

Pagina 4

Toegang tot en bewaking privacy van medische gegevens

Pagina 10

Verzekeringsplicht werkgever

Pagina 12

Rapporten medisch adviseur

Pagina 14

Overlijdensschade en berekening daarvan

Pagina 17

Asbest en aansprakelijkheid scholen

Pagina 21

PIV Jaar conferentie 2008

Pagina 23

Column van ...

April 2008



Pagina 1

Belangenbehartigers en verzekeraars in gesprek over normering BGK?

Pagina 4

Twee maal HR over patiëntenkaart

Pagina 10

Goed werkgeverschap en verzekeringen

Pagina 12

Artsen, blij bij jullie medische leest

Pagina 14

Kosten levensonderhoud en huishoudelijke hulp

Pagina 17

Bijzondere zorgplicht voor veiligheid leerlingen

Pagina 21

Verzekeraars en belangenbehartigers moeten elkaar vaker zien

Interview

Buitengerechtelijke kosten zijn flink gestegen door situationeel monopolie van belangenbehartigers

Honoraria van advocaten en letselschadebureaus die aan de verzekeraar van de aansprakelijke partij worden doorberekend, zijn in de loop der jaren flink gestegen. Sinds het begin van dit jaar is dat geen vermoeden meer, maar de uitkomst van een onderzoek in opdracht van het PIV. Voor het PIV-Bulletin vroegen we prof. dr. Michael G. Faure, bijzonder hoogleraar en wetenschappelijk directeur van het Maastrichts Europees Instituut voor Transnationaal Rechtswetenschappelijk Onderzoek (METRO), naar een toelichting bij de uitkomsten en conclusies van het onderzoek. Faure deed het onderzoek samen met zijn collega's dr. Niels J. Philipsen en dr. Fokke Fernhout.

Prof. dr. M. G. Faure LL. M.



“Mijn verwachting is dat advocaten, overige belangenbehartigers en verzekeraars naar aanleiding van ons onderzoek in gesprek zullen gaan om tot een normering van de vergoeding te komen,” aldus Michael Faure. “In mijn contacten met belangenbehartigers en verzekeraars heb ik indianenverhalen over afschuwelijke verzekeraars en vreselijke belangenbehartigers gehoord, maar toch ook van beide kanten dat men de huidige praktijk ongelukkig vindt. Iedereen vindt het in zekere zin pervers dat men alsmaar over de buitengerechtelijke kosten aan het bekvechten is, terwijl het debat eigenlijk over de wensen van het slachtoffer zou

moeten gaan. Vertegenwoordigers van alle partijen vinden het daarom de hoogste tijd om tot een vorm van regulering te komen.”

Betrouwbare uitkomsten

Dat verzekeraars en belangenbehartigers over de buitengerechtelijke kosten bekvechten, vindt Michael Faure op zich niet onbegrijpelijk. Zijn onderzoek heeft immers aangetoond dat de uurtarieven van belangenbehartigers van letselschadeslachtoffers in de periode 2001-2006 met 24 procent zijn gestegen. Dat is meer dan twee keer het >

inflatiecijfer in die periode (9,79 procent) en eveneens meer dan twee keer het indexcijfer van cao-lonen (10,82 procent). Deze cijfers zijn gebleken uit de bestudering van 1043 letselschadedossiers van vijf verzekeraars, te weten AEGON, Delta Lloyd, Fortis/ASR, Univé en ZLM Verzekeringen. Volgens Michael Faure is er geen reden om aan de betrouwbaarheid van de uitkomsten te twijfelen. *“We zouden een betrouwbaarheidsprobleem hebben gehad als we tussen de vijf verzekeraars enorme verschillen hadden gezien. Dat is echter niet het geval geweest. De data die uit het bestand kwamen, bijvoorbeeld de ontwikkeling van het uurtarief en de verschillen tussen advocaten en niet-advocaten, waren voor de vijf verzekeraars á peu près gelijk. Dat bevestigt dat de wijze van aanlevering van de dossiers behoorlijk correct is geweest.”* Bij de samenstelling van het bestand werd van de diensten van een onafhankelijk onderzoeksbureau gebruik gemaakt. Dit bureau selecteerde de dossiers volledig ‘at random’ op grond van dossiernummers.

Relatie met verhaalbaarheid

De forse stijging van de uurtarieven vraagt natuurlijk om een verklaring. Michael Faure: *“Gemiddeld werd bij verzekeraars een uurtarief van 185,90 euro gedeclareerd. Het is buitengewoon moeilijk om over de hoogte van dat bedrag als zodanig een algemene normatieve uitspraak te doen. Wel blijft het merkwaardig dat de tarieven in vergelijking met andere beroepsgroepen veel meer zijn gestegen, zonder dat daar duidelijke objectieve redenen of serieuze verklaringen voor zijn. In feite was de starthypothese in ons onderzoek vrij duidelijk. Ik heb daar met diverse economen over gesproken en ik heb er ook rechtseconomische literatuur op nageslagen, maar je hoeft geen groot econoom en ook geen groot gedragsdeskundige te zijn om de situatie te begrijpen. Het is immers duidelijk dat als je jouw kosten bij de verzekeraar van de aansprakelijke partij in rekening kunt brengen, dat dan de prikkels om buitengewoon zuinig te declareren, zeer beperkt zijn. Ook is het duidelijk dat de enige controle die daarop staat, de zogenoemde dubbele redelijkheidstoets, waarschijnlijk onvoldoende is om de verleiding te weerstaan om voor jezelf behoorlijke bedragen in rekening te brengen. De hypothese dat van een dergelijke structuur op zichzelf een kostenopdrijvend effect zou uitgaan, zeker wanneer er geen andere controlemaatregelen zijn, is daarom vrij waarschijnlijk. Uiteindelijk zeggen wij daarom dat die verhaalsmogelijkheden de meest waarschijnlijke verklaring zijn voor het feit dat die tarieven zo zijn gestegen.”*

Situationeel monopolie

Aangenomen dat deze verklaring juist is, blijft het een vraag waarom de belangenbehartigers van letselschadeslachtoffers hun tarieven niet veel eerder fors hebben verhoogd. De verhaalbaarheid van buitengerechtelijke kosten was immers al in 1987 door het zogenoemde Drenth-arrest van de Hoge Raad - HR 3 april 1987 (onrechtmatige daad) London and Lancashire/Drenth, NJ 1988, 250 - een feit (en werd in 1992 in art. 6:96 BW vastgelegd). Michael Faure heeft een driedelig antwoord op de gestelde vraag. *“In de eerste plaats weet ik niet of belangenbehartigers dat niet eerder hebben gedaan, want ik heb geen data*

van voor 2001. In de tweede plaats heeft PIV-directeur Theo Kremer altijd gezegd, en ik denk dat hij daar wel een punt mee heeft, dat het een tijdje heeft geduurd voordat de markt volledig heeft beseft welke mogelijkheden de ontstane situatie gaf. In de derde plaats: het feit of men nu wel of niet al in de jaren negentig de tarieven heeft aangepast, laat onverlet dat die tarieven in de periode 2001-2006 nog eens met 2,5 keer de inflatie zijn verhoogd. Je kunt dan nog steeds zeggen dat dit waarschijnlijk te wijten zal zijn aan het feit dat die kosten bij de verzekeraar van de aansprakelijke partij kunnen worden ingediend. Het probleem is immers dat er niet een of andere competitieve druk bestaat om die kosten te reduceren. Het verwijt van verzekeraars met betrekking tot dit systeem begrijp ik daarom wel. In een normale relatie tussen een rechtsconsulent en een cliënt is er immers een competitieve druk om het uurtarief laag te houden, want er is een concurrentie. In deze situatie bestaat zo'n concurrentie niet. In ons rapport hebben we dat als een situationeel monopolie gekwalificeerd. De belangenbehartiger bevindt zich in een soort van monopoliepositie, want buiten de dubbele redelijkheidstoets kan hij rekenen wat hij wil.”

Weerleggingen door belangenbehartigers

Van de zijde van belangenbehartigers is sinds de presentatie van de onderzoeksresultaten naarstig naar weerleggingen van Faure's conclusies gezocht. *“In een van mijn gesprekken tijdens het onderzoek werd gesuggereerd, dat de markt een inhaalslag had gemaakt. Een leuk verhaal, maar het verklaart niet waarom de markt dan zes jaar eerder ‘en masse’ te weinig zou hebben gerekend. Een andere reactie was dat de stijging van het uurtarief zo hoog was, omdat de letselschadebehandeling zo veel complexer was geworden. Nog afgezien van het feit dat wij daar geen objectieve indicaties voor hebben gevonden, zou het alleen maar kunnen verklaren waarom meer uren in rekening zouden worden gebracht en niet waarom het uurtarief is gestegen. Dus ook die reactie vonden wij niet serieus. Vervolgens is ons gezegd, dat men onze hypotheses en verklaringen wel begrijpt, maar dat men in de realiteit toch echt geen lagere uurtarieven gaat berekenen wanneer die niet als buitengerechtelijke kosten op de verzekeraar van de aansprakelijke partij kunnen worden verhaald. We hebben dat deels gecontroleerd, maar we hebben daar geen absoluut betrouwbare gegevens over. Tot slot heeft men ons gesuggereerd om eens naar de tarieven te kijken van de advocaten die de verzekeraars zelf inschakelen. We hebben dat gedaan, maar we beschikken niet over een evolutie in de tijd en weten dus niet wat de eventuele stijging van die tarieven is geweest. Bovendien betreft het bijna altijd advocaten die op bepaalde terreinen uitstekend gespecialiseerd zijn en dus niet bij de goedkoopste bureaus werken. Ik wil absoluut geloven wat degenen die wij hebben geïnterviewd, tegen onze conclusies hebben ingebracht, maar bij gedragswetenschappelijk onderzoek moet je nu eenmaal altijd een verschil maken tussen datgene wat mensen open en eerlijk verklaren aan de ene kant en de data die voor zich spreken aan de andere kant.”*

Overige uitkomsten

De stijging van de uurtarieven met 24 procent in zes jaar tijd was niet de enige uitkomst van het onderzoek.

Daarnaast kwamen er opvallende verschillen aan het licht tussen advocaten en niet-advocaten. Het uurtarief van niet-advocatenkantoren steeg bijvoorbeeld in de onderzochte periode procentueel meer dan het uurtarief van advocatenkantoren. Ook het percentage van de buitengerechtelijke kosten op de totale schade bleek bij niet-advocaten hoger te zijn dan bij advocaten. Dit percentage ligt overigens bij kleinere schadebedragen veel hoger (gemiddeld 86,2 procent bij schades tot 5000 euro) dan bij hogere schadebedragen (gemiddeld 17,6 procent bij schades boven 25.000 euro). Michael Faure: *“Er is dus alle reden om nog eens goed naar die tarieven te kijken. Ook denk ik dat de uitkomsten van dit onderzoek in het huidige debat over het resultaatgerichte beloningssysteem kunnen worden betrokken. Als je het over marktwerking in de letselschadebehandeling hebt, is een van de pijnpunten dat niet-advocaten wel met resultaatgerichte beloningssystemen mogen werken, bijvoorbeeld met no cure no pay, maar advocaten niet. Dat heeft een belangrijke invloed op de vraag hoe deze markt functioneert. Ook kun je de vraag stellen in hoeverre het voor slachtoffers vooraf voldoende helder is welke tariefstructuren worden gehanteerd. Bij advocaten twijfel ik daar relatief weinig aan, maar bij niet-advocaten ligt dat anders. Ook op dat gebied is er voldoende aanleiding om daar nog eens goed naar te kijken.”*

Genueanceerde normering

De slotvraag voor Michael Faure is, hoe groot hij de kans acht op een succesvolle normering van de vergoeding van belangenbehartigers. *“Dat hangt erg van de inhoud van de normering af,”* zo zegt hij. *“Terugkijkend op de uitkomsten van ons onderzoek zien we eigenlijk twee dingen. In de eerste plaats zien we de relatieve stijging van het uurtarief, maar daarvan kun je misschien nog zeggen dat het geen ramp is. In de tweede plaats merken we dat er over de buitengerechtelijke kosten systematisch gedoe is, hetgeen de letselschadebehandeling negatief beïnvloedt. Vooral die tweede constatering is voor alle partijen een reden om bereid te zijn hieruit te komen. Of men uiteindelijk tot een succesvolle normering kan komen, hangt er vooral van af, zo hebben we in onze interviews van de zijde van de belangenbehartigers gehoord,*

of het systeem van normering voldoende genuanceerd is. Dat systeem zal een aantal coëfficiënten moeten hebben, waardoor het mogelijk wordt om rekening te houden met bijvoorbeeld de ernst van het letsel, de complexiteit van de zaak, de aard van de gevraagde specialisatie, het aantal jaren ervaring van de belangenbehartiger, het feit of de belangenbehartiger bij een beroepsgroep is aangesloten enzovoort. Aan zulke aspecten zou het systeem op een realistische wijze recht moeten doen. Zou men in die richting een poging doen, dan is er mijns inziens een mogelijkheid om eruit te komen.”

Wettelijk of privaatrechtelijk?

Wat de normering betreft, heeft Michael Faure ook de situatie in Duitsland en België in ogenschouw genomen. In Duitsland en ook in België, waar de verhaalbaarheid van het ereloon van advocaten sinds recente rechtspraak van het Hof van Cassatie en nadien wetswijziging mogelijk is, wordt die verhaalbaarheid noodzakelijkerwijs met tarificatie ofwel normering verbonden. In beide landen is duidelijk aangegeven, dat als men de mogelijkheid wil creëren om het honorarium van de advocaat van een winnende partij te verhalen op de verzekeraar van de verliezende partij, dat men dan tot een normering van dat honorarium moet komen. Michael Faure: *“In Nederland is nog wel een probleem, en dat is meer dan een detail, dat je voor zo’n normering, indien die niet via wetgeving tot stand komt, eerst nog wel even met de Nederlandse Mededingingsautoriteit moet gaan spreken. De NMa vindt het immers niet prettig als op zo’n manier de markt wordt verdeeld of concurrentiebeperkende afspraken worden gemaakt. Bovendien moet je bij een dergelijke privaatrechtelijke normering niet alleen even langs het concurrentierecht, maar zul je ook de zekerheid moeten hebben dat iedereen mee gaat doen en er dus geen free riders zullen zijn. Wat dat betreft maak ik me zorgen of je met de niet-advocaten een voldoende representatieve groep hebt, die ook als zodanig is georganiseerd en waarmee je afspraken kunt maken. Lukt dat niet, dan is er het risico dat je op enig moment een regulering van bovenaf kunt krijgen, wat altijd minder wenselijk is dan een oplossing door de marktpartijen zelf.”* (PvS)

De beschikkingen van de Hoge Raad over de patiëntenkaart en gevolgen daarvan

LJN BB5626 en LJN BB3676 22 februari 2008



Mr. Chr. H. van Dijk
Kennedy Van der Laan Advocaten

De Hoge Raad heeft in zijn langverwachte beschikkingen over de problematiek van de patiëntenkaart enige duidelijkheid gegeven over de vraag of, en zo ja in hoeverre, deze verstrekt moet worden aan de aansprakelijke verzekeraar. In deze inleiding zal ik eerst kort het theoretische kader schetsen, waarna ik zal ingaan op de door de Hoge Raad besliste vragen en de consequenties daarvan. Bij de schadeafwikkeling tussen een benadeelde en de voor zijn schade aansprakelijke partij zal voor de bepaling van (toekomstige) arbeidsvermogensschade, (toekomstige) huishoudelijke hulp en dergelijke een vergelijking moeten worden gemaakt tussen de hypothetische situatie zonder ongeval en de situatie met ongeval. Voor zover de schade ineens wordt afgewikkeld zal ook de situatie met ongeval deels hypothetisch zijn, namelijk voor zover deze in de toekomst ligt¹.

Het is vaste rechtspraak dat een medische predispositie een verminderend effect heeft op de schadeomvang indien deze zelfstandig - dus de aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis (in het vervolg gemakshalve aan te duiden als 'het ongeval') weggedacht - tot schade (bijvoorbeeld schade bestaande uit verlies van verdienvermogen, kosten) zou hebben geleid, of althans met voldoende waarschijnlijkheid zou hebben kunnen leiden².

Indien iemand bijvoorbeeld een terminale ziekte onder de leden heeft, vermindert dat vrijwel onvermijdelijk de (toekomstige) schade van een benadeelde met een postwhiplashsyndroom. Dit voorbeeld geeft direct al aan dat niet alleen die predisposities relevant zijn die een soortgelijk klachtenbeeld kennen als de klachten waarvan de benadeelde stelt dat hij deze door het ongeval heeft gekregen. Voorts behoeven de predisposities op het moment van ongeval nog

niet te zijn opgetreden en kunnen zij nog sluimerend zijn³. Predisposities kunnen onder meer leiden tot vermindering van de looptijd van de schade.

Als tegenhanger geldt dat de verzekeraar een benadeelde heeft te nemen zoals hij is. Indien hij extra kwetsbaar is ten tijde van het ongeval en daardoor zijn schade door het ongeval hoger uitvalt dan wanneer deze kwetsbaarheid niet zou hebben bestaan, dient de aansprakelijke partij de volledige hierdoor veroorzaakte schade te dragen. Dit wordt ook wel aangeduid met het Engelse adagium "*the tortfeasor takes the victim as he finds him*".

Oftewel: bij de vergelijking van de hypothetische situatie zonder ongeval met de (bij volledige afwikkeling ineens deels hypothetische) situatie met ongeval, zal in beide gevallen moeten worden uitgegaan van de persoon in concreto en niet van het robuuste rolmodel⁴.

Aansprakelijke partijen menen dat zij, en meer in het bijzonder hun medisch adviseurs, in bepaalde zaken moeten kunnen beschikken over de medische gegevens van de benadeelde van vóór en ná het ongeval. Alleen dan kunnen zij beoordelen of sprake is van relevante predisposities die zonder ongeval tot schade zouden hebben geleid en dus de van hen te vorderen schade zouden verminderen. De volgende gezichtspunten zouden een rol kunnen spelen om de vraag te beantwoorden of de patiëntenkaart in een concreet geval moet worden overgelegd:

1. Is sprake van een potentieel hoge claim?
2. Heeft de schade een lange(re) looptijd?
3. Is sprake van moeilijk te objectiveren letsel?
4. Gaat het om klachten, zoals hoofdpijn en vermoeidheid, die ook zonder ongeval veelvuldig voorkomen?
5. Is sprake van een atypisch verloop van de klachten?
6. Bestaat er een potentieel relevante medische voorgeschiedenis?
7. Omvatten de diagnostische criteria, zoals bij OPS en whiplash, een oordeel over de pre-existente voorgeschiedenis?

Een positieve beantwoording in een concreet geval betekent een punt ten faveure van overlegging van alle medische gegevens, een negatief antwoord een argument voor de benadeelde om niet alle gegevens te hoeven overleggen. Zoals bekend staan benadeelden in het algemeen een veel beperktere medische informatieverstrekking voor dan verzekeraars en menen zij dat het overleggen van alle medische gegevens een veel te ver gaande inbreuk op hun privacy is⁵.

Nu zou men kunnen denken dat één en ander voor aansprakelijke partijen niet veel problemen behoeft op te leveren. De benadeelde zal immers zijn (toekomstige) schade moeten bewijzen.⁶

Wanneer de reële mogelijkheid bestaat dat een predispositie ook zonder een ongeval tot schade zou hebben geleid, en de aansprakelijke partij zich op die mogelijkheid beroept, zal de benadeelde vervolgens zijn stelling moeten onderbouwen dat er toch van moet worden uitgegaan dat zijn predispositie hem in die hypothetische situatie geen parten zou hebben gespeeld⁷.

Levert hij dit bewijs niet dan moet - aldus de theorie - de toewijzing van zijn vordering worden beperkt tot dat deel (vaak een kwestie van looptijd) dat wel voldoende aannemelijk is geworden.

Waarom zijn het in de praktijk dan doorgaans toch de verzekeraars die verdergaande opening van zaken met betrekking tot de medische gegevens voorstaan? De hiervoor geschetste bewijslastverdeling werkt vooral niet goed bij moeilijk objectiveerbare ziektebeelden - zoals het post-whiplashsyndroom, RSI, OPS en dergelijke - die een groot deel van de schadelast van verzekeraars uitmaken. Bij dit soort klachten wordt in het algemeen geen enkele lichamelijke afwijking gevonden en is slechts sprake van subjectieve klachten. Zowel orthopeden als neurologen - sinds de nieuwe richtlijn Nederlandse richtlijnen voor de bepaling van functieverlies en beperkingen bij neurologische aandoeningen van 1 november 2007 - wensen geen percentage blijvende invaliditeit en/of beperkingen (meer) toe te kennen als zij geen lichamelijke afwijkingen kunnen vinden. Ook andere medische disciplines lijken daartoe niet bereid. Bij een psychiater zal dat anders liggen omdat hij desondanks beperkingen kan vaststellen, maar het lijkt geen wenkend perspectief om iedereen bij een moeilijk objectiveerbaar ziektebeeld naar een psychiater te sturen. Overigens zal deze specialist moeten beschikken over de medische voorgeschiedenis van een benadeelde, wil hij inhoudelijk iets kunnen zeggen.

Dit heeft tot gevolg dat het verhaal (= de anamnese) van een benadeelde en de door hem aangegeven klachten vaak een vrijwel doorslaggevende rol spelen bij de afwikkeling van moeilijk objectiveerbare ziektebeelden zowel in als buiten rechte. Dat is alleen daarom al niet wenselijk, omdat een benadeelde zijn eigen perspectief zal hebben op zijn klachten en het ontstaan ervan, een perspectief dat niet noodzakelijkerwijs het juiste behoeft te zijn. Dat het ongemakkelijk is om uitsluitend uit te gaan van het perspectief van de benadeelde over het ontstaan en de omvang van de klachten begrijpt ook de rechter. De benadeelde is immers een belanghebbende partij. Om het hof in de bekende zaak Zwolsche Algemeene/De Greef te parafaseren: *het gaat er bij 'klachten' die naar hun aard subjectief van aard zijn voor de juridische toerekening om of objectief vastgesteld kan worden dat zij aanwezig, reëel, niet ingebeeld, niet voorgewend, en niet overdreven zijn*⁸.

Een naar mijn mening nog betere formulering wordt gevonden in een recente uitspraak van het Hof Den Bosch: is sprake (r.o. 4.36) *“van een dusdanig consistent, consequent en samenhangend patroon van klachten, welke*

*klachten in verband kunnen worden gebracht met gebeurtenissen of bepaalde wel medisch vaststelbare afwijkingen of aandoeningen, dat niettegenstaande het feit dat klachten per definitie subjectief zijn, desondanks aannemelijk zijn*⁹?

Het gaat dus in feite om verificatie/falsificatie van wat de benadeelde over zijn klachten en het ontstaan ervan mededeelt.

Dit is de achtergrond waarom (medisch adviseurs van) verzekeraars in bepaalde zaken moeten kunnen beschikken over de volledige patiëntenkaart van vóór en ná het ongeval. Zij moeten het gestelde door de benadeelde over zijn klachten kunnen beoordelen en tevens of sprake is van andere klachten/afwijkingen die zonder ongeval ook tot schade zouden hebben geleid.

De reikwijdte van het voorlopig deskundigenbericht

Voor een soepele schadeafwikkeling is het noodzakelijk dat deze beoordeling door verzekeraars en deskundigen juist ook buiten rechte kan plaatsvinden. Het voorlopig deskundigenbericht lijkt bij uitstek geschikt om (naast het verzoek om een deskundige te benoemen) te verzoeken om de medische gegevens van de benadeelde van vóór en na het ongeval. Deze gegevens heeft een expertiserende arts - zeker bij moeilijk objectiveerbare ziektebeelden - ook nodig om een goede medische vergelijking te kunnen maken tussen de hypothetische situatie zonder ongeval en de (voor zover het de toekomst betreft eveneens hypothetische) situatie met ongeval. Voorts kan alleen dan de verzekeraar het onderzoek van de expertiserende arts goed controleren.

Om het opvragen van de patiëntenkaart in een voorlopig deskundigenbericht toe te staan is het echter wel noodzakelijk dat de rechter een ruime opvatting aanvaardt over het doel en de omvang van het voorlopig deskundigenbericht: het perspectief van een soepele schaderegeling, juist buiten rechte. In een groot aantal voorlopig deskundigenberichten, waarbij ik vanaf 2004 bij de Rechtbank Amsterdam en andere rechtbanken betrokken ben, is de rechter hierin meegegaan. De rechtbank overwoog: *“Indien in de procedure waarin het voorlopig deskundigenbericht 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, te weten dat het ertoe kan dienen de verzokende partij de mogelijkheid te verschaffen aan de hand van het uit te brengen deskundigenrapport zekerheid te verkrijgen omtrent voor de beslissing van het geschil relevante feiten en omstandigheden waardoor zij haar procespositie beter kan beoordelen. De ratio hiervan is dat zoveel mogelijk wordt gewaarborgd dat het voorlopig deskundigenbericht partijen dichterbij de vaststelling van de schade brengt¹⁰.”*

Veel, niet alle, rechtbanken in het land gingen mee in dit perspectief dat het voorlopig deskundigenbericht werd gevraagd met het oog op het vaststellen van de schade van de benadeelde als gevolg van een ongeval. Het Hof Amsterdam en Hof Arnhem deden dit niet. Zij meenden >

dat een meer enge opvatting van het voorlopig deskundigenbericht diende te prevaleren. Het gaat volgens deze enge opvatting bij het voorlopig deskundigenbericht om het beoordelen van feiten en niet om het vergaren ervan. Het is dus de deskundige die de selectie moet maken van de voor zijn rapport relevante gegevens.

Vanwege het grote belang van het voorlopig deskundigenbericht voor de buitengerechtelijke afwikkeling is door mij van deze uitspraken van het hof beroep in cassatie ingesteld. De Hoge Raad heeft zich bij zijn beschikkingen van 22 februari 2008 - LJN BB5626 - echter eveneens bekeerd tot deze meer enge opvatting van het doel van het voorlopig deskundigenbericht. Hij overweegt: "3.6.1 Een voorlopig deskundigenbericht als bedoeld in art. 202 Rv. strekt ertoe de verzoekende partij door middel van het uit te brengen deskundigenbericht bewijs te verschaffen van feiten en omstandigheden die zij in een eventueel te beginnen of reeds aanhangige procedure zou hebben te bewijzen, dan wel de mogelijkheid te verschaffen aan de hand van het uit te brengen deskundigenbericht meer zekerheid te verkrijgen omtrent voor de beslissing van het geschil relevante feiten en omstandigheden en aldus beter te kunnen beoordelen of het raadzaam is een procedure te beginnen of deze voort te zetten¹¹." 3.6.2 Beoogd is dus het verkrijgen van een antwoord van de deskundige op de hem gestelde vragen. Dat oordeel geeft de deskundige naar het voorschrift van art. 198 lid 1 Rv. (ingevolge art. 205 lid 1 Rv. op het voorlopige deskundigenonderzoek van toepassing) onpartijdig en naar beste weten. Dit brengt mee dat het de deskundige is, die heeft te bepalen welke door partijen te verschaffen gegevens voor de uitvoering van het hem opgedragen onderzoek noodzakelijk zijn. De partijen zijn op grond van art. 198 lid 3 Rv. tot medewerking aan het deskundigenonderzoek verplicht - en dat geldt dus ook voor de (eventuele) wederpartij van de verzoeker indien haar medewerking voor de uitvoering van het onderzoek naar het oordeel van de deskundige noodzakelijk is, zodat zij desgevraagd de deskundige die gegevens moeten verstrekken. Uit een weigering tot medewerking aan het deskundigenonderzoek zal, indien het deskundigenbericht in de procedure wordt overgelegd, de rechter die in het geschil beslist, de gevolgtrekking kunnen maken die hij geraden acht¹²."

In dit stelsel past niet dat de verzoeker bij zijn verzoek tot het bevelen van een voorlopig deskundigenbericht aan de rechter die over het verzoek oordeelt, het nevenverzoek doet de (eventuele) wederpartij op voorhand te bevelen bepaalde gegevens aan de deskundige te verschaffen."

Gezien dit oordeel van de Hoge Raad is niet onverwacht dat een rechter vraag 3 van de Interdisciplinaire Werkgroep Medische Deskundigen - IWMD, waarin vertegenwoordigers zijn opgenomen van (organisaties van) beide bij een medische expertise betrokken partijen, de 'slachtoffers' en de verzekeraars. Ook de KNMG en leden van de rechterlijke macht participeren in de IWMD - kan weigeren als hij meent dat deze buiten het deskundigenbericht valt. In deze vraag wordt de deskundige gevraagd een inventarisatie te maken van feiten en omstandigheden ook buiten zijn vakgebied voor zover zij aanleiding zou-

den kunnen geven te veronderstellen dat bij betrokkene ook zonder ongeval op enig moment beperkingen zouden zijn opgetreden. De Hoge Raad - LJN BB3676 - overweegt: "Hetgeen het hof overweegt moet aldus worden verstaan dat naar het oordeel van het hof de rechtbank terecht de onderhavige vraag 3 niet aan de deskundige heeft gesteld omdat die vraag niet valt te verenigen met de taak van de door de rechter benoemde deskundige. Deze taak bestaat hierin dat de deskundige op het terrein dat wordt ontsloten door de hem door de rechter gestelde vragen, een onderzoek verricht en op basis daarvan een oordeel geeft. De deskundige doet een en ander ingevolge art. 198 lid 1 Rv. naar beste weten, hetgeen impliceert dat hij op grond van zijn bijzondere kennis van en ervaring met het betrokken onderzoeksgebied bij uitstek gekwalificeerd is voor het verrichten van dat onderzoek en het geven van dat oordeel. De rechter is dan ook bevoegd een of meer vragen aan de deskundige niet toe te laten indien deze ertoe zouden leiden dat de deskundige onderzoek zou dienen te verrichten en een oordeel zou moeten geven waartoe hij niet bij uitstek gekwalificeerd is in de voornoemde zin. Het hof heeft evenals de rechtbank vraag 3 kennelijk als een dergelijke vraag beschouwd. Het bestreden oordeel, aldus verstaan, geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd."

Interessant is overigens wel dat de Hoge Raad niet oordeelt dat de rechter deze vraag moet weigeren. Kennelijk heeft de feitenrechter hier enige speelruimte. Illustratief is dat in de andere zaak waarover de Hoge Raad op 22 februari 2008 besliste, deze vraag wel aan de deskundige was voorgelegd.

Bij een voorlopig deskundigenbericht is het dus aan de te benoemen deskundige om te bepalen welke medische gegevens hij nodig heeft voor de aan hem voorgelegde vragen. Als de deskundige meent dat hij de volledige medische gegevens van de benadeelde nodig heeft, zal de benadeelde deze moeten verstrekken, ook als deze van mening is dat dit niet nodig is. Hiermee wordt de voor de praktijk moeizame situatie gecreëerd dat de ene deskundige in een zaak zal oordelen dat hij de gehele patiëntenkaart nodig heeft voor zijn oordeel en een andere deskundige in een geheel vergelijkbare zaak dat dit niet het geval is. Wel zal een benadeelde de gegevens waarom de deskundige vraagt moeten verstrekken om niet de kans te lopen dat de rechter uit het niet verstrekken van deze gegevens voor hem nadelige gevolgen trekt.

Deze 'macht' van de deskundige helpt bepaald niet de buitengerechtelijke praktijk waarbij vaak op gemeenschappelijk verzoek van partijen een deskundige wordt geraadpleegd, zeker niet bij de afwikkeling van met name moeilijk objectiveerbare ziektebeelden. Veel discussie zal blijven bestaan over de vraag of de verzekeraar in bepaalde gevallen recht heeft op inzage in de patiëntenkaart. Dit ook omdat de eventuele discussie over de vraag of de deskundige over voldoende gegevens heeft beschikt en voldoende gegevens heeft opgevraagd volgens de Hoge Raad niet kan plaatsvinden in het kader van het voorlopig deskundigenbericht. Daarom is de kans geenszins denkbeeldig dat bui-

ten rechte discussie blijft bestaan of sprake is van een gemankeerd deskundigenbericht.

Wel is het goed om te wijzen op het belangrijke wetsvoorstel 'deelgeschillen voor de letsel- en overlijdensschade' dat door de regering onlangs ter advies aan de Raad van State is gezonden. In het voorontwerp stond nadrukkelijk dat een door de rechter te beslissen deelgeschil betrekking kan hebben op de vraag of, en zo ja welke medische gegevens door de benadeelde moeten worden overgelegd. Het lijkt waarschijnlijk dat deze visie in het huidige - nog geheime - wetsontwerp is gehandhaafd.

Het oordeel van de Hoge Raad betekent niet dat bij een voorlopig deskundigenbericht de volledige medische gegevens nooit behoeven te worden overgelegd, maar wel dat dit afhangt van de aan de deskundige te stellen vragen en de discipline van de te benoemen deskundige. Naarmate de vraagstelling ruimer is en de discipline van de te benoemen deskundige algemener, kan het verstrekken van de medische gegevens heel wel binnen het kader van het gevraagde deskundigenbericht vallen. Alleen mag de deskundige dat zelf uitmaken, aldus de Hoge Raad.

Medische gegevens waarover de deskundige beschikt moeten integraal aan partijen worden verstrekt.

De Hoge Raad is evenwel niet meegegaan met het oordeel van met name Hof Arnhem dat de aansprakelijke partij - de benadeelde partij beschikt daar uit de aard der zaak over - slechts beperkt zou mogen beschikken over de gegevens die de deskundige van de benadeelde heeft gevraagd en ontvangen. De Hoge Raad komt tot een soort getrappt systeem: "3.6.3. *Het bepaalde in de slotzin van het tweede lid van art. 198 alsmede het daaraan ten grondslag liggende contradictoire beginsel brengt mee dat gegevens die door de ene partij aan de deskundige worden verschaft, tegelijkertijd in afschrift of ter inzage worden verstrekt aan de wederpartij. Dit geldt echter niet onverkort voor medische gegevens die aan de deskundige worden verstrekt door de partij die eventueel gebruik kan maken van het blokkeringsrecht als bedoeld in art. 7:464 lid 2, aanhef en onder b, BW. Deze partij is, met het oog op de eventuele uitoefening van haar blokkeringsrecht, in beginsel niet verplicht de door haar aan de deskundige verschaft medische gegevens tegelijkertijd aan de wederpartij in afschrift of ter inzage te verstrekken. Dit lijkt echter in een geval dat de wederpartij een verzekeraar is die beschikt over een medisch adviseur, in zoverre uitzondering dat tevens en tegelijkertijd aan de medisch adviseur van de verzekeraar alle aan de deskundige verschaft medische gegevens in afschrift of ter inzage dienen te worden verstrekt. Aangenomen moet immers worden dat de medisch adviseur, ook ten opzichte van de verzekeraar, de aldus verkregen medische informatie als hem onder zijn geheimhoudingsplicht toevertrouwd zal beschouwen en behandelen.*

Aantekening verdient verder nog dat de deskundige in zijn bericht zal hebben aan te geven welke medische gegevens hij heeft ontvangen, waaronder ook die welke hij weliswaar heeft ontvangen maar niet aan zijn deskundig oordeel ten grondslag heeft gelegd.

Al het voorgaande geldt ook met betrekking tot een door de rechter in de procedure op de voet van art. 194 Rv. bevolen deskundigenbericht.

Indien de partij die het blokkeringsrecht heeft, van dit recht geen gebruik maakt en het deskundigenbericht ter beschikking van de wederpartij wordt gesteld, dan is eerstgenoemde partij, indien de wederpartij het verlangt of op bevel van de rechter die het bevel tot het deskundigenbericht heeft gegeven dan wel de rechter in de hoofdprocedure, alsnog verplicht alle door haar aan de deskundige verschaft medische gegevens aan de wederpartij in afschrift of ter inzage te verstrekken. Weigert zij dit te doen, zonder dat zij daartoe gewichtige redenen als bedoeld in art. 22 Rv. heeft aangevoerd welke door de rechter gegrond zijn geoordeeld, dan zal de rechter in de hoofdprocedure uit die weigering de gevolgtrekking kunnen maken die hij geraden acht."

Uitgangspunt bij een (voorlopig) deskundigenbericht is dus dat partijen over dezelfde stukken beschikken als de deskundige; het gaat daarbij ook om die gegevens waarover de deskundige wel beschikt maar die hij niet aan zijn oordeel ten grondslag heeft gelegd.

Vanwege het de benadeelde toekomstige blokkeringsrecht behoeft de benadeelde medische gegevens (voor het gereedkomen van het deskundigenbericht) niet tegelijkertijd aan de deskundige en de aansprakelijke partij te geven. Dit is anders als de aansprakelijke partij beschikt over een medisch adviseur. In dat geval moeten de medische gegevens - nog voordat de benadeelde heeft beslist of hij gebruik wil maken van zijn blokkeringsrecht - wel tegelijkertijd aan de deskundige en die medisch adviseur worden gegeven. Daar de medisch adviseur over een geheimhoudingsplicht beschikt, zal hij deze dan wel vertrouwelijk moeten behandelen.

Ik heb mij afgevraagd wat het belang is van verstrekking van de medische gegevens aan de medisch adviseur als hij deze toch nog geheel voor zich moet houden. Het belang lijkt tweërlei te kunnen zijn. Allereerst zou dit de medisch adviseur in staat kunnen stellen om naar aanleiding van deze gegevens jegens de benoemde deskundige opmerkingen te kunnen maken en verzoeken te doen. Voorts stelt de beschikking over de medische gegevens de medisch adviseur in staat om zich een oordeel te vormen wanneer de benadeelde stelt dat sprake is van gewichtige redenen in de zin van art. 22 Rv en dat om die reden (bepaalde) medische gegevens niet behoeven te worden verstrekt. Art. 22 Rv. luidt: "De rechter kan in alle gevallen en in elke stand van de procedure partijen of een van hen bevelen bepaalde stellingen toe te lichten of bepaalde, op de zaak betrekking hebbende bescheiden over te leggen. Partijen kunnen dit weigeren indien daarvoor gewichtige redenen zijn. De rechter beslist of de weigering gerechtvaardigd is, bij gebreke waarvan hij daaruit de gevolgtrekking kan maken die hij geraden acht." Bij gewichtige redenen kan volgens de minister gedacht worden aan vertrouwelijk gegevens van seksuele geaardheid, medische status of financiële positie¹³.

Ik meen dat het enkele feit dat sprake is van medische gegevens bij de ons bezig houdende problematiek geen gewichtige redenen zullen kunnen opleveren. Dan zou het immers weinig zinvol zijn om, zoals de Hoge Raad doet, >

het blokkeringsrecht naast de mogelijkheid van gewichtige redenen van art. 22 Rv. te plaatsen.

Indien de benadeelde geen gebruik maakt van zijn blokkeringsrecht, zal hij de aan de deskundige verschaft medische gegevens op verzoek van wederpartij of op bevel van de rechter in beginsel moeten verschaffen of ter inzage geven, tenzij zich een gewichtige reden van art. 22 Rv. voordoet. Dat betekent dat, behoudens een beroep op het blokkeringsrecht of gewichtige redenen, niet alleen de medisch adviseur maar ook de schadebehandelaar over de medische gegevens zal kunnen beschikken, die ook de deskundige had. Deze beslissing van de Hoge Raad doet naar mijn mening recht aan het feit dat de relevantie van de medische gegevens van de benadeelde zowel vanuit een medisch standpunt (door de medisch adviseur van partijen) als vanuit een juridisch standpunt (door de raadslieden van partijen) moet kunnen worden getoetst. Daarom kan niet worden volstaan met verstrekking van de gegevens aan de medisch adviseur¹⁴.

Een rechter zal, zeker bij gegevens die zeer relevant zijn voor de uitkomst van een procedure slechts in uitzonderingsgevallen moeten oordelen dat sprake is van gewichtige redenen.

Als geen sprake is van gewichtige reden zoals bedoeld in art. 22 Rv. en een benadeelde de medische gegevens toch niet verstrekt of ter inzage geeft, kan de rechter daaruit in een bodemprocedure een gevolgtrekking maken die hij geraden acht. Meestal zal dit betekenen dat de rechter deze weigering ten nadele van de benadeelde uitlegt.

Medische gegevensverstrekking

Daarmee is de kous echter nog niet af. De Hoge Raad heeft er oog voor dat verstrekking van medische gegevens van voor en na het ongeval in bepaalde zaken noodzakelijk kan zijn voor een goede schadeafwikkeling. Het kan immers zo zijn, dat een deskundige ten onrechte bepaalde gegevens niet heeft opgevraagd en het zonder die gegevens niet goed mogelijk is om het deskundigenbericht te beoordelen. Ook is het mogelijk dat bepaalde gegevens wel relevant kunnen zijn voor de schadeafwikkeling maar niet zien op het expertisegebied van de deskundige. In de inleiding gaf ik al het voorbeeld van de terminale ziekte die echter niets uit te staan heeft met de ongevalklachten. Ook is niet uitgesloten dat soms in het geheel geen deskundigenbericht zal worden gevraagd.

De Hoge Raad geeft hiervoor de volgende belangrijke overweging: “3.6.5 (...) Indien in de procedure waarin het voorlopige deskundigenbericht wordt overgelegd, blijkt dat voor de beoordeling daarvan of voor een aanvullend onderzoek dergelijke gegevens nodig zijn, dan zal de rechter in de procedure op de voet van art. 22 Rv. de partij die het aan gaat een bevel tot het overleggen daarvan kunnen geven. Eventueel kan, waar dat mogelijk is, art. 843a Rv. toepassing vinden.”

Uitdrukkelijk wijst de Hoge Raad derhalve op de mogelijkheid dat de rechter gebruikt maakt van zijn bevoegdheid gebruik te maken van art. 22 Rv. om een partij te bevelen bepaalde stellingen toe te lichten of bepaalde, op

de zaak betrekking hebbende bescheiden over te leggen. Ook lijkt soms dus art. 843a Rv. uitkomst te kunnen bieden. Het eerste lid van dit artikel bepaalt: “Hij die daarbij rechtmatig belang heeft, kan op zijn kosten inzage, afschrijft of uittreksel vorderen van bepaalde bescheiden aangaande een rechtsbetrekking waarin hij of zijn voorgangers partij zijn, van degene die deze bescheiden te zijner beschikking of zonder zijn berusting heeft (...).”

Ook uit andere rechtspraak lijkt te volgen dat art. 843a Rv. een bruikbare basis kan zijn om in bepaalde omstandigheden medische gegevens op te vragen¹⁵.

Bij art. 843a Rv. is het niet noodzakelijk dat het gaat om bescheiden die de aangesprokene zelf heeft. Het gaat erom dat hij daarover de beschikking kan krijgen. Uiteraard afhankelijk van de precieze omstandigheden van het geval is goed verdedigbaar dat het opvragen van de medische gegevens een rechtmatig belang dient. Zonder deze gegevens kan immers de voor de schadeafwikkeling noodzakelijke vergelijking tussen de hypothetische situatie zonder en met ongeval veelal niet worden gemaakt¹⁶.

Ik ken in ieder geval een ongepubliceerde uitspraak van de Rechtbank Amsterdam, waarin een vordering van de verzekeraar op de voet van art. 843a Rv. om medische informatie te verkrijgen is toegewezen¹⁷.

Conclusies

De uitspraak van de Hoge Raad lijkt op een salomonsoordeel. Bij een voorlopig deskundigenbericht bepaalt uitsluitend de deskundige welke gegevens hij nodig heeft voor zijn oordeel. Klagen dat hij te weinig gegevens opvraagt kan niet in het kader van het voorlopig deskundigenbericht, maar wel in een eventueel daarop volgende andere procedure. Wel zullen alle medische gegevens waarover de deskundige beschikt, ook als hij daarop zijn oordeel niet baseert, onmiddellijk verstrekt moeten worden aan de medisch adviseur van de verzekeraar en, indien de benadeelde zich niet op zijn blokkeringsrecht beroept en geen sprake is van gewichtige redenen in de zin van art. 22 Rv., aan de functionele eenheid van de verzekeraar.

De Hoge Raad lijkt voorts het belang van de aansprakelijke partij te zien om onder bepaalde omstandigheden te kunnen beschikken over de volledige patiëntenkaart van de benadeelde waar dan natuurlijk prudent mee moet worden omgegaan. Met prudent bedoel ik dat slechts een beperkte kring van personen - waarvan het kenmerk is dat zij een geheimhoudingsplicht hebben die ook kan zijn vastgelegd in de arbeidsovereenkomst - over de gegevens kunnen beschikken en bovendien dat de verzekeraar niet te snel aanneemt dat los van het ongeval staand letsel de schade zou hebben verminderd. Zelf vind ik een mooie maatstaf dat daarvoor zodanig aannemelijk moet zijn dat de predispositie ook in de hypothetische situatie zonder ongeval tot relevante beperkingen zou hebben geleid, dat het ten opzichte van de aansprakelijke partij niet langer redelijk is om van het tegendeel uit te gaan¹⁸.

Als mogelijke juridische vehikels om de medische gegevens in rechte op te vragen wijst de Hoge Raad op de

art. 22 en 843a Rv. Onder welke omstandigheden verstrekking van de medische gegevens kan worden 'afgedwongen', dat wil zeggen het niet verstrekken negatieve consequenties kan inhouden voor de benadeelde partij, vermeldt de Hoge Raad niet. Zelf houd ik het er op dat in ieder geval de door mij in de inleiding vermelde gezichtspunten daarbij een rol zouden moeten spelen. Het ligt voor de hand dat verzekeraars in sprekende gevallen in bodemprocedures de art. 22 en 843a Rv in stelling gaan brengen. Vanwege het grote belang dat door verzekeraars prudent

wordt omgegaan met verkregen medische gegevens en om de rechter daarvan te overtuigen, meen ik dat een door verzekeraars tezamen zelf in het leven geroepen onafhankelijke visitatiecommissie die de naleving daarvan controleert goede diensten kan bewijzen.

Voorts hoop ik van harte dat het wetsvoorstel deelgeschillen spoedig wet zal worden, aangezien het de moeizame buitengerechtelijke discussies over de patiëntenkaart kan stroomlijnen.

¹ Vgl. HR 15 mei 1998, NJ 1998, 624.

² Vgl. bijv. A.J. Akkermans, TVP 2000, p. 78 e.v.

³ Zie voor een voorbeeld hiervan HR 2 februari 1990, NJ 1991, 292.

⁴ Vgl. Akkermans TvP 2003, p. 103.

⁵ Vgl. bijv. E.J. Dennekamp, TVP 2005, p. 93 t/m 98.

⁶ Zie bijv. HR 15 mei 1998, NJ 1998, 624 en HR 14 januari 2000, NJ 2002, 437.

⁷ NJ 2003, 212.

⁸ HR 8 juni 2001, LjN AB2054.

⁹ Hof Den Bosch 12 februari 2008, LjN BC4873, r.o. 4.14 en 4.36.

¹⁰ Vgl. bijvoorbeeld de beschikking van 6 december 2004, r.o. 5.7., zaaknummer 04.732 H/296048.

¹¹ Vgl. voor dit laatste HR 19 december 2003, nr. R03/017, NJ 2004, 584.

¹² Vgl. HR 26 maart 2004, nr. R03/045, RvdW 2004, 54.

¹³ P. 154-160 van de Parl. Gesch. Herziening van het burgerlijk procesrecht voor burgerlijke zaken, in het bijzonder de wijze van procederen in eerste aanleg: Deventer 2002.

¹⁴ Zie voor een soortgelijk oordeel in de sociale zekerheidszetting CRvB 20 juli 2001, RSV 2001, 205 en ook de beschikking van de Rechtbank Amsterdam van 27 oktober 2005. Daarin heeft zij bepaald dat van de benadeelde kan worden verlangd dat zij ook aan de advocaat van de verzekeraar inzage verschaft in haar medische gegevens (inclusief de patiëntenkaart) uit de periode van vóór en na het ongeval. In zoverre gaat de Hoge Raad nu verder dat de medische gegevens aan de wederpartij moeten worden verschaft en niet alleen aan haar (eventuele) advocaat. Zie voor een uitvoerige uiteenzetting E.M. Deen, TVP 2005, p. 1-10.

¹⁵ Hof Arnhem 27 juni 2006, dat ten grondslag lag aan de beschikking van de Hoge Raad, LjN BB5626. Zie over deze mogelijkheid ook uitvoerig J. Ekelmans, TVP 2007, p. 29-37; zie ook J.R. Sijmonsma, Praktisch Procederen 2005, p. 150.

¹⁶ Zie ook Ekelmans a.w. p. 32.

¹⁷ Rolnr. 253886/H 02.2551.

¹⁸ A.J. Akkermans, TVP 2003, afl. 4 p. 103.

Uitbreiding verzekeringsplicht van werkgever ten behoeve van werknemer



Mevrouw mr. Y.M.M. van Eck
Houthoff Buruma Advocaten

Foto: © Maartje Geels

De Hoge Raad heeft recent, op 1 februari 2008, twee arresten gewezen over goed werkgeverschap (art. 7:611 BW): Hoge Raad 1 februari 2008, LJN BB4767 ('Taxicentrale'), alsmede Hoge Raad 1 februari 2008, LJN BB6175 ('Akzo').

De werkgever is gehouden zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering van zijn werknemers, indien werkzaamheden ertoe kunnen leiden dat zij als bestuurder van een auto schade lijden als gevolg van een verkeersongeval.

De feiten

Taxicentrale

De eerste uitspraak - LJN BB4767 - ziet op een geval waarin een taxichauffeur met zijn taxi werd aangereden door een trein waardoor hij ernstig letsel opliep. Hij was als werknemer in dienst bij Taxicentrale. Taxicentrale had als werkgever (conform de van toepassing zijnde cao) een collectieve ongevallenverzekering gesloten ten behoeve van haar werknemers. Daarnaast had Taxicentrale voor haar werknemers een (ongevallen)inzittendenverzekering afgesloten. De dekking onder deze verzekeringen was echter onvoldoende om de schade van de werknemer te vergoeden. De werknemer stelde zijn werkgever aansprakelijk voor het niet-gedekte deel van zijn schade. Hij baseerde zijn vordering op de art. 7:658 (zorgverplichting werkgever), 7:611 (goed werkgeverschap) en 6:248 lid 1 (de redelijkheid en billijkheid) BW. De rechtbank en het hof wezen zijn vordering af, waarna de werknemer de zaak voorlegt aan de Hoge Raad. Hierbij gaat het alleen nog om de vraag of het hof de vordering op grond van art. 7:611 BW had moeten toewijzen.

Akzo

Ook de tweede uitspraak (LJN BB6175) heeft betrekking op schade die een werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden heeft geleden ten gevolge van een verkeersongeval. Op enig moment moest de werknemer voor zijn werk - in zijn eigen auto - afreizen naar Duitsland. Onderweg is hij, rijdend over een polderweg, bij een verkeersongeval betrokken geraakt. Hij droeg op dat moment bewust geen gordel, omdat hij als gevolg van een eerdere traumatische ervaring bang was niet tijdig uit de auto te kunnen indien deze te water zou raken. Tengevolge van het ongeval liep hij een whiplashtrauma op. Hij heeft 75% van zijn schade vergoed gekregen van de aansprakelijke automobilist en diens WAM-verzekeraar. De resterende 25% was - wegens het niet dragen van de gordel - voor zijn rekening gebleven op grond van eigen schuld. De werknemer sprak vervolgens zijn werkgever Akzo aan tot voldoening van de nog resterende 25% van de totale schade. De werknemer baseerde zijn vordering primair op art. 7:658 BW en daarnaast op de (meer algemene) art. 7:611 en/of 6:248 lid 1 BW. Ook in deze uitspraak werd de vordering van de werknemer zowel door de kantonrechter als het hof afgewezen. Het hof overwoog hierbij dat de werkgever in beginsel de schade van de werknemer - die niet door een verzekering was gedekt - diende te dragen, tenzij sprake was van opzet of bewuste roekeloosheid. Omdat de werknemer - in de ogen van het hof - echter door het niet dragen van de gordel bewust roekeloos had gehandeld, wees het hof de vordering van de werknemer uiteindelijk toch af. De werknemer gaat in cassatie en bestrijdt daar de opvattingen van het hof.

De Hoge Raad

De aansprakelijkheidsgrondslag van art. 7:658 BW speelde in cassatie alleen nog in de tweede zaak ('Akzo'-arrest). Hierin bevestigde de Hoge Raad het oordeel van het hof dat de werkgever op grond van deze bepaling niet aansprakelijk geacht kan worden. De op de werkgever rustende zorgplicht en de daaruit voortvloeiende aansprakelijkheid houdt immer een nauw verband met de zeggenschap van de werkgever over de werkplek en de bevoegdheid van de werkgever om de werknemer aanwijzingen te geven ter zake van de uitoefening van de werkzaamheden. De zeggenschap over het gebruik van de (eigen) auto berustte in dit geval geheel bij de werknemer en niet bij de werkgever.

Wél stelt de Hoge Raad in beide arresten - conform bestendige jurisprudentie - vast dat een werkgever *onder omstandigheden* jegens zijn werknemer aansprakelijk kan zijn voor de schade ten gevolge van een ongeval tijdens de

uitoefening van zijn werkzaamheden, ook al is (zoals in casu) niet aan de vereisten van art. 7:658 BW voldaan. Hierbij dient men zich echter te realiseren dat noch art. 7:658 BW, noch art. 7:611 BW een absolute waarborg schept voor de bescherming van de werknemers tegen het gevaar van arbeidsongevallen, aldus de Hoge Raad. Het oordeel van het hof (in het 'Akzo'-arrest) dat art. 7:611 BW in gevallen als de onderhavige een *onbepaalde aansprakelijkheid* voor de schade van de werknemer in het leven roept (tenzij sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid), is daarom ook onjuist.

Vervolgens geeft de Hoge Raad zijn visie op de invulling van goed werkgeverschap conform art. 7:611 BW.

Voortbouwende op de arresten Vonk/Van der Hoeven¹ en De Bont/Oudenallen² overweegt de Hoge Raad dat de werkgever op grond van goed werkgeverschap gehouden is zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering van werknemers, indien werkzaamheden ertoe kunnen leiden dat zij als bestuurder van een motorvoertuig betrokken raken bij een verkeersongeval. De Hoge Raad benadrukt dat de omvang van deze verplichting tot het afsluiten van een behoorlijke verzekering van geval tot geval nader bepaald zal moeten worden, met inachtneming van alle omstandigheden van het geval. De verzekering behoeft in ieder geval geen dekking te verlenen voor schade die het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer³.

De Hoge Raad voegt hieraan toe dat de werkgever ook aan zijn verplichting uit 'goed werkgeverschap' voldoet door de werknemer, die voor zijn werkzaamheden gebruik maakt van zijn eigen auto, financieel in staat te stellen om zelf voor een behoorlijke verzekering zorg te dragen. Voorwaarde is dan wel dat tussen de werkgever en werknemer hierover voldoende duidelijkheid bestaat.⁴

Commentaar

Het bijzondere aan deze zaken is dat er geen sprake is van een typisch geval van werkgeversaansprakelijkheid. Het betreft immers ongevallen die plaatsvinden tijdens woon/werkverkeer, dan wel werk/werkverkeer. De werkgever heeft geen invloed op het gedrag van de werknemer op de weg. Veelal wordt de vordering van de werknemer die gebaseerd is op art. 7:658 BW dan ook afgewezen. Werknemers doen, teneinde afwijzing te voorkomen, daarom veelal subsidiair een beroep op de art. 7:611 en 6:248 BW.

Art. 7:611 BW is een, zoals A-G Spier het heeft genoemd in zijn conclusie voor het Hoge Raad arrest d.d. 16 maart 2005, "*vangnet voor restcategorieën die niet door art. 7:658 BW worden bestreken*." Het is een algemeen geformuleerd artikel.

Uit de rechtspraak van de afgelopen jaren blijkt dat de Hoge Raad (en ook de lagere rechtspraak) inzet op de noodzaak voor de werkgever om een verzekering af te sluiten ten behoeve van de werknemers. Meer in het bijzonder: wil een werkgever voldoen aan het vereiste van goed werkgeverschap, dan dient hij een adequate, dan wel zoals blijkt uit het hierboven aangehaalde arrest, "behoorlijke verzekering" af te sluiten. De werkgever kan er ook

voor kiezen om zijn werknemers een financiële vergoeding te bieden voor het zelfstandig afsluiten van een dergelijke verzekering. Het enkel financieel daartoe in staat stellen is onvoldoende; expliciet moet gewezen worden op de noodzaak tot het afsluiten van een dergelijke verzekering.

Kort en goed, uit bovenstaande arresten kan worden afgeleid dat de werknemer moet zorg dragen voor het bestaan van een behoorlijke verzekering.

Er zijn twee mogelijkheden om dit doel te bereiken.

Allereerst kan de werkgever de werknemer een financiële tegemoetkoming ter zake van het afsluiten van een verzekering doen toekomen. Hierbij is het relevant dat de werknemers gewezen zijn op de noodzaak tot het afsluiten van een dergelijke verzekering.

Ook kan de werkgever ervoor kiezen om zelf voor de werknemers een behoorlijke verzekering af te sluiten. Indien deze verzekering niet is afgesloten, kan de werknemer maximaal het bedrag ontvangen dat hij bij het afsluiten van een dergelijke behoorlijke verzekering van de verzekeraar zou hebben ontvangen.

Wat precies moet worden verstaan onder een "behoorlijke verzekering", is nog niet uitgemaakt door de Hoge Raad. Wel geeft de Hoge Raad aanknopingspunten; de omvang van de verplichting dient van geval tot geval nader vastgesteld te worden en alle omstandigheden van het geval moeten worden meegewogen. In het bijzonder van belang zijn de volgende factoren:

- de vraag naar de destijds bestaande verzekeringsmogelijkheden;
- de vraag of de verzekering kan worden verkregen tegen een premie die in redelijkheid van de werkgever gevergd kan worden en;
- de heersende maatschappelijke opvattingen omtrent de vraag voor welke schade, zowel naar aard als naar omvang, een behoorlijke verzekering dekking dient te verlenen.

Het heeft er dan ook alle schijn van dat maatwerk ter zake van verzekeringen geboden is. Dit vereist maatwerk van verzekeraars: voor verschillende groepen werknemers moeten *tailor made* verzekeringen beschikbaar komen. ■■■

¹ NJ 2001, 253.

² NJ 2004, 235.

³ Zie r.o. 3.4.1 (Taxicentrale) en r.o. 4.3 (Akzo).

⁴ Zie r.o. 3.4.1 (Taxicentrale) en r.o. 4.3 (Akzo).

Rapporten van een medisch adviseur



Mr. E.J.C. de Jong
KBS Advocaten

Medisch adviseurs zijn er in vele gedaanten. Bekend zijn de geneeskundig adviseurs bij particuliere verzekeringsmaatschappijen, medisch adviseurs verbonden aan letselschadebureaus en medisch adviseurs die werkzaam zijn voor overheidsorganisaties als de Immigratie- en Naturalisatiedienst (IND). Deze artsen behandelen geen patiënten, maar adviseren hun opdrachtgevers over de gezondheidstoestand van personen die daar om welke reden dan ook voor in aanmerking komen. Soms gaat het daarbij om een papieren beoordeling, soms zelfs zonder dat de betrokken persoon daar weet van heeft.

Feitelijk gaat het steeds om een keuring: de gezondheidstoestand van iemand wordt beoordeeld ten behoeve van een niet-medisch doel. Op sommige keuringen is de Wet medische keuringen van toepassing, maar het bereik van die wet is beperkt. Voor overige keuringen gelden geen concrete wettelijke regels. Wel geldt dat de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst (WGBO) op een keuring van toepassing is voor zover de aard van de rechtsbetrekking zich daar niet tegen verzet. Voorts kan bijvoorbeeld gewezen worden op de gedragscode van de Vereniging van Geneeskundig Adviseurs in particuliere Verzekeringszaken (GAV).

Criteria medische rapporten

In de medische tuchtspraak zijn normen ontwikkeld waaraan een medisch rapport opgesteld door een (keurend) arts moet voldoen. Die normen zijn:

1. In het advies moet op heldere en consistente wijze zijn uiteengezet op welke gronden de conclusie en het advies zijn gebaseerd.
2. De in de uiteenzetting genoemde gronden moeten op hun beurt aantoonbaar voldoende steun vinden in de feiten, omstandigheden en bevindingen, vermeld in het advies.
3. De bedoelde gronden moeten de daaruit getrokken conclusie kunnen rechtvaardigen.

4. De rapportage dient zich in beginsel te beperken tot het gebied waarop de rapporteur de bijzondere kennis heeft, op grond waarvan hij is aangezocht; indien buiten dit kennisterrein conclusies worden getrokken, dient dit ondubbelzinnig uit de rapportage te volgen.

Deze normen zijn onder meer van toepassing geacht op rijbewijskeuringen, keuringen in het kader van vreemdelingenbeleid en forensisch psychiatrische rapportages.

Advies aan particuliere verzekeraar

Enige tijd geleden heeft het Centraal Tuchtcollege uitspraak gedaan op een klacht die was ingediend tegen een medisch adviseur van een particuliere verzekeringsmaatschappij. Die uitspraak is in PIV-Bulletin 2007, 5 al besproken door Meyst-Michels.

Klaagster was in haar auto van achter aangereden en ontwikkelde daarna klachten. De verzekeraar van de veroorzaker van het ongeval liet zich adviseren door de aangeklaagde medisch adviseur. Die schreef verschillende adviezen aan de schaderegelaar. Tenminste één van die adviezen werd ook aan klagster verstrekt. In dat advies wordt door de arts onder meer opgemerkt dat hij het niet juist acht de vrouw *“af te schepen met de substraatloze pseudodiagnose ‘whiplash’”*, waarbij ook meer algemene opmerkingen over het al dan niet bestaan van whiplash worden gemaakt. Geconcludeerd wordt: *“Kortom: ik zie geen ongevalsgevolgen opgetreden langer dan die voorkomen uit een poos spierpijn.”*

Klaagster meent dat de medisch adviseur hierdoor onzorgvuldig en vooringenomen geadviseerd heeft. Het Regionaal Tuchtcollege is dat met haar eens en verwijst naar de hiervoor genoemde criteria. In beroep echter overweegt het Centraal Tuchtcollege onder meer dat de normering op dit gebied binnen de beroepsgroep van medisch adviseurs nog onvoldoende is ontwikkeld. Het Centraal Tuchtcollege heeft wel wat opmerkingen over de wijze van rapporteren door de medisch adviseur, maar mede omdat voornoemde normering nog niet zou hebben plaatsgevonden, ziet het Centraal Tuchtcollege onvoldoende grond om de klacht gegrond te verklaren. Overwogen wordt: *“Het Centraal Tuchtcollege acht nadere normering overigens ten zeerste gewenst. Blijkens de uitlatingen van de deskundige ter zitting wordt in de betrokken beroepsgroep vaker op weinig gestructureerde wijze gerapporteerd; dat maakt adviezen onvoldoende toetsbaar en verhoudt zich bovendien slecht met het feit dat de adviezen van de geneeskundig adviseur behalve voor de verzekeraar aan wie zij primair gericht zijn, ook steeds meer een externe functie krijgen.”* Hoewel het Centraal Tuchtcollege dat niet met zoveel woorden zegt kan hieruit geconcludeerd worden dat de in de jurisprudentie ontwikkelde criteria voor medische rapporten kennelijk niet gelden voor artsen die (intern)

advies geven aan een particuliere verzekeringsmaatschappij.

Onderscheid niet gerechtvaardigd

Het is de vraag of dit kennelijke onderscheid tussen intern en extern advies zo strikt gemaakt kan worden. De essentie van een medische keuring is immers steeds dat een arts de gezondheidstoestand van een persoon beoordeelt, al dan niet na fysiek onderzoek, ten behoeve van een niet-medisch doel. Niet valt dan in te zien waarom in het ene geval de in de tuchtrechtspraak ontwikkelde criteria wel zouden gelden en in het andere geval niet. Dat verschil kan in ieder geval niet worden verklaard omdat de beroepsgroep de genoemde normen zo bedoeld zou hebben. De normen zijn namelijk niet door de beroepsgroep ontwikkeld, maar door de tuchtcolleges. Voor zover mij bekend is het Regionaal Tuchtcollege Den Haag daarin de voorloper geweest in een uitspraak gewezen op 23 december 1998, handelend over een medisch advies aan de IND. Een dergelijk advies is ook een intern advies, dat mede ten grondslag wordt gelegd aan een bestuursrechtelijk besluit. Het verschil met een advies van een medisch adviseur werkzaam bij of voor een particuliere verzekeringsmaatschappij acht ik niet zo groot.

Voorts is niet zo goed te begrijpen waarom de genoemde criteria niet zouden kunnen gelden voor adviezen van artsen aan particuliere verzekeraars. In de uitspraak van het Centraal Tuchtcollege wordt erop gewezen dat duidelijk is geworden dat er in de betrokken beroepsgroep vaker op weinig gestructureerde wijze wordt gerapporteerd. Het lijkt er zelfs op dat het Centraal Tuchtcollege dat gegeven mede van belang heeft geacht en dat het Centraal Tuchtcollege het daarom niet als haar taak heeft gezien om strakkere normen te stellen. Als dat zo zou zijn, valt niet goed in te zien dat het Centraal Tuchtcollege dat eerder met betrekking tot medische rapporten wel heeft gedaan. Het miskent naar mijn idee ook dat de tuchtrechter soms zal moeten ingrijpen als de beroepsgroep dat zelf niet doet.

Ten derde: wat is er mis met de genoemde criteria?

Waarom zouden die niet toepasbaar kunnen zijn op medisch adviseurs bij verzekeringsmaatschappijen? Dat is niet duidelijk. Op de criteria is voor zover ik weet nooit commentaar gekomen en dat lijkt mij terecht. De criteria zijn logisch en helder en kunnen vrijwel altijd worden toegepast. Ze dwingen een arts om het advies dat gegeven

moet worden goed te onderbouwen en daarbij te blijven binnen de eigen deskundigheid.

Adviezen aan slachtoffers

Naar mijn idee zouden ook medisch adviseurs van slachtoffers zich deze criteria eigen moeten maken. Dat dit nog lang niet altijd het geval is, zal voor velen duidelijk zijn. Ik noem twee voorbeelden.

Een man moet vanwege een kaakabces door de kaakchirurg behandeld worden. Het gaat om een spoedingreep. Na de ingreep blijkt dat er een zenuw beschadigd is geraakt. De man stelt het ziekenhuis aansprakelijk en beroept zich daarbij op het advies van de medisch adviseur van zijn advocaat. In dat medisch advies, afgegeven door een basisarts, wordt onder meer opgemerkt: *“Er was dus geen enkele reden geweest een biopt te nemen van dit zenuwweefsel en [naam verzekeraar, EdJ] probeert via een omweg, waarbij zij doodleuk een andere diagnose stellen waarbij een biopt mogelijk wel geïndiceerd is, deze fout goed te praten.”* In de procedure die volgt benoemt de rechtbank een kaakchirurg als deskundige. Deze onderschrijft volledig het standpunt van het ziekenhuis dat van een fout geen sprake is geweest. De vordering wordt afgewezen. Een medisch adviseur, arts RGA, schrijft aan een advocaat: *“Ik meen dat deze [een bepaalde operatie, EdJ] ten onrechte achterwege is gebleven en dat de behandeling dan ook onzorgvuldig is geweest. Een claim schat ik in als 80% haalbaar.”*

Beide medisch adviseurs beperken zich ten onrechte niet tot hun deskundigheidsgebied. In het eerste advies geeft een basisarts zijn mening over een kaakchirurgisch probleem, in het tweede advies wordt door een arts zelfs een juridische inschatting gemaakt. Zou men de criteria voor medische rapporten hierop loslaten, dan kan de conclusie niet anders zijn dan dat er door beiden tuchtrechtelijk verwijtbaar is gehandeld. Daarvan zijn vooral slachtoffers (opnieuw) de dupe, omdat het risico bestaat dat op onvoldoende gronden een procedure aanhangig wordt gemaakt. Om dat te voorkomen en daardoor ook medisch adviseurs van slachtoffers te dwingen tot zorgvuldig rapporteren, zou het goed zijn als de al enige malen genoemde criteria van toepassing zouden worden verklaard op alle medische rapporten die in het kader van een ander belang dan een gezondheidsbelang worden opgemaakt. ■■■

Overlijdensschade

Hof Den Haag 24 april 2007 (rolnummer 04/1518)



J.A.M. Daalhuizen
Fortis ASR Personenschade

Een vrouw is ten gevolge van een ongeval overleden. Zij verrichtte voor haar overlijden de gemeenschappelijke huishouding, klussen rond het huis en de administratie. De echtgenoot werkte voor het ongeval voltijds in loondienst. Na het overlijden heeft de echtgenoot acht uur per week huishoudelijke hulp ingeschakeld en de overbuurvrouw verrichtte een aantal werkzaamheden die voorheen door de overledene werden gedaan. De kosten bedroegen in totaal € 2577 per jaar. De echtgenoot vorderde de kosten van de huishoudelijke hulp op grond van art. 6:108 lid 1 sub d BW. De verzekeraar van de aansprakelijke partij stelde zich op het standpunt dat bij het bepalen van de behoefte rekening moet worden gehouden met de gehele financiële positie van de nabestaande. In dat geval was sprake van een overschot.

Rechtbank

Over dit geschil oordeelde de Rechtbank Dordrecht op 22 september 2004 - 52161/HA ZA 03-286 - dat, naast het gederfde levensonderhoud op grond van art. 6:108 lid 1 sub a BW, moet worden beoordeeld of de echtgenoot schade lijdt doordat op andere wijze in de gang van de huishouding moet worden voorzien (art. 6:108 lid 1 sub d BW). Volgens de rechtbank dienen deze kosten niet te worden betrokken bij de berekening van de behoefte. Doorslaggevend zijn de daadwerkelijke uitgaven voor de vervangende huishoudelijke hulp en niet de financiële behoefte. Ook uitkeringen uit hoofde van levensverzekeringen spelen in dat verband geen rol, zo meende de rechtbank.

De verzekeraar ging tegen dit vonnis in hoger beroep.

Hof

De verzekeraar voerde tegen het vonnis van de rechtbank aan dat bij de bepaling van de schadevergoeding op grond

van art. 6:108 lid 1 sub d BW moet worden gekeken naar de behoefte van de echtgenoot, waarbij zijn gehele financiële positie in aanmerking moet worden genomen. Het hof verwerpt echter de stelling, dat alleen recht bestaat op vergoeding van kosten voor het intropen voor professionele hulp indien de achterblijvende echtgenoot redelijkerwijs niet voldoende in staat zou zijn om (in financiële zin) in zijn eigen levensonderhoud te voorzien. Volgens het hof blijkt uit de tekst van de parlementaire geschiedenis van art. 6:108 lid 1 sub d BW niet dat het recht op schadevergoeding van de huishoudelijke hulp afhankelijk is of wordt begrensd door het bestaan van financiële behoefte. Voldoende is dat de echtgenoot door het overlijden van zijn echtgenote, die voor het overlijden de huishouding verrichtte, daadwerkelijk behoefte heeft gekregen aan vervangende professionele hulp. De omvang wordt slechts bepaald door de mate waarin na het overlijden op andere wijze in het huishouden moet worden voorzien.

Voorts had de verzekeraar aangevoerd dat geen sprake was van concrete schade. Ook dat verweer faalt volgens het hof. Voor de vraag of de nabestaande schade lijdt in de zin van art. 6:108 lid 1 sub d BW is volgens het hof niet beslissend of daadwerkelijk kosten worden gemaakt, maar of het intropen van vervangende hulp als zodanig noodzakelijk is, waarvoor het hof verwijst naar het arrest van de Hoge Raad van 16 december 2005.

Het hof wijst de vordering van € 2577 per jaar toe. Alleen de grief van de verzekeraar - dat de rechtbank de vordering had moeten kapitaliseren - wordt door het hof gehonoreerd.

Commentaar

Waarom is dit arrest zo belangrijk voor de schaderegelingspraktijk bij overlijdensschade? Tot nu toe werd voor de berekening in het algemeen uitgegaan van de gehele behoefte, dus zowel op grond van inkomen uit arbeid dat de overledene bijdroeg als op grond van levensonderhoud in de vorm van huishoudelijk werk. Daarop worden in mindering gebracht het consumptieve aandeel van de overledene in het gezinsinkomen en eventuele uitkeringen die de nabestaande na het overlijden ontvangt. Het consumptieve aandeel van de overledene en eventuele uitkeringen strekken dan dus ook in mindering op de kosten van huishoudelijke hulp.

Op grond van de uitspraak van het hof zouden in het vervolg twee berekeningen moeten worden gemaakt. Een berekening gebaseerd op het levensonderhoud uit inkomen waarin de overledene voorzag en een tweede berekening op basis van de bijdrage van de overledene in het huishouden. Als de berekening van levensonderhoud een

overschot oplevert, vermindert dat overschot de behoefte aan huishoudelijke hulp niet. Vooral voor de schadeberekening van overlijdensschade bij een tweepersoonshuishouden heeft dat grote gevolgen.

Laat ik dat verduidelijken met een voorbeeld. Stel een man en een vrouw zijn gehuwd. De vrouw komt door een ongeval te overlijden. De man werkt fulltime en verdient € 35.000 netto per jaar en de vrouw droeg uitsluitend bij aan het levensonderhoud door het doen van de gemeenschappelijke huishouding. De vaste lasten bedragen 40% van het netto gezinsinkomen. Na het overlijden van zijn vrouw heeft de man twaalf uur huishoudelijke hulp per week a € 10 per uur.

moet worden dat het hof daarmee beoogt onderscheid aan te brengen tussen het recht op schadevergoeding op grond van art. 6:108 lid 1 sub a t/m c enerzijds en art. 6:108 lid 1 sub d anderzijds.

In het arrest Hony/Tijsterman (Hoge Raad 5 juni 1981, NJ 1982, 221) werd er daarentegen juist voor gepleit het onderscheid tussen gedeerd levensonderhoud uit inkomen en gedeerd levensonderhoud in natura op te heffen. Tijsterman stelde zich op het standpunt dat in art. 1406 BW (oud) met de omschrijving “die door zijn arbeid plegen te worden onderhouden” in het algemeen wordt bedoeld afhankelijkheid van het inkomen, dat de overle-

Berekening (in €) volgens de huidige praktijk:

Gezinsinkomen	35.000	
Vaste lasten	14.000	14.000
Resteert	21.000, waarvan aandeel nabestaande 50%	10.500
Huishoudelijke hulp		5.760
Behoeft man		30.260

Dat is het bedrag dat de man nodig heeft om zijn leven voort te zetten, zoals dat zonder het overlijden van zijn echtgenote zou zijn geweest. Aangezien zijn inkomen € 35.000 bedraagt, is er geen schade.

De schade zou er volgens de benadering van het hof als volgt uitzien:

Berekening 1 volgens art. 6:108 lid 1 sub a BW

Gezinsinkomen	35.000	
Vaste lasten	14.000	14.000
Resteert	21.000, waarvan aandeel nabestaande 50%	10.500
Behoeft man		24.500

Berekening 1 levert geen schade op, omdat het inkomen van de man meer bedraagt.

Berekening 2

Huishoudelijke hulp 5.760

De schade bedraagt dan totaal € 5.760 per jaar.

De vraag is hoe het hof tot deze andere dan de thans gangbare benadering komt en in hoeverre deze benadering wordt gedragen door de wet en jurisprudentie.

In het algemeen wordt aangenomen dat bij gedeerd levensonderhoud volgens art. 6:108 lid 1 BW bij het bepalen van de behoefte in beginsel rekening dient te worden gehouden met de gehele financiële positie van de nabestaande. Dit wordt aangeduid met het behoeftigheidsvereiste. Dat is nog eens bevestigd door de Hoge Raad op 4 februari 2000, RvdW 2000, 38C.

Het hof oordeelt echter dat het recht op schadevergoeding van de huishoudelijke hulp op grond van art. 6:108 lid 1 sub d BW niet afhankelijk is van of wordt begrensd door het bestaan van financiële behoeftigheid. Het hof neemt daarmee afstand van het behoeftigheidsvereiste, althans voor zover het gaat om het gedeerde levensonderhoud in de vorm van huishoudelijk werk (art. 6:108 lid 1 sub d BW).

Weliswaar was tegen het oordeel van de Rechtbank Dordrecht, dat ten aanzien van de vordering op grond van art. 6:108 lid 1 sub a BW het behoeftigheidsvereiste geldt, door de nabestaande geen grief ingebracht, zodat het hof zich daarover niet heeft uitgesproken, maar aangenomen

dene met zijn arbeid verwierf. De conclusie van A-G Ten Kate bij dat arrest was dat “deze beperking een willekeurig te noemen onderscheid zou aanbrengen”. Die conclusie werd door de Hoge Raad overgenomen. Weliswaar was in die zaak art. 1406 BW (oud) van toepassing, maar met de invoering van art. 6:108 BW is geen verandering ten opzichte van het oude recht beoogd en lijkt art. 6:108 lid 1 sub d juist een verankering van wat de Hoge Raad onder andere in het arrest Hony/Tijsterman ten aanzien van gedeerd levensonderhoud in natura overwoog. Dat pleit ervoor dat tussen levensonderhoud in de vorm van inkomen en levensonderhoud in natura geen onderscheid zou moeten worden aangebracht, ook niet voor de toepassing van het behoeftigheidsvereiste.

In tegenstelling tot de opvatting van het hof kan ook uit de tekst van de parlementaire geschiedenis niet eenduidig worden afgeleid dat voor art. 6:108 lid 1 sub d BW niet het behoeftigheidsvereiste geldt. Bij de behandeling van art. 6:108 lid 1 BW bevestigt de minister, dat art. 6:108 lid 1 BW in de aanhef spreekt van het derven van levensonderhoud, en dat daarin besloten ligt dat rekening moet worden gehouden zowel met de draagkracht van de over-

ledene als met de behoefte van de nabestaande. Daaruit kan worden geconcludeerd dat het behoeftigheidsvereiste van toepassing is op alle categorieën die vallen onder lid 1, dus ook op art. 6:108 lid 1 sub d BW.

Het belangrijkste bezwaar tegen de benadering van het hof is echter dat die benadering tot een rechtsongelijkheid leidt. De nabestaande van een overledene, die door inkomen uit arbeid aan het levensonderhoud bijdroeg, heeft geen recht op schadevergoeding als niet aan de behoeftigheidsvereiste is voldaan. Een nabestaande van een overledene, die door het doen van de gemeenschappelijke huishouding aan het levensonderhoud bijdroeg, zou daarentegen volgens de uitleg van het hof wel recht hebben op schadevergoeding.

Laten wij ter illustratie terugkeren naar het voorbeeld, maar nu doet de vrouw niet het huishouden, maar werkt twaalf uur per week in loondienst en verdient daarmee € 15 netto per uur of € 10.000 per jaar. Haar bijdrage in het levensonderhoud is dus € 5 per uur hoger dan in de situatie dat zij het huishouden doet. De schade bedraagt dan:

Gezinsinkomen	45.000	
Vaste lasten	18.000	18.000
Resteert	27.000, waarvan aandeel man 50%	<u>13.500</u>
Behoeftigheidsvereiste man		31.500

De schade wordt in dit geval beoordeeld naar art. 6:108 lid 1 sub a BW, zodat het behoeftigheidsvereiste geldt. Aangezien het inkomen van de man hoger is dan € 31.500 is er geen schade. Ondanks dat de bijdrage van zijn echtgenote in het levensonderhoud € 5 per uur meer bedroeg, blijft hier de nabestaande met lege handen achter, terwijl de nabestaande van de huisvrouw een schadevergoeding van € 5760 per jaar ontvangt. Die rechtsongelijkheid is naar mijn mening moeilijk uit te leggen. Tegen het arrest van het hof is cassatie ingesteld. Het is dus aan de Hoge Raad om te oordelen of de schaderegelingspraktijk aanpassing behoeft of niet.

Asbest, scholen en aansprakelijkheid ten opzichte van leerlingen

Asbest is volgens Van Dale een vezelachtige, meestal witte of grijze, voornamelijk uit silicaten bestaande delfstof. Vanaf 1931 is bekend dat asbest schadelijk kan zijn voor de gezondheid; in 1949 werd asbestose officieel erkend als beroepsziekte. Begin jaren zestig werd ontdekt dat blootstelling aan asbest mesotheliom kan veroorzaken; vooral blauwe asbest bleek schadelijk. Het in Nederland veel gebruikte witte asbest leek minder risicovol te zijn. In 1969 bleek uit onderzoek dat onder werknemers van scheepswerf De Schelde mesotheliom veel vaker voorkwam. In 1978 werd blauwe asbest verboden; in 1993 alle soorten asbest.

Gebouwen die vóór 1993 zijn gebouwd, kunnen dus asbest bevatten. Van de Nederlandse schoolgebouwen die vóór 1993 zijn gebouwd, is 50% echter niet gecontroleerd op de aanwezigheid van asbest.

Asbest kan ingeademd zeer schadelijk zijn. Indien het hechtgebonden asbest betreft, bestaat er niet direct gevaar voor de gezondheid; bij niet hechtgebonden asbestmaterialen echter wel¹. Eén asbestvezel in de longen kan al schadelijke gevolgen hebben; anders gezegd: elke blootstelling aan asbest, hoe kort ook, brengt het risico van mesotheliom mee. Mesotheliom is volgens de definitie van Van Dale een kwaadaardige tumor die uitgaat van het mesothelium van de sereuze vliezen (long-, buik- of hartvlies). Het heeft tot nog toe maar één bekende oorzaak: asbest. Uit onderzoek lijkt bovendien te volgen dat hoe jonger de persoon is die wordt blootgesteld aan asbest, hoe groter het risico is dat die persoon ziek wordt. (Ik verwijs naar het radioprogramma De Ochtenden dat op 27 maart 2008 aandacht heeft besteed aan de problematiek asbest in scholen.) Een hoog risico dus, zeker voor (jonge) leerlingen en scholen.

In het radioprogramma De Ochtenden kwam verder aan de orde dat er thans een tiental schoolgerelateerde asbestzaken bekend is bij advocaten en verzekeringsmaatschappijen; veelal werknemers van scholen. Eén van deze tien is een oud-leerling die op 26 februari 2008 zijn oude basisschool in kort geding dagvaardde en zo een voorschot op schadevergoeding vorderde.

Vordering van een oud-leerling

De nu dertigjarige oud-leerling volgde tussen 1984 en 1990 onderwijs aan een basisschool in De Bilt. Het schoolgebouw bevatte een bepaalde constructie van stalen liggers en kolommen, bekleed met asbesthoudend brandwerend materiaal. Bij de oud-leerling werd in 2003 de diagnose

Mevrouw mr. B. M. Paijmans
Stadermann Luiten Advocaten/
Universiteit Utrecht



maligne mesotheliom gesteld. Hij heeft eerst een beroep gedaan op de Regeling tegemoetkoming niet loondienstgerelateerde slachtoffers (TNS-regeling) en daarna zijn basisschool in kort geding gedagvaard. De oud-leerling stelde dat de school onrechtmatig tegenover hem had gehandeld door hem in zijn basisschooltijd bloot te stellen aan asbest. De school betwistte de vordering van de oud-leerling gemotiveerd, onder meer door te stellen dat het asbesthoudende plaatmateriaal volledig was afgeschermd en niet was beschadigd, zodat de oud-leerling niet ziek kon zijn geworden van het asbest in het schoolgebouw. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Utrecht overwoog op 26 maart 2008 (LJN BC7697) dat het causale verband tussen het asbest in het schoolgebouw en de mesotheliom bij de oud-leerling ontbrak. Gezien de betwisting van de school had het voorts op de weg van de oud-leerling gelegen zijn stellingen nader te onderbouwen. De voorzieningenrechter wees de vordering op die grond af en kwam daarom niet toe aan een oordeel over de onrechtmatigheid van het handelen of nalaten van de school.

Risico's van leerlingen, scholen en verzekeringsmaatschappijen

Deze uitspraak heeft dus nog weinig betekenis voor de praktijk, anders dan een aankondiging van soortgelijke vorderingen en aansprakelijkheden. Het laatste woord zal hierover nog niet zijn gezegd, maar vormt al wel een aanleiding om kort in kaart te brengen wat de risico's zijn voor leerlingen, scholen en verzekeringsmaatschappijen. Potentieel lopen zij een groot risico. Niet alleen is er een grote groep leerlingen die vóór 1993, toen asbest integraal werd verboden, kan zijn blootgesteld aan asbest; ook na

1993 en op dit moment kunnen leerlingen aan asbest zijn blootgesteld.

Ik zal in dit artikel ingaan op de grondslag van de vordering van een oud-leerling op zijn school, de zorgplicht van scholen ten aanzien van het voorkomen van asbestschade, de mogelijke verjaring van een dergelijke vordering en de verhouding van een civiele vordering tot schadevergoeding met de tegemoetkoming in de immateriële schadevergoeding krachtens de TNS-regeling.

Grondslag vordering - zorgplicht school?

Een oud-leerling die schade lijdt als gevolg van blootstelling aan asbest na 1992 zal zijn vordering primair baseren op de risicoaansprakelijkheden in art. 6:174 en 6:175 BW. Het is daarbij echter de vraag of een gebouw waarin hechtgebonden asbest is verwerkt gebrekkig is in de zin van art. 6:174 BW en in hoeverre op de bezitter een plicht rust het asbest te verwijderen². Een oud-leerling die schade lijdt als gevolg van blootstelling aan asbest vóór 1993 heeft 'slechts' de onrechtmatige daad als grondslag voor aansprakelijkheid. Aangezien de artt. 6:174 en 175 BW nog niet van toepassing zullen zijn op de schades die zich nu openbaren, zal ik me in deze bijdrage uitsluitend richten op de onrechtmatige daad. Ik zal me voorts beperken tot de aansprakelijkheid van scholen voor schade aan leerlingen; niet wordt ingegaan op vorderingen van leerkrachten op een school als werkgever, op welke rechtsverhouding het ambtenarenrecht of (de voorloper van) art. 7:658 BW van toepassing is.

Een niet-werknemer heeft - anders dan een werknemer die in loondienst is blootgesteld aan asbest - de stelplicht en bewijslast van een onrechtmatige daad van de derde, die hij voor zijn asbestschade aanspreekt. Hierop zijn bovendien niet de normen van toepassing die de Hoge Raad heeft ontwikkeld in het kader van (de voorloper van) art. 7:658 BW, omdat deze normen mede berusten op de zeggenschap die een werkgever heeft over de arbeidsomstandigheden van zijn werknemer³. Ook ten aanzien van het bewijs van causaal verband is de niet-werknemer beduidend slechter af.

Beoordeeld moet worden of het handelen of nalaten van de derde in strijd is met wat volgens ongeschreven recht in het maatschappelijke verkeer betaamt, zodat die derde zich daarvan had behoren te onthouden en door dat niet te doen onrechtmatig heeft gehandeld/nagelaten. Hiervoor zijn de maatschappelijke opvattingen ten tijde van de aan de derde verweten gedragingen of nalatigheden beslissend⁴.

Kort vermeld, moet worden vastgesteld eerst op welk moment een school behoorde te weten dat het asbest in haar schoolgebouw een gevaar vormde voor leerlingen en voorts welke maatregelen op dat moment van de school mochten worden verwacht⁵.

Dit handelen of nalaten dient te worden vergeleken met wat krachtens ongeschreven recht in het maatschappelijke

verkeer betaamt, ook wel de zorgvuldigheidsnorm genoemd. Normaal gesproken geldt voor een school een verhoogde zorgvuldigheidsnorm jegens haar leerlingen vanwege de op haar rustende bijzondere zorgplicht. In de jurisprudentie is immers uitgangspunt dat in het algemeen gesproken op een leraar een bijzondere zorgplicht rust onder meer ten aanzien van de gezondheid en de veiligheid van de leerlingen, die aan zijn zorg zijn toevertrouwd en onder zijn toezicht staan.

Ik vraag mij af ten eerste of ook het handelen of nalaten van een school ten aanzien van het voorkomen van asbestschade aan een verhoogde zorgvuldigheidsnorm moet worden getoetst en ten tweede of voor een nadere invulling van de zorgplicht van een school kan dan wel moet worden aangehaakt bij de zorgplicht van een werkgever voor zijn werknemer.

Meijer en Lindenbergh vergeleken de zorgplicht van de werkgever met de zorgplicht van producenten en andere gebruikers/niet werkgevers. Zij kwamen tot de conclusie dat hoewel de Hoge Raad tot uitgangspunt neemt dat de zorgplicht van de werkgever niet geldt voor de niet-werkgever, deze zorgplichten grote overeenkomsten vertonen⁶. De kern is het moment waarop binnen de kring van gebruikers van asbest bekend moet worden geacht dat aan de blootstelling aan asbest gezondheidsrisico's zijn verbonden en de ernst van de risico's⁷.

Bij producenten en overige gebruikers/niet werkgevers wordt geen bijzondere zorgplicht aangenomen; bij scholen in het algemeen wel. Deze zorgplicht houdt echter mede verband met de pedagogische kennis van een school, niet specifiek met kennis over gevaren van asbest. Ik betwijfel dan ook of deze voor een school verhoogde zorgvuldigheidsnorm tevens geldt voor het voorkomen van asbestschade. Ik denk dat dit niet het geval is voor het moment dat een school bekend moet worden geacht met de kennis dat asbest een voor de gezondheid gevaarlijke stof is; ik verwacht dat dit wel betoogd kan worden voor de van een school te verwachten te treffen maatregelen. Op het moment dat een school de kennis draagt althans behoort te dragen, dient zij te zorgen voor de veiligheid van haar leerlingen en daarom maatregelen te treffen.

Kan of moet hiervoor worden aangesloten bij de zorgplicht van een werkgever voor zijn werknemer? Ik denk het niet. Een school heeft weliswaar gelijk aan een werkgever zeggenschap over de omstandigheden waaronder onderwijs wordt gevolgd, hetgeen wordt benadrukt door de wettelijke verplichting van ouders en kinderen onderwijs te (laten) volgen⁸. Ik meen echter dat het te ver zou gaan ten aanzien van het voorkomen van asbestschade de zorgplicht van een school op één lijn te stellen met een werkgever. Een werkgever die professioneel met asbest werkt, zijn werknemer daaraan bootstelt en van hun werkzaamheden profijt heeft, is immers moeilijk te vergelijken met een school die slechts op enig moment onderwijs geeft in een schoolgebouw waarin asbest is verwerkt.

Verjaring en TNS-regeling

De latentietijd tussen de blootstelling aan vrije asbestvezels en het zich ontwikkelen van mesotheliom is veelal langer dan twintig jaar en bedraagt in de regel tussen de dertig en veertig jaar. Ook een langere latentietijd, tot zeventig jaar, is waargenomen⁹.

Dit brengt met zich dat een vordering tot vergoeding van schade als gevolg van asbestblootstelling verjaard kan zijn op grond van de absolute verjaringstermijn in art. 3:310 BW nog voordat mesotheliom zich bij het slachtoffer openbaart.

Aan het slachtoffer de niet eenvoudige taak de absolute verjaringstermijn te doorbreken. Zoals de Hoge Raad in zijn arrest van 28 april 2000¹⁰ overwoog, heeft de absolute verjaringstermijn een objectief en in beginsel absoluut karakter dat het beginsel van de rechtszekerheid dient en ook de billijkheid van de wederpartij die voor de schade wordt aangesproken. Het loslaten van deze termijn zal dan ook moeilijkheden tot gevolg hebben bij het vaststellen van de feiten en het beoordelen van de gemaakte verwijten. Krachtens de jurisprudentie van de Hoge Raad kan de termijn slechts in uitzonderlijke gevallen buiten toepassing blijven, namelijk indien handhaving hiervan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zal zijn. Een dergelijke uitzondering kan zich voordoen indien onzeker is of een gebeurtenis schade kan veroorzaken, die onzekerheid lange tijd is blijven bestaan en pas kon worden geconstateerd nadat de verjaringstermijn was verstreken. Of een geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, dient in het concrete geval te worden beoordeeld en aan de hand van de zeven gezichtspunten, die de Hoge Raad in dat arrest neerlegde:

- a. *“of het gaat om vergoeding van vermogensschade dan wel van nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, en - mede in verband daarmee - of de gevorderde schadevergoeding ten goede komt aan het slachtoffer zelf, diens nabestaanden dan wel een derde;*
- b. *in hoeverre voor het slachtoffer respectievelijk zijn nabestaanden ter zake van de schade een aanspraak op een uitkering uit anderen hoofde bestaat;*
- c. *de mate waarin de gebeurtenis de aangesprokene kan worden verweten;*
- d. *in hoeverre de aangesprokene reeds vóór het verstrijken van de verjaringstermijn rekening heeft gehouden of had behoren te houden met de mogelijkheid dat hij voor de schade aansprakelijk zou zijn;*
- e. *of de aangesprokene naar redelijkheid nog de mogelijkheid heeft zich tegen de vordering te verweren;*
- f. *of de aansprakelijkheid (nog) door verzekering is gedekt;*
- g. *of na het aan het licht komen van de schade binnen redelijke termijn een aansprakelijkstelling heeft plaatsgevonden en een vordering tot schadevergoeding is ingesteld.”*

Gezien het onduidelijke verband met de TNS-regeling, zal ik me in deze bijdrage beperken tot sub b van de bovenvermelde gezichtspunten.

Asbestslachtoffers kunnen van de overheid een eenmalige tegemoetkoming van € 17.050 ontvangen¹¹. Werknemers hebben deze aanspraak krachtens de Regeling tegemoetkoming asbestslachtoffers (TAS-regeling¹²); niet-werknemers per 1 december 2007 op grond van de Regeling tegemoetkoming niet loondienstgerelateerde slachtoffers (TNS-regeling¹³)¹⁴. De TNS-regeling stelde ook de oudleerling in staat een dergelijke tegemoetkoming te vragen. De vraag komt op of de Hoge Raad met sub b bedoeld heeft op een tegemoetkoming op basis van de TNS-regeling. Waarschijnlijk niet.

Toen twee niet-werknemers medio 2007 schadevergoeding vorderden, was de TNS-regeling nog niet ingevoerd; hun vordering werd niet afgewezen onder verwijzing naar gezichtspunt sub b¹⁵. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Amsterdam deed echter precies dit in zijn vonnis van 1 november 2007¹⁶. Hij wees een vordering af, omdat een niet-werknemer per 1 december 2007 aanspraak kon maken op een tegemoetkoming krachtens ‘de Regeling tegemoetkoming asbestslachtoffers’. De voorzieningenrechter overwoog dat de uitbreiding van de absolute verjaringstermijn (art. 3:310 lid 5 BW) slechts geldt voor schadeveroorzakende gebeurtenissen vanaf 1 februari 2004 en de betreffende regeling ter compensatie daarvan tot stand is gebracht. Dit hield volgens de voorzieningenrechter in dat vanwege het ontvangen van de tegemoetkoming de absolute verjaringstermijn niet kon worden doorbroken.

Meijer betoogt dat de voorzieningenrechter de vordering ten onrechte heeft afgewezen, verkort vermeld, omdat (i) de vergoeding krachtens de TNS-regeling geen volledige vergoeding is, (ii) deze vergoeding geen vergoeding ‘uit anderen hoofde’ betreft zoals bedoeld in het hierboven aangehaalde arrest van de Hoge Raad van 28 april 2000 en (iii) omdat gezichtspunt sub b slechts één van de omstandigheden is, die in ogenschouw moet worden genomen bij beantwoording van de vraag of een beroep op verjaring onaanvaardbaar is.

Ik zou daaraan willen toevoegen dat onduidelijk is in hoeverre de voorzieningenrechter de TNS-regeling en niet de TAS-regeling voor ogen heeft gehad. In zijn vonnis verwijst hij slechts naar ‘de Regeling tegemoetkoming asbestslachtoffers’. De op de niet-werknemer toepasselijke TNS-regeling stelt echter - anders dan de TAS-regeling - geen voorwaarde ten aanzien van de verjaring. Waar de TAS-regeling vereist dat de ziekte zich heeft geopenbaard na het verstrijken van de absolute verjaringstermijn en de werkgever bovendien moet hebben verklaard een beroep te zullen doen op deze verjaring, zwijgt de TAS-regeling. Ik denk dat de voorzieningenrechter ook om die reden de vordering ten onrechte heeft afgewezen.

Terug naar de oudleerlingen. Indien zij door blootstelling aan asbest in een school de ziekte mesotheliom ontwikkelen en een beroep kunnen doen op de TNS-regeling, verwacht ik dat ook voor hen een doorbreking van de absolute verjaringstermijn mogelijk zal zijn, uiteraard te

beoordelen in het concrete geval en aan de hand van de (overige) gezichtspunten. Sub b en een eventuele tegenmoetkoming krachtens de TNS-regeling zouden hieraan echter niet in de weg hoeven te staan.

Conclusie

Vastgesteld kan worden dat een niet gering risico bestaat op schoolgerelateerde asbestschades. Er is immers een groep leerlingen die vóór 1993 is blootgesteld aan asbest; bovendien is gebleken dat ook nu nog de helft van de schoolgebouwen van vóór 1993 niet is getest op de aanwezigheid van asbest.

Niet loondienstgerelateerde asbestslachtoffers hebben een moeilijker positie dan werknemers die hun werkgever vanwege asbestschade aansprakelijk kunnen stellen op grond van art. 7:658 BW. De eerste groep kan zich vooralsnog slechts baseren op het algemene onrechtmatige daadsartikel en heeft daarmee geen bewijslastvoordeel

noch een beroep op een bijzondere zorgplicht van de mogelijk aansprakelijke derde.

Ten aanzien van deze bijzondere zorgplicht hebben oudleerlingen wellicht een betere positie dan andere niet-werknemers. In het algemeen rust op een school immers een bijzondere zorgplicht voor de veiligheid van de aan haar zorg toevertrouwde leerlingen. Hoewel ik betwijfel of deze zorgplicht geldt waar het de kennis over de gevaren van asbest betreft, kan deze wel een rol spelen bij het beoordelen van de maatregelen die van scholen mogen worden verwacht op het moment dat zij kennis (behoren te) hebben van de gevaren van asbest en de aanwezigheid hiervan in het schoolgebouw. Ik verwacht echter niet dat de zorgplicht van een school op één lijn te stellen is met de zorgplicht van een werkgever. Een werkgever die professioneel met asbest werkt, is moeilijk te vergelijken met een school die toch vooral kennis heeft in onderwijsland en niet in de wereld van het asbest.

¹ Bij hechtgebonden asbestmaterialen zitten de vezels stevig in een dragermateriaal verankerd. Hechtgebonden asbest levert geen gevaar op zolang het materiaal niet aan slijtage onderhevig is of ondeskundig wordt bewerkt of verwijderd. Niet hechtgebonden zijn de asbesthoudende materialen waarin de vezels niet of nauwelijks aan een dragermateriaal zijn gebonden. Bij niet hechtgebonden asbest kunnen de vezels gemakkelijk vrijkomen. Ik verwijs naar www.mede-werker.uva.nl/asbest.

² Zie hierover uitgebreid N. Vloemans, 'Kroniek aansprakelijkheid voor niet loondienstgerelateerde asbestschade', AV&S 2008, p. 35-47.

³ HR 17 december 2004, NJ 2006, 147 (Hertel/Van der Lugt), r.o. 3.7.

⁴ HR 17 december 2004, NJ 2006, 147 (Hertel/Van der Lugt); en HR 25 november 2005, RvdW 2005, 130 (Eternit/H).

⁵ Voor een overzicht op welke momenten in Nederland (al dan niet algemene) kennis bestond over de gevaren van asbest, verwijs ik naar J.W.M.K. Meijer en S.D. Lindenbergh, 'Asbestschade buiten de werkomgeving', NJB 2008, p. 436-443 en Vloemans t.a.p.

⁶ Meijer en Lindenbergh t.a.p., p. 436-443.

⁷ Meijer en Lindenbergh t.a.p., p. 437-438.

⁸ Degene - die het gezag uitoefent over een jongere tussen de

5 en 16 jaar - is verplicht te zorgen dat de jongere bij een school is ingeschreven en dat de jongere de school geregeld bezoekt; vgl. art. 1-3 Leerplichtwet 1969.

⁹ Zie bijvoorbeeld het 'Protocol diagnostiek maligne mesothelioom', een bijlage bij de Regeling tegemoetkoming asbestslachtoffers.

¹⁰ HR 28 april 2000, NJ 2000, 430 (Van Hese/Koninklijke Schelde Groep).

¹¹ Het bedrag wordt jaarlijks geïndexeerd.

¹² De TAS-regeling trad in werking op 26 januari 2000, maar werkte terug tot 6 juni 1997.

¹³ Regeling van de Minister van Volksgezondheid, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer van 22 november 2007, nr. SAS 2007115642. Zie hierover ook www.vrom.nl.

¹⁴ Zie E. de Kezel, 'Een oplossing voor de asbestproblematiek via schadevergoedingsfondsen?', TVP 2008, nr. 1, p. 17-28 voor een uitgebreid overzicht van asbestfondsen in België, Frankrijk en Nederland.

¹⁵ Voorzieningenrechter Rb. Maastricht 16 april 2007, JA 2007, 86 en Rb. Amsterdam 16 mei 2007, JA 2007, 114. HR 17 december 2004, NJ 2006, 147 (Hertel/Van der Lugt); en HR 25 november 2005, RvdW 2005, 130 (Eternit/H).

¹⁶ JA 2008, 10.

PIV Jaarconferentie “Het medisch traject; een hele operatie!”

Mevrouw J. M. Polman - Stichting PIV

Bijna vijfhonderd mensen bezochten op 28 maart 2008 in Zeist onze achtste jaarconferentie. Thema van de dag was: “Het medisch traject; een hele operatie!” Omdat het PIV dit jaar zijn tienjarig bestaan viert, had de dag een extra feestelijk tintje. Zo had een groot aantal inmiddels teruggetreden coryfeeën gehoor gegeven aan de uitnodiging die dag onze eregast te zijn.

Directeur Theo Kremer vroeg iedereen oplossingen aan te dragen om het medisch traject soepeler te laten verlopen. Hij deed vooral een beroep op de ongeveer tachtig aanwezige medisch adviseurs toch in ieder geval - met of zonder de hulp van het PIV - met elkaar in gesprek te gaan.

De dag begon - ondanks het onderwerp - met drie juristen die hun visie gaven op het medisch traject. Mevrouw mr. J. Meyst-Michels - Van Benthem & Keulen Advocaten - schetste dat voor verzekeraars optredende medisch adviseurs steeds vaker onder vuur liggen; met enige regelmaat wordt door een belangenbehartiger zelfs een klacht tegen hen ingediend bij een medisch tuchtcollege. Het Centraal Medisch Tuchtcollege heeft overigens aangegeven dat er (te) weinig normen zijn waar het optreden van medisch adviseurs aan kan worden getoetst en roept betrokkenen op zelf nadere regels te stellen.

Mr. H. J. den Hollander - Fortis ASR - hield de aanwezigen een spiegel voor. Het onderwerp letselschaderegeling kan slechts op weinig begrip rekenen bij mensen die er niet dagelijks bij betrokken zijn. Voor slachtoffers is een schaderegelingstraject meestal erg belastend en onvoorspelbaar. *“Wij slagen er niet in het medische traject in goede banen te leiden. Kiezen we ervoor om nooit meer medische gegevens op te vragen, dan zijn veel problemen opgelost. Maar daarmee krijgt het slachtoffer niet waar hij recht op heeft. Voor een al dan niet bevredigende schaderegeling hangt het er op dit moment vooral vanaf welke verzekeraar de aansprakelijke partij heeft en bij welke belangenbehartiger hij is terechtgekomen. Dat is niet goed.”* Hoewel hij er niet vanuit gaat dat de branche het niet zal toejuichen, pleitte Den Hollander toch voor een verdergaande normering wat betreft de uitwisseling van privacygevoelige medische informatie.

Mr. A. Kolder - Houkes Advocaten - wist als slachtofferadvocaat de aanwezigen uit te leggen wat de Hoge Raad precies bedoelde met de uitspraak van februari 2008,



waarin werd beslist dat het de deskundige is die bepaalt, welke medische gegevens moeten worden verstrekt. Indien de deskundige het noodzakelijk vindt over de medische gegevens te beschikken, moeten deze aan beide partijen worden verstrekt.

Kolder was niet enthousiast over het arrest en pleitte voor de werkwijze die Hof Arnhem voorstaat. Hoewel daarbij ook de deskundige beslist welke gegevens uit het verleden relevant zijn, heeft de verzekeraar alleen recht op inzage in die gegevens, die de deskundige in zijn oordeel heeft betrokken.

Na de juristen kregen medisch adviseurs drs. W.A. Brandt - Achmea Claims Center - en drs. ing. R. I. Teulings - vice-voorzitter Werkgroep Artsen Advocaten (WAA) - het woord.

Hoewel uit de verschillende ‘kampen’ afkomstig waren beiden het erover eens dat met een goede samenwerking tussen de medisch adviseurs en gelijke informatie voor beiden veel winst te behalen is.

In de middag gaf dr. C. N. M. Renckens - voorzitter van de Vereniging tegen de Kwakzalverij - een uiteenzetting over modeziekten. Hij liet zien hoe het onbekende fenomeen ‘bekkeninstabiliteit’ na diverse publicaties uitgroeide van een onbekend verschijnsel tot een epidemie. De overigens nooit verder dan onze landsgrenzen gekomen aandoening is, nadat de inzichten waren veranderd, een langzame dood gestorven.

In het rijtje van huidige modeziekten noemde Renckens onder meer whiplash en RSI.

Prof. dr. R. J. van de Bosch - Hoogleraar UMCG en voorzitter van de Vereniging voor Psychiatrie - beantwoorde de vraag of er voor de psychiater een rol is weggelegd in een in een whiplashzaak.

Omdat het postwhiplashsyndroom pseudosomatisch van aard is, behoort het zeker tot het domein van de psychiater, stelde hij. Omdat slachtoffers echter niet staan te springen om naar een psychiater te gaan, loopt de weg hier dood.

In kleine groepjes werd vervolgens gediscussieerd over aanbevelingen voor de verbetering van het medische traject. Door de zaal werd later massaal gestemd op de aanbeveling dat verzekeraars en belangenbehartigers elkaar vaker moeten ontmoeten.”

Het zevensprek onder leiding van dagvoorzitter Tom van 't Hek bood alle inleiders nog een keer de gelegenheid met elkaar te discussiëren over de knelpunten in het medische traject.

Zoals het een rechter betaamt, had de vicepresident van de Rechtbank Den Haag - mr. J. W. Westenberg - het laatste woord. Hij gaf de aanwezigen een aantal waardevolle tips mee, zoals:

- overleg vooraf over welke medische kwesties onduidelijkheid bestaat en hoe dat kan worden opgelost;



Mr. J.W. Westenberg

- laat een derde een procedureel verschil over de aanpak beslechten, voordat het een geschil wordt;
- geef aan welk medisch onderzoek welk nut heeft voor de procedure;
- zorg voor meer overleg tussen rechter en deskundige (met welke waarborgen omkleed en wie neemt het initiatief?);
- stel nadere vragen aan de deskundige in plaats van aan de 'eigen' expert;
- deskundigen die brokken maken horen niet thuis in het register. Meld dus de brokken!
- signaleer een relevante fout (ofwel de repeterende breuk in een conceptrapport; en
- onthoud dat medische causaliteit en juridische causaliteit elk hun eigen specialisten hebben.

Het PIV wilde met de deze dag een aanzet geven tot verbetering van de schaderegeling en het medische traject. Dat er nog genoeg te doen valt was aan het einde van de dag wel duidelijk. De door de aanwezigen geuite wens elkaar vaker te ontmoeten gaat op 22 april in vervulling op de eerste 'Letselplaza' die het PIV organiseert. Die middag krijgen (medewerkers van) verzekeraars en belangenbehartigers niet alleen de gelegenheid elkaar informeel te spreken, maar eventueel ook om met elkaar over knelpunten te spreken.



■ Herman Gelmers

De waardering van het postwhiplashsyndroom anno 2008

De rol van de medische deskundige bij de afwikkeling van personenschade staat momenteel in het middelpunt van de belangstelling, in het bijzonder in die gevallen waar de problematiek van niet of moeilijk objectiveerbare klachten speelt. Die situatie doet zich voor bij persistente klachten na een acceleratie-decelaratie trauma van de nek. Zoals bekend kan na zo'n trauma een verscheidenheid van klachten ontstaan (medisch aangeduid als postwhiplashsyndroom of - in de terminologie van de Quebec Task Force - *whiplash associated disorder* (WAD). De vraag hoe om te gaan met de problematiek van niet objectiveerbare klachten is in belangrijke mate overgedragen aan de beroepsgroep van neurologen. Zoals bekend heeft de werkgroep forensische neurologie van de Nederlandse Vereniging voor Neurologie (NVvN, 2001) een richtlijn opgesteld voor de bepaling van functieverlies bij neurologische aandoeningen, die een paragraaf bevat over het postwhiplashsyndroom. De essentie daarvan was, dat een zekere mate van objectivering werd gezocht in een aantal geformuleerde vereisten. De richtlijnen van de NVvN volgen grotendeels de Guides to the Evaluation of Permanent Impairment van de American Medical Association (AMA). Het beginsel is, dat functieverlies slechts kan worden toegekend op grond van de afwijkingen, die kunnen worden vastgesteld. In overeenstemming daarmee is in de nieuwste richtlijn van de NVvN (2007) het standpunt ingenomen, dat bij een postwhiplashsyndroom geen functieverlies kan worden toegekend wanneer geen afwijkingen kunnen worden geobjectiveerd. Deze ontwikkeling werd, zowel binnen als buiten de NVvN, als wenselijk gevoeld. Daarmee lijkt de betekenis van de neurologische expertise voor de claimbeoordeling van personenschade bij het postwhiplash syndroom te komen vervallen. Door alle partijen wordt dit als een tekortkoming in de beoordeling gevoeld, want in de praktijk blijken er wel degelijk de nodige beperkingen te bestaan in vrijwel alle facetten van het leven. Die beperkingen zijn grotendeels het gevolg van de chronische pijn. Dit wordt ook verwoord in de nieuwste richtlijn van de NVvN (2007): het postwhiplashsyndroom moet worden gezien als een chronisch pijnsyndroom. Hoewel de AMA Guides (5e editie, AMA-5) de mogelijkheid boden om syndromen met chronische pijn te waarderen, zijn in de recent verschenen 6e editie daartoe enkele nuances en restricties aangebracht. Hoofdstuk 3 (AMA-6) gaat over pijn en noemt een aantal pijnsyndromen bij naam, die kunnen worden gewaardeerd. Ook andere syndromen waarbij pijn een belangrijk deel van de klachten uitmaakt, mogen worden gewaardeerd, mits die niet elders in AMA-6 worden genoemd. Dat nu, is wel het geval wat betreft het postwhiplashsyndroom. Voor het eerst in de AMA guides wordt (in hoofdstuk

17, *the spine and pelvis*) gesproken van *chronic whiplash*. Volgens AMA-6 blijkt het postwhiplashsyndroom te kunnen worden gewaardeerd volgens tabel 17-2. In de toelichting staat een redelijk ingewikkelde manier van berekenen aangegeven met behulp van *grade modifiers*, die via een *adjustment grid* in een wiskundige formule worden opgenomen en dan een percentage van 1-8% functionele invaliditeit opleveren.

Wanneer van een postwhiplash syndroom mag worden gesproken, wordt in AMA 6 niet omschreven. Nu de nieuwste richtlijn van de NVvN dat ook niet meer expliciet aangeeft, ligt het voor de hand daartoe de gezaghebbende Quebec Task Force on Whiplash Associated Disorders te volgen.

Na enig rumoer kan anno 2008 met de Quebec Task Force criteria en de aanwijzingen in de laatste editie van *Guides to the Evaluation of Permanent Impairment* van de American Medical Association (AMA 6) de personenschade als gevolg van een postwhiplashsyndroom voor alle partijen op een bevredigende wijze worden afgewikkeld.

Dr. H. J. Gelmers, Medisch adviseur, Neuroloog np
Destinatum, medisch, arbeidskundig en
re-integratieadviesbureau

(In het kader van 'hoor en wederhoor' hebben wij bovenstaande tekst met medeweten van de auteur voorgelegd aan een medische adviseur van de zijde van verzekeraars. Diens onderstaand reactie werd eveneens voorgelegd aan dr. Gelmers. Red.)

De inzet van collega Gelmers is logisch en prijzenswaardig. Het vakgebied van de afwikkeling van personenschade wordt terecht op zichzelf teruggeworpen en dit biedt kansen ter profilering. De beroepsvereniging van medisch adviseurs waartoe collega Gelmers en ook ik behoren is gebaat bij een eenduidig *evidence based* geluid naar haar adviesvragers. De neurologen zijn duidelijk geweest, de prikkelende column van collega Gelmers kan dienen als input voor hernieuwde en/of herziene standpuntbepaling binnen de beroepsgroep. Collega Gelmers is van harte welkom en hierbij uitgenodigd om binnen de bestaande gremia van de vereniging GAV - zoals de commissie personenschade - verder mee te discussiëren aangaande dit belangwekkende onderwerp.

Drs. H.S. Boersma, bedrijfs-/verzekeringsarts
Medisch adviseur RGA

(De column is steeds op persoonlijke titel, bestaat uit maximaal 630 woorden en de naam van de auteur wordt altijd vermeld. Red.)



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

Website: www.stichtingpiv.nl

M.m.v. drs. P. (Peter) J.M. van Steen, tekstschrijver

Creatie & realisatie: Artmark BNO, Rijswijk

