

Pagina 1

Eigen verantwoordelijkheid werknemer

Pagina 7

LSA Symposion 2013

Pagina 11

Juridische knelpunten beroepsziekten

Pagina 15

Van overlijden komt overlijden

Pagina 16

Slachtoffer in Beeld

Pagina 18

Vaststellen van letsel (I)

Pagina 22

Column van Coen Tjibout

Pagina 23

DeMediationRubriek

februari 2013



Zorgplicht werkgever ...

Schade van derden;
een verslag ...

... in vogelvlicht

Shockschade ...

Slachtoffer-dadergesprekken ...

Vaststellen van letsel (I)

Smartengeld ...
een bespiegeling ...

DMR 2013, 1 ...

HR 7 december 2012, LJN BX7590

Art. 7:658 BW en de eigen verantwoordelijkheid van de ervaren werknemer

Op 7 december 2012 heeft de Hoge Raad een uitspraak gedaan over de zorgplicht van de werkgever op grond van art. 7:658 BW. De zaak ging over een werknemer die tijdens zijn werk zonder valbescherming van een dak was gevallen. In de uitspraak komt aan de orde in hoeverre een werkgever toezicht dient te houden op het gebruik van veiligheidsmiddelen door ervaren werknemers.

In de praktijk komt het regelmatig voor dat ongevallen op de werkplek mede het gevolg zijn van nalatigheden of onvoorzichtigheden van werknemers die gezien hun opleiding of ervaring beter hadden kunnen of moeten weten. Het is vervolgens de vraag hoe deze omstandigheden meewegen bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van de werkgever.

De uitspraak van 7 december 2012 is een goede aanleiding eens te recapituleren hoe de Hoge Raad de ervaring van de werknemer meeweegt bij de beoordeling van de zorgplicht van de werkgever. Startpunt in dit artikel is het arrest van 7 december 2012 zelf, dat ik hier bespreek en zal plaatsen in het perspectief van de huidige stand van de rechtspraak op grond van art. 7:658 BW.

Om een beter beeld te krijgen van de invloed van de kennis en ervaring van de werknemer op de

Mevrouw mr.
A.E. Krispijn
Kennedy Van
der Laan
Advocaten



zorgplicht, zal ik vervolgens twee andere uitspraken van de Hoge Raad bespreken over ervaren werknemers die door een dak zijn gevallen. Daarbij komt ook aan de orde wat de betekenis is van ervaring en routine voor de omvang van de zorgplicht.

Tot slot volgt een aantal opmerkingen over de betekenis van ervaring van de werknemer in het kader van een beroep op bewuste roekeloosheid van de werknemer.

Ervaren werknemer valt van dak, Hoge Raad 7 december 2012

Het arrest van 7 december 2012 gaat over een arbeidsongeval op Aruba. Op de dag van het ongeval was de werknemer in kwestie op het

>

> eigen terrein van zijn werkgever bezig met het maken van een dak op een hoogte van ongeveer zes meter. Samen met een collega bevestigde hij daar aluminium platen van zes meter lang op stalen gordingen. Zij hadden al veertien platen aangebracht, toen een rukwind onder een van de platen kwam. De plaat raakte de werknemer die daardoor van het dak werd geduwd. Hij droeg geen veiligheidsgordel of andere valbescherming. De werknemer was op het moment van het ongeval drie jaar in dienst bij zijn werkgever en had de functie van voorman.

De werknemer is hard gevallen en heeft blijvend letsel opgelopen, waarvoor hij zijn werkgever in deze procedure aanspreekt.

Het Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba had de vordering van de werknemer toegewezen, waarna de werkgever in hoger beroep is gegaan. Bij dat hoger beroep voerde de werkgever onder meer aan dat de werknemer

- supervisor en leidinggevende was;
- daarom zelf had moeten zorgen voor het gebruik van adequate valbescherming; en
- veiligheidskursussen had gevolgd, waardoor de werkgever ervan uit mocht gaan dat de werknemer de kennis zou toepassen die hij bij die cursussen had opgedaan. De werknemer heeft betwist dat er aanwijzingen en instructies waren gegeven. Ook heeft hij aangevoerd dat de werkgever – zeker gezien de hoogte van het dak en de wind – had moeten controleren of de werknemers valbescherming gebruikten.

Het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba heeft met betrekking tot de invulling van de zorgplicht van de werkgever aangenomen dat op het dak valbescherming beschikbaar was¹. Het hof heeft verder aangenomen dat de werknemer veiligheidskursussen had gevolgd en ervaring had met de veiligheidsmaatregelen bij werken op hoogte. Ook stelde het hof vast dat de werknemer voorafgaand aan de werkzaamheden instructie had gekregen² en dat hij wist dat het bij die werkzaamheden op hoogte nodig was een veiligheidsgordel te dragen. Het hof oordeelde vervolgens dat onder die omstandigheden niet van een werkgever kon worden verwacht dat hij controleerde of zijn ervaren werknemer de juiste veiligheidsmaatregelen had genomen. Het hof oordeelde dan ook dat de werkgever aan zijn zorgplicht had voldaan en wees de vordering van de werknemer af.

Dit oordeel van het hof vindt geen genade bij de Hoge Raad, die het vernietigt. De Hoge Raad overweegt: *“De (...) zorgplicht van de werkgever houdt niet alleen in dat deze ervoor moet zorgen dat voldoende veiligheidsmateriaal op de werkplek beschikbaar is, maar (...) ook dat hij erop toeziet dat zijn werknemers dat materiaal op de juiste wijze gebruiken als de omstandigheden waaronder moet worden gewerkt daarom vragen. Al aangenomen dat het gebruik van de door [werkgever] ter beschikking gestelde veiligheidsgordels voor de onderhavige werkzaamheden (zes meter lange aluminiumgolfplaten op een winderige dag bevestigen op een dak op zes meter hoogte) een toereikende maatregel tegen het gevaar van vallen vormde, bracht de op [werkgever] als*

werkgever rustende zorgplicht dus niet alleen mee dat zij die veiligheidsgordels aan haar werknemers ter beschikking stelde, maar ook dat zij erop toezag dat die gordels daadwerkelijk en op de juiste wijze werden gebruikt. De door het hof vermelde omstandigheid dat [werknemer] een “ervaren werknemer” was maakt dat niet anders, nu een werkgever, naar het hof onvoldoende heeft onderkend, ook verantwoordelijk is voor de veiligheid van ervaren werknemers en steeds rekening dient te houden met het verschijnsel dat ook die werknemers wel eens nalaten de voorzichtigheid in acht te nemen die ter voorkoming van ongelukken geraden is.” (r.o. 3.5)

De Hoge Raad oordeelt derhalve dat de werkgever ook de verplichting heeft om toe te zien op de naleving van veiligheidsvoorschriften door ervaren werknemers als ‘de omstandigheden waaronder moet worden gewerkt daarom vragen’. De Hoge Raad meent kennelijk dat de omstandigheden van dit geval vroegen om toezicht op de naleving. Daaraan zal hebben bijgedragen dat op een hoog dak werd gewerkt, met veel wind en grote aluminium platen.

De zorgplicht van de werkgever op grond van art. 7:658 BW: de stand van zaken

Het arrest van de Hoge Raad van 7 december 2012 is in lijn met zijn recente uitspraken over de invulling van de zorgplicht van art. 7:658 BW. Onder meer in een arrest van 12 december 2008 over de schade van een sociotherapeut in een TBS-kliniek³ heeft de Hoge Raad benadrukt, dat niet snel kan worden aangenomen dat een werkgever aan zijn zorgplicht heeft voldaan. Zeker niet als het – zoals in die zaak – gaat om werkzaamheden waaraan grote risico’s zijn verbonden. In het arrest over de sociotherapeut en in een arrest over een gevallen thuiszorgmedewerkster⁴ geeft de Hoge Raad een heldere uiteenzetting over omstandigheden die van belang zijn bij de beoordeling welke veiligheidsmaatregelen in een bepaalde situatie redelijkerwijs van een werkgever kunnen worden verwacht. Hij wijst daarbij onder meer op het volgende:

- Voor de omvang van de zorgplicht is in de eerste plaats wet- en regelgeving op het gebied van arbeidsomstandigheden van belang.
- Art. 7:658 BW vergt ook los van die regelgeving een hoog veiligheidsniveau van de werkruimte, de werktuigen, de gereedschappen en van de organisatie van de werkzaamheden.
- Dit hoge veiligheidsniveau dient te zijn toegesneden op de specifieke gevaren van de werkzaamheden.
- Het is verder vereist dat de werkgever op de omstandigheden van het geval toegesneden toezicht houdt op de behoorlijke naleving van de door hem gegeven instructies.
- Deze maatregelen, de voorlichting, de instructies en het toezicht op de naleving van de veiligheidsvoorschriften moeten zowel gericht zijn op algemene risico’s die aan de werkzaamheden zijn verbonden, als op specifieke risico’s voor deze werknemer in deze situatie.
- Vanwege de ruime strekking van de zorgplicht kan niet snel kan worden aangenomen dat een werkgever aan zijn verplichtingen heeft voldaan.

Voor de beantwoording van de vraag of in een bepaalde situatie veiligheidsmaatregelen nodig waren en de vraag

"Dag en Raad"

Dankzij de populaire media bleek het niet heel moeilijk om stof voor een voorwoord bij het eerste PIV-Bulletin van 2013 te vergaren. "Discriminatie na letsel" kopt de Spits van 11-01-2013 op de voorpagina. Onderzoek van het College voor de Rechten van de Mens zou hebben aangetoond "dat verzekeraars vrouwen proberen te benadelen". Doorlezend blijkt de afhandeling van de letselschadeclaim van een 28-jarige vrouw de aanleiding van alle commotie te zijn. De verzekeraar had in rekenscenario's het vervullen van een eventuele kinderwens in de goede en kwade kansenweging betrokken. In media wordt het dan al snel "Foei verzekeraar!" en "Een slachtoffer krijgt niet waar zij recht op had." Terwijl het voor een professional binnen de totale context duidelijk is, dat partijen hier een redelijke inschatting hebben moeten maken over een aanvaardbare schadebegroting. Waarbij hypothesen het nou eenmaal lastig maken om 'de waarheid' in te vullen. Hoe nu deze discriminatie te tackelen? Waarschijnlijk door er voortaan van uit te gaan dat de 28-jarige 'man van de toekomst' zodra hij een relatie heeft, sowieso tenminste één papadag inlast. Of discrimineer ik nu?

Op 12 januari 2013 alweer schreeuwende krantenkoppen op ons vakgebied: "Gokverslaving door Parkinsonpil". De Rechtbank Utrecht acht een farmaceutische fabrikant aansprakelijk vanwege het te laat aanpassen van de bijsluiting van het medicijn Permax. Een Parkinsonpatiënt die het middel sinds 1997 slikte raakte gokverslaafd. Pas in 2005 hoort hij over deze mogelijke bijwerking en in 2011 is het middel uit de handel genomen. De advocaat van de man schat zijn gokschaadte op 4 ton. De man zelf slaat schadetechisch gesproken een spijker op de kop, door de ontboezeming: "Parkinson is slecht, maar Permax is ook niet best". Dubbel pech voor deze meneer, die zeker ieders medeleven verdient. Als je ziek wordt, wil je ten behoeve van je kwaliteit van leven kunnen rekenen op veilige medicijnen. Deze man heeft nu nog een heel traject te gaan. Namens de fabrikant is hoger beroep aangetekend en, als het vonnis stand houdt, volgt ongetwijfeld een schadestaatprocedure. Goede en kwade kansen wegen in een hypothetische situatie inclusief Parkinson, maar de gokverslaving weggedacht. Dat klinkt nog niet heel eenvoudig om op te lossen voor de betrokken partijen.

Toeval of niet: tijdens de Kerstvakantie las ik het boek *The Litigators* ofwel *Het Proces* van John Grisham. Het bleek de volgens het omslag beloofde *page-turner* te zijn. Al in het eerste hoofdstuk worden letselschadeadvocaten neergezet als op geld beluste *ambulance chasers* die voor eigen gewin een massaclaim ophuigen tegen de farmaceutische industrie. Kortom: prettig ontspannende literatuur voor onder de Kerstboom. Ter geruststelling voor wie zich nu gediscrimineerd voelt, kan ik verklappen dat ook de verzekeraarsadvocaten niet worden gespaard. De held en hoofdrolspeler knapt volledig af op de *rat race* waarin hij als verzekeraarsadvocaat is beland. In de loop van het boek wordt vervolgens niemand ontzien, ook de aansprakelijke partijen en hun verzekeraars niet. Heel aardig ook is het inzicht dat gegeven wordt in de keerzijde van het indienen van exorbitante claims die in de Verenigde Staten mogelijk zijn. Meedoen aan zo'n claim heeft binnen de grenzen van dat rechtssysteem als consequentie, dat je bereid moet zijn je recht op privacy volledig prijs te geven. Je medisch dossier, je creditcardbetalingen, je telefoongespreklijsten (en als het moet ook diezelfde gegevens van je hele familie): de tot betaling aangesproken partij mag dat allemaal navragen en natrekken. Net als de grote claims zelf, voert ook die keerzijde naar Nederlandse begrippen nogal ver. Daar zijn op ons vakgebied al veel verhandelingen over geschreven.

Komt een Nieuw Jaar, daagt een nieuwe raad. Hoe prachtig de retoriek soms ook kan zijn in het krachtenveld dat letselschaderegelen heet, inmiddels zijn we anno 2013 al een heel eind op weg in de al in 1969 in de musical *Hair* aangekondigde *Age of Aquarius*. "This is the dawning of the age of Aquarius (...) Harmony and understanding; Sympathy and trust abounding; No more falsehoods or derisions". Er is zelfs al een initiatief naar vernoemd, waarin verzekeraars en belangenbehartigers zich gezamenlijk inspannen om het letselschaderegelingstraject zo gestroomlijnd mogelijk te laten verlopen. Zo zijn er wel meer gezamenlijke initiatieven op dit vlak ontplooid, waarin empathie en wederzijds respect het sleutelbegrip vormen. Ook in dit bulletin wordt in de bijdrage van Van den Berg, de column van Tijbout en de *cri de coeur* van Tromp, een lans gebroken voor een constructieve, gezamenlijke aanpak die tot oplossingen leidt. Een goede Nieuwjaarsgedachte dunkt mij.

Wat me tot slot toch weer bij het boek van Grisham brengt: *The good guy* moet op enig moment met een fabrikant van ondeugdelijk speelgoed een schikking treffen. Dat doet hij op een in mijn ogen chique wijze. Hij gaat financieel gezien – zeker binnen de context van het Amerikaanse systeem – niet voor goud, maar voor het concrete belang van een zwaar gehandicapt geraakt kind en het gezin waar het deel van uitmaakt. Weinig Wild West en veel New Age dus. Shoot! Heb ik dus toch nog een studieboek gelezen tijdens het Kerstreces ...

Armand Blondeel, voorzitter Redactieraad PIV-Bulletin

*I finally see the dawn arrivin'
I see beyond the road I'm drivin'
Oh, far away and left behind
(Boston: "Don't look back")*

- > welke maatregelen dat zijn, is nog van belang dat de Hoge Raad in een arrest over een ongeval met een gevaarlijke machine heeft geoordeeld dat de omvang van de zorgplicht afhangt van
- de mate van waarschijnlijkheid dat de werknemer de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid niet in acht neemt, de omvang van de kans dat daaruit ongevallen ontstaan;
 - de ernst van de mogelijke gevolgen van die ongevallen; en
 - de bezwaarlijkheid van de te nemen veiligheidsmaatregelen⁵.

Verder wijst de Hoge Raad er bij herhaling op dat de dagelijkse confrontatie met bepaalde risico's ertoe kan leiden dat werknemers niet altijd alle nodige veiligheidsmaatregelen in acht nemen. Ook daar dient een werkgever zijn veiligheidsmaatregelen op af te stemmen⁶.

Gezien deze rechtspraak van de Hoge Raad en de strenge toets die hij daarin voorstaat, zal zijn oordeel in het arrest van 7 december 2012 niet verbazen. Alleen de ervaring van de werknemer zal onder dergelijke gevaarlijke omstandigheden niet snel voldoende zijn om geheel af te zien van toezicht.

Hoewel het arrest dus in lijn is met de meest recente rechtspraak van de Hoge Raad over de zorgplicht, is nog wel de vraag hoe het zich verhoudt tot eerdere uitspraken waarin de ervaring van de werknemer aan de orde kwam. Een bespreking van twee eerdere uitspraken van de Hoge Raad over werknemers die door een dak zijn gevallen geeft hiervan een indruk.

Ervaren werknemer en risico-inventarisatie op locatie: Desarduyn/Du Puy⁷

De eerste en bekendste zaak waarin de ervaring van een door het dak gevallen werknemer aan de orde komt is de zaak Desarduyn/Du Puy. In deze zaak werd een ervaren voorman, die ook een veiligheidsopleiding had genoten, naar een opdrachtgever gestuurd om dakdekwerkzaamheden te verrichten. Hij deed dit werk vaker zelfstandig. De vrij eenvoudige werkzaamheden zouden plaatsvinden op een dak van ongeveer 2,80 meter hoog. Bij het inspecteren van het dak om te beoordelen hoe hij de werkzaamheden zou gaan uitvoeren is de werknemer door een gat gevallen dat was uitgespaard om een lichtkoepel te plaatsen. Het gat was aangebracht en met folie afgedekt door een ander ter plaatse werkzaam bedrijf. Door dit afdekken was het gat niet zichtbaar. Op het moment dat de werkgever de werknemer opdracht gaf de werkzaamheden te gaan verrichten, was de werkgever er niet mee bekend dat er een lichtkoepel in het dak zou worden geplaatst.

Bij de Hoge Raad stelt de werknemer zich onder meer op het standpunt dat zijn werkgever de verplichting had om de risico's op de plaats waar de werkzaamheden werden uitgevoerd vooraf te inventariseren. In dat kader overweegt de Hoge Raad dat de rechtbank op grond van enerzijds de eenvoudige aard van de werkzaamheden en anderzijds de werkervaring van de betrokken werknemer en zijn kennis – blijkens het bezit van een veiligheidsdiploma – heeft mogen oordelen dat de werkgever aan zijn zorgplicht had voldaan. Uit dit oordeel wordt afgeleid dat de kennis en ervaring van

de werknemer omstandigheden zijn die van invloed kunnen zijn op de omvang van de zorgplicht van de werkgever, in dit geval de verplichting om risico's te inventariseren.

Ervaren werknemer en instructie over veiligheidsmaatregelen: Feenstra/Haije⁸

Dat kennis en ervaring niet doorslaggevend zijn, is op grond van andere rechtspraak van de Hoge Raad evengoed duidelijk. Het volgt bijvoorbeeld uit een uitspraak van de Hoge Raad van 9 januari 2007, eveneens over een werknemer die door een dak is gevallen. In deze zaak was een werknemer met een collega naar een opdracht gestuurd om asbestplaten van een dak te verwijderen. In elk geval een deel van de platen zou van binnen uit het gebouw met een rolsteiger worden verwijderd. Bij het opbouwen van de rolsteiger bleken er echter onderdelen te ontbreken. De werknemer nam hierover contact op met zijn baas, die de onderdelen zou brengen. In afwachting daarvan is de werknemer met zijn collega op het dak geklommen om daar alvast te beginnen met het verwijderen van platen. De werknemers zijn vervolgens door het dak heen gezakt, waarbij een van hen blijvend letsel opliep. Hij droeg geen valbescherming. De werknemer had wel veiligheidsdiploma's en had het veiligheidsplan voor de betreffende werkzaamheden zelf opgesteld.

Het hof had in deze zaak geoordeeld dat de werkgever de werknemer, ondanks diens ervaring, uitdrukkelijk de opdracht had moeten geven valbeschermingsmaatregelen te treffen. Dit getuigt volgens de Hoge Raad niet van een onjuiste rechtsopvatting, aangezien het hof daaraan ten grondslag heeft gelegd:

- dat de werkgever degene was die besliste welke veiligheidsmaatregelen werden genomen;
- dat de noodzaak bestond om één of meerdere platen van buitenaf te verwijderen;
- dat de werkgever wist dat daarbij valbeschermingsmaatregelen nodig waren;
- dat de werknemer vooral expertise had op het gebied van de verwijdering van asbest en minder op het gebied van slopen.

In dit geval waren de ervaring van de werknemer en zijn kennis op het gebied van veilig werken volgens de Hoge Raad dus onvoldoende reden om af te zien van instructie over te treffen veiligheidsmaatregelen.

Kennis en ervaring: een van de omstandigheden

Vergelijken wij de drie zaken, dan zien wij allereerst dat de uitspraak van 7 december 2012 in lijn is met de eerdere rechtspraak. Verder zien wij dat kennis en ervaring van de werknemer de werkgever niet per definitie ontslaan van zijn verplichtingen om het gebruik van veiligheidsmiddelen te bevorderen door instructie en toezicht daarop. Dat een werknemer zelf wellicht degene is die – in elk geval op het moment en de locatie van het ongeval – verantwoordelijk is voor de veiligheid ter plaatse, doet daaraan niet af. Ook voor de veiligheid van die werknemers is de werkgever immers verantwoordelijk.

Gezien deze rechtspraak kan een werkgever, die wil onderbouwen waarom hij bepaalde maatregelen niet heeft genomen, in beginsel niet volstaan met de stelling dat zijn werknemer zelf van alle risico's en maatregelen op de hoogte was. Ook het arrest van 7 december 2012 sluit niet uit dat de ervaring van de werknemer één van de omstandigheden is die van invloed is op de omvang van de zorgplicht van de werkgever.

Dat de ervaring van de werknemers in de zaak van 7 december 2012 en de zaak met de rolsteiger een bescheiden rol speelde bij het bepalen van de omvang van de zorgplicht van de werkgever en uiteindelijk ook niet doorslaggevend was, hangt waarschijnlijk samen met de relatief grote kans op ongevallen met ernstige gevolgen in die zaken. Er was immers sprake van werkzaamheden op een dak. In de zaak van 7 september 2012 waaide het daarnaast nog hard. Anders dan in de zaak met de lichtkoepel, was de werkgever in beide zaken ook bekend met deze specifiek gevaarlijke omstandigheden.

Als sprake is van een kleiner risico (minder kans op een ongeval of minder ernstige gevolgen) en de werkgever met dit specifieke risico ook nog niet bekend was c.q. het voor hem niet voorzienbaar was, kan de ervaring van de werknemer de zorgplicht van de werkgever wellicht eerder beperken⁹. De werkgever die zich hierop beroept zal echter concrete omstandigheden moeten aandragen die ertoe leiden dat de ervaring en kennis van deze werknemer er in deze specifieke situatie toe heeft geleid dat van hem minder kon worden verwacht.

Ervaring, routine en onvoorzichtigheid

De werkgever die zich bij zijn verweer op de ervaring van de werknemer beroept, zal er wel steeds rekening mee moeten houden dat deze ervaring er ook toe kan leiden dat er juist meer van hem wordt verwacht in het kader van de veiligheid. Het is namelijk vaste rechtspraak dat juist de dagelijkse confrontatie met bepaalde risico's ertoe kan leiden dat werknemers minder voorzichtig zijn¹⁰. In dat licht betekent meer ervaring meer routine, die weer kan leiden tot onvoorzichtigheid. De werkgever dient met deze onvoorzichtigheid in zijn veiligheidsbeleid tot op zekere hoogte rekening te houden.

Bewuste roekeloosheid

In het bovenstaande kwam aan de orde dat de ervaring van de werknemer van – beperkte – invloed kan zijn op de omvang van de zorgplicht van de werkgever. Ook in het kader van een beroep op bewuste roekeloosheid wordt door de werkgever nog wel eens gewezen op de ervaring van de werknemer als factor van belang¹¹. Hierover volgt een aantal opmerkingen.

Uitgangspunt is dat een beroep op bewuste roekeloosheid van de werknemer zeer zelden wordt gehonoreerd. De belangrijkste reden daarvoor is ongetwijfeld dat de werkgever voor een geslaagd beroep op bewuste roekeloosheid moet aantonen dat de werknemer zich tijdens zijn onmiddellijk aan het ongeluk voorafgaande gedraging daadwerkelijk bewust was van het roekeloze karakter van die gedraging¹². Voor zover de benadeelde ontkent dat hij zich hiervan bewust was, zal deze subjectieve bewustheid moeten blijken uit de omstandigheden onmiddellijk voorafgaand aan het ongeval, die de werkgever dus zal moeten aantonen¹³.

In het kader van dat bewijs wordt wel gewezen op de ervaring van de werknemer. Er wordt dan betoogd dat de werknemer zich gezien zijn ervaring bewust moet zijn geweest van bepaalde risico's. In het arrest Van der Wiel/Philips¹⁴ heeft de Hoge Raad echter expliciet geoordeeld dat die redenering niet opgaat. In dat geval ging het om een zeer ervaren werknemer die een reparatie aan een gevaarlijke machine verrichtte. Op het moment dat hij met de reparatie begon stond de machine uit, omdat een aantal collega's bezig was een probleem met de elektriciteit op te lossen. De werknemer had deze collega's niet over zijn werkzaamheden geïnformeerd. Toen die collega's enige tijd later klaar waren en de machine weer aanzetten, raakte de werknemer beklemd en liep letsel op. De rechtbank had aangenomen dat de werknemer zich vanwege zijn ervaring bewust moet zijn geweest van dit risico en dat hij bewust roekeloos had gehandeld door aan de reparatie te beginnen zonder zijn collega's te waarschuwen. De Hoge Raad heeft echter geoordeeld dat het feit dat een werknemer zeer ervaren is, niet voldoende is om die bewustheid aan te nemen. De Hoge Raad motiveert de restrictieve uitleg van de bewuste roekeloosheid door er – wederom – op te wijzen dat de zorgplicht van art. 7:658 BW mede tot doel heeft om werknemers te beschermen tegen onvoorzichtigheid die kan ontstaan omdat zij dagelijks met bepaalde risico's te



> maken hebben¹⁵. Het enkele feit dat zij die risico's goed kennen en zich daarvan bewust zouden moeten zijn, kan daarom volgens de Hoge Raad geen reden zijn hen die bescherming te ontnemen door een beroep op bewuste roekeloosheid te honoreren. Er zullen dan ook doorgaans bijzondere omstandigheden moeten zijn die – eventueel samen met een beroep op de ervaring van de werknemer – tot de conclusie leiden dat de werknemer zich op het moment van zijn roekeloze gedraging ook daadwerkelijk bewust was van het roekeloze karakter daarvan.

Conclusie

De uitspraak van 7 december 2012 maakt nog eens duidelijk dat de werkgever zijn veiligheidsbeleid ook dient te richten op zijn ervaren werknemers. Bij het beantwoorden van de vraag hoe de werkgever zorg moet dragen voor de veiligheid van deze ervaren krachten, kan hun kennis en ervaring wel een rol spelen. Daarbij kan de ervaring van de werknemer de zorgplicht van de werkgever beperken. De werkgever dient er echter bij de invulling van zijn zorgplicht ook rekening mee te houden dat met ervaring ook een bepaalde routine gepaard kan gaan die kan leiden tot onvoorzichtigheid.

¹ Gem. Hof NA en Aruba, 2361/07-H.84/11.

² Uit het arrest volgt niet of deze instructie ook zag op het gebruik van valbescherming.

³ Hoge Raad 11 november 2011, LJN BR5223, TBS-kliniek.

⁴ Hoge Raad 12 december 2008, LJN BD3129, Maatzorg.

⁵ Hoge Raad 11 november 2005, LJN AU3313, Multivac.

⁶ Zie bijvoorbeeld Hoge Raad 22 maart 1991, NJ 1991, 420, LJN ZC0181.

⁷ Hoge Raad 16 mei 2003, LJN AF7000, Desarduyn/Du Puy.

⁸ Hoge Raad 9 januari 2007, LJN AZ6526 Feenstra Haije.

⁹ Overigens is het enkele feit dat een bepaalde gedraging en een daarbij behorend risico niet voorzienbaar was geen reden om aan te nemen dat met betrekking tot dat risico ook geen zorgplicht bestaat. Vgl. Hoge Raad 11 november 2005, LJN AU3313, Multivac.

¹⁰ Zie bijvoorbeeld Hoge Raad 22 maart 1991, NJ 1991, 420, LJN ZC0181.

¹¹ Ook in het arrest van 7 december 2012 had de werkgever zich hier in eerste aanleg op beroepen. De rechtbank heeft dit beroep afgewezen. Uit het arrest volgt echter niet met welke motivering.

¹² Hoge Raad 20 september 1996, NJ 1997, 198, Pollemans/Hoondert.

¹³ Overigens plaats ik hierbij wel de kanttekening dat indien uit de objectieve omstandigheden van het geval blijkt dat de gedraging van de werknemer roekeloos was, de werkgever met zijn beroep op bewuste roekeloosheid aan zijn stelplicht heeft voldaan als de werknemer nalaat concrete feiten en omstandigheden te stellen die het bewustzijn van het roekeloze karakter van zijn gedraging zou doen ontzenuwen. Zie in dit verband Hoge Raad 2 december 2005, LJN AU3261, Diabetische koerier.

¹⁴ Hoge Raad 11 september 1998, NJ 1998, 870, Van der Wiel/Philips.

¹⁵ Zie Hoge Raad 14 oktober 2005, AU2235, Citytax.

In de schaduw van het slachtoffer'

24^e LSA Symposion over schade van derden

PvS

Maar liefst meer dan vierhonderd belangstellenden kwamen op vrijdag 25 januari 2013 naar het Kurhaus in Scheveningen voor het 24e LSA Symposion. Beter kon niet worden aangetoond dat de vereniging van letselschadeadvocaten er opnieuw in was geslaagd een aantrekkelijk en leerzaam programma samen te stellen. De schade van derden was het thema van de bijeenkomst. In dat kader werden niet alleen zaken als shockschade, overlijdensschade en affectieschade behandeld, maar ook de Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM) en het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). De deelnemers hoefden overigens niet slechts passief de acht presentaties te ondergaan, maar konden interactief meedoen door met behulp van hun telefoon voor of tegen stellingen te stemmen.

Het LSA Symposion werd geopend door mr. Joost Wildeboer – voorzitter van de Vereniging voor Letselschade Advocaten (LSA). Hij memoreerde dat het motto, 'In de schaduw van het slachtoffer, schade van derden', eerder voor de PIV Jaarconferentie in 2010 was gebruikt, maar beloofde dat er nauwelijks overlap in de programma's bestond. Wildeboer gaf aan dat er in de schaduw van het slachtoffer ook nog andere derden dan bijvoorbeeld nabestaanden of gezinsleden in het letselschadeproces acteren, zoals verzekeraars, belangenbehartigers, advocaten, rechters, mediators enzovoort. Over deze derden zou het congres niet gaan, maar hij wilde hen graag toch even voor het voetlicht brengen. De mediators gaan het druk krijgen, aldus Wildeboer. Hij refereerde aan de aanbeveling van het

Verbond van Verzekeraars om slachtoffers van letselschade standaard onafhankelijke bemiddeling aan te bieden, zoals mediation, als een zaak langer dan drie jaar loopt en het slachtoffer ontevreden is over de aanpak van de verzekeraar. Nog een initiatief dat volgens Wildeboer lof verdient, is het voornemen van Achmea om met een eigen geschillencommissie de doorloopsnelheid in letselschadetrajecten te verhogen. Ook De Letselschade Raad noemde Wildeboer een belangrijke derde, als hoeder van de Gedragscode Behandeling Letselschade (GBL). De advocaat staat wat de GBL betreft aan de zijlijn, aldus Wildeboer, maar is er niet blind voor. Rechters zijn wel bij de totstandkoming ervan betrokken geweest en Wildeboer verwacht daarom dat dit uit gerechtelijke uitspraken zal blijken. Ook refereerde hij nog aan de discussie in het afgelopen jaar over de buitengerechtelijke kosten, een discussie die maar niet wordt beslecht. Verzekeraars zouden graag zien dat advocaten zich bij de afspraken aansluiten, maar Wildeboer noemde de kans daarop zeer onwaarschijnlijk. Tegelijk is de geschillencommissie declaraties van LSA weinig actief, omdat verzekeraars daar slechts af en toe willen verschijnen. Volgens Wildeboer zou het de discussies over buitengerechtelijke kosten kunnen verminderen als verzekeraars wel aan deze commissie zouden willen meewerken of als zij samen met LSA een nieuwe commissie zouden willen oprichten.

Introductie

Prof. mr. Carla Klaassen – hoogleraar burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht aan de Radboud Universiteit in Nijmegen – introduceerde als dagvoorzitter de problematiek >



Kurhaus Scheveningen januari 2013

> van de derde die schade lijdt. Ook als voor een ongeval een ander aansprakelijk kan worden gesteld, is van een aansprakelijkheid tegenover derden in de regel geen sprake. Slechts mondesmaat voorziet het Nederlands recht in een aanspraak op schadevergoeding van benadeelde derden: werkgevers hebben verhaalsrecht voor verplicht doorbetaald loon en derden hebben een recht op vergoeding van 'verplaatste schade'. In het geval van een overlijden waarvoor een ander aansprakelijk kan worden gesteld, voorziet de wet weliswaar in een recht op schadevergoeding van bepaalde derden, maar ook dan gelden beperkingen. Art. 6:108 lid 2 BW voorziet alleen in een aanspraak op vergoeding van gederfd levensonderhoud voor een limitatief opgesomde kring nabestaanden. De situatie ligt anders voor degenen die getuige zijn van andermans dood of opgelopen letsel of met de gevolgen hiervan worden geconfronteerd. Onder bepaalde voorwaarden kunnen zij aanspraak maken op vergoeding van zogenoemde shockschade. Dit wordt echter niet beschouwd als een schadevergoeding aan een derde, maar als een schadevergoeding aan een slachtoffer, zij het een slachtoffer in de schaduw van het directe slachtoffer. De rechter dient in een dergelijk geval onderscheid te maken tussen dat deel van het leed dat valt toe te rekenen aan het geestelijk letsel als gevolg van de confrontatie met het ongeval en dat deel van het leed dat het gevolg is van het verdriet vanwege het ernstig letsel of het overlijden van het directe slachtoffer. De scheidslijn tussen deze twee vormen van leed c.q. de oorzaken van het leed is echter min of meer arbitrair. Verder wordt aan de vergoedbaarheid van zogenoemde shockschade de voorwaarde gesteld dat er sprake is van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld. *“Zo vlot enkele uitgangspunten van het vigerende personenschaderecht en de daaruit voortvloeiende consequenties langslopend, komt de vraag op of dit als een consistent, maar bovenal ook als een*

billijk en een als rechtvaardig ervaren stelsel heeft te gelden”, aldus Carla Klaassen.

Grenzen ongrijpbaar

Mr. dr. Rianka Rijnhout – universitair docent aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van Universiteit Utrecht – sprak over de grenzen van de art. 6:107 en 6:108 BW. Zij kwalificeerde deze grenzen als moeilijk te duiden door de wijze waarop rechters met deze artikelen zijn omgegaan. De stelling die zij ter stemming bracht, luidde dan ook dat het bijzondere systeem van de art. 6:107 en 6:108 BW niet meer door alleen het rechtszekerheidsargument kan worden gerechtvaardigd. Een grote meerderheid van de aanwezigen was het daarmee eens, zowel voor als na haar lezing. Zij besprak eerst de werkingssfeer van de genoemde artikelen – de oorzaak van de schade is het letsel of het overlijden van een slachtoffer waarvoor een ander aansprakelijk is – en de kenmerken ervan: het is een afgeleid, niet autonoom vorderingsrecht voor een bij wet bepaalde, limitatieve kring van gerechtigden en het is exclusief werkend (er bestaat geen recht op volledige schadevergoeding). De ratio van het systeem is dat het willekeur door rechters voorkomt en dat het rechtszekerheid geeft, omdat helder is wie waarvoor in aanmerking komt. Deze rechtszekerheid nu stelde Rijnhout ter discussie. Zij besprak welke schade volgens de wetgever wel en niet voor vergoeding in aanmerking komt en hoe rechters, hoven en de Hoge Raad daar in de loop der jaren mee zijn omgegaan. Ook het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft een duiding in het zakje gedaan, waardoor het Nederlandse systeem op losse schroeven is komen te staan. Rijnhout refereerde wat dat betreft aan de zaak Reynolds versus het Verenigd Koninkrijk, waarin een vergoeding van immateriële schade wordt toegekend, terwijl in Nederland (en ook in Duitsland en Denemarken) geen vergoeding van affectie-



schade kan worden toegewezen. Rijnhout behandelde ook de shockschadevordering. Zij toonde aan dat ook hierbij de grenzen lastig te bepalen en soms ongrijpbaar zijn. *“Inhoudelijke heroverweging is vereist!”*, aldus Rianka Rijnhout, *“het is tijd voor de politiek om door te pakken!”*

Overlijdensschade

Mr. Paul Meijer – advocaat bij Mens Advocaten in Rotterdam – ging in op het thema overlijdensschade. Zijn stelling luidde dat het behoeftigheidsvereiste overboord moet, hetgeen eerst ruim 60 procent van de aanwezigen met hem eens was en na zijn lezing ruim 70 procent. Het vorderingsrecht bij een overlijden is in art. 6:108 BW geregeld. Bijzonder is dat de schadeposten limitatief in de wet zijn bepaald. Het gaat om gederfd levensonderhoud in natura, gederfd levensonderhoud in financiële zin, kosten van lijkbezorging, wettelijke rente en, hetgeen uit jurisprudentie volgt, kosten buiten rechte. Ook de vorderingsgerechtigden zijn wettelijk bepaald. Zo hebben werkgevers van de overledenen en partners die alimentatie van de overledene kregen, geen vorderingsrecht. Wat dat betreft zijn er grote verschillen tussen letselschade en overlijdensschade. Meijer ging eerst op de schadepost gederfd levensonderhoud in. Gaat het om gederfd levensonderhoud in natura, dan is er heel veel mogelijk. De verzorging van kinderen, huishoudelijke hulp, verlies van zelfwerkzaamheid, hulp bij de administratie en nog tal van andere zaken kunnen wettelijk en volgens jurisprudentie voor vergoeding in aanmerking komen. Gaat het om gederfd levensonderhoud in financiële zin, dan is er sprake van een ingewikkeld rekenmodel. Dit model komt erop neer dat wordt uitgegaan van het gezinsinkomen (ook zoals zich dat in de toekomst zou hebben ontwikkeld), waarop de besparing die door het overlijden is gerealiseerd, in mindering wordt gebracht. De uitkomst daarvan wordt de behoefte genoemd. Daarop wordt vervolgens nog het inkomen dat ondanks het overlijden is blijven bestaan, bijvoorbeeld van de weduwe of de weduwnaar, in mindering gebracht en de uitkomst daarvan is dan de behoeftigheid ofwel het tekort om te komen tot het welvaartsniveau zonder ongeval. Er is momenteel een werkgroep aan het werk om tot een nieuw rekenmodel te komen, waarin vooral de component besparing zal worden vereenvoudigd. Paul Meijer besprak de toepassing van het rekenmodel aan de hand van zeven verschillende zaken waarover de Hoge Raad of de rechtbank zich had uitgesproken en kwam op grond daarvan tot zijn conclusie dat het behoeftigheidsvereiste overboord moet.

Shockschade en affectieschade

Prof. dr. Frank Koerselman – hoogleraar psychiatrie en psychotherapie bij het Universitair Medisch Centrum Utrecht – besprak in zijn presentatie wat in de praktijk van zijn werkveld onder shockschade en affectieschade wordt verstaan. Hij wees allereerst op de heersende spraakverwarring tussen juristen en medici als het gaat om termen als affectie, shock en letsel, hetgeen hem tot de stelling bracht ‘leed is geen letsel’. Daarmee was aanvankelijk slechts 27,5 procent van de aanwezigen het eens en na zijn lezing 31 procent. Koerselman ging uitgebreid in op het

Amerikaanse handboek DSM: Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders. Momenteel is daarvan de vierde editie in gebruik, DSM-IV, en naar verwachting verschijnt in 2013 de vijfde editie, DSM-V. Het handboek bevat afspraken die zijn gemaakt om op een eenduidige wijze over psychiatrische ziektebeelden te kunnen praten. Volgens Koerselman hebben dergelijke afspraken voordelen – men beschikt over toetsbare criteria om vast te stellen of iemand ziek is – maar ook nadelen: de afspraken zijn soms willekeurig en gemaakt in commissies met voor- en tegenstanders. Bovendien overlappen sommige ziektebeelden elkaar, waardoor toch weer verschillende diagnoses mogelijk zijn. In de context van een behandeling van een ziekte is dit geen groot probleem, maar wel in een juridische context. Om de term ‘shock’ te duiden, besprak Koerselman de posttraumatische stressstoornis (PTSS); de term ‘trauma’ definieerde hij aan de hand van DSM-IV als de situatie waarin een betrokkene heeft ondervonden / getuige was van / geconfronteerd werd met een of meer gebeurtenissen die een feitelijke of dreigende dood of ernstige verwonding of aantasting van fysieke integriteit meebrachten, gepaard gaande met intense angst, hulpeloosheid of afschuw. In DSM-V evenwel wordt de drempel voor de diagnose van een trauma lager, doordat het criterium dat een en ander met angst, hulpeloosheid of afschuw gepaard moet gaan, komt te vervallen. De dreiging van seksueel misbruik wordt aan de definitie toegevoegd, evenals de mogelijkheid dat de betrokkene de gebeurtenissen heeft vernomen – de mededeling ervan kan dus ook meetellen om van een trauma te kunnen spreken – of herhaaldelijk heeft waargenomen – waarbij te denken valt aan bijvoorbeeld politiefunctionarissen die een grote zedenzaak met misbruik van kinderen onderzoeken.

WCAM

Na de lunch stond de Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade op het programma. Deze WCAM werd besproken door mr. Daan Lunsingh Scheurleer – advocaat bij Nauta Dutilh in Amsterdam – en prof. mr. Ianika Tzankova – bijzonder hoogleraar massaschade aan de Universiteit van Tilburg en eveneens advocaat bij Nauta Dutilh. Daan Lunsingh Scheurleer wierp de stelling op dat de WCAM een nuttig instrument is om finaliteit bij massaschade te bereiken, maar geen stok achter de deur. Na zijn lezing had hij medestanders verloren: eerst was 78 procent het met hem eens en na zijn lezing nog 67 procent. De WCAM, die naar aanleiding van problemen in de DES-zaak werd opgesteld (dochters van wie de moeder tijdens de zwangerschap diëthylstilbestrol hadden gebruikt, bleken later een verhoogde kans op vaginakanker te hebben) is bedoeld om de rechter een wettelijk kader aan te reiken voor een algemeen verbindendverklaring met betrekking tot massaschade. Ook betrokkenen die geen partij in de procedure zijn, worden aan de uitspraak gebonden, zij het dat er een opt-out-mogelijkheid wordt geboden. Tot op heden zijn zes van dergelijk zaken afgewikkeld, waarvan één letselschadezaak, met betrekking tot DES, en vijf zaken op het gebied van financiële dienstverlening en effecten. Lunsingh Scheurleer besprak alle ‘ins and outs’ van de



The Rolling Stones kijken verbaasd naar de rust beneden hen: dat was op 8 augustus 1964 wel anders!

- > overeenkomst die de schadeveroorzakende partij en een stichting of vereniging van benadeelden vooraf moeten sluiten op basis waarvan de rechter tot een uitspraak kan komen. Na hem ging Ianika Tzankova in op de toepassing van de WCAM in de Vie d'Or-zaak. In deze zaak gingen 11.000 polishouders gezamenlijk voor 177 miljoen gulden het schip in door een niet-werkend business model en een falend toezicht daarop. Tzankova besprak de strafrechtelijke en tuchtrechtelijke procedures in deze zaak en de wijze waarop uiteindelijk tot een schikking was gekomen, dankzij bijdragen van 6,5 miljoen euro van het Verbond van Verzekeraars en 8,5 miljoen euro van de Nederlandse Staat en onbekende bijdragen vanuit onder meer de failliete boedel. Ianika Tzankova kwam tot de conclusie dat de WCAM géén stok achter de deur is, omdat ook schikkingen in massaschadezaken zijn getroffen zónder toepassing van de WCAM, bijvoorbeeld het dossier van de beleggingsverzekeringen en de World Online-kwestie.

EVRM

De laatste presentatie werd verzorgd door prof. mr. Gerrit van Maanen – hoogleraar privaatrecht aan de Universiteit van Maastricht. Hij zei een man met een missie te zijn, naar Scheveningen gekomen om de congresdeelnemers – en dan in de eerste plaats zijn jeugdige collega Ton Hartlief – ervan te overtuigen dat zij meer kunnen en moeten doen met het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. De impact van het EVRM op het letselschaderecht, met name voor derden, aldus luidde de titel van zijn presentatie. Hij vroeg de aanwezigen wie al eens iets met het EVRM deed en kreeg daarop slechts een tiental positieve reacties. Van Maanen kende de argumenten wel: het EVRM zou vooral voor Oost-Europese landen geschikt zijn, het zou

veel te duur zijn om naar Straatsburg te reizen, te veel andere zaken zouden blijven liggen en de uitspraken zijn allemaal in het Engels of het Frans – maar deed deze af als flauwekul. Hij benadrukte dat het EVRM tal van belangrijke zaken biedt, zoals bescherming van het eigendom (in zeer ruime zin), de plicht tot bescherming van het leven, het recht op een eerlijk proces, het recht op een schone omgeving en het recht op een privéleven. Aanvullend biedt het Handvest Grondrechten EU 2010 onder meer recht op lichamelijke en geestelijke integriteit, bescherming van persoonsgegevens en recht op inzage daarin, recht op (preventieve) gezondheidszorg, recht op milieubescherming en duurzame ontwikkeling et cetera. Van Maanen behandelde in zijn presentatie verschillende zaken waarin een rechtbank, hof of Hoge Raad tot de conclusie was gekomen dat een benadeelde niets te vorderen had, maar waarin het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, op grond van het EVRM, tot een ander oordeel was gekomen. Hij toonde aan dat het EVRM in sommige gevallen meer recht biedt dan het BW, bijvoorbeeld als het gaat om de aansprakelijkheid van de overheid, zoals na de vuurwerkcramp in Enschede of de Q-koortsbesmettingen in 2009. Juist omdat de rechters aan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens met meer rechtvaardigheids- en billijkheidsgevoel naar zaken kijken, is er sprake van een soort natuurrecht, waar men ook op het gebied van letselschade al in Nederland gebruik van kan maken.

Dagvoorzitter Carla Klaassen kon tot slot niet anders dan concluderen, dat het 24e LSA Symposium een prachtige gelegenheid had geboden om derden uit de schaduw van het slachtoffer te halen.

Beroepsziekten: enkele juridische knelpunten in vogelvlucht¹



Mr. D.-J. van der Kolk en
mevrouw mr. V. Oskam
Van Traa Advocaten



In dit artikel gaan wij in op de specifieke aspecten zoals wij die als advocaat aan de zijde van de aansprakelijk gehouden werkgever (en/of diens achterliggende verzekeraar) in de praktijk tegenkomen. Dit om een beeld te geven van de problemen en obstakels waar de aangesproken werkgevers en hun verzekeraars zoal tegenaan kunnen lopen. Naast op de juridische achtergrond, zal worden ingegaan op de praktische punten waar de aangesproken werkgever mee te maken heeft. Allereerst gaan wij in op het onderwerp bewijs en causaliteit. Dan zal stil gestaan worden bij de praktische aanpak, oftewel hoe kunnen wij deze juridische punten praktisch – en (bewijstechnisch) werkbaar – vertalen in de praktijk. In dit kader komt ook de rol van de deskundigen aan de orde.

Bewijslastverdeling, volgorde en waardering

Waar het de bewijslastvolgorde betreft, zijn drie stappen te onderscheiden. Het is belangrijk deze stappen goed uit elkaar te houden omdat de bewijslastverdeling van deze stappen per stap afwijkt.

Stap 1

Vaak miskennen belangenbehartigers van werknemers dat – bijvoorbeeld in het geval bij het Organisch Psycho Syndroom (OPS) of Chronische Toxische Encephalopathie (CTE), ook wel schildersziekte genoemd – eerst moet worden vastgesteld dat daadwerkelijk gedurende het dienstverband bij de betreffende werkgever sprake is geweest van bovenmatige en hiermee schadelijke blootstelling aan oplosmiddel houdende producten. Bewijstechnisch is dit wel een belangrijke stap om bij stil te staan. Dit (omvang blootstelling aan voor de gezondheid ‘gevaarlijke’ arbeidsomstandigheden) is de eerste stap die moet worden gezet in de juridische beoordeling. De bewijslast hiervan rust volledig op de werknemer.

Stap 2

Daarna dient de werknemer aan te tonen dat de bij hem gesignaleerde gezondheidsklachten in causaal verband staan met de door de werknemer verrichte werkzaamheden. Bij deze tweede stap moeten aldus twee deelvragen worden beantwoord:

- (A) wat zijn de gezondheidsklachten/diagnose?; en
- (B) is er causaal verband met de werkomstandigheden?

Het zetten van deze stap is eerst zinvol, wanneer stap 1 (relevante blootstelling) in voor de werknemer positieve zin is afgesloten. Bij gebreke van (door de werknemer te bewijzen) relevante blootstelling aan schadelijke stoffen, valt het doek immers voor de vordering van de werknemer. Dan zijn verdere vragen naar causaal verband, zorgplicht, eventuele pre-existentie en omvang van de schade niet meer relevant.

Stap 3

De werkgever moet bewijzen dat hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan.

Sommige hoven – zoals Leeuwarden 18 september 2012, LJN BX7965 en Den Bosch 11 december 2012, LJN BY5937 – blijken deze derde stap al toe te passen, voordat is vastgesteld of er wel een causaal verband bestaat tussen de gezondheidsklachten en de werkomstandigheden. Dit kan leiden tot het (zeer ongewenste) gevolg dat een werkgever aansprakelijk is voor schade die hij überhaupt niet heeft veroorzaakt, hetgeen – zoals ook AG Spier in een recente conclusie² aangeeft – onwenselijk is. Tegen het arrest van het Hof Leeuwarden is overigens cassatie ingesteld.

In de jurisprudentie is nadere invulling gegeven aan de diverse bewijslastonderdelen. Zo is de enkele mogelijkheid dat iemand schade zou kunnen hebben geleden onvoldoende. Een werknemer moet meer bewijzen. Er moet dus sprake zijn van een ‘feitelijk’ opgetreden gevaarlijke situatie. Dat een werknemer niet kan volstaan met de stelling dat hij schade zou kunnen hebben geleden, blijkt al uit Weststrate/De Schelde van de Hoge Raad van 26 januari 2001³.

In dit arrest bevestigde de Hoge Raad dat in beginsel de hoofdregel van art. 150 Rv geldt. Dit betekent dat het bewijs van blootstelling op de werknemer rust.

De Hoge Raad oordeelde vervolgens dat de strekking van art. 7:658 BW niet meebrengt dat in de betreffende situatie afwijkende regels van stelplicht en bewijslast zouden moeten gelden. De Hoge Raad zag geen reden tot omkering van de bewijslast. Anders gezegd, de hoofdregel luidt dat het aan de werknemer is te stellen en te bewijzen dat deze in de uitoefening van zijn werkzaamheden aan een gevaar (bijvoorbeeld gevaarlijke stoffen) is blootgesteld.

> In het arrest Landskroon/BAM van de Hoge Raad van 9 januari 2009, is opnieuw bevestigd dat het enkele feit dat sprake zou zijn van enerzijds (zware) belastende werkzaamheden en anderzijds van gezondheidsklachten die door deze werkzaamheden kunnen zijn veroorzaakt, niet zonder meer kan leiden tot het benodigde juridische oorzakelijk verband⁴. Daarvoor is meer nodig. Het is aan de werknemer niet alleen te stellen en te bewijzen dat hij belastende werkzaamheden heeft verricht die zijn klachten kunnen hebben veroorzaakt, maar ook en zo nodig aannemelijk te maken dat hij lijdt aan klachten welke door die blootstelling *kunnen zijn* veroorzaakt.

In dat verband zal de werknemer onder meer moeten stellen en zo nodig bewijs moeten leveren van de aard en de inhoud van zijn werkzaamheden. Deze rechtsregel is van groot belang bij de beoordeling van zaken waarin moeilijk definieerbare aandoeningen en andere ziektebeelden die de klachten kunnen verklaren, (mogelijkerwijs) een rol spelen.

Zo mag bij *burn-out* van de werknemer verwacht worden dat hij ter onderbouwing van de vordering bijvoorbeeld stelt en van bewijs voorziet dat hij voorafgaand aan zijn arbeidsongeschiktheid structureel een fors aantal uren overwerkte, daardoor werd overbelast en/of geen ondersteuning kreeg, de (dreigende) overbelasting voor de werkgever kenbaar was, etc.

Ook schildersziekte is lastig te objectiveren. Oftewel, de klachten zijn zodanig algemeen van aard dat de symptomen allerlei oorzaken kunnen hebben. Iedereen kent weleens klachten van hoofdpijn, duizeligheid, misselijkheid, etc. Wanneer is nu vast te stellen of dit wordt veroorzaakt door een paar nachten slecht slapen, een (te) gezellig weekend met (te) veel drank, allerlei ernstige ziektebeelden zoals hartklachten, Alzheimer en depressie of door overmatige blootstelling aan oplosmiddelhoudende producten gedurende het werk?

Dit is precies het probleem waar de aangesproken werkgever⁵ in kwestie tegenaan loopt en ook wat de beoordelingen/juridische behandeling van beroepsziekten lastig maakt. Kenmerk van een beroepsziekte is dat sprake is van een sluipend ziekteproces dat zich meestal over een reeks van vele jaren heeft voltrokken. In tegenstelling tot klassieke arbeidsongevallen kan niet slechts één ontstaansmoment van het letsel aangewezen worden. Daarbij komt dat beroepsziekten vaak medisch niet of moeilijk te objectiveren zijn en het jaren kan duren voordat de diagnose duidelijk is. Naast het bewijs dat de werknemer in kwestie gedurende zijn dienstverband is blootgesteld aan te veel oplosmiddelen, moet hij ook bewijzen dat hij hierdoor de gezondheidsklachten heeft opgelopen. Het is medisch gezien vaak moeilijk te bewijzen dat daadwerkelijk sprake is van – in dit voorbeeld OPS/CTE – deze diagnose. Wat in ieder geval duidelijk is, is dat voor een dergelijke causale relatie de relevante blootstelling essentieel is. Dus de overmatige blootstelling aan oplosmiddelen, of de grote hoeveelheid beeldschermwerk onder slechte omstandigheden, de te hoge werkdruk, de blootstelling aan asbestdeeltjes, etc. Dit vormt dan ook het beste uitgangspunt om een dergelijke beoordeling te laten beginnen. Eerst moet de “blootstelling” in kaart worden gebracht en worden getoetst. Dit

vormt immers het vertrekpunt. Wanneer geen sprake is van gevaarlijke blootstelling, wordt niet toegekomen aan de verdere vragen want dan zal geen sprake zijn van een beroepsziekte.

Voor wat betreft OPS/CTE, kan hierbij worden aangeknoopt bij het “*Protocol voor de diagnostiek van OPS*”⁶ waarin moet worden getoetst aan een aantal inclusiecriteria – dus voorwaarden waaraan moet zijn voldaan – en een aantal exclusiecriteria – criteria waarvan geen sprake mag zijn – alvorens aan de diagnose OPS/CTE kan worden toegekomen. Zo moet er een minimale duur van blootstelling zijn (vijf jaar) en bovendien van een bepaalde omvang (MAC-waardes⁷). Hierbij is de invloed van piekblootstellingen⁸ nog onzeker. In wetenschappelijke kring en de rechtszaal wordt hierover nog getwist.

Predispositie en pre-existentie

Naast de al genoemde (bewijsrechtelijke) problemen waar men tegenaan kan lopen bij het vaststellen (en door de werknemer te bewijzen) causaal verband, waartoe de aard van de klachten en/of diagnose in kaart moet worden gebracht, wijzen wij op het onderscheid tussen predispositie en pre-existentie. Ook deze twee begrippen leiden in de rechtsgang tot veel discussie en vertraging bij de beoordeling.

Eerst het onderscheid tussen predispositie en pre-existentie. Bij predispositie is sprake van een bepaalde aanleg/kwetsbaarheid van de werknemer. In de (fictieve) situatie waarbij de belastende arbeidsomstandigheden worden weggedacht, behoeft⁹ deze predispositie aldus niet zelfstandig tot uitval of arbeidsongeschiktheid te leiden. Als voorbeeld kan worden gedacht aan de ambitieuze, uiterst secure en stressgevoelige werknemer die de neiging heeft te veel hooi op zijn vork te nemen en (daardoor?) vaak ziek is. Wanneer iemand met deze (karakter)eigenschappen uitvalt en blijvend arbeidsongeschikt wordt na een drukke periode op het werk waar de andere collega fluitend een stapje harder zet en doorwerkt, kan een oorzaak van deze overbelasting in de predispositie van deze werknemer worden gevonden. Wanneer deze predispositie, de zware werklust en de dreigende overbelasting kenbaar waren voor de werkgever, kan dit tot aansprakelijkheid leiden.

Wel kan dit element bij de berekening van de omvang van de schade worden betrokken, zo leert ons ABP/Stuyvenberg¹⁰. De schadeberekening betreft immers vooral een vergelijking tussen de situatie met ongeval/uitval en zonder ongeval/uitval. De goede en kwade kansen worden dan tegen elkaar afgewogen. Als “kwade kans” in de situatie zonder ongeval/uitval kan dan worden verdisconteerd dat de werknemer in kwestie ook zonder de extreme drukte op enig moment zou zijn uitgevallen of een bepaalde carrièrestap niet (of minder snel) zou hebben gemaakt. Hier ligt echter wel een taak voor de werkgever/verzekeraar om een dergelijk verweer goed gemotiveerd en gedocumenteerd te onderbouwen. Pre-existentie daarentegen betreft het al bestaan van medische klachten die zelfstandig tot uitval kunnen leiden, dus zonder de “gevaarlijke” arbeidsomstandigheden. Gedacht kan worden aan een werknemer die al in het verleden bekend is met een hernia en nu uitvalt in verband met

rugklachten, of een (voor iets meer discussie vatbaar) eerder in de privésituatie (op het sportveld) opgelopen arm-/schouderblessure bij een werknemer die stelt RSI te hebben. (Duidelijke) pre-existentie kan de werkgever niet worden toegerekend. Hiervan is sprake wanneer de bestaande klachten ongeacht de mogelijke beroepsziekte ook tot arbeidsuitval en/of arbeidsongeschiktheid zouden hebben geleid.

Privéomstandigheden en onzeker causaal verband

Ook privéomstandigheden kunnen een belangrijke rol spelen bij de beoordeling van een beroepsziekte. Stel dat een werknemer de volledige werkdag achter een beeldscherm werkt en thuis ook nog de gehele avond en halve nacht games speelt. Wanneer een dergelijke werknemer RSI-klachten ontwikkelt, kan de vraag rijzen of de RSI-klachten zijn ontstaan door zijn werk overdag, het spelen van de games thuis of een combinatie van beiden is. En wat te denken van een bouwvakker die al sinds zijn veertiende iedere week de disco bezoekt waardoor hij wellicht gehoorschade heeft opgelopen, maar nu claimt dat zijn gehoorschade op de bouwplaats is ontstaan? Bij *burn-out* zijn vaak meerdere omstandigheden aan te wijzen. Bijvoorbeeld een hoge werkdruk in combinatie met echtscheiding of andere *life-events*. Onder meer de Rechtbank Middelburg heeft geoordeeld dat het in zulke gevallen niet billijk is dat een werkgever de volledige schadevergoeding zou moeten betalen¹¹.

Wij komen dan bij het onzekere causale verband waarbij een proportionele aansprakelijkheid mogelijk is. Oftewel de mogelijkheid dat de werkgever slechts een bepaald percentage of gedeelte van de schade moet betalen. Hiertoe zal vereist zijn dat een deskundigenbericht beschikbaar is aan de hand waarvan meer concreet kan worden vastgesteld tot welk percentage van de schade de arbeidsomstandigheden zullen hebben geleid en tot welk percentage van de schade de overige omstandigheden. Een bekend voorbeeld is Nefalit/Karamus¹². Dit betrof een werknemer die zowel was blootgesteld aan asbest als jarenlang had gerookt. Nu beide omstandigheden een rol konden spelen bij de opgelopen longkanker, behoefde de werkgever niet de volledige schade te vergoeden, maar werd een en ander proportioneel verdeeld.

Op 14 december 2012 heeft de Hoge Raad¹³ nadere uitleg gegeven over de toe te passen proportionele aansprakelijkheid wanneer meerdere oorzaken het letsel (en hiermee de schade) kunnen hebben veroorzaakt. Hoewel dit geen beroepsziekte betrof, betreft de Hoge Raad in de beoordeling wel uitdrukkelijk het arrest Hof Arnhem 11 mei 2010 (Nefalit/Karamus) inzake asbestblootstelling. Aldus lijkt een opening te worden geboden voor een ruimere toepassing van de proportionele aansprakelijkheid, hetgeen ook al eerder door de Hoge Raad was aangenomen¹⁴, ook bij de beoordeling van beroepsziekten. Meer terughoudend is het Hof Leeuwarden op 18 september 2012 in Holla/Eternit¹⁵. Hierbij dient echter te worden vermeld dat de cassatieprocedure nog loopt. Mogelijk dat met dit arrest de broodnodige duidelijkheid zal worden verstrekt.

Alternatieve causaliteit

De discussie over de proportionele aansprakelijkheid leidt meestal tot een verwijzing naar de alternatieve causaliteit ex art. 6:99 BW. Ook bij beroepsziekten speelt dit een rol. Denk aan de situatie waarbij een werknemer bij vier werkgevers heeft gewerkt en bij al deze werkgevers sprake kan zijn geweest van schadelijke blootstelling aan oplosmiddelen (of asbest) gedurende het productieproces. In de regel zal de laatste werkgever in rij worden aangesproken. Dit is vaak de makkelijkste route voor de werknemer in kwestie. Deze werkgever is niet failliet, de arbeidsomstandigheden liggen nog het meest vers in het geheugen, oud-collega's kunnen nog worden genoemd en gehoord, etc. Wanneer dit laatste dienstverband evenwel een kort dienstverband betreft in vergelijking met de voorgaande dienstverbanden, de arbeidssituatie en arbeidsomstandigheden beter of een stuk beter zijn dan bij de voorliggende dienstverbanden het geval was (dit zal vaak het geval zijn gezien alleen al de steeds strenger wordende veiligheidseisen en het voortschrijdend inzicht hierin) is het wel wat wrang wanneer de laatste werkgever opdraait voor deze aansprakelijkheid waar eerdere werkgevers de dans ontspringen. Een werkgever die hierop wijst, krijgt vaak art. 6:99 BW tegengeworpen.

Aangenomen wordt dat art. 6:99 BW in zo'n situatie verhindert dat de laatst aangesproken werkgever eenvoudigweg kan verwijzen naar de eerdere werkgever(s) om aan de eigen aansprakelijkheid te ontkomen. Wel kan de laatste aangesproken werkgever er voor kiezen de eerdere werkgever(s) in vrijwaring op te roepen. Dus bij de procedure te betrekken en daarbij de stelling in te nemen dat – voor zover de laatst aangesproken werkgever aansprakelijk is – de eerdere werkgever(s) die schade moeten vergoeden of hieraan bij moeten dragen nu de beroepsziekte mede gedurende dat dienstverband is ontstaan.

Een dergelijke route is alleen zinvol wanneer voldoende duidelijk kan worden over de daadwerkelijke arbeidsomstandigheden in deze eerdere periode. Dit is vaak een probleem. Toch is het verstandig deze route te volgen. In de eerste plaats omdat de procedure tegen deze eerdere werkgevers mogelijk gelijktijdig met de procedure tegen de werknemer wordt gevoerd. Mogelijkerwijs dat de werknemer in kwestie zo ook nog wat informatie kan verstrekken over de eerdere dienstverbanden. De latere werkgever staat immers geheel buiten deze rechtsverhouding zodat hij hiertoe informatie nodig heeft van de werknemer die hem aanspreekt. Of een verwijzing naar art. 6:99 BW in dergelijke situaties terecht is, vragen wij ons overigens onder verwijzing naar de op dit gebied toonaangevende arresten¹⁶ af. Art. 6:99 BW regelt immers enkel de situatie waarin vaststaat dat meerdere tot aansprakelijkheid leidende gebeurtenissen elk voor zich de gehele schade kunnen hebben veroorzaakt en tenminste één van deze gebeurtenissen die schade ook daadwerkelijk heeft veroorzaakt. Art. 6:99 BW veronderstelt al het bestaan van causaal verband (in de vestigingsfase van de aansprakelijkheid) tussen de onrechtmatige gedraging (lees: gevaarlijke arbeidsomstandigheden)

> en de schade. Bij opvolgende dienstverbanden met (mogelijke) schadeblootstellingen weten we niet of hiervan sprake is. Aldus is niet aan het vereiste van art. 6:99 BW voldaan, namelijk dat de schade daadwerkelijk het gevolg is van een van de dienstverbanden. Het gaat wat ons betreft te ver om deze causaliteitsonzekerheid met een verwijzing naar art. 6:99 BW zomaar af te doen.

Met name bij asbest gerelateerde ziektes zal dit relevant worden nu uit een recent (Italiaans) wetenschappelijk artikel blijkt dat een langer geleden ondergane blootstelling aan asbest een veel hoger risico op mesothelioom met zich brengt dan een latere blootstelling¹⁷. Dit zelfs wanneer deze laatste blootstelling een substantieel hogere dosis betreft.

Praktische aanpak

Hoe kunnen de zojuist besproken juridische normen en eventuele obstakels nu praktisch worden vertaald bij de beoordeling van een aansprakelijkstelling of het verweer in rechte? Het ligt voor de hand eerst alle relevante feiten te verzamelen terzake de relevante arbeidsomstandigheden (denk aan getuigenverhoren) en dit vervolgens in het relevante arbeidshygiënische/toxicologische (in het geval van OPS/CTE) raamwerk te plaatsen en hierna te beoordelen of de betreffende blootstelling inderdaad bovenmatig en hiermee schadelijk voor de gezondheid is geweest.

Stap 1, het feitelijke onderzoek, is dus van belang. Hoewel de bewijslast van de omvang van de blootstelling op de werknemer rust, is het van belang hier als werkgever (of verzekeraar van de werkgever), een actieve houding in te nemen. Feitelijk zal de werkgever immers over de meeste informatie hiertoe beschikken en hiermee het beste in staat zijn deze stap nader in te vullen.

Wij bepleiten een actieve opstelling van de werkgevers en verzekeraars in deze eerste stap (feitelijke informatie over arbeidsomstandigheden) en het in een zo vroeg mogelijk stadium verzamelen van hiertoe relevante informatie.

Wij denken dan aan een feitelijke beschrijving van de werkzaamheden, aard en omvang van de werkzaamheden, gebruikte stoffen, productieproces, afzuiging/ventilatie, preventieve maatregelen, risico-inventarisatie en evaluaties, gezondheidskundige onderzoeken, ongevallenregistraties en beroepsziektenregistraties in het verleden, etc., etc.

Het is aan te bevelen direct te beginnen met het verzamelen van deze informatie wanneer duidelijk wordt dat een werknemer stelt een arbeidsgelateerde ziekte te hebben opgelopen. Het is verstandig hiermee niet te wachten tot het daadwerkelijk op een procedure aankomt of in rechte hiertoe een bewijsopdracht wordt verstrekt. De praktijk wijst uit dat in dat geval inmiddels vele jaren zullen zijn verstreken waardoor het lastiger wordt de vereiste informatie te verzamelen en nog de getuigen te horen.

Bovendien zullen de productieprocessen dan inmiddels zijn gewijzigd, de situatie is vaak niet meer te bezichtigen en gegevens zijn verloren gegaan.

Een andere praktische insteek, bij de 'zoektocht' naar de feitelijke werkomgeving is de nagekomen zorgplicht (stap 3) mee te nemen. Wij doelen hierbij niet op de juridische beoordeling, maar op het verzamelen van feiten. Wanneer getuigen worden gehoord of deskundigen worden benoemd

om de feitelijke arbeidssituatie in kaart te brengen, is het wel zo praktisch (en uit kosten oogpunt ook voordeliger) om deze getuigen of deskundigen direct te laten verklaren over de zorgmaatregelen die zijn genomen.

De rol van deskundigen

Deskundigen spelen een belangrijke rol, zowel voor de werknemer die de vordering indient als voor de werkgever die zich moet verweren. Juristen hebben deskundigen nodig om hen voor te lichten over de medische aspecten. Hierbij doelen wij niet alleen op medisch deskundigen, maar ook op de al genoemde deskundigen (arbeidshygiënist, toxicoloog) die de arbeidssituatie inventariserend in kaart moeten brengen. Of de deskundigen die moeten beoordelen of de feitelijke situatie inderdaad een gevaar oplevert voor de gezondheidssituatie, de deskundigen die meer specifiek toetsen aan de veiligheidsnormen, de stand van de techniek, etc.

Naast het medisch onderzoek wijzen wij op de arbeidsdeskundigen die wellicht worden benoemd om te bekijken of iemand nog restverdiencapaciteit heeft, hoe de carrière in de situatie zonder beroepsziekte/uitval er uit zou hebben gezien, verzekeringsgeneeskundig onderzoek hieraan voorafgaand, een rekenaar, etc. Oftewel, juist in beroepsziekten zien we dat vaak vele deskundigen nodig zijn van verschillende disciplines. In de praktijk is het vaak niet eenvoudig om tot een benoeming van een deskundige te komen¹⁸. Dat komt omdat een wederpartij vaak weinig vertrouwen heeft in een door de andere partij voorgestelde deskundige en *vice versa*. Zo bestaan er vanuit verzekeraars bedenkingen bij de door het Bureau Beroepsziekten FNV ingeschakelde deskundigen die de arbeidsomstandigheden veelal ook op basis van de aannames van de werknemer dikwijls zeer gevaarlijk en nadelig voorstellen.

Vaste lijn in rechtspraak¹⁹ en literatuur²⁰ is dat partijen in beginsel gebonden zijn aan een deskundigenbericht dat na overleg met partijen en (/of) op verzoek van de rechter tot stand is gekomen. Dit behoudens zwaarwegende en steekhoudende bezwaren. Voorts geldt dat de rechter een verzwaarde motiveringsplicht heeft wil hij van het oordeel van een door hem benoemde deskundige afwijken²¹. Zeker wanneer de rechter de beschikking heeft over een ander (partij)deskundigenbericht waarin het door de rechter verzochte deskundigenbericht op inhoudelijke gronden wordt becommentarieerd, en deze becommentariëring voldoende plausibel wordt geacht, staat het de rechter vrij om de bevindingen van de door de rechter benoemde deskundigen niet (integraal) over te nemen. De rechter kan in een dergelijk geval volstaan met aan te geven dat de door de andere dan de door de rechter benoemde deskundige gebezigde motivering, zeker als deze vooral is gebaseerd op bijzondere kennis, ervaring en/of intuïtie, hem overtuigend voorkomt²².

Een belangrijk punt is dat de deskundige moet worden verzocht zijn oordeel deugdelijk en voor zover mogelijk in lektaal te motiveren. Juist deze motivering hebben partijen (en de rechter) nodig om een juridisch oordeel te kunnen geven.

- ¹ Dit artikel is geschreven op verzoek van de redactie naar aanleiding van een lezing op het WAA congres 2012.
- ² HR 19 oktober 2012, LJN BX7591.
- ³ HR 26 januari 2001, NJ 2001, 597 (Weststrate/De Schelde).
- ⁴ HR 9 januari 2009, LJN BF 8875, JAR 2009,38 (Landskroon/BAM).
- ⁵ Bij beoordeling van het juridische realiteitsgehalte van de vordering en het voeren van het verweer, maar ook de werknemer bij het door hem te leveren bewijs van genoemde stappen 1 en 2.
- ⁶ G. van der Laan c.s., *Organisch Psychosyndroom door oplosmiddelen? Een protocol voor de diagnostiek*. Rapport opgesteld in opdracht van het Directoraat-Generaal van de Arbeid (Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid), Den Haag: SDU 1995, p. 56/61; Registratierichtlijn OPS, een protocol voor de diagnostiek, Den Haag: Arbeidsinspectie, Rapport S-186 Min van SZW.
- ⁷ MAC staat voor maximaal aanvaardbare concentratie: een overheidsnorm.
- ⁸ Een hoge concentratie aan oplosmiddelhoudende producten in één keer, bijv. als gevolg van een calamiteit.
- ⁹ Maar kan wel, bijv. als sprake is van een serieuze tegenslag.
- ¹⁰ HR 4 november 1988, NJ 1989, 751.

- ¹¹ Rb. Middelburg 1 september 2003, JAR 2003, 269.
- ¹² HR 31 maart 2006, NJ 2011, 250.
- ¹³ HR 14 december 2012, LJN BX8349.
- ¹⁴ HR 31 maart 2006, JAR 2006, 101 (Hollink/Eternit).
- ¹⁵ Hof Leeuwarden 18 september 2012, LJN BX7965.
- ¹⁶ Hoge Raad 18 december 2009, NJ 2012, 614 (London/Delta Lloyd) en Hoge Raad 9 oktober 1992, NJ 1994, 535 (DES-dochters).
- ¹⁷ C. la Vecchia en P. Boffetta, "Role of stopping exposure and recent exposure to asbestos in the risk of mesothelioma", *European Journal of Cancer Prevention*, 2012, 21, p. 227-230.
- ¹⁸ En wanneer dan eindelijk de hobbel van de te benoemen deskundige genomen is, begint het gesteggel over de vraagstelling.
- ¹⁹ Vonnis Rb. Arnhem 11 februari 2004, LJN AO5406; Hof Den Bosch 9 mei 2006, LJN: AX1224; Hof Den Bosch 25 maart 1999, VR 1999, 181; HR 19 oktober 2007, LJN BB5172.
- ²⁰ Chr.H. van Dijk, "Hoe te beoordelen of een deskundige deskundig is", *NTBR* 2007/10, pag. 435.
- ²¹ HR 5 december 2003, NJ 2004, 74.
- ²² HR 8 juli 2011, RvdW 2011, 845.

Van een overlijden, komt een overlijden

Overlijdensschadezaken zijn zeldzaam. Nog zeldzamer is het dat jonge kinderen ten gevolge van een ongeval overlijden. Het komt echter voor. Naar aanleiding van de volgende trieste casus uit de eigen praktijk heb ik een paar tips.

Op een dag fietst de 11-jarige X naar huis. Voor het ouderlijk huis wordt hij door een automobilist aangere-den. X vliegt met fiets en al door de lucht. Vader ziet het vanuit het huis gebeuren. Vader en moeder zijn er als eerste bij. Politie, ambulance en traumahelikopter komen ter plaatse. X overlijdt in het ziekenhuis.

Vader en moeder zijn daarna lange tijd niet in staat om maatschappelijke en juridische hulp in te roepen. Uiteindelijk doen zij dat toch. De WAM-verzekeraar wordt aansprakelijk gesteld, ook voor de shockschade van vader en moeder. De verzekeraar erkent de aansprakelijkheid en stelt een expert aan. In overleg wordt een stappenplan opgezet. Afsproken wordt om eerst schriftelijk (medische) informatie in te winnen en gegevens te verzamelen. Daarna zou een huisbezoek worden gepland. Nog voor de medische informatie wordt ontvangen en (dus) ook nog voor het huisbezoek, pleegt de vader zelfmoord. Hij laat een briefje achter met daarop de veelzeggende woorden: "Ik wil geen patiënt meer zijn!". Triest maar waar: van een overlijden, kwam in dit geval een overlijden.

Het juridisch kader

Wettelijk gezien geeft fataal letsel op grond van art. 6:108 BW aanspraak op een beperkte schadevergoeding. Kort door de bocht komen naast de buitengerechtigde kosten en de wettelijke rente alleen het gederfd levensonderhoud

*Maarten Tromp
Advocaat & mediator te
Rotterdam
Docent overlijdensschade aan
de Grotius Academie*



en de begrafeniskosten voor vergoeding in aanmerking. Omdat de 11-jarige X geen levensonderhoud verstrekke, zou de verzekeraar dus eigenlijk alleen de begrafeniskosten hoeven te betalen.

De shockschade is in feite te beschouwen als een letsel-schadezaak in de zin van art. 6:107 BW. Waar-schijnlijk echter zou de vader zonder het noodlottig ongeval van zijn zoon geen zelfmoord hebben gepleegd. Zo beschouwd staat het overlijden van vader in juridisch causaal verband met het ongeval van de zoon. Aldus wordt in mijn beleving een zogenoemde 107-zaak een 108-zaak.

Tips voor de praktijk

De latere zelfmoord van de vader geeft aanleiding om achteraf de vraag te stellen of partijen de kwestie anders hadden moeten oppakken. Ik kan niet hard maken dat een andere aanpak in deze zaak de zelfmoord van de vader zou hebben kunnen voorkomen, maar wel zijn er kansen gemist.

> Bij overlijdensschaden is de schade vele malen groter dan de schade die doorgaans op juridische gronden wordt vergoed. Zeker in gevallen waar jonge kinderen het slachtoffer zijn. Als ouders daarna decompenseren is een huisbezoek dringend geïndiceerd. Gewoon open en blanco het gesprek ingaan. Dat is moeilijk, omdat vooraf het effect en/of de opbrengst van een dergelijk gesprek niet kan worden voorspeld. Dat geldt zowel voor de schaderegelaar namens de verzekeraar, als voor de belangenbehartiger. Bedenk echter dat de ouders het nog moeilijker hebben en vaak niet meer weten waar zij aan toe zijn. Het is aan partijen om hen van informatie te voorzien en perspectief te bieden. Een open en blanco gesprek voelt wellicht wat tegennatuurlijk, maar het overlijden van een kind is dat ook.

Verzekeraars kunnen het leed niet wegnemen. In feite kunnen zij alleen maar geld verstrekken. Toch is er meer, zoals belangstelling tonen, aandacht geven en de nabestaanden serieus nemen. In een andere overlijdenszaak van mij heeft de verzekeraar in het begin gevraagd om problemen direct te melden, zodat zij kon meedenken over de oplossing en financiering daarvan. Zo kan het ook! Als medische informatie nodig is, bedenk dan waarvoor en op welk moment dat nodig is. Terughoudendheid lijkt geboden. Door medische informatie te verlangen, worden de ouders in feite meteen door de medische molen gehaald, daar waar alles erop is gericht om daar vooralsnog buiten te blijven.

Een direct en structureel voorschot kan het leed verzachten: *money talks*, echt! Eerst informatie verzamelen en gegevens verstrekken en dan pas bevoorschotten wekt snel verbazing. Vergelijk ook het volgende citaat uit een aan mij gestuurde brief van (toen nog) beide ouders: “*Verder willen wij nog*

melden toch enigszins overdonderd te zijn door de hoeveelheid gegevens die wij nu moeten aanleveren. Wij hebben zoiets van “moet je kijken wat wij nu allemaal moeten doen om er maar voor te zorgen dat we het hoofd (financieel) boven water kunnen houden voor iets dat ons is aangedaan”.”

Praktijk en theorie kunnen elkaar beïnvloeden. Maatschappelijk gezien is het niet uit te leggen dat fataal letsel een beperkte schadevergoeding oplevert, om over ‘voordeelsverrekening’ nog maar te zwijgen. Dat aspect is helemaal niet uit te leggen. De Engelsen zeggen: “*Penny wise, pound foolish*”. De Friezen zijn praktischer en zeggen: “*Als het niet kan zoals het moet, dan moet het maar zoals het kan*”.

Ook bestaat geen aanspraak op smartengeld. Daar moet echt wat aan worden gedaan. Dat zou vanuit de praktijk in gang kunnen worden gezet. Een vergoeding ten titel van smartengeld en/of affectieschade komt ook tegemoet aan het maatschappelijk rechtsgevoel. Ten onrechte wordt dat nog wel eens over het hoofd gezien of buiten beschouwing gelaten. Toch past zo’n vergoeding in deze tijd. Het staat gelukkig weer op de politieke agenda, terwijl ook het Schadefonds Geweldsmisdrijven vanaf 1 januari 2012 expliciet een vergoeding kent voor affectieschade. Waarom doen wij niet in de praktijk alsof het wetsvoorstel destijds (medio maart 2011) wel de eindstreep haalde?

Kwaliteit is aandacht. Aandacht is communicatie. Juist in overlijdensschadezaken van kinderen is ‘aandacht voor de aandacht’ van groot belang. De besproken casus maakt dat nog maar eens pijnlijk duidelijk. ■■■

Het leed van slachtoffers wordt hersteld door contact met veroorzaker

Slachtoffer in Beeld begeleidt slachtoffer-daderbemiddelingen

Slachtoffers van misdrijven en verkeersongevallen zijn ongewild verbonden met de dader of de veroorzaker. Een slachtoffer zal proberen om te gaan met de gevolgen. Er is behoefte aan erkenning, bij schuld of nalatigheid aan een vorm van vergelding en waar mogelijk het terugdraaien of herstellen van het op materieel en immaterieel vlak aangedane leed. Ook de dader of de veroorzaker zal moeten leren leven met het feit dat hij of zij een ander schade heeft toegebracht. Dit herstel van slachtoffer en dader/veroorzaker wordt bevorderd door met elkaar in contact te komen. Door samen te kijken naar de vragen rondom een incident, de motieven en de gevolgen ervan, kunnen beide partijen het incident meer loslaten. Op de Europese Dag van het Slachtoffer, 22 februari 2013, wijdt Slachtofferhulp Nederland een symposium aan het onderwerp Herstelrecht.

slachtofferinbeeld 

Mevrouw M. van den Berg
Slachtoffer in Beeld

Slachtoffer-daderbemiddeling

Ruim zes jaar geleden gaf het Ministerie van Veiligheid en Justitie de opdracht aan Slachtoffer in Beeld om slachtoffer-daderbemiddelingen te verzorgen. Inmiddels ontvangt de stichting op jaarbasis gemiddeld 1300 aanmeldingen en elk jaar neemt dit aantal toe. Hierbij komen slachtoffers en daders/veroorzakers op vrijwillige basis met elkaar in contact. Een slachtoffer-daderbemiddeling geeft beide partijen

de kans de andere kant van het misdrijf te zien en zich anders tot elkaar te gaan verhouden. Daders of veroorzakers kunnen bijvoorbeeld vragen van het slachtoffer beantwoorden en uitleggen hoe het zover is gekomen. Wat er precies is gebeurd. Slachtoffers krijgen antwoord op de vraag: Waarom ik? Wie doet zo iets? en kunnen de gevolgen van het incident tonen. In januari 2012 is ook de toegankelijkheid tot bemiddeling in de het Wetboek van Strafvordering (Sv) geregeld. Art. 51h Sv: *“Het openbaar ministerie bevordert dat de politie in een zo vroeg mogelijk stadium het slachtoffer en de verdachte mededeling doet van de mogelijkheden tot bemiddeling. Het openbaar ministerie bevordert bemiddeling tussen het slachtoffer en de veroordeelde, nadat het [OM, red.] zich ervan heeft vergewist dat dit de instemming heeft van het slachtoffer.”*

Helaas krijgen nog veel slachtoffers niet de informatie waar ze recht op hebben en weten niet van het bestaan en het nut van de dienst.

“Zelf de regie terugpakken, dat vond ik belangrijk”

Het merendeel van de 1300 meldingen komt van daders/veroorzakers en ruim de helft van de slachtoffers werkt mee aan een verzoek om in contact te komen. Ook nabestaanden kunnen een bemiddeling aanvragen. Slachtoffers en daders/veroorzakers kunnen zichzelf aanmelden, maar veelal doet een hulpverlener of contactpersoon dit voor hen. Dit kunnen alle personen zijn die op enig moment in contact komen met een slachtoffer, dader of veroorzaker. De volgende signalen van slachtoffers wijzen op een mogelijke behoefte:

- Het slachtoffer of de nabestaande heeft (feitelijke) vragen, bijvoorbeeld over het misdrijf/ongeval en de toedracht. Vaak zijn dit vragen die alleen de dader/veroorzaker kan beantwoorden.
- Het slachtoffer wil de dader/veroorzaker **zien**, weten wie deze persoon is.
- Het slachtoffer heeft waaromvragen: waarom heeft de dader mij uitgekozen, waardoor is het gebeurd, heb ik iets gedaan waardoor dit heeft plaatsgevonden?
- Het slachtoffer is boos op de dader/veroorzaker: het slachtoffer heeft behoefte om te vertellen/ventileren wat het met heeft gedaan en wat de consequenties voor zijn; wil erkenning.
- Het slachtoffer is angstig voor de dader/veroorzaker: het slachtoffer durft bijvoorbeeld de straat niet meer op, is bang de ander tegen te komen of dat het opnieuw gebeurt. Of het slachtoffer heeft de ander niet (goed) gezien waardoor het slachtoffer het idee heeft dat iedereen de dader/veroorzaker zou kunnen zijn.
- De dader ‘zit in de weg’: het slachtoffer is in gedachten bezig met de dader/veroorzaker en komt hier (nog) niet los van, het slachtoffer komt niet verder in zijn verwerking.

Een professionele bemiddelaar begeleidt het hele proces dat zowel voor als na de zitting kan plaatsvinden. Naast een slachtoffer-dadergesprek is een briefwisseling mogelijk. Of een pendelbemiddeling waarbij een bemiddelaar boodschappen tussen beide partijen overbrengt. Er zijn voor beide partijen geen kosten verbonden aan de bemiddeling.



“Er is een last van mijn schouders gevallen”

Slachtoffer-dadergesprekken hebben een groot effect op beide partijen. Uit wetenschappelijk onderzoek blijkt dat slachtoffers na het contact minder bang en minder boos zijn op de veroorzaker van hun leed. Bovendien blijken slachtoffers na de ontmoeting meer bereid de dader of veroorzaker te vergeven dan wanneer er geen contact is geweest. Daders/veroorzakers krijgen meer inzicht in de gevolgen voor slachtoffers en nemen verantwoordelijkheid. Ook raken de gevolgen voor het slachtoffer de dader/veroorzaker na afloop van een gesprek meer dan daarvoor. Hij kan zich van een andere kant laten zien en iets goed maken naar het slachtoffer toe. Het kan voor alle partijen een eerste stap zijn naar een positief en nieuw begin. Van alle betrokkenen die aan een bemiddeling meedoen, is 90% tevreden over het verloop ervan.

Basisprincipes van Slachtoffer in Beeld

De bemiddelaars werken op basis van een aantal principes.

- Zo vindt een Slachtoffer/daderbemiddeling plaats op vrijwillige basis;
- Is een bemiddelaar onafhankelijk;
- Behartigt ook de belangen van alle betrokkenen; en
- Stemt hij de wensen en behoeften van partijen gedurende het hele proces op elkaar af.

Verder zijn alle gesprekken vertrouwelijk: wat besproken wordt, blijft tussen de betrokkenen, tenzij zij daarover andere afspraken maken. Centraal staan de gezamenlijke wensen en de behoeften van het slachtoffer en de dader. Om deze reden is het bijvoorbeeld mogelijk om op elk gewenst moment met elkaar in contact te komen, ook als dit voor de zitting is. Beide partijen worden volledig geïnformeerd over de mogelijke consequenties zodat zij een goede keuze kunnen maken. In sommige gevallen leidt een slachtoffer-daderbemiddeling er zelfs toe dat beide partijen besluiten een gezamenlijk verslag over de bemiddeling op te stellen en dit te sturen naar de Officier van Justitie om daarmee invloed uit te oefenen op de strafmaat.

Sommige slachtoffers hebben vooral behoefte aan vergelding door afstraffing. Vrijwel alle slachtoffers hebben behoefte aan erkenning. Dit kan in de strafmaat tot uiting komen, maar ook in het getoonde berouw van de dader/veroorzaker. Dit draagt bij aan de verwerking en helpt te voorkomen dat daders recidiveren. Meer informatie: www.slachtofferinbeeld.nl. Meer informatie over de Europese Dag van het Slachtoffer en het symposium dat rondom dit thema wordt georganiseerd, is te vinden op www.slachtofferhulp.nl.

Het vaststellen van letsel (Deel I)



Mr. M.R. Lauxtermann en
mevrouw mr. K.M. Volker
Lauxtermann Advocaten



Simpele zaken willen nog wel eens een verhelderend licht werpen op meer complexe vraagstukken. Een arrest van de Hoge Raad van 29 juni 2012 (LJN BW1519) illustreert dit. Bij onenigheid tussen een bewoner van een flat en enkele medebewoners wordt de bewoner in het gezicht geslagen. Hieraan houdt hij een blauw oog en naar eigen zeggen angstgevoelens over, waarvoor de huisarts hem heeft doorverwezen naar het GGZ. Het hof wees het gevorderde smartengeld af. De Hoge Raad casseert. Weliswaar is onvoldoende onderbouwd dat sprake zou zijn van geestelijk letsel, vaststaat dat er sprake was van een blauw oog en dus van lichamelijk letsel. Op zich is deze uitkomst niet wereldschokkend. Toch roept dit de vraag op wanneer nu eigenlijk sprake is van lichamelijk of van geestelijk letsel en welke eisen aan het vaststellen hiervan kunnen worden gesteld.

Dit onderwerp is actueel sinds het welbekende arrest van het Hof Leeuwarden van 10 augustus 2010 waarin wordt aangenomen dat subjectieve klachten over de gezondheid zonder meer zouden kwalificeren als (lichamelijk of geestelijk) letsel in de zin van art. 6:107 BW en voor het bestaan van het bewijs hiervan niet is vereist dat ze met gebruikmaking van in de reguliere gezondheidszorg algemeen aanvaarde onderzoeksmethoden en overeenkomstig de door de desbetreffende medische beroepsgroep vastgestelde standaarden en richtlijnen worden vastgesteld¹. De reikwijdte en relevantie van deze uitspraak behoeft voor de lezers van dit blad nauwelijks toelichting. Het belang van bedoelde uitspraken neemt alleen maar toe, nu vergelijkbare overwegingen steeds vaker in andere uitspraken van lagere rechters worden aangetroffen². Steeds vaker duikt hierbij de kwalificatie “vaste rechtspraak” op. Kennelijk wil men hiermee meer gewicht geven aan deze uitgangspunten. Bedacht dient evenwel te worden dat de Hoge Raad zich tot op heden niet in deze zin heeft uitgelaten. In de literatuur komen deze vragen doorgaans slechts terloops aan de orde. Eenduidige definities worden zelden

gegeven. Kennelijk wordt aangenomen dat wel duidelijk is wat met het begrip letsel wordt bedoeld.³ In dit artikel willen wij de juistheid van deze (lagere) rechtspraak toetsen, waarbij centraal staat de vraag hoe vastgesteld kan worden dat sprake is van letsel in de zin van art. 6:107 BW. Hierbij volgen wij drie lijnen:

- (i) de shockschade jurisprudentie,
- (ii) de betekenis van medische richtlijnen; en
- (iii) het *conditio sine qua non*-vereiste.

In de shockschade jurisprudentie is het begrip ‘geestelijk letsel’ nader uitgewerkt. Nagegaan wordt of hieraan een bredere betekenis kan worden toegekend. Het belang van medische richtlijnen wordt in de rechtspraak over dit onderwerp gerelativeerd. Betoogd zal worden dat ze onmisbaar zijn. Ten slotte zal op het *conditio sine qua non*-vereiste worden ingegaan. Belangrijk onderdeel van de medische diagnostiek is immers het inventariseren van de mogelijke oorzaken van gestelde klachten. Het *conditio sine qua non*-vereiste is bepalend voor de vraag wanneer rechtens aan een mogelijk oorzakelijk verband consequenties kunnen worden verbonden. De hieromtrent gevormde jurisprudentie kan dan ook van belang zijn voor de vraag wanneer in juridisch opzicht van het bestaan van letsel kan worden gegaan.

Wat leert het begrip geestelijk letsel in de shockschade jurisprudentie?

In het *Taxibus*-arrest⁴ heeft de Hoge Raad aanleiding gezien in een aparte rechtsoverweging en met een als zodanig aangeduid kopje *algemene gezichtspunten* te ventileren. In rov. 4.3 bespreekt de Hoge Raad welke vereisten aan een vordering wegens shockschade kunnen worden gesteld: *“Indien iemand door overtreding van een veiligheids- of verkeersnorm een ernstig ongeval veroorzaakt, handelt hij in een geval als hier bedoeld niet alleen onrechtmatig jegens degene die dientengevolge is gedood of gekwetst, maar ook jegens degene bij wie door het waarnemen van het ongeval of door de directe confrontatie met de ernstige gevolgen ervan, een hevige emotionele schok wordt teweeggebracht, waaruit geestelijk letsel voortvloeit, wat zich vooral zal kunnen voordoen indien iemand tot wie de aldus getroffen in een nauwe affectieve relatie staat, bij het ongeval is gedood of gewond. De daardoor ontstane immateriële schade komt op grond van het bepaalde in art. 6:106 lid 1, aanhef en onder b, BW voor vergoeding in aanmerking. Daarvoor is dan wel vereist dat het bestaan van geestelijk letsel, waardoor iemand in zijn persoon is aangetast, in rechte kan worden vastgesteld, hetgeen veelal slechts het geval zal zijn indien sprake is van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld.”*

De belangrijkste hobbel hierbij – het relativiteitsvereiste – neemt de Hoge Raad door bij de vraag of ook onrechtmatig jegens anderen dan de overledene of gekwetste is gehandeld, niet alleen aan te knopen bij het vereiste van de waarneming

van het ongeval of de directe confrontatie met de gevolgen ervan, maar ook door bijzondere eisen aan die derden te stellen, namelijk de eis dat bij die ander *“een hevige emotionele schok wordt teweeggebracht, waaruit geestelijk letsel voortvloeit”*, wat vooral het geval zal kunnen zijn bij een nauwe affectieve relatie met de overledene of gekwetste. Voor ons onderwerp is interessant wat de Hoge Raad overweegt ter zake van het hier bedoelde geestelijk letsel: *“Daarvoor is dan wel vereist dat het bestaan van geestelijk letsel, waardoor iemand in zijn persoon is aangetast, in rechte kan worden vastgesteld, hetgeen in het algemeen slechts het geval zal zijn indien sprake is van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld.”*

Onderkend moet worden dat het in het Taxibus-arrest om de vraag of er als gevolg van de shock aanspraak bestond op vergoeding van de daardoor ontstane immateriële schade. Deze vraag werd door de Hoge Raad bevestigend beantwoord: indien sprake is van geestelijk letsel, dan is er, in elk geval onder dergelijke omstandigheden, sprake van een aantasting in de persoon zoals bedoeld in art. 6:106 lid 1 aanhef en onder b BW. De vraag is nu of hetgeen in het aangehaalde citaat is overwogen, uitsluitend ziet op de vraag onder welke omstandigheden geestelijk letsel aanspraak geeft op vergoeding van immateriële schade dan wel of hieraan een algemene gelding kan worden gegeven. Wij menen dat dit laatste het geval is.

Op zich kan aan rov. 4.3 een beperkte betekenis worden toegekend, namelijk in die zin dat het hier uitsluitend gaat om de vergoedbaarheid van immateriële schade. Betoogd kan worden dat de woorden uit de derde zin *“daarvoor is dan wel vereist ...”* terugslaan op de tweede volzin en wel met name omdat in het vervolg van de derde volzin sprake is van *“geestelijk letsel, waardoor iemand in zijn persoon is aangetast”*. Dit ligt echter geenszins voor de hand. Het voornaamste argument hiertegen is gelegen in de eerste, zeer belangrijke volzin. Het belang van deze volzin kan niet worden onderschat. Hierin wordt immers heel precies uiteengezet onder welke omstandigheden ook ten opzichte van derden bij shockschade aan het relativiteitsvereiste is voldaan. Centraal hierbij staan de woorden *“... waaruit geestelijk letsel voortvloeit, ...”*.

Het ligt dan ook niet voor de hand dat de in de derde volzin omschreven vereisten voor de vaststelling van geestelijk letsel hierop niet van toepassing zouden zijn. Weliswaar ging het in het arrest zelf om de vergoeding van immateriële schade, de reikwijdte van het Taxibus-arrest is hiertoe zeker niet beperkt. Zoals Vranken in zijn NJ-noot bij het arrest opmerkt: *“De instemming betreft de toewijsbaarheid van de vordering tot vergoeding van shockschade, en met name de omstandigheid dat behalve het immateriële deel ook het materiële deel voor vergoeding in aanmerking komt”*. Voor zover bij de beperkte groep derden immers geestelijk letsel ontstaat, is ook jegens hen aan het relativiteitsvereiste voldaan en maken zij zonder meer op de voet van art. 6:107 BW aanspraak op de vergoeding van hun materiële schade als gevolg van dit geestelijk letsel (kosten van herstel, verlies arbeidscapaciteit enz.).

Niet voorstelbaar is dat wanneer in een baanbrekend arrest onder het kopje *“Algemene gezichtspunten”* in geval van shockschade aanspraak op zowel immateriële als materiële schade wordt toegekend, de daaraan te stellen eisen slechts voor een deel van de aldus toewijsbare schade zouden gelden. Dit zou dan impliceren dat aan het bestaan van geestelijk letsel en de vaststelling hiervan voor de aanspraak op materiële schade andere eisen gesteld worden dan voor de toewijzing van immateriële schade. Een rechtvaardiging hiervoor is niet te verzinnen, terwijl de praktische problemen bij de toch al moeizame vaststelling van shockschade in verband met de voorgeschreven aftrek van affectieschade daarbij⁵, alleen maar toenemen. Dat er lagere eisen aan het bestaan van geestelijk letsel gesteld zouden kunnen worden voor zover het gaat om de materiële schade, valt al helemaal niet in te zien. Smartengeldbedragen zijn doorgaans beïndrukkend lager dan de bedragen die met de materiële schade zijn gemoeid. Ook wetstechnisch valt niet in te zien dat hierbij verschillende maatstaven gehanteerd zouden moeten worden: de art. 6:106 en 6:107 BW zijn in de praktijk grotendeels onafscheidelijk. Dit betekent in onze visie, dat zowel voor art. 6:106 BW als voor art. 6:107 BW slechts sprake is van geestelijk letsel indien vastgesteld kan worden dat er sprake is van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld.

Dit roept de vraag op of voor wat betreft het bestaan van lichamenlijk letsel niet ook sprake moet zijn van een in de medische wetenschap erkende ziekte of diagnose. In onze ogen moet deze vraag bevestigend worden beantwoord. Het onderscheid tussen lichamenlijk en geestelijk letsel is in de medische wetenschap al aanzienlijk aan het vervagen. Maar ook overigens valt niet te rechtvaardigen dat hierbij verschillende maatstaven worden aangelegd. Dat zou immers inhouden dat in normatief of kwalitatief opzicht onderscheid tussen beide vormen van letsel te maken zou zijn, een onderscheid dat de wetgever nu juist met het opnemen van het begrip ‘geestelijk letsel’ in art. 6:107 BW niet wilde maken.

Op dit punt aangekomen, rijst de vraag of subjectieve gezondheidsklachten kunnen kwalificeren als letsel in de zin van art. 6:107 BW of niet. In onze visie is dat gezien het voorgaande pas het geval wanneer die klachten een in de medische wetenschap erkend ziektebeeld opleveren. Klachten vormen nog geen letsel. Ten aanzien van geestelijk letsel is dit een uitgemaakte zaak. In een lange reeks arresten⁶ heeft de Hoge Raad immers uitgemaakt dat negatieve gevoelens van boosheid, gekwetstheid of psychisch onbehagen niet als geestelijk letsel kunnen worden aangemerkt. Hierin ligt geen negatieve waardering van de geuite klachten besloten. Dit zou ook niet te rijmen zijn met het feit dat een enkel blauw oog al wel aanspraak op smartengeld zou geven. Kennelijk heeft de Hoge Raad met het oog op een eerlijke en evenwichtige rechtsbedeling een in kwalitatief opzicht toetsbare maatstaf willen formuleren. Dit wordt bevestigd in latere jurisprudentie, waarin dienaangaande wordt geoordeeld dat er voldoende concrete gegevens moeten worden aangevoerd waaruit kan volgen dat een

- > psychische beschadiging is ontstaan. Daarvoor is nodig dat naar objectieve maatstaven het bestaan van geestelijk letsel wordt of kan worden vastgesteld⁸.

Het gaat dus om objectieve maatstaven, voordat vastgesteld kan worden dat psychische klachten als een psychische beschadiging, en daarmee als geestelijk letsel, kunnen worden aangemerkt. Niet valt in te zien dat ten aanzien van lichamelijk letsel iets anders zou gelden.

Medische richtlijnen en standaarden

Het voorgaande strekt er geenszins toe om na een ongeval geuite klachten in twijfel te trekken of niet serieus te nemen. Integendeel, het serieus nemen van klachten verzet zich er juist tegen om klachten, ook al hebben die volgens de betrokkene een duidelijke herkomst en acht deze ze zeer invaliderend, direct als een zwaar medisch probleem te bestempelen, klakkeloos het door de betrokkene gelegde verband aan te nemen en hieraan schijnbaar moeiteloos blijvende beperkingen te koppelen⁸.

Over de aard en ernst van geuite klachten en de mogelijke oorzaken daarvan kan op goede gronden van mening worden verschillend. Het is in de eerste plaats aan de actoren in het (buitengerechtigde) schaderegelingproces afspraken te maken over de wijze waarop hiermee wordt omgesprongen. Met de medische paragraaf bij de GBL zijn op dit punt betekenisvolle stappen vooruit gezet. De ervaring leert dat partijen desondanks van mening kunnen blijven verschillen. In dat geval kunnen partijen terugvallen op de civiele rechter. Het lijkt paradoxaal, maar de kwaliteit van de rechtspraak is mede bepalend voor de kwaliteit van de buitengerechtigde oplossing van (potentiële) geschillen. Gechargeerd gezegd: de partij die zeker weet onder alle omstandigheden met een bepaalde stelling bij een bepaalde rechter in het gelijk te worden gesteld, zal veel minder bereid zijn om naar de kanttekeningen van zijn wederpartij te luisteren, dan wanneer hij ervan mag uitgaan dat die kanttekeningen in elk geval door de rechter serieus genomen zullen worden. In dit licht zijn beginselen als onpartijdigheid en objectiviteit niet meer dan minimumvereisten die hoogstens indirect bepalend zijn voor de kwaliteit van het uiteindelijke oordeel van de rechter. De kwaliteit van dat oordeel wordt bezien vanuit partijen in hoofdzaak bepaald door de motivering. Dit brengt in de eerste plaats mee dat de wijze waarop de feiten worden vastgesteld en daaraan gevolgen worden verbonden, voldoet aan basale eisen van controleerbaarheid. Dat levert bijzondere problemen op indien het onderwerp van geschil bijzondere deskundigheid vereist. Als het rechterlijk oordeel berust op rapporten van deskundigen, gelden die eisen van controleerbaarheid uiteraard ook voor de rapporten. De rechter moet daarop immers zijn oordeel baseren, maar in het bijzonder geldt dat voor partijen: voor de rechter geldt immers bij het overnemen van de conclusies van deskundigenberichten een beperkte motiveringsplicht.

De controleerbaarheid van rapporten van deskundigen wordt aanzienlijk verhoogd, indien die berusten op voorafgaande afspraken over de wijze waarop het onderzoek wordt verricht, welke normen daarbij worden aangelegd

en hoe het rapport wordt ingericht. In dit licht zijn de in noot 1 en 2 aangehaalde uitspraken bepaald opvallend te noemen. Daarin wordt immers expliciet voorbijgegaan aan de in de reguliere gezondheidszorg algemeen aanvaarde onderzoeksmethoden en de in de verschillende disciplines ontwikkelde standaarden en richtlijnen. In zaken waarin andere dan medische deskundigheid is vereist, bijvoorbeeld in bouwzaken, wordt wel strikt de hand gehouden aan allerlei vergelijkbare methodes en richtlijnen. Dat wekt natuurlijk geen verbazing. Het is nu eenmaal zo dat in een op wetenschappelijke inzichten gefundeerde samenleving als de onze het maatschappelijk verkeer beheerst wordt door in de wetenschap ontwikkelde kwaliteitseisen. Waarom dan in geval van letselschade niet van dergelijke eisen uitgegaan zou moeten worden, valt niet te begrijpen en is uit oogpunt van controleerbaarheid van het rechterlijk oordeel eigenlijk ronduit onaanvaardbaar te noemen.

Deze uitspraken zijn ook niet goed te begrijpen in het licht van de ‘Leidraad deskundigen in civiele zaken’, die door de Raad voor de Rechtspraak ten behoeve van aan de rechter uit te brengen deskundigenberichten is opgesteld. Hierin is uitdrukkelijk opgenomen dat artsen dienen uit te gaan van de “*medisch professionele standaard*”⁹. Veel rechterlijke colleges verwijzen in het vonnis of arrest waarbij de deskundige wordt benoemd naar de leidraad en zenden deze ook vaak aan de deskundige toe. Wij achten het dan ook onbegrijpelijk dat diezelfde colleges van de leidraad afwijken indien het gaat om subjectieve gezondheidsklachten.

Ook de IWMD-vraagstelling gaat uit van de medisch professionele standaard. Hierin wordt immers een duidelijke koppeling gelegd met de Richtlijn Medisch Specialistische Rapportages (RMSR). Deze richtlijn is een typisch voorbeeld van een voorafgaande afspraak over de wijze waarop, in geval van geschil, feiten worden vastgesteld en conclusies worden getrokken. Naar haar aard leent een dergelijke richtlijn zich al helemaal niet voor discretionaire toepassing. In deze richtlijn is immers omschreven welke waarborgen in acht genomen moeten worden wil sprake zijn van een deugdelijke expertise, dat wil zeggen een expertise die voor de rechter een deugdelijke basis biedt voor de verdere oordeelsvorming en voor partijen de controleerbaarheid van het uiteindelijke oordeel vergroot.

Gezien de RMSR kan er geen misverstand over bestaan dat een deugdelijk medisch expertiserapport wel degelijk moet aansluiten bij de in de reguliere gezondheidszorg algemeen aanvaarde onderzoeksmethoden en de door de desbetreffende medische beroepsgroep vastgestelde standaarden en richtlijnen. De voornaamste eis – *de eis van deskundigheid* – houdt in dat de expert rapporteert op grond van zijn kennis van de actuele stand van de medische wetenschap en op grond van in zijn vakgebied algemeen aanvaarde inzichten en opvattingen. Hiernaast gelden:

- *de eis van intersubjectieve toetsbaarheid*, die inhoudt dat constatering aantoonaar op feiten moeten berusten en deze zowel gerepliceerd als gefalsificeerd kunnen worden, en

- *de eis van consistentie*, die onder meer inhoudt dat conclusies niet op onvolledige gegevens worden gebaseerd.

Tenslotte kan gewezen worden op de *eis van het hanteren van een algemeen aanvaarde onderzoeksmethode*, waarmee het veld van de toepasbare onderzoeksmethoden wordt afgebakend tot dat van de *actuele reguliere geneeskunde*.

De hier besproken uitspraken (noten 1 en 2) druisen in dit opzicht lijnrecht in tegen de RMSR. Een uitdrukkelijke rechtvaardiging hiervoor ontbreekt en wordt node gemist. Ondertussen laat zich wel raden waar in dezen de schoen wringt. Aanbeveling 2.2.16 van de RMSR houdt het volgende in: *“Een eventuele causaliteitsvraag wordt uitsluitend beantwoord vanuit de medische causaliteitsgedachte Deze vaststelling geschiedt in overeenstemming met de gangbare inzichten dan wel richtlijnen van de desbetreffende wetenschappelijke vereniging. De expert zal nimmer klachten aan een ongeval “toerekenen” of de causaliteit ervan louter baseren op het feit dat zij pas na het ongeval debuteerden.”*

Hier wringt ongetwijfeld de schoen. Deze aanbeveling houdt immers in welke objectieve maatstaven aangelegd moeten worden bij de vraag in hoeverre een bepaald klachtenpatroon als een erkend ziektebeeld kan worden geduid en of deze voldoet aan het *conditio sine qua non*-vereiste.


Met gevoel voor understatement noteerde Van den Doel naar aanleiding van de uitspraak van het Hof Leeuwarden¹⁰: *“Het hof accepteerde op genoemde gronden bevindingen van een arts die met mangelgeneeskundig onderzoek een rugletsel had vastgesteld dat op andere wijzen niet was aangetoond. Op grond van deze formulering kan ook de mening van de magnetiseur en de iriscopist worden gevolgd”*.

De enige rechtvaardiging die in de Leeuwardense uitspraak voor deze overweging wordt gegeven, is dat dit zou voortvloeien uit het arrest van de Hoge Raad inzake Zwolsche Algemeene/De Greef¹¹. Anders dan in (vrijwel) alle aangehaalde uitspraken (noten 1 en 2), stond voor het hof in deze zaak vast dat De Greef vóór het ongeval niet met gezondheidsklachten te kampen had en volledig arbeidsgeschikt was. Verder moest het hof een beslissing geven nadat een hele reeks deskundigen had gerapporteerd, met de meest uiteenlopende resultaten, dit tegen de achtergrond van grote controverses binnen de medische wetenschap over het ontstaan en beloop van klachten na een whiplash-trauma. Dat het hof die onduidelijkheden niet voor risico van De Greef heeft willen laten, is in dit licht wellicht best begrijpelijk. Belangrijk is echter om te constateren dat het cassatieberoep van Zwolsche Algemeene zich nu juist niet richtte tegen de door het hof aangehaalde maatstaf welke eisen bij het aannemen van het causaal verband aangelegd moest worden. Het oordeel van de Hoge Raad ziet hier dan ook niet op¹². Dit arrest vormt dan ook een wel zeer magere basis voor de huidige rechtspraak. Hier komt nog bij dat het hof in Zwolsche Algemeene/De Greef wel dege-

lijk objectieve maatstaven heeft willen formuleren. Het hof overwoog immers dat objectief moet worden vastgesteld dat de klachten niet ingebeeld, niet voorgewend enz. zijn¹³. Wat kan het hof daarbij anders bedoeld hebben dan dat de expertiserend arts dient uit te gaan van de richtlijnen van zijn beroepsgroep en voor diens rapporten kwaliteitseisen als de RMSR gelden.

Conclusie

Uit de rechtspraak van de Hoge Raad volgt dat voor het bestaan van zowel geestelijk als lichamelijk letsel moet worden uitgegaan van objectieve maatstaven. Deze objectieve maatstaven zijn neergelegd in de standaarden en richtlijnen van de verschillende medische disciplines. Voor wat betreft het vaststellen van letsel – geestelijk en lichamelijk – moet worden uitgegaan van de RMSR.

In deel II van dit artikel gaan we nader in op de eisen die aan het vaststellen van het *conditio sine qua non*-verband in geval van gezondheidsklachten kunnen worden gesteld. Ook daaruit zal blijken dat er serieuze kanttekeningen bij de Leeuwardense lijn geplaatst kunnen worden. 

¹ Hof Leeuwarden 10 augustus 2010, LJN BN3975, JA 2010/152, m.n. Chr. Van Dijk.

² Zie bijvoorbeeld Rb. Utrecht 28 september 2011, LJN BT8647; Rb. Den Haag 24 oktober 2011, LJN BU3876; Rb. Rotterdam 7 februari 2012, LJN BV3066; Rb. Amsterdam 28 maart 2012, LJN BW1394; Rb. Utrecht 27 juni 2012, LJN BX5657; Rb. Den Haag 17 augustus 2012, LJN BX7791; Hof Leeuwarden 9 oktober 2012, LJN BX9658; Rb. Zutphen 25 oktober 2012, LJN BY1386.

³ Asser/Hartkamp/Sieburgh 6-II*, nr. 150; Groene Serie Schadevergoeding, aant. 10. bij art. 107. Alleen P.C. Knol, Vergoeding van letselschade volgens huidig en komend recht, Zwolle 1986, p. 4-6, waagt zich aan een definitie, die echter niet veel helpt bij de vraag wanneer rechtens het bestaan van letsel kan worden vastgesteld.

⁴ HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240.

⁵ Zie rov. 5.4 van het Taxibus-arrest.

⁶ HR 13 januari 1995, NJ 1997, 366; HR 23 januari 1998, NJ 1998, 366.

⁷ HR 9 mei 2003, NJ 2005, 168 en HR 19 december 2003, NJ 2004, 348.

⁸ Dit is niet de plaats om nader in te gaan op alle mogelijke in de medische literatuur beschreven ziektebestendige invloeden en de iatrogene schade als gevolg van overbehandeling. Wij stippen deze fenomenen slechts aan.

⁹ Zie Leidraad Deskundigen in Civiele Zaken, p. 18. De leidraad is te vinden op www.rechtspraak.nl.

¹⁰ Dr. E.M.H. van den Doel, “Whiplash revisited, AMA-6 en de neuroloog: is alles eindelijk opgelost?”, TVP 2011, nummer 1, p. 31-32.

¹¹ HR 8 juni 2001, NJ 2001, 433.

¹² De A-G Spier wijst hier ook op in zijn conclusie voor HR 20 mei 2005, LJN AS4406, sub 4.10.1, onder c (noot 66).

¹³ Rov. 14 van het hof, te kennen uit HR 8 juni 2001, NJ 2001, 433.

■ Coen Tjibout

■ Smartengeld ... een bespiegeling

Op 14 november 2012 woonde ik de Expertmeeting Smartengeld bij. Een bewonderenswaardig initiatief van de ASP, De Letselschade Raad en het PIV. Het gemêleerde gezelschap debatteerde over de herwaardering van het smartengeld. De sleutelbegrippen waren “*Hoe gaan we het doen (normering)?*” En “*Moet het niet eens wat hoger?*” Graag wil ik het onderstaande aan de discussie toevoegen.

Ik heb sprekers horen bepleiten bij het bepalen van het smartengeld vooral te kijken naar het leed dat het letsel voor het individu heeft betekend, los van de ernst van het letsel. “*B.I. (blijvende invaliditeit) zegt me niks*”. Als klassieke voorbeelden kwamen voorbij de pianist die een pink breekt (subjectief groot leed) en een fotomodel met een litteken in het gezicht.

Natuurlijk zie ik de meerschade van het letsel in de beide bovengenoemde voorbeelden. Maar die zal separaat worden vergoed. Op dat punt geen centje meer pijn. Het kan toch niet zo zijn dat de gebroken pink van de arbeidsongeschikte pianist, meer smartengeld oplevert, dan bij iemand die zijn beide benen gecompliceerd breekt, maar met behulp van aangepast vervoer en voorzieningen zijn werk, als advocaat bijvoorbeeld, kan blijven doen?

In mijn directe omgeving word ik, ongetwijfeld gevoed door enige subjectiviteit, omringd door enkele aantrekkelijke dames. Zonder twijfel zal een vermindering in het gezicht door hen met evenveel afgrijzen en verdriet worden ervaren als door ik noem maar iemand, Doutzen Kroes. Oké, de carrière van DK zal een vervelende wending krijgen maar die wordt op een andere wijze financieel gecompenseerd. En wat te denken van iemand met een uiterlijk waarvoor de fotocamera angstvallig de lens gesloten houdt? Je zou kunnen beredeneren dat het leed in dat geval nog zwaarder weegt; de druppel in de volle emmer.

Volledig blind worden – dit voorbeeld kwam ook langszij – is naar mijn oordeel voor iedereen even erg, tenzij je ook al doof bent.

Bij het invoeren van subjectieve normen bestaat ook het risico van inflatoir huilgedrag. Immers, wetende dat er meer te halen valt, zal niemand het opgelopen letsel schouderophalend accepteren. Ik meen dat we terughoudend moeten zijn met het binnenslepen van subjectieve criteria. De aard en ernst van het letsel moet het fundament blijven van de smartengeldbeoordeling. Laat individuele omstandigheden als marginale factor meewegen.

Voorts is van belang dat het honoreren van subjectieve belevingen een normering van het smartengeld eerder afstoot dan naderbij brengt.

Jonge mensen moeten de last van het letsel langer dragen, dus mag het smartengeld bij jongeren hoger zijn dan bij ouderen. Klinkt redelijk.

Ik hoorde ook de term ‘golden years’; ben je net gepensio-

neerd, aan de vooravond van een zorgeloze oude dag, dan komt het letsel op een wel heel ongelukkig moment en mag het smartengeld ook hoger zijn. Deze twee voorbeelden conflicteren.

Uit mijn praktijk weet ik dat jeugdigen met ernstig en blijvend letsel wonderbaarlijk flexibel kunnen zijn in het aanvaarden van en leven met een handicap. Men weet vaak niet beter. In tegenstelling tot het wat oudere slachtoffer, dat terugkijkt op een leven dat plots deels vernietigd lijkt en nauwelijks nog mogelijkheden ziet om de bakens te verzetten. Ik bepleit voor jeugdigen uiteraard geen lager smartengeldbedrag maar vraag wel aandacht voor het leed dat ook bij ouderen een zware last kan zijn. Kortom, het is de vraag of leeftijd een rol van significante betekenis moet spelen bij het waarderen van smartengeld.

Ik beluisterde aan het slot van de middag een voorzichtige aanpak; geen smartengeldrevolutie maar het voeden van de rechtelijke macht met informatie op grond waarvan dan langzaam maar zeker een nieuw beleid kan worden ontdekt. Dat gaat dus jaren duren. Ik zie rechters niet zo snel afwijken van de normen die al vele jaren worden gehanteerd, al is het maar omdat er ook verweer zal worden gevoerd.

Ik zie veel meer in een voortvarende aanpak van verzekeraars en belangenbehartigers. Worden zij het eens, dan hebben we de rechtelijke macht op dat punt wellicht niet meer nodig, zoals dat ook al het geval is bij bepaalde schadeposten waarvoor De Letselschade Raad goed werkbare aanbevelingen in het leven heeft geroepen.

Tot slot.

Er is niet gesproken over smartengeld voor nabestaanden en/of naaste familieleden van ernstig gewonden, terwijl dit toch al jaren op de agenda staat. Ik pleit voor een passende regeling.

C.B. Tjibout – letselschadespecialist en
directeur schaderegelingsbureau Tjibout te Zaandam
– schreef eerder over dit onderwerp in Verkeersrecht 2012 p. 9.

Dit is de eerste aflevering van een mediationrubriek onder redactie van mr. Ferda van Benthem en mr. Bart Neervoort. Hoewel in letselschadezaken steeds vaker mediation wordt toegepast, hebben de meeste betrokkenen in de personenschadebranche er nog geen ervaring mee. Door in deze rubriek voorbeelden uit de praktijk van NVMV-LetMe-letselschademediators te beschrijven, wordt getracht de bekendheid met mediation te vergroten. Namen van slachtoffers in de beschreven zaken zijn gefingeerd. In deze aflevering is een zaak aan de orde die eerder is beschreven in LetselschadeNEWS 2011, 3. Voor deze casus is gekozen omdat die de functie van mediation goed weergeeft. Bovendien hebben alle betrokken partijen bij deze mediation de mediator expliciet ontheven van de normaal geldende strikte geheimhoudingsplicht.



Mediation trok de zaak na elf jaar helemaal los

In 1997 kwam Lies Beekman (36) met haar fiets in de binnenstad van Groningen onder een vrachtauto. Daarbij liep ze zwaar letsel aan beide benen op. Ze onderging diverse operaties, maar deze konden niet voorkomen dat ze blijvend aan beide benen ernstig verminkt raakte. Met de verzekeraar van de vrachtauto, ASR kwam ze in een langdurige letselschadezaak terecht, maar dankzij mediation kon deze uiteindelijk tot een goed einde worden gebracht. Een gesprek met mr. Maarten Spronck, advocaat bij Nysingh advocaten en notarissen te Apeldoorn, die in deze zaak als mediator optrad.

De schadebehandeling in de zaak van Lies Beekman verliep bijzonder stroef en zat zelfs na elf jaar nog muurvast. Zij vond dat de tegenpartij niet inhoudelijk op haar argumenten en voorstellen reageerde en de zaak traineerde, volgens haar in de hoop dat ze het maar zou opgeven. ASR vond op haar beurt dat de onderbouwing van de gevorderde schade ontbrak – vooral het referentiekader van de gevorderde toekomstschade – en dat deze niet op basis van de ingediende uitgangspunten kon worden afgewikkeld. Volgens belangenbehartiger mr. Eric Roeders van Houkes c.s. Letselschade Advocaten te Apeldoorn – die het dossier kort voor de mediation had overgenomen – bevond de zaak zich in een standpuntenstrijd waarbij het belang van het slachtoffer ondergeschikt was gemaakt aan de juridische belevingswereld. In deze fase kozen Lies Beekman en ASR voor mediation. Lies Beekman zag er eerst weinig heil in, maar greep de mogelijkheid aan als laatste redmiddel om de zaak vlot te trekken. ASR had wel vertrouwen in een goede afloop. ASR wees op het spanningsveld tussen begrip voor de persoonlijke impact van het ongeval enerzijds en de juridische toerekenbaarheid anderzijds en vond het daarom belangrijk om met elkaar in gesprek te gaan om tot een wederzijds aanvaardbare oplossing te komen.

Verwachtingen overtroffen

Lies Beekman, haar echtgenoot, Roeders en zowel een jurist als de schaderegelaar van ASR zaten eind 2008 een dag met elkaar bij de mediator om de tafel. Na afloop van het proces gaf Lies Beekman te kennen dat de mediation

haar verwachtingen had overtroffen. Ze had ervaren dat ze voor het eerst, zonder enige terughoudendheid, haar hele verhaal had kunnen doen. De mediator had haar daarvoor alle ruimte gegeven en had het zelfs gestimuleerd. Volgens haar had de tegenpartij toegegeven dat deze beter en sneller had moeten reageren. De openlijke erkenning van en begrip voor de implicaties van het ongeval hadden haar goed gedaan. Volgens Roeders klaarde de mediation de lucht. En door de ruimte die partijen werd gegeven, kon de mediation ook een praktisch karakter krijgen. Het belang van het slachtoffer werd daardoor onderwerp van een oplossingsgerichte discussie. Ook ASR omschreef het gesprek als constructief, prettig en efficiënt.

Spronck: “Voorafgaand aan de mediation hadden partijen mij geen stukken toegezonden. Voor de mediator blijft het dan een verrassing wie je aan tafel krijgt en waar het precies over zal gaan. Het voordeel daarvan is, dat je niet gekleurd bent door de standpunten van partijen en direct gefocust bent op de belangen over en weer. In de beginfase is doorgaans ruimte nodig voor de emotionele kanten van de zaak. Die zijn er altijd en doorgaans niet alleen aan de zijde van het slachtoffer. Door als mediator actief te luisteren en dat ook te stimuleren in de richting van partijen, kan de communicatie meestal goed worden bevorderd. Wat ik mij van Lies goed herinner is dat zij heel zakelijk haar verhaal van de afgelopen elf jaren over het voetlicht kon brengen. Dat wekte de indruk alsof zij over een ander sprak in plaats van over zichzelf. Toen ik dat benoemde, kwamen de emoties los. Dat was een belangrijk moment in het mediationproces en vanaf dat moment ging de communicatie ook anders verlopen”.

Keerpunt in het proces

Volgens Roeders was die interventie van de mediator een keerpunt in het hele proces. Lies Beekman vond dat de manier waarop de mediator de zaak samenvatte en de conclusies die daar volgens partijen aan moesten worden verbonden, erg verhelderend werkten. Zij merkte dat ook de houding van ASR gericht was op het vinden van een redelijke oplossing en dat ASR bereid was los te komen van eerder ingenomen standpunten. ASR had overigens wel het idee dat Lies Beekman werd geconfronteerd met zaken > 23

- > die voor ASR vaststonden, maar voor haar kennelijk nieuw waren. In het algemeen geldt voor verzekeraars wel vaker dat er geen goed zicht bestaat op de communicatie tussen de belangenbehartiger en het slachtoffer. Naar de mening van ASR waren diens voorstellen in het verleden niet, niet volledig of pas veel later door de voorganger van Roeders met Lies Beekman besproken. ASR gaf overigens aan wel vertrouwen in Roeders te hebben. Doordat die met open vizier de mediation inging, kon ASR ervan uitgaan dat er een welgemeende wens was om met elkaar in gesprek te gaan en een goede oplossing te vinden. ASR merkte bovendien dat Lies Beekman oor had voor de redelijke belangen van ASR, waardoor er respectvol met elkaar kon worden omgegaan.

Gezamenlijke belangen

Spronck: “Het is aan mij om in het mediationproces de belangen van partijen te inventariseren en vervolgens die belangen over en weer aan partijen over te brengen. Zo maak ik het geschil compact en kan ik doorgaans ook de gezamenlijke belangen laten zien. In deze zaak kwamen de belangen van partijen voor een groot deel zelfs overeen. Dat betekent nog niet dat er dan ook een oplossing ligt, maar het bewerkstelligt wel commitment bij partijen om samen oplossingsrichtingen te inventariseren en van daaruit te gaan onderhandelen. Zo gebeurde dat ook in deze zaak en ik merkte dat Lies Beekman in die fase een voorzichtiger vertrouwen in een goede afloop van de mediation kreeg. En ook ASR merkte dat haar belangen evenzeer in de

gevonden oplossing terugkwamen. Zo liep ook deze mediation succesvol af. Het is een fantastisch moment als aan het einde van zo'n dag een toch al meer dan elf jaar oude zaak tot een totaaloplossing wordt gebracht en partijen elkaar over en weer tevreden de hand schudden. Voor de mediator is het vaak een intensief proces. Je moet de hele dag continu scherp zijn en je hebt geen rustmomenten, maar dat is niet erg. Je voelt telkens weer dat het proces voortgang heeft. Zo lang partijen het fysiek en mentaal aankunnen en stappen blijven maken, moet je als mediator beschikbaar blijven om het proces te faciliteren.”

Zakelijk versus emotioneel

Alle betrokkenen bij deze mediation erkenden de waarde van de mediation bij het oplossen van de zaak. Volgens Roeders kan letselschade worden omschreven als een conflict tussen partijen waarbij schadevergoeding het hoofdonderwerp is en de bepaling van de schadeomvang een bron voor escalatie. Een juridische benadering is zakelijk van aard, daar waar een slachtoffer de schade per definitie emotioneel draagt en dus ook zo zal bepalen. Het verwoorden van emotie en het zakelijk waarderen hiervan, is praktisch zeer moeilijk. Als partijen bij het bepalen van de schadeomvang het verschil in benadering niet onderkennen, is mediation een geschikte vorm van conflictoplossing. Het blijft immers van belang dat partijen vanuit hun werkelijke belangen onderhandelen, om zodoende tot een gezamenlijk gedragen resultaat te komen. ■■■

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: Quantas, Rijswijk