

Pagina 5

Opnieuw onzeker causaal verband en omkeringsregel bij medische aansprakelijkheid

Pagina 9

Varkens in personenschade?

Pagina 12

Ongevallenanalyse in het kader van whiplashproblematiek

Pagina 15

De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering: schade- of sommenverzekering?

Pagina 18

Infectieziekten. Een sluipend fenomeen!

Februari 2008



Pagina 1
Grenzen zorgplicht werkgever ...

Pagina 5
Medische aansprakelijkheid, causaal verband en omkeringsregel ...

Pagina 9
Een varkentje om te sparen of om te wassen ...

Pagina 12
Ongevallenanalist over whiplash, delta v en vergelijkbare belasting ...

Pagina 15
Particuliere AOV schade- of sommenverzekering ...

Pagina 18
Infectieziekten en aansprakelijkheid ...

De veiligste weg: de grens van de zorgplicht van de werkgever bij het ter beschikking stellen van hulpmiddelen

In 2007 werden drie arresten (twee van de Hoge Raad en één van het Hof Amsterdam) gewezen over de vraag of door de werkgever aan de werknemer al dan niet een deugdelijke ladder of trap ter beschikking was gesteld en over de vraag of de werkgever de werknemer bij het gebruik van die ladder of trap voldoende had geïnstrueerd. In deze arresten is een lijn te ontdekken die aansluiting vindt bij het arrest van de Hoge Raad van 24 juni 1994 - NJ 1995, 137. In dit artikel wordt ingegaan op voormelde arresten en op de regels die daaruit voortvloeien.

Hoge Raad 7 december 2007, LJN BB5625

In dit arrest gaat het om een werknemer van Shell Solar Energy BV, die onder andere tot taak had om kitspuiten uit een magazijn te halen. Deze kitspuiten lagen in dozen die op pallets waren gestapeld in het magazijn. In het magazijn was een verplaatsbare trap met vijf treden aanwezig, die was voorzien van een stabilisatievoet met antisliprubbers en een leuning. In cassatie staat vast dat deze trap geschikt was om de dozen mee van de pallets te pakken. Het ging echter mis en er vond een ongeval plaats, waarvan de toedracht volgens de werknemer de volgende was - Shell betwistte de toedracht van het ongeval.

Mevrouw mr.
P. Oskam
Kennedy Van der
Laan Advocaten



Om onduidelijke redenen gebruikte de werknemer voor het pakken van een doos niet de zojuist beschreven trap, maar een ander trapje met minder treden, dat hij kennelijk uit het nabij het magazijn gelegen snijhok had gepakt. Dit trapje was zo laag, dat de werknemer de gewilde doos met twee handen boven zijn hoofd moest vastpakken en daardoor niet zag dat op de doos nog een andere doos lag. Laatstgenoemde doos viel. De werknemer verloor zijn evenwicht, stapte ongelukkig van het trapje af en kwam ten val met knieletsel als gevolg. De werknemer stelde Shell aansprakelijk.

De kantonrechter nam aansprakelijkheid van de werkgever aan, omdat er naar zijn oordeel sprake was van een “minstens latent” aanwezige onveilige werksituatie. Shell had de werknemer moeten wijzen op de risico's van het gebruik van de kleinere trap en instructies moeten verstreken.

Het hof dacht daar anders over en wees de vordering van de werknemer alsnog af. Het hof overwoog dat de werknemer ermee bekend was dat zich in het magazijn een deugdelijke trap bevond. Bovendien geldt in het algemeen dat het pakken van een doos een alledaagse handeling betreft die ook in de huiselijke sfeer plaatsvindt. Voor dit soort werkzaamheden hoeft de werkgever geen instructies te geven. Het hof voegde daaraan toe: *“Van een werknemer mag een minimale voorzichtigheid worden verlangd in min of meer dagelijks voorkomende situaties die een beperkt risico inhouden. Dat geldt zeker (ook) in situaties waarvan niet gezegd kan worden dat ze specifiek werkgerelateerd zijn, doordat ze zich niet wezenlijk onderscheiden van situaties, die zich in het normale dagelijks leven veelvuldig voordoen, zoals het klimmen op een (huishoud)trap om iets aan te pakken, het hanteren van gewone messen of ander eenvoudig gereedschap, het openen van flessen of blikjes dan wel het lopen over minder stabiele ondergrond.”*

De Hoge Raad laat het oordeel van het hof in stand en overweegt daarbij expliciet dat het ongeval - uitgaande van de door de werknemer gestelde toedracht - niet heeft plaatsgevonden in een werkomgeving, of tijdens werkzaamheden die zodanige risico's opleveren dat Shell, behalve het ter beschikking stellen van de voornoemde deugdelijke trap, verder nog maatregelen had moeten treffen.

Hof Amsterdam 19 juli 2007, LJN BB6134

De ladder die werkgever Kouwenhoven in deze zaak aan zijn werknemer ter beschikking stelde was, net als het trapje in de vorige casus, “deugdelijk”. De loodgieter diende de werkzaamheden te verrichten aan het dak van een woning en gebruikte daarbij een tweedelige uitschuifbare ladder, voorzien van antisliprubbers en stabilisatievoet. De loodgieter demonteerde de ladder en gebruikte het onderste deel (het deel met de stabilisatievoet) om van de begane grond op het balkon van de woning te klimmen. Het bovenste deel van de ladder zette hij op het balkon. Bij de klim naar het dak gleed de ladder onder de loodgieter weg, zodat de loodgieter ten val kwam en letsel opliep. De loodgieter stelde zijn werkgever aansprakelijk, stellende dat hem niet het juiste materiaal ter beschikking was gesteld, dat de werkgever ten onrechte geen collega had meegestuurd naar de klus en dat geen instructies waren gegeven omtrent het juiste gebruik van de materialen. De kantonrechter oordeelde dat voor werkzaamheden als deze het gebruik van een hoogwerker of ander steigerma-

teriaal niet was voorgeschreven, dat de ladder deugdelijk was en dat de werkgever van het gebruik van de ladder geen gevaar te duchten had. De vordering werd afgewezen. Het Hof Amsterdam bekrachtigt het vonnis van de kantonrechter. De ladder was, zo overweegt het hof, deugdelijk en niet gebrekkig en voldeed aan de meest recente arbo-eisen. Voor dit soort kortdurende, incidentele werkzaamheden is het verrichten van werkzaamheden vanaf ladders toegestaan. De werkzaamheden konden daarom met deze ladder op veilige wijze worden verricht, zodat de werkgever aan zijn zorgverplichting heeft voldaan. Het hof overweegt nog dat de loodgieter, gezien zijn werkervaring met name ook met dit soort werkzaamheden, in staat mocht worden geacht om zelf de noodzakelijke veiligheidsmaatregelen te treffen. Van de loodgieter mocht worden verwacht dat hij op zodanige wijze gebruik zou maken van de ladder dat de door de stabilisatievoet en antisliprubbers geboden veiligheid in acht werd genomen.

Hoge Raad 16 maart 2007, LJN AZ6718

Ook in deze zaak - die de Hoge Raad afdeed op grond van art. 81 van de Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO) - gaat het om een trapje, al kunnen we hier beter spreken van de afwezigheid daarvan. (Art. 81 Wet RO houdt in dat, indien de Hoge Raad oordeelt dat een aangevoerde klacht niet tot cassatie kan leiden en niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechts-eenheid of de rechtsontwikkeling, hij zich bij de vermelding van de gronden van zijn beslissing kan beperken tot dit oordeel.)

Een productmanager, in dienst van een softwareleverancier, diende tijdens een workshop in een (sport)zalencomplex software te demonstreren aan potentiële klanten. De sportzaal waarin de workshop moest plaatsvinden was door middel van verplaatsbare scheidingswanden in kleinere ruimtes onderverdeeld. De productmanager had de ruimte een dag voor de workshop bekeken. Vervolgens was hij naar het hoofdkantoor van de werkgever gegaan om daar decoratiemateriaal voor de stand op te halen. Hij vroeg toen ook om een huishoudtrap, maar die was niet voorhanden. Wel kreeg de productmanager ingelijste en uitrolbare posters mee. Op de dag dat de workshop moest plaatsvinden, leende de werknemer van het zalencomplex een enkelvoudige ladder met oranje knoppen aan het uiteinde. Tijdens het ophangen van een poster aan een balk gleed de ladder weg op de gladde vloer. De werknemer kwam ten val en liep letsel op. De kantonrechter wees de vordering van de werknemer toe en achtte de werkgever aansprakelijk, omdat de werkgever, door niet door middel van veiligheidsmaatregelen of veiligheidsinstructies te voorkomen dat een valpartij kon ontstaan of de kans daarop te verkleinen, zijn zorgplicht had geschonden.

Het hof bekrachtigde dit in hoger beroep. Het verweer van de werkgever, dat de werknemer niet in de uitoefening van zijn werkzaamheden zou hebben gehandeld werd verworpen, omdat het zozeer in de lijn der verwachting lag van de taak van de werknemer en de van hem te verwachten flexibiliteit en inventiviteit dat hij de ter beschikking gestelde posters zou ophangen dat dit tot de uitoefening van de werkzaamheden gerekend diende te worden. Dat de werknemer hierbij wel eens een huishoudtrap nodig zou kunnen hebben, werd door het hof niet zó onwaarschijnlijk geacht dat de werkgever daarmee in redelijkheid geen rekening hoefde te houden. *“Vanwege de beperkte kosten van de aanschaf van een huishoudtrap, afgezet tegen de potentieel ernstige gevolgen van het gebruik van voor het beoogde doel of de gegeven situatie ongeschikt klimmaterieel, is [de werkgever] tekortgeschoten in de op haar rustende zorgplicht door niet samen met de posters een huishoudtrap ter beschikking te stellen.”* Het hof voegde hier nog aan toe: *“Wanneer [de werkgever] een huishoudtrap ter beschikking zou hebben gesteld, behoeft zij niet bedacht te zijn op het gebruik van een ladder of ander onveilig klimmaterieel.”*

Hoge Raad 24 juni 1994, NJ 1995, 137

Alvorens hierna enkele opmerkingen te maken over de hiervoor besproken arresten acht ik het aardig om het onder het oude recht gewezen arrest van de Hoge Raad van 24 juni 1994 kort in herinnering te roepen. Ook hier ging het om een werknemer die bij zijn werkzaamheden gebruik maakte van een ladder.

De werknemer was aan het werk in het ruim van een schip, waaraan in opdracht van een derde door de werkgever werkzaamheden werden verricht. Op een gegeven moment wilde hij, terwijl hij een pijp vervoerde, dit ruim verlaten. Hij beklom daarvoor een niet verankerde aluminium ladder. Deze gleed onder de werknemer weg, met een valpartij en schade als gevolg. In het ruim bevond zich, behalve de aluminium ladder, ook een vaste ruimtoegang alsmede een andere, langere, vaststaande ladder. Laatstbedoelde ladder werd op het moment dat de werknemer het ruim wilde verlaten echter gebruikt of geblokkeerd door andere werklieden.

Zowel de kantonrechter als de rechtbank - van een vonnis van de kantonrechter diende onder het oude procesrecht in beroep te worden gekomen bij de rechtbank - oordeelden dat niet gezegd kon worden dat de werkgever in zijn zorgverplichting was tekort geschoten. De veilige uitgang uit het ruim, in de vorm van de hiervoor beschreven vaststaande ladder, was speciaal voor de werkzaamheden in het ruim aangebracht. De rechtbank overwoog in hoger beroep: *“Indien een werknemer verkiest om in plaats van via de veilige weg, via een andere, voor hem als ervaren kracht onmiskenbaar onveilige weg het ruim te verlaten, dan is dit een handelwijze die voor zijn eigen verantwoordelijk-*

heid komt.” Van belang was nog dat de werkgever niet op de hoogte was van de aluminium ladder in het ruim.

In cassatie hield het oordeel van kantonrechter en rechtbank stand. De Hoge Raad overwoog dat omdat voor de werknemer een veilige, verankerde ladder ter beschikking stond, de enkele aanwezigheid van een andere ladder die niet geschikt en bestemd was om daarmee het ruim te verlaten, niet meebrengt dat de werkgever in zijn zorgplicht is tekortgeschoten.

Commentaar

Op grond van art. 7:658 BW is de werkgever verplicht om de lokalen, de werktuigen en de gereedschappen waarin of waarmee hij de arbeid laat verrichten, veilig in te richten en te onderhouden. De werkgever dient zodanige maatregelen te treffen en aanwijzingen te verstrekken als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt. Komt de werkgever deze verplichtingen niet na, dan is hij aansprakelijk voor de schade die de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt.

Art. 7:658 BW behelst geen absolute waarborg voor de werknemer, zo is reeds diverse malen in de rechtspraak aan de orde geweest. Eveneens komt uit de rechtspraak naar voren dat de werkgever niet voor ieder mogelijk gevaar, hoe klein ook, verregaande instructies hoeft te verstrekken. Of veiligheidsmaatregelen moeten worden getroffen en of instructies noodzakelijk zijn, is afhankelijk van de aard van de werkzaamheden, waarbij de omvang van de kans op ongevallen dient te worden betrokken. Ook de aard van het ongeval is van belang. De verplichting om aanwijzingen te geven gaat niet zo ver dat voor elke mogelijk te verrichten handeling gedetailleerde voorschriften moeten worden gegeven - Hoge Raad 12 september 2003, NJ 2004, 177 (Peters/Hofkens).

In de hier besproken arresten wordt de geldende jurisprudentie bevestigd: aan de zorgplicht van de werkgever zit een grens. In de zaken waarover de rechter op 7 december 2007 en 19 juli 2007 oordeelde, ging het om een werkgever die een deugdelijke trap of ladder aan de werknemer ter beschikking stelde. Niettemin pakte de ene werknemer een ander trapje om zijn werkzaamheden uit te voeren en gebruikte de andere werknemer de ladder op een onveilige manier. Een soortgelijke situatie deed zich voor in de zaak waarover de Hoge Raad in 1994 oordeelde: er was een goede ladder, maar de werknemer gebruikte een andere. In deze drie zaken oordeelt de rechter - kort gezegd - dat de werkgever niet verder hoeft te gaan dan het ter beschikking stellen van een goede trap, of, meer in het algemeen, een veilig gereedschap. Uit de arresten kan worden afgeleid dat de werkgever daarnaast niet voor ieder mogelijk gevaar (de werknemer pakt toch een ander gereedschap, of de ervaren werknemer die weet of moet weten hoe het

gereedschap op een veilige manier moet worden gebruikt hanteert toch een onveilige methode) behoeft te waar- schuwen. Met andere woorden: de werkgever hoeft niet elke denkbare situatie te onderkennen en daarvoor speci- fieke maatregelen te treffen.

Hoewel de situatie in de zaak waarin op 16 maart 2007 arrest werd gewezen de tegenovergestelde was - de werk- nemer had juist geen trapje van de werkgever gekregen, terwijl dit wel aangewezen was - wordt het bovenstaande ook in dat arrest bevestigd. De rechtbank overwoog in die zaak namelijk dat, wanneer de werkgever wel een huis- houdtrap ter beschikking had gesteld, zij niet bedacht had hoeven zijn op het gebruik van een ladder of ander onvei- lig klimmaterieel.

De vraag die in het arrest van 7 december 2007 (en ook in dat van 24 juni 1994) aan de orde was, kan ook beant- woord worden aan de hand van het uit de rechtspraak van de Hoge Raad - zie met name Hoge Raad 4 oktober 2002, NJ 2004, 175 (Laudy/Fair Play) - voortvloeiende criterium dat voor werkzaamheden, die niet afwijken van in de thuissituatie regelmatig voorkomende werkzaamheden, en waarvoor (buiten de normale voorzichtigheid) geen bij- zondere aandacht, concentratie en/of kennis vereist is, geen aparte instructies noodzakelijk zijn. Het beklimmen van een vaste ladder (bijvoorbeeld naar een dakterras) of een huishoudtrapje zal immers ook in de thuissituatie regelmatig voorkomen. In de zaak die leidde tot het arrest van de Hoge Raad van 7 december 2007 sloot het hof bij voornoemd criterium aan en oordeelde: *“Het pakken van een doos met inhoud boven reikhoogte met behulp van een kleine trap betreft een alledaagse handeling die naar mag worden aangenomen ook vele malen in de huiselijke sfeer plaatsvindt. Een (nadere) instructie van de werkgever hoe een doos, beperkt van omvang en gewicht, van een stapel te pakken met behulp van een daartoe geëigende trap is der- halve redelijkerwijs niet noodzakelijk te achten.”*

Iets dergelijks kan ook gesteld worden over het ophangen van een poster (zoals in het arrest van 16 maart 2007 aan de orde was). Betoogd kan worden dat het ophangen van

een poster (of een schilderij) eveneens een bezigheid betreft die ook in de huiselijke sfeer voorkomt, zodat niet snel tot werkgeversaansprakelijkheid (in verband met een gebrek aan instructies) moet worden geconcludeerd. De concrete omstandigheden kunnen dit anders maken. Is de werkgever bijvoorbeeld bekend met bepaalde risico's, zoals de afwezigheid van adequaat materiaal, dan zal sneller tot aansprakelijkheid worden geconcludeerd. Zo maakte het in deze zaak verschil dat de werknemer expliciet had *gevraagd* om een huishoudtrapje. Het was de werkgever daarom bekend (althans: had hem bekend moeten zijn) dat de werknemer een trapje wilde gebruiken. Door dit trapje vervolgens niet ter beschikking te stellen en even- min andere instructies te geven, maakte de werkgever dat de werknemer bij het veilig verrichten van zijn werkzaam- heden afhankelijk werd van anderen, en schond hij zijn zorgplicht.

Het arrest van 19 juli 2007 valt naar mijn mening minder goed in de thuissituatie te plaatsen, nu daar een tweedelige aluminiumladder aan de orde was die minder vaak in de thuissituatie zal worden gebruikt, en waaraan grotere risi- co's verbonden lijken te zijn dan aan een huishoudtrapje (met 'steunbeugel').

Met bovengenoemde arresten kan een zekere lijn in de rechtspraak worden geconstateerd die luidt *'het ter beschikken van deugdelijk materiaal en het geven van de instructie om daarmee te werken is voldoende, en daarnaast hoeft de werkgever niet steeds de mogelijkheid te onderken- nen dat de werknemer tóch naar een ander gereedschap grijpt of het ter beschikking gestelde materiaal op onveilige wijze gebruikt'*. De arresten van 16 maart 2007 (poster), 7 december 2007 (huishoudtrapje) en 24 juni 1994 (vaste ladder) sluiten daarnaast aan bij de jurisprudentie over huis-tuin-en-keukensituaties op de werkvloer. Het zal echter toch steeds weer van de concrete, op de casus toe- gespitste omstandigheden afhangen of de werkgever ver- genoeg is gegaan.

Opnieuw onzeker causaal verband en omkeringsregel bij medische aansprakelijkheid

HR 7 december 2007, LJN BB3670

Heeft de medische aansprakelijkheid een status aparte binnen het aansprakelijkheidsrecht of niet? Hartlief heeft die vraag ontkennend beantwoord in zijn preadvies voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht van 20 april 2007. Bij diezelfde gelegenheid gaf hij aan dat het medisch aansprakelijkheidsrecht wel een proeftuin van het aansprakelijkheidsrecht kan worden genoemd. Bovenstaand arrest maakt - zeker na lezing van de conclusie van A-G Spier - duidelijk dat deze proeftuin een doolhof lijkt te zijn geworden. In ieder geval waar het de bewijslastverdeling over het causaal verband betreft. In dit artikel schets ik allereerst de casus en de uitkomst van de procedure in de feitelijke instanties. Vervolgens bespreek ik het arrest. Daarna doe ik een poging het arrest te plaatsen binnen de problematiek van een onzeker causaal verband. De belangrijkste conclusies zijn dat de Hoge Raad de belangrijkste rechtsregel uit het Seresta-arrest - HR 19 maart 2004, NJ 2004, 307 - nuanceert en dat het tijd wordt om bij medische aansprakelijkheid (opnieuw) serieus werk te maken van het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid.

Feiten

Eiseres is op 2 augustus 1994 om 22:00 uur na een zwangerschap van 41 weken opgenomen in het Medisch Centrum Leeuwarden (MCL). Zij is ongeveer drie kwartier later aangesloten aan een cardiocogram (CTG). De verpleegkundige vond dat het CTG een afwijkend beeld vertoonde en waarschuwde de dienstdoend gynaecoloog. Deze achtte het CTG echter niet abnormaal. Om 2:30 was wat hem betreft sprake van een matig CTG. Hij brak de vliezen, waarbij vers meconiumhoudend vruchtwater afliep. Om 4:16 uur was sprake van 7 cm ontsluiting en een 'strak' CTG. Om 7:00 uur, bij een ontsluiting van 8 cm, verzocht hij eiseres te persen. Er was echter geen persdrang. De gynaecoloog droeg zijn dienst kort na 7:00 uur over aan een collega, die omstreeks 7:45 uur een kunstverlossing door middel van een vacuümpomp uitvoerde. Deze mislukte. Er was sprake van dik meconiumhoudend vruchtwater en een zeer strak CTG. Er is een spoedkeizersnede uitgevoerd, waarna de baby - een zoon - werd geboren. Na de baring kwam de ademhaling van de zoon traag op gang en er bleek sprake van vochtophoping in de hersenen en ernstige neurologische symptomen tengevolge van ernstige perinatale asfyxie. De zoon van eiseres is ernstig lichamelijk en geestelijk gehandicapt en volledig hulpbehoevend. In opdracht van de verzekeraar van MCL is prof. A. C. Drogendijk gevraagd voor een partij-expertise. Hij schreef:

Mr. A. H. Blok
KBS Advocaten



“De ernstige CTG-afwijkingen vanaf vroeg in de ontsluitingsfase, namelijk te geringe variaties, ontbreken van acceleraties, aanwezige deceleraties en dat in combinatie met dik meconium, zijn zo sterke aanwijzingen voor ernstige intra-uteriene asfyxie dat reeds vroeg in de ontsluitingsfase beëindiging van de baring d.m.v. een sectio caesarea aangewezen was. Of zulk vroeg uitvoeren van een sectio caesarea had betekend dat het kind in betere conditie geboren zou zijn, valt bepaald niet met zekerheid te zeggen daar waarschijnlijk reeds bij het begin van de partus een ernstige asfyxie bestond die ook toen al vermoedelijk enige tijd aanwezig was. Dat neemt niet weg dat veel eerder een sectio caesarea had moeten worden uitgevoerd.” en “Op grond van deze literatuurgegevens moet de vraag hoe groot de kans zou zijn dat [de zoon] ook met enig letsel ter wereld zou zijn gekomen indien reeds in het begin van de baring een sectio caesarea was uitgevoerd, beantwoord worden met: meer dan 50%.”

Eiseres heeft vervolgens een partij-expertise laten plaatsvinden door prof. Treffers. Deze schrijft: *“Wanneer aan begin van de ontsluiting een sectio zou zijn uitgevoerd, dus bijvoorbeeld om 1:00 of 2:00 uur zou de kans op cerebrale schade voor [de zoon] aanzienlijk kleiner zijn geweest. Omdat we niet precies weten wanneer de foetale nood die leidde tot het slechte CTG is begonnen blijft hierin een onzekere factor. Echter: het CTG is in de loop van de baring nog verslechterd (bijvoorbeeld de basale hartfrequentie en de deceleraties). Daaruit mogen we afleiden dat een vroegtijdige sectio naar alle waarschijnlijkheid een aanzienlijk beter resultaat zou hebben opgeleverd. Exacte percentages zijn niet te geven. Als er ook bij een vroegtijdige sectio cerebrale schade zou zijn opgetreden zou die naar alle waarschijnlijkheid veel geringer zijn geweest. Ook hier geen percentage.”*

Procedure

Rechtbank

De rechtbank nam aansprakelijkheid aan voor het handelen van de eerst dienstdoend gynaecoloog. Er is te laat overgegaan tot het uitvoeren van een keizersnede, zoals overigens ook door MCL was erkend. De rechtbank ziet zich vervolgens gesteld voor de vraag of er causaal verband bestaat tussen het te laat uitvoeren van de keizersnede en het bij de zoon van eiseres opgetreden hersenletsel. Dit kan, blijkens de rapportages van Drogendijk en Treffers, immers ook geheel of gedeeltelijk zijn ontstaan door een voor of bij het begin van de baring bestaand zuurstoftekort, terwijl nog geen indicatie bestond voor het uitvoeren van een keizersnede. De rechtbank was van mening dat eiseres niet aannemelijk heeft gemaakt dat het gevaar waartegen de norm 'gij zult tijdig een keizersnede uitvoeren' bescherming beoogde te bieden zich ook in dit geval heeft verwezenlijkt. Het beroep van eiseres op de omkeringsregel werd daarmee verworpen. De rechtbank meende niet toe te kunnen komen aan een 'proportionele benadering'. In dat kader diende eiseres immers - eveneens - te bewijzen dat überhaupt enige kans op een beter behandelresultaat verloren was gegaan door het niet-eerder uitvoeren van een keizersnede. Daarvoor achtte de rechtbank nadere bewijslevering noodzakelijk.

Hof

Eiseres wilde een nieuwe deskundigenrapportage niet afwachten en stelde tussentijds hoger beroep in. Het Hof Leeuwarden kwam onder verwijzing naar het arrest HR 19 maart 2004, NJ 2004, 307 tot het oordeel dat aan toepassing van de omkeringsregel niet kan worden toegekomen omdat de aansprakelijkheid van de gynaecoloog slechts is gebaseerd op (een nadere invulling van) de algemene zorgvuldigheidsnorm van art. 7:453 BW. Het hof meende geen bewijsvermoeden te kunnen toepassen omdat de rapportages van Drogendijk en Treffers beide de mogelijkheid open lieten dat de zoon van eiseres ook hersenletsel zou hebben gehad indien wel eerder een keizersnede was uitgevoerd. Ook het hof was van mening dat nader deskundigenonderzoek noodzakelijk was, bekrachtigde het vonnis van de rechtbank en verwees de procedure terug naar de rechtbank.

A-G Spier

Spier begint zijn beschouwing onder de titel: "*een opeenstapeling van misverstanden*." De zaak is wat hem betreft op een geheel verkeerd spoor gekomen. Gelet op de rapportages van zowel Drogendijk als Treffers staat wat hem betreft vast dat het niet-eerder uitvoeren van de keizersnede hoe dan ook tot verergering van het hersenletsel van de baby heeft geleid. Daarmee, meent Spier, staat het *condicio sine qua non* verband boven redelijke twijfel vast. De discussie over de omkeringsregel en/of een omkering van de bewijslast op andere gronden acht hij daarom misplaatst. Ook een proportionele benadering acht Spier niet juist. Daaraan kan wat hem betreft pas worden toegekomen als de schade vaststaat maar onzekerheid bestaat

over de vraag of deze tot één of meer bepaalde oorzaken valt te herleiden. Spier meent dat de onzekerheid in casu niet ligt bij de oorzaak van het letsel, maar in de omvang van de schade. Pas als onzeker zou zijn of een eerdere keizersnede daadwerkelijk tot een minder erg letsel zou hebben gelet, zou - subsidiair - nog een vorm van proportionaliteit kunnen worden toegepast. Eiseres' beroep op de omkeringsregel acht Spier minder vruchtbaar. Het pleidooi voor volledige schadevergoeding acht hij "*wel heel erg optimistisch*." Het - opnieuw tussentijds - cassatieberoep zou daarmee falen bij gebrek aan feitelijke grondslag. Dat laat onverlet dat Spier meent dat de rechtsklacht van het cassatiemiddel dient te slagen en het Hof ten onrechte niet de omkeringsregel heeft toegepast. De algemene norm van art. 7:453 BW moet en kan naar de mening van Spier in casu nader worden ingevuld door a) de rapportages van Drogendijk en Treffers, b) het oordeel van de tuchtrechter (dat de eerste gynaecoloog een waarschuwing heeft opgelegd) en c) een patiëntenfolder van de Nederlandse Vereniging voor Obstetrie van Gynaecologie (NVOG). In deze folder wordt als meest voorkomende reden voor het uitvoeren van een keizersnede genoemd het niet vorderen van een bevalling en/of dreigend zuurstofgebrek van het kind.

Hoge Raad

De Hoge Raad meent dat eiseres voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de door de gynaecoloog geschonden norm ("*het zo spoedig mogelijk uitvoeren van de onder de omstandigheden meest geïndiceerde ingreep*"), zijnde een spoedsectio, (HB) er specifiek toe strekte zoveel mogelijk te voorkomen dat het gevaar dat het ongeboren kind hersenletsel oploopt, zich zou verwezenlijken én dat dit gevaar zich in casu ook feitelijk heeft verwezenlijkt. De Hoge Raad verwijst daarbij uitdrukkelijk naar de rapportages van Drogendijk en Treffers. Dat een keizersnede ook om een veelheid aan andere redenen geïndiceerd kan zijn, doet daaraan niet af. De zaak wordt verwezen naar het Gerechtshof Arnhem.

Beschouwing

Het causaal verband bij medische aansprakelijkheid vraagt een andere aanpak dan bij andere aansprakelijkheden. De patiënt gaat immers vaak reeds ziek het ziekenhuis in. Dat roept vrijwel altijd de vraag op of een bepaald letsel het gevolg is van de primaire aandoening of van eventueel onzorgvuldig handelen. In de rechtspraak zijn vier instrumenten ontwikkeld om de onduidelijkheid op te lossen of een bepaald letsel al dan niet door onzorgvuldig handelen van de arts is veroorzaakt en/of daaraan geheel of gedeeltelijk is toe te rekenen. Het betreft:

1. de verzwaarde stelplicht;
 2. het informatie- en toestemmingsvereiste (*informed consent*);
 3. de omkeringsregel;
 4. proportionele aansprakelijkheid, zowel omvattend de kansschade als de veroorzakingswaarschijnlijkheid.
- Deze instrumenten hebben geen duidelijk te onderscheiden toepassingsgebied. Zij kunnen in theorie naast elkaar

worden toegepast, maar in feite moet bij het begin van de procedure een keuze worden gemaakt. Het is daarbij lang niet altijd evident welke keuze voordelig en/of rechtens juist is en daarbij vallen moeilijk voorspellingen te doen. Spiers verzuchting dat partijen, rechtbank en hof zich hebben overgegeven aan misverstanden, illustreert de processuele onzekerheid op dit terrein, zeker als blijkt dat zijn eigen poging om de zaak op het wat hem betreft rechte spoor te brengen door de Hoge Raad niet wordt overgenomen. Deze onzekerheid blijkt ook wanneer het arrest in verband wordt gebracht met enkele andere recente uitspraken. Een korte tour d'horizon.

Ad 1: verzwaarde stelplicht: De verzwaarde stelplicht geldt niet alleen voor de vraag of al dan niet onzorgvuldig is gehandeld, maar ook voor het causaal verband. In rov. 3.3 van het arrest van 19 maart 2004 heeft de Hoge Raad overwogen: “Op een arts die het causaal verband tussen de fout en de schade betwist, rust een informatieplicht die meebrengt dat van hem mag worden verlangd dat hij ter motivering van zijn betwisting aan de patiënt de gegevens verschafft waarover hij als arts de beschikking heeft of kan hebben.”

Het recente arrest van 20 april 2007, NJ 2007, 335 had betrekking op zenuwletsel van de arm. Dit letsel zou in theorie kunnen zijn veroorzaakt door een onjuiste positionering tijdens de ingreep. Het kon echter ook een veelheid aan andere oorzaken hebben. De positie van de patiënt tijdens de ingreep was niet in de status vermeld. De arts had in een aanvullende verklaring echter uitgebreid beschreven hoe de ingreep normaliter werd uitgevoerd. Daarmee had hij naar de mening van de Hoge Raad voldaan aan zijn verzwaarde stelplicht. De vraag ‘waardoor’ het letsel in concreto was ontstaan bleef daarmee onbeantwoord. Ook in deze zaak van het MCL was de status onvolledig en waren bovendien de CTG's zoekgeraakt. Dat is ernstig, want vermoedelijk konden slechts de CTG's nadere duidelijkheid verschaffen over de vraag op welk eerder moment een keizersnede had moeten worden uitgevoerd.

Onder verwijzing naar HR 22 april 2004, NJ 2004, 422 heeft het Hof Leeuwarden overigens met recht de stelling van eiseres verworpen dat ook om die reden de omkeringsregel zou moeten toegepast. Hoe zou de procedure zijn verlopen indien de zaak wat dat betreft in de sleutel van de verzwaarde stelplicht zou zijn gezet? Rechtbank Arnhem 7 juli 2004, LJV AQ5085 draaide in een vergelijkbare casus - baring met foetale nood - om die reden de bewijslast om.

Ad 2 informed consent: In zijn arresten van 21 november 2001, NJ 2002, 386 en 387 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een schending van het *informed consent* vereiste niet tot toepassing van de omkeringsregel mag leiden. Dit oordeel is ondanks kritiek in de literatuur onverkort herhaald in het arrest van 29 september 2006, RvdW 2006, 909.

Op 19 december 2007 achtte het Hof Leeuwarden - LJV BC1632 - die arresten ook van toepassing op een experi-

mentele medische behandeling. Laatstgenoemde uitspraak is ook relevant in verband met de recente ophef over een experimentele behandeling van alveoleklierontsteking met probiotica in het Universitair Medisch Centrum Utrecht.

Ad 3 omkeringsregel: In zijn arrest van 19 maart 2004 overwoog de Hoge Raad in een doelbewust obiter dictum dat bij beroepsfouten van een arts veelal slechts sprake zal zijn van een schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm van art. 7:453 BW. Hij overwoog uitdrukkelijk dat in die gevallen geen plaats is voor toepassing van de omkeringsregel. Daarbij noemde hij de mogelijkheid om in plaats daarvan een feitelijk vermoeden toe te passen (ook wel genoemd de zogenoemde onzuivere omkering van de bewijslast) en wees hij op het belang van de verzwaarde stelplicht. Onder verwijzing naar het protocolle-narrst van 2 maart 2001, NJ 2001, 649 (ook een zaak van MCL) wees hij echter tevens op het mogelijk bestaan van normen die een patiënt tegen een specifiek gevaar beogen te bescherming, waarbij bij wijze van voorbeeld werd gewezen op protocollen - Vgl. ook het 2e protocolle-narrst HR 1 april 2005, NJ 2006, 377.

De praktijk is met name aan de slag gegaan met de openingszin van het obiter dictum, daarbij vermoedelijk geïnspireerd door de instemmende noot van Asser (die overigens geen deel uitmaakte van de kamer van het onderhavige arrest). Bij gebreke van een specifieke zorgvuldigheidsnorm werd toepassing van de omkeringsregel onvoorwaardelijk van de hand gewezen. Zie onder meer: Rechtbank Roermond 20 april 2005, JA 2005; 43; Hof Leeuwarden 20 november 2002; LJV AF0928 ook over opnieuw een bevalling met foetale nood, gevolgd door HR 9 juli 2004, LJV AO7190, waarin tegen de toepassing van de omkeringsregel als zodanig niet werd opgekomen; en - één dag na het arrest van de Hoge Raad - zeer recent nog Hof Den Haag 18 december 2007, LJV BC1132.

Daarnaast zijn er vele ongepubliceerde identieke uitspraken, alleen al bij mijn kantoor.

In de literatuur werd die regel, althans een strikte interpretatie daarvan bekritiseerd, met name door Klaassen - JBPR 2004, 24 en JBPR 2005, 19.

Zij achtte het, kort gezegd, onjuist om een specifieke norm te vereisen. Ook bij een algemene norm als art. 6:162 of 7:453 BW zou de omkeringsregel van toepassing moeten kunnen zijn, mits deze norm maar zou beschermen tegen een voldoende specifiek gevaar en dat gevaar zich ook heeft verwezenlijkt. Zij wees daarbij - evenals Spier in zijn conclusie voor het onderhavige arrest - op diverse arresten waarin de omkeringsregel werd toegepast bij de algemene normen van art. 8 WvW, art. 19 RvV en art. 6:162 BW. Klaassen voerde een pleidooi voor het nader kunnen invullen van een algemene norm. Die manoeuvre was reeds eerder toegepast door het Hof Amsterdam in zijn arrest van 2 maart 2006, LJV AX3550. Ook die zaak betrof een moeilijke bevalling, ditmaal in combinatie met een onzorgvuldig uitgevoerde tangverlossing. Het Hof Amsterdam meende, anders dan het Hof Leeuwarden in deze zaak, dat uit het arrest van 19 maart 2004, NJ 2004, 307 niet viel af te leiden dat slechts een protocol specifieke

normen zou kunnen verschaffen. Dat blijkt nu een juiste constatering. De Hoge Raad volgt nu de lijn van Klaassen en het Hof Amsterdam.

Het oordeel van de Hoge Raad past op zichzelf in het geheel van de jurisprudentie over de omkeringsregel. Het doet voor de praktijk van het medisch aansprakelijkheidsrecht echter de onzekerheid herleven die de omkeringsregel in het algemeen met zich brengt. Spier merkt in zijn conclusie met recht op dat 'met enig knutselwerk en creativiteit' altijd wel een specifieke norm valt te construeren. Dat zou toch niet zo moeten kunnen zijn. Eén van de winstpunten van het arrest van 19 maart 2004 was wat mij betreft nu juist dat de procespartijen extra werden geprikkeld om op zoek te gaan naar specifieke normen, gedragslijnen, opvattingen in de medische literatuur en dergelijke. Het is dan ook teleurstellend dat de inhoud van de patiëntenfolder van de NVOG volgens Spier in casu nauwelijks onderwerp van debat is geweest, laat staan dat kennelijk onderzoek is verricht naar de wetenschappelijke opvattingen die aan deze folder ten grondslag lagen. Ook na deze uitspraak lijkt het mij van groot belang om bij medische aansprakelijkheidszaken kritisch te zijn ten aanzien van het specificiteitsvereiste. De Hoge Raad verwijst niet voor niets uitdrukkelijk naar de - moeilijk voor misverstand vatbare - rapportages van Drogendijk en Treffers. Het medisch aansprakelijkheidsrecht mag wat dat betreft van mij zijn status aparte behouden.

Ad 4 proportionele aansprakelijkheid: Betekent het onderhavige arrest nu dat eiseres volledige schadevergoeding verkrijgt voor al het letsel van haar zoon? Dat ligt, gelet op hetgeen Drogendijk en Treffers daarover stellen, niet voor de hand. Het zou ook onjuist zijn, omdat de omkeringsregel slechts ziet op het condicio sine qua non-verband. De Hoge Raad volgt Spier niet in zijn primaire betoog dat het condicio sine qua non verband in dit geval reeds vaststond. Hoe zal de verwijzingsrechter echter moeten omgaan met de sterke aanwijzingen dat ook bij wegdenken van het onzorgvuldig handelen van de gynaecoloog sprake zou zijn geweest van hersenletsel? Dan gaan de gedachten al snel richting de zg. proportionele aansprakelijkheid.

In een uitgebreid artikel in het NJB van 1 juni 2007 onderscheidt Klaassen twee vormen van proportionaliteit.

De eerste betreft de leer van het verlies van een kans. Daarbij wordt bij de schadebegroting in het kader van art. 6:97 BW gedifferentieerd naar verschillende oorzaken. Die benadering is reeds lang bekend uit het bekende Baby Ruth-arrest, Hof Amsterdam 4 januari 1996, NJ 1997, 213. De tweede vorm betreft de toerekening naar veroorzakingswaarschijnlijkheid, zoals erkend uit het arrest Eternit/Karamus van 31 maart 2006, RvdW 2006, 328. Beide vormen kunnen bij medische aansprakelijkheid aan de orde komen, zoals blijkt uit een vonnis van de Rechtbank Haarlem van 1 maart 2006, JA 2006, 66 (RKZ/S). Daarin werd een patiënt na een val in het ziekenhuis opgenomen, waarbij onvoldoende onderzoek werd gedaan naar een mogelijke beschadiging van het ruggenmerg. Uit een deskundigenrapport bleek dat er een significante kans bestond (60-70%) dat reeds bij binnenkomst sprake was van ruggenmergletsel. De onjuiste behandeling heeft echter tevens geleid tot het verlies van een significante kans op een beter behandelresultaat (50-60%). De rechtbank verwierp het beroep van de benadeelde op de omkeringsregel. De rechtbank achtte RKZ aansprakelijk voor 70% van de schade. Een dergelijke benadering lijkt mij ook in casu juist. Een nader deskundigenbericht zal, 7 jaar later, hopelijk meer duidelijkheid kunnen verschaffen over de daarbij toepasselijke kansen en percentages. Het zal daarbij overigens met name moeten gaan om een kinderneurologisch onderzoek - Vgl. Rechtbank Amsterdam 1 augustus 2007, LJN BB3691.

Conclusie

De medische aansprakelijkheid lijkt zijn status aparte op het terrein van de omkeringsregel formeel kwijt. De omkeringsregel geldt op dat terrein als overal elders. Dat neemt niet weg dat nog steeds zal moeten worden voldaan aan het specificiteitsvereiste. Voorkomen moet worden dat dit vereiste gaandeweg zal worden uitgehold. Gelet op de uitdrukkelijke verwijzing naar de rapportages van Drogendijk en Treffers lijkt de Hoge Raad zich dat gevaar bewust. Het besproken arrest laat daarnaast zien dat de problematiek van een onzeker (geheel of gedeeltelijk) causaal verband vele vragen oproept, waarbij verzwaarde stelplicht, bewijslastverdeling en toerekening ten nauwste blijven samen te hangen.

Varkens in personenschade? De kosten van het geschil

Een verslag van het LSA-Symposium van 25 januari 2008

Mr. S.W. Polak/mevrouw mr. M. Volker
SNS Reaal/Stichting PIV

Mr. P.N. Langstraat - voorzitter LSA - opende het symposium met citaten over het slechte imago van advocaten. Hij gebruikte woorden als poenerig, maatpak en Maserati, een woord dat vaker zou vallen. De kritiek schiet volgens Langstraat echter door, vandaar ook het citaat: “de advocaat is beter dan zijn reputatie”. Een advocaat “kanaliseert ruzies” en daar mag een goede beloning tegenover staan. Zeker voor een lid van de LSA, de oudste specialisatievereniging van Nederland. Het gaat dan tenslotte om personen die minimaal vijf jaar advocaat zijn en 500 uur per jaar besteden aan personenschade. Zij hebben bovendien een examen afgelegd waar één examinanda meer tegenop had gezien dan tegen de bevalling. Daarnaast bewaakt en bevordert de LSA de integriteit en kwaliteit van haar leden. In de toekomst zal zij dat ook gaan doen door middel van audits.

Dagvoorzitter prof. mr. T. Hartlief begon zijn inleiding met het vonnis over een student die letsel had opgelopen doordat hij tijdens een Bourgondische maaltijd getroffen werd door een rondvliegend bot (Rechtbank Den Haag 21 februari 2007, VR 2007, 154). Hij stelde de studentenvereniging aansprakelijk. Hartlief liet zien hoe de rechter de aansprakelijkheid beoordeelde en dat de student met toepassing van de billijkheidscorrectie een deel van zijn schade vergoed kreeg. Het is de sport om binnen te komen binnen het aansprakelijkheidsrecht, stelde Hartlief. Niet iedereen valt in de prijzen. Velen zijn overgeleverd aan het sociale zekerheidsrecht en komen er veel minder goed van af dan de student. De ‘geluksvogels’ in het aansprakelijkheidsrecht krijgen om aanspraak te maken op een hogere beloning wel te maken met allerlei vragen op medisch en juridisch gebied waarbij zij als *one shotter* al gauw in het nadeel zijn tegenover een *repeat player* als de verzekeraar. Eén van de pijnpunten in de schaderegeling is die van de buitengerechtelijke kosten. Het aansprakelijkheidsrecht is een duur systeem dat er slechts is om enkele geluksvogels te helpen. Dit zou ervoor pleiten om in elk geval stil te staan bij normering van de buitengerechtelijke kosten. De angel is meer uit het proces als we afstand zouden nemen van de gedachte dat geld alle



wonden heelt en meer zouden doen aan vergoeding in natura, zo stelde Hartlief.

Mr. J. Wildeboer - advocaat bij Wybenga Wildenboer Van den Puttelaar - was opgedragen de regeling van art. 6:96 BW in grote lijnen neer te zetten en pleitbezorger te zijn van de belangenbehartigers. Beide opdrachten kwamen samen in een punt van kritiek op de wettelijke regeling, die geen vergoeding biedt voor ‘binnengerechtelijke kosten’. De kosten van het opstellen van een dagvaarding en daarna gemaakte kosten worden niet volledig vergoed, ook niet als de vordering wordt toegewezen. Dat kan rechtzoekenden ten onrechte van schadevergoeding afhouden. Verder introduceerde Wildeboer de beeldspraak van de advocaat die zich met een ‘eigen risico’ tussen een slachtoffer en de verzekeraar wurmt. Daarmee doelde hij op de afspraak die advocaten wel maken, dat de cliënt declaraties alleen hoeft te voldoen voor zover de wederpartij die vergoedt. Als die wederpartij de declaratie niet volledig voldoet, blijft die advocaat immers met een kostenpost zitten.

Hij besprak ook HR 21 september 2007, JA 2007, 175 (Manege) m.nt. JW, over het effect van eigen schuld op de vergoeding van buitengerechtelijke kosten. Hij verwees daarbij naar de bijdrage van Houben in PIV-Bulletin 2007, 6, die hij de fijnproevers aanbeval. De PIV- >

Overeenkomst buitengerechtelijke kosten kon ook op bijval rekenen, maar eigenlijk alleen voor dossiers met een kleiner belang, waarin ook nog eigen schuld speelt. In die zaken zou het toepassen van de overeenkomst een hogere vergoeding van buitengerechtelijke kosten opleveren. Minder bijval kreeg de Gedragscode, omdat het vinden van objectieve criteria voor het bepalen van de buitengerechtelijke kosten, waar artikel 18 van de code naar verwijst, niet zo eenvoudig is. Specialisatie en ervaring zijn goed vast te stellen maar wat is een juist uurtarief voor een eenvoudige zaak of voor een complexe zaak? Mogelijk kunnen degenen die vóór normering van de buitengerechtelijke kosten zijn, waartoe Wildeboer zichzelf niet rekent, voor het bepalen van een juist uurtarief aanknopen bij de richtlijnen voor de vergoeding van curatoren.

Mr. H. Lebbing, - advocaat bij Houthoff Buruma - vond het een twijfelachtige eer het onderwerp 'kwalijke praktijken in de letselschadebranche' te mogen behandelen. Alsof hij daar verstand van zou hebben. Zijn kennis van zaken had Lebbing onder meer uit het televisieprogramma Zembla van 11 november 2007, uit het advocatentucht-recht en uit het vonnis Rechtbank 's-Gravenhage 16 februari 2007, LJN AZ8717 inzake de Goudstikker-zaak. Afspraken over resultaatgerelateerde beloning, zoals *no cure, no pay* ('no win, no fee') en 'quota pars litis' ('percentage van de opbrengst'), zijn in beginsel verboden. In beginsel want een quota pars litis-afpraak is onder omstandigheden wel toegestaan. Die omstandigheden zijn aangegeven in de tuchtrechtelijke uitspraak Hof van Discipline 9 februari 1998, nr. 2474. Het komt er op neer dat het is toegestaan een declaratie-afpraak te maken die ertoe leidt dat bij het uitblijven van een positief resultaat wordt gedeclareerd op basis van een laag (kostendekkend) uurtarief, doch bij een positief resultaat een hoger tarief zal gelden. Lebbing betoogde dat ook de rechtbank 's-Gravenhage daar in de Goudstikker-zaak, impliciet naar heeft gehandeld. Die wetenschap leidde hem tot de verzuchting voor welk probleem het door staatssecretaris Albayrak aangekondigde experiment 'no win, no fee', nu eigenlijk de oplossing was. Tenslotte schieten alleen slachtoffers die een moeilijk te winnen zaak hebben, die net teveel verdienen om voor een toevoeging in aanmerking te komen en die geen rechtsbijstand-verzekering hebben er iets mee op. Wat Lebbing betreft volstaat het huidige instrumentarium en zullen advocaten ook zwakke zaken willen aannemen op grond van een al toegestane quota pars litis-afpraak.

Mr. F.Th. Kremer - directeur Stichting PIV - stelde dat in de jurisprudentie weinig aanknopingspunten zijn te vinden waarmee de redelijkheid van de dubbele redelijkheidstoets kan worden ingevuld. Slechts enkele Hoge Raad uitspraken en een paar uitspraken van de LSA Geschillencommissie bieden houvast. Dat betekent dat op dossierniveau onge-

veer 25.000 keer per jaar de redelijkheid wordt getoetst. Kremer stelde zich de vraag of dat erg is en gaf meteen zelf het antwoord: ja, dat is erg; het is slecht voor het schaderegelingsklimaat. De PIV-Overeenkomst buitengerechtelijke kosten waarmee in 2004 is gestart kan een oplossing zijn voor de steeds terugkomende discussies. Op basis van dossieronderzoek is actuarieel een gemiddeld bedrag aan buitengerechtelijke kosten vastgesteld, gekoppeld aan de hoogte van het schadebedrag. De overeenkomst heeft de steun van Slachtofferhulp Nederland, mede doordat in de overeenkomst een 'anti-uitrookbepaling' is opgenomen; op grond van deze bepaling kan de belangenbehartiger werkzaamheden die voortvloeien uit een onhoudbaar standpunt van de verzekeraar apart in rekening brengen. Het wel gehoorde argument dat de belangenbehartiger 'niet zo hard zou lopen' voor een hogere vergoeding wordt hiermee onderuit gehaald. Alvast enigszins vooruitlopend op de inleiding van Faure later op de dag, liet Kremer aan de hand van enkele cijfers zien dat de percentages die worden vergoed op basis van de PIV-Overeenkomst vrijwel overeenkomen met de percentages die gevonden zijn door Faure. Kremer gaf aan dat de PIV-Overeenkomst een goede bijdrage kan leveren aan het voorkomen van discussies. Het allerbelangrijkste is volgens hem dát er wordt genormeerd; ook voor andere oplossingen staat Kremer open en hij nodigde de markt uit hierover samen met het PIV na te denken. Kremer gaf hierbij aan dat ook de gerechtelijke kosten - de kosten waarvoor een benadeelde op dit moment slechts een (te) lage proceskostenveroordeeling tegemoet kan zien - wat hem betreft deel kunnen uitmaken van afspraken over de vergoeding van de kosten. [SP1] Hij besloot zijn pleidooi met de wens, dat er in 2009 geen enkele discussie meer zal bestaan over buitengerechtelijke kosten.

Prof. dr. M.G. Faure LL.M. - wetenschappelijk directeur METRO, hoogleraar Universiteit van Maastricht - deed verslag van het onderzoek dat hij in opdracht van het PIV heeft gedaan naar de ontwikkelingen rond de buitengerechtelijke kosten in de afgelopen jaren. Een van de conclusies van zijn onderzoek was dat de prijs voor een benadeelde niet van doorslaggevend belang is om een belangenbehartiger te kiezen. Als voorbeeld noemde Faure de website van het kantoor van LSA voorzitter Langstraat, waarop te lezen valt dat een benadeelde in de meeste gevallen niets hoeft te betalen aan zijn belangenbehartiger. Nu de marktwerking ontbreekt, kan gesproken worden van een zogenaamde 'situationele monopolie' vergelijkbaar met de situatie in de zorg. Dit zou in theorie tot een explosie van de kosten kunnen leiden. Faure maakte hierbij een vergelijking met Duitsland en België, waar de wetgever ertoe is overgegaan de tarieven te standaardiseren. Uit het door Faure uitgevoerde dossieronderzoek in ruim 1000 zaken bleek dat in de periode 2001/2006 de kosten van belangenbehartigers met ongeveer 24% zijn gestegen;

dit is ruim twee keer zo veel als de inflatie en als de stijging van de cao-lonen in dezelfde periode. Ook stegen de uurtarieven van de belangenbehartigers bijna twee keer zo hard als die van de curatoren. Als opmerkelijke conclusie noemde Faure dat de uurtarieven in 2002, het jaar van de invoering van de euro, het hardst gestegen zijn. Daarnaast is gebleken dat advocaten gemiddeld € 20 per uur duurder zijn dan letselschadebureaus, maar dat de uurtarieven van letselschadebureaus harder zijn gestegen dan die van advocaten. Faure benadrukte dat zijn onderzoek een zuiver empirisch onderzoek was en niet normatief. Wel concludeerde hij dat als de rekening uiteindelijk bij de verzekeraar gelegd kan worden, de enige oplossing is om tot normering over te gaan.

Mr. dr. W. C. T. Weterings - advocaat bij Dirkzwager - deed verslag van zijn onderzoek naar de kosten van de letselschaderegeling. Een onderzoek dat hij in 1998 afrondde en voor het symposium had geüpdate. Voorzichtige conclusies waren dat er in de snelheid en de kosten van de letselschaderegeling wel kleine verbeteringen waren opgetreden. Er zou ook actiever worden afgewikkeld, een betere relatie zijn tussen de partijen en bij de afwikkeling zouden minder frustraties ontstaan. Blijkens de update hebben de NPP-normen en de IWMD-vraagstellingen een positieve invloed gehad op de schaderegeling. In de weinige gevallen waarin volgens het onderzoek van Weterings mediation is toegepast ging ook daarvan een positieve invloed uit, al hing dat sterk af van de persoon van de mediator. Voor een conclusie over de invloed van de Gedragscode Behandeling letselschade kwam de update te vroeg. De buitengerechtelijke kosten leveren nog altijd veel discussie op, vooral tussen verzekeraars en belangenbehartigers. Het PIV-convenant wordt volgens de update positief ervaren maar volgens Weterings is dat voor de advocatuur een te gevoelig onderwerp. Tips voor verdere verbetering van de schaderegeling waren onder meer de onderhandelingsvaardigheden te vergroten, meer uniformiteit te bewerkstelligen bij de regeling van whiplashgevallen en professionalisering van verzekeraars. Bij deze laatste tip ontbraken onderbouwing en denkrichting.

Prof. mr. A. J. Akkermans - hoogleraar privaatrecht VU - presenteerde de uitkomsten van het door hem in opdracht van het ministerie van Justitie verrichte onderzoek naar de behoeften en verwachtingen van slachtoffers. Aanleiding hiervoor was het wetsvoorstel 'Affectieschade' en de vraag vanuit de Eerste Kamer of en in hoeverre slachtoffers hier behoefte aan hebben. Uit het onderzoek bleek dat slachtoffers - naast aan financiële compensatie van hun schade - vooral behoeften hebben in de immateriële sfeer. Voor een slachtoffer is vooral erkenning heel belangrijk, zowel door de wederpartij als door zijn omgeving. Daarnaast zijn voor het slachtoffer een aantal aspecten van groot belang. Hij wil vooral zijn verhaal kunnen vertellen, invloed heb-

ben op wat er met hem gebeurt, met respect worden benaderd; en kunnen vertrouwen op diens onpartijdigheid.

Opvallend noemde Akkermans het, dat uit het onderzoek is gebleken dat het aansprakelijkheidsrecht eigenlijk heel geschikt is om aan de wensen van slachtoffers tegemoet te komen. De schaderegeling is nu echter vooral gericht op financiële compensatie, terwijl herstel op de eerste plaats zou moeten komen. In die zin schiet het schaderegelingproces ernstig tekort en schreeuwt het om verbetering. Akkermans gaf daarvoor een paar concrete aanwijzingen. Allereerst kan de informatie richting het slachtoffer volgens hem beter. De benadeelde zal veel vaker geïnformeerd moeten worden over zijn letselzaak. Hij pleitte voor een digitaal dossier, waarin de benadeelde kan volgen hoe het ervoor staat en juichte al genomen initiatieven op dit vlak toe. Ook persoonlijk contact is volgens Akkermans belangrijk, omdat daarmee de anonimiteit van de verzekeraar wordt doorbroken. Belangrijk is voorts dat de verzekeraar zich realiseert dat een brief ook door een benadeelde wordt gelezen. Belangenbehartigers riep hij op om zich te onthouden van negatieve beeldvorming over verzekeraars. Ook belangenbehartigers die zich profileren met de slogan dat zij de maximale claim binnen halen, hoeven niet op de steun van Akkermans te rekenen. Herstel gaat vóór de schadevergoeding. Als vuistregel gaf hij de regel mee *"bejegen de benadeelde zoals u zou willen dat uw moeder bejegend wordt"*. Daarbij merkte hij op dat dit advies meer was dan *"goed bedoelde 'geitenwollensokkenpraat'"*, want als het herstel wordt belemmerd door toedoen van het handelen van de verzekeraar, draait deze er uiteindelijk toch voor op.

Hartlief vatte in zijn slotwoord elke bijdrage in één zin samen. Met een knipoog naar het advies van Akkermans om de *"benadeelde te bejegenen als uw eigen moeder"*, sloot Hartlief af dat het nu wel eens lijkt *"alsof het slachtoffer wordt bejegend als uw eigen schoonmoeder"*.

prof. T. Hartlief



Ongevallenanalyse in het kader van whiplashproblematiek



Ing. B. Wartenbergh
Ongevallen Analyse Nederland

Waar verkeer is, gebeuren ongelukken: een aanrijding tussen twee fietsers, een botsing tussen auto's, een motorrijder die mogelijk te hard rijdt en over het hoofd wordt gezien; een breed scala aan ongevallen is denkbaar. Het is niet altijd duidelijk waarom een ongeluk plaatsvindt en welke partij verantwoordelijk was. Tijdens de civiele afwikkeling van een zaak kunnen vragen ontstaan waarbij de hulp van een expert wenselijk is. Ongevallenanalisten hebben zich gespecialiseerd in het technisch analyseren van (verkeers)ongevallen. Binnen het werkterrein van de ongevallenanalist neemt whiplashproblematiek een bijzondere plaats in. Uit beperkte informatie bepaalt de ongevallenanalist welke belasting op een inzittende heeft ingewerkt. De uitkomst van dat technisch onderzoek is de basis voor een medische beoordeling van de letselclaim. Uiteindelijk draait het om de vraag of de geclaimde klachten daadwerkelijk causaal verband houden met de aanrijding.

Beschrijving van de geweldsinwerking

Op het moment dat er twee auto's met elkaar in botsing komen, treedt er een uitwisseling van krachten tussen beide voertuigen op. Doordat er tijdens de botsing (extra) krachten op elk voertuig aangrijpen, ontstaat er een versnelling van de voertuigen. De inzittenden bewegen (uiteindelijk) met het voertuig mee waardoor zij eveneens worden belast. Kop/staartaanrijdingen liggen vaak ten grondslag aan zogenoemde whiplashproblematiek. Hierbij is de vraag of de inzittende van het voorste (en dus van achteren aangereden) voertuig letsel dan wel klachten als

gevolg van die aanrijding kan hebben opgelopen. Om de causaliteit te kunnen beoordelen, moet er een beeld zijn van de geweldsinwerking op deze inzittende. Volgens de Richtlijnen 2001 van de Nederlandse Vereniging van Neurologen (NVvN) moet het ongeval aanleiding hebben gegeven tot een mechanisch te begrijpen geweldsinwerking op de cervicale wervelkolom. Nu onlangs voornoemde richtlijn is vervangen door een nieuwe kan de oude qua inhoud niet zondermeer aan de kant worden gezet. Zoals Castro stelt in PIV-Bulletin 2008, 1 *“kan een letsel slechts dan optreden, indien de biomechanische belasting die op een persoon of lichaamsdeel inwerkt, groter is dan de belastbaarheid van de persoon of het lichaamsdeel ten tijde van het inwerken van deze biomechanische belasting”*. Naar mijn mening is het nog steeds zinvol te weten hoe hoog de belasting in casu was. De inwerkende geweldsinwerking kan zeer goed door middel van een weergave van de opgetreden versnelling van de inzittende worden beschreven. De meest accurate wijze om de belasting te beschrijven is het meten van de versnelling van het hoofd en de thorax (de versnelling van de bovenste en onderste nekwervel). Omdat het in de praktijk ondoenlijk is om bij elk te beoordelen ongeval een volledige reconstructie door middel van een botsproef te maken (waarbij de belasting direct gemeten wordt door het aanbrengen van sensoren op het lichaam), is er een andere eveneens geschikte manier om de inzittendenbelasting te beschrijven. Bij de vele botsproeven die hebben plaatsgevonden en waaraan vrijwilligers deelnamen, werd steeds onder meer de versnelling van het aangereden voertuig gemeten. Hierdoor zijn 'ervaringswaarden' verzameld die inzicht verschaffen in de relatie tussen de versnelling van het voertuig en de waarschijnlijkheid dat daarbij klachten dan wel letsel ontstaan. Met de vertaling van meetprincipes naar de dagelijkse praktijk is een methode ontwikkeld, waarbij gebruik wordt gemaakt van de zogeheten Δv . Wat een Δv inhoudt en hoe deze wordt verkregen, zal hieronder worden toegelicht.

Delta v

De door de botsing teweeggebrachte snelheidsverandering, ook wel Δv genoemd, is evenredig met de gemiddelde voertuigversnelling van een voertuig dat een botsing ondergaat. Uit de resultaten van talloze botsproeven is

gebleken dat de botsduur bij kop/staartaanrijdingen 0,10 tot 0,12 seconden bedraagt. De snelheidsverandering is te berekenen door de gemiddelde versnelling te vermenigvuldigen met de botsduur. De delta v kan met een voorbeeld worden toegelicht. Indien een auto voor een (rood licht uitstralend) verkeerslicht stilstaat en daarbij van achteren wordt aangereden door een andere auto, wordt dit voorste voertuig als gevolg van de botsing naar voren gestoten. Waar het getroffen voertuig in eerste instantie stilstond, krijgt het door de botsing ineens een bepaalde snelheid waarmee het naar voren beweegt. Dat een dergelijk voertuig kort na de botsing mogelijk wordt afgeremd en weer tot stilstand komt, doet daar uiteraard geen afbreuk aan. Het verschil in snelheid tussen de bewegings-toestand onmiddellijk voor de impact en die direct daarna komt overeen met de delta v. Het begrip delta v mag men niet verwarren met het begrip relatieve snelheid. Binnen het vakgebied verkeersongevallenanalyse wordt de relatieve snelheid gebruikt om het verschil tussen de botssnelheden van twee voertuigen aan te duiden. Indien de voorste auto uit het zojuist aangehaalde voorbeeld stilstond ten tijde van de botsing, bedroeg diens botssnelheid nul km/uur. In dat geval komt de relatieve snelheid overeen met de botssnelheid van de achterop rijdende auto.

Waar de delta v bij een botsproef volgt uit de gemeten versnellingen, wordt deze in de dagelijkse praktijk berekend aan de hand van (ondermeer) de schadebeelden. Door middel van de botsduur (die immers min of meer vaststaat) kan vervolgens de opgetreden gemiddelde voertuigversnelling worden berekend. Door de aan de betrokken voertuigen opgetreden schade te vergelijken met de resultaten van botsproeven, kan voor beide voertuigen worden ingeschat hoeveel (deformatie)energie is opgenomen. Rekening houdend met de massa's van de voertuigen en het karakter van de botsing (in hoeverre de stoot plastisch dan wel elastisch verloopt) kan vervolgens worden bepaald wat de relatieve snelheid onmiddellijk voor de botsing is geweest. De relatieve snelheid geeft aan hoeveel km/uur de achterop rijdende auto sneller rijdt dan de van achter aangereden auto. Gebruikmakend van de wet van behoud van impuls kan de stoot worden berekend en hierna ook de delta v. Indien de voertuigen elkaar niet precies recht (en in elkaars verlengde) raken, wordt rekening gehouden met de zogeheten excentriciteit van de botsing. Dit uit zich in een bepaalde rotatie van de voertuigen die van invloed is op de uiteindelijke delta v.

Werkwijze bij een delta v onderzoek

Zodra een opdrachtgever ter beoordeling van de causaliteit een onderzoeksopdracht verleent, begint de ongevallen-

analist met de inventarisatie van de verstreekte informatie in het dossier. Indien informatie ontbreekt, tracht de ongevallenanalist de missende informatie te achterhalen.

Doorgaans gaat het daarbij om het goed vastleggen van de schadebeelden van de voertuigen en het opnemen van verklaringen van de betrokkenen. Het door de ongevallenanalist zelf onderzoeken van de auto's heeft als voordeel dat degene die moet inschatten hoeveel energie er in de schade steekt deze schade met eigen ogen heeft gezien. Hierbij wordt meestal de betreffende voor- of achterbumper gede-monteerd om ook op onderhuidse schade te kunnen inspecteren. Uit de verklaringen wordt afgeleid van welke botsmassa's bij de berekeningen dient te worden uitgegaan. Een delta v onderzoek geschiedt doorgaans in opdracht van de verzekeraar van de partij die achterop rijdt (in het geval van een kop/staartaanrijding). De veroorzakende verzekerde zal gezien zijn polisvoorwaarden moeten meewerken aan een delta v onderzoek. Anders is het gesteld met de medewerking van de aangereden betrokkenen. Deze kunnen door de tot betaling aangesproken verzekeraar niet op grond van polisvoorwaarden worden verplicht hun medewerking aan het onderzoek te verlenen. Het spreekt voor zich dat er mogelijk consequenties aan een dergelijke situatie verbonden zijn. Indien er geen bereidheid tot medewerking is, zal er misschien maar weinig informatie over de schade aan één voertuig bekend worden. Hierdoor is de ongevallenanalist wellicht genoopt om bij de inschatting van de botsparameters grotere bandbreedtes aan te houden dan dat mogelijk was geweest indien wel medewerking was verleend. In het geval dat een aangereden betrokkene meewerkt, zal het initiële contact met de eventuele belangenbehartiger verlopen. Voor een goede (betrouwbare) reconstructie van de delta v heeft een ongevallenanalist behoefte aan de volgende zaken:

- Gedetailleerde informatie betreffende de schade aan de voertuigen. Doorgaans is deze informatie pas beschikbaar nadat een betrokken voertuig op (al dan niet verborgen) schade is geïnspecteerd door de deskundige.
- Informatie met betrekking tot de beladingtoestand van de voertuigen.
- Kennis van de zitpositie en -houding van de aangereden betrokkene in het voertuig.

Bruikbaarheid van een delta v rapportage

Na het afronden van het onderzoek wordt in de regel gerapporteerd. In het rapport staan vermeld het uitgangsmateriaal, de verrichte acties, de eventuele verklaringen, de berekeningen, motivering daarvan en de resultaten. Uiteraard maken ook schadefoto's (voor zover voorhanden) deel uit van de rapportage.

Het onderzoek genereert een Δv en een daarbij behorende gemiddelde voertuigversnelling. Samen met wat bekend is of wordt met betrekking tot de zithouding van de betrokkene (niet te verwarren met de zitpositie) is de rapportage een hulpmiddel ter beoordeling van de causaliteit. Een technicus is niet opgeleid om daarover een oordeel te (kunnen) geven. In plaats daarvan levert hij objectieve informatie aan de medicus die op zijn of haar beurt met de beschikbare informatie aan de slag gaat. Er is dus sprake van een multidisciplinaire aanpak. Uiteindelijk zal de medische deskundige aan de verzekeraar een advies geven.

Indien de belasting op de inzittende hoog is gebleken, zal (na medische beoordeling van de kwestie) aannemelijk zijn dat sprake is van een causaal verband tussen ongeval en klachten/letsel. Hoewel de verzekeraar het dan vermoedelijk niet nodig zal vinden het door de ongevallenanalist uitgebrachte rapport in te brengen, heeft onderzoek wel de nodige duidelijkheid verschaft en zal op basis daarvan de afwikkeling sneller kunnen verlopen.

Dikwijls wordt de ongevallenanalist gevraagd om aan te geven waarmee een bepaalde belasting (Δv) kan worden vergeleken. Gevraagd wordt dan naar alledaagse belastingen. Vanwege het specifieke bewegingsmechanisme tijdens bijvoorbeeld een aanrijding van achteren komt eigenlijk alleen een rit in de botsautootjes in aanmerking als referentiemateriaal. In de literatuur worden ook vele botsproeven beschreven waaraan vrijwilligers deelnemen maar hierbij kun je niet spreken over een alledaagse activiteit. Uiteraard kun je ook discussiëren over de 'allegaagsheid' van een rit in de botsautootjes, feit is wel dat daarbij eveneens een extensie- en flexiebeweging van de nek optreedt. Omdat de meeste botsautootjes geen of slechts zeer lage hoofdsteunen hebben, is de optredende extensiebeweging vaak (veel) groter dan bij een 'normale' car-to-car botsing. Bovendien is de zitting in een botsautootje doorgaans veel harder/stugger dan een autostoel. Om die reden kan een botsing met een personenauto minder onaangenaam zijn dan eentje in een botsauto (bij gelijke Δv). Of iedereen het daarmee eens is, valt nog te bezien.

De particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering: schade- of sommenverzekering?

De Haagse lijn

In PIV-Bulletin 2007, 7 bespreekt Wervelman het arrest van het Hof Amsterdam van 24 mei 2007, LJN BB3136. Het hof oordeelde dat de bedoeling van partijen bij het afsluiten van de particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering weliswaar het doen dan wel verkrijgen van uitkering in geval van inkomensderving door arbeidsongeschiktheid betrof, doch dat het belang dat was verzekerd niet zo beperkt uitgelegd diende te worden als De Noordhollandsche had bepleit.

Het hof heeft bij zijn oordeel de feiten en omstandigheden waaronder de arbeidsongeschiktheidsverzekering tot stand was gekomen betrokken, zulks conform het arrest van de Hoge Raad van 6 juni 2003 (NJ 2004/670). De door de Hoge Raad uitgezette lijn werd eerder gevolgd door het Hof Amsterdam op 11 september 2003 en het Hof Den Haag op 29 november 2005 - AV&S 2007, respectievelijk p. 35 en p. 34. Zo ook de Rechtbank Den Haag.

Rechtbank Den Haag 29 augustus 2007

Partijen discussieerden over de vraag of verzekerde per 1 januari 2005 arbeidsongeschikt was in de zin van de polisvoorwaarden. Bij de beoordeling daarvan kwam zijdelings aan de orde de vraag naar het verzekerde belang. De rechtbank oordeelde wat dat betreft: *“de Rechtbank stelt voorop dat een arbeidsongeschiktheidsverzekering slechts causaal gerelateerd inkomensverlies dekt.”*

Rechtbank Den Haag 14 november 2007

Casus

Met ingang van 18 oktober 1994 sloot verzekeraar een arbeidsongeschiktheidsverzekering af met de directeur/groootaandeelhouder van een besloten vennootschap. Op 13 september 2004 werd verzekerde getroffen door een herseninfarct en meldde hij zich bij verzekeraar arbeidsongeschikt.

Per 1 november 2004 verstrekte verzekeraar aan verzekerde een arbeidsongeschiktheidsuitkering gebaseerd op een percentage arbeidsongeschiktheid van 80-100%.

Mevrouw mr. C. J. van Weering
Ekelmans & Meijer Advocaten



In 2006 liet verzekeraar onderzoek doen naar de financiële situatie van verzekerde. Uit de jaarcijfers van de besloten vennootschap bleek dat het bedrijf vanaf het jaar 2001 oplopende verliezen had geleden. Naar aanleiding van het expertiserapport berichtte verzekeraar verzekerde bij brief van 4 april 2006 dat de uitkeringen waren verstrekt op basis van een te hoog verzekerd bedrag, dat niet in overeenstemming was met het daadwerkelijke inkomen. Het verzekerde bedrag werd door verzekeraar met ingang van 1 april 2006 voor rubriek A verlaagd van € 26.004 naar € 4.540 en voor rubriek B van € 26.956 naar € 3.632. Verzekerde ontving van verzekeraar met ingang van 1 april 2006 verdere uitkeringen op basis van deze aangepaste verzekerde bedragen.

Rechtbank

Stellende dat tussen partijen sprake is van een sommenverzekering vordert verzekerde bij de rechtbank een verklaring voor recht dat verzekeraar gehouden is aan hem maandelijks een uitkering op basis van de mate van arbeidsongeschiktheid te blijven uitkeren, zolang de mate van arbeidsongeschiktheid daartoe aanleiding geeft, uitgaande van een dekkingsbedrag van rubriek B van (na indexering) € 27.765.

Verzekeraar betoogt dat sprake is van een schadeverzekering en het verzekerde belang tengevolge van de verliezen die de besloten vennootschap leed is geminimaliseerd.

Bij vonnis van 14 november 2007 gaat de rechtbank over tot uitleg van de verzekeringsovereenkomst conform het Haviltex criterium - HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635.

De rechtbank weegt de standpunten van beide partijen tegen elkaar af. De verzekerde stelt dat partijen hebben bedoeld een sommenverzekering af te sluiten omdat:

- In het aanvraagformulier van die verzekering uitsluitend is gevraagd naar het te verzekeren bedrag;
- Het polisblad uitsluitend de verzekerde jaarrente vermeldt en geen verwijzingen naar het inkomen bevat;
- De polisvoorwaarden verzekerde geen verplichting oplegt tot het doen van opgaven van wijzigingen in zijn inkomen;
- Verzekeraar nimmer om de financiële gegevens van de BV van verzekerde heeft gevraagd;
- Na melding van de arbeidsongeschiktheid verzekeraar zonder kennismaking van de financiële gegevens en zonder voorbehoud tot uitkering van de verzekerde jaarrente is overgegaan.

De rechtbank volgt de verzekeraar echter in de door haar voorgestane uitleg van de verzekeringsovereenkomst en acht daarbij van belang:

- Art. 3 van de polisvoorwaarden dat in niet voor tweërlei uitleg vatbare bewoordingen vermeldt dat de verzekering een uitkering bedoelt te verlenen voor een terugval in inkomsten door arbeidsongeschiktheid;
- Het aanvraagformulier waarin is vermeld dat de verzekerde jaarrente maximaal 80% van het inkomen bedraagt;
- Het feit dat zowel in het aanvraagformulier als in het schademeldingsformulier uitdrukkelijk wordt gevraagd naar het persoonlijke inkomen van verzekerde en de financiële resultaten van de onderneming over de drie voorafgaande jaren;
- Het feit dat verzekerde de gevraagde opgave heeft gedaan;
- Art. 25 van de polisvoorwaarden waarin een meldingsplicht voor verzekerde is opgenomen in het geval hij onder een regeling ter zake van verlies van arbeidsinkomsten komt te vallen, zulks op straffe van verval van rechten;
- Het feit dat zowel in de polisvoorwaarden als in de toelichting op het aanvraagformulier het begrip schade wordt aangehaald.

De rechtbank is op grond van bovengenoemde feiten en omstandigheden van mening dat partijen bij het aangaan van de verzekering hebben bedoeld de werkelijk geleden schade te vergoeden. Daarmee wordt de arbeidsongeschiktheidsverzekering gekarakteriseerd als een schadeverzekering, daar waar een sommenverzekering ook tot uitkering zou komen indien er bij arbeidsongeschiktheid geen sprake is van een terugval in inkomsten.

Het feit dat het hier een schadeverzekering betreft brengt met zich mee dat ten tijde van het intreden van de arbeidsongeschiktheid sprake moet zijn geweest van een reëel verzekerd belang. Nu verzekerde ten tijde van het intreden van de arbeidsongeschiktheid een gemiddeld inkomen genoot van € 4.540 per jaar, oordeelt de rechtbank dat verzekerde bij aanvang van de arbeidsongeschiktheid geen verzekerd belang had, wat met zich bracht dat de vordering van verzekerde is afgewezen.

(Inmiddels is hoger beroep ingesteld. Red.)

Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag 6 december 2007

Met bovengenoemd vonnis in de hand, luidde het verweer tegen een soortgelijke vordering in kort geding, dat niet aannemelijk was dat de rechtbank de vordering ook in de bodemprocedure zou toewijzen - Vgl. HR 14 april 2000, NJ 2000, 489.

In casu had verzekeraar het risico van arbeidsongeschiktheid van een directeur grootaandeelhouder van een besloten vennootschap verzekerd. Het verzekerde beroep betrof dat van assurantie tussenpersoon.

Ook hier bepaalden de algemene voorwaarden dat de verzekering ten doel heeft een periodieke uitkering te verlenen bij derving van inkomen (verlies van arbeidsvermogen) door de verzekerde tengevolge van arbeidsongeschiktheid.

Verzekerde raakte arbeidsongeschikt per 30 augustus 2003. Aan hem werd vanaf dat moment een uitkering verstrekt naar 80 tot 100% arbeidsongeschiktheid.

Vervolgens is een bedrijfseconomisch onderzoek ingesteld bij de besloten vennootschap. In dat onderzoek is aan de hand van de gegevens van de jaren voorafgaand aan de arbeidsongeschiktheid geoordeeld of de verzekerde bedragen op het moment dat verzekerde arbeidsongeschikt raakte nog juist waren. Bovendien is beoordeeld in hoeverre de arbeidsongeschiktheid heeft geleid tot inkomensderving.

Hier bleek het gemiddelde inkomen van de directeur/grootaandeelhouder in de periode voorafgaand aan de arbeidsongeschiktheid - zijnde de jaren 2000/2003 - negatief. Verzekeraar oordeelde dat de verzekerde bedragen niet in overeenstemming waren met het gemiddelde inkomen in de periode voor uitval. Verzekeraar heeft de uitkering per 1 mei 2007 stopgezet, de verzekeringsovereenkomst geroyeerd en verzekerde medegedeeld af te zien van terugvordering van de door haar uitgekeerde bedragen waarbij echter geen premierestitutie is verleend.

Verzekerde vorderde verzekeraar te veroordelen om ook na 1 mei 2007 aan hem te voldoen de uitkeringen gebaseerd op 80 tot 100% arbeidsongeschiktheid zulks op basis

van het verzekerde jaarbedrag van € 47.736. Verzekerde stelde dat er sprake is van een sommenverzekering; verzekeraar kwalificeerde de verzekering als een schadeverzekering.

De voorzieningenrechter oordeelde: *“stellingen en weren van partijen ... nopen tot uitleg van de verzekeringsovereenkomst. Daarbij moet niet alleen acht worden geslagen op de bewoordingen van de relevante bepalingen van de overeenkomst maar ook op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden aan deze bepalingen mochten toekennen en wat zij op dit punt over en weer van elkaar mochten verwachten. De rechten en verplichtingen van partijen ten opzichte van elkaar worden daarnaast niet alleen bepaald door wat zij uitdrukkelijk zijn overeengekomen maar ook door de redelijkheid en billijkheid die hun rechtsverhouding mede beheersen.”*

Op basis van de feiten en omstandigheden waaronder de overeenkomst tot stand is gekomen kwam de voorzieningenrechter tot het oordeel dat de arbeidsongeschiktheids-

verzekering diende te worden aangemerkt als een schadeverzekering waarbij beoogd werd de werkelijk geleden inkomensschade tengevolge van arbeidsongeschiktheid te vergoeden. Voor dekking onder een dergelijke verzekering is vereist dat er ten tijde van het intreden van de arbeidsongeschiktheid sprake is van een reëel verzekerd belang. Dit belang was niet aanwezig, zodat de voorzieningenrechter bij voorlopig oordeel heeft geoordeeld dat het verzekerde belang ontbrak en verzekeraar op goede gronden de uitkering heeft beëindigd. De gevorderde voorziening werd afgewezen.

Conclusie

In voornoemde uitspraken is de rechtbank na afweging van de feiten en omstandigheden steeds tot de conclusie gekomen dat de particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering moet worden gekwalificeerd als een schadeverzekering.

Infectieziekten. Een sluipend fenomeen!



J. H. Vijfhuizen
GAB Robins Takkenberg

Op 26 november 2007 publiceerde het waarnemingscentrum van het Europese Agentschap voor Veiligheid en Gezondheid op het werk (EAVG) een rapport waarin onder meer wordt gemeld dat er wereldwijd jaarlijks ongeveer 320.000 werkenden overlijden aan een overdraagbare ziekte, van wie ongeveer 5000 in de EU -
Prognose van deskundigen over in opkomst zijnde biologische risico's in het kader van veiligheid en gezondheid op het werk.
We kunnen dan bijvoorbeeld denken aan SARS, vogelgriep, cholera, schimmels en infectieziekten.

In het laatste Signaleringsrapport 2007 van het Nederlands Centrum voor Beroepsziekten (NCvB) valt te lezen dat de dalende trend van OPS door oplosmiddelen doorzet, maar dat tegelijkertijd door globalisering nieuwe arbeidsrisico's ontstaan. Het toenemende handelsverkeer brengt dit met zich mee. Bij het ontsmetten van zeecontainers uit het Verre Oosten (ook wel gassing genoemd), kunnen neurotoxische effecten ontstaan. Bij het openen van de containers kunnen namelijk vergiftigingen optreden. Recent werd hieraan in de landelijke media aandacht besteed. Hierbij gaat het dan vooral om methylbromide, een voor de gezondheid schadelijke stof.

Infectieziekten

Ik belicht die infectieziekten wat nader. Daarbij richt ik me voornamelijk op legionella, waarbij het ziektebeeld gelijkenis vertoont met longontsteking. Verder valt te denken aan de ziekenhuisbacterie MRSA, hepatitis, en darm-infecties. Zijn OPS en *Complaints of Arm, Neck and/or Shoulder* (CANS, de nieuwe benaming van RSI) als beroepsziekte al goed in beeld, de infectieziekten zijn de laatste jaren in opkomst. Legionella kan zich binnen de

arbeids situatie voordoen; de arbeidsrelatie is dan een aspect dat onderzoek vergt.

Er kan ook sprake zijn van een besmetting in een andere omgeving, meer in de particuliere sfeer. We kennen legionella of de legionairsziekte allemaal als de 'veteranenziekte' en van de West-Friese Flora van Bovenkarspel in 1999. De legionella bacterie kan zich in stilstaand water met enige warmte goed ontwikkelen. Bij verneveling is dit micro-organisme het schadelijkst. Inademing kan besmetting veroorzaken. De besmetting kan een onschuldige infectie van luchtwegen tot gevolg hebben; het kan echter ook uitmonden in een ernstiger ziektebeeld, zelfs ook met fatale afloop zoals we weten.

Voor na 'Bovenkarspel' is de regelgeving op dit gebied flink ontwikkeld. De aandacht is in het bijzonder uitgegaan naar de (collectieve) waterleidinginstallaties. In dit verband noem ik kort de Wet collectieve preventie volksgezondheid, het Waterleidingbesluit van 18 oktober 2004 (hoofdstuk III C) en Arbobeleidsregel 4.87 (A en B).

Regelgeving waterleidinginstallaties

Eigenaren van waterleidinginstallaties, zoals zorgcentra, overheden, zwembaden, campings, organisatoren van evenementen, maar ook de tandarts, zijn verantwoordelijk voor een goed beheer van hun installatie. Dit beheer dient te worden uitgevoerd aan de hand van een risicoanalyse en een beheersplan. Naarmate het leidingnet groter en risicovoller is, zijn de eisen strenger. Door de Vereniging van Waterbedrijven in Nederland (VEWIN) zijn werkbladen opgesteld aan de hand waarvan de waterleidingbedrijven hun controletaak kunnen uitvoeren.

De risico's voor besmetting doen zich vooral voor in die omgevingen waar aerosolen [Van Dale: 2. colloïdale dispersie van stof in een gas. Red.] vrijkomen en worden ingeademd. In het beheersplan moet een schema van de installatie worden opgenomen, een beschrijving van de juiste werking ervan, de periodieke controles, etc. De regelgeving richt zich zowel op nieuwe als bestaande installaties.

De eigenaar van de installatie kan periodieke controle en onderhoud uitbesteden, hij kan het ook in eigen hand houden. Een goed beheer wordt in ieder geval gekenmerkt door bijvoorbeeld het periodiek nemen van watermonsters, het reinigen van douchekoppen, het gemerkt zijn van leidingen, de instelling, reparatie en/of vervanging van afsluiters en kranen. De grootste risico's bij bestaande installaties zijn 'dode' leidingstukken, stilstand van water waardoor sedimentatie ontstaat en onvoldoende desinfectie bij zwemwa-

ter. Bij nieuwe installaties schuilen de gevaren in afwijkingen ten opzichte van de vergunning en het ontbreken van of onjuist gemonteerde beveiligingen. Het toezicht wordt gehouden door verschillende instanties zoals het Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu (RIVM), het ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer (VROM) en de Arbeidsinspectie.

Risico in bedrijfsprocessen

Ten aanzien van in bedrijfsprocessen gebruikte waterinstallaties ligt het wat anders. Die vallen onder de Arbeidsomstandighedenwet en niet onder de Waterleidingwet. De Arbeidsinspectie controleert en richt zich voornamelijk op de vraag of er tegen blootstelling aan legionella voldoende maatregelen zijn genomen. Zo moet de werkgever in de Risico-Inventarisatie en -Evaluatie (RI&E) aandacht schenken aan speciale risicofactoren, zoals stilstaand water, temperatuur en materiaalkeuze. Er moet een beheersplan worden opgesteld met daarin omschreven de onderhoudswerkzaamheden, aanpassingen aan de installatie, uitkomsten van controles en bijzonderheden over de werking van de installatie. Een gecertificeerde Arbodienst toetst het beheersplan.

De Arbobeleidsregels 4.87 A + B richten zich op doeltreffende maatregelen ter voorkoming of beperking van blootstelling aan legionella bij in bedrijf nemen en houden van een koeltoren, een luchtbevochtigingsinstallatie of een waterinstallatie die water in aerosolvorm in de lucht kan brengen.

Vanuit verschillende invalshoeken was de legionellabacterie de laatste jaren onderwerp van studie. Ik noemde al het NCvB. In het Signaleringsrapport van 2006 geeft het NCvB ten aanzien van beroepsinfectieziekten aan dat het om aandoeningen gaat die worden veroorzaakt door parasieten, schimmels, bacteriën, virussen of prionen [Van Dale: samentrekking van *proteinaceous infectious particle*: eiwitachtig infectueus deeltje beschouwd als aanstichter van een serie dodelijke hersenziekten bij mens en dier. Red.], al dan niet genetisch gemodificeerd. Een bepaalde werkbelasting kan het ontstaan van infectieziekten bevorderen. Daarbij kan worden gedacht aan verwondingen of verweking van de huid door vocht. Verder zijn bepaalde groepen kwetsbaarder. Ook wijst het NCvB op het risico op blootstelling door het effect van *crowding* (veel mensen dicht op elkaar) waardoor de kans op besmetting groter wordt.

De Gezondheidsraad rapporteerde als adviesorgaan van de overheid in 2003 naar aanleiding van de West-Friese Flora, dat de legionellabacterie niet volledig uit het waterleidingnet kan worden geweerd, maar dat de risico's wel kunnen worden verminderd door een snellere diagnose en betere behandeling. Analyse van het watermonster werd gezien als de beste diagnosemethode van het bewijs voor een legionellabacterie.

Controlebeleid

Verder rapporteerde het RIVM in 2006 na een grootschalige controle van waterleidinginstallaties in 2005. In totaal werden ca. 37.000 installaties gecontroleerd. In het bijzonder werden ook de zogenaamde prioritaire installaties bijvoorbeeld in ziekenhuizen en hotels gecontroleerd. Veelal ontbrak een toereikende risicoanalyse en een beheersplan. Eigenaren hadden onvoldoende zicht op de risico's van een legionellabesmetting. Nieuwbouwinstallaties voldeden niet aan de eisen doordat er bij het bouwproces teveel partijen betrokken waren en installateurs soms onvoldoende op de hoogte waren van de regelgeving. Een betere communicatie werd aanbevolen.

In het Academisch Medisch Centrum van de UVA (AMC) richtte men zich in 2001 vooral op de medische aspecten, te weten de longaandoening, vaak als onderdeel van een breder klachtencomplex.

In 2005 verscheen een publicatie naar aanleiding van een door een student klinische psychologie en gezondheidspsychologie verricht onderzoek naar psychische klachten in aansluiting aan een besmetting, direct na een besmetting maar ook op langere termijn - E. S. Herforthblom, *Gezondheid getroffen van een legionellabesmetting*, Universiteit van Utrecht, 20 juni 2005. Uit het onderzoek kwam naar voren dat er na een periode van lichamelijke klachten psychische klachten ontstonden; gemeld werden onder meer een sterk gevoel van insufficiëntie, slechte mentale gezondheid en beperkingen ten aanzien van sociaal functioneren.

Om het nog wat dichterbij te brengen: recent hield het certificeringbedrijf Water Inspectie bij vierendertig tandartspraktijken een steekproef. Bij twaalf praktijken werd legionella in het leidingnet aangetoond.

De Werkgroep Infectie Preventie wil tot een aanscherping van de eisen aan de installaties komen; vooralsnog wordt het aan de beroepsgroep overgelaten.

Het RIVM zag vooralsnog geen aanleiding de adviezen over te nemen en een nieuw onderzoek te starten.

Dat het fenomeen zich niet alleen bij 'Bovenkarspel' heeft voorgedaan, bleek recent maar weer eens toen een bezoeker van een saunacomplex in Ridderkerk als gevolg van legionellabesmetting overleed. Een andere bezoeker werd ziek. De GGD startte een onderzoek en uiteindelijk is het complex op last van de burgemeester gesloten.

Jurisprudentie

De rechtspraak op het gebied van legionella is tot dusver beperkt gebleven en heeft betrekking op 'Bovenkarspel'.

Ik noem in dit verband:

- Hoge Raad 29 november 2002 LJN AE5162, NJ 2003, 549;
- Rechtbank Alkmaar 12 december 2002, 44810/HA ZA 00-191, NJ 2003, 68; en


Aanleiding was de West-Friese Flora van 1999. Een aantal beursbezoekers raakte besmet met legionella pneumophila type 1. Het RIVM constateerde dat de besmetting was ver-

spreid via twee whirlpools. Uiteindelijk werden er tweehonderd mensen ziek van wie er achtentwintig zijn overleden. Het water in de whirlpools had een temperatuur van 37(C. Het water van de ene whirlpool was niet ververst of ontsmet, van de andere eenmaal na vijf dagen. In een door de Consumentenbond tegen twee standhouders - de West-Friese Flora als organisator van de expositie en de Staat - aangespannen procedure, achtte de Rechtbank Alkmaar alleen de standhouders aansprakelijk voor de legionellabesmetting bij een aantal bezoekers. In de handleidingen bij de whirlpools werd ook toen al gewezen op het treffen van voorzorgsmaatregelen met het oog op bacteriegroei. De rechtbank achtte *“niet doorslaggevend dat beide standhouders het specifieke gevaar van een besmetting met legionella niet hadden kunnen voorzien. Iemand die weet dat nalatigheid kan leiden tot gezondheidsschade, kan een verwijt worden gemaakt, ook indien de gevolgen ernstiger zijn dan hij heeft kunnen voorzien.”* De rechtbank oordeelde verder dat de West-Friese Flora en de staat niet onrechtmatig hadden gehandeld. De staat heeft al in 1984 - en later nog in 1990 - wetgeving opgesteld met betrekking tot de hygiëne van water in openbare zweminrichtingen. Verder oordeelde de rechtbank dat de staat geen regels had kunnen opstellen voor particulier gebruik van whirlpools in bijvoorbeeld expositieruimten. Ook kan de overheid als wetgever niet voor elk denkbaar risico regels opstellen. Van een organisator als West-Friese Flora kan redelijkerwijs niet worden geëist dat men controleert of alle standhouders hun voorzorgsmaatregelen treffen. De West-Friese Flora was niet tekortgeschoten in haar zorgplicht. In hoger beroep bekrachtigde het Hof Den Haag het vonnis van de rechtbank. Het hof stelde onder meer: *“... handelaren in whirlpools behoorden in 1999 bekend te zijn met het gevaar van bacteriegroei en hadden wegens het ernstig gevaar voor de gezondheid, weinig kostbare en bezwaarlijke veiligheidsmaatregelen moeten treffen”.*

De Hoge Raad laat het arrest van het hof in stand. De Hoge Raad stelt in haar overwegingen: *“... De hiermee geschonden veiligheidsnorm had het bedrijf ook behoren na te leven als het niet specifiek bekend was met het gevaar van groei van de haar niet bekende legionella bacterie.”*

Conclusie

Enerzijds klinkt in de verschillende overwegingen heel duidelijk de zorgplicht door, anderzijds de ‘Kelderluikcriteria’. Expertiseonderzoek op het gebied van legionella moet breed zijn. Of het nu gaat om een preventief onderzoek, bij een calamiteit of een mogelijke melding van een beroepsziekte. De aandacht dient enerzijds uit te gaan naar de installatie, het technische gedeelte, het beheer en de controle; anderzijds naar de mogelijke gezondheidsschade en de relatie met en het bewijs van de besmetting. Het is niet denkbeeldig dat we in het expertisevak de komende jaren in toenemende mate met besmettingskwesties te maken krijgen. Voor de beeldvorming wijs ik op het gassen van containers uit het Verre Oosten in het havengebied. Daarbij wordt methylbromide gebruikt waarmee de in de container aanwezig bacteriën worden gedood. Methylbromide is echter zeer schadelijk voor het milieu en de mens en is dus een risico voor de werknemers die de containers lossen.

Ook de MRSA bacterie noopt tot grote voorzichtigheid in de ziekenhuizen. Het gevaar op overdracht van de bacterie via bezoekers of personeel op andere patiënten die in de regel toch kwetsbaar zijn, is niet denkbeeldig en manifesteert zich regelmatig. De regelgeving en protocollering op het gebied van MRSA is al behoorlijk ontwikkeld, ziekenhuizen pakken dit serieus op. Op het gebied van gassing kan nog een inhaalslag worden gemaakt. *Gassing* vindt alleen maar plaats binnen een arbeidsproces zodat het een risico vormt voor de mensen die ermee werken. 

Het PIV-Bulletin is een regelmatig verschijnende uitgave van de Stichting Personenschade Instituut van Verzekeraars. Niets uit deze uitgave mag worden overgenomen zonder uitdrukkelijke toestemming van de redactie.

Redactiesecretaris
Mevrouw J. (Jenny) M. Polman, Stichting PIV
Postbus 93450
2509 AL Den Haag
Telefoon: 070 333 88 73
Telefax: 070 333 88 33
e-mail: j.polman@verzekeraars.nl
Website: www.stichtingpiv.nl
M.m.v. drs. P. (Peter) J.M. van Steen, tekstschrijver
Creatie & realisatie: Artmark BNO, Rijswijk