

Pagina 1
PIV Jaarconferentie 2011

Pagina 5
Werkgeverschap in zorginstelling
kan leiden tot verzekeringsplicht

Pagina 11
(Voorlopig) deskundigenbericht

Pagina 16
Whiplash; juristen aan het woord

april 2011



Een topwedstrijd ...

art. 7:611 BW en agressie in de
(zorg)instelling ...

Een update ...

Naast de IWMD nu ook de
IWW ... ?

PIV Jaarconferentie in teken nieuwe spelers letselschaderegeling

PvS

Hoewel het toernooimodel in de letselschaderegeling steeds meer naar de achtergrond wordt geschoven, ten gunste van het harmoniemodel, werd op de 11e PIV Jaarconferentie op vrijdag 25 maart 2011 wel degelijk een wedstrijd gespeeld. In Congrescentrum Orpheus in Apeldoorn was immers sprake van een debuut, een tussenstand, een voorzet, scheidsrechters, teambesprekingen, blessuretijd en een derde helft. Het gekozen thema was er dan ook naar: nieuwe spelers in de letselschaderegeling. Voor de vijfde keer onder leiding van dagvoorzitter Tom van 't Hek kregen ruim vierhonderd deelnemers een gevarieerd programma voorgeschoteld.

'Debuut van de medebezitter' was de titel van de eerste inleiding van de dag. Prof. mr. Ton Hartlief - hoogleraar Privaatrecht aan Universiteit Maastricht - besprak in zijn presentatie verschillende zaken waarin telkens een (soort van) 'medebezitter' voorkwam. De eerste was het arrest De Groot/Io Vivat¹. Tijdens een zeilweekend van een studentenvereniging ontstond door een lekkage uit een gasfles een ontploffing met een steekvlam in de kajuit van een motorboot. De Groot liep daardoor ernstige brandwonden op. Hij stelde de vereniging aansprakelijk wegens gebrek aan toezicht, maar zonder succes. Hij was immers medeorganisator van het weekend en had zelf in het toezicht gefaald. De tweede zaak was de bekende hangmatzaak². Een vrouw lag in een hangmat die aan een gemetselde pilaar hing. De



pilaar brak af en viel over de vrouw, als gevolg waarvan zij een complete dwarslaesie opliep. De vrouw sprak - in dit geval wel met succes - haar man en hun beider aansprakelijkheidsverzekeraar tot vergoeding van de schade aan. Vervolgens veranderde Hartlief iets aan de feiten en vroeg zich af wat dat betekende voor de uitkomst. Zo noemde hij het door A-G Spier in zijn sprongconclusie³ genoemde mogelijkheid van honderd appartementbezitters in een gebouw, waarbij een van hen door een van dat gebouw vallende dakpan werd getroffen en - gepresenteerd als een goed verhaal op een verjaardagsfeestje - het geval waarin een man door zijn eigen hond werd gebeten. Aan de hand van deze zaken besprak Hartlief >

- > onder meer het relativiteitsvereiste (tot wiens belang strekt de geschonden norm?), de reikwijdte van art. 6:174 BW (met betrekking tot de aansprakelijkheid voor personen en zaken bij een gebrekkige opstal), het spreidingsargument (bij derden en medebezitters), de parlementaire



geschiedenis in dit kader en de gevolgen voor de verzekeraarbaarheid van opstal. Hij sloot af met een enigszins ironische kwalificatie van de Hoge Raad als 'een begaafde speler' en 'een *social engineer*'. Uitspraken van de Hoge Raad in dit verband staan immers haaks op de politiek van de wetgever om de sociale zekerheid terug te dringen.

Tussenstand

Mr. Geertruid van Wassenaer van Beer advocaten besprak in haar presentatie de tussenstand bij de deelgeschillenrechter. Zij gaf een korte schets van het systeem en een analyse van mogelijkheden en onmogelijkheden en ging op financiële aspecten en alternatieven in. Momenteel zijn zesendertig uitspraken van deelgeschillenrechters gepubliceerd, dus de gevreesde toevloed van zaken is tot nu toe erg meegevallen. Doel van de deelgeschilprocedure is in twee tot drie maanden een voorlopige beslissing over een deelgeschil te forceren. Daartoe worden een verzoekschrift en een verweerschrift ingediend, waarna een mondelinge behandeling, een beschikking en eventueel een comparitie van partijen volgt. De kosten ervan worden in beginsel volledig vergoed, tenzij de aansprakelijkheid ontbreekt, de gemaakte kosten niet redelijk zijn of de benadeelde zelf (ook) schuld heeft. Hoger beroep is slechts beperkt mogelijk. In de afgelopen maanden zijn verschillende verzoeken om een deelgeschilprocedure door de rechtbank afgewezen, bijvoorbeeld omdat niet een deelgeschil, maar een volledig geschil werd voorgelegd of omdat niet meteen een vaststellingsovereenkomst in het verschiet lag of omdat partijen niet bereid waren onderhandelingen te voeren. Van Wassenaer ging in haar presentatie uitvoerig in op de proportionaliteit en functionaliteit van de verlangde investering in tijd, geld en moeite bij een deelgeschilprocedure. Ook besprak ze de mogelijkheden om een deelgeschil aanhangig te maken als de aansprakelijkheid



niet vaststaat of als er van meer dan één deelgeschil sprake is. Tot slot noemde ze een aantal alternatieven om te voorkomen dat een zaak vastloopt. Zij wees bijvoorbeeld op het belang van tempo in het dossier, adequate compensatie door bevoorschotting of hulp in natura, de bespreking van het dossier met derden, overleg met het slachtoffer zelf en de inzet van mediation.

Voorzet

Drs. Vanessa van der Does-Goedkoop - manager van het Letselschade Service Center van Delta Lloyd Groep - gaf een voorzet voor een nieuwe vorm van slachtofferhulp in natura, namelijk Praktische Hulp Bij Ongevallen. PHBO is een vorm van acute noodhulp voor slachtoffers en hun gezinnen, ook als de aansprakelijkheid nog niet volledig vaststaat. Slachtoffers hebben geen formeel recht op PHBO, ze hebben ook niet de plicht deze vorm van hulp te accepteren, maar tot nu toe is al wel duidelijk geworden dat veel betrokkenen er dankbaar gebruik van maken. Bij PHBO gaat het om huishoudelijke hulp, bijvoorbeeld de opvang van kinderen, het bereiden van maaltijden, het uitlaten van honden, schoonmaken enzovoort. Meestal wordt meteen na het eerste contact met een slachtoffer besproken of zulk hulp acuut noodzakelijk is. Deze wordt vervolgens gedurende maximaal acht weken verleend, op werkdagen en in weekenden tussen 7:00 en 21:00 uur. Hiertoe is een overeenkomst met een landelijk werkende thuiszorgaanbieder gesloten. Met PHBO sluit Delta Lloyd aan bij de Gedragscode Behandeling Letselschade, wordt de letselschaderegeling versneld en wordt aan een beter imago gewerkt, zo stelde spreekster. Zij benadrukte dat de nieuwe aanpak bovendien de schadebehandelaars veel positieve energie geeft. Van veruit de meeste slachtoffers zijn de reacties buitengewoon positief. Weliswaar is het nog te vroeg om te kunnen beoordelen of PHBO het herstel versnelt of kosten in het traject bespaart, maar de slachtoffertevredenheid is erg hoog. Van der Does riep tot slot verzekeraars op ook dergelijke hulp in natura te gaan verstrekken - gezamenlijke inkoop kan wellicht kostenbesparend werken - en zij deed een beroep op belangenbehartigers om deze vorm van hulp niet met wantrouwen, maar juist met een positieve blik te benaderen.



Scheidsrechters

Na de presentaties in het ochtendprogramma van de conferentie volgde een debat onder leiding van Tom van 't Hek over het 'vierogenbeleid': de inzet van collega's als scheidsrechters in de letselschaderegeling. Deelnemers aan het debat waren de inleiders Van der Does en Van Wassenaer en als derde drs. Joachim Lok - medisch adviseur bij Delta Lloyd Groep. Lok karakteriseerde het vierogenbeleid als een escapemogelijkheid nadat een discussie is verzand, waarbij bijvoorbeeld een collega om een *second opinion* wordt gevraagd. Van Wassenaer merkte op dat bij Beer advocaten in feite een beleid met achttien paar ogen wordt gevoerd, omdat iedereen op het kantoor over de belangrijkste zaken meedenkt. Vervolgens vindt intervisie in een kleinere groep plaats, maar blijft het mogelijk met alle collega's te 'sparren'. Van der Does organiseert het vierogenbeleid op verschillende niveaus in haar organisatie. Iedere schadebehandelaar bespreekt zaken met een senior en daarnaast, op vaste momenten in het behande-



behartiger zich namens Pieter bij de WAM-verzekeraar van Klaas, die tot dan nog van niets weet, en vraagt een direct voorschot van 10.000 euro. Aan de deelnemers werd gevraagd in tien minuten tijd gezamenlijk te concluderen hoe de verzekeraar zou moeten handelen. De casus ging echter verder. Pieter ontwikkelt ook neklachten en hij geeft aan niet meer te kunnen werken.

Volgens de medisch adviseur zijn er geen beperkingen, maar Pieter heeft

hier enkel gefrustreerd op gereageerd. Weer kregen de deelnemers tien minuten tijd om te concluderen wat zij als verzekeraar zouden doen en nu ook wat zij als belangenbehartiger zouden doen om de impasse te doorbreken. Tot slot van de casus ventileert Pieter zijn frustraties via Twitter en Facebook en raakt hij in gesprek met de redacties van Radar en Stichting De Ombudsman. Weer moesten de deelnemers tot een gezamenlijk standpunt zien te komen over de wijze waarop zij als verzekeraar en als belangenbehartiger zouden reageren. Dagvoorzitter Tom van 't Hek presenteerde kort de feedback uit de subgroepen. De meningen liepen nogal uiteen, maar veel van de eerder besproken onderwerpen tijdens het congres, konden de deelnemers heel goed op deze casus betrekken.

lingstraject, met collega's. De Gedragscode Behandeling Letselschade biedt daar goede handvatten voor, doordat in de code bepaalde termijnen en momenten zijn genoemd die vooral in langlopende zaken van belang zijn. Gevraagd naar een aanbeveling op dit gebied adviseerde Joachim Lok de collegiale toetsing in opleidingen in te bedden. Van Wassenaer adviseerde steeds voor een goed tempo in zaken te zorgen en Van der Does in ieder geval altijd het slachtoffer echt centraal te stellen.

Time out en teambesprekingen

Na de 'time out' voor de uitgebreide lunch in Congrescentrum Orpheus gingen de deelnemers in subgroepen uiteen voor een teambespreking over een casus. Deze betrof het ongeval van Klaas en Pieter. Klaas rijdt op een avond een voorrangsweg op, maar ziet de auto van zzz'er Pieter, die met hoge snelheid en zonder verlichting nadert, over het hoofd. Pieter loopt daardoor diverse verwondingen op. Een maand later meldt een belangen-

Nieuwe spelmethoden

De PIV conferentie betrof niet alleen nieuwe spelers in het veld van de behandeling van letselschade, maar ook enkele nieuwe spelmethoden. Ze werden besproken door de futuroloog Arjen Kamphuis en Martijn van Driel - senior adviseur Q-Consult.

Kamphuis besprak de enorme versnelling, die juist in onze tijd merkbaar is, in de ontwikkeling van ICT en daaraan gerelateerde media. Er zat bijna een miljoen jaar tussen het gebruik van de eerste vuistbijlen en de landing van de eerste mens op de maan, maar in de veertig jaar sindsdien zijn de ontwikkelingen in een razende stroomversnelling geraakt. Dat enorme tempo zal ook in de nabije toekomst aan de orde blijven, terwijl de impact van die veranderingen niet zal afnemen. Die impact blijft vergelijkbaar met de gevolgen van kolossale veranderingen in het verleden, zoals bijvoorbeeld de uitvinding van de boekdrukkunst. >





Arjen Kamphuis besprak in dit kader de evolutie van de computer en welke nieuwe mogelijkheden daardoor in het afgelopen decennium beschikbaar zijn gekomen. Vooral het feit dat mensen over de hele wereld voortdurend met elkaar over alle mogelijke onderwerpen communiceren, en de radicale transparantie als gevolg daarvan, heeft al talloze maatschappelijke consequenties gehad.

- Vervolgens besprak Van Driel de mogelijkheden van de *social media* voor de branche, waarbij hij zich beperkte tot de zeven meest relevante, te weten Hyves, Twitter, Facebook, LinkedIn, Flickr, YouTube en het weblog. Van Driel liet zien dat deze media ook in de letselschademarkt geschikt zijn, de een wat meer dan de ander, om kennis te delen en op te doen, informatie over een ongeval of een benadeelde te verkrijgen en eigen informatie te verspreiden. Ook liet hij zien wat er op dit vlak al is voorgevallen, waarmee hij aantoonde dat het voor verzekeraars en belangenbehartigers noodzakelijk is een strategie te ontwikkelen voor het gebruik van *social media*. Tot slot behandelden Kamphuis en Martijn van Driel gezamenlijk nog een aantal stellingen over *social media*.

Blessuretijd

De blessuretijd was toebedeeld aan Elsemieke Havenga - in 1984 goudenmedaillewinnares met de hockeyploeg tijdens de Olympische Spelen in Los Angeles, presentatrice van programma's als RTL Nieuws en nu onder meer werkzaam als mediatrainer. Zij besprak het thema 'omgaan met de media, communicatie en reputatie'. Aan de hand van ervaringen van enkele deelnemers met de media gaf ze een groot aantal goede adviezen, die ze aan het slot van haar presentatie in tien gouden regels wist samen te vatten:

- 1) bedenk van te voren wat u wilt zeggen;
 - 2) prepareer lastige vragen met anderen;
 - 3) heb een heldere boodschap en herhaal deze;
 - 4) spreek kort en bondig;
 - 5) gebruik zo min mogelijk vakjargon;
 - 6) zorg voor een open, vriendelijke uitstraling en toon;
 - 7) toon respect en begrip voor de ander en het onderwerp;
 - 8) trek iets representatiefs aan dat bij de gelegenheid past;
 - 9) bouw een band op met de journalist; en
 - 10) nooit liegen, dat wat u zegt moet waar zijn!
- Havenga sloot haar presentatie af met een filmpje van Koefnoen, waarin (de imitator van) Balkenende een mediatraining kreeg.



Prijsuitreiking

De gespeelde wedstrijd werd zoals het hoort met een prijsuitreiking afgesloten. Voor de derde keer werd de PIV Giraffe aan een opmerkelijke speler in het letselschadeveld uitgereikt. De PIV Giraffe is bedoeld voor de persoon of instelling die zijn nek heeft uitgestoken om ontwikkelingen in de personenschadebehandeling in gang te zetten of te versnellen. Dit jaar ging de prijs naar Mark van Dijk, directeur van Korevaar Van Dijk Letselschade. Hij ontving de prijs virtueel uit handen van de winnaar in 2010, prof. dr. Arno Akkermans, hoogleraar Privaatrecht aan de VU. Omdat Akkermans niet persoonlijk aanwezig kon zijn, sprak hij Van Dijk op film toe. Hij motiveerde de nominatie van Van Dijk door onder meer te refereren aan de vele projecten waarin hij een rol heeft gespeeld of het voortouw heeft genomen, bijvoorbeeld de Stichting Keurmerk



Letselschade, het project Pandora, het onderzoek van de VU naar *empowerment* van letselschadeslachtoffers en het dossier online voor letselschadeslachtoffers. De PIV Giraffe is nu uitgereikt aan vertegenwoordigers van verzekeraars (Henk den Hollander), de wetenschap (Arno Akkermans) en belangenbehartigers (Mark van Dijk).

Met dit alles was het tijd geworden voor de derde helft: het napraten tijdens de borrel. Gelet op de enthousiaste reacties na afloop van de conferentie mag worden geconcludeerd dat het een wedstrijd zonder verliezers was geweest. Een uitstekend resultaat dus voor allen die aan de organisatie ervan hebben bijgedragen.

1 HR 23 februari 2007, NJ 2008, 492.

2 HR 8 oktober 2010, LJN BM6095

3 Conclusie A-G Spier (bij vervroeging) 28 mei 2010.



Goed werkgeverschap in de zorginstelling kan leiden tot verzekeringsplicht

Het risico van de agressieve patiënt of zorgcliënt¹

Begin 2011 oordeelde het Hof Leeuwarden² dat een zorginstelling als goed werkgever op grond van art. 7:611 BW gehouden kan zijn een verzekering te sluiten voor het risico van door een werknemer te lijden schade als gevolg van agressie van patiënten. Eerder oordeelde het Hof Den Bosch³ in vergelijkbare zin ten aanzien van een tbs-kliniek. Het aannemen van een verzekeringsplicht van de zorginstelling voor dit specifieke risico betekent een wezenlijke uitbreiding van de gevallen waarin de Hoge Raad op de voet van art. 7:611 BW een verzekeringsplicht heeft aanvaard, te weten ongevallen als gevolg van gemotoriseerd verkeer als de werkzaamheden van de werknemer daartoe kunnen leiden⁴. De Hoge Raad heeft zich nog niet uitgesproken over deze specifieke verzekeringsplicht van zorginstellingen. De arresten van de hoven zijn dan ook tot die tijd enigszins richtinggevend en van groot belang voor de welzijnssector, waarin agressie tegen hulpverleners helaas een niet meer weg te denken risico is.

Na een eerste analyse roepen de arresten veel vragen op: Wat is precies de reikwijdte van de door beide hoven in beginsel aanvaarde verzekeringsplicht? Geldt voor ziekenhuizen, waar verplegend personeel in toenemende mate te maken heeft met agressieve patiënten, ook een verzekeringsplicht? Wat is een adequate verzekering in dit soort gevallen? Wat zal er mogelijk veranderen ten opzichte van de wijze waarop werknemers in de zorg thans worden beschermd tegen deze bijzondere veiligheidsrisico's verbonden aan de dagelijkse werkzaamheden? Aan de hand van de arresten van het Hof Leeuwarden en het Hof Den Bosch staan we in deze bijdrage vooral stil bij de vraag over de reikwijdte.

De praktijk

Uit berichten in de media en uit onderzoek van RTL Nieuws is gebleken dat het risico van agressie van patiënten tegen hulpverleners in de welzijnssector (bijvoorbeeld de gehandicaptenzorg, de psychiatrie, de jeugdzorg, de kinderopvang en de instellingen als tbs-klinieken) een niet verwaarloosbaar risico is. Zo blijkt bijna zestig procent van de hulpverleners wel eens te zijn bedreigd tijdens het werk⁵. Vier op de vijf was wel eens uitgescholden en ruim een derde had te lijden gehad onder fysiek geweld. Uit

Mevrouw mr. S.C. Banga/
mevrouw mr. I. van der Putt-
van Vessem
Bosselaar en Strengers
Advocaten



onderzoek van RTL Nieuws bleek dat in 2009 meer dan 2000 geweldsincidenten in ziekenhuizen zijn geregistreerd. Van de 2000 geregistreerde meldingen ging het in 78% van de gevallen om verbale agressie. In bijna een kwart (22%) van de meldingen ging het om fysieke agressie, bijvoorbeeld schoppen, slaan of bijten⁶. Zo meldde het ANP⁷ op 7 maart 2011 dat een 35-jarige patiënt op de eerste hulp van een ziekenhuis niet wilde accepteren dat de behandeling voorbij was en daarom zodanig agressief reageerde dat hij de 23-jarige verpleegkundige beet, bespuugde en uitschold. Vanwege de beet, is bloed bij de man afgenomen om na te gaan of hij een besmettelijke ziekte had wat voor de verpleegkundige verstrekkende gevolgen zou kunnen hebben en tot aanzienlijke schade zou kunnen leiden. In dat geval zou de vraag kunnen spelen of het ziekenhuis als goed werkgever het risico op deze schade had moeten verzekeren.

> 5

> **Hof Leeuwarden 11 januari 2011, LJN BP1174**

De feiten

Een psychiatrisch verpleegkundige liep op 24 augustus 2006 letsel op, toen een patiënt onverhoeds met hem begon te 'stoeien'. De zorginstelling ontwikkelt activiteiten op het grensvlak van gehandicaptenzorg, psychiatrie en justitie en heeft een observatieafdeling en meerdere behandelafdelingen. De verpleegkundige in kwestie was sinds 1999 sociotherapeut, eerst op de behandelafdelingen en daarna op de observatieafdeling. Op de bewuste avond stelde hij samen met een collega een patiënt gerust die de volgende dag zou worden overgeplaatst naar een behandelafdeling. Kort na het gesprek pakte de patiënt op de gang de arm van de therapeut en draaide die op de rug totdat een knappend geluid hoorbaar was. Op het 'BOFA' aanmeldingsformulier⁸ vermeldde de therapeut dat het ging om onbeholpen gedrag, zonder kwade bedoeling. Als gevolg van het incident liep de therapeut een gescheurde spier in het schoudergewricht op en werd een cuff-rup-tuur vastgesteld.

Rechtbank

De therapeut vorderde in eerste aanleg een verklaring voor recht dat de instelling aansprakelijk was voor de geleden en nog te lijden (im)materiële schade als gevolg van het incident. Hij legde daaraan ten grondslag: primair, tekortschieten in de zorgplicht op grond van art. 7:658 BW en subsidiair, schending van goed werkgeverschap op grond van art. 7:611 BW. De kantonrechter wees de primaire vordering af, omdat het incident als een ongelukkig voorval moest worden aangemerkt waarbij de instelling niet tekort geschoten was in haar zorgplicht. De subsidiaire vordering werd wegens onvoldoende onderbouwing afgewezen. De therapeut ging daartegen in beroep.

Hof

Bij de behandeling van de grieven gericht tegen de primaire grondslag stelt het hof nog eens voorop dat met de zorgplicht van de werkgever op grond van art. 7:658 BW niet beoogd is een absolute waarborg te scheppen voor de bescherming van de werknemer tegen het gevaar van arbeidsongevallen (rov. 5). Op grond van deze zorgplicht is de werkgever verplicht ter voorkoming van de realisering van gevaren verband houdende met het werk datgene te doen wat in de gegeven omstandigheden, volgens de normen geldend ten tijde van het ongeval redelijkerwijs van hem mocht worden verwacht, zoals het treffen van voorzieningen ter voorkoming van gevaar, of indien dat niet (goed) mogelijk is, het waarschuwen en het geven van instructies om de gevolgen van dat gevaar zoveel mogelijk af te wenden. De werkgever moet daarbij rekening houden met het algemene ervaringsfeit dat ook in het werk ervaren en met de desbetreffende werkomstandigheden beken-

de werknemers niet steeds de noodzakelijke voorzichtigheid zullen betrachten (rov. 6). Met in achtneming van deze algemene (niet bestreden) uitgangspunten uit eerste aanleg, gaat het hof vervolgens na of en in hoeverre de instelling in haar zorgplicht ten opzichte van de therapeut is tekort geschoten en zo ja, of het incident daarvan het gevolg is. Het hof oordeelt dat de instelling niet tekort geschoten is in haar zorgplicht ex art. 7:658 BW, maar mogelijk wel ex art. 7:611 BW.

Het oordeel van het hof ten aanzien van de primaire grondslag is gebaseerd op de volgende - voor de praktijk relevante - overwegingen. Onder de aangevoerde omstandigheden (bekendheid met de patiënt, afwezigheid van eerdere incidenten en de gemoedstoestand op dat moment) kan er niet van worden uitgegaan dat de aanwezigheid van een signaleringsplan en/of risicotaxatie voor de therapeut een reden zou zijn geweest om extra voorzichtigheid te betrachten bij het gesprek met de patiënt. Indien de zorgplicht van de instelling al met zich bracht dat de therapeut diende te beschikken over deze stukken en indien deze stukken niet voor de therapeut beschikbaar waren - wat de instelling betwist - ontbreekt causaal verband tussen het niet beschikbaar zijn van deze stukken en het incident gelet op het voorgaande (rov. 10).

Ook indien er vanuit wordt gegaan dat de instelling tekort geschoten is in de zorgplicht terzake de herhalingstrainingen, kan de primaire grondslag niet slagen. De therapeut had het hem overkomen incident niet kunnen afwenden wanneer hij wel de trainingen zou hebben gevolgd, omdat gesteld noch gebleken is dat hij dan adequaat had kunnen reageren en het incident gebeurde "in een flits" volgens de therapeut (rov. 14).

Uit de feiten wordt afgeleid dat de therapeut niet met zijn rug naar de patiënt stond ten tijde van het incident en dat de therapeut dus niet meer bezig was met het afsluiten van de deur. Hij wordt dan ook niet gevolgd in zijn betoog over de ontbrekende sluisen en/of vergrendeling (rov. 15). Het door de therapeut aangehaalde rapport van de Arbeidsinspectie had geen betrekking op de afdeling waar het incident had plaatsgevonden en de in het rapport aan de orde gestelde gebreken/schendingen van verplichtingen speelden in dit geval niet. Er bestond ook geen causaal verband tussen de gebreken/schendingen en het ontstaan van het incident (rov. 16-21).

Bij het oordeel dat de instelling mogelijk wel tekort geschoten is ex art. 7:611 BW stelt het hof allereerst als uitgangspunt voorop dat een werkgever onder omstandigheden gehouden kan zijn een behoorlijke verzekering te sluiten voor haar werknemers, wanneer deze werknemers werk dienen te verrichten waaraan weliswaar incidentele, maar wel serieuze specifieke veiligheidsrisico's verbonden zijn, die niet (volledig) door het treffen van veiligheids-

maatregelen kunnen worden weggenomen. Daarbij valt onder meer te denken aan werknemers die uit hoofde van hun functie in verhoogde mate zijn blootgesteld aan agressie van derden. De werkgever is in een dergelijke situatie alleen gehouden een verzekering af te sluiten wanneer een dergelijke verzekering (tegen redelijke voorwaarden) wordt aangeboden (rov. 24).

Het hof oordeelt dat sprake is van een aan het werk inherent verhoogd veiligheidsrisico en dat dit risico zich heeft gerealiseerd. Het staat immers niet ter discussie dat aan het werk van de therapeut inherent is dat hij geconfronteerd wordt met de agressie van patiënten, die onberekenbaar kunnen zijn. Om de vordering op de subsidiaire grondslag te kunnen toewijzen, moet vast komen te staan dat de instelling tegen redelijke voorwaarden een verzekering had kunnen sluiten en dat deze verzekering aan de therapeut zou hebben uitgekeerd. In dat geval heeft de therapeut aanspraak op betaling van het bedrag dat door de verzekeraar aan hem zou zijn uitgekeerd. Dat hoeft niet gelijk te zijn aan de daadwerkelijk door hem geleden schade (rov. 26). Het hof gelast een inlichtingencomparitie hieromtrent en formuleert vragen die in dat verband relevant zijn (rov. 27). Voorts wijst het hof erop dat de stelplicht en de bewijslast ten aanzien van de op art. 7:611 BW gebaseerde vordering - en de beantwoording van de vragen - op de therapeut rusten.

Hof Den Bosch 6 juli 2010, LJN BN0734

Feiten

Een therapeut werkte in loondienst bij een stichting waar tbs-patiënten worden verpleegd. Op 10 maart 2003 is hij tijdens de uitvoering van zijn werkzaamheden door een tbs-patiënt vastgepakt en meermalen met kracht geslagen, onder andere op zijn hoofd. Als gevolg daarvan liep hij lichamelijk letsel op en raakte hij volledig arbeidsongeschikt.

Rechtbank

De therapeut vorderde in eerste aanleg een verklaring voor recht dat de instelling aansprakelijk is voor de geleden en nog te lijden (im)materiële schade als gevolg van het incident. De kantonrechter wees de vordering af, omdat de instelling niet tekort geschoten was in de zorg- en instructieplicht van art. 7:658 BW.

Hof

De therapeut ging daartegen in beroep. Het hof oordeelt onder meer dat uit het enkele feit dat de patiënt de therapeut heeft geslagen, niet de conclusie kan worden getrokken dat de stichting reeds daarom tekort geschoten is in het treffen van voldoende maatregelen om een dergelijke aanval te voorkomen. Nodig is dat er vóór het incident

zodanige signalen waren dat dergelijke maatregelen geïndiceerd waren. Die signalen waren er niet. Dit blijkt uit een deskundigenrapport, een verklaring van de therapeut en van een collega tegenover de politie. De stelling van de therapeut dat de patiënt boos op hem was omdat de therapeut hem eerder een afzonderingsmaatregel had opgelegd en dat de therapeut zich over die boosheid ongerust maakte, kan de therapeut niet baten. Daaruit kan immers niet worden afgeleid dat een geweldsuitbarsting van de kant van de patiënt te duchten was. Verder verwierpt het hof het betoog van de therapeut dat de stichting verplicht zou zijn schade te vergoeden om de enkele reden dat de schade in de uitoefening van de werkzaamheden ten gevolge van onvoorspelbaar gedrag van een patiënt wordt geleden. De gepretendeerde vergoedingsplicht zou volgens het hof het karakter krijgen van een algemene risicoaansprakelijkheid jegens de werknemer voor de gelijke gevolgen van bedrijfsongevallen. Een dergelijke onbeperkte aansprakelijkheid is niet verenigbaar met het uitgangspunt van de wet dat de werkgever binnen de grenzen van art. 7:658 BW aansprakelijk is voor bedrijfsongevallen (rov. 4.16.1). Kort gezegd, gaat het volgens het hof ook niet om een bijzonder - maar om een aan het werken met delictgevaarlijke tbs-patiënten inherent - gevaar voor een tbs-instelling waarvoor een dienaangaande bijzondere zorgplicht zou gelden (rov. 4.16.2).

Na behandeling van de primaire grondslag, komt het bestaan van een mogelijke verzekeringsplicht van de instelling aan de orde (rov. 4.17 - 4.22.1). Het hof overweegt dat uit de door de therapeut overgelegde staten van geweldpleging tegen personeel blijkt dat dit risico van geweld zich ook daadwerkelijk realiseert. Deze risico's worden door het personeel dagelijks gelopen. Indien komt vast te staan dat deze risico's in 2003 goed verzekeraar waren tegen betaalbare premies, is het hof van oordeel dat de stichting uit hoofde van haar verplichting zich als goed werkgever te gedragen gehouden was zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering. Het hof acht het in dit verband noodzakelijk om vast te stellen of de risico's van geweldpleging van tbs-patiënten van de stichting tegen haar personeel goed verzekeraar waren tegen betaalbare premies. Het gaat dan vooral om de verzekering van schadeposten die als gevolg van bedoelde geweldpleging kunnen ontstaan en waarvan vergoeding is gevorderd (te weten verlies van arbeidsvermogen wegens (blijvende) arbeidsongeschiktheid; gemist carrièreperspectief; inschakeling van huishoudelijke hulp thuis; verlies van zelfwerkzaamheid; reiskosten; immateriële schade).

Het hof overweegt uitdrukkelijk dat het oordeel tot een wezenlijke uitbreiding van de verzekeringsplicht leidt en staat daarom tussentijds cassatieberoep toe:

“4.22. Het in rov. 4.19. vermelde oordeel van het hof houdt

> 7

> *in dat ook met betrekking tot risico's van ongevallen die geen verband houden met het gemotoriseerd verkeer, de werkgever gehouden is zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering van werknemers wier werkzaamheden ertoe kunnen leiden dat zij bij bedrijfsongevallen betrokken raken, mits kan worden vastgesteld dat deze risico's goed verzekeraar waren tegen betaalbare premies.*

4.22.1. Nu met dit oordeel een wezenlijke uitbreiding plaatsvindt van de gevallen waarin door de Hoge Raad in de recente arresten van 1 februari 2008, LJN BB6175 en BB4767 op de voet van art. 7:611 BW een verzekeringsplicht van de werkgever is aanvaard, acht het hof grond aanwezig te bepalen dat tegen dit tussenarrest beroep in cassatie kan worden ingesteld (art. 401a, lid 2 Rv)."

Vergelijking en commentaar

De ratio van de verzekeringsplicht

De verzekeringsplicht werd voor het eerst aangenomen in de zogenaamde februarierresten van 2008⁹. Het ging hierbij om een op art. 7:611 BW gegronde verzekeringsplicht voor werkgevers van werknemers wier werkzaamheden ertoe kunnen leiden dat zij als bestuurder van een motorvoertuig betrokken raken bij een verkeersongeval. Dit werd later uitgebreid tot werknemers die niet-gemotoriseerde voertuigen bestuurden en tot werknemers die als voetgangers betrokken raakten bij een verkeersongeval. De gedachte achter het aannemen van een verzekeringsplicht in die gevallen, was dat wanneer een werknemer in de uitoefening van de werkzaamheden deelneemt aan het wegverkeer, de zorgplicht van de werkgever slechts beperkt is. De werkgever heeft immers geen zeggenschap over de inrichting en daarmee samenhangende (verkeers)veiligheid van de openbare weg. Daarnaast kan een groot aantal andere factoren bijdragen aan het ontstaan van verkeersongevallen, zonder dat de werkgever daar door middel van maatregelen ex art. 7:658 BW invloed op kan uitoefenen. Vanuit de positie van de werknemer was dit echter een onwenselijke situatie. Door deel te nemen aan het verkeer ten behoeve van het werk loopt hij immers meer risico op een ongeluk, terwijl hij de werkgever daarvoor bijna nooit kan aanspreken. In de loop der tijd hebben de risico's in het verkeer geleid tot een goede verzekeraarheid. Uit hoofde hiervan lag het in de lijn van het goed werkgeverschap om als werkgever een verzekering af te sluiten tegen deze risico's. Anders zou de werknemer met lege handen achter blijven bij een verkeersongeval in een hier bedoeld geval, terwijl de werkgever gebaat was bij de werkzaamheden van de werknemer.

Het feit dat de werkgever geen invloed kan uitoefenen op de (werk)plaats waar het ongeval gebeurde (de openbare weg), was dus een belangrijke rechtvaardiging voor het aannemen van de verzekeringsplicht voor het risico van

ongevallen die verband houden met gemotoriseerd verkeer. Deze rechtvaardigingsgrond lijkt echter opvallend genoeg nauwelijks een rol te hebben gespeeld in de uitspraken van het Hof Leeuwarden en het Hof Den Bosch; in beide gevallen werd het letsel van de werknemer door een derde (patiënt) toegebracht binnen de muren van de zorginstelling, aldus daar waar de zorginstelling zeggenschap en invloed heeft.

Overeenkomsten en verschillen tussen de arresten

Uit beide arresten volgt - zolang in cassatie niet anders wordt geoordeeld - dat ook met betrekking tot risico's van ongevallen in de uitoefening van de werkzaamheden die geen verband houden met het gemotoriseerd verkeer, een werkgever gehouden kan zijn zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering. Volgens het Hof Den Bosch kan een verzekeringsplicht aan de orde zijn, wanneer het gaat om risico's die dagelijks in de uitoefening van de werkzaamheden daadwerkelijk worden gelopen en zich ook daadwerkelijk realiseren. Het Hof Leeuwarden oordeelt - enigszins anders - dat het juist kan gaan om incidentele risico's, althans aan het werk van de werknemer verbonden 'incidentele, maar wel serieuze specifieke veiligheidsrisico's, die niet (volledig) door het treffen van veiligheidsmaatregelen kunnen worden weggenomen', zoals zich bijvoorbeeld voordoet bij werknemers die uit hoofde van hun functie in verhoogde mate zijn blootgesteld aan agressie van derden. Er zijn risico's denkbaar die goed onder de noemer van het Hof Leeuwarden te brengen zijn, maar niet goed onder die van het Hof Den Bosch en omgekeerd. In de praktijk kan een groot verschil bestaan tussen dagelijkse risico's en incidentele risico's. De vraag is of de verzekeringsplicht voor beide soorten risico's geldt en of het verschil in de soort zorginstelling daarbij een (belangrijke) rol speelt (in dit geval tbs-kliniek tegenover een soort gehandicaptenzorginstelling). Als de verzekeringsplicht geldt voor incidentele risico's (benadering Leeuwarden), dan is denkbaar dat een verzekeringsplicht kan gelden voor bijvoorbeeld het ziekenhuis uit het praktijkvoorbeeld waar het incident op de eerste hulp speelde. Dit biedt aldus nog ruimte voor discussie.

Voorts geldt - volgens beide hoven - dat een verzekeringsverplichting slechts dan bestaat, indien komt vast te staan dat deze risico's ten tijde van het incident goed verzekeraar waren tegen betaalbare premies. Of het sluiten van een adequate verzekering in het concrete geval mogelijk was, hangt volgens het Hof Leeuwarden af van onder meer de volgende omstandigheden:

- *"Werden ten tijde van het incident verzekeringen aangeboden die dekking boden tegen het risico van schade als gevolg van de confrontatie met geweld en agressie bij werknemers als de betrokkene?"*
- *Tegen welke schade boden deze verzekeringen dekking?*

- Wat was het karakter van deze verzekeringen?
- Hoeveel bedroeg de premie voor het afsluiten van een dergelijke verzekering per medewerker?
- Hoe verhouden de kosten van het afsluiten van een dergelijke verzekering zich tot de totale personeelskosten bij de instelling?
- Zou de betrokkene, gelet op het bij hem ontstane letsel en het verloop van het genezingsproces, in aanmerking zijn gekomen voor een uitkering onder een dergelijke verzekering?
- Zo ja, hoe hoog zou die uitkering naar verwachting zijn geweest?"

Opvallend anders dan het Hof Leeuwarden, kijkt het Hof Den Bosch naar de concrete schadeposten waarvoor de verzekering dekking zou moeten bieden. Deze verschillende benaderingswijzen kunnen leiden tot zeer verschillende uitkomsten. De open benadering en vragen van het Hof Leeuwarden laten om te beginnen minder ruimte voor een doelredenering dan de benadering van het Hof Den Bosch, waarbij wordt geconcentreerd op specifieke schadeposten. Bovendien betreft het Hof Leeuwarden duidelijker dan het Hof Den Bosch het aspect van een mogelijke lastenverzwaring voor de zorginstelling als werkgever (de verhouding tussen afsluit-/premiekosten en de totale personeelskosten) bij de vraag of het risico goed verzekeraar was tegen betaalbare premie.

De (onzekere) gevolgen voor zorginstellingen

Wanneer de uitspraken naast elkaar worden gelegd, dan is de reikwijdte van de verruimde verzekeringsplicht niet zonder meer duidelijk. Allereerst kan worden afgevraagd of de ratio van de verzekeringsplicht uit de februarierresten is verlaten. In ieder geval blijkt dat de rechtvaardigingsgrond voor het aannemen van een zorgplicht in beide gevallen geen rol speelt. Het letsel werd immers toegebracht binnen de muren van de zorginstelling. Binnen de muren van de zorginstelling heeft de werkgever een zorgplicht ex art. 7:658 BW. Als de werkgever daaraan gelet op de concrete omstandigheden van het geval heeft voldaan, dan is hij in beginsel niet aansprakelijk uit hoofde van een geschonden zorgplicht. Het betreft een schuld aansprakelijkheid en uitdrukkelijk (nog steeds) geen risicoaansprakelijkheid. Waarom het in beide gevallen - die overigens qua casuïstiek duidelijk verschillen - niettemin rechtvaardig gevonden wordt om via art. 7:611 BW de werkgever alsnog 'een zorgplicht' tot het treffen van een verzekeringsvoorziening op te leggen, laat zich raden. Klaarblijkelijk heeft het Hof Den Bosch in ieder geval niet beoogd om een risicoaansprakelijkheid aan te nemen (gelet op rov. 4.16.1). Dat een 'zieligheidsfactor' een rol heeft gespeeld is ook niet gebleken. Volgens ons kan het niet de bedoeling zijn dat art. 7:611 BW als een soort vangnet wordt gebruikt.

Voorts is niet duidelijk welk risico precies onder de verzekeringsplicht valt. Volgens het Hof Den Bosch moet het gaan om risico's die dagelijks in de uitoefening van de werkzaamheden worden gelopen, en zich daadwerkelijk voordoen. Gesteld zou kunnen worden dat het personeel in tbs-klinieken, psychiatrische ziekenhuizen en ook gehandicaptenzorginstellingen dagelijks te maken hebben met het risico dat patiënten onberekenbaar zijn en agressief worden met mogelijk letsel tot gevolg (benadering Den Bosch). Zoals hiervoor al werd aangehaald, is niet zeker of dit ook voor verplegend personeel in een regulier ziekenhuis of ambulancepersoneel geldt.

Enerzijds ligt het wellicht meer voor de hand om in die gevallen te spreken van incidentele risico's (benadering Leeuwarden). Immers, in het ziekenhuis krijgt een hulpverlener in de regel te maken met allerlei soorten patiënten die - anders dan in een tbs-instelling het geval is - in beginsel niet delictgevaarlijk zijn. Van een hulpverlener van een ziekenhuis kan niet per definitie worden gezegd dat deze als werknemer uit hoofde van zijn functie in verhoogde mate wordt blootgesteld aan agressie van derden (zie overweging Hof Leeuwarden). Hierbij wordt vooral naar de aard van de instelling gekeken.

Anderzijds, als er naar de cijfers uit de verschillende onderzoeken naar agressie in de welzijnssector wordt gekeken, dan zou op grond van die cijfers pleitbaar kunnen zijn dat het gaat om 'risico's die dagelijks in de uitoefening van de werkzaamheden worden gelopen' (benadering Den Bosch) en daardoor zou mogelijk gesproken kunnen worden van een instelling 'waar werknemers in verhoogde mate worden blootgesteld aan agressie van derden' (deels de benadering Leeuwarden). Hierbij wordt vooral gekeken naar de frequentie van de incidenten (de verwezenlijking van het risico).

Hieruit blijkt dat het onder meer voor een zorginstelling als een ziekenhuis nogal van belang kan zijn om duidelijkheid te verkrijgen over de 'heersende' benadering. De huidige benaderingswijzen verschillen te veel en kunnen overlap vertonen. Daarom bieden de benaderingswijzen thans onvoldoende (rechts)zekerheid voor zorginstellingen. Dat kan tot een onnodige (preventieve) lastenverzwaring van de zorginstelling als werkgever leiden. Uit diverse cao's kan immers worden afgeleid dat de werknemer (thans nog) in beginsel zelf moet zorg dragen voor een verzekering, dan wel op dat vlak een eerste eigen verantwoordelijkheid heeft¹⁰.

Verder is ook niet duidelijk wat in een gegeven geval een behoorlijke verzekering zou zijn geweest. In de februarierresten oordeelde de Hoge Raad dat "de risico's van ongevallen die aan het gemotoriseerd verkeer verbonden zijn metertijd hebben geleid tot een goede verzekeraarbaarheid van deze risico's tegen betaalbare premies". Wellicht dat een dergelijke ontwikkeling, althans de goede verzekeraarbaarheid

> tegen acceptabele premies ook gaande is ten aanzien van het bijzondere risico van werken met delictgevaarlijke patiënten, maar geldt dat ook voor het werken met niet per definitie delictgevaarlijke patiënten? En wordt een al dan niet collectieve ongevallenverzekering of arbeidsongeschiktheidsverzekering voldoende adequaat geacht? Welke uitsluitingen of beperkingen gelden er? In hoeverre moet een werkgever zijn werknemer hiervan op de hoogte stellen? Gaat het nog wel om betaalbare premies? Dit alles zal mede met behulp van de beroepsgroep en verzekeraars duidelijker moeten worden. Echter, een oordeel van de Hoge Raad over het 'bestaan' van een verzekeringsplicht, is als eerste gewenst.

Conclusie

Zoals in de inleiding al is opgemerkt, betekent het aannemen van een verzekeringsplicht van de zorginstelling voor het specifieke risico van door een werknemer te lijden schade als gevolg van agressie door patiënten, een wezenlijke uitbreiding van de gevallen waarin de Hoge Raad op de voet van art. 7:611 BW een verzekeringsplicht heeft aanvaard. Uitgaande van een dergelijke verzekeringsplicht

voor zorginstellingen, is er duidelijkheid vereist over de reikwijdte daarvan, de specifiek beoogde risico's en de acceptabele verzekeringsmogelijkheden. De Hoge Raad heeft zich er nog niet over uitgelaten. Het is zeker ook gezien de ratio van de in de februarierresten aanvaarde verzekeringsplicht maar zeer de vraag of een verzekeringsplicht wordt aangenomen voor ongevallen - als gevolg van agressie van patiënten - die binnen de muren van de zorginstelling plaatsvinden, waar de zorginstelling als werkgever aldus in beginsel veiligheidsmaatregelen kan en moet treffen om aan de zorgplicht ex art. 7:658 BW te voldoen. Maar ook het in de wet verankerde systeem van werkgeversaansprakelijkheid, waarbij het ingevolge art. 7:658 BW expliciet gaat om een schuldaansprakelijkheid, kan aan het aanvaarden van een verruimde verzekeringsplicht door de Hoge Raad in de weg staan. Immers, thans geldt nog dat voorkomen moet worden dat art. 7:611 BW een risicoaansprakelijkheid via de achterdeur bewerkstelligt ingeval de werkgever geen verwijt kan worden gemaakt. In de toekomst zal blijken welke kant het opgaat. Maar voor nu geldt dan wellicht: *Better safe than sorry.*

¹ Voor de leesbaarheid van het artikel wordt verder de term 'patiënt' gebruikt, hoewel zorginstellingen in de praktijk (ook) de term 'cliënt', 'zorgvrager' of 'zorgcliënt' gebruiken.

² Hof Leeuwarden 11 januari 2011, LJN BP1174.

³ Hof den Bosch 6 juli 2010, LJN BN0734.

⁴ Hoge Raad 1 februari 2008, LJN BB6175 en Hoge Raad 1 februari 2008, LJN BB4767, NJ 2009, 331 (de zogenoemde februarierresten) en Hoge Raad 12 december 2008, LJN BD3129, NJ 2009, 332.

⁵ Zie onder meer het onderzoek van Phorza, beroepsvereniging voor sociale, (ortho)pedagogische en hulpverlenende functies. Het rapport is te vinden op: <http://www.phorza.nl/101930>. Zie ook het onderzoek van de Consumentenbond gehouden onder verpleegkundigen: <http://www.skipr.nl/actueel/id5775-geweld-tegen-verpleegkundigen-blijft-zorgen-baren.html> geplaatst op 20 oktober 2010 door: Skipr Redactie.

⁶ http://www.rtl.nl/actueel/rtlnieuws/binnenland/components/actueel/rtlnieuws/2010/02_februari/23/binnenland/veel_agressie_tegen_ziekenhuispersoneel.xml.

⁷ Website: <http://www.skipr.nl/actueel/id6987-dronken-patient-bijt-verpleegster.html> geplaatst op 7 maart 2011 door: Skipr Redactie. Zie ook: <http://www.skipr.nl/actueel/id6502-vrouw-bijt-en-krabt-verpleegkundige.html> geplaatst op 12 januari 2011 door: Skipr Redactie.

⁸ Het aanmeldingsformulier van de betreffende instelling in de zaak waarop Hof Leeuwarden 11 januari 2011 betrekking heeft. BOFA = Aanmeldingsformulier (bijna)ongevallen, fouten en agressie incidenten.

⁹ HR 1 februari 2008, LJN BB6175 en BB4767.

¹⁰ CAO Arbeidsovereenkomst GGZ, Hoofdstuk 3: Verplichtingen werkgever; CAO Gehandicaptenzorg 2009-2011; CAO Ziekenhuizen; CAO Ambulancediensten 2011-2012. De genoemde cao's (behalve die van de Ambulancediensten) liepen per 1 maart 2011 af. Bij gebrek aan vervangende cao's zal er sprake zijn van nawerking.

Het (voorlopig) deskundigenbericht

Een update

In PIV-Bulletin 2010, 8 (special) zijn mr. J. Meyst-Michels en mr. M. Mostert ingegaan op de stand van zaken met betrekking tot de beoordelingsruimte van de rechter in het kader van het (voorlopig) deskundigenbericht. In het onderhavige artikel wordt de draad in zoverre opgepakt, dat een aantal voor de praktijk relevante ontwikkelingen op het gebied van het (voorlopig) deskundigenbericht aan de orde komt. Hierbij wordt de min of meer chronologische volgorde van de handelingen in het kader van het deskundigenbericht gevolgd; beginnend met de inkleding van het deskundigenbericht en eindigend met de aan het deskundigenbericht verbonden kosten.

Inkleding van het deskundigenbericht

Een deskundigenbericht komt in meerdere hoedanigheden voor. In het kader van het voorlopig deskundigenbericht neemt één van de partijen het initiatief, terwijl partijen buiten rechte ook kunnen besluiten tot een gezamenlijk deskundigenbericht. Al dan niet op instigatie van (één van de) partijen kan de rechter gedurende de procedure een deskundigenbericht gelasten. Hoe de diverse deskundigenberichten ook zijn ingekleed, voor de aan de rapportages toe te kennen waarde is relevant of beide partijen invloed hebben kunnen uitoefenen op onder andere de persoon van de te benoemen deskundige, de aan die deskundige voor te leggen informatie en de aan de deskundige voor te leggen vraagstelling. Wanneer dit aan de orde is, vloeit daaruit een sterke mate van gebondenheid van de betrokken partijen voort ten aanzien van het door die deskundige uit te brengen rapport¹.

Wanneer al buiten rechte een expertise in gezamenlijke opdracht heeft plaatsgevonden waarbij overeenstemming bestond ten aanzien van de persoon van de deskundige en de vraagstelling, moet er rekening mee worden gehouden dat een verzoek tot een (voorlopig) deskundigenbericht op dit punt door de rechter wordt afgewezen. Het Hof Amsterdam² achtte het in strijd met de goede procesorde een deskundigenbericht te gelasten, waarin op de zelfde wijze gerapporteerd zou worden als al was gedaan door de expert op verzoek van beide partijen. Het hof meende dat het rapport van deze, in gezamenlijk overleg benoemde, expert op één lijn kon worden gesteld met een door de rechter opgedragen deskundigenbericht. Overigens achtte het hof hier wel relevant dat beide partijen bij de totstandkoming van de afspraken en het daaropvolgende onderzoek werden bijgestaan door deskundige raadslieden. Ook de Rechtbank Zwolle-Lelystad en daaropvolgend het Hof Arnhem³ - nevenzittingsplaats Leeuwarden -

*Mevrouw mr. K.M. Volker/
mevrouw mr. M.S.E. van
Beurden
Van Benthem & Keulen
Advocaten*



oordeelden dat het verzoek van een verzekeraar om een voorlopig onderzoek door een verzekeringsgeneeskundige “in feite een onderzoek behelst dat al (meermalen) is verricht”. Het verzoek werd afgewezen wegens het in strijd zijn met de goede procesorde. Hier heeft de Hoge Raad echter vooralsnog een stokje voor gestoken⁴. Rechtbank en hof hebben de door de verzekeraar naar voren gebrachte argumenten ter onderbouwing van het verzoek om een onderzoek te gemakkelijk - lees: onvoldoende gemotiveerd - terzijde geschoven. Een ander hof moet nu oordelen over de vraag of de verzekeraar terecht om een (nader) onderzoek vraagt.

Stuiten van de verjaring door indienen verzoekschrift tot het voorlopig deskundigenbericht?

Op de inhoud van het verzoekschrift betreffende het voorlopig deskundigenbericht wordt in dit stuk niet ingegaan. Wel dient te worden vermeld dat het verzoekschrift tot het houden van een voorlopig deskundigenbericht stuitende werking kan hebben. In zijn arrest van 18 september 2009 oordeelde de Hoge Raad⁵, dat de indiening van een verzoekschrift tot het bevelen van een voorlopig deskundigenbericht (of een voorlopig getuigenverhoor) niet kan worden beschouwd als het instellen van een eis of andere daad van rechtsvervolging in de zin van art. 3:316 BW,

> omdat een dergelijke procedure er nog niet op gericht is een vordering rechtsgeldig te maken, maar er veeleer toe strekt de informatie te verkrijgen aan de hand waarvan beoordeeld kan worden of het zinvol is een daarop gerichte procedure aanhangig te maken. Het indienen van een verzoekschrift is niet zonder meer gelijk te stellen met de in art. 3:317 lid 1 BW bedoelde mededeling, waarin de schuldeiser zich ondubbelzinnig zijn recht op nakoming voorbehoudt. Hierbij zal niet alleen moeten worden gelet op de tekst van de mededeling, maar ook op de context waarin de mededeling wordt gedaan en eveneens op de overige omstandigheden van het geval. Kortom, met het enkel en alleen indienen van een verzoekschrift tot het houden van een voorlopig deskundigenbericht bent u er niet. Daar is meer voor nodig, en wel in die zin dat aan de vereisten van art. 3:317 lid 1 BW is voldaan. In een uitspraak van het Hof Den Bosch⁶ was dit laatste wel het geval. In het verzoekschrift waren stukken tekst opgenomen, inhoudende dat verzoekster voornemens was de schadevergoeding ex art. 7:658 BW in te stellen jegens de werkgever en dat zij vanwege de bepaling van de omvang van de door haar geleden schade belang had bij het inschakelen van een deskundige om aan haar stel- en bewijsplicht te kunnen voldoen. Dit in aanmerking nemende, oordeelde het hof dat het verzoekschrift moest worden beschouwd als een mededeling in de zin van art. 3:317 lid 1 BW.

Vrijheid van de rechter af te wijken van vraagstelling

De Rechtbank Arnhem⁷ oordeelde dat aan de rechter de vrijheid toekomt tot wijziging van de door verzoeker voorgestelde vraagstelling. Het blijft een draak van een zin, maar volgens mij Hoewel een voorlopig deskundigenbericht primair strekt tot voorlichting van (vooral) de verzoekende partij en daarom als uitgangspunt geldt dat de rechtbank de vragen waarop die partij een antwoord wil aan de deskundige ter beantwoording voorlegt, kan – ook zonder dat de verwerende partij een zelfstandig verzoek daartoe doet – aanleiding bestaan vragen van de verzoekende partij te wijzigingen, toe te voegen of (bijvoorbeeld indien een deskundige ter zake van de betreffende vraag niet bij uitstek deskundig kan worden geacht⁸) weg te laten. De verklaring van de deskundige is immers niet slechts voor de verzoeker van belang, maar ook voor de verweerder alsmede voor de rechter. In deze zaak waren partijen verdeeld over de vraag of aan de deskundige in enigerlei vorm moest worden gevraagd naar een beoordeling van het handelen van de arts, door verwijzing naar de norm van een ‘redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgenoot’ dan wel naar de ‘professionele standaard’. De rechtbank overwoog dat het wenselijk is dat de aan de deskundige te stellen vragen concreet en ter zake dienend zijn⁹ en volgde enerzijds de verzoeker in haar vraagstelling, anderzijds werd conform de wens van het ziekenhuis een vraag toegevoegd naar de professionele standaard.

De vraag naar de professionele standaard kwam aan de orde bij de Rechtbank Amsterdam¹⁰. In deze uitspraak gaf

de rechtbank nog eens duidelijk aan dat de vraag naar de professionele standaard geen juridische beoordeling maar een medisch onderwerp is. Eiser stelde zich - onder verwijzing naar een arrest van het Hof Leeuwarden¹¹ - op het standpunt dat zijn vragen door de rechtbank in beginsel moesten worden overgenomen en dat dit alleen anders is wanneer deze vragen om zwaarwegende redenen in redelijkheid niet kunnen worden gesteld. Eiser werd hierin niet gevolgd door de rechtbank. De rechtbank overwoog dat ingevolge het bepaalde in art. 203 lid 2 sub a Rv het verzoekschrift tot het bevelen van een voorlopig deskundigenbericht onder meer dient in te houden de punten waarover het oordeel van de deskundige wordt gevraagd. Die punten maken dus onderdeel uit van het verzoek en de rechter heeft bij de beoordeling of het onderzoek zich wel of niet omtrent die punten zal dienen uit te strekken, anders dan bij de keuze van de persoon van de te benoemen deskundige, geen vrijheid van beslissen. Wel is de rechter vrij in de formulering van de aan de deskundige voor te leggen vragen. Ook staat het de rechter daarbij vrij om door de wederpartij met betrekking tot het te verrichten onderzoek voorgestelde vragen in de vraagstelling aan de deskundige op te nemen. Terecht merkt de rechtbank op dat indien het standpunt van eiser gevolgd zou worden, ook niet valt in te zien welke meerwaarde een voorlopig deskundigenbericht nog zou hebben ten opzichte van het rapport van een partijdeskundige. Voorts overwoog te rechtbank, dat de beoordeling of de behandelend artsen hebben gehandeld in overeenstemming met de op dat moment geldende professionele standaard niet gelijk is aan de juridische beoordeling van het handelen van die artsen, en die beoordeling bij uitstek tot competentie van de deskundige moet worden gerekend.

Ten slotte nog het arrest van het Hof Leeuwarden¹². In deze kwestie had de rechtbank - waarbij verzoeker haar verzoekschrift tot het houden van een voorlopig deskundigenbericht had ingediend - het verzoek toegewezen, zij het dat de rechtbank in haar beschikking afweek van de door verzoeker geformuleerde vraagstelling. Het hof meent echter dat het de rechtbank vrijstond vragen die door de verzoekende partij zijn voorgesteld opnieuw of anders te formuleren. De rechter mag ook vragen toevoegen, die hij voor het verkrijgen van een juist en volledig bericht van de deskundige noodzakelijk acht. Wel vereist een evenwichtige rechtspleging volgens het hof dat in beginsel geen vraag wordt weggelaten, althans niet over een aspect van de zaak waarover door één of meer van de partijen een oordeel is gevraagd. Wanneer hiervan wordt afgeweken, dient deze afwijking te worden voorzien van een motivatie. Omdat niet was gebleken van een afwijzing of onaanvaardbare afwijking van deze voor verzoeker naar voren gebrachte ‘punten’, beschouwde het hof het verzoek van verzoeker als te zijn toegewezen.

Bezwaar tegen de persoon van de deskundige

Ook de onafhankelijkheid van de deskundige kan onderwerp van geschil zijn. Soms maakt een rechter er weinig woorden aan vuil en ziet hij, in de omstandigheid dat de

gedaagde bezwaar maakt tegen de benoeming van de door eiser voorgestelde deskundige, eenvoudigweg aanleiding een andere deskundige te benaderen¹³. In ieder geval ontstaat een onwenselijke situatie, wanneer een deskundige is benoemd bij wiens onafhankelijkheid op voorhand al kanttekeningen worden geplaatst¹⁴. Eiseres had na benoeming van de deskundige door de rechter door middel van twee brieven haar bedenkingen geuit over de onafhankelijkheid van de benoemde deskundige. Zij gaf aan belang te hebben bij een voortvarende behandeling van de zaak, maar tegelijkertijd wilde zij geen twijfel hebben over de onafhankelijkheid van degene die een zeer belangrijk onderdeel vormt van de beoordeling van haar zaak. Daarom behield zij zich het recht voor, indien bij haar naar aanleiding van het onderzoek van de deskundige gereede twijfel zou ontstaan over de onafhankelijkheid, de kwestie betreffende de onafhankelijkheid ter discussie zou stellen. De rechtbank achtte de situatie waarbij op voorhand kanttekeningen over de benoemde deskundige worden geplaatst dermate onwenselijk, dat zij de betreffende deskundige ontsloeg en overging tot benoeming van een nieuwe deskundige. Opmerkelijk bij deze uitspraak is overigens het feit dat de bezwaren tegen de deskundige kennelijk pas na zijn benoeming kenbaar werden. Ook met de nieuw benoemde deskundige kon eiseres zich niet verenigen, zo blijkt uit het vonnis van een maand later¹⁵. Ditmaal bestond het bezwaar eruit dat zowel de deskundige als de advocaat van eisers ook in een andere zaak betrokken waren. De rechtbank achtte de situatie, waarin een deskundige is benoemd bij wiens neutraliteit in verband met verwickelingen in een andere zaak op voorhand al kanttekeningen werden geplaatst, wederom onwenselijk en ging nogmaals over tot benoeming van een nieuwe deskundige. Ditmaal een deskundige die was voorgesteld door beide advocaten van partijen. Nu is het aantal te raadplegen deskundigen, zeker in medische zaken, niet bepaald omvangrijk te noemen. Het is niet ongebruikelijk dat advocaten en belangenbehartigers bepaalde deskundigen met enige regelmaat in een procedure treffen. De keuze wordt wel heel beperkt, wanneer dit enkele feit tot gevolg zou hebben dat een benoemde deskundige alsdan niet meer onafhankelijk zou zijn¹⁶.

Ook in de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam¹⁷ kwam het bezwaar jegens de deskundige pas achteraf. Eiser voerde aan niet gebonden te zijn aan het rapport van de deskundige - dat dus in onderling overleg tot stand was gekomen - omdat deze deskundige, naar later bleek, gezamenlijke publicaties met de te beoordelen arts op zijn naam had staan en de omstandigheid dat beide artsen in het verleden op eenzelfde afdeling hebben gewerkt. De rechtbank achtte het bezwaar tegen het toekennen van doorslaggevend gewicht aan het rapport van de deskundige gegrond. Indien de rechter bij de beoordeling van een geschil in belangrijke mate is aangewezen op advisering door een deskundige, dient ook de onpartijdigheid van die deskundige boven elke twijfel verheven te zijn. Anders oordeelde de Rechtbank Amsterdam¹⁸. Deze kwestie betrof een operatie in het ziekenhuis waarbij complica-

ties ontstonden. Op verzoek van eiser werd door de rechter een voorlopig deskundigenbericht gelast. Over de vraagstelling en de persoon van de deskundige werd overeenstemming bereikt. Na het verschijnen van het rapport maakte het ziekenhuis echter bezwaar tegen de persoon van de deskundige, die achteraf zowel opleider als promotor bleek te zijn van de beide artsen wier handelen door hem moest worden beoordeeld. Eveneens bleek dat de deskundige en de betrokken artsen niet meer met elkaar op goede voet stonden. Daarmee was volgens het ziekenhuis de onafhankelijkheid van de deskundige niet meer gewaarborgd en verzocht het de rechtbank een nieuwe deskundige te benoemen. Daargelaten of het ziekenhuis voorafgaand aan de benoeming van de deskundige niet op de hoogte was van de opleidingsrelatie en van de slechte verstandhouding tussen de betrokken artsen en de deskundige (ook hier is mitsdien sprake van een bezwaar dat opgeld doet na benoeming van de deskundige), is de rechtbank van mening dat deze feiten voor risico van het ziekenhuis dienen te blijven en wijst zij het verzoek af. De rechtbank achtte het hierbij van belang dat het ziekenhuis tijdens het uitbrengen van het deskundigenrapport de mogelijkheid onbenut heeft gelaten om aan de rechtbank of aan de deskundige kenbaar te maken dat zij twijfelde aan de onafhankelijkheid van de deskundige.

Kortom, bezwaar tegen een deskundige kan - mits tijdig ingebracht - zinvol zijn. Hoewel die tijdigheid dan weer niet inhoudt dat het bezwaar voorafgaand aan de benoeming moet worden gemaakt.

Bezwaren tegen/waardering van het deskundigenbericht

Dat een partij eerder heeft ingestemd met de benoeming van een deskundige alsmede de vraagstelling, betekent niet dat de partij tegen de uitgebrachte rapportage geen bezwaren zou mogen uiten. Wel moet dit bezwaar tijdig worden gedaan (in ieder geval bij de conclusie na deskundigenbericht) bij gebreke waarvan het bezwaar kan afstuiten op de goede procesorde¹⁹. De rechter heeft echter een grote mate van vrijheid bij de uitleg en waardering van deskundigenberichten²⁰. Bij het al dan niet overnemen van een deskundigenbericht heeft hij slechts een beperkte motiveringsplicht. Wel dient deze motivering kenbaar en voor partijen en de hogere rechter controleerbaar te zijn. Binnen de grenzen van zijn motiveringsplicht bepaalt de rechter ambtshalve of op basis van de standpunten van partijen of er steekhoudende en zwaarwegende redenen zijn om een rapport niet te volgen.

Wanneer een partij invloed heeft kunnen uitoefenen op onder andere de persoon van de te benoemen deskundige, de aan die deskundige voor te leggen informatie en de aan de deskundige voor te leggen vraagstelling, vloeit daar al een sterke mate van gebondenheid aan het uitgebrachte rapport uit voort. Dit neemt uiteraard niet weg dat, wanneer één van de partijen zich niet kan verenigen met de bevindingen van de deskundige, het deze partij vrij staat de betekenis van het rapport voor het bewijs te bestrijden, > 13

> bijvoorbeeld door middel van een rapportage van een eenzijdig door haar geraadpleegde deskundige. Dit is evenwel geen eenvoudige taak. Op een partij die de door de deskundige in een rapport getrokken conclusie(s) wenst te betwisten rust een zware stelplicht. Het zal over het algemeen lastig zijn het uiteindelijke rapport van de deskundige door de rechter terzijde te laten schuiven. Overigens staat het feit dat de rechtbank - ondanks de daartoe aangevoerde bezwaren - het rapport van de deskundige tot de hare maakt, er niet aan in de weg dat een partij vervolgens in de gelegenheid wordt gesteld tegenbewijs te leveren²¹. Dat dan wel sprake moet zijn van een ter zake doend en overtuigend bewijsaanbod, gaat de reikwijdte van dit artikel te buiten.

De Rechtbank Amsterdam²² heeft nog eens duidelijk gemaakt dat een gezamenlijk deskundigenbericht niet impliceert dat partijen aan de uitkomst van het rapport zijn gebonden. Het enkele feit dat partijen het eens waren over de persoon van de deskundige en de stellen vragen aan de deskundige kan deze conclusie niet dragen. Indien juist is dat partijen of hun medisch adviseurs menen dat de expertise zeer zorgvuldig en goed gedocumenteerd is uitgevoerd, volgt daaruit evenmin dat partijen zouden zijn overeengekomen dat de inhoud van het deskundigenbericht tussen hen zou gelden als bindend advies. Met de overweging van de rechtbank - dat, nu niet is gebleken van andere feiten en omstandigheden waaruit gebondenheid aan het deskundigenrapport kan worden afgeleid de waardering van de betekenis van het deskundigenrapport voor de beslissing op het geschil van partijen ex art. 152 lid 2 Rv wordt overgelaten aan de rechtbank - is bovendien helder dat de waardering van een deskundigenbericht in een procedure uiteindelijk aan de rechter is voorbehouden en niet aan partijen.

In het aan het arrest van de Hoge Raad d.d. 15 mei 2009²³ ten grondslag liggende eindarrest van het Hof Den Haag van 16 oktober 2007 volgde het hof het oordeel van de deskundige die op verzoek van beide partijen was ingeschakeld niet. De deskundige had aangegeven dat de operateur zich volgens hem niet bewust was geweest van het risico op zenuwletsel, indien de bladen van de wondspreader niet met regelmaat worden verplaatst²⁴. Omdat het hof niet duidelijk was waarop de deskundige die conclusie had gebaseerd en heeft het nadere vragen gesteld, waarna het tot een ander oordeel kwam. Op basis van dit aanvullende deskundigenrapport wees het hof, anders dan rechtbank in eerste aanleg, de vordering af. De in cassatie tegen dit oordeel gerichte motiveringsklachten faalden, aangezien de waardering van bewijs aan de feitenrechter is voorbehouden. Daarnaast bevestigde de Hoge Raad in dit arrest opnieuw dat rechters bij het waarderen van deskundigenrapporten een grote vrijheid en beperkte motiveringsplicht hebben.

Het Hof Arnhem²⁵ volgde het oordeel van de door de rechtbank benoemde deskundige evenmin omdat het hof op andere gedachten werd gebracht door een deskundi-

genrapport/verklaring door één der partijen in het geding gebracht. Het enkele feit dat de partijdeskundige niet door de rechtbank was benoemd, vormde voor het hof geen aanleiding aan de kwaliteit en kennis van deze deskundige te twifelen of anders te waarderen dan die van de door de rechtbank benoemde deskundige.

Bij een onvoldoende begrijpelijke rapportage kan de rechter ook een minder vergaande en meer proceseconomische benadering volgen. Wanneer een deskundigenbericht niet duidelijk is, kan de rechter uiteraard ook nadere uitleg aan de deskundige vragen (art. 194 lid 5 Rv). In haar uitspraak van 23 oktober 2009²⁶ zag de Rechtbank Amsterdam geen aanleiding een door een neuroloog opgesteld rapport direct buiten beschouwing te laten. De rechtbank overwoog dat een medische expertise ertoe strekt informatie te verschaffen ten behoeve van de juridische beoordeling van de zaak. Daartoe moet het rapport voor niet-medisch geschoolden voldoende begrijpelijk zijn, ook ten aanzien van de logische stappen die tussen bevindingen en conclusies worden gemaakt. Wanneer door de deskundige - ondanks daarover gemaakte opmerkingen door eiseres - een onvoldoende begrijpelijke rapportage is opgesteld, ziet de rechtbank hierin niet meteen aanleiding van het deskundigenbericht af te wijken, maar acht het wel aangewezen dat de deskundige zich nader uitslaat over de door eiseres opgeworpen vragen ter zake de conclusies die waren getrokken op basis van het beschreven klachtenbeeld.

Kosten deskundigenbericht

Een deskundige heeft ingevolge art. 199 Rv aanspraak op schadeloosstelling en loon. Het bedrag van de deskundigenkosten wordt door de griffier betaald uit het voorschot dat door de rechter op grond van art. 195 Rv is opgelegd en door (één der) partijen ter griffie is gestort. Het uitgangspunt bij art. 195 Rv is dat de eisende partij als voorfinancier optreedt. Dit is vanuit de gedachte dat deze partij ter handhaving of verwezenlijking van een civielrechtelijk eigen belang de procedure aanhangig heeft gemaakt. De rechter kan evenwel in de omstandigheden van het geding aanleiding vinden het voorschot ten laste van de gedaagde partij te brengen, of van beide partijen gezamenlijk. Een afwijking van de hoofdregel moet worden opgenomen in het vonnis, waarin de deskundigen worden benoemd. Deze beginselen zijn ook van toepassing indien het deskundigenbericht door een of beide partijen is verzocht.

Uiteraard kan een gedaagde om haar moverende redenen - wanneer de rechtbank heeft bepaald dat het voorschot ten laste van de eisende partij wordt gebracht - zich bereid verklaren het voorschot te dragen²⁷. Voorts is het denkbaar dat de rechter de kosten voor het deskundigenbericht ten laste van de gedaagde partij laat komen, wanneer de situatie speelt dat de gedaagde zijn aansprakelijkheid heeft erkend en het deskundigenonderzoek slechts strekt tot het vaststellen van de hoogte van de schade. Opvallend is een recente uitspraak van het Hof Amsterdam²⁸ waarin het

aanleiding zag de kosten van een voorlopig deskundigenbericht ten laste van de gedaagde partij te laten komen, hoewel aansprakelijkheid niet was erkend en evenmin al een bodemprocedure aanhangig was gemaakt. Het hof achtte het op basis van het voorliggende deskundigenrapport voldoende aannemelijk, dat uiteindelijk aansprakelijkheid zou bestaan voor de schade dat het de kosten ten laste van de gedaagde partij bracht. Het hof neemt mitsdien een voorschot op een bodemzaak die wellicht helemaal niet zal worden gevoerd. Ten slotte geldt dat, wanneer een partij nalaat het voorschot voor het deskundigenbericht te betalen, het deskundigenbericht geen doorgang vindt. Dit kan tot gevolg hebben dat een rechter niet in staat zal zijn de schade te begroten met afwijzing van de vordering tot gevolg²⁹.

¹ Zie o.a. Rb Zwolle-Lelystad 25 juni 2008, LJN BG1780.

² Hof Amsterdam 16 maart 2010, *Nieuwsbrief Personenschade*, mei 2010, 21.

³ Zie HR 22 oktober 2010, LJN BN5833.

⁴ HR 22 oktober 2010, LJN BN5833.

⁵ HR 13 september 2009, LJN BI8502.

⁶ Hof Den Bosch 16 maart 2010, LJN BL8129.

⁷ Rb. Arnhem 30 oktober 2008, 1723S8/HA RK 08-199, gepubliceerd op www.stichtingpiv.nl.

⁸ Zie HR 22 februari 2008, *RvdW* 2008, 256.

⁹ Zie HR 9 februari 2003, *NJ* 2004, 584.

¹⁰ Rb. Amsterdam 17 februari 2009, LJN BH2346.

¹¹ Hof Leeuwarden 1 november 2006, *NJF* 2006, 577.

¹² Hof Leeuwarden 25 juni 2009, *JA* 2011/3.

¹³ Rb. Haarlem 21 juli 2010, LJN: BN7365.

¹⁴ Rb. Arnhem 17 maart 2010, LJN BL9278.

¹⁵ Rb. Arnhem 28 april 2010, LJN BM6348.

¹⁶ Zie ook de noot van Giard onder Rb. Amsterdam 15 januari 2009, *JA* 2009/02.

Ten slotte

Wanneer partijen overeenstemming hebben bereikt over de persoon van de te benoemen deskundige en de vraagstelling, is de kans groot dat partijen zich uiteindelijk bij de inhoud van het rapport van de deskundige neerleggen. Mocht één der partijen zich echter niet kunnen verenigen met de inhoud van het rapport, dan zal het gezien de lijn in de jurisprudentie niet eenvoudig zijn de rechter te overtuigen dat dit rapport niet als uitgangspunt kan dienen. Enigszins geruuststellend is dan ook de besproken jurisprudentie waarin de rechter het voorliggende deskundigenbericht niet blind heeft gevolgd, maar open stond voor deskundigenberichten die door één partij in het geding zijn gebracht of overging tot het benoemen van een nieuwe deskundige.

¹⁷ Rb. Rotterdam 13 januari 2010, *Nieuwsbrief Personenschade*, maart 2010, 10.

¹⁸ Rb. Amsterdam 15 januari 2009, *JA* 2009/02.

¹⁹ Vgl. Rb. Arnhem 14 april 2010, LJN BM1542.

²⁰ HR 15 mei 2009, LJN BH3148, *RAV* 2009, 68.

²¹ Rb. Amsterdam 7 januari 2009, LJN BH1287

²² Rb. Amsterdam 14 april 2010, LJN BN0327.

²³ Zie noot 19.

²⁴ Zie ook J. Meyst-Michels, "Kroniek medische aansprakelijkheid", *AV&S* afl. 1 - 2011, p. 35.

²⁵ Hof Arnhem 9 februari 2010, 200.006.467/01, nevenzittingsplaats Leeuwarden.

²⁶ Rb. Amsterdam 23 oktober 2009, LJN BK0990, *RAV* 2010, 28.

²⁷ Rb. Arnhem 27 mei 2009, LJN BI7037.

²⁸ Hof Amsterdam 25 januari 2011, LJN BP6438.

²⁹ Hof 's-Gravenhage 9 november 2010, LJN BO8037.

Whiplash; juristen aan het woord

Verslag van het 4e Gronings Letselschadecongres

Mr. H. Vorrseman

PlasBossinade Advocaten

Elk jaar organiseert de Rijksuniversiteit Groningen o onder leiding van prof. mr. F.T. Oldenhuis - vakgroep Privaatrecht & Notarieel recht - een letselschadecongres. Het reguliere congres over werkgeversaansprakelijkheid vindt plaats op 7 oktober 2011.

Vanwege de onduidelijkheid die in de praktijk is ontstaan na de in 2007 gewijzigde NVN-richtlijnen, werd op 22 maart 2011 een extra congres 'Whiplash; juristen aan het woord' ingelast. Omdat een whiplashclaim - nadat de betrokken medici hun kijk op de zaak hebben gegeven - uiteindelijk steeds op het juridische speelveld zal moeten worden beoordeeld, werd er voor gekozen tijdens op deze bijeenkomst uitsluitend juristen aan het woord te laten.

Mr. A. Kolder - advocaat bij Houkes c.s. en tevens docent en onderzoeker aan de RuG - beet de spits af. Kolder - die in het Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade (TVP 2011, 1, p. 1-27) overigens een fraai overzicht van de recente 'whiplash-rechtspraak' heeft geschetst - nam de zaal mee langs de jurisprudentie om tot de conclusie te komen dat de maatstaf uit het welbekende arrest Zwolsche Algemeene/De Greef (NJ 2001, 433) lijkt te zijn 'herontdekt'. Hoewel volgens Kolder over de werkbaarheid van de maatstaf uit dit arrest wel kan worden getwist, gaf hij aan dat de beoordeling van het realiteitsgehalte van whiplashklachten uiteindelijk steeds het karakter van 'plausibiliteit' heeft.

Als tweede spreker liet mr. P. Knijp - advocaat bij Stadermann Luiten Advocaten - een geheel ander geluid horen. Hij verzet- te zich nadrukkelijk tegen toepassing van de 'objectivering- maatstaf' uit Zwolsche Algemeene/De Greef, onder verwij- zing naar de meest recente richtlijnen van de NVN uit 2007. Bij het ontbreken van een (neurologisch) substraat, geen door de neuroloog te duiden functionele invaliditeit en even- min beperkingen, zo luidde de boodschap van Knijp. Levert een neurologische expertise 'niets' op, dan zou volgens Knijp nog een psychiatrische expertise in beeld kunnen komen. Het betoog van mr. B. de Hek - vicepresident van het Gerechtshof Leeuwarden, doch op persoonlijke titel aanwezig - was van meer beschouwelijke aard, maar maakte op de aan-

wezigen niettemin veel indruk. De Hek introduceerde zelfs een nieuw begrip: 'juridische objectiveerbaarheid' van de klachten in plaats van 'medische objectiveerbaarheid'. Onder verwijzing naar de Deense filosoof Kierkegaard opperde hij dat (belangenbehartigers van) slachtoffers met een meer objectieve bril naar de zaak zouden moeten (durven) kijken, terwijl de verzekeraar wat meer empathie, een meer subjek- tieve bril niet zou misstaan.

Na de polemiek en beschouwelijkheid was het de beurt aan mr. A. Van - advocaat bij Beer advocaten, maar aanwezig in zijn hoedanigheid als medeoprichter van de Interdisciplinaire Werkgroep Medische Deskundigen (IWMD). Van gaf een inzicht in de keuken van de IWMD, alwaar doorlopend nieu- we recepten worden gemaakt voor een betere vraagstelling aan medisch deskundigen, om de jurist in staat te stellen het uiteindelijk door hen te vellen juridische oordeel zo goed mogelijk te kunnen geven. Helder was de mening van Van, dat de huidige 'striktmedische' NVN-richtlijnen zich niet goed verdragen met het basisidee waarop de IWMD- vraagstelling is gegrond. Tijdens de debatronden roerde zich de zaal, waarbij opviel dat vooral de aanwezige rechters zich het onderwerp sterk aantrokken.

Professor Oldenhuis tot slot, opperde vanwege de al tiental- len jaren bestaande dezelfde specifieke 'whiplashproblema- tiek' het idee - in de geest van de IWMD - en Interdiscipli- naire Werkgroep Whiplash (IWW) op te richten IWW.

De tijd zal het (wederom) leren.



V.l.n.r. H.H. Van, De Hek, Oldenhuis, Knijp en Kolder

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: QuantesArtoos, Rijswijk