

Subrogatie (nog) anders
dan eigen recht ...

Gezichtspunten ...

Hoe heurt het eigenlijk? ...

Regres: hoe staat het nu?

De afgelopen paar jaar zijn er op het gebied van regres diverse ontwikkelingen in de rechtspraak geweest. De vraag rijst daarmee wat de huidige stand van zaken is. In dit artikel brengen wij de ontwikkelingen uit de rechtspraak in kaart en geven wij een praktisch overzicht van de regresposities van de particuliere verzekeraar, de werkgever en het UWV².

Regres door de particuliere verzekeraar

Partijen die schade van een benadeelde hebben vergoed, zullen proberen deze bij een ander neer te leggen. Voor hoofdelijk aansprakelijke partijen – partijen die aansprakelijk zijn voor dezelfde schade – volgt uit art. 6:10 jo. 6:102 BW dat zij het deel van de door een medeaansprakelijke partij veroorzaakte en aan de benadeelde vergoede schade op die ander kunnen verhalen. De vaststelling, welk aandeel de medeaansprakelijke partijen in hun interne verhouding in de schade hebben te dragen, geschiedt op basis van dezelfde regel als het vaststellen van het percentage eigen schuld van de benadeelde: gekeken dient te worden naar de mate waarin ieder van de partijen aan het ontstaan van de schade heeft bijgedragen, met de mogelijkheid het resultaat van deze causale afweging bij te stellen op grond van de billijkheid³. De medeaansprakelijke partij komt dezelfde verweermiddelen toe als die hij jegens de benadeelde kon invoeren⁴. Voor het verjaringsverweer ligt dit anders. De medeaansprakelijke partij kan zich er jegens de regreszoekende partij namelijk niet op beroepen dat de vordering van de benadeelde op hem inmiddels is verjaard, tenzij zowel hijzelf als de regreszoekende partij jegens de benadeelde een succesvol beroep op verjaring had kunnen



Mevrouw mr. J. Kruijswijk
Jansen en mevrouw
mr. L.L. Veendrick¹
Kennedy Van der Laan
Advocaten

doen op het tijdstip waarop de benadeelde schade-loos werd gesteld. Met betrekking tot de verjarings-termijn van hoofdelijke regresvorderingen heeft de Hoge Raad op 6 april 2012 beslist dat de verjaringstermijnen van art. 3:310 lid 1 BW van toepassing zijn, waarbij de vijfjaarstermijn pas aanvangt indien de regreszoekende partij meer schade aan de benadeelde heeft vergoed dan hem in zijn onderlinge verhouding tot de medeaansprakelijke partij aangaat⁵.

In zaken waarin de aansprakelijkheid is verzekerd, wordt het regres niet uitgeoefend door de (mede) aansprakelijke partij zelf, maar door diens verzekeraar. De aansprakelijke partij lijdt immers zelf geen schade⁶. In een dergelijk geval kan de verzekeraar de vorderingen van de benadeelde of de

>

Techniek en kunst.

Een paar stevige technische artikelen liggen weer aan u voor. Van mr. Janneke Kruijswijk Jansen en mr. Lotte Veendrick een mooi stuk over de ontwikkelingen op het gebied van regres door professionele risicodragers. Bijzonder, hoe de regrespositie van die verschillende risicodragers evalueert en door de jaren heen wordt verfijnd. Een belangrijk onderwerp waarover nog wel het een en ander te verwachten is. Goed opletten dus!

Zo is er een uitgebreide en heldere uiteenzetting van mr. Veneta Oskam over de asbestjurisprudentie, die overigens op meer beroepsziekten van toepassing is. Dus ook voor de lezers die niets met asbest, maar wel met AVB te maken hebben: opletten!

Na een mooie en uitgebreide toelichting op ontwikkelingen ten aanzien van de gezichtspunten uit de gezichtspuntencatalogus van Van Hese/De Schelde, via het arrest Moor/Zwitserland en een oproep aan de rechterlijke macht om nog meer inzichtelijk te maken hoe de verschillende factoren in de afweging meewegen, naar het opmerkelijke arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 8 december 2015. Daarbij is de laatste werkgever onevenredig de sigaar (en dat me deed denken aan de titelsong van Ciske de Rat!), waarna interessante overwegingen volgen over wat meer proportionaliteit en wat minder ongecorrigeerde hoofdelijkheid.

Oskam stipt en passant nog even het verzekeringsaspect aan. Een onderwerp op zich. Daar had ik nog wel wat meer over willen lezen, en vooral over de al jarenoude Regeling Asbestschaden van het Verbond. Met het aanwijzen van de aansprakelijke partij is de klus immers niet geklaard: er moet ook nog een verzekeraar gevonden worden. De Regeling Asbestschaden beoogt dat te regelen, maar is nogal onbegrijpelijk. Wie de regeling goed kan uitleggen, is met die uitleg welkom in ons bulletin.

Naast een goede techniek en weten waarover hij het heeft, moet de schadeprofessional beslist de kunst van de juiste omgangsvorm beheersen. Al was het maar uit praktische overwegingen: een constructieve dialoog kan alleen worden gevoerd door partijen die ten minste *on speaking terms* zijn. Een mooi onderwerp, wijze inzichten, dappere bijdragen en hoop voor de toekomst. Als we zo doorgaan, wordt het misschien nog wel leuk!

Mr. A.E. Santen, lid Redactieraad PIV-Bulletin

> verzekerde op derden tegen betaling van de schade via een cessieovereenkomst overnemen. De vorderingen die de verzekerde op een medeaansprakelijke partij heeft kunnen ook bij wijze van subrogatie op de verzekeraar overgaan.⁷ Dit gebeurt zodra de verzekeraar een uitkering doet aan de benadeelde of aan zijn verzekerde voor de schade die de benadeelde lijdt, aldus art. 7:962 BW. Een aantal vorderingen gaat echter niet bij wijze van subrogatie op de verzekeraar over.

Dit zijn de vorderingen van de verzekerde op:

- de verzekeringnemer,
- een medeverzekerde,
- de niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot of de geregistreerde partner,
- de andere levensgezel van de verzekerde,
- de bloed- of aanverwanten in de rechte lijn,
- een werknemer,
- de werkgever,
- degene die in dienst staat tot dezelfde werkgever als de verzekerde⁸.

Dit verbod geldt ook voor de overgang van vorderingen van de verzekerde op derden krachtens cessie⁹.

Het regres van de particuliere verzekeraar wordt op grond van de Tijdelijke regeling verhaalsrechten van art. 6:197 BW

verder beperkt voor een aantal risicoaansprakelijkheden uit boek 6 BW en een aantal artikelen uit boek 8 BW¹⁰. De vorderingsrechten uit die artikelen zijn niet vatbaar voor subrogatie en cessie. Dit is echter anders indien sprake is van hoofdelijke medeaansprakelijkheid. De verzekeraar subrogeert dus wel in de vorderingsrechten van de verzekerde op een derde met wie hij hoofdelijk verbonden is op grond van art. 6:102 BW. De gedachte hierachter is dat het anders in de verhouding tussen de medeschuldenaren verschil zou uitmaken in welke volgorde zij door hun schuldeiser (de benadeelde of de medeschuldenaar) worden aangesproken¹¹.

Ontwikkelingen subrogatie

In de afgelopen jaren heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over de vraag in hoeverre de particuliere verzekeraar subrogeert in dezelfde schuldverdeling als die tussen zijn verzekerde en de aansprakelijke partij geldt, over de reikwijdte van het subrogatieverbod in arbeidsverhoudingen en over de vraag in hoeverre het subrogatieverbod kan worden omzeild.

De vraag naar de gelijke doorwerking van de schuldverdeling tussen de aansprakelijke partij en de benadeelde kwam aan de orde in het arrest Achmea/Menzis van 10 juli 2015¹².

Het betrof een ongeval tussen een taxibusje en een bromfietser, waarbij de bromfietser een hoge dwarslaesie opliep. De ziektekostenverzekeraar van de bromfietser sprak uit hoofde van subrogatie de WAM-verzekeraar van het taxi-busje aan tot vergoeding van de gemaakte zorgkosten. Het hof oordeelde dat op grond van de causale verdeling 40% van de schade voor rekening van Achmea als WAM verzekeraar kwam. Daarbovenop was een billijkheidscorrectie van 25% volgens het hof gerechtvaardigd, vanwege de ernst van het letsel en de jonge leeftijd van de bromfietser. In cassatie boog de Hoge Raad zich over de vraag of deze subjectieve omstandigheden aan de zijde van de benadeelde bromfietser in het kader van de billijkheidscorrectie in de verhouding tussen Achmea en de gesubrogeerde ziektekostenverzekeraar aan de orde kunnen komen. Deze vraag moet worden bezien tegen de achtergrond van het arrest *Terminus/ZAO* van 5 december 1997, waarin de Hoge Raad oordeelde dat de 50%- en 100%-regel niet doorwerken in regresvorderingen van verzekeraars. Regresnemende verzekeraars vallen terug op het normale eigen schuld-regime van art. 6:101 BW, waarbij de billijkheidscorrectie doorgaans slechts tot een beperkte impact zal leiden: *“Zoals in de arresten van 2 juni 1995 is overwogen, leidt dit ertoe dat na de door dit artikel primair geëiste causaliteitsafweging ook de daarin opgenomen billijkheidscorrectie nog aan de orde kan komen en dat zulks – anders dan het middel voorstaat – niet beperkt is tot ‘uitzonderlijke omstandigheden’. Rekening moet hier derhalve worden gehouden met alle relevante omstandigheden zowel aan de zijde van de bestuurder als aan de zijde van het verkeersslachtoffer, waaronder zowel de ernst van ieders fout als de mate waarin zijn gedragingen hem kunnen worden verweten. Het gewicht dat in dit verband aan dergelijke omstandigheden aan de zijde van het slachtoffer toekomt, is evenwel van geheel andere orde dan het zeer zware, onderscheidenlijk zware gewicht dat voor vorderingen van het slachtoffer zelf tot de 100%-regel, onderscheidenlijk de 50%-regel heeft geleid. De billijkheidscorrectie zal in de onderhavige gevallen doorgaans slechts tot een bijstelling van beperkte omvang van het resultaat van de causaliteitsafweging kunnen leiden.”*¹³ Hartlief heeft in 2010 bepleit dat hieruit volgt dat voor regresnemers wel degelijk een bijzonder regime aan de orde is. De billijkheidscorrectie zou in zijn optiek bij regresvorderingen van verzekeraars beperkt moeten blijven tot objectieve factoren, zoals de uiteenlopende ernst van de over en weer gemaakte fouten en de mate van verwijtbaarheid van ieders gedrag¹⁴. Regresnemers zouden volgens hem niet dienen te profiteren van subjectieve factoren zoals de ernst van de gevolgen voor de benadeelde. De Hoge Raad oordeelt in *Achmea/Menzis* echter anders. De billijkheidscorrectie werkt in de verhouding tussen een gesubrogeerde verzekeraar en de (verzekeraar van de) aansprakelijke partij op gelijke wijze door: *“Art. 7:962 lid 1 BW bepaalt dat vorderingen tot vergoeding van schade van de verzekerde overgaan op de verzekeraar voor zover deze laatste die schade vergoedt. Uitgangspunt moet dan zijn dat de billijkheidscorrectie van art. 6:101 lid 1 BW doorwerkt in de (regres) verhouding tussen verzekeraars op gelijke wijze als deze zou gelden in de verhoudingen tussen de verzekerden (vgl. HR*

5 december 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2517, NJ 1998/400 (Terminus/ZAO), rov. 3.7). Dat geldt ook indien de billijkheidscorrectie verband houdt met subjectieve omstandigheden aan de zijde van de verzekerde.” Onderscheid tussen subjectieve en objectieve factoren hoeft voor de billijkheidscorrectie in de verhouding tussen een gesubrogeerde verzekeraar en de (verzekeraar van de) aansprakelijke partij dus niet te worden gemaakt. Wel dient te worden opgemerkt dat de Hoge Raad spreekt over *“uitgangspunt”*. Dit laat in theorie ruimte om in een specifiek geval anders te oordelen.

In zijn arrest *Anderzorg/London* van 28 november 2014 gaf de Hoge Raad duidelijkheid over de vraag welke arbeidsverhoudingen nu precies worden beschermd door het subrogatieverbod¹⁵. In dit arrest had *Anderzorg* de ziektekosten van haar verzekerde vergoed, die als inzittende letsel had opgelopen bij een eenzijdig verkeersongeval. De auto werd bestuurd door een van het uitzendbureau ingeleende collega van de verzekerde. In cassatie was de vraag aan de orde of het subrogatieverbod ook in materiële arbeidsverhoudingen geldt.

Volgens de Hoge Raad is dat niet het geval. Het subrogatieverbod ten aanzien van vorderingen op de werkgever of een collega van de verzekerde geldt alleen als sprake is van een formele arbeidsverhouding. De Hoge Raad baseert zich hiervoor op de wetsgeschiedenis waaruit volgt dat de wetgever de voorkeur heeft gegeven aan een limitatieve opsomming van duidelijk afgebakende uitzonderingscategorieën die onder het subrogatieverbod vallen. Gelet daarop heeft de wetgever volgens de Hoge Raad een formeel-juridisch begrip ‘werkgever’ voor ogen gestaan. Dit begrip is immers scherp omlijnd en ziet op relaties die in het algemeen duurzaam zijn. De Hoge Raad wijst erop dat hieraan niet in de weg staat dat de wetgever zich bij deze bepaling heeft laten leiden door de vrees dat arbeidsverhoudingen verstoord kunnen raken als gevolg van verhaal van de verzekeraar. Deze beweegreden heeft geleid tot het scheppen van een uitzonderingspositie voor werknemers van dezelfde werkgever en rechtvaardigt niet om die uitzondering ruim uit te leggen zodat daaronder ook arbeidsverhoudingen vallen die naar hun aard minder duurzaam zijn. De Hoge Raad vervolgt: *“Anders dan het [hof] vervolgens heeft overwogen, zou het als ‘werknemer’ aanmerken van ingeleend personeel als hier aan de orde (...) niet passen bij de strekking van art. 7:962 lid 3 BW. Aangenomen moet immers worden dat ondernemingen kiezen voor een zodanig inlenen van personeel – en voor verwante figuren zoals het inschakelen van zogenoemde zzp’ers – in plaats van het aangaan van arbeidsovereenkomsten, omdat zij juist geen duurzame relatie met dit personeel willen aangaan. Bij dergelijke rechtsfiguren past daarom niet om ze voor de toepassing van art. 7:962 lid 3 BW op een lijn te stellen met de op een arbeidsovereenkomst berustende verhouding tussen werkgever en werknemer.”* De Hoge Raad sluit af met de opmerking dat tegenwoordig anders dan ten tijde van de totstandkoming van art. 7:962 lid 3 BW meer werkzaamheden worden verricht op flexibele basis. Voor zover deze ontwikkeling een uitbreiding van het subrogatieverbod wenselijk maakt, is het

- > volgens de Hoge Raad aan de wetgever om daarin te voorzien. Kortom, voorlopig genieten alleen de ‘formele’ werkgever en collega bescherming onder het subrogatieverbod.

Tenslotte verdient het Hendriksen/Menzis arrest bespreking, waarin de Hoge Raad grenzen heeft gesteld aan het omzeilen van het subrogatieverbod¹⁶. In deze zaak was sprake van een verkeersongeval met twee aansprakelijke personen, van wie één werd beschermd door het subrogatieverbod. Deze persoon was namelijk vader en echtgenoot van de benadeelden die ten tijde van het verkeersongeval bij hem in de auto zaten. De ziektekostenverzekeraar van de benadeelden zocht voor 100% verhaal op de andere aansprakelijke automobilist, die niet door het subrogatieverbod werd beschermd. In cassatie was de vraag aan de orde of de zorgverzekeraar de schade voor 100% kon verhalen op de medeaansprakelijke automobilist, of alleen onder aftrek van het aandeel van de vader/echtgenoot in zijn interne verhouding tot de partij op wie verhaal werd gezocht. De Hoge Raad oordeelt dat dit laatste geldt. De ziektekostenverzekeraar kan niet ook het aandeel van de vader/echtgenoot op de medeaansprakelijke partij verhalen, alleen diens eigen aandeel in de schade. Zou de schade immers wel voor 100% verhaald kunnen worden, dan zou de situatie ontstaan dat de medeaansprakelijke partij weer regres neemt op de vader/echtgenoot voor diens aandeel in de schade. In deze verhouding wordt het nemen van regres immers niet geblokkeerd door het subrogatieverbod. De vader/echtgenoot zou dan alsnog betrokken worden in een regresactie en geniet in wezen geen bescherming van het subrogatieverbod. Daarom strookt het niet met de strekking van art. 7:962 lid 3 BW als volledig verhaal kan worden gezocht: *“Indien zou worden geoordeeld dat Menzis de schade volledig op Hendriksen zou kunnen verhalen, zou dat immers meebrengen dat deze – op grond van art. 6:102 lid 1 in verbinding met art. 6:101 BW – voor het deel van de schade dat hem in zijn verhouding jegens [vader/echtgenoot] niet aangaat, regres zou kunnen nemen op [vader/echtgenoot] (...), waardoor langs deze indirecte weg alsnog het resultaat zou worden bereikt dat de wetgever met art. 7:962 lid 3 BW beoogde te voorkomen. Hierbij past dat art. 7:962 lid 3 BW het verhaalsrecht van Menzis tegen overige medeschuldenaren, in dit geval Hendriksen, dienovereenkomstig beperkt.”*

Kortom, het omzeilen van het subrogatieverbod kent zijn grenzen. De medeaansprakelijke partij die niet door het subrogatieverbod wordt beschermd kan alleen worden aangesproken voor het deel van de schade waarvoor hij in zijn interne verhouding tot de wel door het subrogatieverbod beschermde medeaansprakelijke partij draagplichtig is.

Algemene opmerkingen over regres door de werkgever en het UWV

De werkgever en het UWV, die loon respectievelijk uitkeringen aan de benadeelde werknemer hebben (door)betaald, hebben een andere positie dan medeaansprakelijke partijen en gesubrogeerde verzekeraars. Zij zijn door toedoen van een aansprakelijke partij in de situatie gebracht dat zij loon respectievelijk uitkeringen dienen (door) te betalen. De werkgever heeft op grond van art. 6:107a BW een zelf-

standig verhaalsrecht voor het aan zijn benadeelde werknemer doorbetaalde loon op de aansprakelijke partij. Aan het UWV is in diverse sociale wetten een zelfstandig verhaalsrecht toegekend. Is de werkgever eigen risicodragers voor de Ziektewet (ZW) of de Wet Gedeeltelijk Arbeidsongeschikten (WGA) dan gaat het regresrecht van het UWV op de werkgever over.

Ondanks het feit dat van subrogatie geen sprake is, liggen aan zelfstandige verhaalsrechten dezelfde gedachten ten grondslag. In de eerste plaats gaat het hierbij om de gedachte dat de aansprakelijke partij niet moet kunnen profiteren van de omstandigheid dat een werkgever of het UWV bepaalde schadevergoedingen betaalt. In de tweede plaats de gedachte dat het verhaal niet zo ver mag gaan dat de aansprakelijke partij meer zou moeten voldoen aan de werkgever of het UWV dan aan de arbeidsongeschikte werknemer als het recht op doorbetaling van loon/uitkering niet zou bestaan. Om die laatste reden worden de vorderingen van de werkgever en het UWV begrensd door het zogenaamde civiel plafond, hetgeen meebrengt dat het verhaal zich in beginsel beperkt tot netto bedragen.

De aansprakelijke partij kan ten opzichte van de werkgever en het UWV dezelfde verweermiddelen voeren als tegen de benadeelde. Dit geldt, anders dan bij hoofdelijke medeaansprakelijkheid, ook voor het verjaringsverweer. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 26 januari 2007 bevestigd dat de verjaringstermijn van zelfstandige regresrechten vanwege het civiel plafond aanvankelijk zodra de benadeelde bekend is met de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon. Of de werkgever en het UWV dan al bekend zijn met de schade en de aansprakelijke persoon is niet relevant. Het komt voor hun rekening en risico als deze bekendheid pas na de verstrijking van de voor de aansprakelijkheid geldende verjaringstermijn aanwezig is¹⁷. In de Tijdelijke regeling Verhaalsrechten van art. 6:197 BW is het verhaalsrecht van de werkgever en het UWV verder begrensd. Op grond van dit artikel zijn diverse risicoaansprakelijkheden uit boek 6 BW en een aantal artikelen uit boek 8 BW niet voor regres vatbaar¹⁸. Het regres zal in die gevallen op andere grondslagen, zoals onrechtmatige daad (art. 6:162 BW), gegrond moeten worden.

Of de billijkheidscorrectie tussen de aansprakelijke partij en de benadeelde op gelijke wijze doorwerkt bij de regresvordering van de werkgever en het UWV, kan met het eerder besproken Achmea/Menzis arrest in onze optiek niet worden gezegd. Dit arrest ziet immers alleen op de doorwerking van de billijkheidscorrectie bij subrogatie. Over de vraag of de billijkheidscorrectie tussen de aansprakelijke partij en de benadeelde op gelijke wijze doorwerkt voor zelfstandige verhaalsrechten is nog niet door de Hoge Raad geoordeeld.

Regres door de particuliere werkgever voor doorbetaald loon¹⁹

Op grond van art. 7:629 lid 1 BW rust op een werkgever de plicht om gedurende de eerste twee jaar van arbeidsongeschiktheid het loon van de arbeidsongeschikte werknemer door te betalen²⁰. Art. 6:107a lid 2 BW regelt het regresrecht van de werkgever voor het doorbetaald loon

en de door de werkgever gemaakte re-integratiekosten. Nu het regresrecht van art. 6:107a lid 2 BW zich beperkt tot schadeposten waarop de arbeidsongeschikte werknemer zelf aanspraak had kunnen maken, is het regres beperkt tot het netto doorbetaalde loon en komen de kosten van een vervangende arbeidskracht niet voor vergoeding in aanmerking²¹.

Het in art. 6:107a BW verankerde regresrecht van de werkgever omvat ook de situatie waarin de formele werkgever van een arbeidsongeschikt geraakte werknemer regres neemt op de materiële werkgever die voor deze arbeidsongeschiktheid aansprakelijk kan worden gehouden. Dit kwam aan de orde in het HBG/Bouwpoint arrest van het Hof Den Haag. In deze zaak was de door hoofdaannemer HBG ingeleende werknemer een ongeval overkomen op een bouwplaats waar HBG werkzaamheden verrichtte. Onderaannemer Bouwpoint vorderde als formeel werkgever het door haar aan de werknemer doorbetaalde loon van HBG. HBG verweerde zich tegen deze vordering met het standpunt dat Bouwpoint zelf – net als HBG – aansprakelijk was voor de door de werknemer geleden schade, en daarom niet kon worden aangemerkt als ‘een ander’ in de zin van art. 6:107a BW. Dit verweer werd door het Hof Den Haag ter zijde geschoven: *“Naar het oordeel van het hof verzet de tekst van artikel 6:107a BW zich er niet tegen dat Bouwpoint als formele werkgever vergoeding van doorbetaald loon vordert, ook al wordt in die bepaling niet van ‘mede’ aansprakelijk gesproken. Uit de (...) wetsgeschiedenis blijkt evenmin dat de ratio van de bepaling zich tegen toepassing daarvan in een dergelijk geval verzet.”*²²

De materiële werkgever wordt in de relatie met de formele werkgever ter zake van doorbetaald loon dus wel als derde aangemerkt, op wie regres in beginsel mogelijk is²³. De omvang van het regres hangt af van de mate waarin de aan ieder van de hoofdelijke aansprakelijke werkgevers toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen²⁴. Voor de onderlinge bijdrageplicht dient aldus te worden vastgesteld wat het gewicht is van de schendingen van de zorgplicht van de formele en de materiële werkgever in hun onderlinge verhouding²⁵. De materiële en formele werkgever kunnen bij overeenkomst afspraken maken over de situatie waarin zij beiden ex art. 7:658 BW aansprakelijk zijn. Het volledig uitsluiten van deze regresmogelijkheid zal door de formele werkgever vermoedelijk niet vaak geaccepteerd worden en zal derhalve niet vaak voorkomen. Het regresrecht van de werkgever wordt in lid 4 van art. 6:107a BW beperkt ten aanzien van collega's. Regres op een collega is slechts mogelijk indien de ongeschiktheid het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van die collega²⁶. Uit de parlementaire geschiedenis van lid 4 blijkt dat de wetgever met dit artikel verstoring van bestaande arbeidsverhoudingen wenst te voorkomen. Daarnaast is de beperking van het regres ten opzichte van collega's ingegeven door het feit dat dagelijkse omgang op de werkplek met werktuigen en gereedschappen ertoe kan leiden dat de werknemer niet altijd alle voorzichtigheid in acht neemt die ter voorkoming van ongevallen noodzakelijk is, en het rechtvaardig is de daaruit voortvloeiende schade voor re-

kening van de werkgever te laten²⁷. Hoewel uit de parlementaire stukken blijkt dat de wetgever bij de regresbeperking ten opzichte van collega's, collega's van dezelfde werkgever voor ogen heeft gehad, zijn de woorden van de bepaling daartoe niet beperkt. Lid 4 spreekt immers van ‘een werknemer’ en verbindt hieraan niet de voorwaarde dat het een werknemer van ‘dezelfde werkgever’ moet zijn²⁸. Het collega-verweer gaat echter niet zo ver dat het ook kan worden ingeroepen door een inlenende werkgever wiens werknemer een werknemer van de formele werkgever arbeidsongeschikt heeft doen worden, ook al werkten de gewonde werknemer en de schadeveroorzakende werknemer van de inlener samen als ware zij collega's²⁹.

Volgens vaste jurisprudentie is regres verder niet mogelijk op aansprakelijke gezinsleden van de arbeidsongeschikte werknemer, net zoals bij subrogatie. Dit heeft te maken met het feit dat de arbeidsongeschikte werknemer zelf over het algemeen niet zou overgaan tot het aanspreken van het betreffende gezinslid. Verder is ‘gezinsrust’ een belangrijk argument om regres uit te sluiten³⁰. De gedachte achter de beperking is voorts dat door regres toe te staan via de achterdeur wordt afgepakt wat via de voordeur is binnengekomen. Het te verhalen bedrag zal in de regel immers worden betaald uit de gezamenlijke inkomsten, waar het doorbetaalde loon deel van is gaan uitmaken. Zonder deze regresbeperking zou de arbeidsongeschikte werknemer in feite verstoken blijven van zijn loon³¹.

Heeft de (formele) werkgever voor het risico op arbeidsongeschiktheid een verzuimverzekering afgesloten en voldoet deze verzekeraar uitkeringen aan een werknemer wegens arbeidsongeschiktheid, dan kan deze verzekeraar de rechten die de (formele) werkgever op grond van art. 6:107a BW heeft uitvoeren. In een dergelijk geval is de subrogatieregeling van art. 7:962 BW op de verzuimverzekering van overeenkomstige toepassing³². De inlenende materiële werkgever kan zich tegen de verzuimverzekeraar niet verweren met een beroep op het verhaalsverbod van 7:962 BW, omdat de verzuimverzekeraar niet subrogeert in de rechten van de arbeidsongeschikte werknemer ten opzichte van de materiële werkgever, maar in de rechten van de formele werkgever ten opzichte van de materiële werkgever. Daarnaast is de door de formele werkgever gesloten verzuimverzekering niet mede in het belang van de materiële werkgever gesloten, maar in het belang van de formele werkgever en, in het verlengde daarvan, de arbeidsongeschikte werknemer³³. Dit nog daargelaten dat in het Anderzorg/London-arrest is bepaald dat het subrogatieverbod zich niet uitstrekt tot materiële arbeidsverhoudingen.

Regres door het UWV en de eigenrisicodragers voor gedane uitkeringen³⁴

Niet altijd is sprake van een loondoorbetalingsverplichting. Dit is bijvoorbeeld niet het geval bij uitzendkrachten die werkzaam zijn op basis van een uitzendovereenkomst met uitzendbeding. Dergelijke overeenkomsten eindigen bij het intreden van arbeidsongeschiktheid³⁵. Ook werknemers zonder ‘gewoon’ arbeidscontract zoals thuiswerkers en stagiairs, en sommige categorieën oproepkrachten van wie

> het arbeidscontract eindigt tijdens ziekte vallen niet onder het bereik van art. 7:629 lid 1 BW. Als geen loondoorbetalingsplicht bestaat voor de werkgever is de werknemer aangewezen op een uitkering onder de ZW. De Ziektewet-uitkering duurt maximaal twee jaar, en bedraagt op grond van art. 29 lid 7 ZW 70% van het dagloon. Is de werknemer na twee jaar nog steeds arbeidsongeschikt dan kan hij onder omstandigheden in aanmerking komen voor een arbeidsongeschiktheidsuitkering op grond van de Wet Werk en Inkomen naar Arbeidsvermogen (WIA). De WIA bestaat uit twee regelingen, de Werkhervatting gedeeltelijk Arbeidsgechikten (WGA) en de Inkomensvoorziening Volledig Arbeidsongeschikten (IVA).

Heeft het UWV uitkeringen gedaan op basis van de ZW of de WIA dan geven art. 52a lid 1 ZW en art. 99 lid 1 WIA het UWV een verhaalsrecht op degene die in verband met het veroorzaken van de arbeidsongeschiktheid jegens de arbeidsongeschikte werknemer aansprakelijk is. Dit regresrecht omvat mede gemaakte re-integratiekosten³⁶. Het regresrecht van het UWV toont grote overeenkomsten met het regresrecht van de particuliere werkgever. Zo geldt net als bij art. 6:107a BW dat het regres van het UWV op aansprakelijke gezinsleden is uitgesloten³⁷. Verder wordt ook het regresrecht van het UWV in beginsel beperkt door het civiel plafond. Dit is echter anders in situaties waarop het Convenant Verhaalsrecht van toepassing is³⁸. In dit tussen het UWV en het Verbond van Verzekeraars gesloten convenant zijn afspraken gemaakt over de omvang van het verhaalsrecht van het UWV op deelnemende aansprakelijkheidsverzekeraars.

Dit om discussie hierover, hetgeen in het verleden tot grote vertraging in de afwikkeling en extra kosten leidde, te voorkomen. Op basis van het convenant wordt bij regres van het UWV voor (onder meer) betaalde ZW- en WIA uitkeringen de bruto-uitkering aan het UWV betaald, verminderd met een forfaitaire korting³⁹. Hierbij kunnen zowel het UWV als de deelnemende aansprakelijkheidsverzekeraars verweer blijven voeren ten aanzien van schuld, toerekening, medische causaliteit en verjaring⁴⁰. De werkgever betaalt voor het uitvoeren van de ZW en de WIA premies aan het UWV. De hoogte van deze premies verschilt per sector. Zo zijn de premies voor de uitzendbranche bijvoorbeeld veel hoger dan de premies voor andere sectoren, onder meer omdat in deze branche veel vaker gebruik wordt gemaakt van de ZW. Een groot deel van de uitzendkrachten wordt bij ziekte immers meteen (na twee wachtdagen) betaald uit de Ziektewetpremie, en niet – zoals werknemers in andere sectoren – door het bedrijf waar ze werkzaam zijn⁴¹. Gelet op deze omstandigheden is het met name voor werkgevers in de uitzendbranche aantrekkelijk om eigenrisicodragers te worden. De te betalen premies worden in dat geval namelijk een stuk lager. Een werkgever kan zowel voor de ZW als voor de WGA eigenrisicodragers worden. Een eigenrisicodragers is zelf verantwoordelijk voor de betaling van de uitkering aan de werknemer; in het geval van de ZW maximaal twee jaar de Ziektewetuitkering, in het geval van de WGA maximaal tien jaar de WGA-uitkering⁴². Naast het betalen van de uitkeringen, is de eigenrisicodragers verantwoordelijk voor

de begeleiding en betaling van het re-integratietraject⁴³. Vrijwel alle eigenrisicodragers hebben het risico dat een werknemer arbeidsongeschikt raakt verzekerd bij een private verzekeraar⁴⁴. Is een werkgever eigen risicodragers voor de ZW of de WGA, dan komt het verhaalsrecht uit deze wetten niet het UWV maar de eigenrisicodragers toe⁴⁵.

Beperking van het regresrecht van het UWV en de eigenrisicodragers

Het verhaalsrecht dat het UWV respectievelijk de eigenrisicodragers toekomt, wordt door art. 52b ZW en 100 WIA beperkt. Deze artikelen bepalen dat het UWV respectievelijk de eigenrisicodragers op de werkgever van de arbeidsongeschikte werknemer of een collega van de arbeidsongeschikte werknemer die naar burgerlijk recht tot schadevergoeding is verplicht, slechts verhaal kan nemen als de ongeschiktheid tot werken is te wijten aan opzet of bewuste roekeloosheid van die werkgever of collega⁴⁶. Dit verweer wordt ruim uitgelegd, en kan ook gevoerd worden wanneer de schadeveroorzakende gebeurtenis buiten de dienstbetrekking heeft plaatsgevonden⁴⁷. ‘Werkgever’ in de zin van deze artikelen kan zowel een natuurlijk persoon als een rechtspersoon zijn, met dien verstande dat de bescherming in dit laatste geval tevens geldt voor de (bestuurder van de) rechtspersoon die bestuurder is van de werkgever/rechtspersoon⁴⁸. Voorts wordt op grond art. 52b lid 2 ZW en 100 WIA ook de inlenende materiële werkgever als werkgever beschouwd op wie verhaal niet mogelijk is⁴⁹.

Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de beperking van het verhaalsrecht van het UWV ten opzichte van de werkgever van de arbeidsongeschikte is ingegeven door het feit dat deze werkgever (en indirect: de collega's van de arbeidsongeschikte) zelf door middel van premies aan de verzekering bij het UWV meebetaalt: *“De raad wil geen verhaalsrecht geregeld zien op personen, die bij de verzekering betrokken zijn en de schade niet opzettelijk of bewust roekeloos hebben veroorzaakt. De Raad gaat er daarbij vanuit, dat de kring van bij de verzekering betrokkenen zekere risico's overdraagt op het sociale verzekeringsorgaan, dat daarvoor de premie ontvangt. De Raad acht het gewenst, als onder de risico's die overgedragen worden ook begrepen is het risico aangesproken te worden door het sociale verzekeringsorgaan. (...) De vraag rijst thans of het uitvoeringsorgaan in alle gevallen regres dient te hebben op de aansprakelijke persoon. De ondergetekende meent deze laatste vraag ontkennend te moeten beantwoorden. Hij is van oordeel, dat het uitvoeringsorgaan geen verhaal dient te hebben in de gevallen, waarin de voor de arbeidsongeschiktheid aansprakelijke persoon de werkgever van de gelaedeerde is. Deze werkgever betaalt immers zelf aan de arbeidsongeschiktheidsverzekering mee, juist (mede) omdat de gelaedeerde in zijn dienst werkzaam is.”*⁵⁰

De beperking van het verhaalsrecht ten opzichte van de werkgever (en collega's) van de arbeidsongeschikte werknemer is dus ingegeven door de onderlinge solidariteit van de betrokken bedrijfsgenoten: zowel schadelijder als aansprakelijke persoon behoren tot dezelfde kring van premiebetalers en worden geacht daardoor het risico te dekken dat zij elkaar schade berokkenen. Ook het voor-

komen van verstoring van de arbeidsrelatie wordt in dit kader als argument aangevoerd⁵¹.

Het is de vraag of deze argumenten in dezelfde mate voor de inlenende werkgever gelden. Door de wetgever is geen (uitgebreide) toelichting gegeven op art. 52b lid 2 ZW en 100 lid 2 WIA die bepalen dat ook op de inlenende werkgever geen verhaal mogelijk is: *“Zoals deze beperkingen thans luiden geldt de beperking slechts voor de formele werkgever, niet voor de materiële. Aangezien de arbeid echter niet wordt verricht bij de formele werkgever, schieten de bepalingen in hun huidige tekst hun doel voorbij in de gevallen waarin de werknemer door de formele werkgever wordt tewerkgesteld bij de materiële. Er is geen reden de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de materiële werkgever onbeperkt te laten voortbestaan, daar de bij hem tewerkgestelde werknemer in dit opzicht immers in dezelfde situatie verkeert als zijn overige personeel. (...) Overeenkomstig het advies van de Sociale Verzekeringsraad is daarom voorgesteld ook voor de materiële werkgever de burgerrechtelijke aansprakelijkheid te beperken, welke ingevolge de hiervoor geciteerde wetten voor de formele werkgever geldt.”*⁵²

De ratio van de beperking van de verhaalsmogelijkheden op de inlener lijkt gevonden te moeten worden in het feit dat de materiële werkgever op grond van art. 34 van de Invorderingswet – waar in art. 52b lid 2 ZW en 100 lid 2 WIA naar wordt verwezen – hoofdelijk medeaansprakelijk is voor de loonbelasting, omzetbelasting en sociale verzekeringspremies⁵³ die verschuldigd zijn door de formele werkgever. Deze medeaansprakelijkheid is ingegeven door het feit dat *“vele uitleenbedrijven nauwelijks een loonadministratie voeren, soms even snel verdwijnen als zij opgekomen zijn en meer dan eens geen verhaal bieden, [hetgeen] betekent (...) dat in tal van gevallen niet veel van premiebetaling terecht komt”*.⁵⁴ De inlener wordt pas aansprakelijk gesteld als de uitlener de loonheffingen niet heeft betaald⁵⁵. Aansprakelijkheid kan bijvoorbeeld aan de orde zijn als de formele werkgever failliet gaat⁵⁶. Of ook daadwerkelijk premies zijn afgedragen door de materiële werkgever lijkt voor de toepasbaarheid van het regresverbod niet relevant. Gelet op het risico dat de inlenend werkgever loopt om aansprakelijk gehouden te worden op grond van art. 34 Invorderingswet, zou gezegd kunnen worden dat ook de inlenend werkgever in zekere zin tot dezelfde kring van premiebetalers behoort.

Op grond van art. 52b lid 1 jo lid 2 ZW en art. 100 lid 2 WIA is de materiële werkgever dus immuun voor verhaal van het UWV respectievelijk een eigenrisicodragers ter zake betaalde uitkeringen en/of ziekengeld⁵⁷. Hier bestaat een

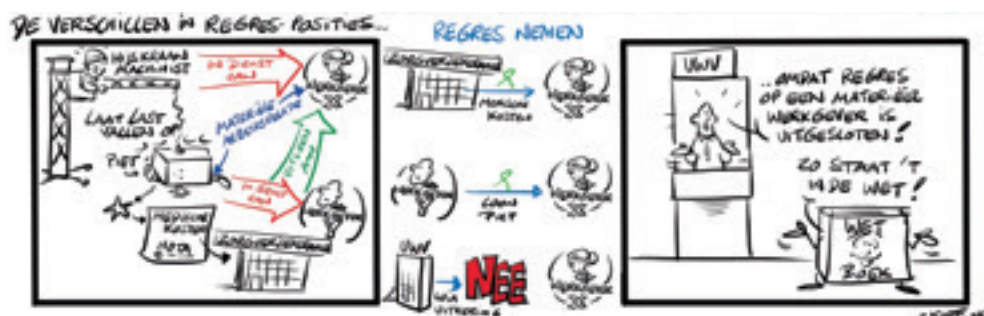
belangrijk verschil met het regresrecht van art. 6:107a lid 2 BW waarbij regres op de materiële werkgever juist wel mogelijk is. In zaken waarin regres wordt genomen door een formele werkgever op een materiële werkgever is dus van belang om na te gaan of regres wordt genomen *voor doorbetaald loon* of voor *ziekengeld*. In het eerste geval is regres wel mogelijk, in het tweede geval niet. Voorts bestaat hier een belangrijk verschil met het eerder besproken subrogatieverbod, waarvoor de Hoge Raad in het Anderzorg/London arrest bepaalde dat dit zich beperkt tot *formele* arbeidsverhoudingen.

De regel uit het eerder besproken Hendriksen/Menzis arrest is ook in zaken waarin regres wordt genomen door het UWV (of de eigen risicodragers) van toepassing. Dit is al in 1984 bepaald in het BVO/Brok arrest⁵⁸. Uit dit arrest volgt dat de derde-aansprakelijke zich jegens de sociale verzekeraar kan beroepen op vermindering van de omvang van het verhaalsrecht in evenredigheid met het aandeel (in de veroorzaking van het ongeval) van de persoon wiens aansprakelijkheid is uitgesloten⁵⁹. In die zin kwam de uitspraak van de Hoge Raad in het Hendriksen/Menzis arrest niet geheel onverwachts, hetgeen ook Mendel in zijn noot bij het Hendriksen/Menzis arrest opmerkt⁶⁰.

Tenslotte vervalt de immuniteit van de (inlenend) werkgever en collega van de benadeelde wanneer diens schade is veroorzaakt door opzet of bewuste roekeloosheid van deze werkgever of collega⁶¹. Aan een geslaagd beroep op opzet of bewuste roekeloosheid worden – net als bij art. 6:107a lid 4 BW – gezien het uitzonderingskarakter van deze bepaling echter hoge eisen gesteld⁶². De omstandigheid dat de werkgever op grond van art. 7:658 BW aansprakelijk is, brengt op zichzelf niet mee dat op hem regres kan worden genomen⁶³. Verder wordt de immuniteit van de werkgever niet doorbroken wanneer het ongeval dat tot arbeidsongeschiktheid heeft geleid is veroorzaakt door opzet of bewuste roekeloosheid van een collega van de arbeidsongeschikte werknemer. Alleen eigen opzet of bewuste roekeloosheid van de werkgever kan dit tot gevolg hebben⁶⁴.

Afronding

Regres door een particuliere verzekeraar staat niet op gelijke voet met de zelfstandige regresrechten van de werkgever en het UWV. In de kern bevatten zij weliswaar overeenkomsten, echter het blijven verschillende typen regresposities met ieder hun eigenaardigheden. Het Anderzorg/Menzis arrest laat dit bijvoorbeeld duidelijk zien, door het subrogatieverbod te beperken tot formele



> arbeidsverhoudingen, terwijl de beperking van de zelfstandige regresrechten van de werkgever en het UWV zich wel tot materiële verhoudingen lijkt uit te strekken. Toekomstige jurisprudentie zal moeten uitwijzen of de

regresposities van de particuliere verzekeraar, de werkgever en het UWV meer of minder overeenkomsten met elkaar gaan vertonen.

- ¹ Janneke Kruijswijk Jansen en Lotte Veendrick zijn advocaat bij Kennedy Van der Laan te Amsterdam.
- ² Wij merken vooraf op dat over het onderwerp regres heel veel te schrijven valt, wat niet in één artikel valt te bespreken. Wij gaan daarom alleen op bepaalde facetten in.
- ³ Zie art. 6:102 jo. 6:101 BW.
- ⁴ Zie art. 6:11 BW.
- ⁵ HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3784 (Van Aart en ASR/Achmea). Dat neemt niet weg dat indien de hoofdelijke regresvordering nog niet is verjaard, het instellen van die vordering naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn, dan wel dat de regreszoekende partij zijn rechten kan hebben verwerkt, op grond van feiten en omstandigheden die (mede) hebben plaatsgevonden voordat de regresvordering is ontstaan. De Hoge Raad noemt als voorbeeld de omstandigheid dat de regreszoekende partij al voordien bekend was met het feit dat de regresvordering zou ontstaan maar de voor hem kenbare belangen van degene op wie hij later regres wil nemen, op onaanvaardbare wijze heeft veronachtzaamd.
- ⁶ Met uitzondering van het deel van de schade dat onder het eigen risico valt.
- ⁷ Het gaat dan niet om vorderingen uit hoofde van een andere verzekeringspolis.
- ⁸ Zie art. 7:962 lid 3 BW.
- ⁹ Kamerstukken II 1985/1986, 19529, nr. 3 (MvT), p. 34.
- ¹⁰ Het gaat om de art. 6:165, 6:166, 6:171, 6:173, 6:174, 6:175, 6:176, 6:177 en 6:185 BW alsook afdeling 4 van titel 6, afdeling 4 van titel 11, afdeling 1 van titel 14 en afdeling 4 van titel 19 van boek 8 BW.
- ¹¹ NvW, Parl. Gesch. InvW 6, p. 1407.
- ¹² HR 10 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1873 (Achmea/Menzis).
- ¹³ HR 5 december 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2517.
- ¹⁴ T. Hartlief, 'Positie regresnemer', TVP 2010/4, p. 119-125.
- ¹⁵ HR 28 november 2014, ECLI:NL:HR:2014:3461 (Anderzorg/London).
- ¹⁶ HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5880 (Hendriksen/Menzis).
- ¹⁷ HR 26 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4566.
Voor verzekeraars die zich hebben ingetekend op het Convenant met UWV inzake verjaring en de regeling van enkele discussiepunten, dat het UWV met het Verbond van Verzekeraars heeft gesloten, geldt een afwijkende verjaringsregeling. De verjaring van de zelfstandige verhaalsrechten van het UWV op grond van de ZW, WAO, WAZ en WIA vangt één jaar na de datum van het ongeval aan, tenzij de vordering van de verzekerde van het UWV op het moment dat het UWV de vordering indient reeds meer dan vijf jaar definitief is afgewikkeld, waaronder begrepen de situatie dat de verzekerde van het UWV bij de aansprakelijkheidsverzekeraar geen vordering heeft ingediend. Zie het betreffende convenant: https://www.verzekeraars.nl/overhetverbond/zelfregulering/Documents/Convenanten/Convenant%20inzake%20verjaring%20met%20UWV/Convenant_UWV_inzake_verjaring.pdf.
- ¹⁸ Het gaat om de art. 6:165, 6:166, 6:171, 6:173, 6:174, 6:175, 6:176, 6:177 en 6:185 BW alsook afdeling 4 van titel 6, afdeling 4 van titel 11, afdeling 1 van titel 14 en afdeling 4 van titel 19 van boek 8 BW.

- ¹⁹ Het regresrecht van de overheidswerkgever dat is opgenomen in de Verhaalswet Ongevallen Ambtenaren gaat het bestek van dit artikel te buiten.
- ²⁰ 70% van het vastgestelde loon dient te worden doorbetaald. Indien dit tot een lager bedrag dan het voor de werknemer geldende minimumloon leidt, wordt gedurende het eerste jaar tenminste het minimumloon doorbetaald.
- ²¹ J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker, W.L. Valk, *Tekst en Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer 2013, p. 2975, aantekening 3 bij art. 6:107a BW. Om dezelfde reden komen de door de werkgever ter uitoefening van zijn verhaalsrecht gemaakte buitengerechtigde kosten slechts voor vergoeding in aanmerking indien en voor zover deze kosten – als zij door de arbeidsongeschikte werknemer waren gemaakt – onder art. 6:96 lid 2 sub b BW zouden vallen²¹. Deze kosten moeten de dubbele redelijkheidstoets dus kunnen doorstaan.
- ²² Hof 's-Gravenhage 4 maart 2004, ECLI:NL:GHSGR:2004:AS3575, gepubliceerd in VR 2005, 9.
- ²³ Zie ook Groene Serie Privaatrecht, A.T. Bolt, aantekening 5 bij art. 6:107a lid 2 BW, *Het regresrecht van de werkgever*.
- ²⁴ Art. 6:101 en 6:102 BW.
- ²⁵ Rb. 21 december 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BU9397. In de zaak HBG/Bouwpoint brachten de omstandigheden een verdeling van 65-35% met zich.
- ²⁶ Voor het aannemen van opzet of bewuste roekeloosheid worden zware eisen gesteld. Hiervoor is bijvoorbeeld vereist dat de collega zich van de ernst van de fouten bewust is geweest.
- ²⁷ Parl. Gesch. Nota n.a.v. Verslag, Kamerstukken II, 1995/96, 24 326, nummer 7, p. 10 en Nadere MvA, Kamerstukken I, 2007/2008, 31 087 D, p. 2.
- ²⁸ Zie J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker, W.L. Valk, *Tekst en Commentaar, Aantekening 5* bij art. 6:107a BW en W.W.Y. Cheng, *De reikwijdte van het regresrecht van de werkgever* ex art. 6:107a BW, TAP, nr. 8, november 2012, p. 375. Anders W.H. van Boom, *Verhaalsrechten van verzekeraars en risicodragers*, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer, 2000, p. 82.
- ²⁹ Hof 's-Gravenhage 4 maart 2004, ECLI:NL:GHSGR:2004:AS3575, gepubliceerd in VR 2005, 9 en Rb. Leeuwarden 21 november 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BY6954.
- ³⁰ C.C. Jongens, F.M. Ruitenbeek, *Handboek Personenschade*, 4100.4.3, Groepen uitgesloten van regres.
- ³¹ HR 2 februari 1973, ECLI:NL:HR:1973:AD8005, NJ 1973, 225, HR 26 juni 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5632, NJ 1988, 536 en HR 25 januari 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0121, NJ 1992, 706 en Rb. Arnhem 3 maart 2004, ECLI:NL:RBARN:2004:AR4012, NJF 2004, 541.
- ³² Hof Amsterdam, 10 februari 2009, nr. 106.007.163/01 (De Amersfoortse/London), raadpleegbaar via www.stichtingpiv.nl. Zie over dit arrest E.F.D. Engelhard, 'Voorbij de grenzen van het wettelijk regresrecht van werkgevers en sociale risicodragers', AV&S 2011, 20.
- ³³ Rb. Zutphen, 3 maart 2010, ECLI:NL:RBZUT:2010:BL8065.
- ³⁴ Gelet op het bestek van dit artikel worden de regresrechten van het UWV en de eigenrisicodragers niet uitputtend behandeld. Naast de ZW en de WIA bevatten onder meer de Wet

- Arbeidsongeschiktheidsverzekering Zelfstandigen (WAZ) en de Wet Arbeidsongeschiktheidsvoorziening Jonggehandicapten (WAJONG) regresregelingen voor het UWV. Hier gaan wij niet nader op in.
- ³⁵ Dit volgt onder meer uit art. 33 van de cao voor uitzendkrachten (ABU-Cao). Deze cao is door het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid algemeen verbindend verklaard, en de bepalingen uit deze cao zijn dus op alle betrokken werkgevers en werknemers in de uitzendbranche van toepassing. Als de overeenkomst van een uitzendkracht tijdens arbeidsongeschiktheid eindigt, eindigt in beginsel op dat moment ook de loonbetalingsplicht van het uitzendbureau, zie art. 30 ABU-cao.
- ³⁶ Art. 52a lid 3 ZW.
- ³⁷ Zie HR 26 juni 1987, NJ 1988, 536 en HR 25 januari 1991, NJ 1992, 706, Groene Serie *Schadevergoeding*; 72.3 *Ruime uitleg werkgevers- en collegaverweer bij: Burgerlijk Wetboek Boek 6, Artikel 6:108 BW*, W.H. van Boom, T. Hartlief, J. Spier; en *Regresrechten*, W.E.J. Tjeenk Willink 1996, Deventer, p. 21.
- ³⁸ Dit convenant ziet op verhaal door het UWV voor uitkeringen onder de ZW, de WIA, de WAO, de WAZ en de WAJONG.
- ³⁹ Zie convenant Verhaalsrechten 2015, raadpleegbaar op <https://www.verzekeraars.nl/overhetverbond/zelfregulering/Documents/Convenanten/Convenant%20UWV%20inzake%20verhaalsrecht%20Ziekewet,%20WAO,%20WAZ,%20Wajong%20en%20WIA/Convenant%20UWV%20inzake%20verhaalsrecht%20Ziekewet,%20WAO,%20WAZ,%20Wajong%20en%20WIA.pdf>
- ⁴⁰ Zie art. 3 van het Convenant Verhaalsrechten 2015.
- ⁴¹ M. Lammers, L. Kok en C. Tempelman, 'Effecten van invoering loondoorbetaling bij ziekte door uitzendbureaus', onderzoek in opdracht van de Algemene Bond Uitzendondernemingen, Amsterdam, maart 2012, hoofdstuk 2, p. 4.
- ⁴² Website UWV: http://www.uwv.nl/Werkgevers/ik_wil_eigenrisicodragers_worden_wga/eigenrisicodragers_worden/wat_is_eigenrisicodragers_voor_WGA.aspx.
- ⁴³ Website UWV: http://www.uwv.nl/Werkgevers/ik_wil_eigenrisicodragers_worden_wga/eigenrisicodragers_worden/verantwoordelijkheden_en_verplichtingen.aspx en http://www.uwv.nl/Werkgevers/eigenrisicodragers_worden_ZW/eigenrisicodragers_worden/verantwoordelijkheden_en_verplichtingen.aspx.
- ⁴⁴ M. Lammers, L. Kok en C. Tempelman, 'Effecten van invoering loondoorbetaling bij ziekte door uitzendbureaus', onderzoek in opdracht van de Algemene Bond Uitzendondernemingen, Amsterdam, maart 2012, hoofdstuk 2, p. 5.
- ⁴⁵ 52a lid 2 ZW, 99 lid 3 WIA. Het regresrecht van de eigenrisicodragers is in 2001 in de ZW opgenomen, zie Kamerstukken Tweede Kamer, vergaderjaar 2000-2001, 27873, nr. 3.
- ⁴⁶ Om met succes een beroep te kunnen doen op deze regresbeperking, moet sprake zijn van een dienstbetrekking in de zin van de betreffende sociale verzekeringswet. Hof 's-Gravenhage 22 juni 2004, ECLI:NL:GHSGR:2004:AT8489, VR 2005, 71. Zie art. 9 jo., art. 6 ZW en art. 11 WIA.
- ⁴⁷ Groene Serie *Schadevergoeding*, 72.3 *Ruime uitleg werkgevers- en collegaverweer bij: Burgerlijk Wetboek 6, art. 6:108 BW*. Zie ook HR 7 november 1975, ECLI:NL:HR:1975:AB4078, NJ 1976, 332.
- ⁴⁸ HR 20 mei 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD0326, NJ 1988, 1032.
- ⁴⁹ Zie verder E.J. Kronenburg-Willems, *Module Arbeidsongeschiktheid, Commentaar bij: ZW, artikel 52b, aantekening 1.2 en aantekening 1.4 bij artikel 100 WIA*. Er zijn meer sociale wetten die een dergelijke bepaling bevatten, zie onder meer de WAO (art. 90 en 91), en de Algemene Nabestaandenwet (art. 61 en 62).
- ⁵⁰ Zitting 1962-1963, Kamerstukken 7171, MvT, nr. 3, p. 21. Zie verder Zitting 1964-1965, Kamerstukken 7171, MvA, nr. 15, p. 11 en W.H. van Boom, *Verhaalsrechten van verzekeraars en risicodragers*, Deventer, 2000, p. 80.
- ⁵¹ T. Hartlief en R.P.J.L. Tjittes, *Verzekering en aansprakelijkheid*, Kluwer: Deventer, 1999, p. 98 en W.H. van Boom, *Verhaalsrechten van verzekeraars en risicodragers*, Deventer, 2000, p. 79.
- ⁵² Nadere wijziging van de Coördinatiewet Sociale Verzekering en enige andere sociale verzekeringswetten, MvT, Zitting 1959-1960, nr. 5865, onder nummer 3.
- ⁵³ Premies Volksverzekeringen, premies werknemersverzekeringen, Inkomensafhankelijke bijdrage op grond van de Zorgverzekeringswet, zie http://download.belastingdienst.nl/belastingdienst/docs/aansprakelijkheid_loonheffing_inlening_personeel_al5281z4fd.pdf.
- ⁵⁴ Nadere wijziging van de Coördinatiewet Sociale Verzekering en enige andere sociale verzekeringswetten, MvT, Zitting 1959-1960, nr. 5865, onder nummer 3.
- ⁵⁵ Zie http://download.belastingdienst.nl/belastingdienst/docs/aansprakelijkheid_loonheffing_inlening_personeel_al5281z7fd.pdf. Voor verzekeraars die zich hebben ingetekend op het convenant met UWV inzake verjaring en de regeling van enkele discussiepunten, dat het UWV met het Verbond van Verzekeraars heeft gesloten, geldt een afwijkende verjaringsregeling. De verjaring van de zelfstandige verhaalsrechten van het UWV op grond van de ZW, WAO, WAZ en WIA vangen één jaar na de datum van het ongeval aan, tenzij de vordering van de verzekerde van het UWV op het moment dat het UWV de vordering indient reeds meer dan vijf jaar definitief is afgewikkeld, waaronder begrepen de situatie dat de verzekerde van het UWV bij de aansprakelijkheidsverzekeraar geen vordering heeft ingediend. Zie: https://www.verzekeraars.nl/overhetverbond/zelfregulering/Documents/Convenanten/Convenant%20inzake%20verjaring%20met%20UWV/Convenant_UWV_inzake_verjaring.pdf
- ⁵⁶ Zie als voorbeeld HR 22 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ5048.
- ⁵⁷ Deze immuniteit geldt ook als de materiële werkgever voor het risico van aansprakelijkheid verzekerd is. E.F.D. Engelhard, *Regres*, Kluwer: Deventer 2003, p. 360, W.H. van Boom, *Verhaalsrechten van verzekeraars en risicodragers*, Deventer, 2000, p. 81, en HR 7 november 1975, NJ 1976, 332. De verzekeraar kan in dat geval het werkgeversverweer voeren.
- ⁵⁸ HR 20 mei 1983, NJ 1984/649.
- ⁵⁹ W.H. van Boom, *Hoofdelijke verbintenissen*, W.E.J. Tjeenk Willink, 1999, p. 204.
- ⁶⁰ Zie zijn noot bij HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5880.
- ⁶¹ Zie art. 52b lid 2 ZW en art. 100 lid 2 WIA.
- ⁶² W.H. van Boom, *Verhaalsrechten van verzekeraars en risicodragers*, Deventer, 2000, p. 79, HR 7 december 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC0073, NJ 1991, 596 en Rb. Zutphen 26 maart 1987, ECLI:NL:RBZUT:1987:AC3144, NJ 1988, 719.
- ⁶³ HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ7832.
- ⁶⁴ W.H. van Boom, *Verhaalsrechten van verzekeraars en risicodragers*, Deventer, 2000, p. 79, HR 4 oktober 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0352, NJ 1992, 410, HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ7832.

Ontwikkelingen in de asbestjurisprudentie



Mevrouw mr. V. (Veneta) Oskam
Van Traa Advocaten

In dit artikel¹ beoog ik een overzicht² te geven van de recente lijnen en ontwikkelingen in de asbestjurisprudentie en daarbij bespreek ik de (mogelijke) knelpunten waar partijen mee te maken kunnen krijgen (in en buiten de rechtszaal). Hierbij beperk ik mij tot de letselschadepraktijk, dus de aansprakelijkstellingen namens de benadeelde bij de ziekte mesothelioom, welke vordering gezien de korte en fatale ziekteperiode in de praktijk veelal wordt voortgezet door de erfgenamen. De aansprakelijkstelling van de (oud) werkgever wordt meestal snel opgevolgd door bemiddeling door het Instituut Asbest Slachtoffers (IAS). Hierbij stelt het IAS een onderzoeksrapport op waarin de arbeidsanamnese bij de betrokkene wordt afgenomen en verslag wordt gedaan (voor zover nog te achterhalen) van de destijds geldende arbeidsomstandigheden. Zo mogelijk worden ook verklaringen van (oud) collega's in dit onderzoek betrokken. Vervolgens wordt advies uitgebracht waar het de meest gereede aansprakelijke partij betreft, indien in het arbeidsverleden van de betrokkene meerdere periodes met mogelijke blootstelling aan asbest kunnen worden aangewezen. De betreffende (oud)werkgever wordt aangeschreven en er wordt geprobeerd overeenkomstig de hertoe vastgestelde normbedragen³ tot een overeenkomst te komen. Hierbij kan een inmiddels verstreken verjaringstermijn een groot struikelblok vormen.

Wanneer de gestelde asbestblootstelling verder in het verleden ligt, hetgeen gezien de gemiddeld lange latentietijd⁴ van de ziekte mesothelioom vaak het geval zal zijn, zal doorgaans de hertoe ex. art. 3:310 lid 2 BW te hanteren verjaringstermijn van dertig jaar verstreken zijn. Hiertoe is de periode tussen de datum van de vermoedelijk laatste blootstelling aan asbest en de aansprakelijkstelling bepalend. Juist gezien de lange latentietijd, doet zich vaak de situatie voor dat de diagnose mesothelioom eerst bekend wordt nadat de dertigjarige verjaringstermijn is verstreken. Aldus zou het voor de benadeelde in kwestie – met strikte toepassing van art. 3:310 lid 2 BW – onmogelijk zijn een wellicht aansprakelijke partij succesvol aan te spreken. Juist om de benadeelde en/of diens erven tegemoet te komen, zijn in de rechtspraak, met het arrest Van Hese/De Schelde⁵, zeven gezichtspunten geformuleerd aan de

hand waarvan kan worden bepaald of doorbreking van deze – in beginsel absolute – verjaring in het betreffende specifieke geval in strijd zou kunnen zijn met de redelijkheid en billijkheid. De hoofdregel is echter wel, zoals benadrukt door de Hoge Raad, dat de mogelijkheid van doorbreking slechts in uitzonderlijke gevallen aan de orde kan zijn. De vraag of na afweging van de specifieke omstandigheden van het geval met behulp van deze gezichtspunten de verjaring al dan niet dient te worden doorbroken, vormt meestal de inzet van een procedure in rechte tussen de betrokkene en diens (oud)werkgever.

In dit artikel zal ik stilstaan bij de te signaleren lijnen waar het de beoordeling in rechte betreft van de dertigjarige verjaringstermijn en de vraag of – langs de gezichtspunten van Van Hese/De Schelde – al dan niet doorbreking van deze verjaringstermijn dient plaats te vinden. Vervolgens zal ik aandacht besteden aan het gegeven dat in de praktijk veelal sprake is van meerdere opvolgende dienstverbanden met mogelijke asbestblootstelling. Dit heeft ook verzekeringsrechtelijke consequenties nu niet altijd duidelijk is of en bij welke verzekeraar dekking bestaat. Hierna richt ik mij op de vraag in hoeverre een verwijzing naar art. 6:99 BW (alternatieve causaliteit) in een situatie met opvolgende werkgevers volstaat, dan wel behoefte is aan een ander instrument teneinde ook de rol van de mogelijke blootstellingen gedurende de eerdere dienstverbanden in de beoordeling te betrekken. Als 'gedachte-experiment' maak ik vervolgens een uitstapje naar de proportionele aansprakelijkheid en de mogelijke toepasbaarheid van de gezichtspunten uit het arrest Van Hese/De Schelde bij de beoordeling hiervan (ook buiten de beoordelingen die zien op de dertigjarige verjaringstermijn).

Voorvraag: dienstverband en asbestblootstelling?

Eerst behandel ik echter een voorvraag die zich in de praktijk vaak aandient en niet zelden tot (bewijs)problemen leidt. Juist gezien het grote tijdsverloop tussen de gestelde laatste asbestblootstelling bij de aansprakelijk gestelde werkgever en de datum waarop de diagnose aan het licht komt en de aansprakelijkstelling en mogelijk een procedure in rechte volgt, is het voor beide partijen lastig om voldoende informatie te achterhalen. Situaties waarbij de discussie ziet op een mogelijke blootstelling gedurende een dienstverband van 40 tot 50 jaar geleden, vormen hierbij geen uitzondering. Het zal niet verbazen dat de (oud) werkgever in kwestie, zo die nog bestaat, meestal niet meer beschikt over personeelsbestanden, gedetailleerde (project)informatie en getuigen uit die periode. Complicerende factor vormt hierbij vaak dat inmiddels meerdere overnames of fusies hebben plaatsgevonden, waardoor bedrijfsgegevens of archieven niet meer bewaard zijn gebleven. Het gegeven dat de digitalisering iets van de laatste decennia is, speelt hierbij een (belangrijke) rol. Uiteraard heeft ook de benadeelde met dit tijdsverloop te kampen.

Dit element is tot uitdrukking gebracht in het verderop besproken gezichtspunt e. De relevantie van dit aspect komt echter ook al eerder in beeld, namelijk bij de (voor)vraag of daadwerkelijk sprake is geweest van een dienstverband bij de (aansprakelijk)gestelde werkgever en of daar sprake is geweest van (relevante) asbestblootstelling. Weliswaar stelt een betrokkene vaak wel een dergelijk dienstverband (wat het IAS dan bij de arbeidsanamnese in de rapportage overneemt), doch bewijs ontbreekt soms. Wanneer de betrokkene geen arbeidsovereenkomst, salarisstroken, vakantiebonnen of gegevens van een pensioenfonds kan verstrekken of over aanvullende bewijsmogelijkheden beschikt, is dit bij gemotiveerde betwisting door de werkgever een struikelblok om tot verdere juridische beoordeling (zelfs van de verjaring) te komen.

Als uitgangspunt⁷ dient hierbij de basisregel ex art. 150 Rv. te gelden: *”De partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, draagt de bewijslast van die feiten of rechten, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit”*. Ook in het kader van de invulling van art. 7:658 BW – waarop de onderliggende vordering immers gebaseerd is – zal de eiser moeten bewijzen dat sprake is geweest van een dienstverband met blootstelling aan asbest. Uit de arresten Lansink/Ritsma⁸ en SVB/Van der Wege⁹ volgt dat de eiser niet kan volstaan met een blote stelling hiertoe. De bewijslast, en daarmee het bewijsrisico, rust bij de eiser. Bij een andersluidende beoordeling zou – in weerwil met deze lijn in de jurisprudentie – het bewijsrisico juist weer bij de werkgever worden gelegd, met alle door A-G Spier in diens conclusies bij bovenstaande arresten geschetste (maatschappelijke) consequenties van dien.

Verjaring: toetsing aan de gezichtspunten Van Hese/De Schelde

Wanneer deze voorvraag geen verdere problemen oplevert, of het verweer van de aangesproken partij hier niet (voldoende) op is gericht, komt de inhoudelijke toetsing van de verjaring aan bod. Ik roep de gezichtspunten uit het arrest Van Hese/De Schelde in herinnering:

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

redelijke termijn een aansprakelijkstelling heeft plaatsgevonden en een vordering tot schadevergoeding is ingesteld.

Waar het a) betreft, wordt over het algemeen aangenomen dat dit minder gewicht toekomt, althans niet van doorslaggevend belang is waar het de vraag betreft of de verjaringstermijn al dan niet dient te worden doorbroken¹⁰. Toch liet de jurisprudentie hier een interessante ontwikkeling zien. De Kantonrechter 's-Hertogenbosch¹¹ bracht onderscheid aan tussen immateriële en materiële schade. Waar het de vergoeding van immateriële schade betrof, overwoog de kantonrechter dat de erven door deze schade niet direct in een positie kwamen waardoor zij vermogensrechtelijk nadeel hebben ondervonden (er ontstonden geen kosten, zij liepen ‘slechts’ een vergoeding mis). Aldus werd het beroep op verjaring door de (oud)werkgever gehonoreerd. Dit was echter niet het geval voor de materiële schade, nu deze schade – aldus de kantonrechter – de omvang van de erfenis heeft doen afnemen. Dit was voor de kantonrechter reden om voor deze schade wel tot doorbreking van de verjaring te oordelen. Het door (beide) partijen in deze zaak ingestelde hoger beroep zag hier niet op, doch niettemin overwoog het Hof Den Haag¹² een dergelijk onderscheid onjuist te vinden *“nu het oordeel omtrent de al dan niet verjaring van de vordering geldt voor de gehele vordering”*.

Het belang van gezichtspunt b) wordt over het algemeen ook niet als doorslaggevend aangemerkt¹³. Niettemin lijkt er wel een nieuwe beweging bij de beoordeling hiervan te signaleren. Waar voorheen in de jurisprudentie vooral de nadruk lag op de vraag of de benadeelde (en vooral diens nabestaanden) aanspraak kon(den) maken op een uitkering uit hoofde van een (levens)verzekering, lijkt recent¹⁴ ook het belang van de betaling van een voorschot op grond van de Regeling Tegemoetkoming asbestslachtoffers toe te nemen. Ook al is in de regeling afgesproken dat een aansprakelijke partij dit voorschot aan het IAS dient terug te betalen weegt, ten faveure van toelaatbaarheid van het beroep op verjaring mee dat de benadeelde nog bij leven dit bedrag heeft ontvangen en de erven hiermee niet met lege handen staan.

Gezichtspunt c) wordt van oudsher aangemerkt als belangrijk. Hier is ook wel kritiek op¹⁵, nu dit punt eigenlijk vergt dat *“een beoordeling in een beoordeling”* plaatsvindt. De toetsing van de verwijtbaarheid vertoont sterke gelijkenissen met die van de werkgeversaansprakelijkheid ex art. 7:658 BW. Er wordt aldus dubbel werk verricht. Dit zou slechts aantrekkelijk zijn wanneer partijen menen dat deze ‘verwijtbaarheidstoets’ duidelijk in een ernstiger of juist lichter verwijt resulteert. In de praktijk leidt dit ertoe dat dit gezichtspunt onverminderd veel aandacht krijgt. Wolters¹⁶ kwalificeert dit gezichtspunt als een ‘harde omstandigheid’, in die zin dat bij ‘geen verwijtbaarheid’, ‘zeer beperkte verwijtbaarheid’ en ‘lichte verwijtbaarheid’ niet zal worden geoordeeld dat de verjaring onaanvaardbaar is, oftewel de verjaring zal dan – conform de hoofdregel – standhouden. Ook de hiervoor al aangehaalde beoordelingen

> van het Hof Den Haag¹⁷ bevestigen dit, waarbij dit hof als sleutel lijkt te hanteren dat geen reden is het beroep op verjaring onaanvaardbaar te oordelen wanneer geen sprake is van 'ernstige verwijtbaarheid' aan de zijde van de (oud) werkgever. De blootstelling aan asbest impliceert (immers) altijd enige mate van verwijtbaarheid. De mate van verwijtbaarheid wordt vervolgens ingevuld door factoren zoals de omvang van de aangesproken werkgever (destijds)¹⁸ en de specifieke branche waartoe de onderneming behoorde. Zo zal bij de tot de asbest producerende industrie en de primaire asbest verwerkende bedrijven (denk aan scheepswerven of isolatiebedrijven) eerder sprake zijn van een meer ernstig verwijt van de blootstelling. Uit de 'asbest-arresten' van 18 december 2012¹⁹ wordt duidelijk dat de beide hoven in de betreffende arresten grote waarde hechten aan de aard, omvang en positie (*repeat player*) van de aangesproken werkgever in kwestie, dit mede in relatie tot de aard en omvang van de ondergane blootstelling. In de betreffende zaken betrof het de scheepswerven Wilton-Feijenoord, RDM en De Schelde, waarvan algemeen bekend is dat daar de blootstelling aan asbest substantieel is geweest. Juist omdat deze bedrijven behoren tot de primaire asbest verwerkende industrie, met bovendien een eigen bedrijfsarts in dienst²⁰, is het begrijpelijk dat de hoven de lat voor deze werkgevers hoger leggen.

Gezichtspunt d) wordt al gedeeltelijk ingevuld met de inhoudelijke beoordeling van c). Voor de bekendheid met de mogelijkheid te worden aangesproken is immers (evenzeer) van belang wat de aard van de onderneming was (omvang, maar ook sector) teneinde te kunnen invullen in welk tijdspad van deze bekendheid sprake zal moeten zijn geweest. Evenzeer vormt dit gezichtspunt een *sneak preview* voor e). Wanneer de informatie om verweer aan te ontlenen niet meer beschikbaar is, ook niet op het moment dat de wetenschap begint door te dringen dat in de toekomst mogelijk claims kunnen volgen, lijkt dit gezichtspunt aan belang in te moeten boeten. De zelfstandige betekenis van dit gezichtspunt lijkt aldus geringer.

Gezichtspunt e) is van zwaar(der) belang. Dit is logisch, nu dit de kern raakt van de verjaringsproblematiek. Juist met deze verjaringstermijn zou bewijsnood aan de zijde van de aansprakelijke partij moeten worden voorkomen. Dat deze bewijsnood reden vormt om niet tot doorbreking van de absolute verjaringstermijn over te gaan, is de vaste lijn in de rechtspraak²¹. Smeehuijzen²² is van mening dat gezichtspunt e) van principiële betekenis is en de logica dwingt om de overige gezichtspunten achterwege te laten wanneer de gedaagde door het grote tijdsverloop in ernstige bewijsnood komt.

Polisdekking

Dan maak ik een verzekeringsrechtelijk uitstapje²³. Hierbij sta ik voor goed begrip van de gegroeide verzekeringspraktijk eerst stil bij een stukje achtergrond en geschiedenis. Verzekeringsproducten zijn gebaseerd op het verleden. Op basis van het verleden bepaalt de verzekeraar de premie die nodig is om voor een bepaald risico dekking te kunnen

bieden. Om dit nog beter te kunnen bepalen, zijn verzekeraars risico's gaan kanaliseren naar speciale verzekeringen²⁴. Dit wordt gedaan door middel van het aanbieden van verschillende soorten verzekeringen. Daarnaast is het van belang dat een verzekeraar in de polis aangeeft waarvoor en tegen welke tijdslijm de verzekering dekking biedt. Sommige schade, zoals de hier besproken asbestschade, uit zich pas op een veel later tijdstip. In die gevallen is het van belang dat verzekeraars in hun polis aangeven in hoeverre dekking bestaat wanneer tussen de blootstelling en de daadwerkelijke vordering van de schadevergoeding enige tijd verstrijkt en de schade zich niet (volledig) binnen de duur van de verzekeringsovereenkomst realiseert²⁵. Dit noemt men begrenzing van dekking naar tijd. Voor de begrenzing van de dekking naar tijd zijn drie basissystemen ontwikkeld: (i) *Act committed* systeem, (ii) *loss occurrence* systeem en (iii) *claims made* systeem²⁶. De begrenzing van de dekking naar tijd speelt in asbestzaken een bijzondere rol. Bij het behandelen van claims met betrekking tot asbestzaken, komen er grofweg twee problemen aan het licht. Ten eerste de onduidelijkheid over welke verzekeraar de claim gaat oppakken. Het gaat nagenoeg altijd om polissen die in een ver verleden zijn afgegeven en waarover de verzekeraars (en verzekerde) veelal niet meer beschikken. Als er al gegevens zijn, kan het probleem zich nog voordoen dat de, door de werknemer aangesproken, werkgever het risico achtereenvolgens bij verschillende verzekeraars onder heeft gebracht of dat de werknemer verschillende werkgevers heeft gehad die vervolgens weer bij verschillende verzekeraars polissen hebben afgesloten. Het is dan de vraag welke verzekeraar de zaak dient op te pakken. Als de blootstelling over een aantal jaren verspreid is, dan moeten in beginsel al die verzekeraars de claim in behandeling nemen. Daarnaast speelt het volgende probleem: de polissen waarop dekking wordt gezocht hebben geen rekening gehouden met de schade die zich na twintig à dertig jaar openbaart.

Kortom, het werd een onmogelijke klus de verzekeringsgeschiedenis te achterhalen en de verzekeraars wilden die onmogelijkheid niet bij de verzekerden neerleggen²⁷. Zij kwamen tot een gezamenlijke oplossing. Indien een asbestclaim door een gelaedeerde werknemer werd ingediend bij een werkgever, dan zouden de AVB-verzekeraars van de werkgever, die op dat moment op de lopende polis stonden, de afwikkeling van de schade voor hun rekening nemen. Daarna zouden die verzekeraars dan verhaal kunnen nemen op de verzekeraars van de destijds verantwoordelijke werkgevers. De periode waar werd gewerkt met asbest betreft grofweg de jaren tussen 1970 en 1985²⁸. Destijds bestonden nagenoeg alle AVB-verzekeringen uit een *act committed* dekking. Dit systeem voorzorg in een onbepaalde uitloopdekking voor schade waarvan de oorzaak in de looptijd van de verzekering lag. Daarom dacht men dat de voorgestelde manier goed en eerlijk zou uitpakken bij verzekeraars onderling. *Longtail* risico's als asbest vormden echter voor verzekeraars met een *act committed* dekking een enorme last.

Verzekeraars zijn overgegaan op de *loss occurrence* dekking. Het verschil met het vorige systeem is dat het 'inlooprisico'

wordt gedekt van de schade waarvan de oorzaak vóór het aangaan van de verzekering lag maar ten tijde van het aangaan van de verzekering onduidelijk was. Het schadelijke gevolg van de oorzaak moest zich wel hebben geopenbaard tijdens de looptijd van de verzekering. De oplossing pakte anders uit dan voorheen gedacht. AVB-verzekeraars van de werkgevers die op het moment van het indienen van de claim als verzekeraar op de lopende polis stonden, werden ineens geconfronteerd met schade waar zij nooit de juiste premie voor hadden geïnd. Als reactie op die ontwikkeling zijn verzekeraars overgestapt naar de claims made-dekking en het daarmee verband houdende opnemen van de werkgeversaansprakelijkheid in een aparte rubriek²⁹. Dit systeem wordt gekenmerkt door het beëindigen van de dekking indien de overeenkomst is beëindigd. Het voordeel hiervan is dat oudere gebeurtenissen die tijdens de looptijd van de verzekering worden gemeld, gedekt zijn. Echter, door verzekeraars wordt vaak een voorbehoud in de polis opgenomen dat het 'inlooprisko' beperkt is tot slechts een bepaald aantal jaren voor het aangaan van de verzekering. Zoals uit de huidige polisvoorwaarden van de AVB-verzekeringen blijkt³⁰, hebben nagenoeg alle verzekeraars het uitlooprisko afgedekt door middel van een *claims made* dekking en daarbij een uitsluiting opgenomen voor door asbest veroorzaakte schade. Dit levert een probleem op voor de werkgevers die, indien zij voor dergelijke schade worden aangesproken, onverzekerd blijken te zijn.

Terug naar de gezichtspunten

Lindenbergh en Hebly³¹ geven in hun overzichtsartikel een interessante analyse waar het f) betreft. Aan de hand van de geraadpleegde jurisprudentie concluderen zij dat bij dekking van de aansprakelijkheid door een verzekering dit punt ten gunste van doorbreking weegt, en – bij gebreke van een dekking – nadere beoordeling nodig is. Wanneer een verzekering destijds niet gebruikelijk was, de aangesproken partij niet tot de notoire asbestverwerkende industrie behoorde of door het ontbreken van de verzekeringsdekking in financiële problemen zou raken, is dit een argument tegen doorbreking. Toch lijkt mij enige voorzichtigheid geboden waar het een te snelle beoordeling betreft dat bij verzekeringsdekking doorbreking eerder aan de orde zou zijn. Het Hof Den Haag signaleerde recent³² dat van de aangesproken partij nadere onderbouwing mag worden gevergd wanneer het argument wordt genoemd dat onverzekerbaarheid dreigt wanneer dit gezichtspunt tot doorbreking van de verjaring zou leiden. Dit doet denken aan de herhaalde oproep van A-G Spier in zijn conclusies aan het adres van verzekeraars om op dit punt³³ vooral openheid en nadere onderbouwing te geven. Wellicht dat hier inderdaad een taak voor verzekeraars ligt om dit inzichtelijk te maken wanneer zij dit argument kracht bij willen zetten.

Waar het de beoordeling van gezichtspunt g) betreft, kan over het algemeen worden aangehouden dat een termijn van twee jaar als redelijk wordt aangemerkt³⁴. Ook kortere termijnen – bijvoorbeeld van zes maanden³⁵, één jaar³⁶, vijftien³⁷, zestien³⁸ en negentien maanden worden in de

rechtspraak genoemd, waar overschrijding van deze termijn meeweegt tegen doorbreking van de verjaringstermijn. Hierbij ontstaat tussen partijen nog wel eens discussie over de vraag of deze termijn, die aanvangt vanaf de datum van de diagnose, loopt tot de datum van aansprakelijkstelling, dan wel datum van de dagvaarding. De datum waarop de dagvaarding wordt uitgebracht, en hiermee dus daadwerkelijk een vordering tot schadevergoeding is *ingesteld*, lijkt het meest voor de hand te liggen. Ook de literatuur lijkt dit te onderschrijven³⁹. Dan kan nog een discussiepunt vormen of de periode van bemiddeling door het IAS al dan niet "stuitende werking" zou moeten hebben. Oftewel, dient ter beoordeling van de redelijkheid de termijn van bemiddeling door het IAS in mindering te strekken op de periode tussen diagnose en dagvaarding? De overheersende mening lijkt te zijn dat dit het geval is, waarbij er mijns inziens voor het tegendeel ook wel wat te zeggen is wanneer vanaf het begin duidelijk is dat de aangesproken werkgever zich onverkort beroept op het verstrijken van de verjaringstermijn en derhalve van meet af aan duidelijk is dat de bemiddeling van het IAS niet zal slagen. In de praktijk doet zich niet zelden de situatie voor waarbij de betreffende termijn beduidend langer is dan twee jaar. Dit, terwijl de benadeelde steeds werd bijgestaan door een (in letselschade) gespecialiseerde belangenbehartiger en geen (goede) redenen zijn te bedenken waarom gewacht is met het uitbrengen van de dagvaarding. Dat in een dergelijke situatie toch echt meer voortvarendheid van de erven wordt verwacht, is recent bevestigd door de Rechtbank Midden-Nederland 16 december 2015⁴⁰. De vraag dient zich aan of de belangenbehartigers in kwestie hiermee wellicht een beroepsfout begaan. Zeker gezien het feit dat de waarde van gezichtspunt g) doorgaans zwaar is en het verschil kan vormen tussen doorbreking van de verjaring of afwijzing van de vordering, neig ik ertoe deze vraag bevestigend te beantwoorden. Niettemin zijn mij geen gevallen bekend waarin deze (gestelde) beroepsfout inzet van de discussie was.

Toetsing Van Hese/De Schelde nog steeds (voldoende)actueel?

Recent zien we het betoog aan de zijde van de benadeelde en/of diens erven dat het arrest Moor/Zwitsersland⁴¹ en meer in het algemeen art. 6 EVRM tot een andere beoordeling zou moeten leiden van de absolute verjaringstermijn en toetsing aan de bovengenoemde gezichtspunten schending van het fundamentele recht tot vrije toegang tot de rechter zou opleveren. Tegelijkertijd wordt hiermee de vraag opgeworpen of de 'gezichtspuntoetsing' nog wel volstaat of dat – wellicht anticiperend op (de overgangsregeling van) art. 3:310 lid 5 BW – de datum van de diagnose als startpunt moet worden genomen voor aanvang van de verjaringstermijn. Het verzoek wordt dan geformuleerd om de Hoge Raad hierover een prejudiciële vraag te stellen. Er is mij geen jurisprudentie bekend waarin toewijzend is geoordeeld op dit verzoek. Ik verwijs naar de in het bovenstaande genoemde uitspraken⁴², waar dit element specifiek aan de orde is gesteld en de betreffende rechter gemotiveerd aangeeft waarom het huidige systeem volstaat. In lijn met deze rechtspraak meen ik dat de Hoge Raad met de gezichts-

> punten juist de mogelijkheid tot maatwerk heeft geïntroduceerd voor deze verjaringsproblematiek. Conform art. 3:310 lid 5 BW geldt voor nieuwe gevallen⁴³ bovendien een nieuw regime. In de genoemde literatuur lijkt men met de toepassing van de gezichtspunten wel uit de voeten te kunnen en hierin lijn aan te kunnen brengen. Uiteraard is ieder geval, met de bijbehorende specifieke omstandigheden, uniek en vergt dit een unieke belangenafweging, doch hier ligt een taak van de rechtsprekende macht⁴⁴ om zodanig te formuleren dat rechtsontwikkeling kan plaatsvinden. Eenzelfde oproep formuleerde recent Quist in zijn annotatie⁴⁴ bij het ook in het bovenstaande besproken arrest d.d. 15 september 2015 van het Hof Den Haag. Naar Quist bepleit, ligt het op de weg van de rechtsprekende macht om in de te wijzen vonnissen en arresten niet alleen te motiveren hoe invulling aan de diverse gezichtspunten moet worden gegeven, maar ook hoe de afweging van de verschillende factoren aan het eindoordeel heeft bijgedragen. Ik onderschrijf de gedachte van Quist dat de rechtspraak met een dergelijke duidelijkheid zeker gediend zal zijn.

Meerdere werkgevers: art. 6:99 BW of proportioneel?

Zoals gesignaleerd, doet zich niet zelden de situatie voor dat sprake is van een arbeidsverleden waarbij de benadeelde bij meerdere werkgevers heeft gewerkt. Dit indien r blootstelling aan asbest niet kan worden uitgesloten of zelfs expliciet door de benadeelde is aangegeven (bijvoorbeeld tijdens de interviews met het IAS om de arbeidsanamnese af te nemen) dat (ook) gedurende deze eerdere dienstverbanden sprake is geweest van asbestblootstelling. Dergelijke blootstelling is ook niet verbazingwekkend nu ervaringsfeit is dat de arbeidsomstandigheden over het algemeen slechter zullen zijn geweest (en geen Persoonlijke Beschermingsmiddelen zullen zijn verstrekt) naarmate het dienstverband langer geleden werd vervuld. Niettemin wordt meestal volstaan met het aansprakelijk stellen van de laatste werkgever in rij. Mede gezien het feit dat het hier lang niet altijd een verzekerd risico betreft, het laatste dienstverband vaak korter is geweest (zeker wanneer dit wordt afgezet tegen alle eerdere dienstverbanden), (hiermee) het blootstellingsrisico in de loop der jaren door de toegenomen regelgeving, ge- en verboden sterk is afgenomen en eerdere werkgevers vaak niet meer blijken te bestaan (ontbreken van feitelijke verhaalsmogelijkheden), is het de vraag of hiermee niet ten onrechte een te zware (schade) last op de 'als laatste in de rij' aangesproken werkgever komt te liggen. Tevens is het de vraag hoe dit zou kunnen worden opgelost.

Wanneer de aangesproken werkgever een beroep doet op de invloed van de eerdere blootstelling gedurende de voorliggende dienstverbanden, volgt veelal een verwijzing door de rechter naar art. 6:99 BW. Oftewel, de laatst aangesproken werkgever dient in de verhouding tot de benadeelde (of diens erven) de volledige schadelast te dragen en moet zelf maar zorgen voor eventueel verhaal richting eerdere werkgevers.

Een voorbeeld hiervan vormt het recente arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden d.d. 8 december 2015⁴⁶. Dit betrof

de vordering ex art. 7:658 BW van de erven van X jegens diens toenmalige werkgever gezien de gestelde asbestblootstelling en hierdoor opgelopen mesothelioom. De aangesproken werkgever wees er op zijn beurt op dat betrokkene ook in zijn eigen(familie)bedrijf en bij het onderhoud van zijn panden aan asbest blootgesteld is geweest. In rechte was nog discussie over de vraag of het hier een eerder dienstverband (in een familiebedrijf) of eigen onderneming betrof. Het hof gaat van dit eerste uit en acht dit (blijkbaar) een relevant criterium teneinde te bepalen of art. 6:99 BW al dan niet toepasselijk is. Het dienstverband bij de aangesproken werkgever zag op de periode 1985-2002 (met asbestblootstelling tot 1993), waarbij de asbestblootstelling in het familiebedrijf (welke blootstelling was erkend door betrokkene) ruime tijd daarvoor had plaatsgevonden, evenals het onderhoud aan de panden. De diagnose werd in 2007 gesteld. Gezien de gemiddelde latentietijd, lag volgens de werkgever een oorzakelijke relatie tussen deze beide blootstellingsfactoren en de mesothelioom (meer) voor de hand. Niettemin volgde in eerste aanleg (volledige) veroordeling van de aangesproken werkgever. Ook in hoger beroep oordeelde het hof dat de blootstelling binnen de eerdere werkkring in het familiebedrijf niet aan alternatieve causaliteit ex art. 6:99 BW in de weg staat. Toepassing van dit artikel acht het hof naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar, ook niet met de wetenschap dat de werkgever een (deels) oninbaar verhaalsrisico loopt.

Ik signaleer echter dat de route ex art. 6:99 BW in de praktijk op praktische problemen stuit. Eerdere werkgevers blijken vaak niet meer te bestaan zodat verhaal om die reden al niet meer mogelijk blijkt te zijn. Ook de regresnemende partij kan een verjaringsdiscussie tegemoet zien⁴⁷. Het belangrijkste bezwaar tegen deze route is mijns inziens echter gelegen in het gegeven dat de laatst aangesproken werkgever geen enkele inhoudelijke betrokkenheid heeft met de eerdere dienstverbanden van de benadeelde. Feitelijke informatie (laat staan bewijslevering) over asbestblootstelling, al dan niet getroffen beschermingsmaatregelen, arbeidsomstandigheden, etc. kan de regresnemende werkgever dus niet geven. De benadeelde zal op het moment van regres veelal al overleden zijn, zodat ook hier geen informatie kan worden opgevraagd. Aldus blijkt een verwijzing naar art. 6:99 BW veelal te betekenen dat de aangesproken werkgever de volledige schadelast moet dragen. Hiermee worden langs de band van art. 6:99 BW alle werkgerelateerde risico's uit het gehele arbeidsverleden van de betreffende benadeelde bij een (tamelijk willekeurig) aan te spreken werkgever gelegd. Hiermee wordt feitelijk – voor deze eerdere blootstellingen – een risicoaansprakelijkheid gecreëerd, maar ook een situatie bewerkstelligd waarbij alle werkgevers voor elkaars arbeidsomstandigheden (risico)aansprakelijk zijn.

Het is de vraag of dit niet anders kan en proportionele aansprakelijkheid hier uitkomst kan bieden. Ik meen dat dit zeker een interessante oplossing kan zijn. De juridische grondslag hiervan kan worden gevonden in de toepassing

van het arrest Nefalit/Karamus⁴⁸. Ook daar werd toegekomen aan een proportionele benadering waar sprake was van een ‘dubbele potentiële veroorzaking’, waarvan tenminste één oorzaak in de risicosfeer van de benadeelde lag. Hierbij benoemde de Hoge Raad expliciet “van buiten komende oorzaken” als omstandigheid die voor risico van de werknemer dienden te komen. Ook meer recent heeft de Hoge Raad⁴⁹ zich uitgesproken over de proportionele causaliteit waarbij de mogelijkheid dat de schade door de aangesproken partij dan wel door een andere oorzaak in het leven is geroepen op 50%-50% werd geschat. Hoewel het in de betreffende situatie geen werkgeversaansprakelijkheid betrof, betrof de Hoge Raad in de beoordeling wel uitdrukkelijk het arrest Nefalit/Karamus. Aldus lijkt een opening te worden geboden voor een ruimere toepassing hiervan bij de beoordeling van beroepsziekten. Specifiek voor asbestblootstelling is dit door de Hoge Raad aangenomen in het arrest Hollink/Eternit⁵⁰.

Deze opening kan ook worden gelezen in het arrest Lansink/Ritsma waar de Hoge Raad in r.o. 4.3.2 de – in het kader van een proportionele toerekening – aan de benadeelde toe te rekenen risicofactoren duidt. De Hoge Raad overweegt hiertoe: “onder een oorzaak die voor risico van de benadeelde zelf komt wordt in een geval als het onderhavige verstaan een buiten de uitoefening van de werkzaamheden gelegen omstandigheid die aan de werknemer moet worden toegerekend, zoals roken, genetische aanleg, veroudering of van buiten komende oorzaken. Die laatste drie omstandigheden kunnen de werknemer weliswaar niet worden verweten, maar komen in de verhouding tot de werkgever voor zijn risico”.

Hierbij was het wellicht duidelijker geweest, wanneer de Hoge Raad had gesproken over “deze” werkzaamheden of werkzaamheden “voor de(ze) aangesproken werkgever”, nu dit direct duidelijk had gemaakt dat in een situatie zoals in dit artikel centraal staat – met het door de Hoge Raad genoemde lijstje van aan de werknemer toe te rekenen omstandigheden – niet meer wordt toegekomen aan art. 6:99 BW, althans de risico’s uit eerdere of andere dienstverbanden niet aan de nu aansprakelijk gehouden werkgever kunnen worden toegerekend. Overigens kunnen deze eerdere dienstverbanden als risicofactor ook worden ondergebracht onder de door de Hoge Raad benoemde “van buiten komende oorzaken”. Duidelijk is immers dat de arbeidsomstandigheden bij een eerdere (en in sommige zaken wellicht opvolgende) werkgever buiten het betreffende dienstverband tussen de benadeelde en de aangesproken werkgever zijn gelegen (en hiermee in de verhouding tussen de benadeelde en de aangesproken werkgever voor rekening van de benadeelde komen).

Een proportionele verdiscontering van de ‘kans’ dat de (asbest)ziekte door andere (werk)omstandigheden dan die bij de aangesproken werkgever is veroorzaakt, sluit ook aan bij het systeem van art. 7:658 BW en de hier te hanteren bewijslastvolgorde. Immers, bij de eerste stap – het door de benadeelde te leveren bewijs van voor de gezondheid gevaarlijke omvang van de blootstelling/

arbeidsomstandigheden en de voor deze stap ontwikkelde ‘aansprakelijkheidsdrempel’⁵¹ – is het van belang de diverse mogelijke (werkgerelateerde) oorzakelijke factoren afzonderlijk te beoordelen teneinde de risico’s voortvloeiende uit het dienstverband bij de laatst aangesproken werkgever (en niet die van de gehele bedrijfstak of ver daarbuiten) in kaart te brengen. Juist waar het gaat om deze eerste bewijsrechtelijke stap teneinde te bepalen of de benadeelde de aansprakelijkheidsdrempel over is en “het verband tussen de gezondheidsschade en de arbeidsomstandigheden niet te onzeker of te onbepaald is”, dienen alle andere oorzaken die liggen in de risicosfeer van de benadeelde (en hiermee niet in de risicosfeer van de aangesproken werkgever) te worden geëlimineerd. Een dergelijke exercitie zou zinloos zijn wanneer vervolgens ‘aan het einde van de rit’ de schadelast alsnog volledig (langs de band van art. 6:99 BW) bij die ene aangesproken partij zou worden gelegd.

Het is bovendien de vraag of toepassing van art. 6:99 BW in situaties als de onderhavige nu wel zo voor de hand ligt. Dit artikel bepaalt dat indien schade is ontstaan als gevolg van “twee of meer gebeurtenissen waarvoor een andere persoon aansprakelijk is, en vast staat dat de schade door ten minste één van deze gebeurtenissen is ontstaan” de verplichting tot schadevergoeding op ieder van deze personen rust. Juist in situaties van opvolgende dienstverbanden met (mogelijke) asbestblootstelling staat geenszins vast dat zowel het dienstverband bij de aangesproken werkgever als het voorgaande dienstverband (of dienstverbanden) (zelfstandig) de gezondheidsschade heeft veroorzaakt. Met een mogelijke causale blootstelling gedurende deze opvolgende dienstverbanden is bovendien nog geen aansprakelijkheid van al deze opvolgend werkgevers gegeven. Juist gezien het grote tijdsverloop is het maar zeer de vraag of de diverse werkgevers destijds al aan normen waren gebonden (ter voorkoming van dit gezondheidsrisico) en deze normen geschonden zijn. Wanneer dit niet het geval is, is hiermee niet voldaan aan de belangrijkste voorwaarde om art. 6:99 BW in werking te laten treden. Hierbij zal deze inhoudelijke toetsing (is de eerdere werkgever aansprakelijk?) niet worden beoordeeld in de procedure tussen de benadeelde en de laatst aangesproken werkgever. Dit is eigenaardig, want verwijzing naar art. 6:99 BW zou naar de letter van de wet wel impliceren dat deze aansprakelijkheid (met voldoende zekerheid) vaststaat.

Hoewel art. 6:99 BW met het DES-arrest⁵² een ruimer toepassingsbereik heeft gekregen, heeft dit artikel mijns inziens niet tot doel een discussie te beslechten op het punt van de causaliteit wanneer de ziekte aan een veelheid van oorzaken kan worden toegeschreven. Gelijk A-G Spier benadrukte⁵³, waren er destijds bijzondere redenen om het betreffende arrest te wijzen. Bovendien hebben de DES-fabrikanten en hun verzekeraars een fonds opgericht, dat de gezamenlijke schadelast draagt. In dergelijke situaties is dat nu juist niet het geval: de laatst aangesproken werkgever blijft met een veelal oninbare en soms ook onverzekerde regresvordering achter. A-G Spier waarschuwde er reeds in 2009 voor dat, waar dit het oprekken van art. 6:99

> BW betreft, “het inslaan van die weg kan slechts ellende veroorzaken, al valt thans niet nauwkeurig te voorspellen wanneer en in welke situatie dat het geval zal zijn”. Ook vraagt A-G Spier in zijn conclusie voor London/Delta Lloyd aandacht voor de onwenselijke gevolgen van toepassing van art. 6:99 BW in een situatie waarbij in een reeks van opvolgende dienstverbanden de laatste werkgever – van wie de kans op veroorzaking het kleinst zal zijn – op grond van dit artikel voor de gehele schade zou kunnen worden aangesproken. Hij merkt hierover op: “nog daargelaten de vele praktische problemen – wat is ieders “interne” aandeel bij zoveel onzekerheid – is dit ronduit unfair wanneer de anderen allemaal insolvent zijn” (4.10.2). Tegen deze praktische problemen lopen thans ook de aangesproken werkgevers bij asbestclaims aan.

Gezichtspunten Van Hese/De Schelde nieuwe kelderluikcriteria?

Wanneer in rechte bij de beoordeling van asbestzaken, doch ook breder in het geval van multicausale beroepsziekten⁵⁴, toch onverkorte toepassing van art. 6:99 BW plaatsvindt – hetgeen nog steeds de lijn lijkt te zijn – zouden de in het bovenstaande besproken gezichtspunten uit het arrest Van Hese/De Schelde nogmaals van nut kunnen zijn. Ditmaal om te toetsen of toepassing van art. 6:99 BW – en het hiermee in de praktijk leggen van de volledige schadelast op de laatst aangesproken werkgever – al dan niet in strijd is met de redelijkheid en billijkheid.

Hiertoe springt met name het gewicht van ‘gezichtspunt e’ (heeft de aangesprokene naar redelijkheid nog de mogelijkheid zich tegen de vordering te verweren) in het oog. Ook ‘gezichtspunt g’ (of na het aan het licht komen van de schade binnen redelijke termijn een aansprakelijkstelling heeft plaatsgevonden en een vordering tot schadevergoeding

is ingesteld) acht ik echter niet zonder (praktisch) belang. Veelal heeft de betrokkene geen enkele actie ondernomen om eventuele (regres)rechten jegens voorgaande werkgevers veilig te stellen. Zoals al gesignaleerd, loopt de regresnemende werkgever hier tegen een groot aantal praktische problemen op. Als de werkgevers nog bestaan en te traceren zijn, zullen zij vermoedelijk het gestelde dienstverband betwisten alsmede de door de regresnemer als eisende partij te bewijzen schadelijke arbeidsomstandigheden, etc. Dit had de benadeelde wellicht kunnen voorkomen door – binnen de bij dit gezichtspunt genoemde termijn – zijn rechten (en hiermee bewijsmiddelen) veilig te stellen.

De betreffende gezichtspunten zouden een goed instrument kunnen zijn om te toetsen of ‘toerekening ex. art. 6:99 BW’ van een aansprakelijkheid die eigenlijk niet bij de aangesproken partij thuis hoort, althans niet door die partij veroorzaakt is, de toets van de redelijkheid en billijkheid kan doorstaan. Juist deze toetsing aan de redelijkheid en billijkheid staat immers centraal bij de vraag of de 30-jarige verjaringstermijn al dan niet dient te worden doorbroken. Hier spelen bovendien vergelijkbare problemen: de aangesproken partij wordt geconfronteerd met een gestelde vordering uit een (ver) verleden, het bewijsmateriaal teneinde het verweer inhoud en vorm te geven is veelal in de loop der tijd verloren gegaan, de discussie vindt veelal niet meer met de destijds betrokkene maar diens erven plaats, er bestaat grote onduidelijkheid – ook weer gezien het tijdsverloop – of in het licht van de destijds geldende normen wel sprake is van verwijtbaar gedrag en/of schending van de zorgplicht, etc. Hiermee zouden de gezichtspunten kunnen worden toegepast als de ‘nieuwe kelderluikcriteria’ om tot toerekening van de aansprakelijkheid te komen in deze gecompliceerde rechtsverhouding. ■■■

¹ Dit artikel is een bewerking van het in de Beursbengel 2016, 1 verschenen artikel ‘Ontwikkelingen in de asbestjurisprudentie in vogelvlucht’.

³ Voor meer uitvoerige overzichtsartikelen en analyses, verwijst ik o.a. naar P.T.J. Wolters, ‘Het vaste gewicht van de gezichtspunten van Van Hese/De Schelde’, *AV&S* 2015, 3; M.R. Hebly, ‘Opnieuw de gezichtspuntencatalogus uit Van Hese/De Schelde; een reactie op de analyse van Wolters’, *AV&S* 2015, 22; M.R. Hebly en S.D. Lindenbergh, ‘Doorbreking van de absolute verjaring in geval van mesothelioomclaims: de toepassing van de gezichtspunten uit Van Hese/De Schelde’, *AV&S* 2013, 18.

³ Voor 2015 is het normbedrag € 62.748, zie www.ias.nl.

⁴ De periode tussen de blootstelling aan de asbest en het openbaren van de ziekte mesothelioom, gemiddeld 45 jaar.

⁵ HR 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5635.

⁶ Waarbij het de vraag is in hoeverre de (oud)werkgever bij het ontbreken van gegevens *gemotiveerde* betwisting van het dienstverband kan geven. Meer dan aangeven dat er geen gegevens over deze betreffende periode zijn of de betrokkene niet in de personeelsadministratie voorkomt die is achterhaald, kan men veelal niet.

⁷ Waarbij rechtbanken beantwoording van deze vraag ook wel “ontwijken” door *veronderstellende wijs* aan te nemen dat wel sprake is geweest van een dienstverband (met asbestblootstelling

en vervolgens na toetsing van de verjaring tot de conclusie komen dat de vordering verjaard is en de voorvraag aldus geen beantwoording behoeft, in vergelijkbare zin bijvoorbeeld Rb. Midden-Nederland 23 juli 2014, ECLI:NL:RBMN:2014:1040, r.o. 4.2.

⁸ HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:1721.

⁹ HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:1717.

¹⁰ Dit gezichtspunt wordt door Wolters (*AV&S* 2015, 3) niet gekwalificeerd als een “harde omstandigheid”.

¹¹ In een deelvonnis d.d. 27 maart 2014, zaaknummer 811978/141, rolnummer 1877/12 (niet gepubliceerd), terug te lezen in ECLI:NL:GHDHA:2015:3152.

¹² Hof Den Haag 24 november 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3152, r.o. 4.6, *JA* 2016, 9, m.nt. Hebly.

¹³ P.T.J. Wolters, *AV&S* 2015, 3.

¹⁴ O.a. Hof Den Haag 24 november 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:3152, r.o. 4.9 en 4.15; Hof Den Haag 15 september 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2438, r.o. 4.9., doch ook *Rb. Midden-Nederland* 23 juli 2014, ECLI:NL:RBMN:2014:1040 en 25 september 2013, ECLI:NL:RBMN:2013:4059.

¹⁵ Uiteengezet door Lindenbergh en Hebly in, *AV&S* 2013, 18.

¹⁶ *AV&S* 2015, 3.

¹⁷ ECLI:NL:GHDHA:2015:3152, r.o. 4.10 & 4.15; ECLI:NL:GHDHA:2015:2438.

- ¹⁸ Gebaseerd op HR 17 februari 2006, *NJ* 2007, 285 (Van Buuren Van Swaay/Heesbaan), o.a. uitgewerkt in *Rb. Almelo* 13 oktober 2009, ECLI:NL:RBALM:2009:BK0098; *Rb. Middelburg* 4 juni & 18 juni 2012, ECLI:NL:RBMID:2012:BW8716 & ECLI:NL:RBMID:2012:BW9311; *Rb. Utrecht* 3 februari 2010, ECLI:NL:RBMNE:2010:1508; *Rb. Midden-Nederland*, locatie Utrecht 23 juli 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:3252; Hof 's-Hertogenbosch 27 mei 2014, *NJF* 2014, 304.
- ¹⁹ ECLI:NL:GHDHA:2012:6208; ECLI:NL:GHDHA:2012:6205; ECLI:NL:GHSHE:2012:7010.
- ²⁰ Met het in 1969 van (bedrijfsarts) Stumphius verschenen proefschrift.
- ²¹ Bevestigd in HR 26 november 2004, LJN:AR3138 (*De Jong/Optimodal*), uitwerking onder meer in ECLI:NL:GHDHA:2012:BY6208; ECLI:NL:RBMID:2012:BW9311, r.o. 6; ECLI:NL:GHDH:2011:BP1109, r.o. 14; ECLI:NL:RBROT:2011:BT8484, r.o. 3.3., beschreven door E.H. Hulst, 'De verjaring van Mesothelioom, asbest op zijn slechtst?'; *TGMA* maart 2013.
- ²² J.L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring (diss. VU Amsterdam)*, Deventer: Kluwer, p. 261-262.
- ²³ Met dank aan mr. R. Rutten, advocaat-stagiair bij Van Traa Advocaten N.V.
- ²⁴ A.S. Fransen van de Putte, 'Asbest en de AVB-Verzekering', *AV&S* 2005, 12.
- ²⁵ J.H. Wansink, *De algemene aansprakelijkheidsverzekering*, Deventer: Kluwer 2006, p. 95 ev.
- ²⁶ Nadere uitleg van de drie systemen volgt in de volgende alinea's.
- ²⁷ A.S. Fransen van de Putte, 'Asbest en de AVB-Verzekering', *AV&S* 2005, 12.
- ²⁸ Handboek Personenschade, 2125,2,3, *Het loss occurrence en claims madesysteem*.
- ²⁹ A.S. Fransen van de Putte, 'Asbest en de AVB-Verzekering', *AV&S* 2005, 12 p. 5-6.
- ³⁰ Waartoe (willekeurig) digitaal de polissen van Reaal, AIG, Delta Lloyd, Amlin, Nationale Nederlanden en SNS zijn geraadpleegd.
- ³¹ *AV&S* 2013, 18.
- ³² Hof Den Haag 24 november 2015, ECLI:NL:GHDH:2015:3152, r.o. 4.13.
- ³³ En breder, denk ook aan de discussie of een risico (zoals aanspraken uit hoofde van art. 7:611 BW) al dan niet onder de dekking van de AVB zou moeten worden gebracht.
- ³⁴ Welke termijn door de commissie Hijma als redelijk werd aange-merkt, T. Hartlief, J. Hijma en H.J. Snijders, *Advies over doorbreking van de verjaringstermijn en stelplicht en bewijslast voor aansprakelijkheid*, 2009 en ook in de rechtspraak wordt gevolgd (o.a. ECLI:NL:RBMNE:2014:5507).
- ³⁵ Zie de conclusie van A-G mr. Spier bij HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 431, r.o. 8.20.
- ³⁶ Annotatie van Bloembergen onder *NJ* 2000, 431.
- ³⁷ ECLI:NL:GHDHA:2007:BB0853, 15 maanden tussen diagnose en aansprakelijkstelling.
- ³⁸ ECLI:NL:RBAMS:2007:BA5593 en ECLI:NL:GHAMS:2006:BH4147, 16 maanden tussen bezoek arts/diagnose en aansprakelijkstelling.
- ³⁹ *AV&S* 2013, 18.
- ⁴⁰ ECLI:NL:RBMNE:2015:9064, r.o. 4.5.
- ⁴¹ EHRM 11 maart 2014, EHRC 2014/164 annotatie J.M. Emaus, *RAV* 2014,48, *JA* 2015, 18 annotatie J.P. Quist.
- ⁴² O.a. ECLI:NL:RBMNE:2014:5507; ECLI:NL:RBDHA:2014:13593; ECLI:NL:GHDHA:2015:3152; ECLI:NL:GHDHA:2015:2438.
- ⁴³ Laatste blootstelling na 1 februari 2004.
- ⁴⁴ Welke zelfde oproep men ook ziet waar het de motivering van de omvang van smartengeld betreft.
- ⁴⁵ *JA* 2015, 169.
- ⁴⁶ ECLI:NL:GHARL:2015:9263.
- ⁴⁷ Waarbij de 5-jarige verjaringstermijn dan centraal zal staan en de vraag wanneer die termijn is gaan lopen (moment aansprakelijkstelling door de benadeelde oud-werknemer of datum veroordelend vonnis/arrest).
- ⁴⁸ Hoge Raad 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:6092.
- ⁴⁹ Hoge Raad 14 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:8349.
- ⁵⁰ Hoge Raad 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:6093, waar de werknemer aan longkanker was overleden terwijl er op het werk sprake was geweest van asbestblootstelling. Anders dan in Nefalit/Karamus echter, was geen sprake van een duidelijk aanwijsbare alternatieve oorzaak voor het ontstaan van longkanker, zoals roken. De door de kantonrechter benoemde deskundige schatte de kans dat de longkanker was veroorzaakt door de asbestblootstelling op het werk op zo'n 63,5%. Zowel de kantonrechter als het hof wezen op die basis 63,5% van de schade toe.
- ⁵¹ Zoals af te leiden uit de arresten SVB/Van der Wege en Lansink/Ritsma.
- ⁵² Hoge Raad 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 535.
- ⁵³ A-G Spier in zijn conclusie bij HR 18 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:0873 (London/Delta Lloyd), alinea 4.22.1 e.v., de causale relatie tussen de ziekte en consumptie van de DES-producten stond vast; de setting was bijzonder gezien de grote hoeveelheid producenten; de tijdsetting was anders; waarbij de DES-fabrikanten bovendien een fonds hebben opgericht en zodoende alsnog gezamenlijk de schadelast dragen.

Ethiek in de letselschade: hoe heurt het eigenlijk?

Maar liefst 585 deelnemers waren op vrijdag 29 januari 2016 naar de Beurs van Berlage in Amsterdam gekomen voor het 27e LSA Symposion. Nooit eerder was de belangstelling voor dit congres zo groot geweest. Er werd dan ook een thema behandeld dat elke betrokkene in de letselschadebehandeling raakt, namelijk hoe we met elkaar moeten omgaan. Natuurlijk is er een gedragscode, maar die ligt niet op tafel tijdens de onderhandelingen die professionals met elkaar voeren. Kunnen de omgangsvormen worden verbeterd? Welke gevaren liggen op de loer? Wat kan nog door de beugel en waarmee beland je bij de tuchtrechter? In vijf lezingen en een debat werd geprobeerd een antwoord te vinden op deze en nog andere vragen, die op één basisvraag zijn terug te voeren, namelijk hoe heurt het eigenlijk in de letselschadepraktijk?

Het congres werd geopend door LSA-voorzitter mr. Geertruid van Wassenaer – advocaat bij Van Wassenaer Wytéma Letselschadeadvocaten & Mediation. Zij beantwoordde de hoofdvraag door erop te wijzen dat je de ander, of dat nu een tegen- of medestander is, met respect moet bejegenen. Deugd is alles wat daarvoor nodig is, aldus Van Wassenaer. Zij gaf dit begrip inhoud door bij Aristoteles te rade te gaan, die vier kardinale deugden onderscheidde: moed, maat, verstandigheid en rechtvaardigheid. Van Wassenaer: *“Moed heb je nodig als je iets voor je cliënt wilt bewerkstelligen door paden te betreden die tot dan toe onbegaan waren. Moed heb je ook nodig als je wordt tegengesproken terwijl je denkt dat jouw cliënt gelijk heeft. Het gaat er dan om je hoofd rechtop te houden en door te zetten. Maat zit voor ons natuurlijk in redelijkheid en billijkheid. Het gaat erom de kerstboom van je claim niet zo hoog op te tuigen dat hij omvalt, maar een redelijke claim neer te leggen die aan jouw cliënt recht doet. Op verstandigheid komt het aan als de emoties met je op de loop dreigen te gaan en je je verschrikkelijk aan de ander gaat ergeren. Ga dan niet iets onaardigs zeggen, tel tot tien en houd je verstand erbij. Rechtvaardigheid, de laatste der kardinale deugden, is voor juristen natuurlijk ook de grootste deugd. De rechtvaardigheid ziet er niet alleen op dat je de geschreven en ongeschreven regels van het recht toepast, maar ook dat je jezelf rechtvaardig opstelt.”*

Portalis

De leiding van het congres was in handen van dagvoorzitter mr. Aleid Wolfsen – voorzitter van De Letselschade Raad. In zijn introductie onderscheidde hij drie typen gedrag: de normale omgangsvormen die niet in de wet staan maar stilzwijgend zijn afgesproken, de normen die wel in de wet staan en de rechtszekerheid dienen, en het gedrag dat moreel zo buiten de orde is dat er een straf of tuchtrechtelijke correctie op staat. *“Al dat gedrag en al die ideeën*



zijn natuurlijk in een groot moreel fundament ingebed”, aldus Wolfsen, *“waarover je het grotendeels wel vaak eens bent, maar toch moet er dan over worden gecommuniceerd. Dit alles nu komt vandaag aan bod, in een fraai programma, met gerenommeerde sprekers en een historisch grote opkomst. Completer en mooier kan het eigenlijk niet.”* Wolfsen wist de aanwezigen nog tot een quiz te verleiden, door hen te laten raden uit wiens oeuvre hij een aantal citaten over de rechtspraktijk te berde bracht, maar zelfs bij het juiste antwoord ging bij de meesten nog geen belletje rinkelen. Zo vertrouwd bleek men niet te zijn met de Franse staatsman, advocaat en rechtsgeleerde Portalis (1746-1807), die een van de samenstellers van de Code Civil was. Aansluitend introduceerde Wolfsen de eerste spreker, Lou Snoek, een van de slachtoffers van de cafébrand in Volendam op 1 januari 2001. Bij deze brand kwamen veertien mensen om het leven en raakten zo'n tweehonderd mensen zeer ernstig gewond.

Geld verzacht iets

Lou Snoek was er na de brand slecht aan toe, men vreesde voor zijn leven. Zeven weken lang werd hij in een Belgisch ziekenhuis in coma gehouden om zijn derdegraads brandwonden te behandelen en zo goed mogelijk te laten genezen. Toen hij eind maart uit het ziekenhuis werd ontslagen, wist hij dat hij verder getekend door het leven zou moeten gaan, maar ook dat enkele van zijn maten het niet hadden gered. Snoek vertelde over de competitiedrang in Volendam, die de slachtoffers ertoe aanzette zich zo goed mogelijk voor een snel herstel in te zetten, evenals over het saamhorigheidsgevoel in het dorp, dat in deze zaak behoorlijk complex was. Ook de eigenaar van Café De Hemel was immers een Volendammer. In ieder geval leidde dit saamhorigheidsgevoel ertoe dat in 2004 voor alle slachtoffers, op één na, een collectieve schikking kon worden getroffen. *“Achteraf is dat voor ons allemaal goed geweest”,* aldus Lou Snoek, *“want wij konden daarna onze energie in zaken steken die veel belangrijker waren, namelijk de verwerking en de reva-*

lidatie.” Snoek was door de congresorganisatie gevraagd geen blad voor zijn mond te nemen en zich kritisch uit te laten, indien hij dat wenste, over zijn letselschadeadvocaat, “*maar dat vind ik moeilijk*”, vertelde hij. “*Ik was zestien en met heel andere zaken bezig. Ik was blij dat die zorgen mij uit handen werden genomen. En achteraf gezien hebben we, denk ik, als groep een prima resultaat geboekt. Want waar gaat het nu eigenlijk om? Geld verzacht iets, maar het is niet alles. In Amerika kun je misschien in zo’n zaak 36 miljoen vangen, maar kom je er dan op een goede manier bovenop? Op je lauweren rusten en that’s it, is dat de manier waarop je verder wilt in het leven? Ik in ieder geval niet. Voor de schade die wij hebben geleden hebben we genoegdoening gehad en daarna konden we weer onze blik vooruit richten. Ik heb het nog aan een lotgenoot gevraagd, of hij een punt van kritiek had, maar ook hij had de manier waarop het is gegaan als zeer prettig ervaren, met letselschadeadvocaten die terughoudend waren en op de achtergrond bleven. Als u mij vraagt hoe het hoort, kan ik u zeggen dames en heren: zo hoort het!*”

Relevante belangen

Onder de titel ‘Vechten met fluwelen handschoenen’ besprak jhr. mr. Toon Huydecoper – nu gepensioneerd maar in het verleden onder meer deken van de Nederlandse Orde van Advocaten en advocaat-generaal bij de Hoge Raad, een aantal heikele kwesties in het gedrag van de letselschadeadvocaat. Openheid, begrip voor de wederpartij, eenzijdige belangenbehartiging, de onredelijke opstelling van de cliënt, het interne conflicterende belang van de verzekeraar en de spanning tussen praktijk en principe waren enkele van de thema’s die Huydecoper in zijn lezing aan de orde stelde. “*Hoe hoort het nu?*” zo vroeg ook hij zich af. “*Het antwoord is eenvoudig en moeilijk tegelijk. Eenvoudig, want per saldo moet de advocaat gewoon met alle relevante belangen rekening houden en in het belangenveld telkens afwegingen maken. Hij moet dus de materiële en immateriële belangen van de cliënt in kaart brengen, onder ogen zien welke belangen de cliënt zelf kan en wil beoordelen en waar het op de weg van de advocaat ligt om hem daarbij te helpen. Hij moet inschatten in welke mate het belang van andere betrokkenen respect verdient, met inachtneming van een eventuele extra marge waartoe de eigen cliënt gehouden is. Evenzo moet hij taxeren wanneer belangen van een cliënt ophouden legitiem te zijn, bijvoorbeeld als het gaat om het inwinnen van informatie of om het tijdig delen van informatie met de wederpartij. Het maken van dit soort afwegingen is dagelijks werk voor de advocaat. Wel is hij daarbij in sterke mate op zichzelf aangewezen – de gedachte om het maar aan de rechter over te laten, helpt hier maar zelden.*”

Status aparte

Prof. mr. Mop van Tiggele-van der Velde – hoogleraar Verzekeringsrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en aan de Radboud Universiteit Nijmegen, besprak de consequenties van fraude aan de kant van het ‘gevonden slachtoffer’. Als een verzekerde zijn verzekeringsmaatschappij misleidt of als hiervan een vermoeden bestaat, zal de maatschappij onderzoek doen en, wanneer de fraude is

vastgesteld, sancties nemen. In het algemeen kan worden gesteld dat het recht op uitkering in zo’n situatie geheel vervalt. Maar hoe zit het als de frauderende partij niet een eigen verzekerde is, maar een ‘gevonden’ slachtoffer? Van Tiggele betoogde in haar lezing dat de verzekeraar dan maar weinig kan doen. “*Mijns inziens geldt voor de frauderende benadeelde in dat geval een status aparte*”, zo zei ze. “*En die is ingegeven door diens eigen, buitencontractuele positie in de verhouding tussen benadeelde, verzekerde en verzekeraar. Het gevonden slachtoffer kent een grotere vrijheid en kan een poging tot fraude doen zonder verder te worden gestraft dan voor het deel waarop de fraude ziet. Het is een onderscheid dat een verzekeringsjurist in beginsel niet zoekt, want het ‘fraude kan en mag niet’-gevoel kleurt de materie sterk. Tegelijkertijd moet worden bedacht dat de zware sanctie ex art. 7:941 lid 5 BW in de kern haar grondslag vindt in het vertrouwen dat aan de basis van de verzekeringsovereenkomst ligt. Die toevallige ontmoeting van het gevonden slachtoffer en de dader maakt niet dat die zware sancties ook voor dat slachtoffer hebben te gelden. Zouden we met z’n allen menen dat dit anders was, dan is een rol voor de wetgever weggelegd en dient de beperking die de bepaling ex art. 7:941 lid 5 BW kent, te worden heroverwogen.*”

Op emotie sturen

Communicatie, de kracht van verbinding, was het thema dat aan de orde werd gesteld door mr. Gert-Jan Hoitink – mediator, conflictmanager en personal coach bij Reset Partner. Hij besprak de rafelige aspecten van communicatie, terwijl toch doorgaans iedereen het erover eens is hoe het eigenlijk hoort (respectvol met elkaar omgaan, openheid en eerlijkheid, onderling vertrouwen, overleg in harmonie enzovoort). Het probleem zit hem in de ‘onderstroom’ bij het communiceren, waarin sprake is van weerstand en blokkerende emoties in de onderlinge relatie. Hoitink besprak in dit verband de emotieleer van Nico Frijda, de werking van het limbische systeem en de cortex in de hersenen en de impact van non-verbale communicatie. Essentieel bij dit alles is hoe je met de emoties van de ander in communicatie omgaat. “*Er zijn allerlei tools om dat te leren*”, aldus Hoitink. “*Als ik met mensen in gesprek ga, stuur ik alleen maar op emotie. Daar haal ik uit waar het voor die persoon om gaat. Het effect daarvan is dat de ander zich gehoord en begrepen voelt. Bij advocaten is het een misvatting dat als je in de emoties van de ander meegaat, je die ander gelijk geeft. Maar dat is niet het geval. Sturen op emotie, het teruggeven van gevoel, is een belangrijke interventie zonder een eigen waardeoordeel te geven. Je geeft aan te begrijpen wat voor de ander belangrijk is en voegt daaraan toe wat voor jou belangrijk is. Dan heb je de kaart volledig ingekleurd en kun je oplossingsgericht verder.*”

Aan levensgeluk bijdragen

Over de prijs van schade en de waarde van recht ging de lezing door dr. Ad Verbrugge – universitair hoofddocent aan de VU in Amsterdam, waar hij Sociale en Culturele Filosofie en Filosofie van de Economie doceert. In zijn betoog kwam Verbrugge uit op een songtekst van The Rolling Stones: *You can’t always get what you want, but*

> *if you try sometimes, well you just might find you get what you need. "Wat iemands behoefte is, hoeft niet altijd datgene te zijn wat hij ook wil", aldus Verbrugge. "De wens van het slachtoffer hoeft niet altijd het goede te zijn voor het slachtoffer, hoe paternaliserend dit ook klinkt. U kunt namelijk ook iemands wensen exploiteren, waarbij niet meer duidelijk is of dat wat hij wenst, nu wel goed voor hem is. Zo kan dat traject onderdeel worden van een onvermogen – en ik denk dat dit ook breder in onze cultuur aan de orde is – om met toeval om te gaan, om met de eindigheid van het leven om te gaan, om met het noodlot om te gaan, waarbij we altijd willen beschuldigen en de ander willen aanwijzen. De ander moet het voor ons oplossen. Sterker nog, we krijgen een masochistische neiging: we willen dat de ander gestraft wordt. En de fixatie op het eigen leed kan leiden tot een verlies aan levensvreugde: ik zie alleen maar het onrecht dat men mij heeft aangedaan, ik word alleen maar slachtoffer, ik kom vast te zitten in het verdriet, ik ga een traject in waarin ik vooral daarmee bezig ben, ik zit enorm vast aan het verleden, kortom, ik krijg een blikvernauwing, ik zie eigenlijk geen toekomst meer en ik blijf, om met Kübler-Ross te spreken, vooral in de tweede en eventueel derde fase van de rouwverwerking zitten, namelijk in de woede dan wel de onderhandeling om er nog het beste uit te slepen. En ik bereik eigenlijk niet dat waar het om gaat, een verzoening met datgene wat de nieuwe situatie is, mijn vrijheid om mijn leven voort te zetten met datgene wat er heeft plaatsgevonden. En dat is zeker het geval wanneer het slachtoffer met valse verwachtingen een traject ingaat. Kortom, en dit klinkt moralistisch en zo is het ook bedoeld, een onderdeel van uw beroepspeer*



dient te zijn de gerichtheid om het verdere leven van het slachtoffer weer zin te geven, de gerichtheid niet alleen om recht te doen en genoegdoening te bereiken, maar ook om een bijdrage te leveren aan het levensgeluk van uw cliënt."

Debat

Het laatste onderdeel van het LSA Symposium was een debat tussen mr. Jacqueline Meyst – partner/vennoot bij Van Benthem & Keulen en mr. Marco Zwagerman – advocaat bij Beer advocaten, onder leiding van Jort Kelder – journalist en presentator. Jacqueline Meyst treedt in haar praktijk uitsluitend in opdracht van verzekeraars op en Marco Zwagerman uitsluitend in opdracht van slachtoffers. Jort Kelder probeerde die tegenstelling vanzelfsprekend uit te vergroten, "maar de relaties zijn in de afgelopen tien jaar echt veel beter geworden", stelde Marco Zwagerman. "Door de diverse codes is het echt wel zo dat verzekeraars veel meer in overleg willen treden en ook nadenken over wat voor het slachtoffer belangrijk is. Ook is het besef gekomen dat een ruim gebaar in het begin van een zaak, in de zin van een erkenning van het slachtoffer en een ruim voorschot, veel goed doet aan het verdere verloop van die zaak." Het debat werd gevoerd aan de hand van stellingen, waarvan er één door beiden werd onderschreven, namelijk dat letselschadezaken alleen door deskundigen met een diploma mogen worden behandeld. Zwagerman: "Ik sta daar helemaal achter. Ik vind dat je niet gewoon een bord op de deur kunt spijkeren met letselschadespecialist erop. Wij advocaten moeten daar een zware opleiding voor doen, de Grotiusopleiding, die wat mij betreft voor iedereen verplicht wordt gesteld. Het gaat immers om zeer fundamentele belangen. Mensen zijn in hun gezondheid aangetast en daar hoort dus een heel goede rechtshulp bij." Jacqueline Meyst: "Als ik met een LSA-advocaat krijg te maken, denk ik: gelukkig. Dan kun je tenminste normaal met elkaar praten. Maar bij sommige belangenbehartigers denk ik wel eens: arm slachtoffer. Het is dan moeilijk elkaar te begrijpen, er gaat kostbare tijd verloren en de zaak wordt lang niet altijd goed opgelost." Andere stellingen, met name die waarin werd gesteld dat medische informatie wederzijds verplicht toegankelijk moet zijn, leverden voldoende tegengestelde meningen op voor een levendig debat, als afsluiting van een eveneens levendig en boeiend LSA Symposium.

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
 en John Körver, cartoonist
 Creatie : Elan Strategie & Creatie, Rijswijk
 Realisatie : Quantes, Rijswijk