

**Pagina 1**  
Letselschade in een breed perspectief

**Pagina 6**  
Proportionele aansprakelijkheid en causaal verband

**Pagina 9**  
Medebezit: wie wil dat betalen?

**Pagina 13**  
LetselschadeNEWS

**Pagina 14**  
Recente ontwikkelingen onderzoek RSI

**Pagina 15**  
Gedragscode Verwerking Persoonsgegevens Financiële Instellingen

februari 2011



Stellingen en stemmingen ...

Terughoudendheid of toch niet ...

Geen dekking zonder prijs ...

Slachtoffer in actie ...

Beter voorkomen! Maar hoe ...

Reacties op artikel Holvast ...

## Letselschade in een breed perspectief

Een verslag van het 22e LSA Symposion

Op 28 januari 2011 vond het symposion van de Vereniging van Letselschadeadvocaten (LSA) wederom plaats in het Kurhaus te Scheveningen. Voor het Kurhaus een ijsbaan met schaatsende kinderen en achter het Kurhaus het (van achter het glas) aanlokkelijk ogende zonovergoten strand met een kabbelende zee, een prachtige winterse dag. De diversiteit van deze eerste indrukken bleek tekennend voor de variatie van de dag. Een uitstekende en boeiende bijeenkomst met een verscheidenheid aan onderwerpen, onder de strakke en sfeervolle leiding van dagvoorzitter mevrouw mr. W. Tonkens-Gerkema.

De nieuwe voorzitter van de LSA - mevrouw mr. M.A. Pasma - gaf in haar welkomstwoord aan dat vanwege de dynamiek en diversiteit in ons vakgebied de keuze voor de invulling van de dag gevarieerd was. De spelers in het letselschadeveld moeten beschikken over een gedegen, brede en actuele kennis. Dat verdient het slachtoffer. Deskundigheid en een gedegen en rechtvaardige houding zijn noodzaak. Kwalijke praktijken zijn ondermijnend en schaden het aanzien van de markt en moeten worden geweerd. Regelgeving en gedragscodes zijn ingebed en noodzakelijk, mits voorop blijft staan dat de uniciteit van het slachtoffer maakt dat schaderegeling maat- en mensenwerk blijft.

*Letselschade en het EVRM<sup>1</sup> - prof. mr. T. Barkhuysen*  
Barkhuysen lichtte de theorie van het EVRM toe ter beoordeling of dit in de praktijk handvatten kan

Mevrouw C.P.M. Mastop re CED Mens



bieden voor het vakgebied van de personenschade. Was Straatsburg de troefkaart voor o.a. het debacle van het afgewezen wetsvoorstel affectieschade, het EVRM en het bindende EU Grondrechtenhandvest omvatten procedurele en materiële rechten met zowel negatieve als positieve verplichtingen voor de overheden. Deze verticale werking heeft ook horizontaal effecten. Spreker lichtte met een aantal cases<sup>2</sup> de procedurele en materiële rechten toe, zoals HvJ EG Krombach/Bamberski. Ter illustratie van gebruik van procedurele en materiële rechten, in casu het recht op leven (art. 2 EVRM) en op eigendom (art. 1 EP) om schadevergoeding te verkrijgen en de voor de ramp verantwoordelijke personen te doen bestraffen, >

> besprak Barkhuysen EHRM<sup>3</sup> Öneriyildiz/Turkije. Art. 6 EVRM betreft de toegang tot de rechter, verdedigingsrechten en redelijke termijn. In dit kader is de uitspraak Cibicki/Polen van belang.

Een mooi voorbeeld van procedurele rechten afgeleid uit materiële rechten is EHRM Van Kück/Duitsland. Mensenrechten kunnen worden ingeroepen in nationale procedures als daar echt aanleiding toe bestaat en sprake is van enig belang. Maar dat kan - op basis van zorgvuldige afweging, afdoende gemotiveerd en bij voorkeur voorzien een deskundigenbericht - ook in ernstige zaken. De nationale rechter moet worden gewezen op de relevante Europese jurisprudentie. De gang naar de Europese rechter vergt echter drie tot vijf jaar. Schadevergoeding bij schending van rechten (art. 13 en 14 EVRM) - zowel materieel als immaterieel - is niet eenduidig. Het Europese Hof lijkt ruimhartig bij het toekennen van materiële en immateriële vergoedingen. Gemeend wordt dat affectieschade ook op nationaal niveau vergoed moet worden. Barkhuysen sloot af met de stelling dat mensenrechten kunnen worden benut ter versterking van personenschadeclaims. Anderzijds bieden de EU rechten ook bescherming daartegen. De mogelijkheid van procederen voor het EHRM en het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJ EG) heeft een dynamisch en corrigerend effect op het nationale aansprakelijkheidsrecht. Ingeval van een beroep op de mensenrechten is deskundige inzet van essentieel belang voor de onderbouwing die cruciaal is voor het welslagen van een dergelijk beroep. Uit de afsluitende stemming bleek dat een overgrote meerderheid van de zaal zich kon vinden in de stellingen van Barkhuysen.

Dit ontlokte bij de dagvoorzitter de vraag of de markt binnenkort - vooruitlopend op toetsing bij de (EG)rechter - in de minnelijke onderhandelingen zal worden geconfronteerd met een beroep op de mensenrechten.

#### *Deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade: eerste ervaringen - mevrouw mr. drs. G. de Groot*

Vijf jaar geleden sprak De Groot op het LSA Symposium over haar idee voor interventie via de rechter tijdens buitengerechtelijke onderhandelingen. Dit leidde tot de op 1 juli 2010 in werking getreden Wet deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade. In tegenstelling tot de verwachting van sommigen is er op deze procedure geen 'run' geweest. Op 1 juli 2010 werden de eerste twee verzoeken ingediend. Tot 28 januari 2011 werden eenentwintig uitspraken gepubliceerd. Koudwatervrees?

De wet (art. 1019w-1019cc Rv) biedt toegang tot de rechter bij een deelgeschil in het kader van de buitengerechtelijke afwikkeling van letsel- of overlijdensschade ten behoeve van het in staat stellen van partijen om met behulp van de deelbeslissing de zaak buitengerechtelijk af te wikkelen. Doel is dan ook de verbetering van het buitengerechtelijke traject van de afhandeling van de zaak. De instrumenten daartoe zijn toegang tot de rechter, ook op verzoek van een partij; bemiddelend en geschilbeslechtend kader: het bevorderen van een vlotte en soepele totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst tussen partijen;



regeling van kosten; en juridische betekenis deelgeschillenbeslissing.

Voor de eerste ervaringen waren niet alleen de eenentwintig uitspraken van belang maar ook de literatuur en de wandelgangen. Geen zicht is op de omvang van niet gepubliceerde uitspraken, ingetrokken verzoeken en minnelijke regelingen tijdens de mondelinge behandeling. In dat laatste geval kan, in tegenstelling tot andere verzoekschriftprocedures, wel gevraagd worden om een proces verbaal in executorialie vorm (1019jj/87 lid 3 Rv). Op basis van en met alle beperkingen van het geringe aantal uitspraken, gaf De Groot haar analyse over de ontwikkelingen. Het voerde te ver de analyse geheel te beschrijven, volstaan werd met de vaststelling dat tot nu toe een redelijke dwarsdoorsnede van de personenschadepraktijk werd gezien wat betreft de aard van de zaak en die van het geschil. In een vijftal zaken werd een tegenverzoek (282 lid 4 Rv) ingediend betrekking hebbend op het feitencomplex en de geschilpunten van het verzoekschrift. In die gevallen werd het tegenverzoek tegelijk met het verzoek behandeld, zodat geen sprake was van extra tijdsverloop. Van belang is voortvarendheid te bewerkstelligen, onder andere door het petitium concreet te formuleren en verhinderdata te beperken. In die zaken waarin als verweer wordt gevoerd dat geen sprake is van een deelgeschil, is het aan de rechter de zaak weer vlot te trekken. Dat een deelgeschilprocedure kan leiden tot een volgende is mogelijk, mits dit tijdens de behandeling kenbaar wordt gemaakt. Van belang is de proportionaliteitstoets. De rechter toetst (1019z Rv) of de verzochte beslissing voldoende kan bijdragen aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst. De investering in tijd, geld en moeite moet dus worden afgewogen tegen het belang van de vordering en de bijdrage die een beslissing aan de totstandkoming van een minnelijke regeling kan leveren.

Met de ervaringen tot nu toe kon worden vastgesteld dat de deelgeschillenrechter welwillend is en in belangrijke mate beoordeelt vanuit geschilbeslechtend perspectief. De deelgeschillenrechter vroeg partijen blijk te geven van onderhandelingsbereidheid. De bemiddeling door de deelgeschillenrechter vond vooral plaats rondom het petitium en het vlot trekken van de onderhandelingen.

De proceskosten van het deelgeschil aan de zijde van de benadeelde betreffen buitengerechtelijke kosten, ook als hij in het ongelijk wordt gesteld. De kosten worden ambtshalve begroot. Indien tussen partijen wordt overeengekomen de kosten na de deelgeschilprocedure door partijen te laten begroten, moet dit benoemd worden in het verzoekschrift. De overwegingen en beslissingen van de deelgeschillenrechter wat betreft de BGK bleken zeer gevarieerd, net als bij een tombola.

Concluderend stelde De Groot dat de indiening van een deelgeschilverzoek een strategische keuze moet zijn in het belang van de cliënt ten behoeve van een soepele en vlotte totstandkoming van een minnelijke regeling. Daartoe dient een concreet petitium en een duidelijke omschrijving van het verzoek en de gronden waarop dit berust. Uit stemming door de zaal bleek de meerderheid zich te kunnen vinden in de stellingen van De Groot. De afsluitend de vraag of de advocatuur moet komen tot normering van de BGK tarieven in deelgeschillen; dit leverde slechts een beperkte meerderheid op.

#### *GOMA: beter omgaan met incidenten en schadeclaims in de zorg - prof. mr. J. Legemaate*

Legemaate was lid van de projectgroep en heeft in die hoedanigheid meegeschreven aan de Gedragscode Openheid medische incidenten; betere afwikkeling Medische Aansprakelijkheid, het 'zusje' van de Gedragscode behandeling Letselschade (GBL). Aanleiding voor de GOMA was de discussie over de voortgang ingeval van medische missers, waarbij het slachtoffer min of meer in de kou bleef staan. Een formele aanpak en empathie zijn van belang voor de ontwikkelingen op het gebied van de openheid over incidenten en fouten in de zorg. Van 'fout gegaan' naar 'fout gedaan' en een cultuur waarin ook sorry kan worden gezegd. Er zijn al ontwikkelingen doorgevoerd. Zo is in art. 7:953 BW opgenomen dat het door verzekeraar doen van bepaalde erkenningen geen gevolgen heeft voor zover de erkenning juist is. Ook leidden de veranderde opvattingen binnen de medische beroepsgroep tot 'openheid moet' in de gedragsregels KNMG 2007. De opzet en inhoud van de GOMA kent twee invalshoeken: openheid medische incidenten en betere afwikkeling schadeclaims. De openheid van medische incidenten is ruimer dan schadeclaims: het richt zich op een adequate reactie op incidenten. Met een incident wordt bedoeld een onbedoelde gebeurtenis met merkbare gevolgen. De zorgaanbieder is en blijft verantwoordelijk voor het hele traject, ofwel vanaf het incident tot de claimafhandeling. GOMA aanbevelingen 1 t/m 9 zien op het adequaat omgaan met incidenten en behelzen onder meer het bijhouden van een goed dossier, openheid over en snelle reactie op incidenten, verontschuldigen (fouten toegeven), behulpzaam

zijn bij het vergaren van bewijsmateriaal (niet alleen medisch dossier maar ook een inspanningsverplichting zoals foto's van de situatie ter plaatse), leren van incidenten en het beleid hierop aanpassen en het verstrekken van goede informatie over rechten. De aanbevelingen 10 t/m 19 zien op adequate afhandeling van verzoeken om schadevergoeding - waaronder goede informatie aan de patiënt door belangenbehartiger of zorgaanbieder - en goed onderbouwde aansprakelijkstelling. Het zich binnen twee weken na ontvangst van de aansprakelijkstelling bekend maken van de verzekeraar, het voortvarend uitwisselen van benodigde gegevens, een gestandaardiseerd machtigingsformulier. Vervolgens in beginsel binnen drie maanden een onderbouwd standpunt wat betreft de aansprakelijkheid en tot slot aanbevelingen met betrekking tot de inschakeling van medisch deskundigen.

Biedt de GOMA voldoende soelaas? De GOMA kent grenzen: niet alle problemen - zoals taak en vraagstelling medisch deskundigen, de medisch adviseur en de bewijslast/causaliteitsbepaling - worden omschreven. Evenmin biedt de GOMA een oplossing voor de 35.000 gevallen van vermijdbare schade per jaar in ziekenhuizen versus de ongeveer 2500 schadeclaims (cijfers 2008). Vermijdbaar is niet per definitie verwijtbaar, maar dan toch!

Is de GOMA afdoende gelet op de maatschappelijke druk en andere ontwikkelingen, bijvoorbeeld het wetsvoorstel cliëntenrechten zorg. Dient gekomen te worden tot het loslaten van de schuldaansprakelijkheid naar een *no fault* systeem?

De zaal stemde in met deze conclusie van Legemaate dat indien zorgverleners opener zijn over incidenten en fouten, het aantal klachten en claims van patiënten zal afnemen en dat patiënten erbij zijn gebaat in een vroeg stadium een onafhankelijke beoordeling te krijgen van een mogelijke claim.

Op de stelling dat de GOMA lapwerk is en het verstandig is de huidige schuldaansprakelijkheid in te ruilen voor een *no fault* systeem naar Scandinavisch model, reageerde de zaal met een duidelijk nee. Dit zou leiden tot onwenselijke beperkingen ingeval van zeer ernstig letsel.

#### *Wet bescherming persoonsgegevens in letselschadezaken: straf of geschenk? - mevrouw mr. H. De Vries*

De Vries startte haar inleiding met de mededeling dat het juist vandaag de *International Data Protection Day* was. Het rechtsgebied van de bescherming persoonsgegevens is sterk in opkomst. In letselschadezaken wordt sinds enkele jaren een beroep gedaan op de Wet beperking persoonsgegevens (WBP). Bij de verwerking van (medische) persoonsgegevens van slachtoffers in letselschadezaken zijn veel partijen betrokken en bestaat een complex stelsel van voorschriften, vervat in wetgeving, regelgeving en zelfregulering. De sector banken/verzekeraars beschikt over de Gedragscode Verwerking Persoonsgegevens Financiële Instellingen, een door de Commissie Bescherming Persoonsgegevens (CBP) goedgekeurde zelfregulering. In de praktijk betekent dit dat de verzekeraar verantwoordelijk is voor gegevensverwerking en aansprakelijk is voor naleving van de voorschriften. Bij niet naleving kan op

> basis van de WBP en de gedragscode een schadeclaim of verbodsactie door de betrokkene worden ingesteld. De CBP onderzoekt en handhaaft.

Voor de verwerking van gezondheidsgegevens geldt een verbod, tenzij er conform art. 6 van de gedragscode sprake is van beoordeling van cliënt, een schadeclaim en ten behoeve van een medische beoordeling door de medisch adviseur en personen die onder zijn verantwoordelijkheid zijn betrokken bij het advies. Het opvragen van aanvullende gegevens van of bij de cliënt is voorbehouden aan de medisch adviseur of mensen uit de medische dienst/staf. Het verzamelen van medische gegevens door de medisch adviseur bij derden kan alleen met toestemming en een (gerichte) machtiging van de cliënt. De gegevens moeten onder verantwoording van de medisch adviseur worden opgenomen in een medisch dossier. De cliënt heeft recht op inzage. Bij een medische expertise heeft de cliënt blokkeringrecht.

Niet onder de verantwoordelijkheid van de medisch adviseur valt de verwerking van gezondheidsgegevens indien dat noodzakelijk is voor schadeafhandeling (omvang claim), besluit tot uitkering of de noodzaak tot aanvullende informatie. De gegevensverwerkende personen zijn tot geheimhouding verplicht. De grondslag van het inzage-recht van betrokkene is dat een ieder over het recht moet kunnen beschikken toegang te verkrijgen tot de gegevens die het voorwerp van verwerking vormen en hem zelf betreffen, zodat de juistheid en de rechtmatigheid kunnen worden beoordeeld. In letselschadezaken heeft de betrokkene bij voorkeur via een vertrouwensarts recht op inzage in het volledige medisch dossier, uitgezonderd de werkaantekeningen van de medisch adviseur. Ook moenkopieën worden verstrekt, tenzij de privacy van derden zich hiertegen verzet. De verzekeraar moet op verzoek inzage verlenen in haar dossier, een volledig overzicht en zo nodig alle relevante informatie door het verstrekken van afschriften, kopieën of uittreksels, uitgezonderd werkaantekeningen en interne notities.

Indien er geen sprake is van een bestand, hoeft geen inzage recht ex art. 35 WBP te worden verstrekt. Van geen bestand was bijvoorbeeld sprake bij de gegevensverzameling betreffende één arts. Hierbij kon niet worden gesproken over een gestructureerd bestand.

Concluderend stelde De Vries dat het inzage-recht in eigen persoonsgegevens op grond van de WBP niet te ruim is en dat de mogelijke beperking van het inzage-recht op grond van de WBP in de praktijk onvoldoende benut wordt, omdat de advocaat de beperking onvoldoende motiveert. Bovendien kan het slachtoffer op grond van de geldende wet- en regelgeving niet verplicht worden tot verlenen van inzage in medische dossiers.

Bij stemming gaf de meerderheid van de aanwezigen blijk van instemming met deze conclusies.

#### *Enkele bijzondere aspecten bij afwikkeling van letselschadezaken van minderjarigen - mr. V. Mewa*

Door de bijzondere aanvang van zijn lezing 'pakte' Mewa als laatste spreker direct weer de aandacht van de zaal. Hij toonde de foto van Lubna, een gehandicapt kind dat con-

form Pakistaans gebruik voor genezing tijdens de zonsverduistering werd ingegraven op het strand. Met zijn inleiding hoopte Mewa te voorkomen dat een dergelijk tafereel gebruik wordt op het Scheveningse strand.

Uit het rapport van de Verbondscommissie Schaderegelingbeleid (1980) citeerde spreker "schadebehandeling is een kwestie van techniek en voor een zeer groot deel een kwestie van mentaliteit". Hoe staat het nu met onze mentaliteit? Volgens Mewa wordt onvoldoende rekening gehouden met het feit dat Europa een steeds belangrijker rol gaat spelen. Als voorbeeld werd ons denken over het berekenen van verlies aan arbeidsvermogen bij jongeren. Dit uitgangspunt dient te zijn volledige en concrete schadevaststelling, echter alternatieven worden aangeboden. Op basis van Europese rechterlijke en internationale verdragen is er geen ruimte voor alternatieven. Het EVRM, het Internationaal Verdrag betreffende de Rechten van het Kind (IVRK) en de Internationale conventie voor de gelijke rechten van mensen met een handicap werken niet alleen verticaal maar ook horizontaal. Onder art. 1 EVRM moet onder eigendom ook worden begrepen de van rechtswege erkende vorderingen uit onrechtmatige daad. Het IVRK stelt onder andere dat het kind op grond van zijn lichamelijke en geestelijke onrijpheid bijzondere bescherming en zorg nodig heeft, met inbegrip van de geëigende wettelijke bescherming. Samenvattend stelde Mewa dat het wellicht lastig is de concrete schade te becijferen wanneer het gaat om een jeugdig slachtoffer, maar dat dit niet betekent dat hierop geen recht bestaat. In de basis heeft het kind net als de volwassene recht op een concrete en volledige schadevergoeding. Anderzijds kan het wellicht juist wel in het belang zijn van het kind zijn alternatieven te onderzoeken. Uitgangspunt is dan alleen het belang van het kind en niet de schadebeperking. Bij een schade van een minderjarige moet de kantonrechter betrokken worden bij een belang van meer dan € 700 voor machtiging bij het sluiten van een vaststellingsovereenkomst, berusten in een vordering of uitspraak en als de minderjarige in rechte wenst op te treden. Welke zijn echter de criteria bij het verlenen van de machtiging? De kantonrechter zegt summier te toetsen of de aangeboden regeling redelijk is. Er is wat dit onderwerp betreft nauwelijks literatuur. Mr. J. Sap schreef in de PIV publicatie *Kind en Schade; wat nu?* van 2009 dat de kantonrechterpraktijk te kort schiet en onvoldoende aansluit op de praktijk. Er is immers sprake van specifieke problematiek, die om maatwerk vraagt en waarvan de indruk bestaat dat die momenteel niet geleverd kan worden. De zaal reageerde terughoudend op de door Mewa opgelaten een proefballon "Is het nu niet tijd om in gespecialiseerde letselkamers te komen tot toezichthouding op de schade/gelden ten behoeve van het kind, bijvoorbeeld de Engelse Court of Protection."

De positie van het gezin wordt volgens Mewa in de schaderegeling onvoldoende onderkend. Algemeen erkend is dat de persoonlijke band tussen het kind en de ouders een heilzame invloed heeft op het genezingsproces. Echter, ons gesloten wettelijk systeem erkent het vorderingsrecht van de betrokkene. Ouders hebben geen zelfstandige aan-



spraak op vergoeding van de eigen schade, slechts ingeval van verplaatste schade, waarbij dan de vaststelling vaak moeizaam verloopt. Volgens de richtlijn 2000/78/EG van de Raad d.d. 27 november 2000 is er de plicht naasten serieus te nemen. Europees gezien valt de familie onder de gehandicaptenbehandeling, zie Colema/Attridge Law 31-8-2008. Internationaal wordt erkend dat het gezin extra aandacht nodig heeft. Wordt het geen tijd het gezin als geheel te betrekken bij de schadevaststelling? Moeten wij uit de rechtspraak (Johanna Kruidhof, Taxibus) begrijpen dat de huidige situatie onrechtvaardig is? In overlijdensschade is het meer geaccepteerd dat verzorging vergoed dient te worden. Uiteraard is er dan sprake van een andere grondslag, maar de verschillen lijken haast onverklaarbaar. Spreker pleitte voor soortgelijke behandeling van soortgelijke schade. Een mentaliteitsverandering is gewenst ten behoeve van de emancipatie in de behandeling van de kosten van naasten. De spelers in de markt verschuilen zich achter wet, regelgeving en techniek, maar waar het om moet gaan is de mentaliteit. Afsluitend vroeg Mewa aandacht voor de zorg tijdens de schaderegeling en daarna en stelde dat inschakeling van deskundigen gewenst is ter ontlasting van de familie. Gedacht kan worden aan een case manager, gezinscoach, mentor, bewindvoerder, vertrouwensarts, arbeidsdeskundige en een formulierenbrigade. Nazorg moet worden verleend door inschakeling van bijvoorbeeld een financieel adviseur, bewindvoerder, curator, mentor of coach. Concluderend stelde Mewa dat de tijd rijp is te komen tot een uitbreiding van art. 6:107 BW met zelfstandige rech-



Mevrouw mr. M.A. Pasman, voorzitter LSA

ten van derden, schade van ernstig gewonde minderjarigen per definitie periodiek afwikkelen en tot slot dat rekening moet worden gehouden met Europese invloeden op ons denken over schade van minderjarigen. De overgrote meerderheid van de zaal kon zich in deze stellingen vinden.

<sup>1</sup> (Europees) Verdrag ter bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.

<sup>2</sup> De aangehaalde cases zijn meer uitgebreid terug te vinden op [www.stichting.nl](http://www.stichting.nl).

<sup>3</sup> Europees Hof voor de Rechten van de Mens.

# Wederom proportionele aansprakelijkheid en causaal verband

HR 24 december 2010, LJN BO1799



Mr. O.P. van Tricht  
Bosselaar & Strengers Advocaten

Op 24 december 2010 heeft de Hoge Raad een arrest gewezen in een zaak over aansprakelijkheid van een vermogensbeheerder. Op het eerste gezicht wellicht niet een kwestie die voor de praktijk van letselschade van belang is, maar die schijn bedriegt. Met dit arrest wordt namelijk voortgeborduurd op het baanbrekende en enigszins omstreden arrest over proportionele aansprakelijkheid, HR 31 maart 2006, LJN AU6092 (Nefalit/Keramus)<sup>1</sup>.

In deze bijdrage wordt - gezien de aard van de zaak relatief kort - ingegaan op de relevante feiten en omstandigheden, worden vervolgens meer uitvoerig de overwegingen van de Hoge Raad met betrekking tot het leerstuk van causaal verband en proportionele aansprakelijkheid in kaart gebracht en volgen tenslotte enige beschouwingen over het belang van dit arrest.

## De feiten

Een ondernemer - eiser respectievelijk appellant in de feitelijke instanties en verweerder in cassatie - heeft in 1999 zijn aandelen in een door hem zelf opgebouwd bedrijf verkocht aan een in de VS gevestigde onderneming. De koopprijs is voldaan met aandelen van de verkrijgende vennootschap, die op enig moment aan de Amerikaans effectenbeurs NASDAQ waren genoteerd. De ondernemer heeft in 2000 een overeenkomst van vermogensbeheer gesloten met Mees Pierson N.V., hierna te noemen Fortis Bank, met een totaal te beleggen vermogen van circa NLG 80.000.000. Ten tijde van het aangaan van deze beheerovereenkomst waren de aandelen als voornoemd tenminste drieënzestig miljoen gulden waard, maar al snel is deze waarde drastisch verminderd als gevolg van koersdaling op de beurs. De ondernemer stelde schade te hebben gele-

den als gevolg van het optreden van Fortis Bank, en baseerde zijn vordering tot vergoeding daarvan primair op toerekenbare tekortkoming zijdens Fortis Bank en subsidiair - voor zover de betreffende aandelen niet onder de beheerovereenkomst zouden vallen - op schending van de zorgplicht die op Fortis Bank rustte.

## Rechtbank en hof

De rechtbank heeft de vorderingen afgewezen, door te overwegen dat de aandelen niet onder de beheerovereenkomst vielen en aan Fortis Bank ook niet uitdrukkelijk opdracht is gegeven tot verkoop van de aandelen. Het hof liet de overweging dat de aandelen niet onder de beheerovereenkomst vielen in stand, maar overwoog dat Fortis Bank als redelijk bekwaam en redelijk handelend vermogensadviseur gehouden was de ondernemer indringend te wijzen op de noodzaak tot verkoop van de aandelen zodra dat mogelijk was, om zodoende de situatie in overeenstemming te brengen met de uitgangspunten van het vermogensbeheer. Door dit na te laten, was Fortis Bank volgens het hof tekort geschoten in de zorgvuldigheid die zij als financieel dienstverlener jegens de ondernemer diende te betrachten.

Aansluitend overwoog het hof:

*“Het in art. 6:98 BW bedoelde oorzakelijk verband tussen die tekortkoming en het door [verweerder] gestelde nadeel kan niet met zekerheid worden vastgesteld. Niet zonder meer kan immers worden aangenomen dat [verweerder] een uitdrukkelijk en in niet mis te verstane bewoordingen gegeven advies als evenbedoeld zou hebben opgevolgd. Hij is immers tegenover Fortis voortdurend uiting blijven geven aan zijn vertrouwen in de aandelen (...), ook toen hem duidelijk was dat de koers daarvan een aanzienlijke daling bleef vertonen. Bovendien heeft hij herhaaldelijk verklaard dat hij als insider kennis droeg van ontwikkelingen binnen het bedrijf die de koersdalingen zouden ombuigen. Daarom zal het hof schattenderwijs moeten bepalen of, met inachtneming van de aard van de geschonden zorgvuldigheidsnorm, hoe waarschijnlijk het is dat [verweerder] zo een nadrukkelijk advies zou hebben gevolgd of juist genegeerd. Met inachtneming van alle omstandigheden van het geval is het hof, mede gelet op de in de artikelen 6:99 den 6:101 BW vervatte uitgangspunten, van oordeel dat er 50 % kans is dat [verweerder] een uitdrukkelijk advies als evenbedoeld zou hebben gevolgd. Daarom moet Fortis de helft vergoeden van het nadeel dat [verweerder] heeft geleden doordat hij de aandelen langer in zijn bezit heeft gehouden (...).”*

## Hoge Raad

De Hoge Raad overweegt allereerst dat de door het hof aangenomen zorgplicht de door de ondernemer gestelde waarschuwingsplicht mee kon brengen, maar dat daartoe alle ter zake doende omstandigheden moeten worden meegewogen. Deze omstandigheden zijn niet alle kenbaar in de motivering door het hof zijn betrokken, zodat het cassatieberoep in dat opzicht al slaagt. Maar voor de vraag naar het vereiste causale verband is een aantal overwegingen van de Hoge Raad veel interessanter, de Hoge Raad overweegt in dat verband (r.o. 3.8 tot en met 3.10):

*“3.8 Aan de door de Hoge Raad in het arrest Nefalit/[...] geformuleerde rechtsregel is, zoals ook in de literatuur is onderkend, het bezwaar verbonden dat toepassing daarvan de mogelijkheid in zich draagt dat iemand aansprakelijk wordt gehouden voor een schade die hij niet, of niet in de door de rechter aangenomen mate, heeft veroorzaakt. Dit bezwaar brengt mee dat deze regel met terughoudendheid moet worden toegepast, en dat de rechter die daartoe besluit, in zijn motivering dient te verantwoorden dat de strekking van de geschonden norm en de aard van de normschending - waaronder is begrepen de aard van de door de benadeelde geleden schade - deze toepassing in het concrete geval rechtvaardigen.*

*De overwegingen van het arrest Nefalit/[...] zijn toegesneden op het zich in die zaak aandienende specifieke geval waarin de aansprakelijkheid van een werkgever tegenover zijn werknemer wegens blootstelling van die werknemer in de uitoefening van diens werkzaamheden aan een voor de gezondheid gevaarlijke stof vaststond, terwijl de geschonden norm naar haar aard ertoe strekte gezondheidsschade bij de werknemer te voorkomen. Hieruit volgt echter niet dat de evenbedoelde rechtsregel in beginsel slechts in een dergelijk geval kan worden toegepast. Ook in andere gevallen kan het - met inachtneming van de hiervoor bedoelde terughoudendheid - redelijker zijn de onzekerheid over het condicio sine qua non-verband tussen de normschending en de schade over partijen te verdelen, dan deze onzekerheid volledig voor risico van de benadeelde te laten komen. Daarvoor kan vooral aanleiding zijn, indien de aansprakelijkheid van de aangesproken partij op zichzelf vaststaat, een niet zeer kleine kans bestaat dat het condicio-sine-qua-non-verband tussen de geschonden norm en de geleden schade aanwezig is, en de strekking van de geschonden norm en de aard van de normschending de toepassing van de genoemde regel rechtvaardigen.*

*3.9 (...) Het onderdeel treft echter geen doel voor zover het tot uitgangspunt kiest dat de toepassing van deze rechtsregel is beperkt tot gevallen waarin het bewijs van het condicio-sine-qua-non-verband in het algemeen een probleem is, reeds omdat het onderscheid tussen zodanige gevallen en die waarin de onzekerheid voortvloeit uit de specifieke omstandigheden van het desbetreffende geval, onvoldoende scherp is. Ook het onderscheid tussen gevallen waarin de causaliteitsonzekerheid betrekking heeft op in het verleden, dan wel in de toekomst gelegen schadeposten, kan om dezelfde reden niet als uitgangspunt dienen om de toepasselijkheid van de meergenoemde regel af te bakenen.*

*3.10 (...) De aard van de geschonden norm is in dit geval de waarschuwingsplicht van een vermogensbeheerder tegenover*

*zijn cliënt, de strekking van de geschonden norm is het voorkomen van vermogensschade. Voorts heeft het hof onbestreden vastgesteld dat de kans dat [verweerder] zich zonder meer en onverwijld zou hebben neergelegd bij een uitdrukkelijke aanbeveling de aandelen Predictive dadelijk na afloop van de lock-up periode van de hand te doen, niet bijzonder groot is te noemen (rov. 3.5.2).*

*De hiervoor in 3.8 bedoelde terughoudendheid brengt in een zodanig geval mee dat het tegenover de vermogensbeheerder onaanvaardbaar is het in beginsel op de cliënt rustende bewijsrisico omtrent het conditio sine qua non-verband tussen de op zichzelf vaststaande normschending en de schade niet voor rekening van de cliënt te laten, maar in plaats daarvan toepassing te geven aan de rechtsregel van het arrest Nefalit/[...]. Daarom treft onderdeel 3a voorts in zoverre doel dat het hof heeft miskend dat - ook - in het onderhavige geval een noodzakelijke voorwaarde voor de in art. 6:98 BW bedoelde toerekening is dat het condicio-sine-qua-non-verband vaststaat tussen de normschending van Fortis en de door [verweerder] geleden schade.”*

## Commentaar

Wat is de betekenis van de overwegingen van de Hoge Raad in het licht van het arrest Nefalit/Keramus, waarin het beginsel van proportionele aansprakelijkheid is aangenomen en welke handvatten biedt het recente arrest bij de toepassing van dit beginsel? Dit wordt in het navolgende verduidelijkt in het kader van het zogenaamde feitelijke en juridische causaal verband, dat is vereist alvorens een schadevergoedingsverplichting kan worden aangenomen.

In de literatuur wordt het theoretische onderscheid gemaakt tussen het feitelijke causaal verband - ook wel aangeduid als het conditio sine qua non (csqn) verband en het juridische causaal verband van art. 6:98 BW. Het feitelijke causaal verband speelt vooral bij de vestiging van aansprakelijkheid, terwijl het juridische causaal verband veeleer de omvang van de aansprakelijkheid begrenst. Toepassing van art. 6:98 BW kan meebrengen dat schade die strikt feitelijk genomen het gevolg is van een schadetoebrengende gebeurtenis, niettemin in redelijkheid niet aan de schuldenaar kan worden toegerekend.

Omdat causaal verband - zowel in feitelijke als in juridische zin - onmisbaar is voor een geslaagde actie tot vergoeding van schade, is het een wezenlijk onderdeel van vele schadevergoedingsprocedures. En voor zover redelijkerwijs twijfel kan bestaan over het aannemen van causaal verband, dringt zich onmiddellijk de vraag op voor wiens risico die twijfel dient te komen. Deze vraag betreft doorgaans de bewijslastverdeling tussen procespartijen, waarbij als uitgangspunt geldt dat degene die vergoeding van schade vordert de bewijslast draagt van het door hem te stellen causale verband tussen de onrechtmatige daad of tekortkoming die de schade zou hebben veroorzaakt.

In de rechtspraktijk komt het met regelmaat voor dat schadelijdende partijen op diverse wijzen tegemoet worden gekomen in hun soms lastige bewijspositie met betrekking tot het causale verband<sup>2</sup>. Voor zover het de

> vraag naar het *csqn* verband betreft, springt natuurlijk het meest in het oog de zogenoemde ‘omkeringsregel’ die door de Hoge Raad is geformuleerd en in de loop der tijd nader is ingekaderd. In situaties waarin de ‘omkeringsregel’ toepassing kan vinden, staat in beginsel vast dat sprake is van aansprakelijkheid (op grond van onrechtmatig handelen of toerekenbare tekortkoming) en staat ook vast dat schade is ontstaan die de overtreden en specifieke norm juist beoogde te voorkomen. De bewijslast van het feitelijke causale verband ligt dan nog steeds bij de schadelijdende partij, maar die wordt op weg geholpen doordat het causale verband als het ware voorshands wordt aangenomen. Indien de in beginsel aansprakelijke partij echter aannemelijk kan maken - door voldoende gemotiveerd terzake stellingen te betrekken - dat er zeer wel een andere mogelijke schadeoorzaak kan zijn, is het goed denkbaar dat daarmee voldoende tegenbewijs is geleverd en dat alsdan de ‘omkeringsregel’ voor de schadelijdende partij geen soelaas meer biedt. Met andere woorden: indien onzekerheid over het feitelijke causale verband is ingegeven door de reële mogelijkheid van een andere, juist niet aan de aansprakelijke partij toe te rekenen oorzaak van de schade, dan blijft deze onzekerheid in bewijsrechtelijk opzicht voor rekening van de schadelijdende partij. Alsdan kan de regel van proportionele aansprakelijkheid soms nog uitkomst bieden. In de zaak Nefalit/Keramus, waarin het *csqn* verband zich niet liet vaststellen omdat niet zeker was of de schade (in dat geval ten gevolge van longkanker) het gevolg was van de blootstelling aan asbest dan wel het langdurige rookgedrag van de werknemer, overwoog de Hoge Raad:

*“Mede gelet op de aan de artikelen 6:99 en 6:101 BW ten grondslag liggende uitgangspunten moet daarom worden aangenomen dat, indien de werknemer schade heeft geleden die, gelet op de hiervoor bedoelde kanspercentages, zowel kan zijn veroorzaakt door een toerekenbare tekortkoming van zijn werkgever (...) als door een aan de werknemer zelf toe te rekenen omstandigheid (...), zonder dat met voldoende zekerheid is vast te stellen in welke mate de schade van de werknemer door deze omstandigheden of één daarvan is ontstaan, de rechter de werkgever tot vergoeding van de gehele schade van de werknemer mag veroordelen, met vermindering van vergoedingsplicht van de werkgever in evenredigheid met de, op een gemotiveerde schatting berustende, mate waarin aan de werknemer toe te rekenen omstandigheden tot diens schade hebben bijgedragen.”*

Hoewel in de literatuur terecht de vraag is opgeworpen of en in hoeverre deze benadering van de Hoge Raad zich juist verhoudt tot de systematiek van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht in het BW<sup>3</sup>, is het praktische gevolg wel dat de rechter op grond hiervan een veroordeling tot vergoeding van schade uit kan spreken, terwijl het feitelijke causaal verband dat daartoe normaal gesproken vereist is, niet kan worden vastgesteld. De onderhavige uitspraak geeft enkele uitgangspunten voor de reikwijdte die de rechtsregel van proportionele aansprakelijkheid in deze zin kan hebben.

In de eerste plaats geldt volgens de Hoge Raad (r.o. 3.8) dat de regel met terughoudendheid moet worden toegepast en dat de rechter daarbij in zijn motivering zal moeten verantwoorden dat strekking van de geschonden norm en de aard van de normschending - waaronder is begrepen de aard van de door de benadeelde geleden schade - de toepassing van de regel rechtvaardigen.

In de tweede plaats (r.o. 3.8) geldt dat de regel niet beperkt is tot een geval als in Nefalit/Keramus, derhalve niet beperkt is tot gevallen van werkgeversaansprakelijkheid op grond van een geschonden norm, die juist gezondheidsschade beoogde te voorkomen. Met inachtneming van de terughoudendheid als genoemd, kan het ook in andere gevallen redelijker zijn de onzekerheid over het *csqn* verband tussen de normschending en de schade tussen partijen te verdelen. Daarvoor kan - aldus nog steeds de Hoge Raad - vooral aanleiding zijn, indien

- (a) de aansprakelijkheid van de aangesproken partij op zichzelf vaststaat;
- (b) een niet zeer kleine kans bestaat dat het *csqn* verband tussen de geschonden norm en de geleden schade aanwezig is; en
- (c) de strekking van de geschonden norm en de aard van de normschending de toepassing van de genoemde regel rechtvaardigen.

In de derde plaats (r.o. 3.9) overweegt de Hoge Raad dat de veronderstelling dat de regel beperkt is tot gevallen waarin het bewijs van het *csqn* verband in het algemeen een probleem is onjuist is, alleen al omdat het onderscheid tussen een dergelijk geval en een geval waarbij het bewijsprobleem is ingegeven door bijzondere omstandigheden van het geval onvoldoende duidelijk te maken is. De vraag of de causaliteitsonzekerheid betrekking heeft op schade die reeds is geleden of schade die nog zal worden geleden, is evenmin relevant voor toepassing van de regel.

In de vierde plaats onderstreept de Hoge Raad dat de regel van proportionele aansprakelijkheid als bedoeld in Nefalit/Keramus ziet op de feitelijke causaliteit in de zin van het *csqn* verband. De Hoge Raad overweegt immers aan het slot van r.o. 3.10 dat - aangezien het causaal verband niet vaststaat - het hof ten onrechte toepassing heeft gegeven aan de rechtsregel van het arrest Nefalit/Keramus, het feitelijke causale verband niet vaststaat en daarom toerekening in de zin van de juridische causaliteit van art. 6:98 BW niet aan de orde kan zijn.

Overigens is onduidelijk of in het onderhavige geval reeds de aard van de geschonden norm (de zorgplicht/waarschuwingplicht van een vermogensbeheerder) en de aard van de schade (vermogensschade) meebrengen dat de regel van proportionele aansprakelijkheid buiten toepassing blijft, omdat de Hoge Raad deze omstandigheden - samen met de omstandigheid dat de kans dat de ondernemer gevolg zou hebben gegeven aan een dergelijke waarschuwing niet bijzonder groot is te noemen - redengevend vindt voor zijn oordeel dat de regel door het hof onvol-



doende terughoudend is toegepast. Hoe zwaar daarbij de aard van de geschonden norm en de aard van de schade hebben gewogen is niet te zeggen.

### Conclusie

Welke gevolgtrekkingen zijn gerechtvaardigd op grond van dit arrest? In ieder geval is duidelijk dat de HR de door hem geformuleerde rechtsregel van Nefalit/Keramus ondanks kritische noten in de literatuur zonder meer heeft bevestigd. Het toepassingsgebied van de regel - en derhalve het aantal gevallen waarin een benadeelde niet alleen de gevolgen van niet vaststaande feitelijke causaliteit hoeft te dragen - is op grond van dit arrest ook zeker niet beperkter geworden. Weliswaar staat terughoudendheid voorop en zal de rechter toepassing goed moeten motiveren, maar de regel is niet beperkt tot de klassieke gevallen van letselschade als gevolg van schending van normen die juist dergelijke schade beogen te voorkomen. Bovendien - en voor de procespraktijk uitnodigend voor benadeelden - is de regel evenmin beperkt tot gevallen waarbij de kans dat de schade is veroorzaakt door de norm die aansprakelijkheid meebrengt, ongeveer in dezelfde orde van grootte ligt als de kans dat de schade is veroorzaakt door een

andere omstandigheid. De Hoge Raad acht immers wat dit betreft met zoveel woorden voldoende dat een niet zeer kleine kans bestaat dat het csqn verband tussen de geschonden norm en de geleden schade aanwezig is. Ongetwijfeld zal deze uitspraak leiden tot jurisprudentie van rechtbanken en hoven in de komende jaren, al was het maar omdat het door de Hoge Raad genoemde criterium dat de strekking van de geschonden norm en de aard van de normschending toepassing van de regel moeten rechtvaardigen, door de Hoge Raad nog niet van concrete handvatten is voorzien.

<sup>1</sup> Uitvoerig en kritisch besproken door mrs. Van Kampen en MacLean, "Proportionaliteit: verdeling van aansprakelijkheid of schade?", *PIV-Bulletin* 2006, 4. Het arrest is ook gepubliceerd in VR 2006, 143 en van commentaar voorzien in *TMA* 2006, 6.

<sup>2</sup> Zie voor een uitvoerige uiteenzetting in gevallen van medische aansprakelijkheid, mr. A.H. Blok, "Opnieuw onzeker causaal verband en omkeringsregel bij medische aansprakelijkheid", *PIV-Bulletin* 2008, 2.

<sup>3</sup> Zie daartoe bijvoorbeeld voornoemd artikel in *PIV-Bulletin* 2006, 4.

## Medebezit: wie wil dat betalen?

HR 8 oktober 2010 (Hangmat) en Conclusie Spier 28 mei 2010

In *PIV-Bulletin* 2010, 8 gaat mr. M.F. Lameris naar aanleiding van het 'hangmatarrest'<sup>1</sup> in op de vraag of medebezitters van roerende zaken en dieren eveneens onder de bescherming van art. 6:173 BW respectievelijk art. 6:179 BW vallen. Er zijn zowel argumenten 'voor' als 'tegen' deze stelling te bedenken en hij komt tot de conclusie dat de argumenten 'tegen' zwaarder wegen. De beschermingsgedachte van art. 6:174 BW is naar zijn mening een grondslag die minder sterk van toepassing is op art. 6:173 en 6:179 BW. Of de uitspraak van de Hoge Raad daarom toepasbaar is op een vergelijkbare casus met een roerende zaak of een dier is volgens hem de vraag. Naar mijn mening is dit wel het geval en is het de vraag of de consument bij de uitkomst van dit arrest gebaat is.

### Feiten

Mevrouw Van O. lag op 13 juli 2005 in een hangmat die zij had bevestigd aan een pilaar behorend bij het huis. De pilaar brak af en viel op haar met ernstig letsel als gevolg. Haar partner V was samen met haar bezitter van het huis en dus ook van de pilaar. Zij hadden samen een aansprakelijkheidsverzekering voor particulieren (AVP) gesloten. Op 8 oktober 2010 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de bezitter van een gebrekkige opstal ex art. 6:174 BW aan-

I. Kadijk  
Allianz Nederland  
Schadeverzekering



sprakelijk is voor schade die een medebezitter als gevolg van dit gebrek lijdt.

### Advocaat-generaal

De PIV redactieraad schrijft in de inleiding van *PIV-Bulletin* 2010, 8 dat A-G Spier de bescherming van een medebezitter van art. 6:174 BW niet van toepassing wil verklaren op medebezitters van roerende zaken en dieren. In zijn artikel gaat Lameris nog een stap verder door te stellen dat de A-G de reikwijdte beperkt tot art. 6:174 BW.

> Dit is volgens mij een onjuiste constatering, omdat de A-G schrijft: *“Maar dit betekent m.i. niet dat de sluisdeuren wagenwijd open moeten worden gezet. En al helemaal niet ten aanzien van (bijvoorbeeld) art. 6:173 of 6:179 BW; een kwestie die ik, als gezegd, verkies thans onbeantwoord te laten.”*

Dat de A-G hier niet op in wil gaan is mijns inziens belangrijk, omdat de Hoge Raad dit evenmin doet. In de hele uitspraak wordt met geen woord gerept over een eventuele toepasbaarheid van dit arrest op andere risicoaansprakelijkheden. De enige opmerking die de Hoge Raad over andere risicoaansprakelijkheden maakt is over de art. 6:169 tot en met 172 BW, welke in dezelfde afdeling staan als art. 6:174 BW. In de tekst van art. 6:169 tot en met 172 BW staat expliciet genoemd dat deze zien op schade aan derden. Dit pleit volgens de Hoge Raad eerder tegen de opvatting, dat ook art. 6:174 BW geldt voor alleen derden (anders dan medebezitters).

### Hoge Raad

Betekent het bovenstaande dan geconcludeerd moet worden dat het arrest - zoals Lameris concludeert - niet van toepassing is op andere risicoaansprakelijkheden? De Hoge Raad formuleert een aantal overwegingen waarna hij tot het oordeel komt dat art. 6:174 BW ook strekt tot bescherming van de medebezitter. Die overwegingen zijn:

#### Beschermingsgedachte

Als eerste gaat de Hoge Raad in op de algemene doelstelling van het artikel, namelijk een beschermingsgedachte die het voor benadeelden eenvoudiger maakt om een schade te kunnen verhalen. De beschermingsgedachte kan worden ontleed in twee sporen:

- het traceren van de aansprakelijke persoon;
- het mogelijk maken om schadevergoeding bij diegene te vorderen.

In zijn artikel schrijft Lameris dat de gedachtegang tussen de art. 6:173, 174 en 179 BW een grote overlap vertoont, omdat voor al deze artikelen geldt dat de traceerbaarheid van de aansprakelijke persoon van groot belang is. Hij geeft aan dat bij art. 6:173 en 179 BW ook het gevaarzettingsbeginsel een rol speelt en dat dit blijkt uit het feit dat er een zekere mate van ‘schuld’ in het artikel verscholen zit. Het gaat namelijk om situaties waarin de gebruiker (roerende zaak) of degene die het dier onderhoudt (dieren) een bepaalde verantwoordelijkheid draagt. Op het moment dat zich een gevaarlijke situatie voordoet en er schade optreedt, is de gebruiker aansprakelijk.

De beide artikelen worden later gewijzigd, waarbij ‘gebruiker’ wordt vervangen door ‘bezitter’. Uit de gedachtegang van de wetgever dat men van het ‘gebruik’ is overgestapt naar het ‘bezit’ blijkt dat de beschermingsgedachte van groot belang is geweest. Immers, de wetgever geeft als reden voor deze wijziging het gemakkelijker traceren van de aansprakelijke persoon.

Door in de tekst van de art. 6:173 en 179 BW ‘bezitter’ in plaats van ‘gebruiker’ op te nemen, komen deze artikelen meer op één lijn met art 6:174 BW, omdat ook hierin de risicoaansprakelijkheid wordt gevestigd op de bezitter. Een

tweede argument van de wetgever is dat de aansprakelijkheid dient te rusten op degene die verantwoordelijk is voor het in het leven roepen van het gevaar. In de wetgeschiedenis van art. 6:173, 174 en 179 BW komt naar voren dat de bezitter van een roerende zaak, onroerende zaak en een dier zich tegen een relatief geringe premie kan verzekeren tegen deze aansprakelijkheden. Wanneer de wetgever ervoor gekozen zou hebben de term ‘gebruiker’ in de wettekst te laten staan, zou dit de mogelijkheid tot succesvolle schadevergoeding moeilijker maken. In geval van een gebrekkige roerende zaak of een dier zou de benadeelde zich namelijk tot (de verzekeraar van) de ‘gebruiker’ moeten wenden, in geval van een roerende zaak tot (de verzekeraar van) de ‘bezitter’. De wijziging van ‘gebruiker’ naar ‘bezitter’ verbetert de mogelijkheid schadevergoeding te vorderen op de aansprakelijke persoon en is het uitgangspunt van elk van die artikelen.

Het bovenstaande illustreert mijns inziens dat de beschermingsgedachte evenzo in de art. 6:173 en 179 BW verweven zit, omdat zowel de traceerbaarheid als de aansprakelijke persoon op wie de risicoaansprakelijkheid rust - namelijk de bezitter - voor art. 6:173, 174 en 179 BW geldt.

#### Belang

De Hoge Raad vervolgt door aan te geven dat het belang van een medebezitter om diens schade te kunnen verhalen een zwaarwegend belang is. De benadeelde medebezitter kan zijn schade niet (eenvoudig) anders vergoed krijgen dan door de aansprakelijkheidsverzekering van de medebezitter. De grondslag van het artikel wordt nog eens aangestipt, namelijk dat de benadeelde het recht heeft zich voor schadevergoeding te wenden tot degene tot wiens vermogen het bouwwerk behoort. Het enkele feit dat de benadeelde eveneens medebezitter is, is niet voldoende aanleiding een medebezitter geen enkele aanspraak toe te kennen.

Vervolgens stelt de Hoge Raad: *“het feit dat degene die als (enig) bezitter schade ondervindt als gevolg van een gebrek in de opstal niet zichzelf of zijn aansprakelijkheidsverzekeraar kan aanspreken en de schade zelf moet dragen, is geen voldoende klemmende reden de benadeelde medebezitter geen enkele aanspraak jegens de andere bezitter(s) toe te kennen.”*

Wat betreft de toepasbaarheid van bovenstaand aspect op art. 6:173 en 179 BW stuit dit niet op problemen. Ook voor een benadeelde medebezitter van een gebrekkige roerende zaak of schade veroorzaakt door een dier is de mogelijkheid de schade te verhalen volgens mij een zwaarwegend belang.

#### Verdeling

De Hoge Raad gaat in het arrest ook in op hoofdelijke aansprakelijkheid bij meerdere bezitters en hun onderlinge draagplicht: *“Een benadeelde derde kan voor de door hem als gevolg van het gebrek geleden schade iedere bezitter van de opstal, die tegenover hem hoofdelijk aansprakelijk is (art. 6:180 lid 1), voor het geheel aanspreken. In hun onderlinge verhouding zijn de bezitters in beginsel verplicht in de*

schuld en in de kosten bij te dragen voor het gedeelte van de schuld dat hun in hun onderlinge verhouding aangaat (art. 6:10 lid 1 BW). Dit gedeelte moet in het algemeen worden gesteld op het gedeelte dat overeenkomt met ieders aandeel in de opstal.” Kortom, men deelt de lusten (woongenot) en de lasten (kosten en schulden) naar rato men bezitter is van de opstal. Uit maatschappelijk oogpunt acht de Hoge Raad het wenselijker in het geval van meerdere bezitters de schade te verdelen over alle bezitters samen dan uitsluitend de benadeelde bezitter deze schade te laten dragen. Gezien het feit dat zowel art. 6:10 lid 1 BW als de overweging van de Hoge Raad niet slechts zien op bezitters van opstallen, kan de verdelingsgedachte naar mijn mening eveneens worden toegepast op art. 6:173 en 179 BW.

#### *Samenlevingsverband*

In bovenstaande casus leefden de benadeelde en de verweerder in gezinsverband. Bovendien zijn ze een aantal weken na het incident - toen de benadeelde in het ziekenhuis lag - getrouwd. Dat slechts sprake was van een samenlevingsverband, is voor de Hoge Raad geen reden een aanspraak van een medebezitter niet te honoreren. Het hoeft geen betoog dat bovenstaande eveneens geen belemmering vormt voor de toepasbaarheid van deze uitspraak op andere risicoaansprakelijkheden.

#### *Verzekering*

Achmea heeft in deze kwestie advies ingewonnen bij prof. Oldenhuis<sup>2</sup>. Op 22 februari 2007 adviseert hij in deze zaak en sluit hij af: *“In een tijd waarin de samenleving in toenemende mate juridiseert lijkt het niettemin wenselijk in de polisvoorwaarden expliciet tot uitdrukking te brengen dat een aanspraak van de ene medebezitter op kwalitatieve grondslag ter zake van letselschade, niet tot de mogelijkheden behoort.”* De A-G geeft in 2010 aan dat Achmea haar polisvoorwaarden hierop nog niet heeft aangepast en dat er daarom twee mogelijkheden zijn. Allereerst is het mogelijk dat Achmea het maatschappelijk onwenselijk acht een dergelijke schade buiten de dekking te laten vallen. Verder kan het zijn dat Achmea de schadelast lager schat dan dat zij in de procedure beweert.

De Hoge Raad sluit min of meer aan op deze conclusie en overweegt: *“De bezitters van een opstal plegen zich te verzekeren tegen de risico’s van de in art. 6:174 bedoelde aansprakelijkheid. Deze relatief eenvoudige verzekeringsmogelijkheid was ook voor de wetgever een niet onbelangrijk argument ten gunste van de risicoaansprakelijkheid van art. 6:174. Door Van O. en Achmea is niet concreet gemotiveerd aangevoerd dat in het geval een aanspraak van medebezitters op grond van art. 6:174 wordt aangenomen, daardoor wezenlijk afbreuk wordt gedaan aan de mogelijkheid tegen een relatief geringe premie de wettelijke aansprakelijkheid ter zake van schade door gebrekkige opstallen te verzekeren. Evenmin is voldoende aannemelijk geworden dat de vrees voor onbeheersbare toename van claims als de onderhavige bewaarheid zal worden. In de polisvoorwaarden en door middel van premiestelling zal de verzekeraar bovendien met de hier bedoelde aanspraken van medebezitters rekening kunnen houden.”*

Een aansprakelijkheidsverzekering voor particulieren biedt doorgaans niet alleen voor aansprakelijkheid op grond van art. 6:174 BW, maar ook voor andere risicoaansprakelijkheden - waaronder art. 6:173 en 179 BW - dekking. Wel plegen verzekeraars zaakschade tussen medeverzekerden uit te sluiten. Voor letselschade is dit echter niet het geval. Voor letselschade, ontstaan door zowel gebrekkige opstallen en gebrekkige roerende zaken als dieren, biedt een aansprakelijkheidsverzekering voor particulieren (AVP) dekking, mits de huidige polisredacties in stand blijven.

Het argument van de Hoge Raad dat de aansprakelijkheid als genoemd in art. 6:174 BW tegen een relatief geringe premie is te verzekeren geldt daarom eveneens voor de aansprakelijkheid voor een gebrekkige opstal of schade veroorzaakt door een dier.

#### **Nader bekeken**

Voor de beschermingsgedachte, het belang, de verdeling, het samenlevingsverband en de aanwezigheid van een verzekering verwacht ik geen problemen deze toe te passen op een casus waarin er sprake is van een gebrekkige roerende zaak of een dier. Uit de overwegingen van de Hoge Raad blijkt mijns inziens dat we niet de conclusie kunnen trekken dat het arrest geen toepassing vindt bij andere risicoaansprakelijkheden.

Bij de vijfde overweging van de Hoge Raad, de aanwezigheid van een verzekering, wil ik nog even stilstaan. Deze wordt weliswaar als laatste genoemd, maar hiervoor geldt *‘last but not least’*. De mogelijkheid voor een succesvolle aanspraak voor een benadeelde medebezitter is een dusdanig groot belang dat er sprake is van een doelredenering: het feit dat er een verzekering is, betekent dat er sprake kan zijn van een (behoorlijke) schadevergoeding. Bij afwezigheid van de aansprakelijkheidsverzekering vraag ik mij sterk af of de beslissing van de Hoge Raad dezelfde zou zijn als nu het geval is.

Men kan zich afvragen of het bovenstaande nu wel tot problemen leidt. Immers, is het niet wenselijk dat een benadeelde medebezitter zijn vordering kan verhalen? De Hoge Raad richt naar mijn mening de focus teveel op dergelijke vragen en houdt onvoldoende rekening met de mogelijke gevolgen van deze uitspraak.

#### **Verzekeerbaarheid**

De term verzekeerbaarheid wil zeggen dat men de mogelijkheid heeft voor een acceptabele en betaalbare premie een bepaald nadelig risico af te dekken. Dit is echter geen eendimensionaal begrip. Dat er voor een aspirant-verzeerde een mogelijkheid tot verzekeren moet zijn, betekent dat houdt in dat een verzekeraar bereid moet zijn dat risico af te dekken. Een ander aspect van de verzekeerbaarheid is een betaalbare en acceptabele premie. Betaalbaarheid houdt in dat iemand de premie kan betalen, acceptabel wil zeggen dat men bereid is de gevraagde premie te betalen. Gesteld kan worden dat de gevraagde premie en het verzeerde belang bepalend zijn voor de bereidheid een verzekering te sluiten.

Achmea heeft de verzekeerbaarheid wel aangekaart, maar

> 11

> de Hoge Raad is van mening dat onvoldoende aannemelijk is geworden dat deze in het geding is. In de procedure bij de Hoge Raad is naar mijn idee de verzekeraar onvoldoende ter sprake gekomen.

Door dit arrest is de dekking van een AVP waarschijnlijk ruimer dan een verzekeraar verwacht en bedoeld had. Of dit in de toekomst zal leiden tot een toename van het aantal claims en stijgende schadelast is op dit moment onzeker. Omdat het niet uit te sluiten is dat dit het geval is, dienen verzekeraars wel met deze mogelijkheid rekening te houden. Op een aantal mogelijke consequenties wil ik nader ingaan.

#### *Aanpassing van polisvoorwaarden*

Als eerste hebben verzekeraars de mogelijkheid de polisvoorwaarden aan te passen, zodat schades door (bepaalde) risicoaansprakelijkheden niet binnen de dekking vallen. Dit resulteert in een situatie van zekerheid voor de verzekeraar niet geconfronteerd te worden met dergelijke schadegevallen en de daarmee gepaard gaande schadelasten. De keerzijde hiervan is echter dat een slachtoffer zijn schade in de meeste gevallen niet vergoed ziet, omdat de meeste particulieren niet de middelen hebben om dergelijke schadevergoedingen te kunnen voldoen.

#### *Premieverhoging*


Een tweede mogelijkheid die verzekeraars hebben is het verhogen van de premie. In absolute zin zal dit voor de consument met een modaal inkomen waarschijnlijk niet tot een onbetaalbare premie leiden. In relatieve zin kan dit echter wel een behoorlijk invloed hebben. Ter illustratie van het voorgaande veronderstel ik een jaarpremie van € 50 en een stijging als gevolg van dit arrest van € 15 per jaar<sup>3</sup>. Deze premieverhoging betekent procentueel gezien dat er sprake is van een premieverhoging van 30% ten opzichte van het voorgaande jaar. Zeker gezien het feit dat - naar mijn mening - dit arrest niet alleen toepasbaar is voor schades waarbij sprake is van gebrekkige opstallen, maar ook voor gebrekkige roerende zaken of dieren, is een dergelijk forse premiestijging niet ondenkbaar. Uiteindelijk wordt de rekening in dat geval bij de consument gelegd en vraag ik mij af of de consument<sup>4</sup> hierbij gebaat is.

#### *Verzekeringsdichtheid*

In Nederland is de verzekeringsdichtheid hoog<sup>5</sup>. Omdat men in het algemeen behoefte heeft het risico van aansprakelijkheid af te dekken en een AVP per jaar enkele tientallen euro's kost, heeft het overgrote deel van de Nederlandse bevolking een AVP gesloten.

Een premieverhoging zou ertoe kunnen leiden dat bepaalde consumenten geen AVP sluiten of de bestaande AVP opzeggen, waarmee de verzekeringsdichtheid zal dalen. Hoewel ik me realiseer dat het zeer lastig is hier een zinnige uitspraak over te doen, wil ik wel stilstaan bij deze mogelijkheid. Wanneer een schade als gevolg van een gebrekkige opstal zich voordoet bij een consument die geen AVP heeft, zal deze veelal financieel niet in staat zijn de schade aan de benadeelde medebezitter te vergoeden. Dat zou een ongewenste situatie opleveren waarbij het ene potentiële slachtoffer in de hoedanigheid van medebezitter wel en het andere geen (volledige) schadevergoeding zal krijgen.

#### **Conclusie**

In dit artikel heb ik de 'hangmatzaak' vanuit de overwegingen van de Hoge Raad willen bekijken. Hieruit volgt een aantal aspecten, dat volgens mij geldt voor zowel art. 6:174 BW als art. 6:173 en 179 BW toepasbaar is. Een mogelijk gevolg hiervan is een stijging van de schadelast voor AVP verzekeraars, waardoor er ofwel premieverhoging ofwel aanpassing van de polisvoorwaarden kan plaatsvinden. Naar mijn mening is een premieverhoging van de AVP meer waarschijnlijk dan een aanpassing van de polisvoorwaarden, omdat de gevolgen voor de consument bij de laatste optie zeer ingrijpend zullen zijn. Ik heb het idee dat de Hoge Raad deze gevolgen zich onvoldoende gerealiseerd heeft, waardoor de uitspraak voor deze benadeelde een gunstige uitkomst betekent, maar kan zich afvragen of de bedoeling was een sigaar uit eigen doos te creëren. Wie wil dit betalen? 

1. LJN BM6095, 09/01675.

2. Prof. Oldenhuis is universitair hoofddocent aan de Rijksuniversiteit Groningen, tevens bijzonder hoogleraar Religie en Recht aan de faculteit Rechtsgeleerdheid en aan de faculteit Godgeleerdheid en godsdienstwetenschap. Hij is door Achmea benaderd om onder andere te adviseren over het relativiteitsvereiste.

3. Zowel de premie als de verhoging van de premie zijn ruwe schattingen. Ik ga uit van een AVP gezinspremie voor een consument, kosten van de verzekeraar en assurantiebelasting inbegrepen. Bovendien kan de premie variëren afhankelijk van het gekozen verzekerd bedrag en een eigen risico.

4. Hierbij doel ik op de consument als afnemer van een AVP.

5. <http://www.verzekeraars.nl/sitewide/general/nieuws.aspx?action=view&nieuwsid=587>.



# LetselschadeNEWS, het nieuwe magazine voor slachtoffers en professionals!

Afgelopen tijd hebben veel initiatieven om de behandeling van personenschade te verbeteren het licht gezien. Veel van die ideeën raken het behandelproces, zoals nieuwe ICT toepassingen of andere manieren van met elkaar omgaan, bijvoorbeeld in het Pandora project. In dit artikel laat ik u graag kennismaken met een ander nieuw initiatief voor het geven van informatie aan slachtoffers en professionals in de branche via een mooi kleurrijk magazine, dat vanaf nu een maal per kwartaal zal verschijnen. Initiatiefnemer en belangenbehartiger Rob Vermeeren is daarvan de hoofdredacteur.

De visie achter dit magazine is dat er na een ongeval ook veel positieve ervaringen bij slachtoffers ontstaan en dat door het delen van die verhalen lotgenoten mogelijk worden aangespoord om ook zelf weer nieuwe doelen op te pakken. LetselschadeNEWS<sup>2</sup> breekt een lans voor het afwerpen van het slachtofferschap en het herpakken van autonomie. Verder worden ook professionals geïnformeerd over nieuwe ontwikkelingen onder andere over prothesen, vormen van coachen en verschillende revalidatiemethodieken.

Door alle marktpartijen binnen de branche te informeren en op de hoogte te houden, krijgen *best practices* een grotere kans zich te ontwikkelen en meer voet aan de grond te krijgen. Uiteraard is het ook van belang dat slachtoffers meer gesprekspartner worden in hun eigen zaak en juist als het gaat om de hulp die zij denken nodig te hebben om het leven weer op te pakken na een ongeval. Hier begint uiteraard al het afwerpen van het slachtofferschap en het terugwinnen van autonomie.

Om u een eerste indruk te geven: het eerste nummer bevat onder andere artikelen over skiën met een dwarslaesie, een ervaring met een arbeidsdeskundige van een slachtoffer dat bij een bedrijfsongeval zijn onderbeen verloor, rolstoelschaatsen en het zwemrevalidatieprogramma van de familie Van den Hoogenband.

Overigens zal er ook aandacht zijn voor slachtoffers van geweld- en zedenzaken. Zo is in de eerste editie een verslag opgenomen over de organisatie "Slachtoffer in beeld" van Slachtofferhulp Nederland, die dader/slachtoffergesprekken organiseert. De redactie kwam al snel tot de conclusie dat veel van wat deze slachtoffers aangaat, ook zeer bruikbaar is voor slachtoffers van letselschade. De dader/slachtoffergesprekken zijn daar een goed voorbeeld van. Vaak horen we dat men erg zit met het feit dat degene die het verkeersongeval heeft veroorzaakt niets van zich heeft

J.J. Smits<sup>1</sup>  
Stichting Waarborgfonds  
Motorverkeer



laten horen. Soms lijkt het zelfs de verwerking en het weer oppakken van het leven in de weg te staan. We denken als WA-verzekeraars en ook als Waarborgfonds al een tijdje na over hoe dit probleem op te lossen. Een mooi voorbeeld hoe informatie tot verbetering van de positie van het slachtoffer zou kunnen leiden.

Om een onafhankelijke uitgave te waarborgen, zijn alle partijen uit het veld vertegenwoordigd in de redactieraad. Ook ik zal daarin participeren. Slachtofferhulp Nederland ziet er op toe dat slachtoffers en hun belangen centraal staan.

Het komt mij voor dat dit initiatief een positieve bijdrage kan leveren aan het credo 'Slachtoffer centraal'. In ieder geval heeft een aantal aansprakelijkheidsverzekeraars besloten in zaken met zwaar(der) letsel de betrokkene een jaarabonnement te geven.

Een plaatje zegt meer dan duizend woorden. Voor een beter beeld verwijst ik u graag naar [www.letselschadenews.nl](http://www.letselschadenews.nl) waar u een proefnummer kunt doorbladeren, maar ook abonnementen kunt aanvragen.

<sup>1</sup> Schrijver is manager bij het Waarborgfonds Motorverkeer en lid van de Raad van Advies van het PIV.

<sup>2</sup> <http://www.letselschadenews.nl/>.

# Recente ontwikkelingen in het onderzoek naar RSI



W.A. Grooten<sup>1</sup>  
Cunningham Lindsey Nederland

**Over het onderwerp RSI c.q. CANS<sup>2</sup> is al lang veel te doen. Begin deze eeuw werd nog aangenomen dat RSI één van de belangrijkste beroepsziekten zou zijn, die een rol kunnen spelen bij de beoordeling van de werkgeversaansprakelijkheid ex. art. 7:658 BW.**

Naast de nodige jurisprudentie die zich over beroepsziekten in relatie tot art. 7:658 BW heeft ontwikkeld<sup>3</sup>, zijn er de afgelopen jaren ook regelmatig publicaties geweest met een al dan niet wetenschappelijk onderbouwde grondslag. Zo is er het proefschrift waarmee mevrouw M.D.F. van Eijdsden-Besseling op 10 december 2010 in Maastricht promoveerde<sup>4</sup>. Zij is als revalidatiearts verbonden aan het Academisch Ziekenhuis Maastricht (AZM). Haar opvattingen over het ontstaan van RSI worden binnen kringen van verzekeraars nog wel eens als arbitrair beschouwd.

## Gezondheidsraad

Voordat ik inga op dit onderzoek en haar conclusies, is het goed om eerst na te gaan wat de Gezondheidsraad in haar advies van 27 november 2000 heeft gedefinieerd over het begrip 'RSI': *'RSI is een tot beperkingen of participatieproblemen leidend multifactoriaal bepalend klachtensyndroom aan nek, bovenrug, schouder of onderarm, elleboog, pols, hand of een combinatie daarvan; gekenmerkt door een verstoring van de balans tussen belasting en belastbaarheid, voorafgegaan door activiteiten met herhaaldelijke bewegingen of een statische houding van één of meer van de genoemde lichaamsdelen als één van de veronderstelde oorzakelijke factoren.'*

In ditzelfde advies benadrukt de Gezondheidsraad dat er in deze beschrijving van de definitie RSI geen relatie met arbeid kan worden gelegd, omdat dit klachtenpatroon ook kan ontstaan als gevolg van activiteiten buiten het werk. Die factoren dienen volgens de Gezondheidsraad op

dezelfde wijze als werkgerelateerde factoren in de beoordeling te worden betrokken.

Eén van de leden van de beoordelingscommissie van het proefschrift van Van Eijdsden - prof. dr. M.H.W. Frings-Dresen - verklaarde in Elsevier Magazine van 3 februari 2001: *"Het is niet vanzelfsprekend dat de oorzaak voor RSI in het werk wordt gezocht. Per geval moet de relatie met het werk onderzocht en aangetoond worden. Het spreekt vanzelf dat iemand die de hele dag beeldschermwerk moet doen en die 's avonds thuis ook nog eens uren gaat zitten internetten, een groter risico op RSI loopt dan iemand die in zijn vrije tijd juist andere dingen doet."*

## Onderzoeksconclusies

Het onderzoek van Van Eijdsden geeft weer dat fysieke, maar ook psychosociale factoren een rol spelen en daarnaast ook persoonlijkheidsfactoren van invloed zijn op het ontstaan en het in stand houden van RSI.

Eén van de andere opmerkelijke conclusies in dit onderzoek, is dat de onderzoekster van mening is dat degenen met een lagere opleiding en een slechter fitheidniveau een groter gevaar lopen om specifieke RSI te ontwikkelen. Volgens haar dient ook extra aandacht te worden besteed aan beeldschermwerkers met een lager opleidingsniveau en vooral oudere beeldschermwerkers. Ook psychoneuroticisme en neurotisch perfectionisme zijn belangrijke risicofactoren voor het krijgen van specifieke RSI. Het is een intrinsieke aanleg van mensen en dus een persoonsgebonden factor.

Voorts is onderzocht in hoeverre houdingstherapie of fysiotherapie tot verschillende behandelingsresultaten leiden. De conclusie is dat houdingstherapie geen beter resultaat geeft dan reguliere fysiotherapie. Opmerkelijk is overigens dat er, voor zover ik heb kunnen nagaan, geen controlegroep was (dat zou dan een groep moeten zijn die geen computerwerk verrichte).

Eén van de adviezen in dit onderzoek luidt dat de bedrijfsgeneeskundige dienst (werkgevers) aandacht dient te besteden aan werksituaties met hoge taken eisen. Een hoge werklust, vrouw-zijn, middelbare leeftijd, neurotisch perfectionisme en een lage opleiding zijn de belangrijkste risicofactoren.

*(Note Bert Grooten: werkgevers kunnen dus het beste zoeken naar hoogopgeleide, jonge, weinig perfectionistisch ingestelde, mannelijke beeldschermwerkers....).*

## Kanttekeningen bij het onderzoek van Van Eijdsden en haar conclusies

Het onderzoek van Van Eijdsden is gebaseerd op specifieke

klachten van arm, nek en schouders. Onduidelijk blijft of het onderzoek ook een gericht onderzoek naar de werkplekken van de onderzochte groepen betreft. Ik heb sterk de indruk dat dit niet het geval is. Het onderzoek heeft zich vooral gericht op beeldschermwerkers. Voorts is er mijns inziens een opmerkelijk inclusiecriteria opgenomen; namelijk, twintig uur computerwerk. Daarbij staat overigens niets vermeld over de privésituatie, waarin mensen ook computerwerkzaamheden verrichten. Dit terwijl het bekend is dat Nederland koploper in Europa is, als het gaat om online bezoekfrequenties. De Nederlandse internetgebruiker bezoekt in de maand september 2010 gemiddeld 31,9 uur het internet<sup>5</sup>.

Het is mijn indruk dat er vooral aan de hand van vragenformulieren die door de beeldschermwerkers werden ingevuld, gegevens werden verzameld over de werkomstandigheden. Of dit dan moet worden beschouwd als een betrouwbare basis voor een dergelijk onderzoek en vergaande conclusies, waag ik te betwijfelen en het lijkt mij een 'magere' basis op grond daarvan een relatie te leggen tussen het ontstaan van deze klachten en de werkomstandigheden.

In het licht van art. 7:658 BW vraag ik mij dan overigens ook af wat van de werkgever verlangd mag worden, om overbelasting op de werkvloer te voorkomen. Immers, als risicofactoren als perfectionisme en coping-stijl van groot belang zijn, betekent dit dat er een soort persoonlijkheids-onderzoek bij (toekomstige) werknemers zou moeten plaatsvinden. Ik denk dat dit onder meer met het oog op de privacybescherming nauwelijks verwacht mag worden van de werkgever en naar alle waarschijnlijkheid ook in wettelijk opzicht niet zal zijn toegestaan.

De onderzoekster geeft zelf al aan dat de beperkingen van haar studie allereerst gelegen zijn in het feit dat het niet vinden van associaties tussen werk- en behandelingsgerelateerde factoren en dat het beloop van specifieke RSI wellicht kan worden verklaard door de slechte kwantificering van de werkgerelateerde factoren en het vertrouwen in 'vage' lijsten, waarbij gebruik gemaakt wordt van informatie via zelfrapportage. Daarnaast onderstreept zij dat andere onderzoeksfactoren (psychosociale en persoonlijke) in dit onderzoek niet werden meegenomen.

Opmerkelijk is dat Van Eijdsden tot de conclusie komt dat RSI vooral voorkomt bij vrouwen van middelbare leeftijd. Uit onderzoek van het Centraal Bureau van de Statistiek in 2002<sup>6</sup> kwam juist naar voren dat medewerkers in de leeftijdscategorie van vijftien tot vierendertig jaar juist de hoofdrisicogroep vormen en dat onder werknemers van vijfendertig jaar en ouder in afnemende mate een afnemende tendens van RSI-klachten liet zien.

Eerder verscheen in 2005 een onderzoeksrapport van mevrouw dr. B.M. Blatter van TNO-arbeid (RSI-maatregelen: preventie, behandeling en reïntegratie). In mijn commentaar in het blad KENNIS<sup>7</sup> heb ik aangegeven dat volgens dat onderzoeksrapport (dat van mevrouw Blatter -en met verwijzing naar voornoemd rapport van de Gezondheidsraad - toch kan worden betoogd dat de werkgever in alle redelijkheid weinig kan worden verweten, wanneer hij heeft zorg gedragen voor een goed ingerichte werkplek, het inlassen van regelmatige pauzes en een stressarme werkomgeving.

Andere intrinsieke persoonsgebonden factoren zijn voor de werkgever niet of nauwelijks te controleren, laat staan te beïnvloeden.

Daarom kan ook met dit proefschrift van Van Eijdsden - in mijn optiek een eenzijdig proefschrift met methodologische tekortkomingen - worden geconcludeerd dat een concreet antwoord op de voorkoming van dit soort klachten niet eenduidig te geven is.

<sup>1</sup> Arbeidsdeskundige en personenschade-expert.

<sup>2</sup> Repetitive Strain Injury, tegenwoordig ook wel Complaints of Arm, Neck and or Shoulder (CANS) genoemd.

<sup>3</sup> Bijvoorbeeld Rechtbank Utrecht 28 oktober 2009 en/of Hoge Raad van 10 september 2010.

<sup>4</sup> M.D.F. van Eijdsden-Besseling, Risks and Recommendations in WRULD (Work Related Upper Limb Disorders), 2010, diss. Universiteit Maastricht.

<sup>5</sup> Zie [www.nedstat.nl/nedstat-laatste-nieuws/647-nederland-is-koploper-in-europa-als-het-gaat-om-online-bezoekfrequentie.nl](http://www.nedstat.nl/nedstat-laatste-nieuws/647-nederland-is-koploper-in-europa-als-het-gaat-om-online-bezoekfrequentie.nl).

<sup>6</sup> Zie [www.cbs.nl/nl/publicaties](http://www.cbs.nl/nl/publicaties).

<sup>7</sup> Zie [www.nisletsel.nl/media/8488/kennis\\_14-1.pdf](http://www.nisletsel.nl/media/8488/kennis_14-1.pdf).

## Reacties op Holvast in PIV-Bulletin 2011, 1

Met belangstelling heb ik kennis genomen van het lezenswaardige artikel van drs. Holvast en zijn reactie op de artikelen in de PIV-Bulletins 2010, 6 en 7. Het artikel van Holvast leert veel over de geschiedenis van de nieuwe Gedragscode Verwerking Persoonsgegevens Financiële Instellingen (gedragscode) en de Wet bescherming persoonsgegevens (WBP). Hij behandelt diverse belangrijke aspecten en begrippen, waaronder het begrip functionele eenheid uit de Gedragscode Verwerking Persoonsgegevens Financiële instellingen welke tot 1 februari 2008 gold.

### Probleemstelling

Als ik Holvast goed begrijp, stelt hij dat de invulling van het begrip functionele eenheid de praktijk voor veel problemen stelt. Holvast verwijst daarbij naar de door Wervelman in dit blad besproken uitspraak van het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg (CTG) waarin werd geoordeeld over het ter beschikking stellen van medische gegevens door een arts aan een arbeidsdeskundige<sup>1</sup>. De arts achtte in reactie op de tegen hem ingediende klacht de door hem gevolgde handelwijze niet

> laakbaar. Hij nam daarbij het standpunt in dat de arbeidsdeskundige deel uitmaakt van de functionele eenheid, maar het CTG noemde dat omstreden.

Vervolgens zegt Holvast dat ik mij daarover veel stilliger uitlaat en citeert hij uit mijn artikel; *“De advocaat kan wel degelijk tot een functionele eenheid worden gerekend, dat het hof dat betwijfelt is niet juist.”*

Door deze opbouw ontstaat gemakkelijk de suggestie als zou het CTG een arbeidsdeskundige niet tot de functionele eenheid willen rekenen. Tevens wordt zo gesuggereerd dat een advocaat niet tot de functionele eenheid kan worden gerekend.

### Reactie

Uit de weergave van Holvast van de uitspraak van het CTG betreffende de verstrekking van medische gegevens aan de arbeidsdeskundige blijkt echter dat het CTG niet heeft geoordeeld dat een arbeidsdeskundige geen deel kan uitmaken van de functionele eenheid<sup>2</sup>. Opmerkelijk is juist dat het CTG het standpunt dat de arbeidsdeskundige deel uitmaakt van de functionele eenheid *“omstreden”* noemt. Het CTG geeft daarover zelf dus geen klaarheid. Juist voor het CTG was het in dit geval toch mogelijk om simpelweg als oordeel te geven dat een arbeidsdeskundige nooit en te nimmer deel uitmaakt van de functionele eenheid. Het CTG drukt zich echter veel terughoudender uit. Gegeven de door Holvast geschetste achtergronden en ontstaansgeschiedenis van het begrip functionele eenheid is dat terecht: het CTG is niet de (tucht)rechter tot wiens (primaire) taak het behoort om geschillen over de uitleg van begrippen van de Gedragscode Verwerking Persoonsgegevens Financiële instellingen te beslechten.

### Functionele eenheid

In deze gedragscode is het begrip functionele eenheid als volgt omschreven: de groepering van personen die op directe of gelijkgerichte wijze is betrokken bij het doel waarvoor de medische gegevens zijn gevraagd c.q. verstrekt. Ook dat draagt bij aan de hiervoor gesignaleerde terughoudendheid. Immers, deze omschrijving bevat geen uitsluiting van bepaalde beroepen of functionarissen, zoals arbeidsdeskundigen of advocaten.

Holvast volstaat in zijn artikel met te vermelden dat het CBP kenmerkend voor het beeld van de functionele eenheid acht dat een zekere mate van willekeur de invulling bepaalt. Daarom is in de nieuwe gedragscode de functionele eenheid vervangen door het begrip medische dienst of staf, welk begrip nader is omlijnd<sup>3</sup>. Slechts personen die in staat zijn of behulpzaam zijn bij het uitbrengen van een medisch oordeel over een ‘potentiële’ cliënt vallen onder de medische staf of dienst. Een advocaat valt daar niet onder, aldus Holvast. Dat kan ik met Holvast eens zijn. Onder de thans geldende gedragscode is dit het regime dat geldt. Of we daar blij mee moeten zijn waag ik te betwijfelen. De centrale alles bepalende rol die aan de medisch adviseur wordt toebedeeld houdt wat mij betreft een overschatting in van de kunde en kennis van een medisch adviseur die betrokken is bij de beoordeling van een vordering uit onrechtmatige daad of uit toerekenbaar tekort-

schieten. Een arts is geen verzekeraar, noch jurist. Veelal heeft de arts die in dit kader werkzaam is maar een beperkt inzicht in het totale feitencomplex. Vanuit zijn specialisme is dat verklaarbaar: alleen medische aspecten zijn voor zijn oordeelvorming relevant.

Volgens het CTG betekent dat bijvoorbeeld dat een medisch adviseur zich moet onthouden van de opmerking *“In dat kader moet wel bedacht worden dat betrokkene er een zeer groot financieel belang bij heeft indien zijn klachten aan het ongeval worden toegeschreven en er een arts gevonden wordt die voor die klachten” beperkingen” wil duiden.”* Deze passage kan niet anders worden uitgelegd dan dat de arts van mening is dat klager zijn klachten voorwendt, aldus het CTG in zijn uitspraak van 25 januari 2011, LJNYG0885. De aangeklaagde arts medisch adviseur had dit geschreven in zijn reactie op het conceptrapport van een door de rechtbank benoemde deskundige, een psychiater. Andere, eerder door de rechtbank benoemde deskundigen hadden op hun vakgebied niet tot een oorzakelijke relatie tussen ongeval en klachten kunnen concluderen en evenmin tot ongeval gerelateerde beperkingen. De vordering van betrokkene bedroeg ruim 1,4 miljoen. Die feiten zijn in het kader van een medische beoordeling dus kennelijk irrelevant, want mogen van het CTG niet aan een psychiater worden voorgehouden door de medisch adviseur van de aansprakelijke verzekeraar.

### Terug naar het hoofdthema

Waar Holvast aan voorbij gaat is dat wat ik schreef betrekking had op het begrip functionele eenheid uit de hiervoor geldende gedragscode. Holvast baseert zich vooral op de huidige gedragscode en die is inderdaad andersluidend. Ik zal hierna uiteenzetten waarom ik meen dat onder de tot 1 februari 2008 geldende gedragscode de advocaat wel tot de functionele eenheid kan worden gerekend.

### WBP

Allereerst de WBP zelf biedt steun voor mijn standpunt. De WBP bepaalt dat onder verwerken van persoonsgegevens wordt verstaan elke handeling of elk geheel van handelingen met betrekking tot persoonsgegevens, waaronder verzamelen, vastleggen, ordenen, bewaren, wijzigen, raadplegen, gebruiken, verstrekken en vernietigen<sup>4</sup>. Art. 16 WBP verbiedt verwerking van iemands persoonsgegevens betreffende diens gezondheid. Art. 23 lid 1 sub c WBP bevat als uitzondering op het verbod van art. 16 WBP de verwerking van persoonsgegevens noodzakelijk voor de vaststelling, de uitoefening of de verdediging van een recht in rechte. Daarmee geeft de wet zelf al aan de advocaat het recht om persoonsgegevens betreffende iemands gezondheid te verwerken.

### Gedragscode

Ook de gedragscode welke tot 1 februari 2008 gold biedt steun. Het begrip functionele eenheid is in art. 2 sub k van de oude gedragscode omschreven als de groepering van personen die op directe of gelijkgerichte wijze betrokken is bij het doel waarvoor medische gegevens zijn gevraagd c.q. verstrekt. Binnen het kader van de - eventueel: gestel-



de maar nog niet erkende - wettelijke aansprakelijkheid van de verzekerde is de vergaring en verstrekking van gezondheidgegevens niet meer en niet minder dan onderdeel van de bewijsvorming. Medisch adviseur, schadebehandelaar en advocaat houden zich in dat verband bezig met de gezondheidgegevens. Zij zijn aldus op gelijkgerichte wijze betrokken bij het doel waarvoor de medische gegevens zijn gevraagd c.q. zijn verstrekt.

### Toelichting gedragscode

Ook de toelichting bij de gedragscode welke tot 1 februari 2008 gold is van belang voor mijn standpunt.

Zoals blijkt uit de toelichting bij de oude gedragscode vindt de gegevensverstrekking aan de functionele eenheid plaats onder de verantwoordelijkheid van de medisch adviseur. De functionele eenheid bestaat uit personen die onder verantwoordelijkheid van de medisch adviseur gerechtigd zijn bepaalde gegevens over de gezondheid te ontvangen. De medisch adviseur zal aan de functionele eenheid, waarbinnen de werkzaamheden worden verricht, slechts die gegevens beschikbaar stellen die nodig zijn voor het behandelen van de aanspraken op de verzekering, respectievelijk het beoordelen van de letselschade. Aldus komt de advocaat als deel uitmakend van de functionele eenheid in beeld. Dit wordt nog versterkt door de toevoeging in de toelichting op p. 20: *“Niet het behoren tot eenzelfde organisatie, maar het behoren tot eenzelfde Functionele eenheid is het wezenlijke criterium voor het verlenen van toegang tot relevante gegevens omtrent gezondheid.”* En: *“De medisch adviseur overlegt met de leden van de Functionele eenheid welke gegevens voor hen relevant zijn en hij draagt de verantwoordelijkheid voor het verstrekken van informatie.”* Het komt mij voor dat dit overleg impliceert dat alle gezondheidgegevens ter sprake komen, waarna bepaald kan worden door de functionele eenheid welke gegevens relevant zijn.

De advocaat wordt door de verzekeraar ingeschakeld hetzij ter advisering wat betreft de juridische positie, hetzij in


het kader van het voeren van een gerechtelijke procedure. In dat kader is uiteraard overleg met de medisch adviseur over de gezondheidsgegevens noodzakelijk. En dan treedt de advocaat dus toe tot de functionele eenheid. De leden van de functionele eenheid zijn tot geheimhouding verplicht. Voor de advocaat komt daar een zelfstandig wettelijk beroepsgeheim bij.

### Grondslagen

Tot slot komt mijns inziens belang toe aan het feit dat de gegevensverwerking gebaseerd is op in de WBP genoemde grondslagen:

- a) Met ondubbelzinnige toestemming van betrokkene (c.q. hij verstrekt de gegevens zelf of zijn belangent behartiger ten bewijze van ...);
- b) de gegevens zijn noodzakelijk voor de uitvoering van de overeenkomst (vooral het geval bij de arbeidsongeschiktheidverzekering); en
- c) de gegevens zijn noodzakelijk om een wettelijke verplichting na te komen waaraan de Verantwoordelijke (lees: de verzekeraar) is onderworpen. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad c.q. toerekenbaar tekortschieten valt daaronder.

### Conclusie

De combinatie van deze argumenten leidt mij tot de conclusie dat de advocaat onder de oude gedragscode deel uitmaakt van de functionele eenheid. 

Mr. J.R. Meelker - Marree en Dijkhoorn Advocaten

<sup>1</sup> Beslissing CTG 11 mei 2010 (2009/044), kort besproken door mr. dr. E.J. Wervelman in *PIV-Bulletin* 2010, 6.

<sup>2</sup> Idem als noot 1.

<sup>3</sup> Hetzelfde heb ik geschreven in mijn artikel in *PIV-Bulletin* 2010, 6 Special, p. 17.

<sup>4</sup> Art. 1 sub b WBP.

### Het ei van Columbus

In de PIV-Bulletins 2010, 6 en 7 is door verschillende auteurs kritiek geuit op de nieuwe Gedragscode Verwerking Persoonsgegevens Financiële Instellingen<sup>1</sup>. Als reactie daarop heeft Holvast in PIV Bulletin 2011, 1 getracht deze kritiek te pareren en enkele - in zijn ogen bestaande - misverstanden op te helderen<sup>2</sup>. Hoewel hij in zijn artikel nogmaals helder uiteen heeft gezet hoe de gedragscode tot stand is gekomen en wat daarbij de achterliggende overwegingen en bedoelingen zijn geweest, is hij er niet in geslaagd mijn persoonlijke bedenkingen tegen de gedragscode weg te nemen. De wijze waarop de nieuwe gedragscode is geredigeerd leidt tot onduidelijkheden. Daarnaast wordt de gekozen oplossing - het laten vervallen van de term functionele eenheid en het aanbrenge van een strikte scheiding tussen advies en beslissing - gepresenteerd als het 'ei van Columbus'. Het punt is echter dat er door de nieuwe gedragscode helemaal niet zoveel is

veranderd ten opzichte van de voorheen bestaande situatie.

### Gebrekkige redactie gedragscode

In zijn bijdrage stelt Holvast dat de juridische invulling van de bescherming van persoonsgegevens een lastige materie is en dat de open normen uit de Wet bescherming persoonsgegevens (WBP) en de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst (WGBO) zich lenen voor verschillende interpretaties. Ook de nadere invulling in de gedragscode van deze open normen is volgens Holvast weerbarstige materie. Een belangrijk deel van de bestaande onduidelijkheden lijkt hij echter te wijten aan onvoldoende begrip bij een aantal auteurs van de noodzaak tot een strikte scheiding tussen advies en beslissing. Dat laatste ben ik in ieder geval niet met hem eens. De gerezen onduidelijkheden zijn naar mijn mening voornamelijk ontstaan doordat er onvoldoende is nagedacht - naar het

- > zich laat aanzien wegens tijdgebrek<sup>3</sup> - over de wijze waarop de verwerking van persoonsgegevens van claimende derden (zoals patiënten en andere letselschadeslachtoffers) in de gedragscode en de bijbehorende toelichting is opgenomen<sup>4</sup>. Ter illustratie een drietal voorbeelden.

Allereerst is er naar aanleiding van een aantal zienswijzen over het ontwerpbesluit voor gekozen om de definitie van het begrip 'cliënt' in art. 2 sub f gedragscode te verruimen. Daarmee is beoogd om (ook) de verwerking van bijzondere persoonsgegevens van claimende derden door aansprakelijkheidsverzekeraars onder het toepassingsbereik van de gedragscode te brengen. Concreet is dit gerealiseerd door aan die definitie toe te voegen 'personen van wie een financiële instelling persoonsgegevens dient te verwerken in verband met contractuele of wettelijke verplichtingen jegens een cliënt, verzekerde of derde'. Met andere woorden: naast cliënten in de gangbare betekenis van het woord<sup>5</sup> zijn nu ook cliënt diegenen, waarover een financiële instelling persoonsgegevens dient te verwerken wegens verplichtingen jegens haar eigenlijke cliënten. Dat deze claimende derden in letselschadezaken juist wederpartij van de verzekeraar zijn in plaats van cliënt, en dat zij doorgaans niet in een contractuele relatie tot die verzekeraar staan, wordt gemakshalve vergeten. Deze *trouvaile* blinkt dan ook niet uit in duidelijkheid en kan eenvoudig tot verwarring leiden<sup>6</sup>.

Een tweede aspect betreft de definitie van het in art. 6.1.4 gedragscode gehanteerde begrip "medische dienst of staf". Dit begrip is min of meer in de plaats gekomen van het begrip "functionele eenheid". In de toelichting bij de gedragscode wordt de medische dienst of staf omschreven als 'de kring van personen die onder verantwoordelijkheid van de medisch adviseur (aan het onderzoek) werken'. In art. 6.1.4. van de gedragscode zelf is bepaald dat het verwerken van persoonsgegevens betreffende iemands gezondheid in het kader van een op te stellen advies is voorbehouden aan de medisch adviseur en 'de personen die onder zijn verantwoordelijkheid betrokken zijn bij dat advies'. Het hier geïntroduceerde verschil in formulering doet vermoeden dat er sprake is van twee verschillende groepen personen.<sup>7</sup> Uit het betoog van Holvast blijkt nu dat dit in ieder geval niet de bedoeling is geweest van de opstellers van de gedragscode. Ik kom hierop nog terug.

Het laatste voorbeeld betreft art. 6.1.8 sub b gedragscode, dat eveneens tot de nodige verwarring heeft geleid. Dit blijkt eigenlijk al uit de bijdrage van Holvast zelf. In zijn bijdrage schrijft hij dat de strekking van art. 6.1.8 sub b eruit bestaat, dat de schadebehandelaar bij een *schademelding door een verzekerde een indicatie zal moeten hebben van de omvang van de claim of schade om te kunnen beoordelen of aanvullende informatie nodig is of dat direct tot uitkering kan worden besloten*.<sup>8</sup> Even verderop stelt Holvast vervolgens dat art. 6.1.8 is bedoeld om duidelijk te maken dat de medisch adviseur niet verantwoordelijk en aansprakelijk is voor het beheer en gebruik van gegevens omtrent de gezondheid die hij heeft verstrekt aan medewerkers die niet

werkzaam zijn binnen zijn medische staf. Deze laatste door Holvast aan het artikel toegekende bedoeling gaat veel verder dan de strekking die hij er even daarvoor aan gaf. Een dergelijke vergaande strekking valt in de tekst van art. 6.1.8 sub b echter niet te lezen. Op grond van die tekst ontbreekt slechts de verantwoordelijkheid van de medisch adviseur tot aan het moment dat er aanvullende informatie moet worden opgevraagd<sup>9</sup>.

Kortom: de redactie van de gedragscode en de bijbehorende toelichting leidt op een aantal punten tot verwarring over de verantwoordelijkheidsverdeling tussen medisch adviseur en verzekeraar en over de omstandigheden waaronder het verzekeraars is toegestaan (bijzondere) persoonsgegevens van claimende derden te verwerken.

### Gevolgen scheiding tussen advies en beslissing gering

Mede op basis van signalen uit het veld heeft het College Bescherming Persoonsgegevens (CBP) aangegeven grote moeite te hebben met de wijze waarop onder de oude gedragscode werd omgegaan met het begrip 'functionele eenheid'. Om die reden achtte het CBP het essentieel dat er een scheiding werd aangebracht tussen enerzijds de beoordeling van medische gegevens en anderzijds de besluitvorming over de acceptatie<sup>10</sup>. Dat de uit de WGBO overgenomen term "functionele eenheid" het afgelopen decennium binnen de letselschaderegeling zo nu en dan wat al te lichtvaardig is gebruikt om ook anderen dan de medisch adviseur en zijn staf de beschikking te geven over medische gegevens, staat denk ik niet ter discussie. In die zin is het goed dat het CBP heeft geëist om hieraan in de nieuwe gedragscode op een andere wijze invulling te geven. In de ogen van Holvast laat de nu gekozen oplossing weinig tot niets aan duidelijkheid te wensen over. Er is volgens hem sprake van een helder afgebakende verantwoordelijkheid tussen enerzijds de medisch adviseur, die onder de bepalingen van de WGBO valt, en anderzijds (de dossierbehandelaar van) de verzekeraar, die onder de bepalingen van de WBP valt. Doordat bovendien het begrip 'functionele eenheid' is losgelaten, kan dit begrip niet langer door Jan en alleman worden misbruikt. De medisch adviseur kan het terrein van zijn eigen verantwoordelijkheid daardoor veel beter overzien. Samen met zijn nauw afgebakende medische staf is hij nog slechts verantwoordelijk voor het verzamelen van medische informatie en het uitbrengen van een op die informatie gebaseerd advies.

Ik betwijfel echter of de nu aangebrachte strikte scheiding tussen advies en beslissing, die door Holvast min of meer wordt gepresenteerd als het ei van Columbus, wel volledig voorziet in de gewenste oplossing. Op meerdere punten blijven er immers vraagtekens bestaan.

In de eerste plaats is de scheiding tussen advies en beoordeling in de nieuwe gedragscode een stuk minder strikt dan men op het eerste oog zou denken. De gedragscode zelf lijkt - buiten de in art. 6.1.8 sub b bedoelde eerste beoordeling - geen enkele ruimte te laten voor inzage van medische persoonsgegevens door anderen dan de medisch adviseur en zijn medische staf<sup>11</sup>. In de toelichting wordt echter - vrijwel terloops - opgemerkt dat het onvermijdelijk is dat per-

soonsgegevens over iemands gezondheid ter kennis komen van personen die met de besluitvorming over acceptatie of schadeafwikkeling zijn belast. De enige rem op deze mogelijkheid is, dat de medisch adviseur naar eigen beoordeling en verantwoordelijkheid dient vast te stellen welke gegevens over iemands gezondheid strikt noodzakelijk zijn voor het nemen van een beslissing. Is dat in zijn ogen echter het geval, dan mag hij die gezondheidsgegevens - in aanvulling op het advies - gewoon aan de verzekeraar verstrekken. Hiermee staat de in eerste instantie zo ferm gesloten deur ineens toch weer open. Ook is duidelijk dat de verantwoordelijkheid van de medisch adviseur in ieder geval verder reikt dan enkel het verzamelen van medische informatie en het uitbrengen van een advies.

De conclusie lijkt gerechtvaardigd dat de nieuwe gedragscode helemaal niet zo veel wijzigingen inhoudt in vergelijking met de oude situatie. Juist vanwege de oorsprong van de term “functionele eenheid” in de patiëntenrechten die voortvloeien uit de geneeskundige behandelovereenkomst, was het ook in de oude situatie al aan de medisch adviseur om er als “hoofdbehandelaar” nauwlettend op toe te zien dat slechts die informatie aan anderen ter beschikking werd gesteld, die noodzakelijk was voor de door hen uit te voeren werkzaamheden.<sup>12</sup> Bovendien gold ook onder de oude gedragscode al dat gezondheidsgegevens slechts mochten worden verwerkt door personen die uit hoofde van ambt, beroep of wettelijk voorschrift dan wel krachtens een overeenkomst, tot geheimhouding waren verplicht<sup>13</sup>.

Een laatste punt betreft de inschakeling van externe (medische) deskundigen. Terecht merkt Holvast op dat de invulling van het begrip “functionele eenheid” in het verleden voor veel misverstanden en onduidelijkheid heeft gezorgd. Uit de door eerder genoemde auteurs hierover al aangehaalde jurisprudentie komt vooralsnog geen eenduidig antwoord naar voren op de vraag welke externe deskundigen mogen worden ingeschakeld en wie dat mag doen, in het geval expliciete toestemming ontbreekt van degene wiens gezondheidsgegevens verwerkt dienen te worden<sup>14</sup>. Holvast is vrij stellig in zijn conclusie dat dit vraagstuk onder de nieuwe gedragscode is opgelost. In zijn ogen dient de medisch adviseur nu als poortwachter steeds een afweging te maken over inschakeling van externe deskundigen. Is die afweging eenmaal gemaakt, dan is inschakeling volgens Holvast niet meer afhankelijk van de toestemming van het slachtoffer. Meer dan voorheen lijkt in de nieuwe code in ieder geval te worden benadrukt dat de medisch adviseur eindverantwoordelijk is voor het (al dan niet) inschakelen van externe medische deskundigen. Formeel gezien was de medisch adviseur - zoals gezegd - echter ook onder de oude code al verantwoordelijk voor het bewaken van de grenzen van de functionele eenheid. Het is mij dan ook niet duidelijk wat er in de nieuwe gedragscode verder is veranderd, waardoor de afwegingen die aan een dergelijke inschakeling ten grondslag liggen nu ineens anders zouden zijn. Daarnaast worden ook de bestaande vragen over inschakeling van andere (niet-medische) deskundigen door de nieuwe gedragscode niet beantwoord.

### **Conclusie: aanvullende toelichting gewenst voor personenschades**

Uit het bovenstaande blijkt dat er - ook na de toelichting van Holvast - nog steeds sprake is van een onduidelijke en onvolledige incorporatie van de verwerking van gezondheidsgegevens van slachtoffers van personenschade in de gedragscode. Een groot manco is dat de gangbare - en in bepaalde zaken mijns inziens gewenste - praktijk dat aan verzekeraarzijde, naast de medisch adviseur, soms ook dossierbehandelaars en andere bij de schaderegeling betrokken personen medische informatie kunnen inzien, onvoldoende transparant in de code is opgenomen. Daarnaast ontbreekt het vooral aan heldere criteria aan de hand waarvan de medisch adviseur dient te bepalen welke medische informatie strikt noodzakelijk is voor het nemen van een beslissing. Die afweging bepaalt immers welke gezondheidsgegevens aan welke personen mogen worden verstrekt, en daarmee in hoeverre er daadwerkelijk sprake is van een verbetering ten opzichte van de situatie waarbij de functionele eenheid nog min of meer als criterium werd gebruikt<sup>15</sup>. Voorts houdt de verantwoordelijkheid van de medisch adviseur op dit punt naar mijn mening niet automatisch op. Als eerst aangewezen beheerder van de gezondheidsgegevens van slachtoffers kan zijn verantwoordelijkheid zich onder bepaalde omstandigheden tevens uitstrekken tot de wijze waarop verder met die gegevens wordt omgegaan, nadat hij die gegevens zelf aan de verzekeraar heeft verstrekt<sup>16</sup>. Ten slotte zou de letselschadepraktijk zijn gebaat bij heldere richtlijnen over de vraag wanneer een verzekeraar, zonder aanvullende toestemming van het slachtoffer en ook zonder een slachtoffer daarover op de hoogte te moeten stellen, externe (medische) deskundigen mag inschakelen. Dit is van belang omdat verzekeraars in alle vrijheid hun standpunt moeten kunnen bepalen, alvorens zij dat standpunt aan het slachtoffer kenbaar maken<sup>17</sup>. Soms is het nu eenmaal noodzakelijk daarvoor externe deskundigheid in te schakelen. Dit alles leidt tot de slotsom dat er op zijn minst behoefte bestaat aan een aanvullende toelichting op de nieuwe gedragscode, waarin bovengenoemde aandachtspunten naar behoren worden geadresseerd. Ook het ei van Columbus is immers eerst lang genoeg gekookt alvorens het recht op de tafel bleef staan.

Mr. ir. J.P.M. Simons - Leijnse Artz Advocaten

<sup>1</sup> PIV-Bulletin 2010, 6, 'Privacy: een pyrrusoverwinning? Een special over het inzage-recht van letselschadeslachtoffers', met bijdragen van C.J. Weering & E. Wytema, J.P.M. Simons, J.R. Meelker en N.M. Jansen; PIV-Bulletin 2010, 7, met een bijdrage van E.J.C de Jong & E.J. Wervelman.

<sup>2</sup> J. Holvast, "Gedragscode Verwerking Persoonsgegevens Financiële Instellingen", PIV-Bulletin 2011, 1.

<sup>3</sup> Zie Holvast, p. 11, rechterkolom.

<sup>4</sup> Wilken signaleert terecht dat de gedragscode voornamelijk ziet op *first party* verzekeringen en dat er te weinig aandacht is besteed aan *third party* verzekeringen, terwijl de gedragscode wel degelijk ook ziet op deze laatste categorie. Zie A. Wilken, "De Gedragscode Verwerking Persoonsgegevens Financiële Instellingen herzien: een overzicht van wijzigingen en consequenties voor de personen-schadepraktijk", TVP 2010, 4, p. 94.

<sup>5</sup> Namelijk een persoon die gebruik maakt van de diensten van (bijvoorbeeld) een advocaat, een notaris, een bankier, een verzekeraar of een maatschappelijke instelling, en die daarmee vaak in een contractuele relatie staat.

<sup>6</sup> Behalve in paragraaf 6 over de verwerking van bijzondere persoonsgegevens komt het begrip cliënt bovendien ook op andere plaatsen in de gedragscode voor. Hoewel in het kader van deze reactie niet nader is onderzocht of er hierdoor misverstanden kunnen ontstaan is, lijkt de mogelijkheid daartoe niet ondenkbaar.

<sup>7</sup> In mijn artikel in PIV Bulletin 2010/6 ben ik er vanuit gegaan dat dit verschil in formulering doelbewust is aangebracht om (ook) in de tekst van de gedragscode zelf duidelijk te maken dat medisch adviseurs - onder bepaalde omstandigheden - medische informatie mogen verstrekken aan personen die geen onderdeel uitmaken van de medische staf of dienst. In de toelichting wordt dat immers expliciet vermeld.

<sup>8</sup> Zelf lees ik het artikel ook zo. De bij de melding van een schade rechtstreeks door de claimant overgelegde (bijzondere) persoonsgegevens mogen door de schadebehandelaar worden verwerkt om een inschatting te kunnen maken van de omvang van de schade. Lijkt die schade mee te vallen, dan kan de behandelaar besluiten zonder aanvullende medische informatie tot afwikkeling over te gaan. Vermoedt hij echter een grotere schade, dan dient hij via zijn medisch adviseur aanvullende medische informatie op te vragen en ontvangt hij op basis daarvan van een advies zijn medisch adviseur.

<sup>9</sup> Art. 6.1.8 aanhef en sub b gedragscode luidt: "Niet onder de verantwoordelijkheid van de Medisch adviseur vallen Verwerkingen van Persoonsgegevens omtrent iemands gezondheid voor zover dat nood-

zakelijk is voor [...] de schadeafhandeling om de omvang van de gemelde claim of de schade te kunnen vaststellen, teneinde te kunnen beslissen of aanvullende informatie nodig is of dat direct tot uitkering kan worden overgegaan [...]"

<sup>10</sup> Ook hier lijkt overigens weer vooral te zijn gedacht aan *first party* verzekeringen en niet aan *third party* verzekeringen zoals die bij letselschadeclaims doorgaans op de voorgrond staan.

<sup>11</sup> Zie de art. 6.1.4 en 6.1.5 gedragscode. Dit is bijvoorbeeld ook in overeenstemming met de goede praktijken die worden genoemd onder beginsel 9 van de gedragscode Behandeling Letselschade.

<sup>12</sup> Zie art. 7:457 lid 2 BW. In de oude gedragscode werd in het kader van de functionele eenheid gesproken van personen die op directe of gelijkgerichte wijze waren betrokken bij het doel waarvoor de medische gegevens waren gevraagd of verstrekt. Voor een uitvoeriger betoog zie: A. Wilken, TVP 2010, 4. Volgens Wilken is het overigens zowel in de oude als de nieuwe versie van de gedragscode onduidelijk op welke juridische grondslag aansprakelijkheidsverzekeraars medische persoonsgegevens van letselschadeslachtoffers mogen verwerken, indien uitdrukkelijke toestemming van die slachtoffers ontbreekt.

<sup>13</sup> Art.21 lid 2 WBP.

<sup>14</sup> Zie in chronologische volgorde ondermeer CMT 14 november 1994, TvGR 1997, 11; Rb. Utrecht 8 december 1998, TvGR 1999, 32; HR 8 april 2003, TvGR 2003, 47; CTG 31 augustus 2004, 2003.177 en 2003.178; Rb. Amsterdam 27 oktober 2005, rolnr. 311902, HA RK 05/175; Hof Den Bosch 31 maart 2009, JA 2009/84; CTG 1 september 2009, 2008.140 en 2008.015; Hof van Discipline 30 november 2009, GJ 2010/25; CTG 17 december 2009, 2009.061; V.zr. Zutphen 29 januari 2010, LJN BL1743; Rb. Rotterdam 22 april 2010, LJN: BM2153; CTG 11 mei 2010, 2009.044.

<sup>15</sup> Zoals ook Wilken in TVP 2010, 4 al signaleert, heeft De Vries hier toe een eerste aanzet gegeven door het formuleren van een zestal criteria dat bij een dergelijke afweging een rol zou moeten spelen. Zie A. de Vries, 'Het omgaan met medische gegevens in de afhandeling van verzekeringsclaims', GAVscoop 2008, nr. 3, p. 46-49.

<sup>16</sup> Dit zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn wanneer een medisch adviseur al meermaals signalen heeft ontvangen dat een bepaalde opdrachtgever onvoldoende zorgvuldig met de verstrekte informatie omgaat. Laat de medisch adviseur desondanks na hierop actie te ondernemen of blijft hij gewoon medische gegevens aan deze partij verstrekken, dan is niet ondenkbaar dat hem daarover alsnog een tuchtrechtelijk verwijt valt te maken.

<sup>17</sup> Zie in dit kader recent nog Rb. Utrecht 17 november 2010, LJN: BO5222, r.o. 4.7.

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