een volledig beeld van de situatie voor en na ongeval inzage in de patiëntenkaart noodzakelijk is. Niet zelden wordt dan het oordeel van de rechter ingeroepen.

Mevrouw mr. M. H. Elferink heeft aan dit probleem in TVP 2003, 4 een uitgebreid artikel gewijd - "Inzage in de patiëntenkaart".

Zij concludeerde aan de hand van recente jurisprudentie dat de rechter er in de meeste gevallen voor kiest alleen de - door hem benoemde - deskundige inzage te verlenen in de patiëntenkaart. Elferink wierp daarbij terecht de vraag op of het processuele evenwicht tussen partijen in het kader van een eerlijk proces daardoor wel gewaarborgd was. Immers, de aansprakelijke partij wordt hiermee niet in de gelegenheid gebracht zelf de relevante medische gegevens te verifiëren.

Inmiddels heeft de Rechtbank Amsterdam een aantal uitspraken gedaan waarin dit probleem nader wordt beschouwd.

Beschikking Rechtbank Amsterdam 25 oktober 2004, H.04.0222/286868

Feiten

Ten gevolge van een aanrijding op 14 maart 1996 liep betrokkene als bestuurder van een motorfiets letsel op. De EHBO afdeling stelde nog dezelfde dag de diagnose "contusie nek/schouder spieren". Betrokkene stelde als gevolg van het ongeval een "post whiplash injury" dan wel een "whiplash like injury" te hebben opgelopen. Teneinde zijn rechtspositie te kunnen bepalen, diende hij bij de Rechtbank Amsterdam een verzoek in een voorlopig deskundigenbericht te bevelen.

De verzekeraar voerde geen verweer tegen het plaatsvinden van een medische expertise. Hij achtte het wel gerechtvaardigd dat zijn medisch adviseur voorafgaand aan de expertise in het bezit zou worden gesteld van de volledige patiëntenkaart. Tevens zou de deskundige, gezien de relevante voorgeschiedenis, dienen te beschikken over de volledige patiëntenkaart. Partijen verschilden van mening over de vraag of betrokkene de medische informatie uit de periode vóór het ongeval aan de medisch adviseur van de verzekeraar moest overleggen.

Rechtbank

De rechtbank maakt in haar beoordeling een afweging tussen enerzijds de processuele belangen van beide partijen beschermd door art. 6 EVRM (Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden) - kortweg het recht op een eerlijk proces - en anderzijds de individuele privacybelangen van betrokkene beschermd door art. 8 EVRM. De eventuele voorrang van het privacybelang van betrokkene mag er volgens de rechtbank niet toe leiden, dat de procedure niet meer zou voldoen aan de eisen van art. 6 EVRM. Bij de bepaling van de omvang van de schade zal in de regel relevant zijn of de schade van betrokkene ook zou zijn ingetreden zonder ongeval en, zo ja, in welke mate. *"Partijen dienen, nu zij blijkens deze procedure over de afwikkeling van de schade van mening verschillen, over en weer zoveel mogelijk in staat te worden gesteld de schade af te wikkelen* ➤

op een wijze die zich verdraagt met de eisen van art. 6 EVRM". De aansprakelijke verzekeraar kan zonder nadere informatie niet beoordelen of er medische informatie is over betrokkene uit de periode vóór het ongeval die relevant is voor de afwikkeling van de schade. Teneinde zich tegen de aanspraak van betrokkene te kunnen verweren op een wijze die partijen ten opzichte van elkaar zoveel mogelijk in een processueel gelijkwaardige positie doet verkeren, kan de verzekeraar aan art. 6 EVRM in beginsel het recht ontlenen dat zijn medisch adviseur kan kennisnemen van medische informatie omtrent betrokkene uit de periode vóór het ongeval. Zeker, nu verzekeraar voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat er sprake is van een relevante voorgeschiedenis die in beginsel van belang kan zijn bij de beoordeling van de schadeclaim op de verzekeraar.

Het recht op een eerlijk proces is echter niet absoluut en dient te worden afgezet tegen de privacybelangen. De enkele wens van betrokkene - zonder voldoende toelichting - geen medische gegevens uit de periode vóór het ongeval beschikbaar te hoeven stellen aan de medisch adviseur van de verzekeraar, is onvoldoende om aan dit belang in dit geval doorslaggevende betekenis toe te kennen. Het privacybelang van betrokkene moet onder deze omstandigheden wijken voor het belang van de verzekeraar dat hij zich door zijn eigen medisch adviseur behoort te kunnen doen voorlichten over de vraag of die gegevens potentiële relevantie hebben voor de vaststelling van de schade.

De rechtbank benadrukt dat de medisch adviseur van de verzekeraar wel een arts moet zijn - of een andere in art. 47 tweede lid van de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg vermelde hoedanigheid moet hebben - teneinde te waarborgen dat vertrouwelijk met de medische gegevens zal worden omgegaan.

De rechtbank komt tot de slotsom dat betrokkene zowel aan de deskundige als aan de medisch adviseur van de verzekeraar afschriften dient te verstrekken van de op hem betrekking hebbende medische informatie uit de periode vóór het ongeval. De rechtbank ziet overigens geen aanleiding de patiëntenkaart ook nog op voorhand - vóór het plaatsvinden van de medische expertise - ter beschikking te stellen aan de medisch adviseur van de verzekeraar.

Beschikking Rechtbank Amsterdam 1 november 2004, 284668/HA RK 04-126

Feiten

In deze zaak ging het om een voetgangster die op 8 april 2002 werd aangereden. Op de afdeling EHBO werd gonteerd dat zij pijn had aan haar rechterelleboog en linker-knie. Daarna had zij zich door diverse (para)medici en psychologen laten onderzoeken.

De aansprakelijke verzekeraar verzocht de rechtbank een

voorlopig deskundigenonderzoek te gelasten teneinde duidelijkheid te verkrijgen omtrent de bij betrokkene bestaande en gestelde beperkingen alsmede het door haar gestelde causale verband tussen het ontstaan van deze beperkingen en het ongeval. Na het onderhavige ongeval zou betrokkene nog twee andere aanrijdingen (met respectievelijk een boom en een fietser) hebben gehad. Bovendien achtte de verzekeraar het gewenst dat de medische stukken van voor het ongeval in de procedure werden ingebracht en aan zijn medisch adviseur werden verstrekt.

Betrokkene voerde verweer tegen het overleggen van de volledige patiëntenkaart met een beroep op haar privacy. Slechts die informatie die van dezelfde aard is als de na het ongeval ontwikkelde klachten zou aan de deskundige moeten worden verstrekt; dit om een *fishing expedition* te voorkomen.

Rechtbank

De rechtbank volgt de lijn uitgezet in haar eerdere beschikking van 25 oktober 2004. Nu partijen voor het ongeval geen rechtens relevante relatie met elkaar onderhielden, kan de verzekeraar zonder informatie van betrokkene niet beoordelen of er medische informatie is uit de periode voor het ongeval die relevant is voor de afwikkeling van de schade. Nu betrokkene zich beroept op privacy-schending, moet worden onderzocht of zij wordt beschermd door art. 8 EVRM tegen de aanspraak van verzekeraar op kennisneming van medische informatie omtrent betrokkene uit de periode vóór het ongeval. De rechtbank stelt dat de eventuele voorrang van het privacybelang van betrokkene er in ieder geval niet toe mag leiden dat de procedure niet meer zou voldoen aan de eisen van art. 6 EVRM.

"Indien in de procedure waarin het voorlopig deskundigenonderzoek tot stand komt partijen niet zoveel mogelijk in een processueel gelijkwaardige positie verkeren en in de gelegenheid geraken hun standpunt omtrent de schadevaststelling zoveel mogelijk gelijkwaardig te onderbouwen, wordt ernstig afbreuk gedaan aan de strekking van het voorlopig deskundigenonderzoek (...)"

Indien wordt volstaan met kennisneming door de te benoemen deskundige van de medische informatie omtrent betrokkene uit de periode vóór het ongeval, wordt onvoldoende recht gedaan aan de eis dat partijen zoveel mogelijk in een processueel gelijkwaardige positie verkeren en gelijkwaardig gelegenheid krijgen hun standpunt ter zake van de vaststelling van de schade te onderbouwen.

Het gebruik van de medische informatie voor de deskundige is dan immers slechts controleerbaar voor de medisch adviseur van betrokkene en niet door de medisch

vervolg van pagina 5

adviseur van de verzekeraar. Dat zou betekenen dat betrokkene bij de onderbouwing van haar standpunt met betrekking tot de schadevaststelling in een betere informatiepositie verkeert dan de verzekeraar.

Alleen indien zwaarwegende belangen van betrokkene dit eisen, kan de verzekeraar worden verplicht genoeg te nemen met kennisneming door de deskundige, aldus de rechtbank.

Ook hier acht de rechtbank de enkele wens van betrokkene, om geen medische gegevens uit de periode vóór het ongeval beschikbaar te hoeven stellen aan de medisch adviseur van verzekeraar, onvoldoende om aan het belang van privacybescherming doorslaggevende betekenis toe te kennen. De rechtbank concludeert dat zowel aan de deskundige als aan de medisch adviseur van de verzekeraar afschriften dienen te worden verstrekt omtrent de medische informatie uit de periode voor (en na) het ongeval.

Beschikking Rechtbank Amsterdam 2 november 2004, H.04.0238/287582

Feiten

In deze zaak liep een docente aardrijkskunde/natuurwetenschappen bij een verkeersongeval d.d. 18 juni 2002 schaafwonden aan elleboog en knie en een scheur van het achterhoofd van ongeveer acht cm op. Zij hervatte haar werkzaamheden gedeeltelijk, met een onderbreking van een jaar waarin zij volledig arbeidsongeschikt was, ruim een jaar na het ongeval. De verzekeringsgeneeskundige had in mei 2003 in een rapport genoteerd dat betrokkene reeds voor het ongeval had aangegeven dat zij zich in haar werk te zwaar belast voelde en mogelijk kon uitvallen. De verzekeraar van de aansprakelijke partij verzocht de rechtbank een voorlopig deskundigenonderzoek te gelasten teneinde duidelijkheid te verkrijgen of betrokkene, indien haar het ongeval niet was overkomen, in staat zou zijn geweest haar werkzaamheden vol te houden. Om te kunnen beoordelen welke van de huidige klachten ook voor het ongeval van 18 juni 2002 bestonden en of deze op enig moment ook zouden (zijn) ontstaan als het ongeval haar niet was overkomen, achtte de verzekeraar het noodzakelijk de volledige patiëntenkaart aan de deskundige ter beschikking te stellen en in het kader van een goede procesorde ook aan de medisch adviseur (van de verzekeraar).

Betrokkene gaf aan bezwaar te hebben tegen het overleggen van haar patiëntenkaart. Zij was wel bereid de deskundige te machtigen gerichte vragen aan de huisarts te stellen.

Rechtbank

Ook hier komt het bij de beantwoording van de vraag, welke opvatting van partijen ten aanzien van de patiëntenkaart de juiste is, volgens de rechtbank aan op een

belangenafweging tussen de processuele belangen van beide partijen die worden beschermd door art. 6 EVRM en de individuele privacybelangen van betrokkene die worden beschermd door art. 8 EVRM. In vrijwel gelijke bewoordingen als in de hierboven beschreven uitspraken komt de rechtbank tot de conclusie dat zowel aan de deskundige als aan de medisch adviseur van de verzekeraar afschriften van de medische informatie uit de periode vóór het ongeval dienen te worden verstrekt. Wederom acht de rechtbank de enkele wens van betrokkene, geen medische gegevens uit de periode voor het ongeval beschikbaar te stellen aan de medisch adviseur van de verzekeraar, onvoldoende om aan haar privacybelang doorslaggevende betekenis te geven.

Vonnis Rechtbank Amsterdam 1 december 2004, 253886/H.02.2551

Feiten

Een advocaatstagiaire overkwam op 8 mei 2000 een aanrijding. In het ziekenhuis stelde men nog dezelfde dag de diagnose "distorsie van de rug". Vermeld werd dat er geen neklachten waren. Betrokkene heeft zich na het ongeval arbeidsongeschikt gemeld en na een korte werkhervatting op therapeutische basis heeft zij zich op 9 oktober 2000 opnieuw volledig arbeidsongeschikt gemeld. Zij hervatte haar werk niet meer. Voor het ongeval was bij betrokkene de diagnose dystrofie van het linker onderbeen na een arthroscopie in 1994 gesteld. Sedert 1997 was zij voor een groot deel rolstoel afhankelijk en gedeeltelijk arbeidsongeschikt.

De verzekeraar vorderde een verklaring voor recht dat betrokkene gehouden is medewerking te verlenen aan de verkrijging van medische informatie van vóór het ongeval, nu er op basis van de toen bekende gegevens niet van kon worden uitgegaan dat alle door betrokkene gestelde gezondheidsklachten aan het ongeval konden worden toegerekend. Informatie over het medisch verleden was onontbeerlijk bij de vergelijking tussen de situatie voor en na ongeval. Het was in deze zaak duidelijk, aldus de verzekeraar, dat er een potentieel relevante voorgeschiedenis is. Betrokkene voerde tegen inzage in haar volledige medisch dossier aan dat dit haar privacy zou schaden. Zij wees er hierbij op dat zij ten tijde van het ongeval werkzaam was als advocaat, dat haar echtgenoot advocaat is en dat zij er geen behoefte aan heeft om gegevens die niet naar buiten behoeven te komen in de openbaarheid terug te zien.

Rechtbank

Gelijk de voorgaande zaken komt de rechtbank hier tot een belangenafweging die in het nadeel van de betrokkene uitpakt. Het stellen van gerichte vragen, zoals betrokkene had geopperd, biedt de verzekeraar niet de gelijkwaardige posi-

tie die art. 6 EVRM verlangt. Het belang van de verzekeraar bij kennisneming van de medische informatie omtrent betrokkene uit de periode vóór het ongeval staat volgens de rechtbank in redelijke verhouding tot het doel waarvoor de informatie wordt gevraagd. De verzekeraar heeft bovendien geen ander middel om toegang tot deze informatie te krijgen. Dat betrokkene advocaat is geweest en haar man dat nog is, is naar objectieve maatstaven geen aanleiding om de verlangde privacybescherming te bieden. Betrokkene dient derhalve aan de medisch adviseur van de verzekeraar inzage te verlenen in haar medisch verleden vanaf 1992 tot heden.

Commentaar

Indien er aanwijzingen zijn dat sprake is van een potentieel relevante medische voorgeschiedenis, zal de betrokkene niet alleen aan de deskundige maar ook aan de medisch adviseur van de aansprakelijke partij inzage dienen te verlenen in de patiëntenkaart van vóór het ongeval. Het recht op een eerlijk proces, waarbij beide partijen over gelijke informatie beschikken, prevaleert in dat geval boven het recht op privacy van de betrokkene. Alleen indien de betrokkene zwaarwegende belangen aanvoert, kan worden besloten de patiëntenkaart uitsluitend aan de deskundige te overleggen. Ik vraag mij af waar die zwaarwegende belangen precies uit zouden moeten bestaan. Een medisch adviseur, die voldoet aan de waarborgen die de rechtbank in de besproken uitspraken verlangt, heeft een medisch beroepsgeheim en zal vertrouwelijk en zorgvuldig met de medische informatie dienen om te springen. De inbreuk op de privacy blijft derhalve beperkt. Slechts in zeer beperkte kring komt de medische informatie op tafel en er is zeker geen sprake van het in de openbaarheid brengen van de informatie. Alleen die medische informatie die van belang is voor de bepaling van de schade als gevolg van het ongeval zal vervolgens kenbaar worden gemaakt aan de behandelaar van het dossier.

Het beroep op schending van de privacy naar aanleiding van het opvragen van de patiëntenkaart komt soms wat krampachtig over. Tijdens het LSA-symposium "Waarheidsvinding en privacy" op 28 januari 2005 bracht Kremer in zijn lezing terecht naar voren dat het beroep op schending van de privacy nogal eens selectief wordt gehanteerd. Bij het onderbouwen van een claim worden gegevens over inkomen, beperkingen, zwart werk, gezinsplanning en soms zelfs verminderde seksuele bele-

ving zonder terughoudendheid aangedragen. Gaat het echter om medische gegevens uit het verleden die mogelijk een claimreducerende werking hebben, dan roept men om het hardst dat de privacy van betrokkene in het geding is. Waar de verzekeraar aanwijzingen heeft voor een relevante voorgeschiedenis (of aanwijzingen voor niet ongevalgerelateerde incidenten na het ongeval) zal dat, blijkens de hier aangehaalde uitspraken, de betrokkene in beginsel niet (meer) baten.

Er zullen echter ook zaken zijn waarin de verzekeraar op voorhand geen enkele aanwijzing heeft dat er een relevante voorgeschiedenis is, terwijl die er feitelijk wel is. Zeker indien het dan gaat om een aanzienlijke vordering wegens verlies van arbeidsvermogen, uitgaande van een lange looptijd, zal inzage in de patiëntenkaart verdedigbaar zijn. Wanneer er immers medische omstandigheden zijn die los van het ongeval negatieve invloed zouden hebben op de duur van het arbeidzame leven van de betrokkene, moet daar bij de afwikkeling van de schade rekening mee worden gehouden.

Indien alleen de deskundige inzage krijgt in de patiëntenkaart, komt de verzekeraar ook hier in een ongelijke positie te verkeren. Hij wordt immers niet zelf in de gelegenheid gesteld de door de deskundige in zijn oordeel betrokken medische informatie te verifiëren.

De vraagstelling van de Interdisciplinaire Werkgroep Medische Deskundigen (IWMD) - elders in dit bulletin besproken door Van Dijk - bevat een optionele vraag met betrekking tot de overige aspecten van de hypothetische situatie zonder ongeval. Die vraag (in de besproken beschikkingen van 1 en 2 november 2004 door de rechter ook opgenomen) is echter bedoeld voor het geval de medisch adviseur geen inzage heeft in het volledige medische dossier van betrokkene maar de expertiserend arts wel. De IWMD geeft er de voorkeur aan dat de medisch adviseurs van beide partijen inzage krijgen in het volledige medische dossier en in onderling overleg een inventarisatie maken van de feiten en omstandigheden die aanleiding zouden kunnen geven te veronderstellen dat bij betrokkene ook zonder ongeval op enig moment beperkingen zouden zijn opgetreden.

Dat lijkt mij een constructief voorstel. De praktijk zal leren of dit tot een voor beide partijen acceptabel resultaat leidt.

Ontwikkelingen ten aanzien van de zoektocht naar de juridische causaliteit tussen klachten en ongeval



Chr. H. van Dijk
Kennedy Van der Laan
Advocaten

Medische of juridische causaliteit

Een ieder die zich professioneel bezighoudt met de letselschaderegeling zal onderkennen dat één van de grootste - zo niet de grootste - discussies hierbij is de vraag naar de juridische causaliteit tussen de schadeveroorzakende gebeurtenis (ongeval, kunstfout) en de klachten. Een van de achterliggende redenen daarvoor is dat men er zich onvoldoende rekenschap van geeft dat medische en juridische causaliteit goed onderscheiden moeten worden. Doordat artsen en juristen dat onderscheid vaak niet scherp maken is in de letselschaderegeling regelmatig sprake van een uiteraard onwenselijke Babylonische spraakverwarring. Causaliteit is voor medici een feitelijk begrip. Van een causale relatie met een ongeval is eerst sprake als klachten 'objectiveerbaar' en 'medisch verklaarbaar' zijn. Juridische causaliteit is echter op de voet van art. 6:98 BW een normatief gekleurd begrip " ...waarbij de eisen aan de zekerheid van het gevonden verband in hoge mate worden bepaald door factoren als de aard en ernst van het letsel en de mate van (on)zorgvuldigheid van het gedrag van de gedaagde." - Aldus terecht A.J. Van, in TVP 2003, 4 p. 105.

Het verschil tussen medische en juridische causaliteit komt goed naar voren in het bekende arrest Zwolsche Algemeene/De Greef - Vgl. HR 8 juni 2001, NJ 2001, 433. In die zaak rapporteerden de medisch deskundigen dat bij de benadeelde geen sprake was van 'objectiveerbare stoornissen'. Dit verhinderde het hof echter niet om de klachten juridisch toe te rekenen aan het ongeval dat de benadeelde overkomen was, omdat het bestaan van de "klachten" die weliswaar subjectief waren "doch waarvan niettemin objec-

tief vastgesteld kon worden dat zij aanwezig, reëel, niet ingebeeld, niet voorgewend en niet overdreven waren." - Hierover A.J. Van, a.w. p. 105.

De discussies over de juridische causaliteit zijn extra scherp bij ziektebeelden die niet medisch objectiveerbaar zijn en waarover binnen de medische stand ernstige verdeeldheid bestaat. Ik denk daarbij ondermeer aan whiplash, *repetitive strain injury* (RSI), myalgische encephalomyelitis (ME) ofwel chronische vermoeidheidssyndroom (MGS) en fibromyalgie. Aan de ene kant dient de aansprakelijke partij de benadeelde te nemen zoals hij is, ook als het ongeval uitsluitend vanwege een predispositie tot de gevorderde schade heeft geleid, aan de andere kant dient die predispositie bij de vergelijking tussen de toestand zonder en met ongeval in aanmerking te worden genomen bij vaststelling van de hypothetische situatie zonder ongeval. In geen van beide situaties kan worden uitgegaan van de normale, robuuste en fitte persoon, maar moet worden gekeken naar de persoon *in concreto* - Vgl. A.J. Akkermans, "Causaliteit bij Letselschade en Medische Expertise", TVP 2003, 4 p. 93-104.

Het is daarbij vaste rechtspraak dat predispositie een vermindereffect heeft op de schadeomvang indien deze zelfstandig - dus de aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis weggedacht - tot schade zou hebben geleid, of althans met voldoende waarschijnlijkheid zou hebben kunnen leiden. Deze predisposities behoeven op het moment van het ongeval nog niet te zijn gebleken, maar kunnen nog sluimerend zijn - Vgl. HR 2 februari 1990, NJ 1991, 292 m.nt. CJHB.

Problemen bij de zoektocht naar de medische en juridische causaliteit en ontwikkelingen ten goede

De laatste tijd heeft een aantal belangrijke ontwikkelingen plaatsgevonden die de zoektocht naar de medische en vervolgens juridische causaliteit ondersteunen.

De Stichting Opleiding en Registratie van Medisch Deskundigen (ORMED)

Een steeds terugkerend discussiepunt bij de schadeafwikkeling - zeker bij moeilijk of niet te objectiveren ziekte-

beelden - is het benoemen van een onafhankelijke deskundige. Noemt de aansprakelijke partij neuroloog A dan stelt de benadeelde neuroloog B voor en *vice versa*. Om die reden is het initiatief van het PIV, de LSA, het GAV en diverse medische specialistenorganisaties om te komen tot de Stichting Opleiding en Registratie van Medisch Deskundigen zonder meer toe te juichen. Deze stichting, die waarschijnlijk in de eerste helft van 2005 het licht zal zien, streeft naar het opzetten van een opleiding voor medisch deskundigen, waarbij deze worden ingevoerd in de voor hen relevante juridische aandachtspunten. Daarbij is ondermeer van belang dat zij een basaal begrip krijgen van het verschil tussen medische en juridische causaliteit en welke gegevens zij moeten aanleveren om de juristen de juridische knoop door te kunnen laten hakken. Uiteindelijk is het de bedoeling om een register op te zetten met gegevens over de diverse deskundigen en waarin diegenen worden opgenomen die een proeve van bekwaamheid hebben afgelegd en waaruit benadeelden, aansprakelijke partijen en de rechterlijke macht hun deskundigen zullen kiezen. Zo kan de discussie over de juridische causaliteit beter (meer inhoudelijk) en ordelijker worden gevoerd.

Het verstrekken van de volledige patiëntenkaart

Een tweede belangrijke ontwikkeling voltrekt zich in de rechtspraak. Steeds meer rechters lijken zich - mede onder invloed van de exhibitieplicht - terecht te bekeren tot het oordeel dat er in het algemeen niet aan ontkomen kan worden dat benadeelden - zeker zij die vergoeding vragen van schade met een lange looptijd - de gehele huisartsenkaart van vóór en na het ongeval verstrekken aan een eventueel benoemde onafhankelijke medisch deskundige en de medisch adviseur van de aansprakelijke partij. De achterliggende reden daarvan is simpel. Het is de enige manier om na te gaan of sprake is van een relevante predispositie die ook zonder ongeval op enig moment tot schade zou hebben geleid. Spiegelbeeld van deze openheid is natuurlijk wel dat de medisch adviseur van de aansprakelijke partij, die immers een medisch beroepsgeheim heeft, zeer zorgvuldig met de medische gegevens omgaat en niet allerlei irrelevante predisposities aanhaalt om een terechte claim van de benadeelde af te wijzen. In dit kader valt met name te wijzen op de lijn die de Rechtbank Amsterdam in de tweede helft van 2004 heeft uitgezet en waarin zij in het algemeen art. 6 EVRM met het daarin vastgelegde *equality of arms*, laat prevaleren boven het in art. 8 EVRM opgenomen recht op privacy en oordeelt dat de volledige medische gegevens ook aan de medisch adviseur van de aansprakelijke partij moeten worden verstrekt - Vgl. beschikkingen c.q. vonnis Rb. Amsterdam 25 oktober 2004 (Naber/Levob) nr.

H04.0222/286868; 1 november 2004 (Winterthur/Blox) nr. 284668 HA RK 04-126; 2 november 2004 (Winterthur/Kwantes) nr. H04.0328.287582; en 6 december 2004 (Winterthur/Neimeijer) nr. 04.732H.296048 en 1 december 2004 (London/Kuivenhoven) rolnr. L 253886 HA,02.2551. Zie ook het artikel van mevrouw Ales elders in dit bulletin.

De Interdisciplinaire Werkgroep Medische Deskundigen (IWMD) en haar vraagstelling

Inleiding

De laatste belangrijke ontwikkeling waarop ik wil wijzen en waarop ik nog wat nader wil ingaan betreft het werk dat wordt verricht door de onderzoeksgroep aan de Vrije Universiteit onder leiding van prof. Akkermans. Dit onderzoek richt zich op de rol van de medische deskundige in de rechtsbedeling. In nauwe samenwerking met de IWMD, waarin wordt geparticipeerd door deelnemers vanuit de rechterlijke macht, verzekeraars, medici en belangenbehartigers van benadeelden, probeert men middelen te ontwikkelen ter verbetering van de kwaliteit van het medische traject, met name wat betreft de medische expertise. Onderdeel daarvan is de ontwikkeling van een afgewogen en neutrale vraagstelling die recht doet aan de belangen van benadeelden. Onderstaand zal ik kort ingaan op het nut en de noodzaak van de verbetering van de vraagstelling bij expertises en op het huidige studiemodel van de IWMD zelf. Aan het slot van dit artikel staat een deel van het huidige studiemodel afgedrukt.

Nut en noodzaak van een verbeterde vraagstelling

In het schaderegelingsproces dient het zo te zijn dat aan een medische deskundige die vragen worden voorgelegd die juridisch relevante gegevens opleveren. Aan de hand van de antwoorden van de arts moeten partijen vervolgens beoordelen of een bepaalde schade op de voet van art. 6:98 BW aan het ongeval moet worden toegerekend of dat een predispositie zonder ongeval op enig moment ook schade zou hebben opgeleverd en dus bijvoorbeeld een looptijd verminderend effect op de te vergoeden schade heeft. Bij het beantwoorden van de juridische toerekeningsvraag moeten partijen tevens op de voet van art. 6:105 BW de goede en kwade kansen voor de benadeelde wegen waarbij de benadeelde een zeker voordeel van de twijfel wordt gegund - Vgl. A.J. Akkermans, a.w. p. 103. Veel van de (al wat langer) bestaande vraagstellingen aan de medisch deskundigen nodigen hen ten onrechte uit om uitspraken te doen over de juridische causaliteit. Bij dergelijke vraagstellingen wordt bijvoorbeeld aan de arts gevraagd of bepaalde klachten 'in redelijkheid' beschouwd kunnen worden als 'een gevolg van het ongeval' - Vgl. Rb. Zwolle 24 maart 2004, kenbaar uit TVP, 4 p. 115-119 en Rb. Dordrecht 19 september 2004, LJN-Nr. AR 2217 en de

vervolg van pagina 9

bespreking van deze uitspraak op die plaats door E.M. van Orsouw.

Zoals al opgemerkt is het onjuist om de medisch deskundige vragen van juridische causaliteit voor te leggen. Een medicus dient zich te beperken tot het plaatsen van opmerkingen en eventueel trekken van conclusies binnen zijn eigen vakgebied, waarna en op grond waarvan partijen vervolgens de juridische causaliteitsvraag moeten beantwoorden.

De kern van het studiemodel van de IWMD voor de vraagstelling voor 'causaliteit bij ongeval' is nu dat vermeden wordt om de deskundige te vragen in hoeverre de klachten en symptomen als ongevalsgevolg zijn aan te merken en dat hem slechts gevraagd wordt de bestaande situatie met en de verwachte situatie zonder ongeval zo gedetailleerd mogelijk in kaart te brengen. Bijvoorbeeld wordt voor de situatie met ongeval gevraagd: *"Hoe luidt de anamnese voor wat betreft de aard en de ernst van het letsel, het verloop van de klachten, de toegepaste behandelingen en het resultaat van deze behandelingen?"* en voor de situatie zonder ongeval: *"Zijn er op uw vakgebied klachten en symptomen die er ook zouden zijn geweest, of op enig moment ook zouden kunnen zijn ontstaan, als het ongeval betrokkene niet was overkomen?"* Op basis van de door de artsen verstrekte antwoorden is het vervolgens aan partijen om de juridische causaliteitsvraag te beantwoorden. Op deze plaats is nog relevant te vermelden dat deze IWMD-vraagstelling ook twee optionele vragen bevat, één voor het geval dat alleen de deskundige (en niet de medisch adviseur van de aansprakelijke partij) over het volledige medische dossier kan beschikken, en één voor het geval dat aanleiding bestaat om na te gaan of de betrokkene zich aan medische behandeling heeft onttrokken. De laatste vraag beoogt gegevens op te leveren om in kaart te kunnen brengen of de benadeelde zijn schadebe-

perkingsplicht heeft geschonden. Zoals naar ik aanneem bekend is mag van een benadeelde worden verwacht dat hij zich - mede in aanmerking genomen zijn privé omstandigheden en zijn persoonlijkheidsstructuur - voldoende inspant om een bijdrage te leveren aan zijn herstelproces - HR 4 november 1988, NJ 1989, 751 (ABP/Van Stuyvenberg) m.nt. CJHB.

De IWMD-vraagstelling is een stap voorwaarts in het schaderegelingsproces. Inmiddels passen diverse rechters de IWMD-vraagstelling dan ook toe - Vgl. bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 1 november 2004, LJN-Nr. AR6866; Rb. Amsterdam 2 november 2004, rolnr. H04.0238/287582 - ongepubliceerd, en Rb. Rotterdam 14 jan. 2005, rolnr. 217499/HA RK 04-85 - ongepubliceerd.

Er lijkt hier sprake te zijn van een trend. Relevant is het nog om te benadrukken dat het hier gaat om een werkdocument dat aan aanpassing/verbetering onderhevig is. Het woord 'studiemodel' geeft dat al aan. De IWMD stelt opmerkingen/verbetersuggesties uitdrukkelijk op prijs. Tenslotte is vermeldenswaard dat de IWMD-vraagstelling 'slechts' een raamwerk is en dat deze in een concrete zaak regelmatig nog aangevuld en verfijnd zal moeten worden.

Conclusie

Het vaststellen van juridische causaliteit zal altijd moeilijk blijven, omdat het een normatief begrip is dat zich ook met de handvatten van art. 6:98 BW moeilijk laat vatten. Toch helpen de huidige ontwikkelingen bij het vaststellen daarvan. Het kiezen van de juiste medische deskundige aan wie de goede vragen worden voorgelegd, waardoor deze met juridisch bruikbare antwoorden komt is daarvoor onontbeerlijk. Deze vragen kan deze deskundige alleen goed beantwoorden als hij (en de medisch adviseur van partijen) in beginsel beschikt over het gehele huisartsendossier van de benadeelde.

Studiemodel vraagstelling causaal verband bij ongeval

(Versie: december 2004 - Zie voor een toelichting www.rechten.vu.nl/iwmd>projecten>vraagstellingen)

1. De situatie na ongeval

Deze vraag heeft tot doel inzicht te verschaffen in de huidige en toekomstige (verwachte) gezondheidssituatie van betrokkene.

- Hoe luidt de anamnese voor wat betreft de aard en de ernst van het letsel, het verloop van de klachten, de toegepaste behandelingen en het resultaat van deze behandelingen?
- Wilt u een actuele inventarisatie van de medische voorgeschiedenis van betrokkene op uw vakgebied vermelden?
- Wilt u bij uw antwoord op de vragen a en b aangeven welke gegevens u ontleent aan het relaas van betrokkene en welke u ontleent aan onderzoek van de u ter beschikking gestelde medische gegevens?
- Wat zijn uw bevindingen bij lichamelijk en eventueel hulp-onderzoek?
- Wat is de diagnose op uw vakgebied? (zie tevens vraag f)
- Indien sprake is van klachten waarbij geen medisch objectieverbaar letsel kan worden vastgesteld, kunt u dan gemotiveerd aangeven wat uw differentiaal diagnostische overwegingen zijn?
- Acht u de huidige toestand van betrokkene zodanig dat een beoordeling van de blijvende gevolgen mogelijk is, of verwacht u in de toekomst nog een belangrijke verbetering of verslechtering van het op uw vakgebied geconstateerde letsel?
- Zo ja welke verbetering dan wel verslechtering verwacht u?
- Kunt u aangeven op welke termijn en in welke mate u die verbetering dan wel verslechtering verwacht?
- Kunt u aangeven welke gevolgen deze verbetering dan wel verslechtering zal hebben voor uw antwoorden op de vragen naar de mate van functiestoornis en de beperkingen van de betrokkene?

2. De hypothetische situatie zonder ongeval

Deze vraag heeft tot doel inzicht te verschaffen in de vraag of een causaal verband aanwezig is tussen het ongeval dat betrokkene overkwam en de door u in de vorige vraag geconstateerde klachten en symptomen. De vaststelling van het causaal verband vindt in het civiele aansprakelijkheidsrecht plaats aan de hand van een vergelijking tussen de huidige toestand van betrokkene (daaronder begrepen de prognose) en de hypothetische situatie waarin hij zich zou hebben bevonden als het ongeval nooit had plaatsgevonden. Onderstaande vragen hebben tot doel de hypothetische situatie zonder ongeval zo goed mogelijk in kaart te brengen.

- Zijn er op uw vakgebied klachten en symptomen die er ook zouden zijn geweest, of op enig moment ook zouden kunnen zijn ontstaan, als het ongeval betrokkene niet was overkomen?
- Voorzover u de vorige vraag bevestigend beantwoordt (dus zonder ongeval ook klachten), kunt u dan een indicatie geven:
- met welke mate van waarschijnlijkheid,
- op welke termijn,
- en in welke omvang de klachten en symptomen dan zouden kunnen zijn ontstaan?

Toelichting: Meestal zal het niet mogelijk zijn om deze vraag - met name de onderdelen b, c, en d - met zekerheid te beantwoorden. Van u wordt ook niet gevraagd zekerheid te bieden. Wel wordt gevraagd of u vanuit uw kennis en ervaring op uw vakgebied uw mening wilt geven over kansen en waarschijnlijk-

heden. Het is dus de bedoeling dat u aangeeft, wat u op grond van uw deskundigheid op uw vakgebied op deze vragen kunt zeggen.

3. Overige aspecten van de hypothetische situatie zonder ongeval

(deze vraag is optioneel: zij is uitsluitend bedoeld voor de situatie dat niet de medische adviseur van de aansprakelijke partij, maar alleen de deskundige de beschikking heeft over het volledige medische dossier van betrokkene. Zie nader de toelichting op de website van de IWMD)

Met het oog op de bepaling van de looptijd van eventuele toekomstschade, is van belang te weten of in het medisch dossier van betrokkene overigens feiten en omstandigheden voorkomen - ook buiten de huidige klachten en symptomen en/of uw eigen vakgebied gelegen - die aanleiding zouden kunnen geven te veronderstellen dat bij betrokkene ook zonder ongeval op enig moment beperkingen zouden zijn opgetreden op het gebied van de uitoefening van de beroepsactiviteiten of het verrichten van werkzaamheden in en rond de woning.

- Wilt u, tegen deze achtergrond, een inventarisatie maken van de feiten en omstandigheden uit het medisch dossier van betrokkene die naar uw mening in dit opzicht relevant zijn?

4. Het genezingsproces en de opstelling van de betrokkene daarin (ook deze vraag is optioneel. Zij hoeft niet te worden gesteld indien geen aanleiding bestaat te veronderstellen dat de betrokkene zich aan medische behandeling heeft onttrokken)

Op betrokkene rust krachtens het civiele aansprakelijkheidsrecht de verplichting om zijn schade zo veel mogelijk te beperken. Deze schadebeperkingsplicht is niet absoluut, er zijn grenzen aan wat de aansprakelijke partij in dit kader van betrokkene kan verlangen. Kort gezegd komt de schadebeperkingsplicht van betrokkene erop neer dat van hem mag worden verwacht dat hij zich - mede in aanmerking genomen zijn privé-omstandigheden en zijn persoonlijkheidsstructuur - voldoende inspant om een bijdrage te leveren aan zijn herstelproces. Tegen die achtergrond zouden wij van u graag een antwoord ontvangen op de volgende vragen:

- Welke behandelingen of therapieën op uw vakgebied zijn medisch geïndiceerd voor het letsel van betrokkene?
- Welke behandelingen of therapieën zijn ingesteld en met welk resultaat?
- Indien niet alle medisch geïndiceerde behandelingen of therapieën zijn ingesteld of volledig afgerond, kunt u dan aangeven wat daarvoor de reden is geweest?
Indien deze reden bestaat uit een weigering van betrokkene om deze behandelingen of therapieën te ondergaan of voort te zetten, kunt u dan aangeven:
- in hoeverre behandeling of voortzetting bij betrokkene zou hebben kunnen leiden tot een vermindering van de klachten;
- of u aanleiding ziet om door een deskundige op een ander vakgebied - bijvoorbeeld een psychiater of een psycholoog - te laten onderzoeken of deze weigering verband houdt met, of kan worden gezien als een uitvloeisel van, de persoonlijkheidsstructuur of van betrokkene of het bij hem bestaande klachtenpatroon.

Waarheidsvinding en privacy

Een verslag van het 16e LSA-symposion 28 januari 2005, Kurhaus te Scheveningen



Mevrouw mr. M. E. Hoyer
FORTIS ASR - AMEV
Personenschade

Het spanningsveld tussen waarheidsvinding en privacy werd tijdens het druk bezochte symposion vanuit twee perspectieven belicht. Enerzijds vanuit juridisch-technisch perspectief en anderzijds vanuit een meer politiek-psychologisch perspectief, waarbij ook maatregelen voor een soepeler verloop van het schaderegelingsproces aan bod kwamen.

In zijn openingswoord sprak mr. H. W. P. B. Taminiau - voorzitter van de Vereniging Letselschadeadvocaten (LSA) - van een verrassend en actueel onderwerp met eminente sprekers. Personenschaderecht staat de laatste tijd in de belangstelling. Televisieprogramma Zembla besteedde er aandacht aan. Zelfs in de Tweede Kamer werden vragen gesteld over de afhandeling van letselschades.

Dagvoorzitter mr. D. H. M. Peeperkorn - waarnemend voorzitter Hof van Discipline en Lid Raad van Toezicht Verzekeringen - gaf aan dat het beginsel van volledige schadevergoeding zowel de gelaedeerde als de verzekeraar beschermt. Over en weer hebben partijen aanspraak op juistheid en waarheid. Echter, wat is waarheid? Het gaat om een onderzoek naar de feiten, maar wat is een feit? Is een feit iets dat is zoals het is? Iets dat niet verzonnen is? Ook feiten zijn weerbarstig en normatief gekleurd: *“De waarheid ligt vaak op de bodem van een bodemloze put.”*

Privacy en *due process*, verantwoord omgaan met privacy-belangen in het letselschadeproces

Prof. mr. W. D. H. Asser - hoogleraar Burgerlijk Procesrecht Universiteit van Leiden - hield zijn gehoor voor dat zijn lezing een algemeen karakter zou hebben, daar hij weinig ervaring had met het letselschaderecht. In het civiele proces

zijn partijen gehouden zich ten opzichte van elkaar en van de rechter coöperatief op te stellen. Partijen moeten rekening houden met de belangen over en weer. Dit gegeven werkt door in de fase waarin van een proces nog geen sprake is. In het proces wordt vaak achteraf beoordeeld wat er voordien heeft plaatsgevonden. Bij de afstemming van het gedrag bij de behandeling van een geschil voordat een proces aan de orde is, moet daarmee rekening worden gehouden. Asser maakte in dit verband een rechtsvergelijking tussen Engeland en Nederland. In Engeland kan een partij in een procedure worden afgerekend op obstructie in de fase voorafgaand aan de procedure. In Nederland gebeurt dit nog niet. De uitkomst van het proces moet rechtvaardig zijn, echter ook het proces zelf. Er moet door partijen minder oorlog worden gevoerd, aldus de hoogleraar.

Hij benadrukte dat een gelaedeerde medewerking dient te verlenen bij het verschaffen van gegevens aan de wederpartij die relevant zijn in verband met zijn verweer. De consequentie hiervan is dat een gelaedeerde verplicht kan worden gevoelige gegevens over zijn of haar gezondheidstoestand aan de wederpartij kenbaar te maken. Dit vloeit voort uit de medewerkingsplicht van partijen. Het betreft geen absolute, afdwingbare verplichting, doch afzien van verstrekking van deze gegevens kan voor de gelaedeerde verregaande negatieve gevolgen hebben voor de schaderegeling. Het recht op een fair trial van art. 6 EVRM is één van de gronden waarop een inbreuk op het door art. 8 EVRM gewaarborgde recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer gerechtvaardigd kan zijn.

Er dienen echter wel regels te zijn die waarborgen dat vertrouwelijke gegevens ook als zodanig worden behandeld. Spreker stelde in dit kader voor een onafhankelijke derde te machtigen kennis te nemen van deze gegevens. Deze kan vervolgens beoordelen of de gegevens moeten worden overgelegd en zo ja in welke vorm.

Het devies van Asser was derhalve: open kaart spelen door alle partijen!

De rol van de rechter in het kader van de waarheidsvinding in letselschadezaken: Leidend of lijdend?

Mevrouw prof. mr. C. J. M. Klaassen - hoogleraar Burgerlijk recht en Burgerlijk procesrecht, Radboud Universiteit Nijmegen - hield een boeiend en helder betoog over de rol van de rechter.

De rechter zou zijn rol in de preprocessuele fase dienen te vergroten, bijvoorbeeld door het aanvragen van een schikingscomparitie of het houden van een spreekuur. De rechter is een neutrale derde, deze kan een brug slaan tussen de gelaedeerde en de verzekeraar. Een eerdere inmening van de rechter kan een patstelling voorkomen. Tevens kan door inschakeling van de rechter een vastgelopen schikingsoverleg worden vlotgetrokken.

Spreeker is van mening dat de verantwoordelijkheid voor het vergaren van feiten bij partijen dient te blijven berusten. Dit in tegenstelling tot Asser - zie W. D. H. Asser, H. A. Groen & J. B. M. Vranken, *Een nieuwe balans, Interim rapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*.

Dat betekent echter niet dat de rechter zich niet actief zou kunnen (en moeten) opstellen bij bijvoorbeeld comparaties. Ook Klaassen noemde de gezamenlijke verantwoordelijkheid en verplichting van partijen en de rechter om ten opzichte van elkaar openheid te betrachten. Wantrouwen en strategie bepalen thans de maat.

Klaassen ging vervolgens uitgebreid in op het blokkeringsrecht na een deskundigenbericht. Zij stelde dat het blokkeringsrecht op gespannen voet staat met de medewerkingsplicht. Klaassen ziet liever dat de gelaedeerde gemotiveerd bezwaar maakt op het rapport, dan zich te beroepen op het blokkeringsrecht.

Klaassen concludeerde dat de rol van de rechter vele aspecten kent. Is de rechter nu leidend of lijdend? Volgens haar noch het één noch het ander, en daar is niet zoveel mis mee.

Betrokkenheid overheid bij het letselschadeproces

Mr. P. H. Holthuis - Directeur-Generaal Wetgeving, Rechtspleging en Rechtsbijstand van het Ministerie van Justitie - gaf aan dat de politiek grote belangstelling heeft voor letselschadeprocedures. Medio januari 2005 is in de Tweede Kamer een motie behandeld waarin aangegeven werd dat procedures sneller, minder duur en minder conflictueus moeten verlopen. Niet alleen de procedures moeten vlotter verlopen, ook het voortraject moet sneller verlopen. Tevens werd aangegeven dat de minister moet bevorderen dat de expertise zich bij een beperkt aantal kamers concentreert.

Holthuis gaf aan dat de communicatie adequater moet verlopen, anders ontstaat een onjuist verwachtingspatroon. Holthuis riep zijn toehoorders op om actief mee te werken aan procedurele normering van de buitengerechtelijke afhandeling, zoals voorgesteld door professor Barendrecht van de Universiteit van Tilburg. Hij is van mening dat advocaten zich hier wel aan kunnen binden. Eén en ander moet in een gedragscode verankerd worden.

Ook justitie zal omtrent dit onderwerp actief meedenken. Justitie handhaaft het wettelijk blokkeringsrecht. Spreeker wees er wel op dat het blokkeringsrecht de bewijspositie van de gelaedeerde kan verslechteren. Immers, aan de weigering om mee te werken kan de rechter de gevolgtrekking verbinden die hem geraden acht.

Holthuis verklaarde vervolgens dat Minister Donner het verbod op *no cure no pay* overeind wil houden. Donner overweegt een praktische oplossing. Op dit moment wordt nagedacht over het invoeren van een medische *quick scan* of een voorschotregeling voor deskundigenberichten.

Holthuis sloot af met de opmerking dat geld en principes elkaar niet hoeven te bijten.

Reactie vanuit perspectief slachtoffer

Mr. B. Holthuis - partner bij De Jonge Peters Rammelink Advocaten te Deventer en broer van de vorige spreker - besprak kort enkele recente ontwikkelingen, zoals de Tilburgse initiatieven, de richtlijnen van het NPP en de PIV Overeenkomst Buitengerechtelijke Kosten.

Normering is *hot*, aldus Holthuis, en de bezigheid van schaderegeling Nederland, maar volgens hem in strijd met het beginsel van volledige schadevergoeding. Doch bij eenvoudige zaken ziet hij geen problemen. Bij whiplash-discussies gaat het echter meestal om predispositie. Het gaat om een gelaedeerde in een concrete situatie. Het is daarom onmogelijk om deze problematiek via normering in kaart te brengen, aldus spreker. Er moet gekeken worden naar een slimme benadering van bekende struikelblokken, zoals de medische versus de juridische causaliteit. In dat kader verdienen Stichting Opleiding en Registratie van Medische Deskundigen (ORMED) en de Interdisciplinaire Werkgroep Medische Deskundigen (IWMD) alle steun.

Reactie vanuit perspectief aansprakelijkheidsverzekeraar

Mr. F. Th. Kremer - directeur Stichting PIV - begon zijn betoog prikkelend door te stellen dat de gelaedeerde vaak een selectief beroep doet op privacy. Schadeverhogende gegevens worden zonder schaamte overgelegd. Indien de verzekeraar vraagt om gegevens die een schadeverlagend effect kunnen hebben, worden deze niet verstrekt in verband met een beroep op de privacy. Hij haalde een recente uitspraak van de Rechtbank Amsterdam 1 december 2004 aan, die heeft bepaald dat voor verweer een gelijkwaardige positie nodig is en dat de gelaedeerde alle medische informatie diende te overleggen - Zie collega Ales elders in dit bulletin.

Ook Kremer verwees naar procedurele normering en stelde dat de eerste fase van het letselschadetraject meer

aandacht verdient. Hij stelde voor een drie partijen gesprek in te voeren. Ook gaf hij aan dat het PIV actief is betrokken bij ORMED.

Door een aantal sprekers werd nog ingegaan op *no cure no pay*. Volgens Kremer was dit verloren tijd, aangezien Minister Donner het verbod handhaaft. Wel vond hij dat het verbod de concurrentiepositie van de advocaten ten opzichte van andere belangenbehartigers aantast.

Spreker droeg concrete voorbeelden aan van situaties waarin het gerechtvaardigd is om de patiëntenkaart in te zien. Hij vroeg zich tevens af of de discussie feitelijk wel gaat over waarheidsvinding en privacy. Gaat het niet veel meer over communicatie en vertrouwen? Een eerlijk proces is het voortdurend balanceren tussen verschillende posities.

Kremer wenste zijn toehoorders een succesvol evenwicht toe.

Wat is waarheid?

Prof. mr. J. H. Nieuwenhuis - Hoogleraar Burgerlijk recht Universiteit Leiden - sloot het symposium af met een filo-

sofisch betoog over de vraag: Wat is waarheid? en lardeerde zijn verhaal met metaforen uit de klassieke oudheid.

Partijen staan tegenover elkaar want de één weet de waarheid wel, maar wil deze verborgen houden met een beroep op privacy. Er is een principiële verschil tussen de waarheid uit het verleden en de waarheid in de toekomst. Een blik op de toekomst verlamt het leven wat nog geleefd moet worden. Een verzekeraar wil echter wel zicht op de toekomst van de gelaedeerde.

Nieuwenhuis eindigde zijn boeiende verhaal met een uitspraak van de Groningse dichter Kopland: "*Wie de waarheid heeft gevonden, heeft niet goed gezocht*".

Na afloop was er kort de gelegenheid tot het stellen van vragen.

De samenvattingen van de lezingen worden zoals gebruikelijk in boekvorm gebundeld.



Agenda

Vermande Studiedagen

15-03-2005. Themadag 'De zieke werknemer; In het licht van de nieuwe WAO, Novotel Amsterdam

Onderwerpen:

- Wet Verlenging Loondoorbetalingsverplichting bij ziekte 2003
- De nieuwe WAO
- Werkgeversaansprakelijkheid
- Gevolgen van het najaarsakkoord 2004

Sprekers:

- mr. P. S. van Minnen, Advocaat - Advocatenkantoor Oudenoord Utrecht, dagvoorzitter
- mw. mr. Arora-Nube, Senior beleidsmedewerker - UWV Amsterdam
- mr. P. S. Fluit, Advocaat - Stadhouders Advocaten Utrecht
- mr. drs. G. A. Diebels, Advocaat Klijn Zegers Van Osch
- mw. mr. drs. M. S. A. Vegter, Advocaat - Kennedy Van der Laan, Onderzoeker Vrije Universiteit Amsterdam
- mr. P. S. van Minnen, Advocaat - Middelland Advocaten Utrecht

Info: inhoudelijk 070-3789533, m.doeven@sdu.nl;
organisatorisch 070-3789969

Federatie van Onderlinge

Verzekeringmaatschappijen (FOV)

20-04-2005, Studiedag 'Arbeidsongeschiktheid en arbeid, een goede combinatie?' te Bilthoven

Voorzitter: Mevrouw A. G. Epema-Treep - OHRA Zorg & Inkomen

Sprekers:

- D. J. S. Hogenkamp - Hogeschool ProgreSZ - De historische ontwikkeling en te verwachten veranderingen, met name de nieuwe wet WIA
- Mr. A. P. M. G. Schoenmaeckers - directeur BOA - De liberalisering van de Arbo markt per 1 juli 2005.
- Mevrouw R. E. E. M. Artoos - Bureau Terzet BV - Preventie en reïntegratie
- J. W. Lankhaar - Achmea Sociale Zekerheid - De nieuwe verantwoordelijkheden, de mogelijke oplossingen en invulling van hiaten die ontstaan door de nieuwe wetgeving.

Info: mevr. mr. H. M. van Voorst-ter Hoeve, 030-6567160, lvv@fov.nl

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.

Redactiesecretariaat
Mevrouw J.M. Polman, Stichting PIV
Postbus 93450
2509 AL Den Haag
Telefoon: 070 333 88 73
Telefax: 070 333 88 33
e-mail: piv@verzekeraars.nl
Website: www.stichtingpiv.nl
M.m.v. drs. P.J.M. van Steen, journalist
Creatie & realisatie: Artmark BNO, Rijswijk