



Personenschade Instituut
van Verzekeraars
Expertise in letselschade

PIV Bulletin

Startsein gedragscode Beroepsziekteclaims

pagina 46

Heeft verweer zin?

pagina 11

Loont fraude?

pagina 20

#3

Een interview met...

Marjoleine van der Zwan & Armand Blondeel

pagina 2-3

Jurisprudentie

▲ Shaken Baby-arrest

– Johanathan Overes en Petra Oskam

pagina 5-10

▲ Heeft verweer zin?

– Daphne Gouweloos en Daniëlle van den Dungen

pagina 11-19

▲ Loont fraude? – Chris van Dijk

pagina 20-25

PIV prestaties

Activiteiten PIV

pagina 26-27

Leren en Inspireren (best practices)

▲ Het EVRM en Behandeling van personenschadeclaims

– Laurien Dufour

pagina 28-32

▲ Het Michigan Model – Evelien Engelhard

pagina 33-37

Opinie

Beperking looptijd – Veneta Oskam

pagina 38-45

Actueel

Verslag startbijeenkomst gedragscode beroepsziekten

– Peter van Steen

pagina 46-49

In Memoriam

▲ In memoriam Eric Gerritsen – Armand Blondeel

pagina 50

▲ In memoriam Hans van Wees – Jenny Polman

pagina 51

In het veld/ Uit het veld

▲ PIV organisatie

pagina 51

Bijlage

▲ Literatuurverwijzing

pagina 52-55

Het PIV Bulletin is een uitgave van het PIV over nieuws en feiten in de wereld van letselschade.

Het PIV Bulletin wordt kosteloos verstrekt aan deelnemers en relaties van het PIV. Het PIV (Personenschade Instituut van Verzekeraars) is het Personenschade Instituut dat in 1998 is opgericht voor en van verzekeraars. Het PIV wil samen met haar deelnemers het leed door letsel voor slachtoffers en hun naasten zoveel mogelijk beperken.

Redactie

Armand Blondeel (a.s.r.) | Voorzitter
Hieron van der Hoeven (Allianz Benelux)
Astrid Ales (a.s.r.)
Rob de Groot (NN)
Edwin Lantinga (Medirisk)
Linda van der Meijden
(Nh1816 Verzekeringen)
Aernout Santen (Centramed)

Eindredactie

Camilla Gerding

Redactieadres

Het PIV Bulletin wordt met veel zorg vervaardigd, en is afhankelijk van schrijvers uit de branche. Is u iets opgevallen, of wilt u iets schrijven? Mail uw reactie aan: stichtingpiv@verzekeraars.nl

'Richtlijnen voor schrijvers' staan op www.stichtingpiv.nl

Ontwerp en opmaak

3MegaWatt.nl

Oplage

1.200

Stichting PIV

Bordewijklaan 2
2591 XR Den Haag
(070) 333 88 75

www.stichtingpiv.nl



Armand Blondeel | NIVRE Register Expert (li.)
Marjoleine van der Zwan | Directeur PIV (re.)

Een interview met... Marjoleine van der Zwan & Armand Blondeel

Een nieuwe rubriek in het PIV Bulletin. En jullie bijten het spits af. Kunnen jullie jezelf – in relatie tot het PIV Bulletin – kort introduceren?

Armand: "Ik ben al jaren voorzitter van de redactieraad van het PIV. In 1996 begonnen als teamjurist op de letselschade-afdeling bij AMEV, een van de voorlopers van het huidige a.s.r. Sinds 2006 voor a.s.r. werkzaam in de buitendienst als NIVRE Register Expert. Vanaf de start in 1998 betrokken geweest bij het PIV. Bij het PIV Bulletin vanaf nr 1998/01 (alleen het vermaarde "nulnummer" gemist derhalve). Verder als docent betrokken bij de PIV Opleiding, bij PIV werkgroepen en bij de tweede PIV Publicatie, fiscale aspecten Personenschade."

Marjoleine: "Vanuit mijn rol als directeur ben ik natuurlijk betrokken bij de hervorming van het PIV Bulletin. Het PIV Bulletin is namelijk een van de meest geliefde producten van het PIV. Zo blijkt ook uit het leden onderzoek dat we in mei 2018 hebben uitgevoerd. Een groot compliment voor de redactieraad en Armand als voorzitter, de auteurs en het team van het PIV die al jaren dit bulletin zo goed 'in de markt zetten.'"

| Het PIV Bulletin bestaat sinds 1998, inmiddels al 20 jaar, waarom nu de verandering?

Armand: "Ruim tien jaar na het eerste nummer veranderde de opmaak van het Bulletin al eens eerder. Nu weer een decennium

"...ondanks de opkomst van internet willen toch veel vakmensen het Bulletin graag fysiek blijven ontvangen, omdat vooral een vakblad op papier fijner leest."

verder is dus een goede gelegenheid om het Bulletin weer aan het huidige tijdsbeeld aan te passen. Toen we in 1998 begonnen was het Bulletin het eerste en belangrijkste communicatiemiddel van de Stichting PIV naar buiten toe, waarmee de gehele letselschademarkt werd bereikt. Van de letselschade-afdelingen van verzekeraars, tot de belangenbehartigers, rechters, academie en wetgever en politiek. Inmiddels zijn allerlei andere media opgekomen, PIV heeft een goed ingerichte website en we hebben PIV Kennisnet. Daarmee verandert ook de rol van een Bulletin. Wat wel leuk is, is dat ondanks opkomst van internet toch veel vakmensen uit alle hierboven genoemde geledingen het Bulletin graag fysiek willen blijven ontvangen, omdat vooral een vakblad op papier fijner leest. Als schaderegelaar is het ook altijd weer leuk om het Bulletin bij de belangenbehartigers op de leestafel en in de boekenkasten aan te treffen.

Tevens vindt er momenteel een complete opfrissing van de PIV huisstijl plaats, waarvan het Bulletin dus onderdeel uitmaakt. ▲

Het leven is verandering, de letselschaderegeling is ook voortdurend in beweging, zowel qua vakgebied als qua mensen die het vak uitoefenen. Het is al met al goed om te proberen met de tijdgeest mee te blijven gaan. Last but not least mag een nieuwe PIV voorzitter haar eigen huis naar eigen smaak inrichten. Zelfs het Witte Huis in Washington ziet er onder een nieuwe president ook steeds anders uit qua inrichting."

| Wat waren de belangrijkste uitgangspunten voor de hervorming van o.a. het nieuwe PIV Bulletin?

Marjoleine: "Het PIV is het expertise en innovatieplatform voor letsel van de aangesloten schadeverzekeraars. We leveren allerlei producten, diensten en organiseren evenementen voor deze verzekeraars en hun ketenpartners. De waarde van dit platform groeit als je kennis met elkaar deelt en nieuwe kennis ter inspiratie aanbiedt. Hierin kon het PIV zich nog ontwikkelen. Het PIV kende natuurlijk haar jaarconferentie, de actualiteitencolleges, het PIV Bulletin, de management-letter, de wekelijkse nieuwsbrief, onze website/ kennisnet. Al deze belangrijke communicatiemiddelen stonden compleet los van elkaar.

Met de hervorming willen we graag deze middelen met elkaar verbinden om onze boodschappen en waardevolle informatie krachtiger naar buiten te brengen. Dat lukt het beste als je daarmee de juiste doelgroepen bereikt en de juiste vorm kiest. Het is bijvoorbeeld een gegeven dat jongeren meer digitale vormen gebruiken. Daarom willen we bijvoorbeeld nu ook het PIV Bulletin in digitale vorm aanbieden. Wij denken met de nieuwe vorm meer mensen te bereiken, jong en oud, PIV-deelnemers, onze ketenpartners (bijzondere deelnemers) en zelfs nog geen PIV-deelnemers en overige letsel-geïnteresseerden zoals de ambtenaren van het ministerie, rechters en de wetenschap. Nogmaals; we komen niet aan het DNA, die is van hoge kwaliteit. We verbreden naar een meer eigentijdse vorm, die het PIV Bulletin voor iedereen aantrekkelijk en toegankelijk maakt."

| Armand, je bent al lang bij het Bulletin betrokken. Wat vind jij de beste verandering aan de nieuwe bladformule?

Armand: "Het is goed om te proberen het blad leesbaarder en overzichtelijker te maken voor de lezers. Ook goed is het om te proberen de jongere generatie lezers betrokken en geïnteresseerd te houden. We zullen een balans moeten zien te vinden tussen het brengen van interessant algemeen vaknieuws op een moderne wijze en het vaststaande feit dat diverse juridische aangelegenheden op een juridisch juiste wijze over het voetlicht worden gebracht. Elke vakman en vrouw dient zich te realiseren dat investeren in verdieping in de vakbeginselen wel verplichte kost is om het vak goed te kunnen uitoefenen."

| Marjoleine, waar ben je bijzonder trots op in het nieuwe PIV Bulletin?

Marjoleine: "De krachtige juridische inhoud blijft natuurlijk behouden, maar wordt in een iets toegankelijker vorm gepresenteerd. Het is een aantrekkelijk blad geworden met een nieuwe huisstijl, meer inzicht in de activiteiten van het PIV, een gestructureerde lay-out door het gebruik van rubrieken, beeld en ruimte, en natuurlijk een thematische insteek per nummer. Wij denken dat we hiermee de huidige en toekomstige lezers nog beter te bereiken."

| Wat was de grootste uitdaging bij de totstandkoming van het nieuwe PIV Bulletin?

Armand: "Er is nog steeds een grote uitdaging en die is erin gelegen dat we voldoende vrijwilligers met voldoende tijd nodig hebben om het blad draaiend te kunnen houden. Er is behoefte aan nieuwe aanwas om alle wensen structureel te kunnen realiseren. Er is dus ruimte voor enthousiaste collega's om het redactieteam te komen versterken."

"...er is dus ruimte voor enthousiaste collega's om het redactieteam te komen versterken."

| Het nieuwe PIV Bulletin gaat nu met themanummers werken. Wat is het thema van dit Bulletin?

Armand: "Diverse bijdragen van dit nummer geven de lezer/ dossierbehandelaar hele nuttige 'handvatten voor de dagelijkse dossierbehandeling'. Misschien moeten we het dat thema dus geven."

| Wat kunnen we in de toekomst van het PIV Bulletin verwachten?

Armand: "De frequentie van 4 x per jaar blijft behouden, maar de intentie voor de nieuwe opzet is om elk Bulletin met een nieuw thema komen."

Marjoleine: "Het hierna volgende nummer zal het thema 'Affectieschade' hebben, omdat de nieuwe wet per 1 januari 2019 van start gaat. Dit is natuurlijk een belangrijk onderwerp voor onze lezers, dus daar besteden wij extra aandacht aan."





door **Petra Oskam en Jonathan Overes**
| advocaten bij Kennedy Van der Laan

Het Shaken Baby-arrest: de Hoge Raad spreekt zich uit over de Opzetclausule AVP 2000¹

Inleiding

Op 13 april 2018 heeft de Hoge Raad een belangrijke uitspraak gedaan voor de letselschadebranche. Het arrest gaat over de uitleg van de Opzetclausule AVP 2000. Deze standaard dekkingsuitsluiting wordt door het Verbond van Verzekeraars aanbevolen voor Aansprakelijkheidsverzekeringen voor Particulieren (AVP) en is door verzekeraars veelvuldig – in enigerlei vorm – overgenomen. Centraal staat de volgende tekst uit de Opzetclausule AVP 2000:²

“Niet gedekt is de aansprakelijkheid:

- van een verzekerde voor schade veroorzaakt door en/of voortvloeiende uit zijn/haar opzettelijk en tegen een persoon of zaak gericht wederrechtelijk handelen of nalaten.”

De Opzetclausule AVP 2000 geeft daarmee een andere opzetsluiting dan die uit het Burgerlijk Wetboek, dat in art. 7:952 BW bepaalt: “De verzekeraar vergoedt geen schade aan de verzekerde die de schade met opzet of door roekeloosheid heeft veroorzaakt.” Deze wetsbepaling is van regelend recht zodat daarvan in een verzekeringsovereenkomst mag worden afgeweken, zoals bij de Opzetclausule AVP 2000. Die clausule is in 2000 door het Verbond van Verzekeraars geïntroduceerd, maar riep in de praktijk de afgelopen achttien jaar veel vragen op over de toepassing ervan. In het Shaken Baby-arrest van 13 april 2018 spreekt de Hoge Raad zich voor de eerste keer uit over de Opzetclausule AVP 2000. De Hoge Raad pakt het gelijk grondig aan. Wij zullen dit arrest hier bespreken en becommentariëren. Over dit arrest valt veel te zeggen. Wij zullen ons beperken tot de belangrijkste punten. Voor een goed begrip van het arrest en het belang ervan zullen we wel allereerst kort stilstaan bij de

achtergronden van de Opzetclausule AVP 2000.

“De verzekeraar vergoedt geen schade aan de verzekerde die de schade met opzet of door roekeloosheid heeft veroorzaakt.” art. 7:952 BW

Het theoretisch kader: de opzetladder

Allereerst kort een theoretisch kader. Om de Opzetclausule AVP 2000 te kunnen begrijpen, moet men eerst begrijpen wat ‘opzet’ eigenlijk is. Het gaat hier om wat opzet juridisch gezien inhoudt, en dat is vooral in het strafrecht tot ontwikkeling

gekomen. Het verzekeringsrechtelijk opzet borduurt daarop voort.³ Traditioneel worden er zowel in het strafrecht als in het verzekeringsrecht drie vormen van opzet onderscheiden. Deze vormen kun je denkbeeldig onder elkaar zetten in een zogenaemde 'opzetladder'.

- Het meest vergaand is opzet als oogmerk: daarvan is sprake als het ingetreden gevolg van een bepaalde gedraging het daadwerkelijke doel was van die gedraging.
- Daaronder opzet als zekerheidsbewustzijn: het ingetreden gevolg was niet het doel van een bepaalde gedraging, maar dat het gevolg (eveneens) zou intreden, was wel zeker.
- Als derde opzetvorm voorwaardelijk opzet: het ingetreden gevolg was niet het doel van een bepaalde gedraging of een zeker gevolg daarvan, maar de dader stelde zich wel willens en wetens bloot aan de aanmerkelijke kans dat dit gevolg zou intreden. Dit voorwaardelijk opzet is ontwikkeld om tot bewijs van opzet te komen wanneer de dader opzet ontkent.

Onder deze drie opzetvormen liggen de lichtere schuldvormen, die de 'ladder' onderaan afmaken:

- Roekeloosheid of grove schuld: ook wel 'aan opzet grenzende verwijtbaarheid'; er is dan wel sprake van een aanmerkelijke kans op schade, maar die is niet willens en wetens door de dader aanvaard. Bijvoorbeeld omdat de dader die kans niet kende of deze onderschatte.
- Merkelijke schuld en tot slot (gewone) schuld. Deze laatste twee schuldvormen zijn voor dit artikel niet relevant.

Belangrijk is dat deze hele opzetladder toeziet op opzet/schuld welke gericht is op het gevolg. Dit element keert nadrukkelijk terug in de discussie over de Opzetclausule AVP 2000 en het Shaken Baby-arrest.

Het historisch kader: het Aegon/Van der Linden-arrest uit 1998

Daarnaast een kort historisch kader, nu de Opzetclausule AVP 2000 een

belangrijke en woelige voorgeschiedenis kent. Belangrijk is dat de clausule een reactie was vanuit verzekeraars op het Aegon/Van der Linden-arrest van de Hoge Raad uit 1998.⁴ Dat arrest ging over de voorloper van de Opzetclausule AVP 2000 (de Opzetclausule AVP 1980), die luidde:

“Uitgesloten is de aansprakelijkheid van een verzekerde voor schade, die voor hem het beoogde of zekere gevolg is van zijn handelen of nalaten.”

Centraal stond daarin het opzet op het ingetreden gevolg: dát moest voor de dader (de verzekerde) beoogd of zeker zijn. Duidelijk was dat daarmee opzet als oogmerk en opzet als zekerheidsbewustzijn werd uitgesloten en dat voorwaardelijk opzet gedekt bleef. Duidelijk was ook dat het opzet in beginsel subjectief moest worden ingevuld: het moest gaan om de persoonlijke en innerlijke belevingswereld van de dader (“voor hem”): wat ging er in het hoofd van de dader om tijdens de gedraging?

De (zware) bewijslast daarvan lag bij verzekeraars, maar de verwachting was dat rechters de verzekeraars tegemoet zouden komen door de opzetclausule min of meer geobjectiveerd – dat is: geabstraheerd van de innerlijke belevingswereld van de specifieke dader – uit te leggen. Die geobjectiveerde uitleg werd aangereikt door de Leidse hoogleraar Mendel met zijn zogenaemde categoriebenadering. Die hield kortweg in dat niet vereist was dat de dader het specifiek ingetreden gevolg (letsel- of zaakschade) beoogd of als zeker aanvaard had, maar dat al voldoende was dat dit gevolg objectief gezien te verwachten was bij de betreffende gedraging.⁵ Die benadering werd echter door de Hoge Raad afgewezen in het Aegon/Van der Linden-arrest. Het ging in die zaak om een caf  ruzie waarbij Van der Linden in het gezicht werd geslagen en getrapt en daardoor onder meer blind werd aan zijn rechteroog. De Hoge Raad hield het oordeel in stand dat Aegon, de aansprakelijkheidsverzekeraar van de dader, geen beroep kon doen op de opzetuitsluiting (AVP 1980) om de reden dat niet

was aangetoond dat de dader tijdens de mishandeling het specifiek ingetreden (oog)letsel beoogd of als zeker aanvaard had. Deze uitkomst – het dekking moeten bieden voor mishandeling – leidde tot veel onrust bij verzekeraars, die zich wilden weren tegen deze (zeer) subjectieve benadering. Uit deze nood is de huidige Opzetclausule AVP 2000 geboren.

De (nieuwe) Opzetclausule AVP 2000

In reactie op het Aegon/Van der Linden-arrest kwam het Verbond van Verzekeraars met de Opzetclausule AVP 2000, waarbij het over een geheel andere boeg werd gegooid. Het opzet werd niet langer meer gekoppeld aan het gevolg (zoals bij de gebruikelijke 'opzetladder'), maar blijkens de bewoordingen ervan voortaan aan de gedraging zelf. De opzetladder werd dus in wezen achtergelaten voor een geheel andere systematiek. Het Verbond van Verzekeraars publiceerde hierbij een Toelichting, waarin onder meer werd aangegeven (p. 3):

“Het belangrijkste aspect in de nieuwe clausule is de koppeling van het opzet aan de gedraging zelf en niet meer aan het gevolg van de gedraging. Het opzettelijk karakter van een gedraging moet uit de gedraging zelf afgeleid worden.”

De specifieke (subjectieve) intenties van de dader bij die gedraging zouden voor het vereiste opzet dus niet (meer) ter zake doen.

Voor al de Toelichting heeft naar onze indruk eerder geleid tot verwarring dan tot een eenduidig begrip van de Opzetclausule AVP 2000.⁶ Zo staat in de Toelichting (p. 4):

“De wijziging van de opzetclausule beoogt niet een breuk met het verleden, maar wil slechts aanpassing van het dekking bereik als gevolg van

een door verzekeraars als ongewenst beschouwde trend in de rechtspraak"

en (p. 2):

“daarbij is ernaar gestreefd zoveel als mogelijk recht te doen aan de oorspronkelijke bedoeling van de opzetclausule”.

Daaruit is in de literatuur en rechtspraak wel geconcludeerd dat het de bedoeling was gebleven om alleen opzet als oogmerk en zekerheidsbewustzijn uit te sluiten en dat voorwaardelijk opzet dus gedekt bleef.⁷ Ons inziens was die conclusie – die in de rechtspraak meestal ook niet gevolgd werd – echter onterecht, kort gezegd omdat de wijziging dan zinloos zou zijn, door verzekeraars juist een uitbreiding van de uitsluiting werd beoogd⁸ en bij voorwaardelijk opzet altijd sprake is van een opzettelijke gedraging.⁹ Om die reden menen wij dat voorwaardelijk opzet door de Opzetclausule AVP 2000 (nu) wél is uitgesloten.

Verder kwam het een eenduidige toepassing niet ten goede dat uit de Toelichting volgt dat de toepassing van de Opzetclausule AVP 2000 (voornamelijk) is overgelaten aan een (eigen) afweging van de verzekeraar (p. 4):

“Het zal niet te vermijden zijn, dat over de interpretatie van de clause discussie mogelijk blijft. (...) Het is aan verzekeraars om de clause redelijk toe te passen. Tegen deze achtergrond moet de nieuwe clause worden gelezen én gehanteerd. Telkens zal van geval tot gevolg een zorgvuldige afweging gemaakt moeten worden”.

Veel duidelijkheid biedt dit alles niet, terwijl er veel afhangt van deze dekkinguitsluiting. Bovendien wijst de Toelichting evenzeer op het belang van dader- en slachtofferbescherming als op het belang dat crimineel gedrag niet door een verzekering wordt gedekt,

terwijl beide belangen veelal een andere kant op wijzen, en laat de Toelichting de concrete toepassing voor een concreet geval verder open.

Tot slot was een ander twistpunt in de rechtspraak en literatuur of het vereiste opzet (ook) op de wederrechtelijkheid van de gedraging zag.¹⁰ Ons inziens moest die vraag ontkennend beantwoord worden, kort gezegd omdat het voegwoord “en” tussenbeide staat en de term “wederrechtelijk” blijkens de Toelichting (p. 3) slechts was opgenomen ter onderscheid van het strafrecht.

De Shaken Baby-zaak

Na 18 jaar kreeg de Hoge Raad de kans om zich over de Opzetclausule AVP 2000 uit te spreken. De feitelijke aanleiding was ronduit tragisch. Kortweg was de situatie dat een vader zijn vijf maanden jonge baby meermalen hard heen en weer had geschud, waardoor de baby ernstig en blijvend hersenletsel had opgelopen (het Shaken Baby Syndroom). De vader werd strafrechtelijk veroordeeld voor het veroorzaken van zwaar lichamelijk letsel door schuld (art. 308 Sr). Van de opzetdelicten (poging tot doodslag, en zware mishandeling) werd hij echter vrijgesproken, omdat niet was gebleken dat de vader de kans op het doden of toebrengen van zwaar letsel van zijn zoon tijdens de gedraging op de koop toe genomen had (geen voorwaardelijk opzet). Verder werd de vader sterk verminderd toerekeningsvatbaar verklaard, onder meer nu zijn handelen waarschijnlijk toe te schrijven was aan diens syndroom van Asperger. De vraag was vervolgens of Reaal, de aansprakelijkheidsverzekeraar van de vader die aangesproken werd door de moeder namens de baby, dekking kon weigeren omdat sprake zou zijn van een ‘opzettelijk en tegen een persoon gericht wederrechtelijk handelen’ van de vader in de zin van de Opzetclausule AVP 2000.

Volgens het Gerechtshof te Den Haag was bij de vader (slechts) sprake van aanmerkelijk onvoorzichtig handelen en leverde dit geen opzet in de zin van de opzetclausule op, gezien ook het straf-

vonnis dat bij de vader van opzet geen sprake was. Het hof verwierp bovendien het standpunt van Reaal dat opzet op de wederrechtelijkheid niet vereist was. Reaal stapte vervolgens naar de Hoge Raad, daarbij kort gezegd stellend dat het hof hiermee onder meer miskent dat het bij de huidige opzetclausule niet ging om opzet op het gevolg noch op de wederrechtelijkheid, maar slechts om opzet op de gedraging, en dat daarvan sprake was.

Advocaat-generaal Van Peursesem adviseerde het cassatieberoep van Reaal te verwerpen, waarbij hij onder meer aanvoerde dat voorwaardelijk opzet zijns inziens (ook) in de huidige opzetsluiting niet was uitgesloten en dat het hier ging om een culpoos (schuld)delict waarvan het niet bedoeld of wenselijk was om dit van dekking uit te sluiten. De conclusie van A-G Van Peursesem zullen wij verder niet bespreken, al was het maar omdat de Hoge Raad vooral een eigen koers vaart.

Het oordeel van de Hoge Raad: de vijf voorwaarden voor de Opzetclausule AVP 2000

De Hoge Raad begint zijn oordeel met een uitvoerige inleiding. In het tweede en grootste gedeelte van die inleiding (r.o. 3.5.1-3.5.10) geeft de Hoge Raad aan hoe de Opzetclausule AVP 2000 in algemene zin toegepast moet worden. Als wij het goed zien, komt het in wezen neer op een vijftal criteria waaraan (voortaan) voldaan moet zijn bij het beroep op deze opzetsluiting. De eerste vier criteria komen terug in de tussensamenvatting van de Hoge Raad in r.o. 3.5.7:

“Op grond van het voorgaande is voor toepassing van de opzetclausule bij een schadeval uitgangspunt dat sprake moet zijn van een opzettelijke en wederrechtelijke gedraging van de verzekerde die objectief gezien gericht is op het doen ontstaan van letsel ▲

of zaakschade, en waarbij het in feite toegebrachte letsel of de zaakschade naar objectieve maatstaven als een te verwachten of normaal gevolg van de desbetreffende gedraging kan worden aangemerkt.”

In r.o. 3.5.10 komt de Hoge Raad met een uitzondering, die in wezen een vijfde criterium vormt. Wij stellen deze vijf criteria hieronder voor. Daarna zullen wij deze kort commentariëren.

1 | Een wederrechtelijke gedraging

Allereerst moet de schadeveroorzakende gedraging van de verzekerde wederrechtelijk zijn. De Hoge Raad beslecht in het arrest uitdrukkelijk het twistpunt of die wederrechtelijkheid ook opzettelijk moet zijn. Nee, oordeelt de Hoge Raad (r.o. 3.5.3): “De tekst en de Toelichting bevatten geen aanwijzing dat het opzet van de verzekerde (ook) op het wederrechtelijke karakter van zijn gedraging gericht moet zijn. Blijkens de tekst van de clause is voor toepassing immers vereist dat het handelen of nalaten “opzettelijk en (...) wederrechtelijk” is, en niet dat het handelen of nalaten “opzettelijk wederrechtelijk” is.”

2 | Een opzettelijke gedraging

Ten tweede moet die schadeveroorzakende, wederrechtelijke gedraging op zichzelf opzettelijk verricht zijn. De Hoge Raad wijst erop dat dit opzet enerzijds uit de gedraging zelf moet worden afgeleid zoals dit ook in de Toelichting wordt benadrukt (r.o. 3.5.4), maar niettemin als subjectief moet worden opgevat (zie r.o. 3.5.5): “Het vereiste dat sprake is van (subjectieve) opzet heeft dus naar de bewoordingen en kenbare strekking van de clause alleen betrekking op de gedraging zelf.” De Hoge Raad wijdt verder geen woorden aan dit criterium, maar gaat vervolgens in op de twee volgende criteria.

3 | Objectieve gerichtheid op het doen ontstaan van letsel of zaakschade

Dit criterium volgt uit de woorden “tegen een persoon of zaak gericht (...)

handelen of nalaten” uit de opzetsluiting. De Hoge Raad wijst erop dat deze woorden evengoed objectief of subjectief ingevuld kunnen worden,¹¹ maar maakt vervolgens een keuze voor een objectieve invulling: “Met het oog op een zoveel mogelijk eenduidige uitleg en toepassing van de opzetclause, is het echter wenselijk, en het meest in overeenstemming met de in de Toelichting tot uitdrukking gebrachte bedoeling van de verzekeraars, om een objectieve invulling tot uitgangspunt te nemen (...) en vervolgens bij de toepassing van de clause in het concrete geval rekening te houden met de bijzondere omstandigheden daarvan (...). Voor de uitleg van het bijkomend vereiste dat de gedraging ‘tegen een persoon of zaak is gericht’, heeft dit tot gevolg dat die gerichtheid geen betrekking heeft op het oogmerk waarmee de gedraging door de verzekerde wordt verricht (want dan zou in wezen toch weer onderzocht moeten worden of diens opzet gericht was op het gevolg). De ‘gerichtheid’ van de gedraging ziet dan ook op de objectieve strekking van de gedraging, zoals deze door een neutrale toeschouwer wordt waargenomen en geduid in de context van de kenbare omstandigheden.”¹² Daarbij geldt volgens de Hoge Raad dat “de vraag of een opzettelijke gedraging van een verzekerde gericht is op het doen ontstaan van letsel of zaakschade, naar objectieve maatstaven [moet] worden beoordeeld aan de hand van de gedraging, in het licht van de omstandigheden waaronder deze is verricht.”¹³

Door deze gerichtheid zuiver objectief op te vatten, aanvaardt de Hoge Raad dat ook culpose gedragingen onder de opzetclause kunnen vallen, waarbij de Hoge Raad overweegt: “dat voor toepassing van de opzetclause niet vereist is dat het subjectieve opzet van de verzekerde (...) gericht is geweest op de gevolgen van zijn gedraging, en dat ook strafrechtelijke schuldgradaties (...) onder opzettelijk handelen als bedoeld in de opzetclause (kunnen) vallen. (...) Dit brengt mee dat ook opzette-

lijke gedragingen die een schuld-deliict opleveren, in beginsel onder de uitsluiting van de opzetclause (kunnen) vallen.”¹⁴

4 | Naar objectieve maatstaven een te verwachten of normaal gevolg

Het derde criterium loopt over in het vierde criterium, dat eveneens ziet op de ‘gerichtheid op het doen ontstaan van letsel of zaakschade’. De Hoge Raad overweegt hierbij dat vereist is dat “gelet op de aard van de gedraging en de omstandigheden waaronder deze werd verricht, het in feite toegebrachte letsel of de zaakschade naar objectieve maatstaven als een te verwachten of normaal gevolg van de desbetreffende gedraging kan worden aangemerkt. In zodanig geval moet aangenomen worden dat de gedraging van de verzekerde gericht was op het doen ontstaan van het in feite toegebrachte letsel of de zaakschade, ook al was deze soort of ernst van letsel of zaakschade niet door hem beoogd. Anderzijds kan van letsel of zaakschade van een soort ernst die naar objectieve maatstaven niet als een te verwachten of normaal gevolg van de desbetreffende gedraging kan worden aangemerkt, niet worden gezegd dat de gedraging van de verzekerde objectief gezien gericht was op het doen ontstaan daarvan.”¹⁵ Met dit criterium wordt in wezen vanuit het ingetreden gevolg ook nog eens retrospectief beoordeeld of de gedraging in algemene zin gericht was op het doen ontstaan van letsel of zaakschade.

5 | Een hardheidsuitzondering bij bijzondere omstandigheden

De Hoge Raad voegt aan deze eerste vier voorwaarden, die de Hoge Raad samenbundelt in r.o. 3.5.7, als vijfde criterium nog een hardheidsuitzondering toe, door te oordelen dat er “soms aanleiding [is] om bij een schadeval dat op zichzelf aan de hiervoor in 3.5.7 genoemde voorwaarden voor toepassing van de opzetclause voldoet, te oordelen dat de clause, vanwege de bijzondere omstandigheden van het geval,

naar haar strekking desondanks niet van toepassing is. De grond daarvoor kan in zodanig geval – naast de beoordelingsruimte die in de hiervoor in 3.5.7 genoemde voorwaarden ligt besloten – ook gevonden worden in het vereiste dat het moet gaan om schade “veroorzaakt door en/of voortvloeiende uit” de opzettelijke en onrechtmatige gedraging van de verzekerde. Bij de beoordeling of de schade voor toepassing van de opzetclausule in redelijkheid aan die gedraging kan worden toegerekend, komt gewicht toe aan diverse factoren, waaronder de aard van de onrechtmatige gedraging van de verzekerde, de omstandigheden waaronder deze is verricht, de mate waarin de verzekerde een verwijt van zijn gedraging gemaakt kan worden of andere subjectieve omstandigheden aan diens zijde, en de aard en de ernst van de schadelijke gevolgen, een en ander bezien in het licht van de strekking en maatschappelijke betekenis van de AVP.¹⁶

Commentaar

Wij zullen nu kort onze gedachten geven over deze vijf voorwaarden die de Hoge Raad heeft gesteld. Onze indruk is dat elke voorwaarde steeds wat moeilijker in te vullen zal zijn dan de voorgaande.

Voorwaarde 1 ▲ dat de schadeveroorzakende gedraging wederrechtelijk moet zijn, lijkt ons evident, nu het gaat om een aansprakelijkheidsverzekering. Dat die wederrechtelijkheid niet opzettelijk hoeft te zijn, en de motivering daarvoor van de Hoge Raad is ook overtuigend.

Voorwaarde 2 ▲ dat de gedraging opzettelijk moet zijn verricht, zal ons inziens ook snel vervuld zijn, nu van een opzettelijke gedraging al snel in enig opzicht sprake zal zijn. Dit is wel anders als sprake is van een zodanige geestesstoornis bij de verzekerde dat deze door de stoornis niet in staat was zijn wil te bepalen en van het handelen af te zien. In zo’n geval wordt in de rechtspraak ‘opzettelijk’ handelen niet aangenomen.¹⁷ Vaste rechtspraak

daarbij lijkt te zijn dat van een dergelijke geestesstoornis (pas) sprake is bij volledige ontoerekeningsvatbaarheid of sterk verminderde toerekeningsvatbaarheid.¹⁸ Nu de vader hier sterk verminderd toerekeningsvatbaar was verklaard, had het beroep van Reaal op de opzetclausule ons inziens al op het niet voldoen aan deze voorwaarde kunnen worden afgedaan.

Voorwaarde 3 ▲ dat de schadeveroorzakende gedraging objectief gezien gericht moet zijn op het doen ontstaan van letsel of zaakschade zal ons inziens ook snel vervuld zijn. Het enkele feit dat letsel of zaakschade is berokkend, zal immers in de regel al impliceren dat die gedraging naar objectieve maatstaven een schadeveroorzakend karakter had. Dat zou anders zijn geweest bij een meer subjectieve invulling. Die insteek had wellicht onze voorkeur gehad. Juist de subjectieve gerichtheid van iemands (opzettelijke en wederrechtelijke) gedraging tegen iemand anders’ persoon of zaak maakt die gedraging immers ‘crimineel’ en maakt dat je kan komen bij de voorbeelden die de Toelichting geeft (p. 3): mishandeling, vandalisme, brandstichting, afpersing, bedreiging, moord en doodslag. Zo’n meer subjectieve invulling had enige objectivering onverlet kunnen laten, zeker nu verzekeringsrechtelijk eigen schuld geobjectiveerd wordt ingevuld.¹⁹ Een meer subjectieve invulling had ook voorkomen dat ook culpose gedragingen onder de uitsluiting kunnen vallen. De dader was dan immers niet subjectief op het toebrengen van letsel of

zaakschade gericht (zoals bijvoorbeeld wel bij voorwaardelijk opzet). Culpose gedragingen vallen nu in beginsel wel onder de dekkinguitsluiting, en dat lijkt ons onwenselijk. Culpose gedragingen zijn dom en stom, maar ook menselijk, en kenmerken niet het kwade hart van hen die op hun aansprakelijkheidsverzekering niet zouden mogen rekenen. Zo’n ruime uitleg was al in de literatuur als onwenselijk beschouwd en ook in de twee tot dusver verschenen commentaren in de literatuur op het Shaken Baby-arrest is hierop gewezen.²⁰ Uit de Toelichting blijkt ook niet dat zo’n ruim bereik beoogd is. Wat echter niet onwenselijk is en ons juist terecht lijkt, is dat de Hoge Raad (impliciet) oordeelt dat ook voorwaardelijk opzet in beginsel onder de uitsluiting valt, nu zelfs de lichtere, culpose gedragingen daaronder kunnen vallen.²¹ Een wat explicieter oordeel was echter, gezien de discussie hierover, wellicht wenselijker geweest.

Voorwaarde 4 ▲ dat het veroorzaakte gevolg naar objectieve maatstaven als een te verwachten of normaal gevolg van de desbetreffende gedraging kan worden aangemerkt, staat eigenlijk niet in de bewoordingen van de opzetclausule; die zijn breed en algemeen geformuleerd: “tegen een persoon of zaak gericht”. De Toelichting biedt wel voedingsbodem voor dit criterium, waar naar de Hoge Raad ook uitdrukkelijk verwijst. De Toelichting neemt daarin uitdrukkelijk afstand van het Aegon/Van der Linden-arrest, en de Hoge Raad doet dit (daarom) nu ook zelf, door te oordelen dat deze beoordeling naar



objectieve maatstaven meebrengt dat “ook letsel of zaakschade van een soort of ernst waarop het opzet van de verzekerde (subjectief) niet gericht was, onder de uitsluiting van de opzetclausule kan vallen” (r.o. 3.5.6). In wezen blaast de Hoge Raad hiermee na 20 jaar min of meer de categoriebenadering weer nieuw leven in.²² Het toont aan dat de Hoge Raad werkelijk recht heeft proberen te doen aan de (kenbare) bedoelingen van verzekeraars met deze nieuwe opzetclausule. Overigens menen wij dat ook aan dit criterium vrij snel voldaan zal zijn; in de praktijk gaat het immers meestal niet over schade die naar zijn aard redelijkerwijs niet te verwachten was (de Hoge Raad geeft het voorbeeld van doofheid door een simpele draai om de oren, r.o. 3.5.6).

Voorwaarde 5 ■ de hardheidsuitzondering bij bijzondere omstandigheden, is nogal diffuus, waarmee de Hoge Raad ook nieuw en nog onontgonnen terrein creëert. Die onduidelijkheid zal naar onze verwachting te meer haar tol eisen nu vermoedelijk in de praktijk hier de meeste ‘druk’ zal komen te liggen, nu aan de eerste vier criteria vrij snel voldaan zal zijn. Door met name de strikt-objectieve uitleg van voorwaarde 3 ontkwam de Hoge Raad echter niet aan het instellen van zo’n hardheidsuitzondering waarbij subjectieve omstandigheden (alsnog) een factor zijn, om de reikwijdte van de opzetclausule nog (enigszins) te beperken. De Hoge Raad heeft daarmee het zichzelf (en de praktijk) niet makkelijk gemaakt. Dat blijkt ook wel uit de wijze waarop de Hoge Raad een grondslag zoekt voor deze hardheidsuitzondering. De Hoge Raad zoekt deze zowel in de beoordelingsruimte binnen de eerste vier voorwaarden, als in de woorden “veroorzaakt door en/of voortvloeiende uit” de opzetclausule. De eerste grondslag is curieus, want dat zou dan betekenen dat aan (één van) die eerste vier criteria eigenlijk niet voldaan is, en dan zou je juist daarom al niet toekomen aan deze hardheidsuitzondering. En in de woorden “veroorzaakt door en/of voortvloeiende uit” valt geen hardheidsuitzondering te lezen; die causaliteitsomschrijving is ruim terwijl de Hoge Raad deze juist

aangrijpt om de reikwijdte van de opzetclausule te beperken.

Ook de toepassing van de hardheidsuitzondering lijkt ingewikkeld. De Hoge Raad geeft aan dat hierbij moet worden beoordeeld of de schade “in redelijkheid aan die gedraging kan worden toegerekend”, waarbij gewicht toekomt aan diverse factoren zoals de aard van de gedraging, de aard en ernst van de schade en subjectieve omstandigheden aan de zijde van de verzekerde. Dat doet denken aan de toerekening naar redelijkheid (art. 6:98 BW), wat opmerkelijk is nu uit het Hogenboom/Unigarant-arrest uit 1993 volgt dat de toerekening naar redelijkheid naar billijkheid van art. 6:98 BW niet geldt bij een verzekeringsovereenkomst.²³ De Hoge Raad introduceert ons inziens echter hiermee niet een algemeen geldend causaliteitscriterium, maar is slechts bezig deze specifieke opzetclausule (met Toelichting) uit te leggen. De Toelichting biedt immers wél grondslag voor een dergelijke hardheidsuitzondering (vgl. r.o. 3.5.9). Het is dus ook geen toepassing van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW), hoezeer het erop lijkt. De invoering en de onduidelijkheid van deze voorwaarde valt naar onze mening dan ook niet de Hoge Raad aan te rekenen, wat wij wel proeven in de commentaren tot dusver op het Shaken Baby-arrest.²⁴ Het is immers de Toelichting zelf die zoals gezegd spreekt over een diffuse redelijkheidsafweging c.q. correctief en daarbij onduidelijkheid laat bestaan. De Hoge Raad kan dan ook niet veel meer. De Hoge Raad had zich (en de praktijk) deze hardheidsuitzondering wellicht wel kunnen besparen door zoals gezegd voorwaarde 3 (meer) subjectief uit te leggen, maar dan zou daar meer het discussiepunt ontstaan.

Afronding

Welbeschouwd is Reaal bij de Hoge Raad ver gekomen, gezien de ‘in beginsel strakke uitleg’ die de Hoge Raad geeft aan de Opzetclausule AVP 2000. De Hoge Raad oordeelt dat ook in deze Shaken Baby-zaak aan de eerste vier voorwaarden is voldaan. Reaal krijgt echter alsnog ongelijk, want de Hoge

Raad acht de hardheidsuitzondering hier toepasselijk, waarbij de Hoge Raad erop wijst dat de vader geen kwalijke intentie had (namelijk het stoppen van het huilen van de baby), direct met het schudden stopte toen hij beseftte dat hij verkeerd bezig was en sterk verminderd toerekeningsvatbaar is verklaard (r.o. 3.6.3). Gezien die feitelijke omstandigheden, alsook het feit dat de vader van de opzetdelicten was vrijgesproken, viel de gedraging van de vader volgens ons inderdaad niet onder de Opzetclausule AVP 2000 (hetzij omdat hier eigenlijk al geen sprake was van een opzettelijke gedraging, hetzij omdat niet was gebleken dat de vader werkelijk gericht was op het doen ontstaan van enig letsel bij de baby). De uitkomst in deze zaak vinden wij dan ook juist.

Wel biedt dit arrest voer voor verzekeraars (en het Verbond van Verzekeraars) om zich te herbezinnen op het doel en de formulering van de opzetuitsluiting. De vraag is ook, gezien de (diffuse) hardheidsuitzondering, of verzekeraars werkelijk zijn opgeschoten met dit arrest. Verder rijst de vraag of de koppeling van het opzet aan de gedraging wel zo gelukkig is gebleken. Dat kan betwijfeld worden. Ook bij de huidige opzetclausule blijven immers de intenties van de dader bij het gevolg cruciaal (zij het nu pas bij criterium vijf). Dat is ook logisch, want het zijn juist iemands intenties die iets crimineel of abject maken. Wellicht verdient het dan ook overweging om weer terug te keren naar opzet op het gevolg (en daarbij voorwaardelijk opzet uit te blijven sluiten maar culpose delicten te blijven verzekeren), maar daarbij wel slechts een opzet gericht op enig letsel of zaakschade in brede zin te verlangen (vgl. de categoriebenadering en ter voorkoming van een herhaling van het Aegon/Van der Linden-arrest). Het einde van de discussies over de Opzetclausule AVP lijkt dan ook in elk geval nog (lang) niet in zicht.





door Daniëlle van den Dungen (li.)
en Daphne Gouweloos (re.)
| advocaten bij WIJ advocaten

Heeft verweer zin?

Inleiding

In één van de twee arresten van 11 november 2011 heeft de Hoge Raad duidelijk gemaakt dat niet snel kan worden aangenomen dat de werkgever aan zijn zorgplicht heeft voldaan en bijgevolg niet aansprakelijk is voor door de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden geleden schade.¹ Er worden niet alleen strenge eisen gesteld aan de stelplicht van de werkgever ten aanzien van de invulling van zijn zorgplicht, er worden ook daadwerkelijk hoge eisen gesteld aan het door de werkgever te voeren veiligheidsbeleid, de in dat verband getroffen maatregelen en gegeven instructies (in het algemeen en, zo de concrete situatie daartoe aanleiding geeft, ook in specifieke situatie), aldus prof. Hartlief in zijn noot onder het arrest De Rooyse Wissel. Hij vervolgt:

“De Hoge Raad wil dat we ons weer gewoon op artikel 7:658 BW gaan concentreren en geeft daarbij aan dat er veel te halen valt. Ik verwacht dat partijen en feitenrechters

niet veel tijd nodig hebben om dit signaal op te pikken.”

Heeft de lagere rechtspraak dit signaal inderdaad opgepikt en in hoeverre is het – gelet op de strenge eisen die de Hoge Raad stelt aan de stelplicht van de werkgever ten aanzien van de invulling van de zorgplicht – nog zinvol om verweer te voeren namens de werkgever?

Advocaat-generaal Spier wijst er in zijn conclusie bij het arrest van de Hoge Raad van 19 oktober 2012 op dat hard en fast rules voor de complexe afweging of een werkgever aan zijn zorgplicht heeft voldaan, bijna onmogelijk zijn vast te stellen.² Toch doen wij in dit artikel een voorzichtige poging een lijn te ontwaren in de vele uitspraken. Omdat de rechtspraak zeer casuïstisch is hebben wij gemeend er goed aan te doen een onderverdeling per type ongeval te maken, met de volgende disclaimer: helaas kunnen wij geen uitputtend overzicht geven van de jurisprudentie of harde regels vaststellen. Wij hopen met deze bijdrage een vertrekpunt voor de inschatting van een werkgeversaansprakelijkheidszaak te kunnen geven, aan de hand van verschillende typen ongevallen.

sprakelijkheidszaak te kunnen geven, aan de hand van verschillende typen ongevallen.

Een woord vooraf: artikel 7:658 BW en de uitleg die de Hoge Raad daaraan geeft

Ingevolge artikel 7:658 BW hoeft de werknemer slechts aan te tonen dat hij schade heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden. Slaagt hij in dit bewijs, dan kan de werkgever slechts aan aansprakelijkheid ontkomen indien hij aantoont: (1) dat hij heeft voldaan aan de op hem rustende (en in het eerste lid van artikel 7:658 BW geformuleerde) zorgplicht, of (2) dat er geen causaal verband bestaat tussen een eventueel door hem geschonden zorgplicht en de schade van de werknemer,³ of (3) dat de schade het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer. Dat laatste wordt niet snel aangenomen.⁴ Wij beperken ons in dit artikel tot de vraag wanneer de werkgever aan zijn zorgplicht heeft voldaan.

De omvang van de zorgplicht wordt in

de eerste plaats en in elk geval bepaald door geschreven normen en dan met name door regelgeving op het terrein van de arbeidsomstandigheden.⁵ De wetgever heeft immers voor ogen gestaan dat er materieel geen onderscheid bestaat tussen enerzijds de zorgplicht van de werkgever (als bedoeld in artikel 1 lid 1 onder a sub 2 van de Arbeidsomstandighedenwet) die in artikel 3 lid 1 van de Arbeidsomstandighedenwet, als per 1 januari 2007 in werking getreden, is omschreven als

“de zorg voor de veiligheid en de gezondheid van de werknemers inzake alle met het werk verbonden aspecten”

en anderzijds de civielrechtelijke zorgplicht. Schending van een specifieke en met het oog op concrete veiligheidsrisico's opgestelde Arbonorm zal in de regel civielrechtelijke aansprakelijkheid opleveren.⁶ Omgekeerd betekent het enkele feit dat de Arbeidsinspectie tot het oordeel is gekomen dat er geen sprake is geweest van een relevante overtreding van de Arbeidsomstandighedenwet (of een overtreding zonder oplegging van een boete) nog niet dat zij aan haar zorgplicht heeft voldaan.⁷

Of de werkgever in zijn zorgplicht tekort is geschoten, wordt voorts getoetst aan de zogeheten Kelderluikcriteria.⁸

De werkgever zal primair de gevaren verbonden aan het werk moeten wegnemen door het treffen van fysieke maatregelen. Wanneer het niet goed mogelijk is het gevaar door het treffen van aanpassingen weg te nemen, zal de werkgever de werknemer in beginsel deugdelijk dienen te waarschuwen en instrueren.⁹ De werkgever zal waar nodig persoonlijke beschermingsmiddelen moeten verstrekken en toezien op het gebruik daarvan.

Naarmate de werkzaamheden gevaarlijker zijn, stelt de Hoge Raad nog strengere eisen aan de werkgever. De werkgever zal met betrekking tot gevaarlijke werkzaamheden zodanige maatregelen moeten treffen en aanwijzingen geven dat wordt voorkomen dat werknemers schade lijden als gevolg van onveiligheid daarvan. Een voorbeeld is het werken met gevaarlijke machines.¹⁰ Een ongeval

met een machine leidt vrijwel altijd tot aansprakelijkheid van de werkgever, zoals we hierna zullen zien onder 'Gevaarlijke machines en apparatuur'.

Het feit dat een werknemer 'ervaren' is doet niet af aan de strenge eisen die aan de werkgever worden gesteld. De zorgplicht van de werkgever wordt gekleurd door het gegeven dat werknemers niet steeds (optimaal) voorzichtig zijn. Dat geldt ook voor ervaren krachten. Ook zij verdienen in dit verband bescherming.¹¹ Een werkgever dient daarom steeds rekening te houden met het verschijnsel dat ook die werknemers wel eens nalaten de voorzichtigheid in acht te nemen die ter voorkoming van ongelukken geraten is.¹² Dit betekent dat ook aan meer ervaren werknemers (herhaaldelijk) instructies moeten worden gegeven, en dat niet kan worden volstaan met een eenmalige opleiding.¹³

Indien na het ongeval maatregelen mogelijk blijken ter voorkoming van het ongeval zoals zich dat heeft voorgedaan, wordt dat veelal in het nadeel van de werkgever uitgelegd.¹⁴ De lat ligt aldus hoog voor de werkgever in dit soort zaken. De zorgplicht van de werkgever gaat echter niet zo ver, dat gewaarschuwd moet worden voor gevaren van algemene bekendheid.¹⁵

Samenvattend kan gesteld worden dat de zorgplicht van de werkgever uiteenvalt in een drietal aspecten: veiligheidsmaatregelen, veiligheidsinstructies (en waarschuwingen), en een op het geval toegesneden toezicht op de naleving van eventuele maatregelen en instructies.

Typen ongevallen

Val-, glij- en struikelpartijen (gladde vloer of voorwerpen op de vloer)

Regelmatig spreken werknemers hun werkgever aan voor de schade die zij lijden als gevolg van val-, glij- en struikelpartijen op de werkvloer, zo blijkt uit de veelheid aan lagere rechtspraak over dit type ongeval. Niet in alle gevallen wordt de werkgever aansprakelijk geacht.

De Hoge Raad nam geen aansprake-

lijkheid aan voor het uitglijden van een werknemer op de werkplek, in het arrest van 2 maart 2007.¹⁶ In die zaak was een schoonmaakster in een hotel in Aruba uitgegleden en ten val gekomen op een betegelde gangvloer, die nat was als gevolg van een regenbui. Zij droeg geen veiligheidsschoenen. Ter plaatse lagen geen anti-sliptegels en de tegels waren niet bewerkt met anti-slipvloeistof. Evenmin waren waarschuwborden neergezet. 's Hof's oordeel dat van de werkgever redelijkerwijs niet kon worden gevergd bij of na regen direct overal in het hotel waarschuwborden te plaatsen, gaf volgens de Hoge Raad niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en was ook niet onbegrijpelijk, mede in aanmerking genomen dat het hof had vastgesteld dat het bij mensen die vertrouwd zijn met het klimaat in Aruba, van algemene bekendheid is dat men terdege met het gevaar van gladheid na regenval rekening moet houden.

In het arrest Tarioui/Vendrig¹⁷ werd de werkgever wél aansprakelijk geacht voor de schade van een werknemer die in een wasserij was uitgegleden op een natte werkvloer. Uit het arrest volgt dat het ter beschikking stellen van veiligheidsschoenen die mede er toe dienen om uitglijden in zijn algemeenheid te voorkomen, niet meebrengt dat de werkgever zich van zijn verplichtingen heeft gekweten of dat het treffen van andere, meer effectieve maatregelen (met hetzelfde doel) niet van hem kan worden gevergd.

Het verschil in uitkomst in beide zaken wordt door Hartlief¹⁸ verklaard uit het feit dat het in de eerste zaak om een min of meer incidenteel risico (tegelvloer tijdelijk nat door regen) ging, terwijl het in het arrest van de werknemer in de wasserij ging om een structureel gevaar (in de wasserij lag vaker water op de vloer).

In haar noot bij de uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland van 14 maart 2013¹⁹ in JA 2013/97 heeft Gouweloos zich afgevraagd of het niet beter is om te spreken van een 'gewoon risico' versus een 'bijzonder risico' in plaats van 'incidenteel risico' versus 'structureel gevaar'. Volgens de Hoge Raad

kan struikelen of uitglijden niet worden aangemerkt als 'bijzonder risico'.²⁰ Uit de rechtspraak lijkt te volgen dat een werkgever niet hoeft te waarschuwen voor (ook buiten de werksfeer) bekende gevaren.²¹ Met andere woorden: de zorgplicht van de werkgever gaat niet zo ver, dat gewaarschuwd moet worden voor gevaren van algemene bekendheid, zoals het dichtwaaien van een laaddeur²² of het algemene gevaar van infectieziekten in tropische landen door het drinken van water dat zich niet in afgesloten flessen bevindt.²³ Ook hoeft de werkgever geen specifieke instructies te geven omtrent de uitvoering van werkzaamheden, waarover in redelijkheid geen onduidelijkheid zou kunnen bestaan, zoals het gebruik van een huishoudtrap.²⁴ Van een algemeen bekend gevaar was volgens de Hoge Raad ook sprake in het arrest van 20 februari 2009.²⁵ Daarin ging het om een chauffeur van een bestelwagen die voor zijn werkgever goederen diende af te geven. Bij het tanken op een onbemand en sterk vervuild tankstation is hij ten val gekomen. De werkgever was ermee bekend dat het tankstation 'nu bepaald niet doorlopend een toonbeeld van properheid was te noemen' en dat sprake was van 'minder schone omstandigheden'. Toch achtte de Hoge Raad de werkgever niet aansprakelijk omdat de werknemer als ervaren beroepschauffeur redelijkerwijs op de hoogte kon zijn van de gevolgen van het knoeien van diesel bij tanken en voorts omdat algemeen bekend was dat met enige regelmaat wordt geknoeid op tankstations.

De Hoge Raad lijkt in een recenter arrest echter minder snel te willen aannemen dat de werkgever niet aansprakelijk is voor een zogeheten 'huis-tuin-en-keukenongeval'.²⁶ In dat arrest werd een werkgever aansprakelijk geacht voor de val van een werknemer over een stofzuigerslang. De situatie was aldus dat een schoon te zuigen bestelwagen half op de stoep en half op de openbare weg geparkeerd stond, waardoor er sprake was van een hoogteverschil. Toen de werknemer uitstapte, stapte hij op de slang van de stofzuiger en kwam hij ten val met polsletsel als gevolg. Het hof had in die zaak overwogen dat een werkgever zodanige maatregelen dient

te nemen als redelijkerwijs nodig zijn om te voorkomen dat een werknemer door een niveauverschil in de ondergrond schade lijdt. De Hoge Raad liet dit oordeel in stand. Werknemers moeten op een ondergrond van gelijk niveau kunnen werken. Indien een hoogteverschil niet kan worden weggenomen dient de werkgever maatregelen te nemen om te voorkomen dat een werkgever schade lijdt (men denke bijvoorbeeld aan een waarschuwing als 'pas op afstapje').

In de lagere rechtspraak wordt het huis-, tuin-, en keukenverweer niet snel gehonoreerd. Slechts in die gevallen waarin een gevaar daadwerkelijk alledaags is, in die zin dat het ook thuis kan gebeuren (zoals een verstopping of uitglijden over een kleine plas water), slaagt dit verweer. We bespreken hierna een aantal voorbeelden uit de rechtspraak. De rechtspraak op dit gebied is casuïstisch en de scheidslijn tussen wel en niet alledaags is niet eenduidig te trekken.

In de volgende gevallen werd aansprakelijkheid van de werkgever aangenomen: een valpartij op een gladde vloer in een volière,²⁷ een valpartij op een gladde vloer door schoonmaakwerkzaamheden,²⁸ een glijpartij in een doucheruimte zonder anti-sliplaag,²⁹ en het haken van een voet in een rooster.³⁰ Indien de onveilige situatie door collega's wordt waargenomen die weliswaar waarschuwen maar de situatie niet opheffen wordt de werkgever tevens (afgeleid) aansprakelijk gehouden voor de schade als gevolg van de valpartij.³¹ De zorgplicht van de werkgever voor een veilige werkomgeving strekt zich ook uit over het voorterrein van het gebouw waarin de werknemer werkt.³² De werkgever dient werknemers voorts veilige werkschoenen (antislip) ter beschikking te stellen bij winterse gladheid.³³ In lijn hiermee ligt het vonnis van de Rechtbank

Amsterdam die de werkgever aansprakelijk achtte voor schade als gevolg van een struikelpartij van een werknemer in een hoogwerker over zijn eigen gereedschap.³⁴ De werkgever dient ervoor zorg te dragen dat de werknemer geschikte opbergruimte heeft voor het gereedschap.

In deze uitspraken is de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer soms ver te zoeken.³⁵ Dit is niet altijd uit te leggen aan de werkgever. Val- en struikelpartijen liggen wat ons betreft het dichtst bij de huis-, tuin-, en keukenongevallen. Bovendien is het een feit van algemene bekendheid dat – bijvoorbeeld – een natte vloer glad kan worden. Ongevallen kunnen echter niet altijd voorkomen worden. Daar waar de werkgever een uitvoerig veiligheidsbeleid kan aantonen, de Arbeidsinspectie geen overtreding heeft vastgesteld van de Arbeidsomstandighedenwet, vinden wij het verdedigbaar dat dit leidt tot een afwijzing van aansprakelijkheid van de werkgever.

In geval van scholen heeft de werkgever ook een zorgplicht voor de werknemer tijdens buitenschoolse activiteiten. Voor een schaatsuitje dient de werkgever de werknemer (een docent) te waarschuwen voor het valgevaar en persoonlijke beschermingsmiddelen ter beschikking te stellen.³⁶ Als de docent echter ten val komt door een scheerlijn van een tent, is wel sprake van een huis-, tuin- en keukenongeval.³⁷

In een enkel, meer alledaags ongeval, werd geen aansprakelijkheid van de werkgever aangenomen: bij een valpartij door een kleine plas water van 10 bij 10 cm,³⁸ een botsing met een goed zichtbare staalkolom³⁹ of een zeer geringe kans op een ongeval⁴⁰ treft de werkgever geen verwijt. De vordering van de piloot die bij een ronde om het toestel ten val

komt door gladheid werd eveneens afgewezen.⁴¹

Kortom, op de werkgever rust een vergaande zorgplicht. Daar waar echter gesproken kan worden van een meer algemeen bekend of minder bijzonder gevaar (huis-, tuin- en keukenongevallen), lijken minder strenge eisen aan de werkgever te mogen worden gesteld.

Vallen vanaf hoogte (trappen, ladders, steigers en grotere hoogten)

Trappen en ladders

Het gebruik van een trap of ladder wordt op zichzelf niet als een gevaarlijke situatie bestempeld, zoals blijkt uit het arrest van de Hoge Raad van 7 december 2007.⁴² De werknemer liep knieletsel op toen hij in het magazijn ontbrekende kitspuiten wilde aanvullen. De kitspuiten lagen boven reikhoogte, zodat hij een trap nodig had om de bovenste doos te pakken. Hoewel in het magazijn een veilige trap van vijf treden aanwezig was, gebruikte eiser een eveneens voorhanden trapje met twee treden. Bij het pakken van de bovenste doos viel een ander doos onverwacht naar beneden en verloor hij zijn evenwicht. De Hoge Raad bekrachtigt het arrest van het hof en oordeelt dat de werkomgeving noch de werkzaamheden van eiser zodanige risico's meebrachten dat de werkgever nog andere maatregelen had moeten treffen. Het gebruik van een trap is dus als alle-daags te bestempelen, wel is vereist dat de trap of ladder op zichzelf deugdelijk is, zoveel blijkt uit het arrest van de Hoge Raad van 19 oktober 2012.⁴³

De werkgever voldoet kort gezegd aan haar zorgplicht wanneer zij kan onderbouwen dat zij een deugdelijke trap ter beschikking heeft gesteld en enige instructies⁴⁴ heeft gegeven over het gebruik daarvan.⁴⁵ Desondanks kan een zorgplichtschending worden aangenomen wanneer bijkomende omstandigheden gevaar in het leven roepen, denk aan ver moeten reiken⁴⁶ of veel kracht moeten uitoefenen bij het werk op de ladder.⁴⁷

Aansprakelijkheid werd aangenomen in geval van een val van een podium

van 20 cm⁴⁸ en in een geval waarin een afstap om 62 cm te overbruggen ontbrak.⁴⁹

Een bijzondere situatie doet zich voor als de persoon die de verantwoording draagt voor de veiligheid van de arbeidsplaats, zelf een ongeval overkomt door een (beweerdelijk) onveilige ladder. De Rechtbank Rotterdam rekende het de verantwoordelijke voorman, die wist dat de ladder ondeugdelijk was, zo zwaar aan dat hij niet heeft ingegrepen, dat zijn vorderingen op de werkgever werden afgewezen.⁵⁰ De werkgever kon evenmin worden aangerekend dat een werknemer in strijd met concrete instructies handelde en vervolgens van de trap viel in een onverlichte kelder.⁵¹

Steigers en grotere hoogten

De rechtspraak over valpartijen van steigers en valpartijen van grotere hoogten valt veelvuldig in het nadeel van de werkgever uit.⁵² Om aan aansprakelijkheid te ontkomen zal de werkgever moeten aantonen dat de steiger 'veilig' was (wettelijk geldt er een verplichting om bij de aanwezigheid van valgevaar boven 2,5 m maatregelen te treffen, artikel 3.16 lid 1 Arbeidsomstandighedenbesluit), dat hij duidelijke instructies had gegeven en dat hij toezicht hield op de uitoefening van de werkzaamheden.

De werkgever echter die niet wist dat een plaat ter afdekking van een vloersparing was verwijderd, ging vrijuit in een door de werknemer die door de vloersparing naar beneden was gevallen, aangespannen procedure.⁵³

Slechts in een incidenteel gaat de werkgever vrijuit bij ongevallen met steigers of valpartijen van grotere hoogte. Dit is in lijn met de hoge lat die de Hoge Raad legt in geval van intrinsiek gevaarlijk werk.⁵⁴

Letsel door toedoen collega (van speelse duw tot mishandeling)

Met enige regelmaat laat de rechter zich uit over de vraag of het veroorzaken van letsel als gevolg van 'speels gedrag' – al dan niet op het werk – onrechtmatig is. Indien de schade ontstaat als gevolg van een onschuldig bedoelde handeling, zoals grappen, 'dollen' of enige andere

vorm van speels gedrag, kan een beoordeling van alle concrete omstandigheden van het geval meebrengen dat de betreffende handeling niet onrechtmatig (door de collega) wordt geacht. Speels gedrag lijkt tot op zekere hoogte acceptabel, maar naarmate het gedrag de 'normale speelse intercollegiale interactie' te buiten gaat, wordt eerder aansprakelijkheid aangenomen. Een en ander wordt beoordeeld aan de hand van de zogeheten Kelderluikfactoren. De Hoge Raad achtte een speelse schouderduw van een collega tijdens het werk niet onrechtmatig.⁵⁵ Het omver duwen van een collega in de supermarkt die bij wijze van grap in een hoge doos was gaan staan, werd wel onrechtmatig geacht, omdat de assistent-bedrijfsleider die de ('corrigerende') duw gaf, had moeten begrijpen dat er een zeer grote kans was dat eiser door de duw zijn evenwicht zou verliezen en daarbij zijn handen niet zou kunnen gebruiken.⁵⁶ Ook het in de houdgreep nemen van een collega tijdens de werkpauze, waarbij deze collega achterover gekanteld in een stoel enige tijd met zijn volle gewicht aan zijn nek in de armen van de collega bleef hangen, achtte het Gerechtshof Amsterdam onrechtmatig.⁵⁷



In de rechtspraak is een onder- en bovengrens te onderscheiden voor de aansprakelijkheid van de werkgever voor fysiek contact tussen collega's dat letsel heeft veroorzaakt. Wanneer het letsel toebrengende gedrag een geringe aanraking is (zoals een goedbedoelde schouderklop), zal minder snel worden aangenomen dat de werkgever gehouden was instructies te geven die dergelijk contact verbieden.⁵⁸ Wanneer het schadeveroorzakend contact intensiever is zoals stoeien of duwen, wordt meer van de werkgever verwacht.⁵⁹ De

bovengrens voor de zorgplicht van de werkgever ligt op een (plotselinge) grove mishandeling, met bijvoorbeeld een mes.⁶⁰ De werkgever zal in dit laatste geval minder moeite hebben met de onderbouwing van de stelling dat een zodanig ernstig incident voor haar niet voorzienbaar was. En daarmee wordt het onderscheidend element blootgelegd voor de beantwoording van de vraag of de werkgever aansprakelijk is voor het onrechtmatig gedrag van collega's is mede van belang of het schadeveroorzakend gedrag voor de werkgever voorzienbaar was.⁶¹ Indien sprake was van een voor de werkgever kenbare sluimerende conflictsituatie of dreiging van het gebruik van fysiek geweld, mag van de werkgever worden verwacht dat hij daar maatregelen tegen treft.

Ten slotte merken wij op dat wanneer de 'dader' zich in een leidinggevende positie bevindt ten opzichte van de benadeelde, aansprakelijkheid van de werkgever sneller zal worden aangenomen.⁶²

Overigens betwijfelen wij of art. 7:658 BW is geschreven voor situaties als de onderhavige. Dat de schade is geleden 'in de uitoefening van de werkzaamheden' valt gelet de ruime uitleg die de Hoge Raad daaraan geeft,⁶³ niet te ontkennen. Een zorgplichtschending zal dan echter alleen kunnen worden aangenomen indien van de werkgever verwacht kon worden dat hij maatregelen nam ter voorkoming van het onzorgvuldige gedrag van de collega. De in art. 7:658 BW beschreven aansprakelijkheid van de werkgever ingeval de werknemer in de uitoefening van de werkzaamheden schade lijdt, is immers een schuld aansprakelijkheid en geen risicoaansprakelijkheid.⁶⁴ Er moet dus een verwijt aan de werkgever kunnen worden gemaakt ten aanzien van zijn zorgplicht voor de veiligheid en dat brengt met zich dat de werkgever enige mate van invloed moet hebben (gehad) op het gedrag van de collega. Het is zeer de vraag of een werkgever het toebrengen van letsel door een collega überhaupt kan voorkomen en in hoeverre hij daar daadwerkelijk invloed op heeft. Ten aanzien van een collega-werknemer is voor te stellen dat een werkgever instructies kan geven die de veiligheid van het werk

verbeteren (en dus ook de veiligheid voor andere werknemers, denk hierbij aan instructies omtrent het gebruik van machines die gelijktijdig door andere collega's worden gebruikt of de manier waarop bepaalde werkzaamheden tezamen moeten worden uitgevoerd).⁶⁵ Dit is echter minder goed voor te stellen indien het ziet op gedrag dat los staat van de werkzaamheden. Wij concluderen dat fout gedrag van een werknemer zoals het bij wijze van grap geven van een duw aan een collega eerder thuis lijkt te horen onder het bereik van art. 6:170 BW dan onder dat van art. 7:658 BW. Dit is anders indien de werkgever wist dat er sprake was van een conflictsituatie. In dat geval mag van de werkgever in het kader van art. 7:658 BW worden verlangd dat hij maatregelen treft.

Letsel door toedoen derde

In de eerste plaats kan voor dit type opgevallen gedacht worden aan letsel toegebracht door cliënten/patiënten met psychische problematiek. Voor de invulling van de zorgplicht van de werkgever zijn de volgende artikelen in de Arbeidsomstandighedenwet van belang.

Artikel 3 lid 2:

De werkgever voert, binnen het algemeen arbeidsomstandighedenbeleid, een beleid gericht op voorkoming en indien dat niet mogelijk is beperking van psychosociale arbeidsbelasting.

Psychosociale arbeidsbelasting wordt als volgt omschreven in artikel 1 lid 3 aanhef en onder e:

de factoren direct of indirect onderscheid met inbegrip van seksuele intimidatie, agressie en geweld, pesten en werkdruk, in de arbeidssituatie die stress teweeg brengen.

Voor de beoordeling van de vraag of een werkgever zijn zorgplicht jegens een werknemer in dit verband is nagekomen, is het in de inleiding besproken arrest Rooyse Wissel⁶⁷ maatgevend. Het betrof een sociotherapeut die tijdens zijn werk was aangevallen door een TBS-er. Zowel kantonrechter als hof hadden de vordering van de werknemer afgewezen omdat de onderhavige TBS-er niet eerder bij gewelddadige incidenten

betrokken was geweest en het incident had plaatsgevonden zonder aanwijsbare reden, terwijl bovendien adequaat was gereageerd op wel opgevangen signalen.

Artikel 3 lid 2:

De werkgever voert, binnen het algemeen arbeidsomstandighedenbeleid, een beleid gericht op voorkoming en indien dat niet mogelijk is beperking van psychosociale arbeidsbelasting.

De Hoge Raad casseert en overweegt dat aan het werken met delictgevaarlijke TBS patiënten het gevaar van geweldpleging tegen het personeel kleeft. Dit gevaar heeft zich in casu verwezenlijkt. Het ligt dan op de weg van de werkgever om aan te tonen dat zij aan het vereiste, op de genoemde structurele gevaren toegesneden, hoge veiligheidsniveau van werkomstandigheden heeft voldaan. Daarbij gaat het volgens de Hoge Raad in de eerste plaats om de algemene maatregelen tot beveiliging van de werknemers tegen de gevaren van hun dagelijkse omgang met TBS patiënten, de daartoe gegeven voorlichting, de op die gevaren afgestemde instructies en het toezicht op de naleving daarvan. Daarnaast komt het aan op de specifieke maatregelen en instructies die tevens waren vereist ter beveiliging van haar werknemers, onder wie de werknemer in de omgang met de betrokken TBS-patiënt. Volgens de Hoge Raad had de werkgever onvoldoende concreet gesteld welke algemene maatregelen en aanwijzingen zij heeft gegeven die redelijkerwijs van haar konden worden gevergd. De Hoge Raad vernietigt het arrest en verwijst terug naar het hof.

Kortom, het komt er dus op neer dat de werkgever voldoende onderbouwd dient te stellen welke algemene en specifieke

maatregelen en instructies hij heeft getroffen. Aan deze stelplicht van de werkgever worden volgens de Hoge Raad “zeer hoge eisen” gesteld. Onvoldoende is in elk geval dat de werkgever stelt dat niet verwacht kon worden dat deze persoon agressief zou worden en dat op signalen adequaat is gereageerd. De werkgever zal een aantoonbaar en uitgebreid beleid moeten hebben ter zake van agressie en het voorkomen van schade bij werknemers. Ook zal de werkgever moeten aantonen dat hij zijn eigen beleid heeft nageleefd. Indien het eigen veiligheidsbeleid niet is nageleefd, leidt dit eigenlijk altijd tot aansprakelijkheid van de werkgever.

De lat ligt dus zeer hoog voor de werkgever in dit soort gevallen en wordt in veel (lagere) jurisprudentie na het arrest Rooyse Wissel dan ook niet gehaald:

1. Rechtbank Midden-Nederland van 18 april 2013.⁶⁸ Het betrof hier een sociaaltherapeut die was geschopt door een patiënt van wie bekend was dat hij zeer gewelddadig kon zijn. Het feit dat er geen bejegeningplan ten aanzien van de patiënt was geschreven (omdat de patiënt daaraan niet mee wenste te werken), terwijl dat protocol wel was vastgelegd, wordt de werkgever in die zaak aangerekend;

2. Gerechtshof Amsterdam 15 januari 2013.⁶⁹ Een sociaal medewerker kreeg een duw van een agressieve patiënt met een verstandelijke beperking, op het moment dat zij probeert haar collega tegen hem in bescherming te nemen. De medewerker werkte als groepsleidster en beschikte over een mbo diploma SPW. Ook heeft zij een cursus agressie- en conflictbeheersing gevolgd. Volgens het hof is een dergelijke cursus een minimumvereiste. Belangrijker is volgens het hof dat er herhalingstrainingen worden gevolgd. Eens per anderhalf jaar is in elk geval niet voldoende. Het tweewekelijks multidisciplinair overleg over de patiënten heeft weliswaar bijgedragen aan een beter inzicht over de patiënten, maar is onvoldoende om op de werkvloer adequaat te kunnen reageren, aldus het hof. Ook het feit dat medewerkers buiten kantooruren hun werkgever kunnen bereiken en

beschikken over een alarmknop voor situaties waarin extra assistentie nodig is, was onvoldoende om tot het oordeel te komen dat de werkgever aan zijn zorgplicht had voldaan;

3. Rechtbank Gelderland 28 juni 2013.⁷⁰ Zware mishandeling van een groepsleider van probleemjongeren. Hij werd mishandeld door een ex-bewoner en in strijd met het geldende protocol besloot de groepsleider deze ex-bewoner alleen te benaderen (in plaats van met twee). De kantonrechter oordeelde dat de werkgever was tekortgeschoten in de zorgplicht omdat het agressieprotocol volgens de Arbeidsinspectie te algemeen van aard was en bovendien door de werknemer werd betwist dat hij bekend was met het protocol. Daarnaast had de groepsleider de training conflictbeheersing nog niet gevolgd. Volgens de kantonrechter was in theorie mogelijk sprake van een gecontroleerde situatie met diverse op de veiligheid van de werknemer gerichte maatregelen, maar in de implementatie en het toezicht op de naleving van die maatregelen is de werkgever zo zeer tekortgeschoten dat die maatregelen effect ontberen.

Kortom, in deze categorie zaken wordt aansprakelijkheid vrijwel altijd aangenomen, zeker als letsel wordt toegebracht door een (ex)patiënt van de zorginstelling. De Hoge Raad maakte in 1999 een uitzondering voor de situatie dat de mishandeling bij de werknemer thuis plaatsvindt. De Hoge Raad oordeelde dat in deze privé-situatie de zeggenschap van de werkgever ontbreekt, zodat artikel 7:658 BW toepassing mist.⁷¹ De Hoge Raad liet in het arrest overigens wel ruimte voor aansprakelijkheid van de werkgever onder bijzondere omstandigheden, waarbij kan worden gedacht aan een, ook aan de werkgever bekend, specifiek en ernstig gevaar.

Buiten de mishandelingen door patiënten van een zorginstelling kan ook gedacht worden aan een roofoverval of mishandeling op de werkvloer door een derde (niet-collega).⁷² Ook op dit vlak kunnen aan een werkgever hoge eisen worden gesteld met betrekking tot het voorkomen van overvallen, het beperken van

de gevolgen, dan wel het bieden van nazorg.

Een apotheek was aansprakelijk voor de gevolgen van de sprong uit een raam door een dienstdoende apothekersassistente tijdens een nachtelijke overval. Het werd de apotheek aangerekend dat de veiligheidsmaatregelen die de apotheek had genomen voornamelijk geconcentreerd waren op de voorzijde van het pand en niet ook op de achterzijde van het pand (waar de overvallers waren binnengedrongen).⁷³ Voorts werd een grote supermarktketen aansprakelijk geacht voor de gevolgen van een gewapende overval waarbij een werknemster schouderletsel opliep. Hoewel de supermarkt had gesteld dat ieder filiaal beschikt over een standaardbeveiliging (alarmstelsel, camera-systeem, overvalknoppen, rolluiken, rampalen voor de toegangsdeuren en secu-strips), werd het haar aangerekend dat zij in haar eigen winkelveiligheidsplan geen instructie had opgenomen voor het openen en open laten staan van de deur tijdens of na het lossen.⁷⁴

Geen aansprakelijkheid van de werkgever werd aangenomen van een werkgever van een caissière die psychisch letsel opliep na een roofoverval.⁷⁵ Anders dan in het geval van een TBS-instelling, was geen sprake van een steeds aanwezig risico op een (roof)overval. Het hof wijst de vordering af wegens het ontbreken van het causaal verband. De overvaller had de overval ondanks de aanwezigheid van camerabewaking doorgezet, zodat niet aannemelijk is dat de aanwezigheid van een beveiligingsbeambte de overval had voorkomen.

Gesteld kan worden dat naarmate het risico op agressie door derden meer structureel is door de aard van de werkzaamheden, er meer eisen gesteld zullen worden aan de veiligheidszorg van de werkgever. De werkgever zal een aantoonbaar veiligheidsbeleid moeten voeren en dit beleid ook in de praktijk stipt moeten naleven. Daarnaast zal de medewerker die in zijn werk te maken kan krijgen met agressie, de nodige instructies moeten krijgen en training moeten ontvangen. Deze training zal ook met regelmaat moeten worden

herhaald. Wij hebben ons in dit verband de vraag gesteld of de werkgever zich kan verweren met het argument dat dergelijke training financieel te belastend is voor het bedrijf. Ons is geen rechtspraak bekend waar dit aan de orde is geweest. Aangezien getoetst dient te worden of een bepaalde maatregel in redelijkheid van de werkgever verlangd kon worden, zijn wij van mening dat ook het kostenaspect kan worden meegenomen in de beoordeling of de werkgever aan de zorgplicht heeft voldaan.⁷⁶ De kosten voor training en opleiding moeten redelijkerwijs wel door het bedrijf kunnen worden gedragen. De werkgever zal evenwel van goeden huize moeten komen om dit verweer te laten slagen.⁷⁷

Letsel door overbelasting

Als een werknemer bewijst dat hij gezondheidsschade heeft opgelopen in de uitoefening van zijn werk, rust op grond van artikel 7:658 lid 2 BW de bewijslast op de werkgever dat hij zijn veiligheidsverplichtingen ten aanzien van de werknemer is nagekomen (of dat de schade het gevolg is van opzet of roekeloosheid dan wel dat het causaal verband tussen de schending van de veiligheidsverplichtingen en de schade ontbreekt).

In geval van beroepsziekten die door de jaren heen geleidelijk ontstaan is het voor de werknemer lastig te bewijzen dat het chronische ziektebeeld waaraan hij lijdt, is veroorzaakt voor de door zijn werkgever verrichten werkzaamheden (in tegenstelling tot arbeidsongevallen waarbij de werknemer doorgaans weinig moeite heeft te bewijzen dat hij schade heeft opgelopen in de uitoefening van zijn werkzaamheden).

Om dit bewijsprobleem deels te onderwerpen is in de rechtspraak de zogeheten 'arbeidsrechtelijke omkeringsregel' ontwikkeld. Deze regel houdt in dat wanneer de werknemer aantoont dat hij bij zijn werk is blootgesteld aan voor de gezondheid gevaarlijke stoffen én aannemelijk maakt dat zijn gezondheidsklachten door die blootstelling kunnen zijn veroorzaakt, het oorzakelijk verband wordt aangenomen tussen de klachten en blootstelling, tenzij de werkgever bewijst dat hij die maatregelen

heeft getroffen die redelijkerwijs nodig waren om de schade van de werknemer te voorkomen.⁷⁸

De arbeidsrechtelijke omkeringsregel is niet alleen van toepassing in geval van blootstelling aan gevaarlijke stoffen, maar ook bij voor de gezondheid gevaarlijke werkomstandigheden. Het arrest Landskroon/BAM betrof een kwestie waarin de werknemer de werkgever aansprak voor de schade als gevolg van lage rugklachten die veroorzaakt zouden zijn door zijn werkzaamheden.⁷⁹ De heer Landskroon werkte in de bouw voor BAM. Volgens de Hoge Raad was geen plaats voor toepassing van de arbeidsrechtelijke omkeringsregel, omdat de deskundigen niet konden vaststellen dat de lage rugklachten een werkgerelateerde oorzaak hadden. Dat een leek wellicht geneigd is te denken dat de rugklachten in de bouw wel zullen samenhangen met het werk, is onvoldoende om het oordeel van deskundigen opzij te zetten.⁸⁰ Arbeid brengt nu eenmaal altijd bepaalde risico's met zich en leidt ook tot normale slijtage van het lichaam. Dergelijke risico's en gevolgen kunnen echter niet zonder meer als schending van de zorgplicht worden aangemerkt. Het gaat erom of de werkgever iets hiertegen had moeten doen.⁸¹

In zijn conclusie voor het arrest Landskroon/BAM beschrijft Spier het kenmerkende verschil tussen de zaak Unilever/Dikmans (wel toepassing arbeidsrechtelijke omkeringsregel) en Landskroon/BAM:

“Weliswaar heeft Landskroon zich beroepen op literatuur waarin verband wordt gelegd tussen rugklachten en de door hem gestelde werkzaamheden, maar hij heeft

- a. Geen beroep gedaan op rapporten van medici die hem hebben onderzocht;**
- b. De (door de kantonrechter benoemde) medici die hem wel hebben onderzocht, hebben geen afwijkingen kunnen vaststellen.”**

Ondanks het feit dat Landskroon “een tamelijk onthutsend beeld geschetst (had) van zijn werkzaamheden bij BAM”,⁸² welke stellingen door BAM “nauwelijks, laat staan gemotiveerd” werden bestreden, wordt in die zaak geen causaal verband tussen de lage rugklachten en het werk bij BAM aangenomen.

Voor een succesvol een op de arbeidsrechtelijke omkeringsregel, zal de werknemer een op zijn specifieke situatie toegesneden deskundigenrapportage in het geding moeten brengen, ter onderbouwing van het causaal verband. Zeker bij aandoeningen die ook goed buiten het werk kunnen ontstaan, zoals RSI en lage rugklachten, kan niet worden volstaan met een verwijzing naar de “op kennis, ervaring en intuïtie gebaseerde schatting” van de deskundige.⁸³

Als de werknemer erin slaagt aan de bewijslast te voldoen, komt de volgende afwijzingsgrond in beeld: dat sprake is geweest van gevaarlijke werkzaamheden/omstandigheden moet de werkgever wel kenbaar zijn geweest. Dit speelt in de eerste plaats bij nog onbekende risico's,⁸⁴ maar ook indien de werknemer zelf niet heeft geuit dat hij klachten had in geval van een min of meer normale werkbelasting. De vordering van een werknemer die geen klachten heeft geuit als gevolg van de hoge werkdruk en pesten werd afgewezen. De Rechtbank Den Haag oordeelde dat het voor de werkgever onder deze omstandigheden onmogelijk was om rekening te houden met de bijzondere kwetsbaarheid van de werknemer.⁸⁵ Indien er in de wetenschap (nog) geen causaal verband is gelegd tussen een overschrijding van bepaalde (gezondheids)normen en het effect op de gezondheid, brengt een overschrijding van die normen evenmin een zorgplichtschending door de werkgever met zich.⁸⁶

Laden en lossen

Voor arbeidsongevallen in verband met laden en lossen zijn de volgende twee arresten van de Hoge Raad richtinggevend. Het arrest van 14 juni 2013 ziet vooral op het kader ten aanzien van de redelijkerwijs te nemen maatregelen voor de werkgever.⁸⁷ Het arrest van

5 december 2014 betreft de instructie- en waarschuwplicht van de werkgever.⁸⁸ In het eerste arrest is geen sprake van een zorgplichtschending. Een werknemer valt bij het uitladen van een vrachtauto van de laadklep en loopt letsel op. Het hof kwam tot het oordeel dat de werkgever was geslaagd in het bewijs dat zij heeft voldaan aan haar zorgplicht, in het bijzonder ten aanzien van het profiel van de laadklep, opstaande randen en de handpomp voor het verplaatsen van het palet. De Hoge Raad wijst het beroep in cassatie ex artikel 81 RO af. Vervolgens blijkt uit het tweede arrest van de Hoge Raad dat de lat voor de werkgever in deze categorie arbeidsongevallen hoog ligt. Een vrachtwagenchauffeur loopt letsel op aan zijn voet wanneer hij – in strijd met de hem gegeven instructie – helpt bij het lossen van de vrachtwagen in Spanje. De Hoge Raad overweegt dat artikel 7:658 BW een hoog veiligheidsniveau vereist van de werkruimte en organisatie van de werkzaamheden en het toezicht daarop (behoorlijke naleving van instructies). Indien de plaats waar de werkzaamheden worden verricht eraan in de weg staat dat de werkgever direct toezicht houdt op de naleving dient deze aanvullende maatregelen te nemen, bijvoorbeeld het verstrekken van persoonlijke beschermingsmiddelen (zoals veiligheidsschoenen).

Uit de feitenrechtspraak blijkt het in de praktijk lastig voor werkgevers in de transportsector om aan de zorgplicht te voldoen. Ladingen kunnen zijn overgeladen/ingeladen door een hulppersoon waarvoor een afgeleide zorgplicht bestaat,⁸⁹ laden- en lossen vindt buiten het toezicht oog van de werkgever plaats⁹⁰ en laad- en loswerkzaamheden kunnen bij bepaalde ladingen naar hun aard gevaarlijk zijn.⁹¹ Algemene waarschuwingen in een chauffeurshandboek zijn niet voldoende.⁹² En zelfs als het lompe gedrag van de chauffeur de oorzaak is van het ongeval, kan de werkgever niet volstaan met eenmalig waarschuwen.⁹³

Wanneer de werknemer echter zeer ervaren is met het lossen van een bepaalde vracht, worden in een enkel geval minder hoge eisen gesteld aan de zorgplicht.⁹⁴ Voorts strekt de zorgplicht van de werkgever niet zover dat hij

hoeft te waarschuwen voor gevaren van algemene bekendheid. De werkgever is niet aansprakelijk ten opzichte van de vrachtwagenchauffeur die zijn hand heeft bekneeld door onverwachts en ongevraagd en niet op de juiste wijze een balkje plaatst tussen de betonplaten van 3000kg die hij afleverde.⁹⁵

Gevaarlijke machines en apparatuur

Waar het onnozele gedrag van de werknemer door zijn vingers tussen betonplaten te steken⁹⁶ nog leidt tot afwijzing van zijn vorderingen, ligt dat anders bij ongevallen met machines. Bij het werken met (gevaarlijke) machines wordt de werkgever geacht te anticiperen op onvoorzichtigheid van de werknemer.⁹⁷

Wanneer een (effectievere) veiligheidsmaatregel achteraf mogelijk blijkt, dient te worden onderzocht of het aanbrengen van deze voorziening eerder van de werkgever kon worden gevergd. Van belang voor de beoordeling is of een vergelijkbaar ongeval zich eerder heeft voorgedaan of dat de maatregel voor de hand lag. De Hoge Raad vraagt zich in Bayar/Wijnen af waarom de na het ongeval aangebrachte veiligheidsstrip niet eerder had kunnen worden aangebracht. Tegen een dergelijke achteraf redenering kan men zich moeilijk wapenen, maar tegelijk moet dat niet een reden worden om geen maatregelen achteraf te treffen.

Een zorgplichtschending wordt aldus snel aangenomen en het voeren van verweer tegen ongevallen met gevaarlijke machines lijkt weinig zinvol.⁹⁸

Letsel door 'onnozel' gedrag van de werknemer

Een eigen schuld of bewuste roekeloosheid verweer wordt zelden gehonoreerd. Een uitzondering hierop is bijvoorbeeld het vonnis van de Rechtbank Dordrecht van 27 oktober 2005.⁹⁹ De werknemer was na het werk aan de haak van een bovenloopkraan gaan hangen. De rechtbank oordeelt dat het ongeval niet plaatsvond in de uitoefening van de werkzaamheden en overweegt ten overvloede dat het handelen kwalificeert als bewuste roekeloosheid. De werknemer

heeft met het spelen een zeer gevaarlijk en volstrekt onnodig en verwijtbaar risico genomen.

Soms kleurt het 'onnozele' gedrag van de werknemer de zorgplicht van de werkgever, zodat geoordeeld wordt dat de werkgever geen verwijt treft. Denk bijvoorbeeld aan de liftmonteur die zich tijdens het hijsen onder te roltrap bevond¹⁰⁰ en de werknemer die bij het lossen van de bakfiets letsel oploopt.¹⁰¹



De Rechtbank Breda oordeelde over het geval waarin een werknemer door onnozel gedrag een gevaarlijke situatie in het leven riep.¹⁰² De werknemer liep letsel op doordat hij licht ontvlambare remreiniger in een autoband had gespoten en daarbij een aansteker hield, waarna er (logischerwijs) een explosie ontstond. De rechtbank oordeelde dat de werkgever haar zorgplicht had geschonden, aangezien zij kort gezegd wist of behoorde te weten dat in haar branche deze methode vaker werd gebruikt. De werkgever had dit moeten verbieden en erop toe moeten zien dat het verbod werd nageleefd. Een werkgever was ook aansprakelijk in het geval waarin een werknemer na overwerk het terrein via een stalen hek met punten verliet, omdat de toegangspoort al op slot zat (en hij niet terug wilde lopen voor de sleutel). De werknemer verloor bij deze actie zijn vinger doordat hij met zijn ring achter een stalen punt bleef haken.¹⁰³

In beide uitspraken is de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer, het 'gezonde verstand', ver te zoeken. De uitspraken kunnen wij bovendien niet goed rijmen met de rechtspraak waaruit volgt dat je als werkgever niet hoeft te waarschuwen voor algemeen bekende gevaren. Ook voor niet gewaarschuwde personen is immers bekend dat het niet

veilig is om vuur bij brandbare stoffen te houden of over een hek met stalen punten te klimmen. Wellicht ligt de grens bij het eenmalig onnozel gedrag dat niet voorzienbaar was voor de werkgever en het onnozel gedrag dat gebruikelijk was in de branche of zelfs specifiek op de (eigen) werkvloer.¹⁰⁴

Conclusie

Samenvattend zien wij per type ongeval duidelijke verschillen voor kansen voor verweer tegen aansprakelijkheid van de werkgever. Waar het bij gevaarlijke machines (naar ons idee terecht) lastig is, liggen de kaarten anders bij bijvoorbeeld overbelasting of valpartijen van trappen of ladders. Maar ook in die zaken zal de werkgever voldoende moeten kunnen stellen om aan te tonen dat hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan. Aan de werkgever die een uitgebreid veiligheidsbeleid voert, is niet altijd uit te leggen dat er een grote kans is dat hij aansprakelijk wordt geacht wegens het ontbreken van bijvoorbeeld een specifieke instructie. Dit geldt te meer in gevallen waarin de Arbeidsinspectie geen overtreding van de arbeidsomstandighedenwet heeft kunnen vaststellen of als sprake is van 'onnozel' gedrag van de werknemer. Je kan je afvragen of er voldoende prikkel blijft bestaan om het als werkgever goed te doen ('ik doe het toch nooit goed, dus wat heeft het voor zin om iets aan veiligheid te doen?'). Dat lijkt ons een onwenselijke ontwikkeling. Artikel 7:658 BW behelst een schuld aansprakelijkheid en geen risico aansprakelijkheid. In de rechtspraktijk blijkt dit echter niet altijd even duidelijk naar voren te komen.

Als het ongeval eenmaal is gebeurd, is een specifieke instructie achteraf vaak eenvoudig te bedenken. Bij het evalueren van wat er fout ging, ontstaat wellicht de gedachte dat de schade eenvoudig voorkomen had kunnen worden door bijvoorbeeld een simpele waarschuwing. Giard en Van Boom duiden dit als 'hindsight bias' (wijsheid achteraf).¹⁰⁵ Hierdoor worden gebeurtenissen die zich in het verleden hebben afgespeeld nadien als relatief onvermijdelijk en voor de hand liggend beschouwd, zonder dat

men zich realiseert dat de later verworven kennis van invloed is op dat oordeel. Het gevolg hiervan is dat er meestal strenger geoordeeld wordt: men overschat de voorspelbaarheid van voorbijgangers. De onrechtmatigheid dient echter niet te worden geconstrueerd met de kennis van de afloop. De vraag of sprake is geweest van een schending van de zorgplicht door de werkgever, dient te worden beoordeeld naar het moment waarop/voordat het ongeval plaatsvond. Welke maatregelen konden op dat moment/voorafgaand aan het ongeval in redelijkheid van de werkgever verlangd worden? Sommige maatregelen die rechters vragen zijn niet redelijk.

Tot nu toe zien wij in de rechtspraak niet terug dat het feit dat de Arbeidsinspectie geen overtreding heeft vastgesteld (of een overtreding zonder oplegging van een boete), van positieve invloed is op het oordeel van de rechter omtrent de civiele aansprakelijkheid van de werkgever. Dit vinden wij niet terecht. Ook de Arbeidsinspectie onderzoekt immers of de werkgever de risico's voldoende heeft geïnventariseerd, voldoende instructies heeft gegeven en adequaat toezicht heeft gehouden. Wij wijzen in dit verband op Beleidsregels arbeidsomstandighedenwetgeving art. 33, vierde lid, aanhef en onder b, waaruit volgt dat de boete ondanks de aanwezigheid van een overtreding nihil is:

- indien de werkgever aantoont dat hij de risico's van de werkzaamheden, waarbij de overtreding waarvoor een bestuurlijke boete kan worden gegeven zich heeft voorgedaan, voldoende heeft geïnventariseerd en op grond daarvan de nodige maatregelen heeft getroffen en deugdelijke, voor de arbeid geschikte, arbeidsmiddelen en persoonlijke beschermingsmiddelen ter beschikking heeft gesteld;
- indien de werkgever bovendien aantoont dat hij voldoende instructies heeft gegeven;
- indien de werkgever bovendien aantoont dat hij adequaat toezicht heeft gehouden.

Wij pleiten er dan ook voor dat een uitvoerig gemotiveerd rapport van de Arbeidsinspectie waarin is vastgesteld dat de werkgever geen Arbonormen

heeft geschonden, in de civiele zaak eerder tot het oordeel zou moeten leiden dat geen sprake is van een zorgplichtschending door de werkgever. Een dergelijk rapport van de Arbeidsinspectie kan de werkgever ondersteunen in het bewijs van zijn stelling dat hij ook volgens de normen van de Hoge Raad aan zijn zorgplicht jegens de werknemer heeft voldaan. De Hoge Raad heeft in dit verband aansluiting gezocht bij de zogenaamde 'kelderluikcriteria'. Van belang is: 'met welke mate van waarschijnlijkheid de niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid kan worden verwacht, de hoegrootheid van de kans dat daaruit ongevallen ontstaan, de ernst die de gevolgen daarvan kunnen hebben en de mate van bezwaarlijkheid van de te nemen veiligheidsmaatregelen'.¹⁰⁶ Voor zover het niet mogelijk is op voldoende effectieve wijze preventieve maatregelen te nemen, dient de werkgever op voldoende effectieve wijze voor gevaar te waarschuwen. De werkgever dient daarbij rekening te houden met het ervaringsfeit dat werknemers tijdens hun werk niet steeds de vereiste zorg in acht nemen. Dat betekent dat de werkgever niet steeds kan volstaan met het geven van instructies of het ter beschikking stellen van veilige werktuigen: hij zal eveneens toezicht moeten houden. Aan de toezichthoudende taak van de werkgever zit een grens. Als de veiligheidsinstructies bekend zijn en er geregeld op 'gehamerd' wordt dat deze in acht worden genomen, is het in de dagelijkse praktijk van de werkvloer gerechtvaardigd dat de werkgever niet voortdurend zelf aanwezig is om de naleving daarvan te controleren.¹⁰⁷

De werkgever die in een civiele zaak met succes een zorgplicht verweer wil voeren, doet er naar onze mening goed aan de Arbeidsinspectie uitvoerig te informeren over zijn veiligheidsbeleid, op welke wijze hij de risico's heeft geïnventariseerd, zijn werknemers heeft geïnstrueerd en hoe hij toezicht heeft gehouden. Wellicht is hier ook een rol weggelegd voor de aansprakelijkheidsverzekeraar, die zijn verzekerde kan wijzen op het belang van een uitvoerig rapport van de Arbeidsinspectie.





Loont fraude?

door **Chris van Dijk** | advocaat bij
Kennedy Van Der Laan

De wettelijke sanctie voor verzekeringsfraude (art. 7:941 lid 5 BW) geldt volgens de Hoge Raad niet voor de frauderende (derde)benadeelde. Wat voor sancties zijn wel mogelijk?

1 | Inleiding

Bij personenschade nemen de discussies over (vermeende) fraudegevallen in en buiten rechte sterk toe. Vooral speelt deze discussie bij claims wegens moeilijk objectieveerbare klachten. Zoals bekend, is het probleem daarbij dat medisch gezien vaak geen aantoonbare verklaring van de klachten kan worden gevonden en het aannemen daarvan in hoge mate plaatsvindt aan de hand van de anamnese, het verhaal, van de benadeelde. Relevant is dat het om klachten gaat die ook zonder ongeval frequent onder de bevolking voorkomen. Het overgrote deel van de rechters neemt het vereiste oorzakelijke verband tussen het bestaan van die klachten aan als "objectief kan worden vastgesteld dat zij aanwezig, reëel, niet ingebeeld, niet

voorgewend en niet overdreven zijn".¹ Naast het verhaal van de benadeelde toetst de (meestal) ingeschakelde medisch deskundige of het klachtenpatroon aannemelijk is en aan de hand van het door deze op te stellen rapport vervolgens evenzo de rechter. De medisch deskundige kijkt daarbij of sprake is van een consistent, consequent en samenhangend patroon van klachten en of de benadeelde voorafgaand aan het ongeval deze gezondheidsklachten niet had, de gezondheidsklachten op zich door het ongeval veroorzaakt kunnen worden en een alternatieve verklaring voor de gezondheidsklachten ontbreekt. De beperkingen die uit de klachten voortvloeien worden op een soortgelijke manier bepaald. Een methode om de beperkingen echt objectief vast te kunnen stellen is er niet.

Een dergelijke manier van vaststellen van klachten en beperkingen is fraudegevoelig. Ook de onafhankelijke medisch deskundige, op wiens rapport het oordeel van de rechter vaak onvermijdelijk rust, zal, zeker als er geen medische voorgeschiedenis is, immers vrijwel geheel moeten afgaan op het verhaal van de benadeelde. Dit maakt dat een kwaadwillende benadeelde hem met een beetje geluk om de tuin kan leiden. Daarbij komt dat feitenonderzoek beperkt mogelijk is en omwille van de

privacybelangen van de benadeelde streng gereguleerd is. De boodschap van de Hoge Raad en de Gedragscode Persoonlijk Onderzoek is dat pas als het vragen van (nadere) medewerking van een benadeelde geen zin heeft, tot het inzetten van het zware middel van een persoonlijk onderzoek mag worden overgegaan en wellicht zelfs dat daarvoor het structureel weigeren van medewerking van de benadeelde of een vastgestelde grondige structurele misleiding noodzakelijk is. Tot slot speelt bij claims wegens moeilijk objectieveerbare klachten dat sprake is van een onvermijdelijke onevenwichtigheid tussen de bewijspositie van benadeelden en aansprakelijke partijen en hun aansprakelijkheidsverzekeraars. Benadeelden kunnen voor het bewijs van hun klachten en beperkingen getuigen selecteren en oproepen. Hoewel aansprakelijke partijen en hun aansprakelijkheidsverzekeraars dat in theorie ook kunnen is dat in de praktijk voor hen meestal niet mogelijk. Zij kennen de entourage van de benadeelde immers niet.

Kortom, fraude door een kwaadwillende benadeelde is niet zo moeilijk en lijkt gezien de vele discussies hierover een reëel probleem te zijn, waarbij ik mij haast op te merken dat ik er zonder meer vanuit ga dat verreweg de meeste benadeelden echte benadeelden met

reële claims zijn en dat niet snel moet worden aangenomen dat sprake is van fraude bijvoorbeeld als benadeelden hun klachten wat overdrijven.

Aan de hand van een recent door de Hoge Raad gewezen arrest van 8 juli 2018 en de daarbij behorende conclusie van de A-G Hartlief ga ik in dit artikel in op de vraag aan wat voor consequenties men in het recht zou kunnen denken bij een vaststaande substantiële fraude. In paragraaf 2 bespreek ik eerst de wettelijke oplossing die is gekozen bij fraude door een verzekerde tegenover zijn verzekeraar, en het oordeel van het Kifid en sommige rechters dat deze oplossing gebruikt zou kunnen worden bij fraude door een benadeelde die geen partij bij de verzekeringsovereenkomst is en in zoverre de positie heeft van een derde (hierna spreek ik kortweg van 'benadeelde'). In paragraaf 3 ga ik in op de uitspraak van de Hoge Raad die over deze lijn de staf breekt. Mede aan de hand van de conclusie van Hartlief noem ik in paragraaf 4 enige andere mogelijke oplossingsrichtingen om fraude door een benadeelde civielrechtelijk te bestraffen. In paragraaf 5 sluit ik af met een aantal conclusies.

2 | De wettelijke bestraffing van fraude in de verhouding tussen de verzekerde en de verzekeraar

De civielrechtelijke bestraffing van de verzekerde die fraudeert staat in art. 7:941 BW lid 5 BW: ook als hij 'maar' bij een deel van zijn claim fraudeert vervalt zijn recht op een schadeuitkering geheel. Hij krijgt dan ook de schade die hij wel heeft geleden niet meer van zijn verzekeraar. Alleen in uitzonderingsgevallen, bijvoorbeeld als sprake is van een heel kleine fraude, zou de fraude het verval op uitkering niet kunnen rechtvaardigen.²

Dit uitgangspunt van verval van het recht op de gehele uitkering wordt, aldus ook de Hoge Raad in zijn beslissing van 7 juli 2018,³ gerechtvaardigd door het vertrouwenskarakter van de verzekeringsovereenkomst. De verzekeraar is na de verwezenlijking van het risico namelijk in sterke mate afhankelijk van

inlichtingen en bescheiden van de verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde, waarvan hij de juistheid niet altijd kan controleren

Niet staat in de wet wat moet gebeuren indien niet de verzekerde fraudeert, maar degene die stelt letselschade te hebben opgelopen door een fout van een verzekerde.⁴ Dan is, anders dan bij een beroep van verzekerde op zijn polis, geen sprake van een verzekeringsovereenkomst maar (meestal) van een door de verzekerde tegenover een benadeelde gepleegde onrechtmatige daad of wanprestatie (verder 'een fout').

Tot op heden is in de personenschade-praktijk vrijwel de enige sanctie voor de benadeelde dat hij de schade die hij frauduleus heeft opgevoerd niet krijgt vergoed. Bovendien zal hij soms de directe onderzoekskosten die gemaakt zijn om de fraude te ontdekken moeten betalen.⁵ De literatuur, rechtspraak en in het algemeen de praktijk worstelt met het antwoord op de vraag of deze sancties afdoende zijn.⁶ Een vraag die daarbij opkwam is of art. 7:941 lid 5 BW ook voor frauderende benadeelden zou kunnen gelden. Deze gedachte werd gevoed door uitspraken van de Geschillencommissie Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (Kifid) die in diverse uitspraken overwoog:⁷

'Naar het oordeel van de Commissie geldt voor een derde-benadeelde die een schade afhandelt met de verzekeraar van de aansprakelijke verzekerde hetzelfde als voor een verzekerde die in een contractuele relatie met de verzekeraar staat. Artikel 7:941 lid 5 BW geeft immers uitleg aan het algemeen geldende rechtsbeginsel 'fraus omnia corrumpit'.

Sommige rechters omarmden het standpunt van het Kifid, anderen niet.⁸

Volgens diverse schrijvers was dit oordeel onjuist en kon art. 7:941 lid 5 BW noch rechtstreeks, noch analoog

worden toegepast op de situatie van een benadeelde.⁹ Zij wezen daarbij op dat de verschillende posities van de frauderende benadeelde en de frauderende verzekerde die een verschillende aanpak rechtvaardigt. De vordering van de benadeelde is – althans als hij niet (ook) op dat punt fraudeert – immers dat de verzekerde een fout jegens hem heeft gemaakt terwijl de basis van de vordering van de verzekerde op zijn verzekeraar de verzekeringsovereenkomst is. Bovendien bestaat alleen voor fraude onder de verzekeringsovereenkomst een specifieke wettelijke regeling.

Op 6 juli 2018 heeft de Hoge Raad inderdaad geoordeeld dat art. 7: 941 lid 5 BW noch rechtstreeks, noch analoog kan worden toegepast bij fraude door benadeelden.¹⁰ Deze uitspraak die ook illustratief is voor de worsteling van de praktijk met fraude zal ik wat verder uitdiepen in de volgende paragraaf.

3 | De uitspraak van de Hoge Raad van 6 juli 2018, ECLI:NL:2018:1103

Op 17 september 2001 rond 16.00 uur heeft in Rotterdam een aanrijding plaats gevonden tussen een auto en een bestelbus. De bestuurder van de bij (een rechtsvoorganger van) Allianz verzekerde auto, A, is hiervoor aansprakelijk. De moeder van bestuurder B van de bestelbus, C, stelt naast haar zoon te hebben gezeten en door de aanrijding een postwhiplashsyndroom te hebben opgelopen. C claimt haar schade bij Allianz.

Nadat Allianz enige voorschotten heeft verstrekt blijkt dat haar verzekerde A betwist dat C in de bestelwagen heeft gezeten. Na de aanrijding zou hij met zijn zoon, D, naar de bestelbus zijn gelopen en daar alleen bestuurder B hebben aangetroffen. Ook hebben zij niemand zien weglopen. C laat het er niet bij zitten en legt in de loop van de discussie diverse schriftelijke verklaringen over van haarzelf, haar zoon B (bestuurder bestelbus) en een aantal anderen. Laatstgenoemden verklaren dat zij in de buurt waar de aanrijding plaats had bij elkaar in de auto zaten, en kort

daarna C hebben zien weglopen. Over dat weglopen stelt C zelf dat zij Chinees eten ging halen en op dat moment nog geen klachten had.

Nadat Allianz aangifte heeft gedaan wegens oplichting, valsheid in geschrifte en meened door diverse getuigen veroordeelt de strafrechter B, C en een aantal anderen wegens (uitlokking van) valsheid in geschrifte en meened. In hoger beroep wordt C door de strafrechter echter vrijgesproken van de ten laste gelegde oplichting. De strafrechter kan niet boven redelijke twijfel verheven uitsluiten dat C tijdens het ongeval als passagier in de bestelbus van B heeft gezeten.

In de civiele zaak oordeelt de rechtbank dat C niet heeft bewezen dat zij tijdens de aanrijding in de bestelbus van B zat en wijst haar vordering af. Het hof ziet dat anders. Het baseert zich daarbij onder meer op het gegeven dat C vanaf het begin consequent heeft verklaard dat zij ten tijde van de aanrijding passagier was in de bestelbus, zij direct daarna naar de huisarts is gegaan, door de strafrechter niet wegens meened is veroordeeld ten aanzien van haar verklaring dat zij bij de aanrijding in de bestelauto zat, zij kort na de aanrijding tegenover haar man en dochter over haar klachten heeft verklaard en in de medische stukken consistent wordt gesproken van een whiplashsyndroom. Dat bestuurder A van de bij Allianz verzekerde auto en zijn zoon D eiseres C niet na de aanrijding hebben aangetroffen doet daaraan volgens het hof niet af, omdat enige tijd verstreken is tussen de aanrijding en het moment dat zij naar de bestelauto zijn gelopen. Daardoor kan het zijn dat zij niet hebben gezien dat C is uitgestapt en weggelopen. Het hof vindt dus dat de verklaringen van A en D de stellingen van C niet uitsluiten. Bij zijn oordeel betreft het hof niet dat onder andere B en C zijn veroordeeld voor meened en (uitlokking van) valsheid in geschrifte. Dat zou niet relevant zijn omdat er voor het overige voldoende bewijs is dat eiseres C tijdens de aanrijding in de bestelauto heeft gezeten.

Inzet van het bewijsdebat was de vraag of het schade-evenement wel of niet had plaatsgevonden: zat C

nu wel of niet in de bestelbus op het moment van de aanrijding. Dit is een alles-of-niets-discussie: als het oordeel is dat zij in het bewijs daarvan niet is geslaagd, heeft zij uiteraard geen enkel recht op schadevergoeding. Dat is geen 'sanctie' maar gewoon het gevolg van het feit dat het er rechtens voor moet worden gehouden dat zij niet is aangereden. Wat Allianz in feite aanvocht was het oordeel van hof dat, ondanks de bewezen fraude, het verhaal van C en haar zoon dat C op het moment van de aanrijding in de auto zat, toch de facto als voldoende aannemelijk werd geoordeeld.

In cassatie klaagt Allianz dat het hof ten onrechte niet aan het vaststaande opzet tot misleiding van C, het gevolg heeft verbonden van volledig verval van het recht op schadevergoeding. In dat verband betoogt het middel dat art. 7:941 lid 5 BW, mede gezien de eisen van art. 6:2 lid 1 BW in verbinding met art. 3:12 BW en art. 21 Rv, bij wijze van analogie van toepassing is op gevallen waarin een (beweerdelijk) benadeelde bij een auto-ongeval zich beroept op zijn rechtstreekse aanspraak uit art. 6 WAM.

Naar mijn mening deed Allianz hoe dan ook ten onrechte een beroep op artikel 7:941 lid 5 BW. Dit artikel ziet niet op een casus zoals in deze zaak, waar de alles-of-niets-vraag aan de orde is of het schade-evenement heeft plaats gevonden. Als het schade-evenement in werkelijkheid niet blijkt te hebben plaatsgevonden, speelt artikel 7:941 lid 5 BW ook geen rol in de relatie verzekerde-verzekeraar. Concreet: zonder inbraak geen uitkering. Dat is geen kwestie van een 'sanctie' maar gewoon het onvermijdelijke gevolg van het mislukken van de betreffende poging tot fraude. Artikel 7:941 lid 5 BW ziet naar zijn strekking onvermijdelijk op een andere situatie, namelijk waarin frauduleus meer of anders wordt geclaimd dan gerechtvaardigd is. Dat dit artikel geschreven is voor fraude na verwezenlijking van het risico volgt ook uit de hierna nog weer te geven overweging 3.3.4. van de Hoge Raad Deze situatie is bij fraude van benadeelden in een personenschadezaak ook meestal de discussie.

Naar aanleiding van de cassatieklacht van Allianz merkt de Hoge Raad allereerst op dat Allianz zich niet de feitelijke instanties hebben beroepen op een algemene regel van verval van recht bij (poging tot) misleiding en oplichting, zodat de klacht reeds om die reden niet tot cassatie kan leiden. Slechts ten overvloede maakt de Hoge Raad enkele (algemene) opmerkingen over art. 7:941 lid 5 BW en de niet toepasselijkheid daarvan ten aanzien van claims van benadeelden:

'3.3.4. (...) Op grond van art. 7:941 lid 5 BW vervalt het recht op uitkering indien de verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde een van deze verplichtingen niet is nagekomen met het opzet de verzekeraar te misleiden, behoudens voor zover deze misleiding het verval van het recht op uitkering niet rechtvaardigt. Het uitgangspunt van verval van het recht op uitkering wordt gerechtvaardigd door het vertrouwens karakter van de verzekeringsovereenkomst, in dit verband tot uitdrukking komend in de omstandigheid dat de verzekeraar na de verwezenlijking van het risico in sterke mate afhankelijk is van inlichtingen en bescheiden van de verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde, waarvan hij de juistheid niet altijd kan controleren.'

'3.3.5. Bij personenschade veroorzaakt door een motorrijtuig heeft een benadeelde jegens de verzekeraar door wie de aansprakelijkheid voor de schade van de benadeelde wordt gedekt op grond van de WAM, ingevolge art. 6 WAM een eigen recht op schadevergoeding. Bij gebreke van een contractuele verhouding tussen de benadeelde en de verzekeraar is van rechtstreekse toepasselijkheid van art. 7:941 lid 5

BW geen sprake. Ook voor analoge toepassing van deze bepaling op de hiervoor bedoelde rechtsverhouding is geen plaats. Art. 7:941 lid 5 BW is geschreven voor een specifieke contractuele rechtsverhouding. De rechtsverhouding tussen de WAM-verzekeraar en de benadeelde is van geheel andere aard dan die rechtsverhouding en hangt bovendien samen met een andere (niet-contractuele) rechtsverhouding, te weten die tussen de benadeelde en de verzekerde. Voorts heeft art. 7:941 lid 5 BW een sanctie karakter. Deze bepaling kan toepassing vinden bij uiteenlopende gevallen van misleiding, ook gevallen waarbij de misleiding minder ernstig is of alleen betrekking heeft op de omvang van de schade. De (potentieel) verstreckende gevolgen van deze sanctie brengen mee dat zij een wettelijke basis dient te hebben. Voor het aanvaarden van een algemene buitenwettelijke regel die meebrengt dat bij opzettelijke misleiding van de verzekeraar door de benadeelde het eigen recht van art. 6 WAM vervalt, is derhalve geen plaats.'

In het oordeel dat art. 7:941 lid 5 BW niet rechtstreeks of analoog kan worden toegepast op de situatie van de frauderende benadeelde kan ik mij vinden. De positie van de frauderende verzekerde en frauderende benadeelde zijn te verschillend om gelijk te behandelen. Als vast staat dat de verzekerde een onrechtmatige daad/wanprestatie (fout) heeft gepleegd jegens een benadeelde is volstrekt begrijpelijk dat een 'hard and fast rule' als art. 7:941 lid 5 BW een te grofmazig instrument is. De consequentie zou dan bijvoorbeeld zijn dat de frauderende dwarslaesie patiënt die (deels) fraudeert bij de omvang van de schade in beginsel geen vergoeding meer krijgt van de (verzekeraar van de) automobilist die hem deze dwarslaesie onrechtmatig heeft aangedaan. Dat resultaat veroordeelt zichzelf. Het zal sterk van de omstandigheden afhangen of en zo ja welke sanctie gerechtvaardigd is bij een benadeelde die fraudeert over de omvang van de schade.

Gezien de hiervoor weergegeven inzet van het partijdebat kwam de kern van de zaak in zoverre pas echt aan de orde in de volgende klacht van Allianz, namelijk dat het hof zich er onvoldoende rekenschap van had gegeven dat de bewijslast op C rustte en dat Allianz slechts tegenbewijs behoefde te leveren en dat het bij de bewijswaardering is voorbijgegaan aan het valse karakter van diverse verklaringen en de rol van C bij de totstandkoming daarvan.

De Hoge Raad gaat mee met dit cassatiemiddel en overweegt:

"3.4.2. (...) De bewijslast rust in dit geval op C. Naar het hof heeft vastgesteld, zijn, behoudens de verklaring van haar zoon B, alle naast

in zijn verklaringen op andere punten, volgt hieruit nog niet dat de getuigenverklaring van – de wel op andere punten ter zake van valsheid in geschrift en meened veroordeelde – B op dit punt voldoende betrouwbaar is om daaraan bewijskracht toe te kennen (...) is het oordeel van het hof dat de verklaringen van [A en betrokkene D] – van wie het hof niet heeft vastgesteld dat zij een eigen belang hebben bij hun verklaringen – het door C geleverde bewijs niet ontzenuwen, onvoldoende gemotiveerd."



de partijverklaring van C gebezigde bewijsmiddelen terug te voeren op de eigen verklaringen van C. Wat betreft de verklaring van B heeft het hof (...) overwogen dat hij niet strafrechtelijk is veroordeeld waar het zijn verklaringen omtrent de aanwezigheid van C in de Nissan betreft. Tegen de achtergrond van gebleken onwaarheden

Ook met dit oordeel kan ik instemmen. Uitgangspunt in deze zaak was dat het bewijs niet op Allianz rustte maar op eiseres C, zodat Allianz in beginsel kon volstaan met het onzenuwen van het door C geleverde bewijs. Dat de verklaringen van A en D de stellingen van eiseres C en verklaring van haar zoon B niet uitsluiten, is dan onvoldoende voor het oordeel dat C haar stellingen bewezen heeft. Temeer, omdat de verklaringen van A en D wel erg gemakkelijk door het hof worden weggezet. Ook omdat er alle reden is om de verklaringen

van B en C met een gezonde dosis scepsis te benaderen, nu vaststaat dat zij eerder hebben gelogen.

Met het oordeel van de Hoge Raad dat art. 7:941 lid BW niet – ook niet analoog – toepasselijk is, is nog niets gezegd over het antwoord op de vraag of sancties bij frauderende benadeelden (in uitzonderingsgevallen) gerechtvaardigd zijn. In de volgende paragraaf laat ik kort enkele gedachten hierover de revue passeren.

4 | Wat voor sancties zouden kunnen passen bij de frauderende benadeelde?

Artikel 7:941 lid 5 BW is dus noch rechtstreeks noch analoog van toepassing bij de frauderende benadeelde. Toch moet het naar mijn mening niet zo zijn dat de benadeelde de vrijheid heeft 'risicoloos een gokje te wagen', omdat hij bij ontdekking toch nog onverkort recht heeft op zijn werkelijke schade. In dat opzicht maakt het niet zo veel uit dat art. 7:941 lid BW niet van toepassing is op de benadeelde. De ratio binnen en buiten het toepassingsbereik van dit artikel is hetzelfde. Dat de concrete onderzoekskosten die zijn gemaakt om de fraude aan het licht te brengen kunnen worden gevorderd en de onverschuldigd betaalde bedragen van de fraudeur kunnen worden teruggeëist is bij ernstige fraude een onvoldoende sanctie.¹¹ Overigens bestaan bij fraude en toepasselijkheid van art. 7:941 BW deze mogelijkheden ook.

Voorop staat dat, anders dan wel geschreven is, terechte ontzegging door de verzekeraar van (een deel van de) vordering van de benadeelde wegens fraude maakt dat hij die schade ook niet meer bij de verzekerde kan claimen.¹² De norm 'een benadeelde mag niet frauderen bij de omvang van de schade' strekt primair ter bescherming van de aansprakelijke (verzekerde) partij. De bescherming van de verzekeraar is daarvan slechts afgeleid. Dat betekent dat als de benadeelde fraudeert en de verzekeraar terecht (deels) de vordering ontzegt of de kosten verrekent, deze benadeelde het verschil niet kan halen

bij de verzekerde.¹³ Hartlief deelt dit oordeel in zijn conclusie voor het arrest van de Hoge Raad van 6 juli 2018:

'4.3.2. (...) verval van het recht op uitkering in verband met fraude van de derde-claimant zal mijns inziens meestal tevens resulteren in verlies van het recht op schadevergoeding jegens de laedens en is daarmee zeer verstrekkend. De betrokken partijen, verzekerde-laedens, derde-claimant en aansprakelijkheidsverzekeraar, staan in een soort driehoeksverhouding tot elkaar waarbij hetgeen in de ene verhouding wordt aangenomen weer effect kan sorteren in een andere verhouding. In het geval het recht op uitkering in verband met fraude van de derde-claimant vervalt, ligt het in de rede dat de derde-claimant (gezien art. 6:2 BW) ook geen aanspraak kan effectueren op schadevergoeding jegens de laedens. (...)'

Een volgende vraag is wat voor soort sancties wenselijk zijn. Bij deze sancties moet recht worden gedaan aan het gegeven dat de werkelijke schade van de benadeelde juist is veroorzaakt door een fout van de verzekerde. Dat brengt terughoudendheid met sancties met zich. Ook om te voorkomen dat wat al te snel en te weinig onderbouwd wordt geroepen dat sprake is van fraude.

Dit verschil maakt dat in beginsel niet gezegd kan worden dat ook voor de benadeelde bij (partiële) fraude zijn recht op vergoeding van de werkelijke schade geheel vervalt. Het omgekeerde is echter ook niet gerechtvaardigd: dat de benadeelde ongeacht de door hem gepleegde fraude en de omvang daarvan zonder meer zijn wél geleden schade volledig vergoed moet krijgen.

Het lijkt allereerst goed verdedigbaar dat het standpunt dat niet risicoloos getracht mag worden om ontoelaatbaar voordeel te behalen en dat daarop een sanctie dient te staan, deel uitmaakt van de Nederlandse rechtsovertuiging. De consequentie van vastgestelde fraude door de benadeelde ten aanzien van een deel van de schade zou naar mijn

mening in beginsel als gevolg moeten hebben dat hij bij het bewijs van de omvang van zijn schade het voordeel van de twijfel verliest ten aanzien van de overige door hem geclaimde schade. Dit schaaft immers zijn geloofwaardigheid. Of zoals de Hoge Raad het in rov. 3.4.2 van het hier besproken arrest voorzichtig formuleert: 'Tegen de achtergrond van gebleken onwaarheden in zijn verklaringen op andere punten, volgt hieruit nog niet dat de getuigenverklaring van – de wel op andere punten ter zake van valsheid in geschrift en meened veroordeelde – B op dit punt voldoende betrouwbaar is om daaraan bewijskracht toe te kennen (...)'

Dit verlies aan geloofwaardigheid moet naar mijn mening met zich brengen dat in beginsel een verzwaarde stel- en bewijslast voor het bewijs van deze overige schade moet gelden. Wat dit precies met zich brengt, hangt van de omstandigheden van het geval af. In de inleiding zette ik uiteen dat de rechter bij moeilijk objectiveerbare klachten de benadeelde vaak een lichtere bewijslast



geeft en een zeker voordeel van de twijfel gunst bij onder meer het vaststellen van de omvang van zijn schade. Als zou blijken dat door de benadeelde, die stelt dergelijke klachten te hebben, bijvoorbeeld gelogen is over een (potentieel) relevante medische voorgeschiedenis, deze opzettelijk verborgen is gehouden of de aangegeven beperkingen door hem met het opzet te misleiden onjuist aangegeven zijn, is het redelijk uit te gaan van een verzwaarde stel- en bewijslast en hem in ieder geval niet meer het gebruikelijke voordeel van de twijfel te gunnen. Datzelfde geldt ook bij fraude voor de diverse door de benadeelde schadeposten. Deze lijn past ook bij het

feit dat de relevante informatie zich in het domein van de benadeelde bevindt.

Hartlief noemt in zijn conclusie voor HR 6 juli 2018 deze lijn een reëel gezichtspunt:

‘4.36 Een (...) reëel (...) gezichtspunt althans rechtsgevolg lijkt mij in dit verband dat de (poging tot) fraude de geloofwaardigheid van de claimant aantast, zodat zware althans zwaardere eisen dan normaal kunnen worden gesteld aan het bewijs van de opgegeven schadeposten c.q. bewijsmiddelen waarop de fraude op zich geen betrekking had (de werkelijke schade, de bewijsmiddelen waarmee op zich niets mis is). Idealiter ligt er bewijs dat niet louter is terug te voeren op de eigen verklaring(en) van de derde-claimant.’

In zeer extreme fraudegevallen zou ik mij voorts kunnen voorstellen dat, zelfs bij personenschade, het recht op schadevergoeding geheel vervalft. Anders dan D. van Velzen in de Beursbengel betoogt, volgt in ieder geval uit de uitspraak van de Hoge Raad dat algeheel verlies van alle recht op schadevergoeding er dus niet inziet voor aansprakelijkheidsverzekeraars bij frauderende tegenpartijen.¹⁴ Dat staat simpelweg niet in de uitspraak.

Zoals mijn collega Hiel en ik eerder betoogden zouden wij in zekere zin willen opteren voor het spiegelbeeld van art. 7:941 lid 5 BW: Bij partiële fraude door de benadeelde is het alleen in zeer bijzondere gevallen mogelijk dat elk recht op het claimen van zijn werkelijke schade vervalft. Een substantiële, systematische en doelbewuste fraude met opzet als oogmerk kan zo'n omstandigheid zijn.¹⁵ In zo'n extreme situatie zou men kunnen zeggen dat frauderende benadeelde zijn recht heeft verwerkt om zijn schade (in volle omvang) te vorderen. Hij heeft zich immers gedragen op een wijze die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onverenigbaar is met

het vervolgens (volledig) uitoefenen van het recht op schadevergoeding. Het zou hier dan gaan om een nieuwe variant van het bestaande leerstuk van rechtsverwerking.

Hartlief is, net als wij, zeer terughoudend over het algeheel verval van recht van de frauderende benadeelde, maar sluit dit in een extreem geval niet uit:

‘5.7. (...) Ik wil echter niet uitsluiten dat in een incidenteel geval (een poging tot) fraude wel tot verval van recht leidt bijvoorbeeld door toepassing van art. 6:2 lid 2 BW al dan niet in de rechtsverwerkingsvariant dan wel via art. 21 Rv.

[“Partijen zijn verplicht de voor de beslis-sing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren. Wordt deze verplichting niet nageleefd, dan kan de rechter daaruit de gevolgtrekking maken die hij geraden acht.”] (...)’

Ook zijn matiging en schuldeiserverzuim in de literatuur aangedragen om fraude verdergaand te sanctioneren.¹⁶ Naar mijn idee zijn deze instrumenten hiervoor niet geschikt. Matiging ziet op de omgekeerde situatie. De wettelijke verplichting tot schadevergoeding van de aansprakelijke partij kan worden gematigd indien volledige vergoeding voor hem tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden. Van belang voor deze toets zijn onder meer de aard van de aansprakelijkheid van de aangesproken partij, de mate van zijn schuld, de tussen partijen bestaande rechtsverhouding en hun beider draagkracht. Bij fraude is een zelfstandige onrechtmatige daad van de benadeelde aan de orde. Voor de suggestie zou bovendien veelal (in geval er een aansprakelijkheidsverzekeraar in beeld is) het tweede lid van art. 6:109 BW door de rechter opzigezet moeten worden. Dat bepaalt immers dat matiging niet mag geschieden tot een lager bedrag dan waartoe de schuldenaar zijn aansprakelijkheid door verzekering heeft gedekt of verplicht was te dekken. Dat de rechter dat doet ligt niet voor de hand. De artikelen over

schuldeisersverzuim (art. 6:58 en 59 BW) zijn evident niet van toepassing. De trigger voor schuldeisersverzuim, dat nakoming van de verbintenis van de schuldenaar verhinderd wordt doordat de schuldeiser daartoe niet de noodzakelijke medewerking verleent of doordat een ander beletsel van zijn zijde opkomt doet zich niet voor.

5 | Conclusie

Op grond van art. 7:941 lid 5 BW de frauderende verzekerde die het opzet heeft zijn verzekeraar te misleiden ook zijn werkelijke schade in beginsel niet meer vergoed. De ratio van dit artikel is dat de verzekeraar bij de uitvoering van een verzekeringsovereenkomst in zo sterke mate afhankelijk is van de betrouwbaarheid van de verzekerde en de gegevens waarop de verzekeringsovereenkomst is afgesloten, dat sprake is van een bijzondere vertrouwensband. In die relatie moet het niet mogelijk zijn dat een fraudeur zonder consequenties een gokje kan wagen. Dat is in strijd met de in Nederland levende rechtsovertuiging.

Dezelfde ratio geldt evenzeer bij fraude in de context van een aansprakelijkheidsverzekering door een benadeelde. Daarvoor bestaat echter geen wettelijke sanctie. Artikel 7:941 lid 5 BW is niet – ook niet analoog – van toepassing bij de frauderende benadeelde. Bij de frauderende benadeelde kunnen op hem de directe onderzoekskosten die gemaakt zijn om de fraude te ontdekken wel worden verhaald. In dit artikel kwam aan de orde dat onder omstandigheden meer sancties nodig zijn. Allereerst lijkt het logisch om bij vastgestelde fraude door een benadeelde zwaardere eisen te stellen aan het bewijs van schadeposten waarop de fraude niet zag. Door de fraude is zijn geloofwaardigheid immers aangetast. Alleen in zeer extreme gevallen, waarbij sprake is van substantiële, systematische en doelbewuste fraude met opzet als oogmerk, zou algeheel verval van aanspraken ook mogelijk moeten zijn. Als juridisch vehikel zou men dan kunnen denken aan rechtsverwerking.¹⁷



Het PIV is in ontwikkeling

Dat was ook de opdracht toen Marjoleine van der Zwan in 2016 startte. Van belang is dat de dienstverlening van het PIV aansluit bij de behoefte van haar deelnemers. Hoe die deelnemers tegen het PIV aankijken is onderzocht. In het voorjaar van 2018 is er een enquête uitgegaan. De respons was boven verwachting: 76%. Een mooi teken van grote betrokkenheid van deelnemers bij het PIV. Opvallende reacties waren dat de toegevoegde waarde voor de stakeholders, de inhoud van de communicatie, en de dienstverlening nog steeds met een ruime voldoende worden beoordeeld. Daar is het PIV natuurlijk trots op. Uiteraard is er ook op een paar punten ruimte voor verbetering aangegeven.

Op basis van deze feedback is de 'Richting van ontwikkeling' samengesteld. Hierin staat omschreven wat het PIV voor haar deelnemers en bijzondere deelnemers wil behalen en wat haar ambitie is. De uitkomsten worden gebruikt voor de evaluatie van de huidige structuur (najaar 2018) en de (door)ontwikkeling van de producten en diensten. Het PIV productenpakket is uitgebreid met o.a. een juridische whiplash bibliotheek, een vacaturekaart, ondersteuning AVG, en een projectteam op Affectieschade. De eerste hervormingen in de communicatiemiddelen van het PIV zijn ook al zichtbaar, zoals o.a. de nieuwe huisstijl, de website, en het gebruik van social media Twitter en LinkedIn. Momenteel zijn we samen met de Raad van Advies, een aantal stakeholders en het Bestuur de nieuwe activiteitenkalender voor 2019 aan het vormgeven. Dit gaat leiden tot vertrouwde en nieuwe producten en diensten die de 'Richting van ontwikkeling' van het PIV zullen gaan weergeven. Afijn, we kijken in dit PIV Bulletin terug op behaalde resultaten, en we kijken vooruit naar een vernieuwd en toekomstbestendig PIV.

Producten, Diensten en Evenementen

Niet-objectiefbare klachten: Whiplash bibliotheek

Uit de PIV Letselschadestatistiek volgt dat in ongeveer een derde van alle letselschadezaken sprake is van whiplash-

en/of nekkklachten. Gelukkig heeft de benadeelde groten-deels in deze zaken geen last van blijvende klachten en kan de schade vlot geregeld worden. In een aantal zaken spelen echter blijvende klachten. Deze claims kunnen leiden tot discussies in de schaderegeling, zowel op medisch vlak, als bij het bepalen van de causaliteit en de schadeomvang (en dan vooral bij de looptijd). Hierbij speelt ook dat de rechtspraak in Nederland erg casuïstisch van aard is. Om haar deelnemers te ondersteunen bij de behandeling van letselschades, waaronder schades waarbij sprake is van whiplashklachten, heeft het PIV recent het PIV Kennis-net uitgebreid met een Whiplash-bibliotheek. De Whiplash-bibliotheek bestaat uit een startdocument met daarin opgenomen relevante literatuur en uitspraken. Daarnaast zijn er de laatste ontwikkelingen terug te vinden. Deze Whiplash-bibliotheek is voor het PIV ontwikkeld door Kennedy van der Laan advocaten en wordt periodiek geüpdatet. Niet alleen de literatuur is samengevat, maar ook de jurisprudentie is beoordeeld op relevantie.

Communicatiemiddelen

Het PIV zendt, als expertisecentrum, veel informatie via verschillende communicatiekanalen. Deze middelen vormen, samen met ons allen, 'het gezicht' van het PIV. Vanuit de verbeterpunten uit de enquête zijn ook de communicatiemiddelen beoordeeld en is er een advies geschreven hoe deze meer met elkaar in lijn te brengen zijn, en te moderniseren.

Dat wil zeggen: meer regie op de onderwerpen, het aanhaken van de nieuwe generatie en een (kosten) efficiënter proces. Ook is er een nieuwe huisstijl ontwikkeld, die aansluit bij de richting van ontwikkeling van het PIV.

De eerste resultaten zijn al zichtbaar; een vernieuwd PIV Bulletin, een vernieuwde website, en het PIV zit tegenwoordig op LinkedIn en Twitter.

Volg het PIV nu ook op LinkedIn en Twitter!

  @PivStichting

PIV Producten

Een geheel nieuw product dat het PIV heeft gelanceerd voor haar deelnemers is de 'PIV vacaturekaart'. Hier kunnen alle schadeverzekeraars hun letselvacatures plaatsen. U treft deze aan op onze website, die jaarlijks door 155.000 letsel geïnteresseerden wordt bezocht.

PIV Diensten

BGK

De PIV BGK commissie is met vertegenwoordigers van belangenbehartigers in gesprek om te komen tot een nieuwe overeenkomst voor 2019. De gesprekken verlopen in een open klimaat.

PIV Evenementen

PIV Actualiteitencollege 2018

Op 9 en 11 oktober 2018 organiseerde het PIV weer het jaarlijkse PIV Actualiteitencollege. Chris van Dijk – advocaat bij Kennedy van de Laan advocaten – nam de deelnemers mee op zijn reis door opmerkelijke of interessante zaken van het afgelopen jaar.

Het PIV Actualiteitencollege is vooral bedoeld om PIV deelnemers te ondersteunen bij het up-to-date houden van kennis en vaardigheden. PIV deelnemers kunnen kosteloos het college volgen. Het actualiteitencollege bestaat enerzijds uit een inhoudelijk deel, en anderzijds over de menselijk processen. Juist de verbinding hiertussen zorgt dat er tijdens de actualiteitencolleges van het PIV een win-win situatie gecreëerd wordt.

Deelnemersvergadering PIV Tevredenheidsonderzoek en PIV Letselschadestatistiek

Op 12 april 2018 heeft de halfjaarlijkse bijeenkomst voor het PIV Tevredenheidsonderzoek (TVO) en de PIV Letselschadestatistiek (LSS) plaatsgevonden.

Tijdens het eerste deel van de vergaderingen zijn de ontwikkelingen voor het PIV TVO besproken. De 'facelift' van het TVO kwam aan bod. Voor het TVO is de vragenlijst in 2018 vernieuwd en verbeterd. Onderwerpen als de AVG en een vergelijking tussen het 'gewone' TVO en het TVO voor SVI dossiers werden ook uitgebreid behandeld. Uit de hiervoor genoemde vergelijking volgt dat slachtoffers van wie de letselschade wordt afgehandeld door hun eigen verzekeraar significant meer tevreden zijn dan slachtoffers van wie de letselschade wordt afgehandeld door een aansprakelijke verzekeraar. Tijdens het tweede deel van de vergadering zijn voor de letselschadestatistiek de nieuwe wensen en ontwikkelingen besproken. Zo gaat vanaf 2019 affectieschade een rol spelen. Dit kan de aanlevering van de schadelast op componentniveau beïnvloeden als affectieschade onder smartengeld wordt geboekt. Met de deelnemers is afgesproken affectieschade als aparte schadelastcomponent te gaan registreren en de behandelaars hierover goed te informeren.

PIV jaarconferentie

Vanuit het strategische plan voor de hervorming van de communicatiemiddelen, zijn uiteraard ook de PIV evenementen onder de loep genomen. Daarom heeft het PIV ook de doelen voor de jaarconferentie geherformuleerd, en heeft onderzocht of de invulling hiervan nog efficiënter en doelgerichter kan in de

markt. Na een intensieve tenderprocedure had evenementenorganisatie Dechesne & Boertje (D&B) op alle vlakken het PIV verrast, en hebben zij brede ervaring met verzekeraars. Het nieuwe PIV congres vindt uiteraard weer plaats op 29 maart 2019. De eerste stappen voor een brainstorm met de klankbordgroep zijn reeds gezet; het belooft een prachtig vernieuwend congres te worden, waarbij de 'customer journey' centraal staat. Meer informatie over het PIV Congres volgt binnenkort.

AVG – Verwerking van (bijzondere) persoonsgegevens bij de behandeling van letselschades

Vanaf 25 mei 2018 is de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) van toepassing. Om verzekeraars te helpen met de veranderingen die de AVG met zich meebrengt, heeft het PIV dit jaar de nodige acties ondernomen. Zo heeft het PIV advies ingewonnen bij Jørgen Simons, advocaat bij Leijnse Artz. Jørgen Simons geeft in zijn advies weer hoe verzekeraars bij de letselschadebehandeling om moeten gaan met de verwerking van (bijzondere) persoonsgegevens.

Ook heeft het PIV aan haar deelnemers een gratis webinar AVG aangeboden. Tijdens dit webinar is Jørgen Simons als aanvulling op de eerder adviezen vooral ingegaan op praktijkvoorbeelden. De adviezen, presentaties en de link naar Webinar zijn terug te vinden op het PIV Kennisnet bij AVG.

Affectieschade

Op 1 januari 2019 treedt de Wet Affectieschade in werking. Het Verbond van Verzekeraars heeft de voorbereidende werkzaamheden op de uitvoering van het wetsvoorstel overgedragen aan het PIV. Bij het PIV heeft Marjolijn Maathuis zich, als tijdelijk projectleider 'introductie affectievergoeding', over dit onderwerp ontfemd. Het PIV projectteam 'Introductie Affectievergoeding' is inmiddels voortvarend van start gegaan. Ruim 25 deelnemers zijn op dit moment in vier groepen bezig met het uitwerken van inhoudelijke vraagstukken, de wijze en organisatie, de financiële gevolgen en de benodigde communicatie-uitingen. We kijken daarbij ook naar ervaringen in België en Duitsland. Met de kennis en ervaring van verzekeraars (zowel WAM, AVP/AVB als medische aansprakelijkheid), aangevuld met kennis en expertise vanuit Slachtofferhulp Nederland, het Schadefonds Geweldsmisdrijven en de wetenschap – prof. mr. S.D. Lindenbergh (Erasmus Universiteit) en prof. mr. A.J. Akkermans (Vrije Universiteit) – wil het PIV ervoor zorgen dat het beoogde positieve effect van het wetsvoorstel op een zorgvuldige wijze wordt bereikt. Het streven is dat uiterlijk 1 december 2018 alle voorbereidende werkzaamheden zijn afgerond, zodat vanaf 1 januari 2019 gestart kan worden met de feitelijke uitvoering.



Het volgende PIV Bulletin zal in het teken staan van Affectieschade.



Het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en Behandeling van personenschadeclaims

door **Laurien Dufour** | advocaat bij WIJ advocaten

Onrechtmatig toegebracht letsel is – mits voldaan is aan de vijf vereisten – een onrechtmatige daad die aanspraak geeft op vergoeding van de door de benadeelde geleden schade. Als de toebrenger van het letsel een aansprakelijkheidsverzekering heeft afgesloten die dekking biedt voor de aansprakelijkheid van haar verzekerde voor het toegebrachte letsel, dan start de schadebehandeling door de aansprakelijkheidsverzekeraar (de meest voorkomende voorbeelden zijn de WAM, AVB en AVP-verzekeraars) die in de meeste gevallen snel (en in een sommige gevallen moeizaam) tot vergoeding van de geleden schade leidt.

Onrechtmatig toegebracht letsel is ook een schending van het in verschillende verdragen¹ en in de Grondwet gewaarborgde recht op leven en het recht op lichamelijke integriteit. Op 3 oktober 2017 organiseerde WIJ advocaten een seminar met prof. mr. C.C. van Dam met als thema “Doorwerking van mensenrechten in schadepreventie en schadeafwikkeling”. Van Dam besprak de invloed van het EVRM en van de United Nations Guiding Principles op het denken over schade, preventie en verzekeren in de afgelopen 25 jaar. In dit artikel bespreek ik de invloed van het EVRM op de behandeling van een personen-schadeclaim door een verzekeraar.² Na kort stil te staan bij de geschiedenis van het EVRM en de ontwikkeling van de

jurisprudentie van het Europeel Hof voor de Rechten van de Mens, bespreek ik de verschillende momenten in de schadebehandeling waar het EVRM een rol kan spelen.

Achtergrond EVRM

Het EVRM is in 1950 in Rome tot stand gekomen in het kader van de in 1949 opgerichte Raad van Europa. Op dat moment waren tien landen, waaronder Nederland, lid van de Raad van Europa. Het EVRM wordt daarom ook wel het Verdrag van Rome genoemd. Het EVRM is voor Nederland in 1954 in werking getreden. In het begin had het EVRM vooral betekenis in geschillen over strafstaats- en bestuursrecht. Grappig is dat de oudste uitspraken in het tijdschrift

Verkeersrecht³ waarin een beroep werd gedaan op het EVRM strafzaken betroffen waarbij bestuurders beboet waren wegens het niet dragen van een gordel resp. een helm. De bestuurders betoogden dat de wettelijke verplichtingen een gordel in de auto te dragen en een helm op de bromfiets in strijd waren met art. 8 EVRM (recht op privéleven en gezins- en familieleven).⁴

In de jaren '70 kreeg het EVRM ook (veel) belang in het personen- en familie-recht en sinds de jaren '90 wordt in Nederlandse procedures over aansprakelijkheid en schadevergoeding steeds vaker een beroep gedaan op bepalingen uit het EVRM. Inmiddels zijn 47 landen lid van de Raad van Europa, waaronder Rusland, Turkije, Noorwegen en IJsland. De invloed van het EVRM breidt zich dus steeds verder uit.

Werking van in het EVRM gewaarborgde grondrechten

De grondrechten beschermd in het EVRM, net als in het IVBPR en het Handvest van de Grondrechten van de EU, gelden van oorsprong alleen in de verhouding tussen burger en overheid, de zogenaamde verticale werking. Grondrechten hebben in beginsel geen rechtstreekse horizontale werking, dat wil zeggen dat burgers en bedrijven, verzekerden en verzekeraars, geen

naleving van deze grondrechten van elkaar kunnen afdwingen en elkaar dus niet kunnen aanspreken tot schadevergoeding in verband met een gestelde schending van één van die rechten. Het EHRM heeft met betrekking tot verschillende grondrechten echter geoordeeld dat op de verdragssluitende staten een positieve verplichting rust om de in het EVRM gewaarborgde rechten te beschermen.⁵ Uit deze positieve verplichting voor de staten de grondrechten te beschermen, volgt de impliciete horizontale werking van de grondrechten en de verplichting voor de verdragssluitende staten tot het stellen van regels tot bescherming van de grondrechten, om die regels actief te handhaven en tot het bieden van een adequate rechtsgang in geval van schending van de grondrechten. Ik noem als voorbeeld het in art. 4 EVRM neergelegde verbod van slavernij en dwangarbeid. Dat verbod is gericht tot de verdragssluitende staten. In onder andere titel 7.10 BW is de arbeidsovereenkomst geregeld waarin voor de werkgever verplichtingen zijn neergelegd die hetzelfde doel hebben als art. 4 EVRM te weten bescherming en beloning van de werknemer. Een werknemer kan van zijn werkgever geen salaris vorderen op grond van art. 4 EVRM, maar wel op grond van de Wet minimumloon. Zo is de bescherming tegen dwangarbeid en slavernij van art. 4 EVRM vertaald in voor de nationale rechter afdwingbare wet. In art. 8 EVRM is het grondrecht op eerbiediging van privéleven neergelegd. Dat grondrecht heeft geen horizontale werking, maar de Algemene Verordening Gegevensbescherming werkt – zoals niemand kan zijn ontgaan – wel tussen particulieren en bedrijven.

Daarnaast kan via jurisprudentie of via de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW) een in het EVRM gewaarborgd grondrecht in horizontale verhoudingen komen te gelden.

Art. 2 EVRM, het recht op leven

Het EVRM bevat geen expliciete bescherming van het recht op lichamelijke of psychische integriteit (het recht om niet gekwetst te worden). Art. 2 EVRM

beschermt het recht op leven. Oorspronkelijk werd met deze bepaling bedoeld dat een verdragssluitende staat zijn burgers niet mag doden (de doodstraf na een eerlijk proces en noodtoestanden uitgezonderd). Inmiddels is deze negatieve verplichting voor de staten geëvolueerd naar een positieve verplichting: vanaf de jaren '90 baseert het EHRM op art. 2 de verplichtingen voor staten om te voorkomen dat mensen worden gedood door elkaar of door (natuur) rampen. In de jurisprudentie van het EHRM zijn veel voorbeelden te vinden over aansprakelijkheid van een staat na overlijden van een familielid door aanrijdingen⁶, door medische fouten⁷, door arbeidsongevallen/beroepsziekten⁸, door ongelukken in de (semi)openbare ruimte⁹ en door crimineel/terroristisch geweld.¹⁰ Er zijn weinig uitspraken waarin het EHRM een staat tot schadevergoeding veroordeelt in verband met toegebracht niet-dodelijk letsel. Art. 8 EVRM (recht op eerbiediging van privé leven en familie- en gezinsleven) heeft geleid tot een beperkt aantal uitspraken over onrechtmatig toegebracht (psychisch)letsel.¹¹ De rechtspraak van het EVRM over art. 2 en 8 speelt in Nederlandse letselschade-procedures steeds vaker een rol in verband met de positieve verplichting van de Nederlandse staat om het recht op leven en het recht op gezinsleven te beschermen.¹²

Dekking

Bij ontvangst van een schademelding beoordeelt de schadebehandelaar of er dekking is onder de polis. Bij de beoordeling van de dekking zal het EVRM niet snel een rol spelen omdat de dekking wordt bepaald door de inhoud van de tussen verzekeraar en verzekeringnemer gesloten verzekeringsovereenkomst en de daarop van toepassing zijnde polisvoorwaarden. Het EVRM heeft – zoals gezegd – geen rechtstreekse horizontale werking en kan dus niet met succes door een verzekeringnemer/verzekerde tegen een verzekeraar worden ingeroepen. Om die reden speelde het EVRM ook geen enkele rol in de shaken-baby zaak¹³ (die over dekking ging van de claim van de wettelijk vertegenwoordiger van het kind onder de AVP van de vader die het kind had geschud).

De schademelding / verjaring van de vordering

Bij de beantwoording van de vraag of de gekwetste binnen de daarvoor gestelde termijn zijn vordering tegen de verzekeraar heeft ingesteld, kan het EVRM wel in beeld komen via art. 6 EVRM “fair trial” en via art. 1 van het Eerste Protocol waarin het recht op eigendom wordt beschermd. Een vordering tot vergoeding van geleden schade is een vermogensrecht ('asset') en derhalve eigendom ('a possession') in de zin van de eerste zin van art. 1 Eerste Protocol dat door de overheid moet worden beschermd.¹⁴ De vrije toegang tot de rechter in de zin van art. 6 lid 1 EVRM, brengt met zich dat een benadeelde zijn legitieme vordering op de aansprakelijke aan een rechter moet kunnen voorleggen. Als een vordering al is verjaard voordat de benadeelde de mogelijkheid heeft gehad om de vordering in te stellen, bijvoorbeeld bij ziekten met een lange incubatietijd¹⁵ of schade van minderjarigen die hun ouders/voogden niet hebben verhaald binnen de daarvoor geldende verjaringstermijn¹⁶, heeft de benadeelde geen toegang gehad tot de rechter. Hoewel deze EVRM-bepalingen geen horizontale werking hebben, heeft de op de staat rustende positieve verplichting deze rechten effectief te beschermen tot rechtspraak geleid (denk aan het arrest Van Hese/De Schelde¹⁷ over doorbreking van de 30-jarige verjaringstermijn in een asbestzaak) die ertoe leidt dat De Schelde geen beroep op verjaring kan doen.

Informatie opvragen

Na de beslissing over de dekking, dient zich bij aansprakelijkheidsverzekeringen vervolgens de aansprakelijkheidsvraag aan. Voor het beantwoorden van deze vraag moet de verzekeraar soms informatie opvragen en/of onderzoek (laten) doen naar de omstandigheden waaronder de schade is toegebracht. Het onderzoeken van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis leidt in personenschadezaken eigenlijk nooit tot discussie over de privacy, behalve bij medische beroepsaansprakelijkheidszaken omdat de aangesproken zorgverlener in het kader van zijn verzwaarde stelplicht¹⁸ in het kader van zijn verweer informatie uit het patiëntendossier zal willen overleggen.¹⁹ De aansprakelijk-

heidscheppende gebeurtenis in niet-medische zaken is doorgaans een objectieve, feitelijke gebeurtenis. Dat de gekwetste informatie over die gebeurtenis dient te verstrekken om aanspraak op vergoeding van schade als gevolg van die gebeurtenis te kunnen maken, spreekt voor zich.

Het in kaart brengen van de schade die het gevolg is van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis, kan wel tot forse discussies leiden.²⁰ Sommige van die discussies zijn uitgemond in procedures waarbij met name het in art. 8 EVRM gewaarborgde recht op privacy door de gekwetste werd ingeroepen en het in art. 6 EVRM gewaarborgde fair trial door de aansprakelijkgestelde.

De gekwetste heeft op grond van art. 150 Rv stelplicht en bewijslast met betrekking tot zijn schade en het causaal verband tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de schade waarvan hij vergoeding vordert. In dat kader is het onvermijdelijk dat hij inzage verleent in medische informatie. De schadebehandelaar kan niet op een andere manier kennis nemen van de medische informatie dan via de gekwetste. Die informatieongelijkheid kan een fair trial in de weg staan. Inzicht in medische informatie van kort na de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis verleent de gekwetste doorgaans zonder discussie. Als de schadebehandelaar van mening is dat de klachten waarvoor hij vergoeding vordert niet zijn te verklaren uit de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis (het ongeval) en de schadebehandelaar heeft behoefte aan medische informatie die verder teruggaat, kan de schadeafwikkeling door die discussie ernstige vertraging oplopen.

In 2012 is de Medische Paragraaf toegevoegd aan de Gedragscode Behandeling Letselschade.²¹ Proportionaliteit en transparantie zijn de twee rode draden in deze code. Met proportionaliteit bedoelen de opstellers van de paragraaf “niet meer onderzoek, op basis van niet meer (medische) informatie, niet meer discussie, niet meer expertises, en niet meer tijdsverloop, dan in het concrete geval echt noodzakelijk is”. Alleen de medisch adviseur – met een medische beroepsgeheim die onderworpen is aan het medisch tuchtrecht²² – neemt kennis van de medische informatie van de be-

nadeelde, waardoor het recht op privacy van de benadeelde zoveel mogelijk wordt beschermd. Met transparantie wordt beoogd polarisatie tegen te gaan en vertrouwen te vergroten. De benadeelde deelt informatie over het verloop van de behandeling en re-integratie. De schadebehandelaar deelt proactief informatie over het verloop van de schadebehandeling. Beiden geven elkaar inzicht in de vraagstelling die zij aan hun medisch adviseurs voorleggen en zij leggen de medische adviezen over, waarop zij een beroep doen. De medische paragraaf is tot stand gekomen in samenwerking met vertegenwoordigers van o.a. belangenbehartigers en verzekeraars. De opstellers hebben geprobeerd een balans te vinden tussen de botsende grondrechten. Er zijn tot en met augustus 2018 nog geen uitspraken gepubliceerd over de vraag of de door de medische paragraaf geadviseerde wijze van verzameling en verwerking van medische informatie in overeenstemming is met art. 8 EVRM. Ik zie dat als een teken van het succes van de medische paragraaf. Kennelijk kunnen partijen zonder hulp van de rechter uit de voeten met de aanbevelingen van de medische paragraaf en zijn zij van mening dat de aanbevelingen recht doen aan de conflicterende grondrechten die in de schadebehandeling spelen.

Blokkeringsrecht deskundigenbericht

De benadeelde over wie een arts in het kader van een expertise een rapport schrijft, neemt als eerste kennis van het conceptrapport. De benadeelde heeft het recht het doorleiden van het concept aan de verzekeraar en het uitbrengen van het definitieve expertiserapport te blokkeren. Dit in art. 7:464 lid 2 onder b BW neergelegde blokkeringsrecht van de benadeelde volgt uit art. 8 EVRM. De Hoge Raad heeft uitgemaakt dat dit blokkeringsrecht geldt als de expertise door de rechter is gelast²³ en ook als de expertise op gezamenlijk verzoek van de schadebehandelaar en de benadeelde buiten rechte is overeengekomen.²⁴ Een benadeelde zal echter niet snel gebruik maken van zijn blokkeringsrecht, want – in rechte – zal de rechter aan het inroepen van het blokkeringsrecht de gevolgen verbinden die hij geraden acht

(art. 198 lid 3 Rv). Als de benadeelde in geval van een buitengerechtelijke expertise het conceptrapport blokkeert, zal de buitengerechtelijke fase daarmee snel eindigen. Zonder het expertiserapport kan de benadeelde zijn schade of het causaal verband tussen zijn schade en de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis doorgaans niet bewijzen. De schadebehandelaar zal dan geen verdere voorschotten verstrekken waarna de benadeelde een procedure moet starten of erin moet berusten dat hij niet slaagt in het bewijs.

Persoonlijk onderzoek

Een in opdracht van een verzekeraar verricht persoonlijk onderzoek vormt per definitie een schending van het recht op privacy van de benadeelde.²⁵ De benadeelde kan worden geobserveerd zonder dat hij daarvan vooraf op de hoogte is gebracht, met het doel de juistheid van zijn stellingen over – doorgaans – zijn schade (zijn beperkingen) te verifiëren.

Het in art. 8 EVRM neergelegd recht op privacy is geen absoluut recht. Er kunnen omstandigheden zijn die een inbreuk rechtvaardigen. Of een rechtvaardigingsgrond zich voordoet, kan alleen in het licht van de omstandigheden van het geval worden beoordeeld door het recht op privacy af te wegen tegen de belangen die met de inbreuk kunnen worden gediend.²⁶ Een dergelijk belang van de verzekeraar bij schending is het onderkennen, voorkomen, onderzoeken en bestrijden van oneigenlijk gebruik van het recht op een verzekeringsuitkering. Het Verbond heeft met de Gedragscode Persoonlijk Onderzoek²⁷ beoogd, mede ten behoeve van de verzekerden, invulling te geven aan de afweging van de twee botsende belangen, met name door het opnemen van de verplichting voor verzekeraars tot het in acht nemen van de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit.²⁸ Niet-naleving van de Gedragscode levert een onrechtmatige daad van de verzekeraar op.²⁹ Hieruit kan niet a-contrario worden geredeneerd dat de verzekeraar altijd “goed” zit als hij de Gedragscode heeft nageleefd. De rechter zal telkens de specifieke omstandigheden en de belangen tegen elkaar moeten afwegen als een benadeelde de geoorloofdheid van een

persoonlijk onderzoek ter discussie stelt. Zo oordeelde het hof Amsterdam³⁰ recent in een geschil tussen een arbeidsongeschiktheidsverzekeraar en zijn verzekerde dat het door de verzekeraar ingestelde persoonlijk onderzoek niet onrechtmatig was en het verkrijgen bewijsmateriaal gebruikt kon worden. De verzekerde stratenmaker ontving sinds 2009 een uitkering van zijn arbeidsongeschiktheidsverzekeraar in verband met vergaande beperkingen als gevolg van lage rugklachten. De verzekeraar had op internet informatie gezien waaruit bleek dat deze verzekerde fysiek inspannende activiteiten ondernam die in tegenspraak waren met wat hij aan de door de verzekeraar ingeschakelde deskundigen over zijn beperkingen had verteld. Het hof overwoog:



“3.10 Met Aegon is het hof bovendien van oordeel dat het in de gegeven omstandigheden geen zin had om nogmaals bij [A] navraag te doen naar de omvang van diens beperkingen. [A] had immers een reeks gesprekken met de deskundigen van Aegon gevoerd waarin zijn klachten en beperkingen centraal stonden en waarin gesproken was over de omvang van zijn werkzaamheden en andere activiteiten. Aegon was dus genoodzaakt zich op andere wijze een beeld te vormen van de activiteiten en mogelijkheden van [A]. Naar het oordeel van het hof heeft Aegon daarbij in het kader van de proportionaliteit in redelijkheid kunnen besluiten tot de door in haar opdracht uitgevoerde observatie. Daarbij geldt dat de observatie gedurende een beperkte periode en uitsluitend vanaf de openbare weg heeft plaatsgevonden. Niet gesteld of gebleken is bovendien dat een andere methode, met een minder

vergaande inbreuk op de persoonlijke levenssfeer, dezelfde informatie had kunnen opleveren. Aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit is dan ook voldaan.

3.11 Het voorgaande leidt tot de slotsom dat Aegon een beroep kan doen op een rechtvaardigingsgrond die het onrechtmatige karakter aan de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer die het persoonlijk onderzoek met zich bracht ontnemt. Dit brengt tevens mee dat het bewijs dat uit het persoonlijk onderzoek naar voren is gekomen, door Aegon aan haar vorderingen ten grondslag gelegd kan worden. Dat geldt eveneens voor de verklaringen die [A] heeft afgelegd bij gelegenheid van het confrontatiegesprek op 15 november 2012.”

De duur van de schaderegeling

Op grond van art. 6 EVRM heeft een ieder recht op het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen en bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging op een eerlijke en openbare behandeling binnen een redelijke termijn door een onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld. In de verhouding aansprakelijkheidsverzekeraar – gekwetste kan de gekwetste die het schaderegelingstraject te lang vindt duren, geen rechtstreeks beroep op de “redelijke termijn” uit art. 6 doen. Het artikel heeft immers geen horizontale werking. In de verhouding tussen het UWV of een andere uitkeringsinstelling van overheidswege heeft dit grondrecht wel rechtstreekse werking.

In de GBL wordt gestreefd naar afronding van het schaderegelingstraject in twee jaar.³¹ Uit het rapport Diepteanalyse GBL 2014 van het Verbond van Verzekeraars blijkt dat 88,2 procent van de letselszaken, die vallen onder de aansprakelijkheidsverzekering bedrijven, binnen twee jaar wordt afgehandeld.

Van de letselsclaims ingediend onder de aansprakelijkheidsverzekering particulieren is 89,4 procent binnen twee jaar afgerond en voor verkeersletselszaken (WAM) is dat 90,9 procent. Eenderde van alle zaken met een belang van meer dan EUR 10.000 wordt echter niet binnen twee jaar afgehandeld.

Voor de gekwetste is een lange duur van het schaderegelingstraject zowel emotioneel als financieel zeer belastend.³² Reeds hierom moeten alle bij het schaderegelingstraject betrokkenen waken voor nodeloze vertraging. Vermeldenswaard in dit verband is de uitspraak van de rechtbank Zutphen van 7 november 2007³³. De Rechtbank kende een hoger bedrag aan smartengeld toe (geen EUR 10.000 maar EUR 15.000) omdat de WAM-verzekeraar gedurende lange tijd de klachten van de gekwetste niet als ongevalsgevolg had willen erkennen. Voor de verzekeraar is een lange duur van het schaderegelingstraject vooral financieel belastend: de reservering blijft staan en de ervaring leert dat de uiteindelijk te betalen schadevergoeding in het merendeel van de zaken hoger is, naarmate het schaderegelingstraject langer duurde. Ook om deze reden is het raadzaam voor verzekeraars de reactietermijnen zo kort mogelijk te houden en proactief te werk te gaan.

Volledige schadevergoeding

Tot slot sta ik stil bij de hoogte van de uiteindelijk uit te keren schadevergoeding. Het uitgangspunt in ons schadevergoedingsrecht en van art. 1 Eerste Protocol is dat geleden schade volledig wordt vergoed. De benadeelde moet worden gebracht in de situatie zoals die was geweest, in de situatie zonder de aansprakelijkheidsscheppende gebeurtenis.³⁴ Ook dit recht is niet absoluut. Regulering ervan is toegelaten wanneer dat in overeenstemming is met het algemeen belang. Art. 8:110 BW bevat een limitering van de aansprakelijkheid van de vervoerder voor schade veroorzaakt door dood of letsel van de reiziger tot in een AMvB vastgelegde bedragen. In 1991 zijn de bedragen in deze AMvB op NLG 300.000 vastgelegd. In 2008 zijn de limieten verhoogd naar EUR 1.000.000 voor personenvervoer over de weg en het lokaal- en tramspoor en naar EUR 188.000 voor personenvervoer over

het hoofdspoor. De limiet voor personenvervoer over zee of binnenwateren is niet verhoogd.³⁵

In 2004 had het hof Amsterdam³⁶ in een zaak over een treinreizigerster die bij het instappen ernstig letsel had opgelopen het beroep van NS op de limiet van NLG 300.000 naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar geoordeeld. Het hof noemde hierbij expliciet art. 1 Eerste Protocol. Voorts woog het hof mee dat bij NS al jaren voor het ongeluk bekend was dat de vertrekprocedure veiliger kon door inklemb beveiliging aan te brengen en de conducteur ruimere bevoegdheden te geven de vertrekprocedure te onderbreken. Volgens het hof vormde het negeren van deze informatie door NS bewuste roekeloosheid waardoor NS in het licht van art. 6:248 lid 2 BW geen beroep toekwam op de toen geldende limiet van NLG 300.000. Als een wettelijke of contractuele bepaling (mogelijk) in strijd is met het EVRM, is dat een omstandigheid die gewicht toekomt bij de beantwoording van de vraag of onverkorte toepassing van die bepaling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Zo werkt het EVRM door in het burgerlijk recht. De Hoge Raad heeft op 18 mei 2018³⁷ beslist op het cassatieberoep van een man die tijdens een zeiltocht ernstig letsel had opgelopen. De verzekeraar van het schip heeft zijn schade en de schade van regresnemers tot een totaalbedrag van EUR 137.000 (NLG 300.000) voldaan. De gekwetste heeft aangevoerd dat het beroep van de verzekeraar op de limitering naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, mede in het licht van art. 1 Eerste Protocol. De Hoge Raad hecht veel waarde aan het besluit van de wetgever om de limiet voor vervoer over zee en binnenwater – in tegenstelling tot de limieten bij andere vervoerswijze – in 2008 niet te verhogen. De Hoge Raad voelt zich niet vrij om zelf een hoger bedrag vast te stellen, wel acht de Hoge Raad het niet gerechtvaardigd dat deze limiet sinds 1991 in het geheel niet is verhoogd. De Hoge Raad “verhoogt” de limiet met een jaarlijks vanaf 1992 door te voeren inflatiecorrectie en nodigt de wetgever uit om deze limiet in de AMvB ook te verhogen.

Het EVRM kan bij het vaststellen van de hoogte van de schadevergoeding ook op een andere manier een rol spelen, namelijk in de vorm van het in art. 14 EVRM neergelegde discriminatieverbod. Het discriminatieverbod is uitgewerkt in de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb). Op grond van art. 7 lid 1 sub a Awgb is het een ieder onder meer verboden onderscheid te maken bij het aanbieden van of verlenen van toegang tot goederen of diensten en bij het sluiten, uitvoeren of beëindigen van overeenkomsten ter zake indien dit gebeurt in de uitoefening van beroep of bedrijf. Dit artikel is zowel van toepassing op de schadeafwikkeling door een verzekeraar onder een firstparty verzekering (bijv. AOV of ongevallenverzekering) als onder een thirdparty verzekering (bijv. AVB, AVP of WAM). Een verzekeraar mag voor het vaststellen van de omvang van de te vergoeden schade gebruik maken van statistische gegevens. Als het gebruik van die statistische gegevens ertoe leidt dat een bepaalde groep (bijv. vrouwen, bijzienden, mensen die langer zijn dan 1,90 m etc.) nadeel daarvan ondervinden, dan levert het gebruik een indirect onderscheid op. Een indirect onderscheid is verboden, tenzij daarvoor een objectieve rechtvaardiging bestaat en het onderscheid passend en noodzakelijk is (art. 2 Awgb). In een deelgeschilbesikking uit 2013 heeft de rechtbank Den Haag³⁸ geoordeeld dat voor de berekening van het verlies aan arbeidsvermogen kon worden uitgegaan van de redelijke verwachting dat de benadeelde (een op tienjarige leeftijd aangereden meisje van Turkse afkomst) op haar 26ste zou stoppen met haar fulltime baan om te zorgen voor de kinderen, waarna zij op haar 36ste parttime (50%) terug zou keren in haar oude beroep. Volgens de rechtbank was het een feit van algemene bekendheid dat slechts een kleine groep vrouwen na de geboorte fulltime blijft werken en niet is onderbouwd dat de benadeelde tot deze groep behoort. Op deze uitspraak is veel kritiek gekomen³⁹ omdat de rechtbank niet de statistieken met naam en bron had genoemd waarop zij de gevolgtrekking – die voor dit meisje tot een fors lagere schadevergoeding hadden geleid dan als een jongen dit ongeval was overkomen – baseerde. De ouders van

het meisje hebben vervolgens met succes een klacht ingediend tegen de verzekeraar bij het College voor de rechten van de mensen (voorheen: Commissie Gelijke Behandeling).⁴⁰ De verzekeraar maakte volgens het College een verboden onderscheid naar geslacht door het uitgangspunt te hanteren dat het meisje kinderen zou krijgen en als gevolg daarvan zou stoppen met werken en daarna nog slechts parttime in het arbeidsproces zou terugkeren. Een pyrrus-overwinning want een uitspraak van het College heeft geen juridische kracht, zoals een rechterlijke of arbitrale uitspraak. Het oordeel is ook geen bindend advies. In de Memorie van Toelichting op de Wet is over de uitspraken te lezen:⁴¹

“Het zijn het gezag en de deskundigheid van het College die bepalend zijn voor wat de rechter, het bestuur, belanghebbenden of betrokkenen met eventuele bevindingen en aanbevelingen doen. Primair beoogt deze constructie door het geven van een gezaghebbend en deskundig advies partijen in een conflict bij elkaar te brengen.”

Conclusie

Hoewel de grondrechten gewaarborgd in het EVRM zijn bedoeld om de burger te beschermen tegen de overheid, hebben de grondrechten ook in andere verhoudingen grote betekenis gekregen, waaronder de schadebehandeling en schadeafwikkeling door een verzekeraar. Het Verbond van Verzekeraars, de Letselschaderaad, het PIV en andere organisaties hebben al jaren aandacht voor de betekenis van grondrechten bij de afwikkeling van personenschadeclaims. Zij stellen beleid op en werken dat uit in gedragsregels om de grondrechten te beschermen en waar grondrechten botsen een “fair balance” te vinden. Met dit artikel hoop ik voor iedereen die betrokken is bij het afwikkelen van personenschadeclaims de EVRM-achtergrond van de gedragscodes te hebben geschetst zodat die codes wat meer kleur en context krijgen.



Het 'Michigan Model' – Een andere aanpak van medische aansprakelijkheidsclaims in de Verenigde Staten

door Evelien Engelhard | promovenda Erasmus Universiteit¹

1 | Inleiding

In 2001 werd door de 'University of Michigan Health System' (hierna: UMHS) een 'Communication and Resolution Program' geïmplementeerd, genaamd het 'Michigan Model'. Dit model symboliseert een radicaal andere aanpak van medische aansprakelijkheidsclaims in de Verenigde Staten, omdat slachtoffers normaliter – door de zeer terughoudende houding van ziekenhuizen in de nasleep van een (mogelijke) medische fout – genoodzaakt zijn zich tot de rechter te wenden om schadevergoeding te verkrijgen. Door de vele wettelijke hervormingen in Michigan die erop gericht zijn het aanbrengen van medische aansprakelijkheidsclaims te bemoeilijken is dat echter tijdrovend en zeer kostbaar. Omdat advocaten in Michigan uitsluitend op basis van 'contingency fees' werken en derhalve het kostenrisico dragen zijn zij daarnaast zeer kieskeurig in de zaken die zij aannemen. Enerzijds nemen zij vooral de 'makkelijke' zaken aan, anderzijds dient de potentiële hoogte van de schadevergoeding een bepaalde – forse – drempel te halen. Shepherd, professor aan Emory University School of Law, concludeert daarom: "Because the majority of adverse events resulting from medical negligence do not impose serious harm, many medical malpractice victims are

unable to find legal representation, and their injuries go uncompensated."² UMHS heeft met de introductie van het 'Michigan Model' de traditionele 'deny and defend' mentaliteit echter verlaten. In dit model worden slachtoffers van medische fouten daarover geïnformeerd en gecompenseerd door de schade (zoveel als mogelijk) buitengerechtelijk af te wikkelen. Daarnaast tracht UMHS het aantal medische fouten terug te dringen – medische fouten zijn daar nog steeds een van de belangrijkste doodsoorzaken³ – en daarmee de zorg en patiëntveiligheid te verbeteren. In dit artikel wordt op beknopte wijze verslag gedaan van een uitgebreid onderzoek naar de werking van en de ervaringen met dit model in de praktijk.

2 | Opzet van het onderzoek

Het onderzoek naar het Michigan Model is onderdeel van het promotieonderzoek van de auteur. In dat onderzoek staat de vraag centraal welke succes- en faalfactoren kunnen worden onderscheiden in verschillende initiatieven die het afwikkelingsproces van letsel-schades in het algemeen trachten te verbeteren in verschillende landen. De in deze studie betrokken rechtssystemen zijn Nederland, Ierland, Engeland & Wales en de Verenigde Staten. Om te

beoordelen in hoeverre deze verbeteringsinitiatieven 'succesvol' zijn worden drie criteria gehanteerd: welk effect dat initiatief heeft op zowel de kosten als de duur van het afwikkelingsproces van letsel-schade en de mate waarin dat initiatief bijdraagt aan procedurele rechtvaardigheid voor slachtoffers. In elk land zijn daartoe professionals geïnterviewd om, in aanvulling op de literatuur, een (beter) beeld te verkrijgen over hoe dat initiatief werkt in de praktijk.

De resultaten van het onderzoek naar het Michigan Model zijn gebaseerd op literatuur en interviews die zijn afgenomen met zestien Amerikaanse professionals (drie academici, tien advocaten die zowel slachtoffers als ziekenhuizen bijstaan en drie vertegenwoordigers van UMHS). Daarnaast heeft de auteur een bijeenkomst van de 'Clinical Care Review Committee' van UMHS bijgewoond – een bijeenkomst waarin, kort gezegd, wordt beslist of de verleende zorg in specifieke gevallen (on)redelijk was. Eerst zal kort het afwikkelingsproces van medische aansprakelijkheidsclaims binnen het Michigan Model worden geschetst (par. 3). Vervolgens worden de bevindingen van het onderzoek met betrekking tot de kosten en de duur van het afwikkelingstraject beschreven, alsmede de mate waarin dit model bijdraagt aan procedurele rechtvaardigheid voor



slachtoffers (par. 4). Ook zal aandacht worden besteed aan een belangrijk punt van kritiek op dit model (mogelijke manipulatie van patiënten in dit model (par. 5). Tot slot wordt kort gereflecteerd op de resultaten (par. 6). Hierbij moet worden bedacht dat de hier weergegeven resultaten een verkorte, versimpelde en minder genuanceerde weergave zijn van de realiteit.

3 | Het afwikkelingsproces van het Michigan Model

Het afwikkelingsproces van medische aansprakelijkheidsclaims in het Michigan Model bestaat uit verschillende stappen. Dit proces vangt aan wanneer UMHS een bericht van een patiënt ontvangt, of iemand van het medische personeel een incident meldt. Incidenten kunnen door het medische personeel telefonisch, per mail of via een website worden gemeld. Het incident wordt allereerst onderzocht door het 'Risk Management Department'. Indien nodig worden interne of externe experts verzocht een rapport op te stellen. Vervolgens wordt de zaak gepresenteerd aan de 'Clinical Care Review Committee'. Deze commissie bestaat uit 25 tot 30 artsen, verpleegsters en ander medisch personeel, maar de bijeenkomst wordt tevens bijgewoond door advocaten van UMHS. In deze commissie, die maandelijks bijeenkomt, worden de incidenten besproken en wordt geconcludeerd of de aan de patiënt verleende zorg redelijk was. Daarna wordt aan de patiënt een gesprek aangeboden, ongeacht de conclusies van de 'Clinical Care Review Committee' over de juistheid van de verleende zorg. Over het algemeen zijn, naast de patiënt, diens familie en

eventueel diens advocaat, medewerkers van het 'Risk Management Department' en een of meerdere artsen aanwezig tijdens dit gesprek. Dat kan de behandelend arts van de patiënt zijn – de arts die de fout maakte – maar ook een andere arts met dezelfde expertise. In dat gesprek wordt aan de patiënt uitgelegd wat er precies is gebeurd en, indien inderdaad sprake is van een medische fout, worden excuses aan de patiënt aangeboden. Indien UMHS van mening is dat er geen sprake is van een medische fout wordt duidelijk aan de patiënt uitgelegd waarom dit het geval is. Is de patiënt het daar niet mee eens, dan zal hij of zij zich doorgaans alsnog tot de rechter moeten wenden. Indien de 'Clinical Care Review Committee' concludeert dat er sprake is van een medische fout die tot letsel bij de patiënt heeft geleid, dan wordt met de patiënt besproken dat UMHS schadevergoeding wil aanbieden. Als de hoogte van de schade wordt geschat op (minder dan) \$150.000, dan mag het 'Risk Management Department' de zaak zonder tussenkomst van de 'Claims Management Committee' tot dat bedrag afwickelen. In andere gevallen wordt de zaak eerst gepresenteerd aan de 'Claims Management Committee' en wordt een aanbeveling gedaan over de hoogte van de compensatie die aan de patiënt moet worden geboden. Deze interne commissie beslist uiteindelijk tot welk bedrag UMHS bevoegd is om de zaak te schikken, omdat UMHS een zogeheten 'captive insurer' heeft; een verzekeringsmaatschappij die slechts is opgericht om dekking te verlenen in geval van aansprakelijkheid aan de organisatie die daarvan de eigenaar is – in dit geval UMHS.⁴

4 | Evaluatie van het Michigan Model

4.1 Kosten

Het eerste aspect waarop het 'Michigan Model' is geëvalueerd betreft de kosten van het proces. Voorafgaand aan de implementatie ervan werd gevreesd dat de introductie van een model waarin medische fouten openlijk aan patiënten werden toegegeven tot een scherpe toename in het aantal claims en derhalve tot een sterke kostenstijging tot gevolg zou hebben.⁵ Verschillende onderzoeken tonen echter aan dat het aantal claims en de 'total liability costs' (de som van door de UMHS aan patiënten uitgekeerde compensatie en de proceskosten) na de implementatie van het 'Michigan Model' (significant) zijn gedaald.⁶ Hoewel veel van deze kostenverlaging slechts UMHS ten goede lijkt te komen, wordt in de literatuur wel gesuggereerd dat het slachtoffer daarvan ook profiteert. Slachtofferadvocaten kunnen in dit model immers werken op basis van een uurtarief, in plaats van relatief dure 'contingency fees'. De meerderheid van de geïnterviewde slachtofferadvocaten geeft echter aan ook in dit model geen uurtarief te hanteren, simpelweg omdat hun cliënten dat niet kunnen betalen. Zij vinden de bevinding dat dit model kosten bespaart daarom wat te kort door de bocht, omdat slachtoffers daarvan volgens hen in de praktijk weinig merken. Slachtofferadvocaten stellen dat in het 'Michigan Model' nog steeds de noodzaak bestaat om experts in te schakelen, ter voorbereiding op een eventuele rechtszaak en omdat zij anders hun cliënt niet goed kunnen adviseren omtrent de hoogte van de schadevergoeding. Wel stellen slachtofferadvocaten dat zij hun 'contingency fee' soms verlagen – de standaardvergoeding bedraagt 33 procent van het bedrag aan schadevergoeding na aftrek van de kosten – wanneer zij een zaak met UMHS schikken en weinig kosten hebben gemaakt. Een slachtofferadvocaat:

'[...] in the cases involving the University of Michigan where we're able to resolve a case through the claims process, we oftentimes discount our fee as a courtesy and that helps the clients and that represents the fact that oftentimes we're able to do that at a lower expense to ourselves, if we're able to ... if that process is successful, it will mean that we have spent somewhat less time by avoiding litigation, although the upfront work may be just as much.

[...] There have been cases, as a standard it would be 25 percent, but there have been cases depending on the amount that we've recovered and various factors we would charge less than 10 percent. But that would be a very, you know, that would be the kind of case where it was essentially a phone call, where we were brought in for negotiation.'

Ook lijkt het 'Michigan Model' voor UMHS indirect kostenverlagend te werken, omdat artsen van UMHS aangeven hun personeel sinds de implementatie van dit model te trainen in 'evidence-based medicine' in tegenstelling tot 'defensive medicine'. Hoewel de introductie van een 'Communication and Resolution Program' zoals het 'Michigan Model' onvermijdelijk leidt tot hogere kosten in andere gebieden – zo vereist dit model de inzet van meer personeel en het besteden van tijd aan het onderzoeken van incidenten en de communicatie met patiënten – suggereren de literatuur en de respondenten dat het 'Michigan Model' de kosten van het afwikkelen van medische aansprakelijkheidsclaims heeft verlaagd.

4.2 Duur afwikkelingsproces

Vervolgens is onderzocht welk effect de introductie van het 'Michigan Model' heeft op de duur van het afwikkelingsproces van medische aansprakelijkheidsclaims. Verschillende studies concluderen dat claims in het 'Michigan Model' sneller worden afgewikkeld: tussen 2001 en 2007 is de gemiddelde duur van dit proces gedaald van 20,3 naar 8 maanden.⁷ De kortere duur van dit proces werkt tevens kostendrukkend, omdat langslappende – en derhalve dure – rechtszaken kunnen worden vermeden. De respondenten bevestigen deze bevindingen, maar benadrukken dat claims tegen UMHS alleen sneller worden afgewikkeld indien partijen in het 'Michigan Model' een schikking kunnen bereiken. Is dat niet het geval, dan is het slachtoffer alsnog genooddakt een gerechtelijke procedure aan te spannen. Twee slachtofferadvocaten stellen echter dat het 'Michigan Model' ook een positief effect heeft op een eventuele procedure; dit proces biedt partijen immers een platform om met elkaar in discussie te gaan en erachter te komen op welke punten zij het oneens zijn. Zodoende worden in een gerechtelijke procedure slechts die punten behandeld, waardoor de procedure sneller kan worden afgewikkeld. Veel respondenten gaven tevens aan dat er bepaalde vertragingen optreden in het 'Michigan Model'. De vertegenwoordigers van UMHS (h)erkennen dit en wijten dit aan het feit dat het aantal meldingen van incidenten explosief is gestegen en het gebrek aan (voldoende getraind) personeel:

'[...] I think we grew a little complacent and our health system, for a while took for granted this process and so I had some trouble with resources in the department of risk management. So there were some delays, I'm not pleased with that. What we really aspire to is to get these cases get through the clinical care review committee generally speaking within three months of the patient injury. But that's dependent on our ability to have competent staff do these investigations and that sort of thing and we've lagged on that.

[...] One of the downsides of our approach is that we have encouraged our health care system to believe that good things will happen when they report. Well, that was at a time when I think we were getting roughly 2,000 incident reports a year. Last year, 36,000. So what do you do with that? We don't want people to think that they put in a report and it fell into a black hole, at the same time there's only a few pearls in that big batch of data coming in so we don't want to miss anything. That has become a real problem, how do we weed that out, how do we ... when you think about it, that's a hundred a day or more. That has become a problem and I haven't, I wish I could tell you that I've got that figured out. Every once in a while, well the one thing you pointed out and that is absolutely true that right now it's taking too long. And part of that is because we lost a number of people unexpectedly over the last year that were highly trained. Part of the problem with the Michigan model is, there's no school or no other health system we can recruit from. So everybody gets trained on the job which gives us a longer learning curve and that's one of the reasons why it takes so long.'

Een andere vertragende factor die door zowel slachtofferadvocaten als door vertegenwoordigers van UMHS werd genoemd, is de defensieve en soms zelfs vijandige houding van partijen in het proces. Dat lijkt een overblijfsel van de 'deny and defend' mentaliteit in het afwikkelen van deze claims, die beide partijen maar moeilijk kunnen loslaten.

4.3 Procedurele rechtvaardigheid

De theorie van procedurele rechtvaardigheid stelt, beknopt samengevat, dat het rechtvaardigheidsoordeel van mensen niet slechts afhangt van de uiteindelijke uitkomst, maar ook in sterke mate van de (beleving van de) procedure die tot deze uitkomst leidt.⁸ Belangrijke aspecten van procedurele rechtvaardigheid betreffen de mogelijkheid tot participatie in die procedure, maar ook de mate van vertrouwen in de beslissende partij en het met respect

en waardigheid worden behandeld in de procedure. Uit de resultaten van de interviews blijkt dat het 'Michigan Model' op al deze punten goed uit de verf komt. Slachtoffers kunnen in een hoge mate participeren in het proces, omdat hun de mogelijkheid wordt geboden een gesprek aan te gaan met UMHS waarin de resultaten van het onderzoek naar het incident met hen worden gedeeld. Daarnaast worden slachtoffers regelmatig betrokken in processen om de zorg binnen UMHS te verbeteren, door hen bijvoorbeeld een trainingsvideo voor het medische personeel te laten opnemen om te voorkomen dat dezelfde fout nogmaals wordt gemaakt. De respondenten stellen dat de transparantie en openheid die UMHS aan patiënten biedt over het incident het tevens een (zeer) betrouwbare organisatie maakt voor slachtoffers. Twee slachtofferadvocaten stelden echter dat UMHS niet altijd transparant is, omdat bijvoorbeeld niet met de patiënt wordt gedeeld hoe het onderzoek precies is uitgevoerd. De vertegenwoordigers van UMHS herkennen dit bezwaar, maar stellen dat zij een precaire balans moeten vinden in enerzijds zoveel mogelijk informatie met de patiënt delen, en anderzijds voor hun personeel een veilige omgeving moeten creëren waarin dergelijke onderzoeken kunnen worden uitgevoerd. Tot slot stellen de respondenten dat slachtoffers door UMHS met respect en waardigheid worden behandeld, zeker in vergelijking met verzekeraars. Een slachtofferadvocaat:

'I think in regularly litigated cases patients feel like they're like any other insurance claim; they're just a number that the health system doesn't really care about them, that they're just seeing them as a burden and someone trying to get money. And I think when they're participating in this process they feel better about themselves, they feel more important to the university, and they feel like the university actually cares about

providing quality healthcare instead of making the negligence cases go away.'

5 | Kritiek: manipulatie van slachtoffers

De meest verregaande kritiek die in de literatuur op het 'Michigan Model' is geuit betreft het idee dat slachtoffers in het Michigan Model worden gemanipuleerd om met minder of zelfs geen compensatie genoegen te nemen, terwijl zij daar wel recht op hebben. Vanwege de beperkte omvang van dit artikel komen andere bedenkingen niet aan bod. Deze kritiek wordt gevoed door resultaten van een empirisch onderzoek, waarin enerzijds wordt geconcludeerd dat slachtoffers die participeren in het 'Michigan Model' minder vaak compensatie ontvangen van UMHS dan in gerechtelijke procedures, en de slachtoffers die wél compensatie ontvangen anderzijds een lager bedrag ontvangen dan in gerechtelijke procedures.⁹ Hoewel de auteurs erkennen dat deze uitkomst vragen oproept, noemen zij ook mogelijke verklaringen voor deze bevindingen: het aantal claims voor schadevergoeding in medische aansprakelijkheidszaken lijkt in het algemeen te dalen, er kunnen simpelweg minder medische fouten zijn gemaakt – mede door de inspanningen van UMHS op het gebied van patiëntveiligheid en het verbeteren van de zorg in het algemeen – en de openheid die UMHS aan patiënten biedt over medische fouten en incidenten en de excuses die daarvoor worden gemaakt kunnen ertoe leiden dat slachtoffers afzien van het indienen van een claim.

De laatstgenoemde mogelijke verklaring wordt door Teninbaum, professor aan Suffolk University Law School, echter aangegrepen als bewijs voor zijn stelling dat patiënten in het 'Michigan Model' wel degelijk worden gemanipuleerd. Hij stelt namelijk dat de transparantie die UMHS biedt over het medische incident en het aanbieden van excuses technieken zijn om de keuze van de patiënt om schadevergoeding na te streven te beïnvloeden. Teninbaum beschrijft dit fenomeen als 'cooling the mark out',

waarbij een persoon in een machtspositie overtuigende of manipulatieve methoden gebruikt om de emotionele staat van een 'mark' te beïnvloeden. Dit kan geschieden door een open discussie met het slachtoffer aan te gaan en oprechte excuses aan te bieden om zo diens woede te temperen, maar ook door aan het slachtoffer een nieuwe rol toe te bedelen, zoals hen aan te moedigen hun verhaal te delen en hen te laten participeren in het verbeteren van de zorg.¹⁰

De respondenten zijn hierover specifiek bevraagd. Zij stelden unaniem dat het risico van manipulatie van slachtoffers inherent aanwezig is in processen zoals het 'Michigan Model', en de bevindingen van de eerdergenoemde studie daarvan een mogelijk resultaat zijn. De respondenten zijn echter verdeeld over het antwoord op de vraag in welke mate deze manipulatie daadwerkelijk plaatsvindt. Enkele respondenten verklaren dat slachtoffers mogelijk inderdaad genoegen nemen met een uitleg en excuses aan de zijde van UMHS, wat duidt op manipulatie. Andere respondenten stellen dat manipulatie wellicht wel voorkomt in de praktijk, maar betwijfelen hoe problematisch dat daadwerkelijk is. Zij zijn van mening dat het aan het slachtoffer is om te besluiten of het schadevergoeding wil en vinden het dan ook gerechtvaardigd wanneer slachtoffers daarvan afzien omdat zij tevreden zijn met een uitleg en excuses. Dat sluit volgens hen aan bij eerdere studies, waarin wordt geconcludeerd dat de overgrote meerderheid van slachtoffers van medische fouten in de Verenigde Staten geen claim indient. Een 'associate professor' in gezondheidsrecht:

'If you say you're sorry for the mistake and admit that you made a mistake, it seems that that made it much less likely for the plaintiff to sue. I don't know, I mean I suppose there could be manipulation in that process but I also think that these kinds of claims should be driven by the patient. They should be driven by whether the patient wants to go forward. I think there are probably quite a lot of patients that are injured through malpractice that



6 | Afsluiting

Hier verdient opmerking dat de resultaten van het onderzoek naar het 'Michigan Model' veel rijker zijn dan in dit artikel kon worden weergegeven. In de interviews kwamen bijvoorbeeld meer onderwerpen aan bod. Op basis van de meest in het oog springende resultaten kan een aantal conclusies worden getrokken. Ten eerste heeft het 'Michigan Model' bijgedragen aan een sneller en goedkoper afwikkelingsproces voor medische aansprakelijkheidsclaims. UMHS worstelt echter met het hoge aantal incidenten dat door haar medische personeel wordt gerapporteerd. Omdat het succes van dit model en de tevredenheid van slachtoffers – in ieder geval mede – afhangt van de snelheid waarmee incidenten worden onderzocht, lijkt het succes van UMHS op dit punt echter ook haar ondergang te kunnen worden. Ten tweede lijkt het 'Michigan Model' bij te dragen aan procedurele rechtvaardigheid voor slachtoffers. Vooral op het punt van participatie scoort UMHS hoog, omdat informatie over het incident wordt gedeeld met het slachtoffer en slachtoffers niet zelden worden gevraagd een rol te spelen in de verbetering van de gezondheidszorg in UMHS. Het zijn juist deze aspecten van het proces die bij sommigen leiden tot de overtuiging dat slachtoffers in het 'Michigan Model' worden gemanipuleerd om met geen of minder compensatie genoeg te nemen. De respondenten geven aan dat dit risico pertinent aanwezig is in processen als het 'Michigan Model', maar zijn ervan overtuigd dat dit risico zich in de praktijk zelden realiseert; enerzijds omdat zij UMHS een betrouwbare organisatie vinden, anderzijds omdat het slachtoffer vaak wordt bijgestaan door een advocaat die voor manipulatie van zijn cliënt waakt. Het feit dat UMHS slachtoffers nadrukkelijk wijst op hun recht een advocaat te raadplegen en hen daarbij assisteert getuigt daarvan. Andere punten, zoals de vraag in hoeverre het succes van het 'Michigan Model' afhangt van het feit dat UMHS zichzelf verzekert, zullen in het proefschrift aan bod komen. Dat zal naar verwachting in 2019 verschijnen.

never bring claims because they either don't want to deal with that or they're averse to conflict, they don't want to do that in the first place. I think that ... and then there are some people who just want to hear someone admit that they made a mistake and that's enough for some people. I think, is that fair? Is that the right way to approach this kind of issue? I think that has to be up to the plaintiff to decide.'

De meerderheid van de respondenten is van mening dat het risico op manipulatie van slachtoffers in dit proces in belangrijke mate wordt gemitigeerd door de veelvuldige aanwezigheid van advocaten aan de zijde van het slachtoffer en, nog belangrijker, het feit dat UMHS slachtoffers informeert over hun recht een advocaat te raadplegen en hen in sommige gevallen zelfs helpt een advocaat te lokaliseren. Een slachtofferadvocaat:

'And it's my understanding that, it's been my experience that the University of Michigan hospital, I'm not sure this is true with all, but with them they make a recommendation that you seek an attorney. And in fact they go so far that if you don't have the name of an attorney they know the attorneys who practice in different

areas and there are specialties within attorneys within malpractice, they'll give the names of people, they're given three names that you can call and 'have that person call me and then we'd like to set up another meeting to discuss resolution of the case to avoid a lawsuit.'

Daarnaast stellen veel slachtofferadvocaten ervan overtuigd te zijn dat UMHS slachtoffers niet bewust manipuleert, omdat zij na vele jaren ervaring met deze organisatie hebben ondervonden dat UMHS daadwerkelijk probeert slachtoffers op een eerlijke manier te compenseren voor medische fouten. Wel erkennen veel slachtofferadvocaten dat de schadevergoeding die UMHS biedt gemiddeld ietwat lager ligt dan in een gerechtelijke procedure. Dat komt volgens hen enerzijds omdat slachtoffers door de uitleg en excuses die UMHS hun biedt minder geneigd zijn 'het onderste uit de kan te halen', of liever 'snel' wat minder schadevergoeding ontvangen dan jaren te moeten procederen voor 'ietsje meer'. Anderzijds is het bedrag dat aan schadevergoeding in een gerechtelijke procedure toegewezen vaak hoger omdat daarin ook de veel hogere kosten van de procedure worden gereflecteerd, en derhalve is het slachtoffer volgens veel respondenten bij de rechter (financieel) niet vaak beter af.



Beperking van de looptijd: nieuwe kansen?

door Veneta Oskam | advocaat bij V&A Advocaten

In dit artikel sta ik stil bij de vraag of en wanneer (in welke fase van de beoordeling van de causaliteit) sprake kan zijn van een looptijdbeperking van voortdurende schade-posten zoals verlies aan verdienvermogen. Hierbij komen ook de verschillen tussen predispositie en pre-existentie aan de orde en de vraag hoe dit zich verhoudt tot beperking van de looptijd. Aanleiding voor het schrijven van dit artikel vormt het arrest van de Hoge Raad 9 maart 2018¹ in relatie tot het eerder gewezen arrest van de Hoge Raad 27 november 2015² (hierna: Jerrycan-arrest).

Waar de Hoge Raad in het Jerrycan-arrest juist het signaal gaf dat het hof te lichtvaardig een beperking van de looptijd had aangenomen, lijkt met het meer recente arrest van de Hoge Raad meer ruimte te zijn ontstaan voor een beperking van de looptijd. In het onderstaande zal ik beide arresten met de bijbehorende conclusies van de A-G bespreken en plaatsen binnen het juridisch kader. Doel van deze inventarisatie is te onderzoeken of – en zo ja onder welke omstandigheden – beperking van een looptijd voor posten van toekomstige schade (zoals verlies verdienvermogen) voor de hand ligt.

Fases in de causaliteitsbeoordeling

Voordat ik beide genoemde arresten bespreek, is het van belang het juridisch kader te schetsen waarin deze discussie zich afspeelt. Dit juridisch kader begint bij het onderscheiden van twee fases in de causaliteit. De eerste fase bestaat uit de vestigingsfase van het causaal verband, het *conditio sine qua non*-verband (*csqn*-verband). Dit betreft de vraag of de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis (bijvoorbeeld het verkeersongeval of het bedrijfsongeval) oorzakelijk is geweest voor het ontstaan van het letsel en de daaruit volgende beperkingen.

In deze fase draagt een benadeelde, ook in whiplashzaken, een “normale” bewijslast van het causaal verband.³ Hierbij geldt als criterium dat dit verband door de eiser voldoende of met een redelijke mate van waarschijnlijkheid aannemelijk moet worden gemaakt. Of dit lukt, is ter bewijswaardering van de (feiten)rechter, waartoe enkele bewijsnood van de eiser niet voldoende is om de eiser hierin tegemoet te komen.⁴

De tweede fase bestaat uit het vaststellen van causaal verband met de schade in de toerekeningsfase (art. 6:98 BW). In de rechtspraak⁵ is wel aangenomen dat de benadeelde in deze fase het voordeel van de twijfel krijgt waar het de omvang van de schade en het geschatte toekomstperspectief betreft. De rechtvaardiging die hiervoor wordt gegeven, is dat het de aansprakelijke partij is geweest die het slachtoffer de mogelijkheid heeft ontnomen zekerheid te verschaffen omtrent datgene wat in de hypothetische situatie zonder ongeval zou zijn gebeurd.⁶ Zoals in de literatuur benadrukt,⁷ zou de beweegreden voor deze bewijslastverlichting moeten worden gezocht in het gegeven dat hypothetische situaties zich niet laten bewijzen. Volgens vaste rechtspraak⁸ wordt aansluiting gezocht bij ‘de redelijke verwachtingen’ ten aanzien van de toekomstige ontwikkelingen en

betreft het een afweging van goede en kwade kansen. Dit betekent dat in het geval van predispositie moet worden beoordeeld of de predispositie in de fictieve situatie zonder ongeval tot inkomensderving zou hebben geleid, althans met voldoende waarschijnlijkheid zou hebben kunnen leiden.

Definiëring pre-existentie en predispositie

Zowel waar het de eerste fase (vestigingsfase) van de causaliteit betreft als waar het de tweede fase (toerekeningsfase) van de causaliteit betreft, kan pre-existentie en/of predispositie een (belangrijke) rol spelen. Wanneer sprake is van een medische omstandigheid die onafhankelijk van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis (hierna ook wel aangeduid als ongeval) tot klachten en/of beperkingen bij de benadeelde zou hebben geleid, wordt dit aangeduid als pre-existentie of pre-existente omstandigheden. Denk hierbij bijvoorbeeld aan reeds bestaande lichamelijke (of psychische) klachten die zelfstandig – dus ook in de situatie zonder ongeval – tot uitval zouden hebben geleid. Dit kan klachten of aandoeningen betreffen die op hetzelfde vlak liggen als het door het ongeval ontstane letsel, maar dit kan ook geheel andersoortige klachten betreffen. De medische aanknopingspunten of sprake is van pre-existente klachten laten zich teruglezen in het medisch dossier (huisartsenbezoek, eerdere behandelingen) en het arbeidsverloop (eerdere uitval, ziekteverzuim). Wanneer sprake is van pre-existente klachten, wordt hiermee het causaal verband – in de vestigingsfase van de aansprakelijkheid – doorbroken. Niet de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis, maar de reeds bestaande klachten leiden dan immers tot de uitval (in arbeid of in de mogelijkheid tot het verrichten van huishoudelijke werkzaamheden en/of klussen in en rond huis) en staan om die reden bij gebreke van causaal verband tussen het ongeval en de (arbeids)uitval aan het vestigen van aansprakelijkheid in de weg.

Van predispositie is sprake als de betrokkene kampt met een bijzondere

lichamelijke of geestelijke kwetsbaarheid die ervoor zorgt dat men met meer klachten en/of beperkingen reageert op het ongeval dan de 'normale en robuuste' mens of herstel uitblijft. Ook een dergelijke predispositie kan blijken uit het medisch dossier en/of aan het licht komen na deskundigenonderzoek. Hierbij kan sprake zijn van predispositie die in combinatie met het ongeval tot verergering of instandhouding van de klachten leidt en zodoende voor (extra) uitval zorgt. Ook is predispositie denkbaar waarvan aannemelijk is dat die ook zonder ongeval in de toekomst op enig moment tot uitval zal leiden, maar waartoe wel een (van buiten komende) luxerende oorzaak nodig is.

Juridisch gezien is van belang dat de gevolgen die zijn terug te voeren op een bijzondere lichamelijke of geestelijke zwakheid, kwetsbaarheid of andere bijzonderheden van de benadeelde (predispositie), als gevolg van de onrechtmatige daad aan de aansprakelijke partij moeten worden toegerekend. In het geval van letselschade door schending van verkeers- en veiligheidsnormen,⁹ zal de schade ruim worden toegerekend. De dader heeft het slachtoffer te nemen zoals hij is, dus inclusief eventuele pre-existente klachten, persoonlijkheid en moeilijke privé-situatie.¹⁰ Dat is pas anders wanneer is gebleken van bijzondere omstandigheden. Een dergelijke predispositie leidt dus niet tot doorbreking van het csqn-verband (in de eerste fase), maar kan, zoals ik in het onderstaande nader uiteen zal

zetten, wel van belang zijn bij de toerekening (tweede fase) en aldus een factor vormen waarmee rekening moet worden gehouden bij de berekening van de te betalen schadevergoeding. Een (al wat ouder) aansprekend voorbeeld van een persoonlijke predispositie vormt het Renteneurose arrest.¹¹ Henderson raakte gewond tijdens de jaarlijkse carnavalsoptocht op de Antillen, nadat hij door een agent (Gibbs) zonder aanleiding met een wapenstok werd geslagen. Vast kwam te staan dat (onder meer) een neurotische behoefte aan het ontvangen van schadevergoeding er oorzaak van was dat Henderson ziek bleef. Niettemin rekende de Hoge Raad de volledige schade aan de aansprakelijke partij toe. Hierbij overwoog de Hoge Raad dat bij een onrechtmatige daad die bestaat uit het toebrengen van letsel, de gevolgen van een door de persoonlijke predispositie van het slachtoffer bepaalde reactie op die daad in het algemeen als een gevolg van de onrechtmatige daad aan de dader moet worden toegerekend, ook al houdt die reactie mede verband met de neurotische behoefte van het slachtoffer een vergoeding te krijgen en ook al zijn die gevolgen daardoor ernstiger en langer van duur dan in de normale lijn verwacht ligt. Op deze ruime toerekening is wel kritiek geuit,¹² waarbij onder meer de vraag is opgeworpen of niet bepalend zou moeten zijn of de betrokkene zou genezen van zijn renteneurose wanneer hem schadevergoeding zou worden ontzegd, in welk geval geen schadevergoeding zou moeten volgen.¹³ Ik meen

De medische aanknopingspunten of sprake is van pre-existente klachten laten zich teruglezen in het medisch dossier en het arbeidsverloop.



dat voor een dergelijke benadering wel wat te zeggen valt, juist omdat een door predispositie veroorzaakt ziektebeeld niet zelden in stand wordt gehouden door de inactieve dagbesteding van een betrokkene, mogelijk gemaakt door de ontvangen (bevoorschotting op de) schadevergoeding.

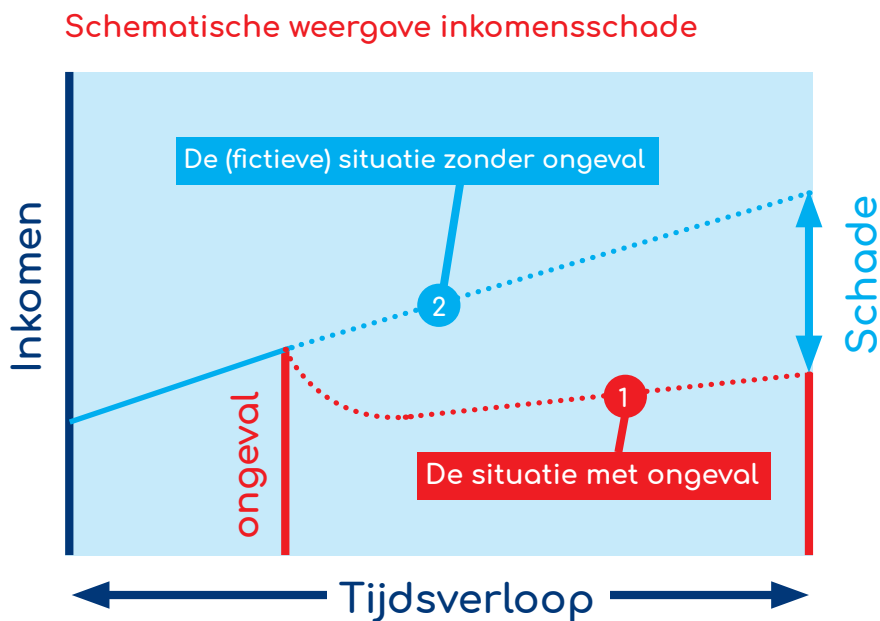
Hier ligt meteen ook de grens van de ruime toerekening in het geval van predispositie: de schadebeperkingsplicht. Wanneer een betrokkene handelt in strijd met de op hem rustende schadebeperkingsplicht, vervalt (in ieder geval voor dat gedeelte waarvan de betrokkene schade had kunnen voorkomen) de schadevergoedingsplicht van de aansprakelijke partij. De schending van de schadebeperkingsplicht wordt gezien als eigen schuld van de betrokkene in de zin van artikel 6:101 BW. Van schending van de schadebeperkingsplicht is sprake wanneer de betrokkene heeft nagelaten van zijn kant alles in het werk te stellen wat redelijkerwijs, mede in aanmerking genomen zijn persoonlijkheidsstructuur, van hem kan worden verlangd om aan het herstelproces (of reïntegratietraject) bij te dragen. Hierbij blijkt het in de praktijk lastig om daadwerkelijk handen en voeten te geven dat iemand de op hem rustende schadebeperkingsplicht heeft geschonden. De bovengenoemde bijzin 'mede in aanmerking genomen zijn persoonlijkheidsstructuur' zorgt ervoor dat – juist in het geval van predispositie – vertraagd herstel of het niet benutten van behandelmogelijkheden zelden (in volle omvang) aan de betrokkene kan worden toegerekend. Ondenkbaar is dit echter niet.¹⁴ Alvorens een schending van de schadebeperkingsplicht door kan werken in de schadevergoeding, zal ook moeten komen vast te staan dat het zich wel onder behandeling laten stellen of (ruimer) het wel voldoen aan de schadebeperkingsplicht uiteindelijk ook de verdien capaciteit zou hebben vergroot.

Overigens is het onderscheid tussen de termen pre-existentie en predispositie wat mij betreft niet absoluut. Wanneer men reeds een medische gevoeligheid heeft om als gevolg van bepaalde – geheel van het ongeval losstaande – klachten uit te vallen, maar deze klachten zich pas in alle ernst (geruime tijd)

na het ongeval openbaren, vormt dit eigenlijk een "toekomstige pre-existentie" op grond waarvan (met terugwerkende kracht vanaf de uitval) causaal verband (in de vestigingsfase van de aansprakelijkheid) komt te ontvallen en de schadevergoedingsplicht van de aansprakelijke partij voor de doorlopende schadeposten stopt. Doch evenzeer kan – indachtig het onderstaande – hier worden gesproken van een 'zelfstandige

Schade begroten: vergelijken van twee lijnen

Wanneer causaal verband in de vestigingsfase van de aansprakelijkheid (csqn-verband) is vastgesteld of erkend, volgt de schadebegroting. Waar het de ook in de toekomst doorlopende schadeposten betreft,¹⁶ vormt het verschil tussen twee situaties, of, grafisch weergegeven,¹⁷ twee lijnen de schade.



predispositie', op grond waarvan vanaf datum van de uitval als gevolg van deze los van het ongeval staande klachten de hierdoor ontstane schade niet meer aan de aansprakelijke partij kan worden toegerekend en aldus eveneens de vergoedingsplicht stopt. Ter voorkoming van verwarring in terminologie, merkt Akkermans¹⁵ op dat het belangrijk is te beseffen dat het niet gaat om de vraag op welk tijdstip een factor 'existent' kan worden genoemd, maar enkel om de vraag of de betreffende factor onafhankelijk van de aansprakelijkheidschepende gebeurtenis tot een verminderde (duur van de) arbeidsongeschiktheid zou hebben geleid. Met welke noemer men deze klachten aanduidt en in welke causaliteitsfase men deze situatie wenst te plaatsen, is eigenlijk minder van belang. Van belang is het praktische gevolg: de verplichting om schade te vergoeden stopt.

De eerste lijn vormt de situatie met ongeval. Deze lijn dient te worden afgezet tegen de tweede lijn: de (fictieve) situatie zonder ongeval. Het verschil tussen beide lijnen vormt de schade. Hierbij is niet alleen de lijn van de fictieve situatie zonder ongeval onzeker (want deze situatie zal zich door het ongeval nooit realiseren), maar ook de situatie met ongeval zoals die zich in de toekomst vermoedelijk zal ontwikkelen, is (in ieder geval op het moment van de schadebegroting) onzeker. Zoals in het bovenstaande aangegeven, volgt uit vaste rechtspraak dat bij schending van verkeers- of veiligheidsnormen die leidt tot letsel de gevolgen van een persoonlijke predispositie, ook wanneer zij buiten de normale lijn der verwachting liggen, aan de schadetoebrengende gebeurtenis wordt toegerekend (behoudens schending van de schadebeperkingsplicht). In de eerste lijn (situatie met ongeval) betekent dit dus dat wordt uitgegaan van (volledige of gedeeltelijke) arbeidsongeschiktheid

met bijbehorend inkomensverlies.¹⁸ De inkomenslijn in de situatie met ongeval zal dus laag liggen. Of de persoonlijke predispositie echter eveneens (volledig) wordt verdisconteerd in de tweede lijn (fictieve situatie zonder ongeval), is de vraag. Dit is de discussie waar beide in dit artikel te bespreken arresten op ziet. Wanneer wordt aangenomen dat de predispositie ook zonder ongeval het verdienvermogen van de benadeelde negatief zou beïnvloeden, verminderen in die betreffende periode de jaarschades en daarmee het te kapitaliseren bedrag. De vraag is in welke situaties het redelijk is van een dergelijke beperkende werking op de schade omvang uit te gaan. Voor een verminderend effect op de schade omvang is vereist dat de predispositie zelfstandig, dus de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis weggedacht, tot inkomensderving zou hebben geleid of in ieder geval voldoende komt vast te staan dat dit waarschijnlijk is.

Wanneer een predispositie uitsluitend samen met de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis (ongeval) tot inkomensderving leidt, ligt de situatie anders. Wanneer er op basis van de concrete feiten en omstandigheden (arbeidsverloop in het verleden, medisch dossier, medische expertises) vanuit moet worden gegaan dat de predispositie zonder het ongeval niet zelfstandig tot uitval in het arbeidsproces zou hebben geleid, is er geen ruimte om deze predispositie in de tweede lijn (geheel of gedeeltelijk) ten laste van de benadeelde zelf te laten komen door in deze tweede lijn (in de fictieve situatie zonder ongeval) met een lager inkomen te rekenen (uitgaande van uitval als gevolg van de predispositie in de situatie zonder ongeval). Ook wanneer vast zou staan dat de predispositie in de feitelijke situatie (met ongeval) de arbeidsongeschiktheid heeft verergerd, en dit dus wel invloed heeft op de situatie met ongeval, wordt dit toch onverkort doorgerekend aan de aansprakelijke partij.

Wanneer daarentegen wel voldoende (feitelijke) aanknopingspunten te vinden zijn om de verwachting op te baseren dat de persoonlijke predispositie zelfstandig tot (gehele of gedeeltelijke)

uitval zou hebben geleid in de (fictieve) situatie zonder ongeval, is het wel toegestaan dit schade verlagende aspect in de begroting mee te nemen. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer door groot tijdsverloop tussen het ongeval en de schadeafwikkeling concreet zicht is op de 'toekomstige' situatie en inmiddels duidelijk is dat een andere oorzaak dan het ongeval tot uitval heeft geleid.¹⁹ Een ander voorbeeld vormt de zaak Keller/Univé²⁰ waar de predispositie al voor datum van het ongeval invloed had op het functioneren van de betrokkene. Voor de rechtbank was dit reden om de schade in de loop van de tijd af te bouwen. Het hof daarentegen oordeelde anders.²¹

Een "probleemcategorie" vormt de predispositie waarbij goed denkbaar is dat die op enig moment (in de toekomst en in de fictieve situatie zonder ongeval) naar aanleiding van een gebeurtenis waarvoor niemand aansprakelijk is, ook tot verlies verdienvermogen zou hebben geleid, maar waar niet heel veel feitelijke aanknopingspunten beschikbaar zijn om een dergelijk vermoeden op te baseren. Denkbaar is dat de persoonlijke predispositie van een betrokkene niet alleen in combinatie met een doorgemaakt ongeval, of andere aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis, tot uitval zou hebben geleid, maar dit ook het geval zou zijn geweest bij bijvoorbeeld een arbeidsconflict, echtscheiding, verlies van een naaste of een ander denkbaar life event. Ook van een lichamelijke predispositie kan worden aangenomen dat die door een ander 'event' opspeelt. Waar dit omslagpunt precies ligt en wanneer de rechter voldoende feitelijke aanknopingspunten in handen heeft om de predispositie in de schadebegroting te verdisconteren, is het onderwerp van de beide te bespreken arresten.

Bewijslastverdeling

Voordat ik hiertoe over ga, is het nog zinvol om stil te staan bij de bewijslastverdeling. Hierbij is van praktisch belang op wie de bewijslast rust van de persoonlijke predispositie. Dient de betrokkene de volle omvang van zijn schade te bewijzen en aldus te bewijzen dat hij

uitsluitend in de situatie met ongeval is uitgevallen en het met hem in de fictieve situatie zonder ongeval goed zou zijn gegaan? Of ligt het juist op de weg van de aansprakelijke partij om bewijs te leveren van de ingenomen stelling dat de predispositie ook in de fictieve situatie zonder ongeval een minder rooskleurig toekomstscenario zou hebben gegeven dan dat waarvan de betrokkene in de schadeopstelling (doorgaans) uitgaat?

De stelplicht en bewijslast ter zake van (de omvang van) het verlies aan verdienvermogen rusten overeenkomstig de hoofdregel van art. 150 Rv. op de benadeelde. Dit is bevestigd in het arrest B/Olifiers.²² Zoals in het betreffende arrest uitgemaakt, behoefde de aansprakelijke partij niet haar stelling te bewijzen dat de benadeelde niet tot haar zestigste zou hebben doorgewerkt, maar de benadeelde diende de (aan haar ingebrachte berekening ten grondslag liggende) stelling te bewijzen dat zij wel tot haar zestigste zou hebben doorgewerkt. De bewijslast van de toekomstverwachtingen, waarbij – zoals in het bovenstaande al opgemerkt – aan dat bewijs niet al te hoge eisen kunnen worden gesteld, rust dus op de benadeelde waarbij hij zal moeten onderbouwen waarom de door hem gestelde uitgangspunten berusten op redelijke verwachtingen en op welke concrete omstandigheden hij deze verwachtingen baseert. Deze concrete omstandigheden – de benadeelde stelt immers dat die concreet zijn, althans concreet genoeg ter onderbouwing van zijn schade – lenen zich wel voor een bewijsopdracht aan de benadeelde. Alvorens aan een concrete bewijsopdracht kan worden toegekomen, doet de aansprakelijke partij er wel verstandig aan – vermits de argumenten hiertoe voorhanden zijn uiteraard – de uitgangspunten van de benadeelde (dus bijvoorbeeld de gestelde looptijd) gemotiveerd te betwisten. Zonder deze (voldoende) gemotiveerde betwisting, kan de rechter immers een bepaalde stelling als 'onvoldoende weersproken en betwist' als vaststaand aannemen.

Hoge Raad 17 november 2015 (Jerrycan)

Met het 'Jerrycan-arrest' van 17 november 2015²³ lijken de mogelijkheden om de looptijd van een schadepost te beperken met een beroep op een persoonlijke predispositie te zijn beperkt. Ik zal de feiten en beoordeling in rechte schetsen. Een magazijnmedewerker overkomt tijdens zijn werkzaamheden kort na elkaar tweemaal een vergelijkbaar ongeval waarbij van een aantal meters hoogte een jerrycan op zijn hoofd en/of schouders is gevallen. Het hof achtte causaal verband (in de zin van csqn-verband) tussen de arbeidsongevallen en de klachten aanwezig. Wel stond vast dat sprake was van relatief gering letsel waarop de werknemer reageerde met een ernstige psychische reactie,²⁴ waardoor hij volledig arbeidsongeschikt raakte. Vervolgens lag de vraag voor of de persoonlijke predispositie van de werknemer en de daaruit voortvloeiende risico's voor het ontstaan van klachten een factor kan vormen waarmee bij de begroting van de schade rekening dient te worden gehouden. In een poging een objectieve invulling te geven aan de prognose of arbeidsongeschiktheid van betrokkene in de situatie zonder de beide ongevallen ook aan de orde zou zijn geweest, schakelde het hof diverse deskundigen in (een psychiater, verzekeringsarts en arbeidsdeskundige en (nadien) neuropsycholoog). Geen van deze deskundigen kon duidelijke aanknopingspunten voor de beantwoording van deze vraag geven.

Het hof oordeelde vervolgens dat het gelet op de omstandigheid dat betrokkene in het onderhavige geval op relatief gering letsel met een ernstige psychische reactie heeft gereageerd, het aannemelijk was dat hij op enig ander moment in zijn leven op een al dan niet ernstig life-event op eenzelfde wijze zou hebben gereageerd. Op grond van een redelijke verwachting omtrent toekomstige ontwikkelingen, hetgeen inhoudt dat een schatting dient te worden gemaakt wanneer een dergelijk life-event met eenzelfde psychische reactie zich bij betrokkene zou hebben voorgedaan, gaat het hof ervan uit dat dit zich in ieder geval omstreeks 55-jarige leeftijd

bij betrokkene zou hebben voorgedaan. Het hof zag hierin aanleiding om de looptijd van de schade te beperken tot deze leeftijd.

Deze beoordeling bleef in cassatie – overeenkomstig de conclusie van Advocaat-Generaal Spier – niet in stand en er volgde terug verwijzing (naar een ander hof). De Hoge Raad oordeelde:

“Zonder nadere motivering is niet begrijpelijk op grond waarvan het hof van oordeel is dat de enkele omstandigheid dat M. in het onderhavige geval op relatief gering letsel heeft gereageerd met een ernstige psychische reactie, aannemelijk maakt dat M. op enig ander moment in zijn leven – en in ieder geval uiterlijk omstreeks 55-jarige leeftijd – op eenzelfde wijze zou hebben gereageerd op een al dan niet ernstige life-event. Het hof heeft in het bijzonder niets vastgesteld omtrent reeds voorgevallen andere gebeurtenissen in het leven van M. die als een dergelijk ‘al dan niet ernstig life-event’ kunnen worden aangemerkt en aldus evenmin beoordeeld in hoeverre de reactie van M. op een dergelijke gebeurtenis dit aannemelijk maakt. Het hof heeft voorts niet toereikend gemotiveerd waarom een psychische reactie zoals die van M. in het onderhavige geval, in zijn algemeenheid aannemelijk maakt dat betrokkene ook als gevolg van andere gebeurtenissen dan een dergelijk arbeidsongeval, niet meer in staat zal zijn loonvormende arbeid te verrichten. De omstandigheid dat volgens de door het hof geraadpleegde deskundigen ook bij

andersoortig letsel of andere stressvolle omstandigheden een dergelijke reactie ‘niet is uit te sluiten’ volstaat – zoals het hof ook heeft onderkend – daartoe niet.”²⁵

Hoewel Spier in zijn conclusie aangeeft de klacht van betrokkene tegen bovengenoemd oordeel van het hof gegrond te achten – en de beperking van de schade tot 55-jarige leeftijd in deze situatie (met deze feiten) dus een brug te ver vindt –, valt op dat de A-G zich destijds wel positief uitliet over de beoordeling van het hof. Zo gaf Spier aan dat begrip valt op te brengen voor zijn wens om tot een in zijn ogen zo bevredigend mogelijke oplossing te komen,²⁶ en hij zich wel iets voor kan stellen bij 's Hofs gedachte.²⁷ Ook signaleerde hij de gevaren van een te resolute vernietiging van het arrest van het hof of te uitvoerige motivering hiervan, omdat hier een 'verkeerd signaal' uit zou kunnen gaan.²⁸ Het is aldus de vraag welk 'signaal' dan wel (voor het eerdere hof en – belangrijker – voor de feitenrechters die in dit soort zaken moeten oordelen) dient te worden gelezen in dit arrest van de Hoge Raad. Duidelijk is dat de feiten van het concrete geval de onderbouwing van een beperking van de looptijd van de schade moeten kunnen dragen. Een enkel rechterlijk 'vermoeden' dat uitval in de toekomst ook sterk voor de hand ligt gezien de reactie op het regarderende ongeval, is niet voldoende. Niettemin – en dit geeft ook Lindenbergh aan in zijn annotatie bij dit arrest –, bestaat juist wanneer een persoonlijke predispositie van aanzienlijke betekenis lijkt te zijn voor de uitval, de neiging om ook het risico van verwezenlijking van die predispositie zonder de schade toebrengende gebeurtenis in de schadebegroting te verwerken. En dat was nu precies de neiging waar het hof invulling aan heeft gegeven, maar waarvan de Hoge Raad vond dat de onderbouwing/motivering te mager was en de beslissing zonder die nadere motivering geen stand kon houden.

Hierbij is het de vraag of een dergelijke concrete onderbouwing (of begin hiervan) in de praktijk altijd voorhanden zal

zijn. Het betreft immers een vraag naar een fictieve situatie ('wat zou er gebeurd zijn als het ongeval niet zou hebben plaatsgevonden?') naar bovendien een toekomstige situatie. Lindenbergh geeft in zijn annotatie²⁹ aan dat bijvoorbeeld enige (positieve) onderbouwing aan de hand van inzichten van de deskundigen of andere informatie zoals statistische gegevens over de verwezenlijking van de aan de onderhavige predispositie verbonden risico's nodig was geweest om de beslissing van het hof stand te laten houden. Het lijkt lastig (zo niet onmogelijk) te zijn om hier concrete aanknopingspunten te vinden die – in juridische zin – voldoende rechtvaardigen dat een beperking in de looptijd aangewezen is. A-G Drijber geeft aan³⁰ uit het Jerrycan-arrest de les te trekken dat, ook al is het de rechter toegestaan rekening te houden met een psychische predispositie, daar niet uit volgt dat lichtvaardig mag worden overgegaan tot het beperken van de omvang van de schadevergoeding.

Dat dit evenwel niet onmogelijk is, leert het (meer) recente arrest van de Hoge Raad van 9 maart 2018.³¹ In dit arrest werd de looptijd van de schade beperkt tot een periode van 5 jaar. In het onderstaande zal ik de feiten en de beoordeling in rechte met daarbij de uitvoerige conclusie van A-G Drijber – bespreken, waarbij ik in zal gaan op de vraag waarom een beperking van de looptijd hier wel werd toegestaan en wat dit betekent voor andere zaken.

Hoge Raad 9 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:311

Ook in deze zaak betrof het een psychische predispositie die – zoals geoordeeld door rechtbank en hof en door de Hoge Raad in stand gelaten – heeft geleid tot arbeidsongeschiktheid van een verkeersslachtoffer. Betrokkene werd in 1996 slachtoffer van een verkeersongeval, waarna hij in de opvolgende jaren niet alleen fysieke klachten maar ook (ernstige) psychische klachten ontwikkelde. Ten tijde van het ongeval had betrokkene een tijdelijk arbeidscontract, wat daarna niet meer is verlengd. Nadien is betrokkene blijvend arbeidsongeschikt.



Binnen welke fases heeft deze beoordeling nu plaatsgevonden en is die juridisch juist geweest?

Betrokkene wenst vergoeding van zijn (inkomens)schade tot pensioengerechtigde leeftijd. De verzekeraar betwist causaal verband (in de vestigingsfase) en verwijst hiertoe naar de later gestelde diagnose schizofrenie als losstaand van het ongeval. Afwijkend ten opzichte van het hiervoor besproken Jerrycan-arrest, is dat de geraadpleegde deskundigen in de onderhavige kwestie wel heel specifiek waren waar het de beoordeling betrof dat de in aanleg bij betrokkene aanwezige schizofrenie zich ook zonder ongeval zou hebben geopenbaard voordat betrokkene veertig jaar zou zijn geweest. Dit was voor de rechtbank aanleiding om de verzekeraar aansprakelijk te houden voor een verlies aan verdienvermogen gedurende een periode van vijf jaar volgend op het ongeval, meer specifiek tot het moment waarop betrokkene 35 jaar en achtenhalve maand oud was. Dit wordt door het hof bekrachtigd, welke beoordeling ook door de Hoge Raad in stand wordt gelaten.

In zijn conclusie voor het arrest, gaat A-G Drijber uitvoerig in op de vraag of de psychische predispositie die heeft geleid tot arbeidsongeschiktheid van een verkeersslachtoffer een plaats dient te krijgen bij het onderzoek naar causaal verband (in de vestigingsfase van de aansprakelijkheid, in de zin van csqn-verband) of bij de begroting van de omvang van de schade. Zoals A-G Drijber aangeeft, kan de formulering van de rechtbank en het hof zorgen voor enige verwarring in welke fase men deze beoordeling heeft geplaatst. In r.o. 4.12 stelt de rechtbank aan de orde tot welk moment de (psychische) schade van betrokkene in redelijkheid

dient te worden toegerekend aan het ongeval. Deze woordkeus³² suggereert – gelijk de A-G opmerkt – dat de rechtbank art. 6:98 BW heeft toegepast en de beoordeling plaatsvindt in de toerekening van de schade aan het ongeval in de werkelijke situatie (met ongeval)³³ en niet de beoordeling betreft van de invloed van de psychische predispositie van betrokkene in de hypothetische situatie zonder ongeval.³⁴ Niettemin stellen zowel rechtbank als hof vervolgens vast dat vijf jaar na datum van het ongeval het csqn-verband wegvalt tussen de schade wegens het verlies van verdienvermogen en het verkeersongeval. Binnen welke fases heeft deze beoordeling nu plaatsgevonden en is die juridisch juist geweest? A-G Drijber vertaalt dat als volgt. Ten aanzien van de feitelijke situatie, waarin de schizofrenie zich bij betrokkene kort na het ongeval heeft geopenbaard, is het hof – in lijn met het arrest Renteneurose – uitgegaan van een ruime toerekening in de zin van art. 6:98 BW. Voor de duidelijkheid: het ongeval was niet de oorzaak van de schizofrenie als zodanig, maar wel de luxerende factor en daarom in die eerste jaren causaal aan het verlies aan arbeidsvermogen. Volgens het deskundigenrapport was het medio 2001 niet langer aannemelijk dat het ongeval nog kon worden aangemerkt als oorzaak van het op dat moment bestaande toestandsbeeld. De effecten van het ongeval waren, vanuit psychiatrische optiek, uitgewerkt. De rechtbank en het hof hebben deze vaststelling juridisch vertaald in het wegvallen van het csqn-verband tussen de schade wegens het verlies aan verdienvermogen en het ongeval.

A-G Drijber onderscheidt drie fases in de causaliteit. In zijn conclusie³⁵ voor dit arrest onderscheidt hij bij beantwoording van de vraag waar het verband tussen het ongeval en de arbeidsvermogensschade moet worden gesitueerd, de volgende drie stappen. De eerste stap, aldus Drijber, is de vaststelling van het in art. 6:162 BW besloten liggende csqn-verband tussen de schade toebrengende gebeurtenis en de schade. Als dit csqn-verband vaststaat, is de tweede stap het causaal verband in de zin van de toerekening naar redelijkheid (art. 6:98 BW). Vervolgens formuleert hij nog een derde stap, de begroting van de schade ex. art. 6:97 en 6:105 BW.

Interessant – met het oog op de onderstaande te bespreken arresten – is te zien waar Drijber vervolgens de discussie over de verdiscontering van predispositie in de fictieve situatie zonder ongeval (en daarbij de vraag of in een concrete situatie al dan niet voldoende aanknopingspunten zijn om de looptijd van de schade te bekorten) plaatst, in fase 1, 2 of 3. Drijber lijkt niet uit te sluiten dat de onderhavige discussie in de laatste fase kan worden geplaatst, doch interpreteert de beslissing van het hof waarvan cassatie zo, dat deze beoordeling in de eerste fase heeft plaatsgevonden.³⁶

Verhelderend voor het begrip hiervan, is om te zien in welke fase welke (hieronder te bespreken) '(inkomens)lijn' wordt beoordeeld. Zie ik het goed, dan wordt in de tweede fase (toerekening naar redelijkheid art. 6:98 BW) met de 'ruime toerekening' uitsluitend de situatie met ongeval (dus de eerste lijn) beoordeeld. Zoals Drijber opmerkt,³⁷ zal in deze tweede fase dus nauwelijks ruimte zijn om predispositie te verdisconteren in de schadeberekening. Dit ligt anders voor de beoordeling in de derde fase (de begroting van de schade art. 6:97 en 6:105 BW) waarbij het uitgangspunt is dat iemand zoveel mogelijk dient te worden gebracht in de situatie waarin hij zou hebben verkeerd wanneer de schadeveroorzakende gebeurtenis zou zijn uitgebleven. Oftewel: de beoordeling van de fictieve situatie zonder ongeval (de tweede lijn). Hier lijkt meer ruimte te zijn voor discontering van de invloed

van predispositie.³⁸ Met het plaatsen van deze discussie in fase 3, wordt de beoordeling in de fase van begroting van de schade geplaatst, hetgeen de rechter op het eerste gezicht meer bewegingsvrijheid zou kunnen geven. Zoals de wet bepaalt,³⁹ heeft de rechter een grote vrijheid bij het schatten van de omvang van de schade, waarbij het voor toekomstige schade aan de rechter is om te begroten aan de hand van 'de redelijke verwachtingen omtrent toekomstige ontwikkelingen'. Gezien het feitelijke karakter van deze afweging, is dit beperkt toetsbaar in cassatie. Daarentegen dient de motivering wel het oordeel te kunnen dragen en voldoende inzicht te geven in de hieraan ten grondslag liggende gedachtegang om de beslissing zowel voor partijen als voor derden aanvaardbaar en controlebaar te maken. Bovendien vindt op grond van de tweede fase (bij een overtreden verkeers- of veiligheidsnorm) een ruime toerekening plaats. Zou men dus in de derde fase mogen terugnemen, of beperken, wat in de tweede fase ruimhartig lijkt te zijn toegerekend (ook al beoordeelt men een 'andere lijn')?

Ik meen dat dit dogmatisch juist is, maar in de praktijk lastig is uit te leggen. Aldus lijkt het mij beter, na vaststelling van het csqn-verband een 'totaalbeoordeling' uit te voeren waar het de toerekening en berekening van de schade betreft (fase 2 en 3) en de dogmatische discussie over de fase waarin deze beoordeling moet plaatsvinden niet teveel op de voorgrond te plaatsen. Dat het opdelen van de discussie in fases voor het feitelijke resultaat niet zozeer uitmaakt, stelt Drijber zelf ook vast waar hij aangeeft:⁴⁰

"het verdisconteren van een psychische predispositie bij de begroting van de schade wegens verlies aan arbeidsvermogen zal tot hetzelfde resultaat leiden als de doorbreking van het csqn-verband: vanaf een bepaald moment staat de schade wegens het uitvallen van een slachtoffer niet langer in causaal verband met het ongeval. De situatie zonder ongeval verschilt dan op het punt van de schade niet meer van de situatie met ongeval, waardoor niet langer schadeplichtig-

heid bestaat. (...) Het zich openbaren van deze psychische predispositie zou de causaliteit tussen het ongeval en de schade hebben doorbroken en daarom zou aan het csqn-verband niet langer zijn voldaan. Op dat moment klappt de (in beginsel) volledige aansprakelijkheid om in geen aansprakelijkheid".

Ook Schultz⁴¹ concludeert in zijn bespreking van het Jerrycan-arrest dat er geen verschil in feitelijke uitkomst is tussen het rechterlijk oordeel op grond van art. 6:98 BW luidende dat het causaal verband op zeker moment doorbroken moet worden geacht en het oordeel, gegrond op art. 6:105 BW, inhoudende dat een schadepost – alle goede en kwade kansen afwegende – tot datzelfde moment vergoedbaar is.

Terug naar de bespreking van dit arrest. Anders dan in het Jerrycan-arrest, waren de geraadpleegde medisch deskundigen hier heel helder in hun bevindingen en gaven zij zelfs concreet aan te veronderstellen dat de psychische klachten zich ook zonder ongeval zouden hebben geopenbaard en wel voor het 40e levensjaar. De vraag die dan in cassatie nog voorligt, is of het hof voldoende heeft gemotiveerd waarom het redelijk is deze grens net na 35-jarige leeftijd te leggen (en niet bijvoorbeeld na 39-jarige leeftijd). De A-G benadrukt dat het aan de feitenrechter is om hier knopen door te hakken en de rechter niet gehouden is ervoor te kiezen aan de voor het slachtoffer meest gunstige kant van de bandbreedte te gaan zitten.⁴² Een andersluidend uitgangspunt zou bij afwijking een zeer omslachtige motivering van de rechter eisen, hetgeen naar oordeel van de A-G geen steun vindt in het recht en onwenselijk is. Bovendien heeft de deskundige hier – anders dan in het Jerrycan-arrest waar de leeftijdsbeperking tot 55 jaar tamelijk uit de lucht kwam vallen – al een soort van bandbreedte gegeven waarbinnen de beslissing is gevallen. Zoals de A-G signaleert, is een ander belangrijk verschil met het Jerrycan-arrest dat de gebeurtenis die in de fictieve situatie zonder ongeval het causaal verband zou doorbreken zich in de werkelijke situatie al heeft voorgedaan. Daarmee is die gebeurtenis al

een stuk concreter en waarschijnlijker dan uitsluitend een pure toekomstverwachting dat bijvoorbeeld een op enige moment een life event zal plaatsvinden en in reactie daarop (in combinatie met de pre-existentie) uitval volgt. Oftewel: hoe concreter hoe beter (de invloed van de pre-existentie te onderbouwen is).

Andere oplossingen?

Schultz⁴³ concludeert in zijn bespreking van het Jerrycan-arrest dat zelden voldoende concrete aanwijzingen zullen bestaan om vanwege een bestaande predispositie de looptijd van toekomstige schade te beperken en draagt andere routes aan om een vergelijkbaar resultaat te bereiken. Hiertoe bespreekt hij de mogelijkheid om het leerstuk van de kansschade toe te passen en de grootte van die kans te waarderen en eventueel uit te drukken in een procentuele vergoeding van (een) schade(post). Hoewel dit op zichzelf een interessante gedachte is, onderkent Schultz direct daarna zelf ook dat het leerstuk van de kansschade niet ontwikkeld is om dienst te doen bij de vaststelling van de omvang van toekomstige schade. Bovendien heeft ook de kansafweging, en een eventueel te hanteren percentage, onderbouwing, waarmee ook langs deze route de beoordeling door medisch deskundigen voldoende aanknopingspunten dient te bieden om een degelijke beslissing op te baseren. Wanneer de in rechte geraadpleegde deskundigen het niet weten, blijft het dus nog steeds koffiedik kijken. Waar statistische gegevens, zich lenen voor vertaling in een kans percentage, vraag ik mij af of statistische gegevens zich (doorgaans) ook (voldoende) lenen om doorwerking van een predispositie te bepalen. Ik sluit niet uit dat dit het geval kan zijn, maar dan wel in samenhang met overige concreet aan te dragen informatie (bijvoorbeeld eerdere uitval in het verleden, concrete aanwijzingen dat in de situatie zonder ongeval sprake zal zijn van een life event of anderszins belastende situatie, etc.), waarbij het bepalen van de 'kans' op doorwerking van predispositie altijd een (rechterlijke) inschatting blijft op basis van alle concrete feiten en omstandigheden van het specifieke geval dat ter beoordeling

voorligt.⁴⁴ Ook Barentsen draagt een oplossing in lijn van het bovenstaande aan, waar hij in zijn annotatie bij het Jerrycan-arrest⁴⁵ de mogelijkheid noemt van een 'procentuele korting'.

Een andere 'oplossing' die wel wordt genoemd,⁴⁶ is een 'meer voorzichtige afbouw' van de schade in de tweede lijn, oftewel, het stapsgewijs afbouwen van het toekomstscenario in de fictieve situatie zonder ongeval. Hierbij kan worden gedacht aan een meer kritische beoordeling van de wijze waarop (of waarop niet) toekomstige (fictieve) salarisstijgingen of promoties worden verdisconteerd in het schadebeeld. Er valt mijns inziens wel wat voor te zeggen om op dat punt – met de predispositie in het achterhoofd – uiterst terughoudend te zijn en de betrokkene in de fictieve situatie zonder ongeval niet te snel (fictieve) stijging van het inkomen te laten doormaken, ook wanneer de feiten onvoldoende concrete aanknopingspunten geven om tot een absolute beperking van de looptijd van de schade te komen. Waar critici van een beperking van de looptijd op grond van predispositie immers zullen aanvoeren dat het nog maar concreet moet blijken of de predispositie zonder ongeval ook tot uitval zou hebben geleid, kan daartegenover worden gesteld dat ook nog maar moet blijken of men (in de fictieve situatie zonder ongeval) met predispositie daadwerkelijk in staat was geweest het veelal gepresenteerde rooskleurige carrièreverloop te realiseren. Mijns inziens past daar zeker enige terughoudendheid. Verdergaand dan het terughoudend honoreren van gestelde carrièrestappen, is het stapsgewijs afbouwen van de aanname dat men in de fictieve situatie zonder ongeval wel de eerdere inkomenspositie (dus de baan of het eigen bedrijf) zou hebben behouden. Hiermee zou de doorwerking van de predispositie 'stapsgewijs' kunnen worden doorgevoerd, waarbij concrete omstandigheden (leeftijd, zwaarte beroep, statistische gegevens, personele opbouw binnen een specifiek bedrijf/bedrijfstak, gezinssituatie, prognose van medisch deskundigen, etc.) aanknopingspunten kunnen bieden bij de vraag op welk moment en hoeveel stappen men doorvoert alvorens tot volledige afbouw (in de tweede lijn) wordt gekomen.

Uiteraard is ook een combinatie van beide oplossingsrichtingen mogelijk. Ook hierbij is mijns inziens van essentieel belang dat de feiten en omstandigheden van het concrete geval voldoende aanknopingspunten bieden om een dergelijke meer creatieve schadeberekening te onderbouwen. Hier ligt dus ook een rol voor partijen zelf om (concreter en meer feitelijk dan nu vaak het geval is) een voorzet te doen voor een dergelijke afbouw. Gezien het toch – zoals ik dat tussen de regels door lees – welwillende klimaat om een concrete predispositie te verdisconteren in de schadeomvang, lijkt het mij een gemiste kans om degelijk maatwerk niet te leveren.

Afronding

Samenvattend is mijn conclusie dat de rechtspraak zeker aanknopingspunten biedt om in voorkomende gevallen, wellicht vaker dan nu wordt gedaan, als aansprakelijke partij een beroep te doen op een in de schadebegroting te verdisconteren predispositie ter invulling van de gemotiveerde betwisting bij de schadeomvang. Daarbij lijkt het voor partijen noodzakelijk om uitvoerig feitenonderzoek te verrichten en hierbij de grenzen op te zoeken. Ieder feitencomplex heeft immers weer andere 'haakjes' om een doorwerking van de predispositie naar de fictieve toekomstige situatie (zonder ongeval) aan op te hangen, dan wel te onderbouwen dat een dergelijke predispositie in het geheel geen rol zou hebben gespeeld. Of zo'n haakje stevig genoeg is om een beperking in de looptijd van de schade op te baseren, zal uiteindelijk de (feiten) rechter moeten beslissen. Aldus lijkt het zinvol hierover het oordeel van de rechter te vragen. Alleen dan kan duidelijkheid ontstaan (ook ten behoeve van andere zaken), in welke situatie wel en in welke situatie geen ruimte is voor een beperking van de looptijd. In ieder geval wordt met het arrest van de Hoge Raad van 3 maart 2018 duidelijk dat de feitenrechter hierbij voldoende ruimte krijgt om de specifieke omstandigheden van het geval te verdisconteren en zo nodig de looptijd (fors) te beperken wanneer dit billijk lijkt en daarmee maatwerk te leveren waar het de schadebegroting betreft.



Startsein gedragscode beroepsziekteclaims

door Peter van Steen

Op woensdag 25 april 2018 werd bij De Letselschade Raad in Den Haag het startsein gegeven voor de ontwikkeling van een gedragscode voor de afhandeling van beroepsziekteclaims. Bij wijze van startsein gaven plaatsvervangend directeur-generaal Werk bij het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid Martin Flier en interim-directeur van De Letselschade Raad Theo Kremer elkaar een stevige handdruk. Het ministerie van SZW subsidieert de totstandkoming van de gedragscode met een bedrag van 600.000 euro, verspreid over drie jaar.

De circa vijftig genodigden voor de startbijeenkomst werden welkom geheten door mr. Tjibbe Joustra, bestuursvoorzitter van De Letselschade Raad. Hij noemde het project een nieuwe loot aan de stam van de raad en zei het heel plezierig te vinden dat het ministerie van SZW dit project wil faciliteren. Volgens Joustra wordt het thema beroepsziekten qua omvang nogal eens onderschat. Hij gaf aan dat het goed past om de gedragscode door De Letselschade Raad te laten ontwikkelen, omdat de raad zich in het algemeen inzet voor de versoepeling en versnelling van procedures. "Als ik de cijfers zo zie, is er in

ieder geval één element wat door de nieuwe gedragscode moet kunnen worden verbeterd en dat is de snelheid van de afhandeling van de beroepsziekteclaims", aldus Joustra.

Kennisplatform Beroepsziekten

Peter van den Bedem, directeur Letsel bij het expertise en claimsmanagementbureau Van Ameyde, sprak vervolgens de aanwezigen toe namens het Kennisplatform Beroepsziekten. Dit kennisplatform werd in juni 2017 ingesteld op initiatief van Van Ameyde en de twee advocatenkantoren Van Traa Advocaten en Stadermann Luiten Advocaten. Het Kennisplatform Beroepsziekten wil door kennisbundeling gedachten vormen over alternatieven voor de verzekering en schadebehandeling inzake beroepsziekten. Het doel daarvan is slachtoffers van beroepsziekten weer grip op hun maatschappelijke en financiële toekomst te bieden. "De gevolgen van een beroepsziekte kunnen voor zowel de individuele werknemer als de werkgever aanzienlijk zijn in termen van gezondheidsverlies en verminderde kwaliteit van leven. Daarnaast kan sprake zijn van verloren productiviteit, ziekteverzuim, langdurige uitval uit het arbeidsproces en zelfs overlijden. De maatschappelijke impact is enorm", aldus Van den Bedem.

Beroepsziekteregistratie

Van den Bedem schetste een beeld van de problematiek door naar de cijfers van het Nederlands Centrum voor Beroepsziekten (NCVB) te verwijzen. Die laten zien dat in 2016 in totaal 6.270 meldingen van beroepsziekten in de Nationale Beroepsziekteregistratie werden geregistreerd. Daarnaast rapporteerden bedrijfsartsen per

honderdduizend werknemers 161 nieuwe gevallen van een beroepsziekte. Op grond daarvan schat het NCVB het aantal werkenden met een beroepsziekte op ruim elfduizend werknemers. Hiervan heeft 42 procent een psychische beroepsziekte, veelal overspannenheid of een burnout. De meeste beroepsziekten komen voor bij mannen (64 procent) en bij werknemers van 45 jaar en ouder (67 procent). Bij twee derde deel van de werknemers met een beroepsziekte is sprake van tijdelijke arbeidsongeschiktheid en bij 6 procent van blijvende (gedeeltelijke) arbeidsongeschiktheid. Het RIVM schat dat er jaarlijks circa 4.100 mensen als gevolg van een beroepsziekte overlijden. Peter van den Bedem besprak ook een aantal recente voorbeelden van risico's op dit gebied: het gebruik van de stof C8 door DuPont, het gebruik van dezelfde stof in blusschuim, bouwwerkzaamheden in verontreinigde grond in Kampen en het werk met door Eurogrit geleverde asbesthoudende grit.

Voorkomen is beter dan genezen. We moeten daarom nog meer inzetten op controle, voorlichting en preventie. Bovendien moeten we leren van meldingen en oorzaken en daar sneller op inspelen.

Peter van den Bedem | directeur Letsel bij het expertise en claimsmanagementbureau Van Ameyde

Ontwikkelingen en vragen

Volgens Peter van den Bedem zullen diverse ontwikkelingen in de komende jaren de omvang van het beroepsziekteprobleem beïnvloeden. Hij noemde onder meer de toename van nieuwe beroepsziekten, een verhoogd claimbewustzijn, de verhoging van de pensioenleeftijd, een hogere werkgevers en producentenverantwoordelijkheid, maatschappelijke ontwikkelingen en ontwikkelingen in de rechtspraak. Ook wierp hij een aantal vragen op die in de nabije toekomst zullen moeten worden beantwoord. Hij vroeg zich bijvoorbeeld af of de belangen van werkgevers, werknemers, arbodiensten en de arbeidsinspectie wel voldoende gescheiden en geborgd worden. Volgens hem is het ook de vraag of er in de markt voldoende expertise is om de huidige claims en de mogelijke toename daarvan adequaat te begeleiden en beoordelen. Nog andere vragen zijn of een zogenoemd arbeidsverledendossier iets kan toevoegen en of we met het huidige third party-principe moeten blijven doorgaan. "Voorkomen is beter dan genezen", zei Van den Bedem tot slot. "We moeten daarom nog meer inzetten op controle, voorlichting en preventie. Bovendien moeten we leren van meldingen en oorzaken en daar sneller op inspelen."

Werkgeversaansprakelijkheid

Prof. mr. Siewert Lindenbergh, hoogleraar Privaatrecht aan de Erasmus School of Law, zal het project voor de ontwikkeling van de gedragscode gaan leiden. In zijn presentatie tijdens de startbijeenkomst noemde hij beroepsziekten 'ondergeschoven kinderen in het aansprakelijkheidsrecht' en schetste ter onderbouwing daarvan de ontwikkeling van de werkgeversaansprakelijkheid sinds het begin van de twintigste eeuw. In 1901 werd de Ongevallenwet ingevoerd, met een zeker voor die tijd bijzonder dekkningsniveau, namelijk een door de werkgever bekostigde vergoeding bij door werk veroorzaakte uitval, "met als wisselgeld", aldus Lindenbergh, "de immuniteit van de werkgever voor aansprakelijkheid, met als uitzondering wat toen een misdrijf werd genoemd en wat we tegenwoordig wellicht opzettelijke grove schuld zouden noemen." In 1967, "in de gloriejaren van de sociale zekerheid", aldus Lindenbergh, kwam de WAO ervoor in de plaats, met als bijzonder kenmerk dat die dekking bood ongeacht de oorzaak van arbeidsongeschiktheid, die dus ook buiten het werk kon liggen. "Daarmee kwam de immuniteit van de werkgever te vervallen, maar dat had in de eerste decennia niet veel betekenis, omdat de WAO een tamelijk hoog dekkningsniveau bood. Dit veranderde echter toen Lubbers de woorden sprak: 'Nederland is ziek', met grote consequenties voor het dekkningsniveau van de WAO en het hele sociale zekerheidsdenken, evenals naar mijn idee ook onmiddellijke consequenties voor de opbouw van de civiele aansprakelijkheid."

Een 'successtory'?

Volgens Siewert Lindenbergh is de werkgeversaansprakelijkheid voor de werknemer aansprakelijkheidsrechtelijk gezien een 'successtory' te noemen. Hij roemde de zorgplicht op grond van artikel 7:658, de omkering van de bewijslast inzake het niet nakomen daarvan, de ruime opvatting van 'in de uitoefening van de werkzaamheden', het ruime bereik van het artikel (niet alleen voor werknemers, maar ook voor stagiaires, uitzendkrachten, vrijwilligers en soms ook zzp'ers) en de aanvulling met artikel 7:611, op grond waarvan werkgevers een verzekeringsplicht hebben voor werknemers die risico's in het verkeer lopen. "Als je dat allemaal bij elkaar optelt", aldus Lindenbergh, "dan denk ik dat werknemers in Nederland een uitstekende positie in het aansprakelijkheidsrecht hebben. Maar dat geldt niet voor werknemers met een beroepsziekte! Want dan kom je pas in dat succesverhaal binnen wanneer je hebt aangetoond dat je schade hebt opgelopen in de uitoefening van je werkzaamheden. Daarbij geldt dan dat de werknemer stelt en dus bij betwisting moet bewijzen. Daar heeft hij expertise voor nodig en in het huidige bestel belandt hij dan onherroepelijk in een 'battle of experts'. En dit alles moet door de werknemer worden voorgefinancierd." ▲

Het bewijs van een beroepsziekte een lijdensweg blijft. De werkgevers-aansprakelijkheid blijft bij beroepsziekten een probleem.

Prof. mr. Siewert Lindenbergh | hoogleraar Privaatrecht aan de Erasmus School of Law

Lijdensweg

Siewert Lindenbergh gaf vervolgens een uiteenzetting van de jurisprudentie op dit punt en kwam tot de conclusie “dat het bewijs van een beroepsziekte een lijdensweg blijft”, zo zei hij. “De werkgeversaansprakelijkheid blijft bij beroepsziekten een probleem.” Die problematiek kent volgens hem diverse aspecten, van diffuse ziektebeelden tot multicausaliteit, van het tijdsverloop tot de financiering. “Internationaal bezien bungelt Nederland onderaan”, zei hij. “Als het gaat om het beschermingsniveau van werknemers en überhaupt van mensen die het slachtoffer van arbeidsongeschiktheid zijn geworden, zaten we met de WAO Europees gezien heel hoog, maar door het afbouwen daarvan en de toch forse drempels die we in het aansprakelijkheidsrecht kennen, doen we het volgens mij niet heel best meer. Er liggen grote problemen en er zijn veel oplossingsrichtingen, die we allemaal gaan verkennen en die voor een deel ook al zijn verkend. Er liggen denk ik kansen als het gaat om het verkorten van procedures en we zullen breed gaan inventariseren waar er nog meer kansen liggen. In ieder geval liggen die er wat mij betreft al in het met elkaar in gesprek gaan en in een verheldering van waar de gedeelde problemen liggen. Ik ga daar met heel veel plezier en enthousiasme aan werken!”

De belangrijkste problemen hebben naar mijn mening te maken met de diagnose en het causaal verband tussen het werk en de ziekte.

Jan Warning | directeur van het Instituut Asbestslachtoffers en lid van de stuurgroep voor de ontwikkeling van de gedragscode

Bouwstenen voor de gedragscode

Jan Warning, directeur van het Instituut Asbestslachtoffers, is lid van de stuurgroep voor de ontwikkeling van de gedragscode. Hij heeft lang bij de vakbeweging gewerkt op het gebied van arbeid en gezondheid en is een aantal jaren directeur van het Bureau Beroepsziekten van de FNV geweest evenals directeur van de Stichting Arbouw. Hij relativeerde om te beginnen de omvang van het probleem.

“Iedereen gaat maar claimen, wordt wel gezegd, maar dat valt reuze mee. Het gaat om vijf à zevenhonderd claims per jaar en ongeveer vierhonderd daarvan belanden bij het Instituut Asbestslachtoffers, waar de afhandeling van die claims min of meer gereguleerd is. Waarom doen we er dan zo moeilijk over? Ik denk omdat het een multifactoriële problematiek is. Mensen worden ziek door het werk, maar ook door andere omstandigheden. Het proces zoals dat nu is ingericht, is vaak een ‘stellingenoorlog’ van deskundigen namens het slachtoffer tegenover deskundigen namens de verzekeraar c.q. de werkgever. Die deskundigen worden eigenlijk betaald om het met elkaar oneens te zijn. Dat leidt dan – en dat is misschien wel het meest tragische van het geheel – tot een tijdsverloop van soms wel dertig jaar.”

Gezamenlijke deskundige

“De belangrijkste problemen hebben naar mijn mening te maken met de diagnose en het causaal verband tussen het werk en de ziekte”, vervolgde Warning. “Op die punten doet zich die deskundigenoorlog voor. Kom je nu van tevoren tot overeenstemming over de keuze van de deskundige, met name voor wat betreft diens vakgebied, dan heb je al de helft van het probleem opgelost. We zouden veel sneller tot een gezamenlijke deskundige moeten komen, die door beide partijen wordt vertrouwd en van wie beide partijen het accepteren dat het oordeel de ene keer in het voordeel van het slachtoffer uitvalt en de andere keer in het voordeel van de werkgever. Zo zorg je er in ieder geval voor dat er voortgang is en dat de zaak op een gegeven ogenblik kan worden afgesloten. Op die manier zouden we met zo’n gedragscode en in het algemeen met beroepsziekten moeten omgaan.”

Leerpunten en beren op de weg

Warning gaf een uiteenzetting over de werkwijze van het Instituut Asbestslachtoffers en over de mogelijke leerpunten daaruit: de gezamenlijke deskundige op het gebied van diagnose en blootstelling, de uniforme werkwijze bij het verzamelen van de feiten en bij het aantonen van het causaal verband, de wijze waarop het schadebedrag wordt vastgesteld en de normering van de behandeltijd. “Laten we dat gewoon gaan regelen, zo moeilijk is het allemaal niet”, aldus Warning, die toch ook wel mogelijke beren op de weg zag. “Een gedragscode is geen instituut”, zei hij. “Het Instituut Slachtoffers kan door werkgevers, vakbonden en patiëntenorganisaties worden aangesproken. We zijn in die zin aan partijen verantwoording schuldig. Bij een gedragscode is dat wat anders, die is toch wat diffuser. Het lijkt me daarom van belang duidelijk te kunnen maken of je aantoonbaar volgens de code werkt of niet. Een ander aspect is, dat veel kwesties met

specifieke aspecten van een beroepsziekte hebben te maken. Is het daarom wel te doen om één gedragscode voor alle beroepsziekten te maken of zou je misschien voor de meest voorkomende beroepsziekten een aparte gedragscode moeten maken? In dit laatste geval zou je veel meer op de specifieke problematiek van de desbetreffende beroepsziekte kunnen inzoomen.”

Ziek worden door je werk wens je niemand toe, zeker niet als dat werk zo gevaarlijk was dat iemand er een levensbedreigende aandoening zoals een longziekte aan heeft overgehouden.

Martin Flier | plaatsvervangend directeur-generaal Werk bij het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid

Een hoofd vol vragen

Martin Flier, plaatsvervangend directeur-generaal Werk bij het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, was de laatste spreker. Hij verving staatssecretaris Tamara van Ark van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, die op het laatste moment verstek moest laten gaan. Ook Martin Flier benadrukte dat elk jaar duizenden mensen in Nederland ziek worden door hun werk: van de kapper met kapperseczeem tot de buschauffeur met rugklachten en de houtbewerker met neusklachten door het houtstof. “Ziek worden door je werk wens je niemand toe”, aldus Flier, “zeker niet als dat werk zo gevaarlijk was dat iemand er een levensbedreigende aandoening zoals een longziekte aan heeft overgehouden. Ook daar krijgen ieder jaar mensen mee te maken. Als je dat te horen krijgt, staat je wereld op z'n kop en zit je hoofd vol vragen. Dan moet je niet ook nog eens in een onduidelijke en langdurige procedure belanden om de schade te verhalen.”

Niet alleen financieel

“Een gedragscode moet niet alleen voor een efficiënte behandeling van schadeclaims zorgen, maar moet ook helpen om de procedure voor de slachtoffers minder zwaar te maken. En dat is niet alleen een financiële zaak!”, vervolgde Flier. “Achter een financiële claim zit een persoon die met respect wil worden behandeld. Toepassing van een gedragscode draagt daar in elk geval aan bij.” Martin Flier stelde zich een gedragscode voor waarin wordt beschreven welke stappen een slachtoffer van een beroepsziekte moet zetten, welke rollen en verantwoordelijkheden betrokkenen zoals artsen,

werkgevers, oud-werkgevers en verzekeraars hebben en binnen welke termijn een claim moet worden afgehandeld. “Dat er een uniforme gedragscode komt is niet alleen voor de slachtoffers belangrijk, maar ook voor werkgevers en verzekeraars. Ook zij hebben er recht op te weten waar zij aan toe zijn bij schadeclaims die uit een soms heel ver verleden voortkomen. Een verleden waarin de gevolgen van allerlei werkzaamheden voor de gezondheid lang niet altijd bekend waren.”

Sleutel in handen

Dat het momenteel een lange tijd vergt om claims bij beroepsziekten af te handelen, heeft volgens Martin Flier twee belangrijke oorzaken. “In de eerste plaats is er nu nog geen uniforme werkwijze om een claim af te handelen. Dit leidt onvermijdelijk tot vertraging en misverstanden. Dat is lastig voor de deskundigen die bij de afhandeling betrokken zijn, maar het is nog veel vervelender voor het slachtoffer en voor degenen die de claim krijgen. Het duurt regelmatig vele jaren voordat de zaak is afgehandeld. In de tweede plaats is het moeilijk om het verband tussen het werk en een beroepsziekte vast te stellen, zeker als daar veel tijd tussen zit. En dat is vaak het geval, zoals bij blootstelling aan asbestdeeltjes. Het kan dan een half mensenleven duren voordat de ziekte zich openbaart. Uw werk om een gedragscode op te stellen moet er uiteindelijk voor zorgen dat het proces rond het verhalen van letselschade beter gaat lopen. De nadruk zal liggen op een procedure die voor iedereen minder moeizaam is en minder tijd en geld kost. Slachtoffers kunnen dan sneller duidelijkheid krijgen over hun claims. Hiermee wordt de gedragscode een belangrijk hulpmiddel om toekomstig leed te verminderen. U hebt de sleutel hiervoor in handen!”





Eric Gerritsen

* 5 april 1965 † 23 juli 2018

door Armand Blondeel

I was flicking through the channels on the TV
On a Sunday in Milwaukee in the rain
Trying to piece together conversations
Trying to find out where to lay the blame

Hij had al enkele keren een mooie bijdrage voor het PIV Bulletin geschreven, het was ons dus bekend dat hij een prettige schrijfstijl had en over brede vak kennis en werkervaring beschikte. We waren dan ook blij verrast toen Eric opperde om zitting te nemen in de redactieraad van het PIV Bulletin. Hij heeft daarin zijn waarde zeer bewezen, vanaf het eerste moment dat hij met zijn eeuwig jongensachtige glimlach plaatsnam aan de vergadertafel. Slimme pretoogjes vanachter een bescheiden glimmend brilmontuurtje. Sterk in zijn vak, sterke teamspeler en een uitstekend gevoel voor taal. Eric als archetype van een vakman die plezier beleeft aan het zinvol invulling geven aan zijn werkzaamheden, samen met zijn vakgenoten.

For when it comes right down to it,
there's no use trying to pretend
For when it gets right down to it,
there's no one really left to blame
Blame it on me, you can blame it on me
We're just sugar mice in the rain

Het succesvol regelen van personenschaden vergt met name andere vaardigheden dan het louter kunnen toepassen van de geldende wet- en regelgeving. Eric heeft dat altijd goed kunnen overbrengen. Hij maakte wezenlijk contact, dankzij zijn brede interesse in alle aspecten die het leven te bieden heeft.

Dat maakte hem altijd een plezierige gesprekspartner. De wat oudere jongeren onder ons kennen Eric nog als advocaat belangenbehartiger. Hij wist met deugdelijke argumenten een claim te onderbouwen en met de behandelaar van de verzekeraar tot redelijke en billijke oplossingen te komen. Eric had de gunfactor. Zijn empathisch vermogen maakte hem na zijn overstap naar de verzekeraars zijde tot een waardevolle speler in de letselschaderegeling. Eric had oog voor de kwetsbaarheid van mensen, zeker van hen, die door toedoen van een ander letselschade hebben opgelopen. Eric kon namens het aangesproken collectief van verzekerden incasseren: de polis biedt aan u een sociaal vangnet, maak er naar redelijkheid gebruik van, wij regelen die blaam.

'Cause I know what I feel, I know what I want,
I know what I am
Daddy took a raincheck, Ain't no one in here
that's left to blame but me
Blame it on me, blame it on me

Dan is daar die schier eindeloze rij belangstellenden, op een zonnige julidag, waarop het in onze harten zo hard regent. Alles is uiterlijk mooi, het weer, de begraafplaats, de muziek, de vele mooie woorden. Mooie herinneringen worden gedeeld. Innerlijk is groot verdriet de gemene deler. Zo veel dierbaren die je missen. Zo veel medemensen die warme woorden voor jou hebben gevonden. Eric was al sinds zijn lagere schooltijd geliefd en maakte op die leeftijd al vrienden voor het leven, zo blijkt in de uitpuilende aula. Die positieve lijn heeft hij op zijn levensweg ook met heel veel andere medemensen doorgetrokken. Een goede vriend, fijne collega, lieve echtgenoot en vader. Waarom, als je nog zo jong en nodig bent, kan het leven zo hard, het lichaam zo kwetsbaar blijken?

Niemand is schuldig, niemand treft blaam. Als de kwetsbare materie wegvalt en er blijft toch duidelijk zo veel zinnigs over, is dat dan wat een ten volle geleefd leven weegt? Die onvergankelijke liefde en dat grote respect, dat onderweg met zo veel compassie, aandacht en liefde is verdiend?

So if you want my address it's number one
at the end of the bar
Where I sit with the broken Angels clutching at
straws and nursing our scars
Blame it on me, blame it on me,
Sugar mice in the rain, your daddy took
a raincheck

(Marillion Sugar Mice)

Dank je wel Eric Gerritsen, kompaan in onze redactieraad, we missen je.



Hans van Wees

* 19 juni 1947 † 26 augustus 2018

door Jenny Polman

Een der pioniers, die – in een tijd dat angstvallig alle informatie werd afgeschermd voor de ‘concurrenten’ – streden voor waar mogelijk overleg en samenwerking tussen de behandelaars van personenschade bij de verschillende aansprakelijkheidsverzekeraars, is niet meer.

Mede door hem kwam er een gezamenlijke opleiding tot stand. De OWAS was de voorloper van de PIV-Opleiding Behandeling Personenschade, die inmiddels is opgegaan in de leergangen licht, middelzwaar en zwaar letsel.

Hans was namens Nationale-Nederlanden vanaf het begin van het PIV in 1998 tot aan zijn pensioen als lid van menige werkgroep, commissie en denktank één van degenen die ervoor hebben gezorgd dat het beleid wat betreft de behandeling van personenschade de stevige basis kreeg die het verdiende.

Ook was hij vanaf het nulnummer actief lid van de redactieraad voor dit bulletin.

Alhoewel hij zelf niet vaak optrad als auteur, droeg hij steevast reeds door hem uitgediepte en van voorbereidend commentaar voorziene onderwerpen aan. Menigmaal wees hij zowel de redactie als schrijvers feilloos op onvolkomenheden, omissies of ontbrekende jurisprudentie.

Hans zat immers niet voor niks altijd verscholen achter stapels uitspraken, arresten en andere (vak)literatuur en was hij bij NN een van de laatste Mohikanen die wél zijn eigen archiefkasten mocht houden!

Je kon hem ook niet bozer krijgen, dan door het tijdens zijn vakantie te wagen enige voor iedereen behalve Hans logische chronologische of alfabetische orde te scheppen in de ogenschijnlijk chaotische stapels mappen, arresten, enveloppen, kranten en vaktijdschriften op zijn bureau.

Na zijn uitvaart konden enkele oud-collega's het niet laten hem een éminence grise en de Maarten van Rossem van de letselschade te noemen.

Vaarwel vriend!

Bestuur PIV

IN Eline Lejeune (NN Groep) is benoemd tot lid van het PIV Bestuur.

UIT Peter den Ouden (NN Groep) heeft na ruim 4 jaar afscheid genomen van het Bestuur van het PIV.

Raad van Advies PIV

IN Rob de Groot (NN groep) neemt de functie van Eline Lejeune in de Raad van advies over.

UIT

- Guido Denters is als zelfstandig adviseur een samenwerking aangegaan met Cunningham Lindsey.
- Philip Cylon is in juli overgegaan van De Goudse naar Andriessen Expertise waar hij als personenschade en aansprakelijkheidsdeskundige aan de slag is gegaan.
- Eline Lejeune (NN Groep) stapt over van de Raad van Advies PIV naar het Bestuur van het PIV.

PIV Organisatie

Team PIV

Binnen het team van het PIV hebben veranderingen plaatsgevonden. Monique Volker heeft na ruim 16 jaar besloten om haar vleugels weer uit te slaan. Monique vond nu een unieke kans bij NN Advocaten om als ‘juridisch adviseur’ te werken op de afdeling Schade. Het PIV is Monique zeer erkentelijk voor haar lange en trouwe staat van dienst.

Om de expertise van Monique goed over te dragen is mr. Eva Deen voorgedragen als tijdelijke opvolger. Velen kennen haar vanuit haar rol als jurist bij DLR en als rechter-plaatsvervanger bij de rechtbank Alkmaar. Zij brengt nieuwe kennis en expertise mee en kent de verzekerings- en schadewereld goed.

| Jurisprudentie Het Shaken Baby-arrest (p.5-10)

- 1 Dit artikel is een bewerking van de reeds verschenen annotatie van het Shaken Baby-arrest door J.S. Overes in Jurisprudentie Aansprakelijkheid 2018/84.
- 2 De volledige tekst van de Opzetclausule AVP 2000 luidt: "Niet gedekt is de aansprakelijkheid: • van een verzekerde voor schade veroorzaakt door en/of voortvloeiende uit zijn/haar opzettelijk en tegen een persoon of zaak gericht wederrechtelijk handelen of nalaten; • van een tot een groep behorende verzekerde voor schade veroorzaakt door en/of voortvloeiende uit opzettelijk en tegen een persoon of zaak gericht handelen of nalaten van één of meer tot de groep behorende personen, ook in geval niet de verzekerde zelf zodanig heeft gehandeld of nagelaten. Aan het opzettelijk karakter van dit wederrechtelijk handelen of nalaten doet niet af dat de verzekerde of, ingeval deze tot een groep behoort, een of meer tot de groep behorende personen zodanig onder invloed van alcohol of andere stoffen verkeert/verkeren, dat deze/die niet in staat is/ zijn de wil te bepalen."
- 3 Zie M.M. Mendel, 'Enige verzekeringsrechtelijke arresten over opzet en hun strafrechtelijke wortels', VRA 1992, p. 6 e.v.
- 4 HR 6 november 1998, NJ 1999/220 (Aegon/Van der Linden).
- 5 Zie M.M. Mendel, 'In hoeverre vereist opzet van w.a.-verzekerden gerichtheid op de gevolgen?', Vrb 1990/3, p.20.
- 6 Vgl. N. van Tiggele-Van der Velde, 'Opzet gericht op wat ook alweer?', AV&S 2016/27, p. 144. Ook Wansink, betrokken bij de totstandkoming van de Opzetclausule AVP 2000, geeft aan: "Toegegeven zij, het was een haastklus en dat heeft in de toelichting zijn sporen nagelaten", zie J.H. Wansink, 'Old and Wise, de (opzet)cirkel is rond', AV&S 2018/17, p. 83.
- 7 Zie nader A-G Van Peursem in zijn conclusie voor het Shaken Baby-arrest, ECLI:NL:PHR:2017:1258, sub 2.15, met verwijzingen.
- 8 J.H. Wansink, 'De opzetclausule in de AVP-polis', TvP 2015/4, p. 113.
- 9 Men kan immers niet de kans op een bepaald gevolg van zijn gedraging wel willens en wetens aanvaarden en tegelijkertijd die gedraging zelf niet willen of niet bewust doen. Want als die persoon die gedraging niet had gewild, dan zou hij al zeker het waarschijnlijke gevolg van zijn gedraging niet hebben gewild.
- 10 Zie hierover nader A-G Van Peursem in zijn conclusie voor het Shaken Baby-arrest, ECLI:NL:PHR:2017:1258, sub 2.21 e.v.
- 11 Zie r.o. 3.5.4, tweede en derde alinea van het arrest.
- 12 Zie r.o. 3.5.4, vierde alinea, en r.o. 3.5.5 van het arrest.
- 13 Zie r.o. 3.5.6, eerste alinea van het arrest.
- 14 Zie r.o. 3.6.1 van het arrest.
- 15 Zie r.o. 3.5.6 van het arrest.
- 16 Zie r.o. 3.5.10 van het arrest.
- 17 Zie Asser/Wansink, Van Tiggele-Van der Velde & Salomons 7-IX* 2012/458.
- 18 Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 11 februari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:938, r.o. 4.7 laatste zin; Rb. 's-Hertogenbosch 9 februari 2005, ECLI:NL:RB-SHE:2005:AS6165, r.o. 7.9; Geschillencommissie KiFiD 19 december 2014, nr. 2016-124, r.o. 4.3.
- 19 Vgl. HR 4 april 2003, NJ 2004/536 (Amev/Meijerink).
- 20 Zie Van Tiggele-Van der Velde, AV&S 2016/27; M.R. van Ardenne-Dick, 'Wettelijke uitsluitingen in titel 7.17 BW, in: N. van Tiggele-Van der Velde & J.H. Wansink (red.), Bespiegelingen op tien jaar nieuw verzekeringsrecht, Deventer: Kluwer 2016, p. 133-134; en naar aanleiding van het Shaken Baby-arrest: Wansink, AV&S 2018/17, p. 84 en M. de Vries, 'De Hoge Raad en de uitleg van de opzetclausule: een antwoord op alle vragen?', TvP 2018/2, p. 70-71.

- 21 Zie ook De Vries, TvP 2018, p. 71-72.
- 22 Zie ook De Vries, TvP 2018, p. 69-70; Wansink, AV&S 2018, p. 84.
- 23 HR 8 juli 1993, NJ 1994/210, m.nt. Mendel (Hogenboom/Unigarant).
- 24 Vgl. Wansink, AV&S 2018, p. 84-85; De Vries, TvP 2018, p. 70 en 72.

| Jurisprudentie Loont fraude? (p.20-25)

- 1 Dit criterium heeft het hof geformuleerd in zijn arrest dat voorafging aan HR 8 juni 2001, NJ 2001/433 (Zwolsche Algemeene/De Greef). Tegen deze overwegingen werd bij de Hoge Raad niet gegriefd; met Lindenbergh menen wij dat niet zozeer sprake is van een lagere bewijslast, zoals velen menen, maar dat andere eisen worden gesteld aan de invulling ervan. De norm blijft nog steeds dat de klachten en de gevolgen ervan met een redelijke mate van waarschijnlijkheid vastgesteld moeten kunnen worden, zie S.D. Lindenbergh, 'Zwolsche Algemeene/De Greef', in: T. Hartlief en M.G. Faure, De Spier-bundel, Deventer: Kluwer 2016, p. 182.
- 2 De rechter vindt niet snel dat de misleiding het verval op uitkering niet rechtvaardigt. Vrijwel alleen bij fraude en arbeidsongeschiktheidsverzekeringen komt het nog wel eens aan deze uitzondering toe, zie Rb. Den Haag 1 augustus 2018, ECLI:NL:RBDAA:2018:9360.
- 3 HR 7 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1103, rov 3.3.4.
- 4 Uiteraard speelt de hier aan de orde komende problematiek ook claimanten buiten de personenschade (zie onder meer 'Wat voor sancties passen bij de frauderende claimant?' Chr.H. van Dijk en M.F.J. Hiel, AV&S 2017/12). In deze bijdrage beperk ik mij tot de personenschade.
- 5 Overigens staat natuurlijk ook de strafrechtelijke weg open. In de praktijk is deze weg echter vaak niet goed begaanbaar.
- 6 Zie N. van Tiggele-van der Velde, 'Boeffies zijn het' in: Hoe heurt het eigenlijk?, Den Haag: Boom juridisch, 2016; 'Wat voor sancties passen bij de frauderende claimant?' Chr.H. van Dijk en M.F.J. Hiel, AV&S 2017/12; L.K. De Haan en C. Banis, 'Fraude onder de aansprakelijkheidsverzekering; onze visie op hoe het eigenlijk heurt.', TAV, oktober 2016.
- 7 Geschillencommissie Financiële Dienstverlening 2009-94 r.o. 4.5 en 2013-286 r.o. 5.4.
- 8 Eens met het Kifid: Hof Den Bosch 5 december 2017, GHSHE:2017:5463, oneens: Rb. Rotterdam 4 juli 2018, RBOt:2018:6249.
- 9 Zie de onder 6 genoemde schrijvers.
- 10 HR 7 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1103.
- 11 Bijv. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 15 september 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:6816 en www.letselschademagazine.nl – kosten van verwerende partij - Rb Assen 250407 en 250707 fraude aan het licht gekomen na fraudeonderzoek; verzekeraar verhaalt kosten.
- 12 Anders: N. van Tiggele-van der Velde, 'Boeffies zijn het' in: Hoe heurt het eigenlijk?, Den Haag: Boom juridisch, 2016, p. 46 en L.K. De Haan en C. Banis, 'Fraude onder de aansprakelijkheidsverzekering; onze visie op hoe het eigenlijk heurt.', TAV, oktober 2016, 188, die hetzelfde betogen.
- 13 Vgl. Van Dijk en Hiel, AV&S 2017/12, par. 6.2.4.
- 14 D. van Velzen, Beursbengel, nr. 877, september 2018, p. 19.
- 15 Vgl. Van Dijk en Hiel, AV&S 2017/12, par. 6.1.
- 16 L.K. De Haan en C. Banis, 'Fraude onder de aansprakelijkheidsverzekering; onze visie op hoe het eigenlijk heurt.', TAV, oktober 2016, 188.
- 17 Vgl. Van Dijk en Hiel, AV&S 2017/12 voor nog andere gedachten om fraude verdergaand te sanctioneren.

| Jurisprudentie Heeft verweer zin? (p.11-19)

- 1 HR 11 november 2011, LJN: BR5223, NJ 2011/598 (De Rooyse Wissel).
- 2 HR 19 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7592 en de conclusie vindbaar als ECLI:NL:PHR:2012:BX7592.
- 3 Bijvoorbeeld indien de schade is veroorzaakt door omstandigheden buiten het bewijs gelegen. Of indien de werkgever slaagt in het bewijs dat de van hem verlangde maatregel het bewuste ongeval niet zou hebben voorkomen, zie HR 12 september 2003, NJ 2004/177 (Peter/Hofkens).
- 4 Van bewust roekeloos handelen is bijvoorbeeld pas sprake als de werknemer zich, tijdens het verrichten van zijn onmiddellijk aan het ongeval voorafgaande gedraging daadwerkelijk bewust is geweest (zie HR 20 september 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2142, NJ 1997/198, Pollemans/Hoondert, HR 1 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB6175, NJ 2009/330 Maasman/ Akzo en Kantonrechter Bergen op Zoom 4 januari 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BV0217). De werknemer moet de kans op schade 'op de koop toenemen'. Zelfs in die zaken waarin de werknemer ogenschijnlijk onnozel heeft gehandeld, werd geen bewust roekeloosheid aangenomen. Zie bijvoorbeeld Gerechtshof Den Bosch 3 juni 2014 ECLI:NL:LGHSE:2014:1634 waarin een monteur zich toegang wilde verschaffen tot een boven een kookeenheden gelegen technische ruimte, door op de in werking zijnde kookeenheden te klimmen. Hij is daarbij in de kookeenheden gegleden met alle gevolgen van dien.
- 5 De Arboret (artikel 8 lid 4) bepaalt dat de werkgever de plicht heeft toe te zien op naleving van de gegeven instructies en voorschriften ten aanzien van de aan het werk verbonden risico's. De werkgever moet zich ervan vergewissen dat de instructies door de werknemer worden nageleefd. Ook dient de werkgever in beginsel zorg te dragen voor het schriftelijk vastleggen van de risico's van de arbeid en daarvoor een risico- en inventarisatierapport opmaken (artikel 5 lid 1 Arboret).
- 6 Zie bijvoorbeeld Hof Den Bosch 17 april 2012, LJN BW 3205.
- 7 Hof Leeuwarden 14 mei 2008, ECLI:NL:GH-LEE:2008:BD2312 en Rechtbank Overijssel 16 juli 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:4559.
- 8 Waaronder de mate van waarschijnlijkheid waarmee de niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid door de werknemer mag worden verwacht, van de grootte van de kans dat daaruit ongevallen ontstaan, van de ernst die de gevolgen daarvan kunnen hebben en uiteraard van de mogelijkheid en de mate van bezwaarlijkheid van het treffen van veiligheidsmaatregelen.
- 9 HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3519, NJ 2015/182 (Pelowski/Vernooij).
- 10 HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3313, NJ 2008/460 (Bayar/Wijnen).
- 11 Zoals onder meer blijkt uit HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7355, NJ 2008/464 (Van Veghel/Hendriks) en HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7590, NJ 2013/11 (Giraldo/Dalra Antilles).
- 12 HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7590, NJ 2013/11.
- 13 Zie ook A-G Van Peursem voor HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3519, NJ 2015/182 m.nt. T. Hartlief (Pelowski/Vernooij): Met veiligheidsmaatregelen, instructies, trainingen et cetera is het een kwestie van 'frapper toujours', van voortdurende herhaling en er in hameren. Het is nu eenmaal een ervaringsfeit dat werknemers tijdens hun werkzaamheden niet steeds de vereiste zorg in acht nemen en daar hebben werkgevers rekening mee te houden.
- 14 HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3313 (Bayar/Wijnen).

- 15 Zie bijvoorbeeld HR 26 november 2010, ECLI:N-L:HR:2010:BN9977, JA 2011/12 (Fugro): de werkgever hoeft niet te waarschuwen voor het algemeen bekende gevaar van ernstige infectieziekten in tropische landen door het drinken van water dat zich in niet afgesloten flessen bevindt.
- 16 HR 2 maart 2007, ECLI:N-L:HR:2007:AZ5834 (Perez/ Casa Grande).
- 17 HR 11 april 2008, ECLI:N-L:HR:2008:BC9225 NJ 2008/465 (Tarioui/Vendrig).
- 18 Hartlief, Vergoeding van arbeidsgerelateerde schade anno 2013 in AV&S 2013/5 onder noot 50.
- 19 ECLI:N-L:RBMNE:2013:BZ5255.
- 20 Zie HR 11 november 2011, ECLI:N-L:HR:2011:BR5215, NJ 2011/597 met noot Hartlief: "te bedenken dat struikelen of uitglijden naar zijn aard niet een bijzonder, aan de risico's van het wegverkeer verbonden risico is, reden waarom te dier zake in het algemeen geen goede grond bestaat voor een verdergaande bescherming van de werknemer dan bij struikelen of uitglijden op de arbeidsplaats zelf".
- 21 Zie in dit verband HR 4 oktober 2002, ECLI:N-L:PHR:2002:AE4090, NJ 2004, 175 (Laudy/Fair Play) en HR 8 februari 2008, ECLI:N-L:HR:2008:BB7423, NJ 2008/93 (Dichtgewaaid laaddeur).
- 22 HR 8 februari 2008, ECLI:N-L:HR:2008:BB7423, NJ 2008/93 (Dichtgewaaid laaddeur).
- 23 HR 26 november 2010, ECLI:N-L:HR:2010:BN9977, JA 2011/12 (Fugro): de werkgever hoeft niet te waarschuwen voor het algemeen bekende gevaar van ernstige infectieziekten in tropische landen door het drinken van water dat zich in niet afgesloten flessen bevindt.
- 24 In dit verband HR 19 oktober 2012, ECLI:N-L:HR:2012:BX7592, RvdW 2012/1318, waarbij dit oordeel van de kantonrechter in de verdere procedure standhield.
- 25 HR 20 februari 2009, ECLI:N-L:HR:2009:BF0003, JA 2009/94 (Van Riemsdijk/Autop).
- 26 HR 20 augustus 2015, ECLI:N-L:HR:2015:1747, JA 2015/115 (Val over stofzuigerslang).
- 27 Rechtbank Zeeland-West-Brabant 18 augustus 2014, ECLI:N-L:RBZWB:2014:5966.
- 28 Rechtbank Midden-Nederland, locatie Amersfoort 25 juni 2014, ECLI:N-L:RBMNE:2014:4759.
- 29 Gerechtshof Den Bosch 31 maart 2015, ECLI:N-L:GHSHE:2015:1104.
- 30 Rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht 23 april 2014, ECLI:N-L:RBMNE:2014:4759.
- 31 Rechtbank Rotterdam 31 juli 2013, ECLI:N-L:R-BROT:2013:5867.
- 32 Gerechtshof Den Haag 25 september 2012, ECLI:N-L:GHSGR:2012:BX8919.
- 33 Rechtbank Midden-Nederland, locatie Amersfoort 14 maart 2013, ECLI:N-L:RBMNE:2013:BZ5255 en Rechtbank Midden Nederland, locatie Utrecht 13 april 2016, ECLI:N-L:RBMNE:2016:2615.
- 34 Rechtbank Amsterdam 21 november 2016, ECLI:N-L:RBAMS:2016:8451.
- 35 De Hoge Raad laat wel ruimte voor de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer. HR 24 juni 2011, NJ 2011, 281, LJN BP9897 (Dombrowski/V.O.F. Hulsing-Huppermans); HR 10 juni 2011, NJ 2011, 273, LJN BP8788 (Boock/Heisterkamp Transport).
- 36 Rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht 3 februari 2016, ECLI:N-L:RBMNE:2016:1966.
- 37 Gerechtshof Den Bosch 22 juli 2013, ECLI:N-L:GHSHE:2014:2208.
- 38 Gerechtshof Den Haag 6 augustus 2016, ECLI:N-L:G-HDHA:2016:2506.
- 39 Rechtbank Den Haag 12 december 2012, ECLI:N-L:RBDHA:2012:BY7058.
- 40 Gerechtshof Den Bosch 12 augustus 2014, ECLI:N-L:GHSHE:2014:2768.
- 41 Rechtbank Amsterdam 16 januari 2018, ECLI:N-L:RBAMS:2018:445.
- 42 HR 7 december 2007, ECLI:N-L:HR:2007:BB5625 (Tahmasebi/Shell).
- 43 HR 19 oktober 2012, ECLI:N-L:HR:2012:BX7595.
- 44 Zie ook Rechtbank Gelderland 12 februari 2014, ECLI:N-L:RBGEL:2014:1966. Zorgplicht geschonden door een onervaren medewerker slechts een ladder te verschaffen zonder enige instructie te verschaffen over het gebruik daar van en de staat van het dak waarop gewerkt moest worden.
- 45 Gerechtshof Amsterdam 6 oktober 2009, ECLI:N-L:G-HAMS:2009:BL1052 en Gerechtshof Den Bosch 25 september 2012, ECLI:N-L:GHSHE:2012:BX8504.
- 46 Gerechtshof Den Bosch 12 april 2011, ECLI:N-L:GHSHE:2011:BQ1285.
- 47 Gerechtshof Den Bosch 10 maart 2015, ECLI:N-L:GHSHE:2015:840. Zie anders, HR 21 mei 2010, ECLI:N-L:HR:2010:BM0708 waarin aansprakelijkheid voor de val van een trap werd afgewezen, terwijl de werknemer een raam diende te plaatsen vanaf de trap. De werknemer was niet geslaagd in het tegenbewijs dat de trap ondeugdelijk was. Dit arrest is overigens van voor voor de november arrssten van 2011.
- 48 Rechtbank Den Haag 12 januari 2012, ECLI:N-L:RBSGR:2012:BV9089.
- 49 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 24 januari 2017, ECLI:N-L:GHARL:2017:520.
- 50 Rechtbank Rotterdam 30 december 2014, 1391771 CV EXPL 12-52680 (ongepubliceerd maar via de PIV website te raadplegen).
- 51 Rechtbank Noord-Holland, locatie Alkmaar 28 september 2016, ECLI:N-L:RBNHO:2016:8409.
- 52 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Overijssel 13 juni 2018, ECLI:N-L:RBOVE:2018:2225, Rechtbank Midden Nederland 16 november 2016 ECLI:N-L:RBM-NE:2016:7082 en Rechtbank Oost-Brabant 29 augustus 2017, ECLI:N-L:RBOBR:2017:5058.
- 53 Gerechtshof Den Haag 22 maart 2017, ECLI:N-L:RBD-HA:2017:3461.
- 54 HR 11 november 2005, ECLI:N-L:HR:2005:AU3313 (Bayar/Wijnen).
- 55 HR 20 juni 1986, ECLI:N-L:HR:1986:AC9426, NJ 1986/780.
- 56 Rechtbank Leeuwarden 7 september 2010, ECLI:N-L:RBLEE:2010:BN7147, JA 2010/142.
- 57 Gerechtshof Amsterdam 22 november 2007, ECLI:N-L:GHAMS:2007:BC2969, NJF 2008/110 en in diezelfde zaak HR 30 oktober 2009, ECLI:N-L:PHR:2009:BJ6020, JA 2010/14 omtrent de kwalitatieve aansprakelijkheid van de werkgever ex artikel 6:170 BW.
- 58 Gerechtshof Amsterdam 11 februari 2014, ECLI:N-L:GHAMS:2014:1589.
- 59 Rechtbank Rotterdam 13 juni 2012, ECLI:N-L:R-BROT:2012:BW9061 en Gerechtshof Den Bosch 9 september 2014, ECLI:N-L:GHSHE:2014:3524.
- 60 Rechtbank Noord-Nederland, locatie Groningen 25 september 2013, ECLI:N-L:RBNNE:2013:5682; Gerechtshof Amsterdam 15 augustus 2015, ECLI:N-L:GHAMS:2015:3301; Rechtbank Den Haag 22 juni 2016, ECLI:N-L:RBDHA:2016:7281.
- 61 Vgl. Gerechtshof Amsterdam 15 januari 1998, NJK 1999/26 (Karate-trap) en Gerechtshof Amsterdam 15 augustus 2015, ECLI:N-L:GHAMS:2015:3301. Zie ook Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 30 augustus 2016, ECLI:N-L:GHARL:2016:6980.
- 62 Rechtbank Rotterdam 27 april 2005, ECLI:N-L:R-BROT:2005:BK5225 en Rechtbank Leeuwarden 7 september 2010, ECLI:N-L:RBLEE:2010:BN7147, in deze laatste uitspraak werd overigens geen zorgplichtschending van de werkgever in de zin van artikel 7:658 BW aangenomen maar aansprakelijkheid op grond van 6:170 BW.
- 63 HR 1 juli 1993, NJ 1993, 687. Zie o.a. ook HR 15 december 2000, NJ 2001, 198 (Van Uiter/Alas), HR 12 december 2008, NJ 2009, 332 (Maatzorg/Van der Graaf), HR 17 april 2009, RvdW 2009, 552.
- 64 Hoge Raad 24 juni 1994, LJN: ZC1405.
- 65 Zie voor een geval waarin een werknemer zijn werkgever aansprak omdat hij was gevallen over een stapel papier welke zijn collega op een trap had gelegd: Rechtbank Almelo 2 december 2009 LJN: BK6417.
- 67 HR 11 november 2011, LJN: BR5223, NJ 2011/598 (De Roooye Wissel). Hoewel het in die zaak gaat om een 'intramurale' situatie, dat laat onverlet dat de kern van de zaak gaat om het werken met gewelddadige of agressieve personen en de eisen die in dat geval aan de werkgever kunnen worden gesteld.
- 68 Rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht, ECLI:N-L:RBMNE:2013:BZ7982, VR 2014/76 en JA 2013/155.
- 69 Gerechtshof Amsterdam 15 januari 2013, ECLI:N-L:G-HAMS:2013:BY8866, NJF 2013/94.
- 70 Rechtbank Gelderland, locatie Nijmegen, 28 juni 2013, ECLI:N-L:RBGEL:2013:4728.
- 71 HR 22 januari 1999, ECLI:N-L:PHR:1999:AD2996 (Stichting Reclassering Nederland/X)..
- 72 Rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht 8 april 2015, ECLI:N-L:RBMNE:2015:2602; Gerechtshof Den Bosch 30 januari 2018, ECLI:N-L:GHSHE:2018:338.
- 73 Gerechtshof Den Bosch 10 februari 2015, ECLI:N-L:GHSHE:2015:453, JA 2015, 60.
- 74 Rechtbank Midden-Nederland 8 april 2015, ECLI:N-L:RBMNE:2015:2602.
- 75 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 23 juni 2015, ECLI:N-L:GHARL:2015:4552.
- 76 Dit volgt uit het zogeheten Kelderluikarrest, HR5 november 1965, ECLI:N-L:PHR:1965:AB7079, m.nt. G.J. Scholten (Coca Cola/Duchateau (Kelderluik)).
- 77 Dit leiden wij af uit Rechtbank Midden-Nederland 14 maart 2013, ECLI:N-L:RBMNE:2013:BZ5255, waarin van de werkgever werd verlangd dat hij niet kon volstaan met het verstrekken van veiligheidsschoeisel. In plaats daarvan had de werkgever spikes moeten verstrekken. Zie ook Hof Den Bosch, 22 december 2015, ECLI:N-L:RBMNE:2013:BZ5255: de werkgever kreeg het verwijt dat hij handschoenen met veiligheids categorie 1 had verstrekt in plaats van categorie 3.
- 78 HR 17 november 2000, ECLI:N-L:HR:2000:AA8369, NJ 2001/ 596 en HR 23 juni 2006, ECLI:N-L:HR:2006:AW6166, NJ 2006/354 (Havermans/ Luycckx).
- 79 HR 9 januari 2009, ECLI:N-L:HR:2009:BF8875, NJ 2011/252 (Landskroon/BAM).
- 80 Van Dijk en Veendrick, Zorgplichtschending bij beroepsziekten, bewijsproblemen bij het causaal verband, de arbeidsrechtelijke omkeringsregel en het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid, in: TvP 2013, 4.
- 81 Aldus Tjong Tjin Tai in zijn noot onder HR 9 januari 2009, ECLI:N-L:HR:2009:BF8875, NJ 2011/252 (Landskroon/BAM).
- 82 Hij diende dagelijks 350 traptreden af te leggen, hij plaatste in een half jaar circa 4000 stempels a 23 kg, hij moest beton in bekisting schudden hetgeen zwaar rugbelastend werk is, hij moest veelvuldig klimmen, met en zonder last.
- 83 HR 7 juni 2013, ECLI:N-L:HR:2013:BZ1717, NJ 2014/ 98 (SVB/Van de Wege). Zie ook Rechtbank Limburg 23 mei 2018, ECLI:N-L:RBLIM:2018:4831 inzake gestelde nek-, rug- en schouderklachten. Werknemer niet geslaagd in het op hem rustende bewijs dat zijn klachten door het werk kunnen zijn veroorzaakt. In deze zin ook Rechtbank Rotterdam 13 april 2018, ECLI:N-L:RBROT:2018:5470: rugklachten door rugbelastend werk. Werknemer moet bewijs leveren van causaal verband tussen werkzaamheden en klachten. De Rechtbank Midden-Nederland wees op 20 september 2017 de vordering van een schoonmaakster af die stelde dat zij RSI klachten had opgelopen bij haar werkzaamheden. Volgens de rechtbank is eiseres niet geslaagd in het op haar rustende bewijs dat zij haar werkzaamheden onder omstandigheden heeft moeten verrichten dat deze een zodanige overbelasting met zich brachten dat de werkgever deze niet had mogen opdragen zonder bijvoorbeeld het ter beschikking stellen van hulpmiddelen, ECLI:N-L:RBMNE:2017:4692.
- 84 Gerechtshof Den Bosch 12 september 2017, ECLI:N-L:GHSHE:2017:3928..
- 85 Rechtbank Den Haag 31 augustus 2017, ECLI:N-L:G-HDHA:2017:9803.

- 86 Gerechtshof Den Bosch 12 september 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3928.
- 87 HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ7196 (Val van laadklep).
- 88 HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3519 (Spaanse chauffeur).
- 89 Gerechtshof Den Bosch 3 juli 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX0428.
- 90 Rechtbank Overijssel 17 oktober 2013, ECLI:NL:RBO-VE:2013:2503.
- 91 Zware lading: Rechtbank Noord-Holland, locatie Alkmaar 4 november 2016, ECLI:NL:RBN-HO:2015:9484.
- 92 Gerechtshof Den Bosch 3 juli 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX0428.
- 93 Gerechtshof Den Bosch 23 september 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:3782.
- 94 Rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht, 12 maart 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:952.
- 95 Rechtbank Leeuwarden 28 september 2011, ECLI:NL:RBLLE:2011:BT7658.
- 96 Zie: Rechtbank Leeuwarden 28 september 2011, ECLI:NL:RBLLE:2011:BT7658.
- 97 In het arrest Bayar/Wijnen wijst de Hoge Raad op het ervaringsfeit dat de dagelijkse omgang met een machine de gebruiker ervan licht ertoe zal brengen niet alle voorzichtigheid in acht te nemen die ter voorkoming van ongelukken geraden is, ook al wordt het gevaar de gebruiker door instructies en waarschuwing ingescherpt, HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3313 (Bayar/Wijnen).
- 98 Rechtbank Leeuwarden 2 oktober 2012, ECLI:NL:RBLLE:2012:BY0862; Rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht 29 januari 2013, ECLI:NL:RBMNEL:2013:BZ8091; Gerechtshof Den Bosch 16 april 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ8300 (Davelaar/Allspan na terugverwijzing); Gerechtshof Den Bosch 8 oktober 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:4561; Gerechtshof Amsterdam 31 december 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:4941; Rechtbank Amsterdam 14 februari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:830; Rechtbank Rotterdam 8 mei 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6240; Gerechtshof Amsterdam 1 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5085; Rechtbank Oost-Brabant, locatie Den Bosch 22 april 2016, ECLI:NL:RBO-BR:2016:1940; Gerechtshof Den Haag 19 juli 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2030; Gerechtshof Den Bosch 29 augustus 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3803.
- 99 Rechtbank Dordrecht 27 oktober 2005, ECLI:NL:RBDOR:2005:AU5613.
- 100 Rechtbank Den Haag 13 februari 2013, ECLI:NL:RBD-HA:2013:BZ2368.
- 101 Rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht, 12 maart 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:952.
- 102 Rechtbank Breda 4 januari 2012, ECLI:NL:RB-BRE:2012:BV0217.
- 103 Gerechtshof Den Bosch 8 december 2015, JA 2016, 52.
- 104 Gerechtshof Den Bosch 3 juni 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1634.
- 105 Giard en Van Boom in hun noot bij HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU4042:NTBR 2006/ 54 (Skeeler-arrest). Dit betrof overigens geen art. 7:658 BW kwestie.
- 106 HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3313; NJ 2008/460 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss onder nr. 465; JA2006/11 m.nt. W.H. van Boom.
- 107 Mr. E. Pans, 'Werkgeversaansprakelijkheid', TVP 2011, p. 124-127.

| Leren en inspireren Het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en Behandeling van personen- schadeclaims (p.28-32)

- 1 Het recht op lichamelijke integriteit wordt gewaarborgd in art 11 Grondwet, art. 2 ("recht op leven") en 3 ("Verbod op foltering") EVRM en art. 3 Handvest van de grondrechten van de Europeanen Unie ("Het recht op menselijke integriteit").
- 2 In zijn artikel De invloed van fundamentele rechten in het personenschaderecht, TVP 2004 p. 110-114 heeft S.D. Lindenberg uitengezet waar het EVRM zijn invloed op letselschadeclaims liet gelden.
- 3 Voordat in de jaren '90/'00 tijdschriften als het PIV Bulletin, het Tijdschrift voor Vergoeding Personen-schade (TVP), Letsel en Schade en de Jurisprudentie Aansprakelijkheidsrecht (JA) gewijd aan het aansprakelijkheidsrecht en personenschade werden opgericht, was het tijdschrift Verkeersrecht het enige tijdschrift waarin met regelmaat vonnissen en arresten op het gebied van personenschade werden gepubliceerd.
- 4 HR 20 september 1976, VR 1977, 61 zonder helm rijden op bromfiets en HR 16 januari 1979, VR 1979, 40 niet dragen gordel in de auto.
- 5 Ik noem als voorbeelden het arrest Glaser waarin het EHRM oordeelde dat de Staat, naar voortvloeit uit art. 8 EVRM een positieve verplichting heeft om al het mogelijke te doen wat in de gegeven omstandigheden van hem kan worden verwacht om het recht van een ouder op omgang met zijn kinderen te effectueren (EHRM Glaser/VK, no. 32346/96 § 63 en 65, 19 september 2000), Öneriyildiz waarin het EHRM positieve verplichtingen voor de Staat in art. 2 (recht op leven) en in art. 1 Eerste Protocol (eigendomsbescherming) constateerde die de Staat kunnen verplichten tot preventief ingrijpen in potentieel gevaarlijke situaties, tot eigendomsbescherming, tot waarschuwen voor dreigende gevaren en tot het bieden van een adequate rechtsgang (EHRM Öneriyildiz/Turkije, no. 48939/99 30 november 2004) en het arrest Craxi (2) waarin het EHRM overwoog dat op de Staat positieve verplichtingen tot bescherming van de privacy (art. 8) kunnen rusten (EHRM Craxi/Italië (2), no. 25337/94, § 73-75, 17 juli 2003).
- 6 EHRM 15 december 2009 ECLI:NL:XX:2009:BL2007 (Kalender e.a./Turkije) aanrijding door goederentrein
- 7 EHRM 30 augustus 2016 (Aydogdu/Turkije) GJ 2016, 154 falende zorg aan een prematuur geboren kind.
- 8 EHRM 24 juli 2014, ECLI:NL:XX:2014:366 (Brincat e.a./Malta) mesotheliom na een lang dienstverband op een scheepswerf.
- 9 EHRM 19 september 2017 ECLI:CE:ECHR:2017:0919JUD002867810 (Binnur Uzun e.a./Turkije), val in een liftschacht op een verlaten en onbewaakt bouwterrein.
- 10 EHRM 13 april 2017, ECLI:CE:ECHR:2017:0413JUD002656207 (Tagayeva e.a./Rusland) gijzeling van schoolkinderen in Beslan.
- 11 Ik noem voorbeelden gepubliceerd in de Nederlandse tijdschriften: EHRM 2 juni 2009, 31675/04 GJ 2009, 98 (Codarcea/Roemenie) mislukte ooglid operatie, EHRM 15 januari 2013 ECLI:NL:XX:2013:BZ6141 8759/05 (CSoma - Roemenië) complicaties bij abortus waarna baarmoeder en eierstokken van de betrokken vrouw zijn verwijderd en EHRM 5 december 2013, ECLI:NL:XX:2013:292, (Vilnes e.a./Noorwegen) over de niet nagekomen verplichting van de Staat de diepzeeduikbedrijven waarbij de ziek geworden diepzeeduikers hadden gewerkt aan hen informatie te verschaffen waaruit de diepzeeduikers de aan het duiken klevende gezondheidsrisico's hadden kunnen inschatten.

- 12 HR 8 september 2000 ECLI:NL:HR:2000:AA7041 (Baby Joost), Rb. Den Haag 24 december 2003, NJ 2004, 230 (vuurwerkramp Enschede), HR 9 juli 2004 ECLI:NL:HR:2004:AO7721 (Oosterparkrellen) en Hof Den Haag 27 maart 2018 ECLI:NL:GHDHA:2018:541 (Alphen aan de Rijn).
- 13 HR 13 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:601.
- 14 EHRM 20 november 1995, ECLI:NL:XX:1995:AD2427, NJ 1996, 593.
- 15 Howald Moor / Zwitserland EHRM, 11 maart 2014, ECLI:NL:XX:2014:126, NJ 2016, 88.
- 16 Stubbings/Verenigd Koninkrijk EHRM, 22 oktober 1996, NJ 1997, 449 en Stagno/Belgie EHRM 7 juli 2009, 1062/07
- 17 Zie bijv. HR 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5635 (Van Hese/De Schelde) over doorbreking van de absolute verjaringstermijn van art. 3:310 lid 2 BW ingeval van mesotheliom.
- 18 Zie bijv. HR 15 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA3587.
- 19 Zie hierover A.E. Santen, Op het snijvlak der grondrechten, PIV Bulletin 2014-1.
- 20 Zie hierover bijv. C.P.J. Wijnakker, Omgaan met medische informatie in overeenstemming met artikel 8 EVRM, VR 2012, 115.
- 21 A.J. Akkermans en A. Wilken, De Medische Paragraaf GBL is gereed, Een kort overzicht van de inhoud, PIV Bulletin 2012-1 p. 24-27.
- 22 HR 22 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB3676.
- 23 HR 26 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1330.
- 24 HR 12 augustus 2005 ECLI:NL:HR:2005:AT3477.
- 25 ie bijv. EHRM 18 oktober 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:1018JUD0006183810, het door de verzekeraar (die een publieke taak uitvoerde waardoor de grondrechten horizontale werking hadden) uitgevoerde persoonlijk onderzoek vormde een schending van art. 8 EVRM, maar geen schending van art. 6 EVRM omdat de onderzochte in de civiele procedure waarin de verzekeraar een beroep had gedaan op het verzamelde bewijsmateriaal voldoende mogelijkheden had om het materiaal te bestrijden.
- 26 HR 31 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9609.
- 27 Verbond van verzekeraars, Gedragscode Persoonlijk Onderzoek, 21 december 2011 te vinden https://www.verzekeraars.nl/media/3241/gedragscode_persoonlijk_onderzoek.pdf
- 28 HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942.
- 29 HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942.
- 30 Hof Amsterdam 24 april 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:1372.
- 31 Gedragsregel 8 luidt: "Duurt de schadebehandeling langer dan twee jaren na de schademelding, dan gaan partijen – op initiatief van de verzekeraar – na wat daarvan de oorzaak is. Partijen spreken concreet af welke maatregelen nodig zijn om de schadebehandeling alsnog zo spoedig mogelijk af te ronden en wie zorg draagt voor de uitvoering daarvan."
- 32 Zie bijv. S.D. Lindenberg, Van smart naar geld, 2013 de verhalen van Lars Ruröde en de ouders van Kelly.
- 33 ECLI:NL:RBZUT:2007:BB8032.
- 34 Zie bijv. HR 15 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2654 (Vehof/Helvetia)
- 35 AMvB 24 november 2008, Stb. 2008, 505.
- 36 Hof Amsterdam 12 augustus 2004 ECLI:NL:GHAMS:2004:AR2333.
- 37 ECLI:NL:HR:2018:729
- 38 Rb. Den Haag 23 juli 2013, ECLI:NL:RBD-HA:2013:9276.
- 39 Zie de noot onder dit arrest van J.C.J. Dute in JA 2013, 171 en E. Engelhard, M.R. Hebly en S. D. Lindenberg, Gelijkheidsperikelen in het personenschaderecht, NTBR 2015, 39 en Chr. H. van Dijk, Statistiek, verboden onderscheid tussen mannen en vrouwen en concrete schadeberekening AV&S 2015, 19.
- 40 College voor de Rechten van de Mens van 19 augustus 2014, oordeel 2014-97.
- 41 TK 2009-2010 32 467 nr. 3 p. 30.

| Leren en inspireren Het 'Michigan Model' – Een andere aanpak van medische aansprakelijkheidsclaims in de Verenigde Staten (p.33-37)

- 1 Mr. E.S. (Evelien) Engelhard is als promovenda werkzaam bij de sectie Burgerlijk Recht van de Erasmus School of Law, Erasmus Universiteit Rotterdam. De auteur dankt de Stichting PIV voor haar financiële bijdrage aan dit onderzoek, en Siewert Lindenbergh voor commentaar op een eerdere versie van dit stuk.
- 2 J. Shepherd, 'Uncovering the Silent Victims of the American Medical Liability System', *Vanderbilt Law Review* 2014-1, p. 174.
- 3 M.A. Makary, M. Daniel, 'Medical error – the third leading cause of death in the US', *BMJ* 2016.
- 4 M.M. Mello e.a., 'Communication-And-Resolution Programs: The Challenges And Lessons Learned From Six Early Adopters', *Health Affairs* 2014-1, p. 26.
- 5 Zie bijvoorbeeld D.M. Studdert e.a., 'Disclosure Of Medical Injury To Patients: An Improbable Risk Management Strategy', *Health Affairs* 2007-1, p. 215-226; E. Lovern, 'JCAHO's New Tell-All; Standards Require that Patients Know About Below-Par Care', *Modern Healthcare* 2001.
- 6 R.C. Boothman e.a., 'A Better Approach to Medical Malpractice Claims? The University of Michigan Experience', *Journal of Health & Life Sciences Law* 2009-2, p. 143; A. Kachalia e.a., 'Liability Claims and Costs Before and After Implementation of a Medical Error Disclosure Program', *Annals of Internal medicine* 2010, pp. 213-220; M.A. Adams, B.J. Elmunzer & J.M. Scheiman, 'Effect of a Health System's Medical Error Disclosure Program on Gastroenterology-Related Claims Rates and Costs', *The American Journal of Gastroenterology* 2014, pp. 460-464.
- 7 R.C. Boothman e.a., 'A Better Approach to Medical Malpractice Claims? The University of Michigan Experience', *Journal of Health & Life Sciences Law* 2009-2, p. 143. Zie ook A. Kachalia e.a., 'Liability Claims and Costs Before and After Implementation of a Medical Error Disclosure Program', *Annals of Internal medicine* 2010, pp. 213-220 en M.A. Adams, B.J. Elmunzer & J.M. Scheiman, 'Effect of a Health System's Medical Error Disclosure Program on Gastroenterology-Related Claims Rates and Costs', *The American Journal of Gastroenterology* 2014, pp. 460-464.
- 8 Zie daarover A.E. Lind, T.R. Tyler, *The Social Psychology of Procedural Justice*, New York: Plenum Press 1988; T.R. Tyler, *Why People Obey the Law*, New Haven: Yale University Press 1990; J.W. Thibaut, L. Walker, *Procedural Justice: A Psychological Analysis*, New York: Wiley Press 1975.
- 9 A. Kachalia e.a., 'Liability Claims and Costs Before and After Implementation of a Medical Error Disclosure Program', *Annals of Internal medicine* 2010, pp. 213-220.
- 10 G.H. Teninbaum, 'How Medical Apology Programs Harm Patients', *Chapman Law Review* 2011-2, p. 307-342; G.H. Teninbaum, S. Kraman, 'Disclosure and Offer at Twenty-Five: Time to Adopt Policies to Promote Fairly Negotiated Compensation', *Suffolk University Law Review Online* 2013.

| Opinie Beperking van de looptijd: nieuwe kansen? (p.38-45)

- 1 ECLI:NL:HR:2018:311.
- 2 ECLI:NL:HR:2015:3397 (Jerrycan).
- 3 Zo ook Kragt, 'De lichtere bewijsregel die nooit bestond Hoge Raad 8 september 2017 (art. 81 lid 1 Ro.), conclusie A-G Wuisman', *PIV Bulletin* 2018/1; Lindenbergh in *De Spier-bundel* 2016/13 Zwolsche Algemeene/De Greef; anders Kolder, *NJB* 2015/813, pag. 1142 e.v., waarbij ik in dit artikel de discussie over de betekenis van de (al dan niet) met het arrest Zwolsche Algemeene/De Greef gegeven bewijsregel signaleer maar verder laat rusten, nu dit niet de kern van het door mij besproken onderwerp raakt.
- 4 Zoals expliciet benadrukt door Lindenbergh in zijn bijdrage in *De Spier-bundel* 2016/13 Zwolsche Algemeene/De Greef.
- 5 HR 14 januari 2000, NJ 2000/437 (Van Sas/Interpolis); HR 15 mei 1998, NJ 1998/624 (Vehof/Helvetia).
- 6 HR 15 mei 1998, NJ 1998/624 (Vehof/Helvetia).
- 7 A.J. Akkermans, 'De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband', *Den Haag: Bju* 2002, pag. 118-119, zoals onderschreven door Lindenbergh in zijn annotatie bij het Jerrycan-arrest, NJ 2016/138.
- 8 HR 15 mei 1998, NJ 1998/624 (Vehof/Helvetia); HR 14 januari 2000, NJ 2000/437, m.nt. C.J.H. Brunner (Van Sas/Interpolis) en meer recent HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:273 (Molenaarszoon).
- 9 Wat dus niet het geval was in HR 2 november 1979, NJ 1980/77 (Versluis/Ziekenezorg), waar geen verkeers- of veiligheidsnorm maar een norm inzake correcte bejegening werd geschonden, die bovendien niet de strekking had te beschermen tegen het ontstaan van letsel. Hetgeen zoals Akkermans opmerkt tegenwoordig anders beoordeeld zou kunnen worden; Akkermans, 'Causaliteit bij letselchades en medische expertises', *TVP* 2003, 4, voetnoot 10.
- 10 Zoals onder meer volgt uit HR 8 februari 1985, NJ 1986/136 (Joe/Chicago Bridge) en HR 8 februari 1985, NJ 1986/137 (Renteneurose).
- 11 HR 8 februari 1985, NJ 1986/137 m.nt. C.J.H. Brunner.
- 12 Zie de verwijzingen in de noot van C.J.H. Brunner in NJ 1986, 137.
- 13 Akkermans, 'Causaliteit bij letselchades en medische expertises', *TVP* 2003, 4 pag. 95.
- 14 Zie over deze problematiek: T. Hartlief, 'Causaliteit', in: *Bijzonder letsel, Inleidingen LSA-symposium* 1995, Lelystad 1995, pag. 39; A.J. Akkermans, 'Causaliteit bij letselchades en medische expertises', *TVP* 2003/4, pag. 97-98; A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht*, diss. Groningen, Deventer 2003, pag. 142; A.L.M. Keirse, 'Wie is bang voor de schadebeperkingsplicht?', *TVP* 2002, pag. 69-79; T. Hartlief, 'Prognoses in het personenschaderecht', *AV&S* 2005/27, pag. 163.
- 15 Akkermans, 'Causaliteit bij letselchades en medische expertises', *TVP* 2003, 4, voetnoot 45.
- 16 Waarbij de post verlies verdienvermogen doorgaans de belangrijkste post is, maar ook de posten huishoudelijke hulp, zelfwerkzaamheid, terugkerende periodieke kosten voor bijvoorbeeld medische hulpmiddelen, aangepaste vakanties, begeleiding of therapie, etc. een rol kunnen spelen.
- 17 Zoals in beeld gebracht door Akkermans in 'Causaliteit bij letselchades en medische expertise', *TVP* 2003, 3 en De Hek in 'Whiplash - observaties van een rechter', *TVP* 2011, 2.
- 18 Behoudens enige uitkering, welke uitkering (als opkomend voordeel) dient te worden toegevoegd in deze eerste lijn.
- 19 HR 2 februari 1990, NJ 1991/292 (Vermaat/Staat), welk arrest ik overigens eerder in de categorie 'doorbreking causaal verband' dan 'verdiscontering van predispositie' zou plaatsen.
- 20 Rechtbank Zwolle 16 februari 2000, *TVP* 2000, pag. 78, m.nt. Akkermans.
- 21 Zoals besproken door Akkermans in *TVP* 2003, pag. 30.

- 22 HR 13 december 2002, NJ 2003/212 en meer recent in HR 17 februari 2017, r.o. 3.3.2, ECLI:NL:HR:2017:273.
- 23 HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3397 (Jerrycan).
- 24 Door de neuropsycholoog gediagnosticeerd als een ongedifferentieerde somatoforme stoornis.
- 25 r.o. 3.3.2.
- 26 r.o. 3.1.1. en (in enigszins andere bewoordingen) r.o. 3.10.1.
- 27 r.o. 3.14.1
- 28 r.o. 3.11 en 3.15.2
- 29 NJ 2016/138.
- 30 In zijn conclusie voor het arrest ECLI:NL:HR:2018:311, r.o. 42.
- 31 Hoge Raad 9 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:311.
- 32 Welke woorden ook elders in de uitspraak door de rechtbank worden gebruikt.
- 33 De 'eerste lijn' waar het de eerder besproken vergelijking tussen twee lijnen betreft.
- 34 De 'tweede lijn'.
- 35 ECLI:NL:PHR:2018:44.
- 36 Aldus Drijber in ECLI:NL:PHR:2018:44, alinea 49 e.v. onder verwijzing naar het arrest 'renteneurose'.
- 37 ECLI:NL:HR:2018:42, alinea 48.
- 38 Welke opening ook wordt gegeven in HR 8 februari 1985, NJ 1986/137 (Renteneurose) en onder meer wordt uitgewerkt door De Hek in, 'Observaties van een rechter', *TVP* 2011, 2.
- 39 Art. 6:97 en 6:105 BW.
- 40 ECLI:NL:PHR:2018:44, alinea 49.
- 41 J.F. Schultz, 'HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3397; predispositie en toekomstige schade', *AV&S* 2016/11, afl. 2.
- 42 Overeenkomstig ook Lindenbergh in zijn annotatie bij het Jerrycan-arrest, onder 4.
- 43 J.F. Schultz, 'HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3397; Predispositie en toekomstige schade', *AV&S* 2016/11, afl.2.
- 44 Overigens werden statische gegevens in het laatste besproken arrest wel degelijk als relevant door het hof in de beoordeling betrokken.
- 45 JAR 2015/315.
- 46 De Hek, 'Observaties van een rechter', *TVP* 2011,2; J.F. Schultz, 'HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3397; predispositie en toekomstige schade', *AV&S* 2016/11, afl. 2; Lindenbergh in zijn annotatie bij het Jerrycan-arrest, NJ 2016/138, alsmede Schreuder in de annotatie bij het Jerrycan-arrest, JA 2016/14.



Volgende PIV Bulletin:

Affectieschade,
bent u er klaar
voor?



Save the date:
noteer alvast 29 maart 2019
in je agenda voor
het nieuwe PIV Congres.
Meer informatie volgt
binnenkort.