

## 121 Terug aan het werk na een ongeval; wie kan wat van wie vergen?

Prof. mr. A.L.M. Keirse<sup>1</sup>

*Donner en Aboutaleb spreken klare taal: re-integratie is een individueel alsook collectief belang, werken maakt gelukkig en stimuleert de economische groei.<sup>2</sup>*

*Uit de mond van de veroorzaker van een ongeval die tot schadevergoeding wordt aangesproken door degene die hij zojuist van de sokken heeft gereden en zijn leven plots op de kop ziet staan, klinkt dit echter zeer cru. Daar staat tegenover dat deze aangesproken partij wel degelijk bij het belang op herstel en inzet van arbeidsvermogen wordt betrokken. Hij wil voorkomen dat het slachtoffer denkt bij de pakken neer te (blijven) zitten nu 'Sijmen betaalt'.*

*Meer dan eens verschijnt er dan een rechtsbeoefenaar ten tonele. Past hem de rol van harde leermeester die moet voorkomen dat de getroffen, overigens zonder het te beseffen, met geldelijke vooruitzichten wordt aangezet om in zijn beperkingen te berusten? Twee waargebeurde verhalen waarbij de rechterlijke macht zich voor deze vraag zag gesteld, kunnen als illustratie dienen.*

### 1 Voorgelegde vragen

#### 1.1 Casus I – Rb. Rotterdam 28 maart 2008, LJN BD2303

Een 28-jarige elektricien tuimelt op een bouwplaats enkele meters naar beneden met een gecompliceerde dubbele enkelbreuk als gevolg. De aansprakelijkheid van de werkgever is gegeven; een van de dekstukken die de tunnelstukken waarop de elektricien voor zijn werkzaamheden op en neer moest lopen, bleek niet geborgd. De enkel wordt operatief behandeld, maar een beperkte enkelfunctie resteert; de blijvende invaliditeit wordt bepaald op 8 %. Dan wordt de begeleiding van een arbeidsdeskundige ingeroepen. Na enige pogingen tot werkhervatting valt de elektricien uit en wordt hij met toestemming van het CWI ontslagen. Er wordt een psychiater bijgehaald; deze diagnosticeert een dysthyme stoornis en licht toe dat sprake is van een prikkelbare stemming en interesseverlies wat gepaard gaat met een verminderd energieniveau. De man vindt daarna werk bij een andere werkgever, maar tegen een lager loon. En dat is schade die hij van zijn voormalig werkgever vergoed wil zien. Echter, deze werkgever heeft de ongevalseerde twee en half jaar vergoed en vindt het daarmee welletjes. De elektricien zou zich onvoldoende hebben ingespannen om zijn situatie te verbeteren; op de aangeboden arbeidsdeskundige ondersteuning is hij niet ingegaan, op voorgelegde passende vacatures heeft hij niet gereageerd en kranten heeft hij niet op vacatures nageplozen. De man wilde liever het resultaat van medisch onderzoek afwachten. Komt hem dit nu duur te staan?

#### 1.2 Casus II – HR 14 december 2007, RvdW 2008, 18

Een vrouw, 28 jaar oud en voltijds werkzaam als wijkverpleegkundige, wordt bij een kop-staartbotsing aangereden door een andere automobilist. Zij ondervindt ten gevolge van het verkeersongeval pijn in de nek en het hoofd met uitstraling naar de rechterarm tot in de vingers en heeft te kampen met concentratiestoornis en vermoeidheid. Meerdere medische onderzoeken volgen. De conclusie luidt dat de pijnklachten en de uitstraling daarvan ondanks de afwezigheid van een objectieveerbare bewegingsbeperking een blijvend invaliditeitspercentage van 4 % veroorzaken. Na aanvankelijk volledig en vervolgens gedeeltelijk arbeidsongeschikt te zijn verklaard, wordt de vrouw volledig arbeidsgeschikt beoordeeld met als gevolg dat haar arbeidsongeschiktheidsuitkering wordt ingetrokken. Inmiddels heeft zij haar werkzaamheden als wijkverpleegkundige bij haar oude werkgever gedeeltelijk weer hervat, doch uiteindelijk voor niet meer dan 24 uren per week.

Dit betekent in vergelijking met haar situatie van voor het ongeval een verlies aan inkomsten, waarvoor zij vergoeding vordert van de verzekeraar van de veroorzaker van het ongeval. De verzekeraar stelt evenwel dat er geen sprake is van verlies van arbeidsvermogen en daarmee evenmin van schade. Wellicht kan de vrouw gezien haar gezondheidssituatie niet meer dan 24 uren per week werkzaam zijn als wijkverpleegkundige, maar binnen de zorgsector zijn er diverse andere beroepen die gelet op haar opleiding, arbeidsverleden, affiniteiten en belastbaarheid voor haar geschikt zijn waarmee zij een inkomen kan verdienen dat gelijkwaardig is aan haar maatmaninkomen.

<sup>1</sup> Prof. mr. A.L.M. Keirse is hoogleraar privaatrecht aan de Universiteit Utrecht en redacteur van dit blad.

<sup>2</sup> Zie onder meer Kamerstukken II 2007/08, 28 719, nr. 43.

De vraag die voorligt is of van de vrouw die als gevolg van haar lichamelijke beperkingen veroorzaakt door het ongeval niet meer in staat is haar baan als wijkverpleegkundige op fulltime basis uit te oefenen mag worden verlangd dat zij, ter beperking van haar schade, van werkring verandert en een baan zoekt en aanvaardt waarin zij wel op fulltime basis kan functioneren.

## 2 Juridisch kader

### 2.1 *In eigen rechtssfeer is een ieder heer en meester*

Vraagt men of de man dan wel de vrouw ter beperking van de gestelde schade *verplicht* kan worden om ander werk te aanvaarden dan hij of zij wenst te doen, dan luidt het antwoord ontkennend. De man en de vrouw kunnen subjectieve, weloverwogen redenen hebben om niet voor vervangende, passende arbeid te kiezen. Essentiële levensbeslissingen als deze behoren op eigen kracht en naar eigen inzicht te worden genomen. Ware het anders, dan zou de handelingsvrijheid te zeer worden beperkt en zouden zelfs grondrechten in het gedrang kunnen komen. Hier zou, om meer precies te zijn, het grondrecht op vrije keuze van arbeid geweld aan worden gedaan. Een benadeelde kan dus niet ter beperking van inkomensschade gedwongen worden passende arbeid te verrichten. Meer in het algemeen geldt dat niemand rechten kan worden verplicht zichzelf voor schade te behoeden.<sup>3</sup> Ten aanzien van de eigen persoon en de eigen goederen is een ieder vrij te doen en laten wat hij of zij wil. Men mag voor eigen lijf en leden zorgen zoals men goedgevoelt. En ook is men gerechtigd schade toe te brengen aan het eigen vermogen. In eigen rechtssfeer is een ieder derhalve heer en meester.

Dit geldt evenzeer indien er een schadeveroorzakende gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk kan worden gehouden in het spel is. Als iemand struikelt en gewond raakt, kan diegene door niemand worden verplicht maatregelen te treffen ter bevordering van zijn of haar genezing. Indien de val door een ander is veroorzaakt en er een recht op verhaal van schade ontstaat, wordt dat niet anders. Weliswaar kan nu gesteld worden dat de schadeveroorzaker mede bij het belang op genezing wordt betrokken, maar het blijft de benadeelde vrijstaan zijn of haar eigen gezondheid te verwaarlozen. Hiermee staat buiten kijf dat hetgeen in ons recht als schadebeperkingsplicht wordt aangeduid geen rechtsplicht is. In dit opzicht is de term schadebeperkings*plicht* dan ook misleidend. Immers, de veronachtzaming van eigen belang is rechtens geoorloofd, tenzij daardoor tevens rechtsbelangen van anderen worden gekrenkt.

### 2.2 *Een vrije keuze met een prijskaartje*

Nu vaststaat dat de gekwetste elektriciën en wijkverpleegkundige niet ter beperking van inkomensschade kunnen worden verplicht de overgebleven arbeidskracht productief te maken, rijst aansluitend de vraag naar de aanspraak op schadevergoeding. Kunnen zij zich op hun recht op zelfbeschikking beroepen en tegelijkertijd de schadelijke gevolgen van hun keuze geheel op de aangesproken daders afwentelen?

Het rollenpatroon van dader en benadeelde in de aangehaalde casus wijkt af van het patroon zoals dat gewoonlijk op het toneel van het aansprakelijkheidsrecht wordt verbeeld. Traditioneel wordt de benadeelde als het lijdend voorwerp voorgesteld in een schouwspel waarbij de dader nadrukkelijk de hoofdrol speelt. Het gedrag van de dader is de oorzaak van de schade. Hij had de vrijheid om de schade te voorkomen, indien hij had verkozen anders te handelen dan hij deed. De benadeelde heeft de schade geleden en tracht hiervoor schadevergoeding te krijgen. Voor het overige is er weinig aanleiding om zich te verdiepen in zijn persoon. Deze voorstelling wijzigt in gevallen als deze waar het verloop van de (inkomens)schade een proces van opeenvolgende keuzes en beslissingen van beide partijen is. De rol van de benadeelde is nu minder lijdelijk. Bedacht zij immers, dat hier niet zozeer de dader maar vooral de getroffen(e) verder invloed kan uitoefenen op de omvang van de inkomensschade die door toedoen van de dader wordt geleden. Bij dergelijk wederzijds toedoen van dader én benadeelde speelt niet alleen de klassieke vraag in hoeverre de vrijheid van de dader moet worden beperkt ter bescherming van de rechtsbelangen van de benadeelde, maar worden de rollen ook omgedraaid; het gaat tevens om de vraag naar de bescherming van de dader tegen de vrijheid van de benadeelde.

Aan de zijde van de dader geldt dat een enkele veroorzaking van schade onvoldoende is om de dader verantwoordelijk te houden voor de gevolgen daarvan. Er moet een deugdelijke rechtsgrond zijn om de schade op de dader af te kunnen wentelen, anders blijft zij waar zij valt. Het aansprakelijkheidsrecht houdt het individu slechts verantwoordelijk, als hij op onaanvaardbare wijze gebruik heeft gemaakt van zijn vrijheid en daarmee de vrijheid van de ander te zeer heeft beperkt. Voor de verantwoordelijkheid aan de zijde van de benadeelde geldt eveneens dat een enkele causale bijdrage aan de omvang of het ontstaan van de schade onvoldoende is. Het gedrag van de benadeelde moet normschendend zijn wil een aanname van medeverantwoordelijkheid gerechtvaardigd zijn. Of de weigering van de elektriciën of de wijkverpleegkundige om de hun overgebleven

<sup>3</sup> TM, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 350. Dit beginsel geldt overigens niet absoluut. Onder meer kan hier worden gewezen op de verplichting om in het verkeer een autogordel of valhelm te dragen (art. 59 en 60 RVV). Zie ook A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht; Over eigen schuld aan de omvang van de schade* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2003, p. 17 en 75.

arbeidskracht volledig productief te maken normschendend is, is nog maar de vraag, waarover hieronder meer. Maar is sprake van een dergelijke medeverantwoordelijkheid voor de omvang van de schade, dan is de rechtsgrond tot afwenteling van de schade op de dader nog slechts in verminderde mate aanwezig. Het is niet in te zien waarom alleen de dader zou moeten opdraaien voor de schade, wanneer ook de benadeelde daaraan op toerekenbare wijze heeft bijgedragen.

Let wel, de rechtsgrond tot afwenteling van de schade boet aan kracht in, maar is nog wel aanwezig. De dader behoort niet volledig vrijuit te gaan. De keuze van het slachtoffer om na het ongeval de prioriteiten te herbeziehen en niet meer zoveel uren te werken als voorheen heft de fout van de schadeveroorzaker niet op, zo moet worden vooropgesteld. Met een optimale inzet van het slachtoffer kan de schade wellicht voor een belangrijk deel worden vermeden. Maar bij gebreke van de fout van de aangesproken automobilist en werkgever zou de schade in het geheel niet zijn ontstaan. Laatstgenoemden hebben de slachtoffers in de benarde situatie gebracht, waarin de noodzaak tot het maken van levensbeslissingen omtrent werk en inkomen ontstond.

Een gedeelde verantwoordelijkheid vraagt dus om een gedeelde toerekening. Zoals het rechtvaardig is, dat hij die zichzelf schade berokkent, deze zelf moet dragen, en het rechtvaardig is dat degene die een ander onrechtmatig schade berokkent, deze moet vergoeden, zo is het ook rechtvaardig dat waar de schade is terug te voeren op dader én benadeelde, de schadelast over beiden wordt verdeeld. Dit gedachtegoed is in artikel 6:101 BW gecodificeerd; wanneer de schade mede een gevolg is van aan de benadeelde toe te rekenen omstandigheden, wordt de vergoedingsplicht van de dader verminderd door de schade over partijen te verdelen. Dit artikel ziet op eigen schuld van de benadeelde aan zowel het ontstaan als de omvang van de schade en omvat een tweeledige verdelingsmaatstaf die de nodige vrijheid laat om de gegevenheden die het concrete geval kenmerken, het gewicht toe te kennen dat daaraan in de desbetreffende situatie toekomt.<sup>4</sup>

Verondersteld dat de elektricien en wijkverpleegkundige de schade hadden behoren te beperken, is aldus een verdeling van de schadelast op zijn plaats. De schadeveroorzaker mag zich natuurlijk niet van zijn verantwoordelijkheid ontheffen door erop te wijzen dat de benadeelde door het treffen van maatregelen kon voorkomen dat deze van de schade in volle omvang slachtoffer zou worden. Tegelijkertijd is het ook onredelijk als de benadeelde de schadelijke gevolgen van eigen nalatigheid geheel op de dader kan afwentelen. Schadebeperking is en blijft een vrije keuze, maar wel een keuze waar een prijskaartje aanhangt.

### 2.3 Terughoudendheid geboden

Vanzelfsprekend is niet iedere gedraging van de benadeelde die op de schadeomvang van invloed is, voldoende om de aansprakelijkheid van de dader te verminderen. Immers, in dat geval zou de dader zich bijna altijd gedeeltelijk van aansprakelijkheid kunnen bevrijden. Bij de meeste schadevoorvallen beïnvloedt de benadeelde wel op een of andere wijze de schadeomvang.

Wil van een schending van de schadebeperkingsplicht sprake zijn – en daarmee van eigen schuld –, dan moet geoordeeld worden dat het slachtoffer tekort komt ten opzichte van het normale inzicht waarvan een redelijk persoon in de gegeven omstandigheden in zijn eigen belang blijk zou hebben gegeven ter voorkoming of beperking van nadeel waarmee hij door andermans toedoen wordt geconfronteerd. Dat de elektricien en de wijkverpleegkundige een deel van de inkomensschade hadden kunnen voorkomen door anders te handelen dan zij deden is met andere woorden niet voldoende om hen deze schade gedeeltelijk zelf te laten dragen. Vereist is tevens dat zij anders hadden *behoren* te handelen. Wat nu kan in redelijkheid van de slachtoffers worden gevergd?

Een eerste opmerking van algemene strekking is, dat bij de beoordeling van het gedrag van de benadeelde nadrukkelijk moet worden meegewogen dat hij door een schadeveroorzakende daad waarvoor de dader aansprakelijk – en veelal verzekerd – is, in de situatie is komen te verkeren die hem tot schadebeperking noopt. De dader die zelf op onrechtmatige wijze jegens de benadeelde is tekortgeschoten, heeft niet veel te eisen van de benadeelde. In *Banco de Portugal v. Waterlow* verwoordde Lord MacMillan het aldus:

‘It is often easy after an emergency has passed to criticise the steps which have been taken to meet it, but such criticism does not come well from those who have themselves created the emergency.’<sup>5</sup>

Het niet nemen van schadebeperkende maatregelen is alleen dan aan de benadeelde toe te rekenen, indien op grond van de omstandigheden van het geval en in het licht van de aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis moet worden geoordeeld dat het nemen van dergelijke maatregelen in redelijkheid van hem had kunnen worden gevergd. Een zekere mate van terughoudendheid is hier geboden.

Dit laatste geldt te meer waar het om letselschade draait. Om te beginnen vloeit dit voort uit de prioriteit die in ons recht aan letselschade wordt toegekend in vergelijking tot zaakschade of zuivere vermogensschade. Naarmate

<sup>4</sup> Zie nader A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht; Over eigen schuld aan de omvang van de schade* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2003, p. 197 e.v.

<sup>5</sup> *Banco de Portugal v. Waterlow* [1932] All. E.R. Rep. 204.

het gekrenkte rechtsgoed van de benadeelde een hogere waarde heeft, is vermindering van de vergoedingsplicht van de dader minder snel op zijn plaats. Aan het beginsel dat bij letselschade zeer ruim wordt toegerekend aan de zijde van de dader is de juridische optiek reeds lang gewend. Zo is het vaste rechtspraak dat degene die een onrechtmatige daad begaat die bestaat uit het veroorzaken van letsel in beginsel aansprakelijk is voor alle schade over de gehele periode die met de genezing van het letsel of herstel van de arbeidsgeschiktheid is gemoeid, ook al duurt dat langer dan in de normale lijn der verwachtingen ligt.<sup>6</sup>

Daarbij komt dat een adequate reactie op letsel doorgaans meer van de persoon van de benadeelde vergt dan een adequate reactie op zuivere vermogensschade. Letselschade is in de regel ingrijpend en brengt de benadeelde eerder uit balans. Het gedrag van de benadeelde dat in het letselschaderecht in het kader van de leer der schadebeperking ter beoordeling voorligt, kan in sterke mate worden beïnvloed door psychische reacties die gewoonlijk op verlies van gezondheid volgen, waartoe ontzetting en angst behoren, alsook opstandigheid, woede en vertwijfeling, somberheid, evenals berusting en aanvaarding. Het antwoord op de vraag welke maatregelen van een slachtoffer van verwonding in het kader van zijn schadebeperkingsplicht kunnen worden gevergd, wordt daarmee mede bepaald door de persoonlijke omstandigheden waarin het slachtoffer verkeert. Weliswaar kunnen subjectieve omstandigheden de benadeelde niet van elke zorg ontheffen, maar zij kunnen wel in een individueel geval de grens van zijn schadebeperkingsplicht verleggen.

#### 2.4 Terughoudendheid begreemd

Hoewel de concrete invulling van de schadebeperkingsplicht niet steeds op voorhand aan te geven is, is er wel een minimum standaard van zorg die in dit kader van elke benadeelde kan worden gevergd. Een verstandig slachtoffer gaat hier uit zichzelf toe over, uit welbegrepen eigen belang. De onwillige zal om overcompensatie te keren, zijn aanspraak op volledige schadevergoeding verbeuren.

Men dient ervoor te waken hier al te terughoudend te zijn. Zeker in een tijd als de onderhavige waarin ten aanzien van daders meer dan eens een bovenmenselijke maat wordt aangelegd, komt het niet juist voor om ten aanzien van slachtoffers alle menselijke zwakheden te eerbiedigen. Het uitgangspunt van een ruime toerekening van schadelijke gevolgen aan de dader is op het terrein van het letselschaderecht weliswaar te rechtvaardigen, maar voor de toerekening van consequenties van uiterst persoonlijke en moeilijk achterhaalbare of niet te controleren omstandigheden moeten sterke argumenten pleiten. Het adagium dat de dader de benadeelde heeft te nemen zoals deze is, verdient met andere woorden een zekere gelding, maar de rechter hoort ervoor te waken dat het hem vleugellam maakt.<sup>7</sup> Het mag immers niet zo zijn dat de dader het maar te slikken heeft dat het slachtoffer is zoals hij of zij is, en doet wat hij of zij doet. Een dergelijke verabsolutering van genoemd adagium zou ertoe leiden dat zieligheid op het terrein van het letselschaderecht wordt overgecompenseerd en dat er voor de schadebeperkingsplicht niet of nauwelijks een rol is weggelegd. Wie dan als dader te maken krijgt met een slachtoffer dat niet meer aan het werk wil en aanstuurt op afkeuring, zal langdurig voor de volledige inkomensschade opdraaien.

#### 2.5 Inkleuring van de maatstaf

Na verwonding zal het slachtoffer, wil hij een aanspraak op volledige schadevergoeding behouden, aldus alles in het werk dienen te stellen wat redelijkerwijs van hem kan worden gevergd om aan zijn herstelproces bij te dragen. Wanneer – zoals in de aangehaalde casus – de onrechtmatige verwonding vermindering van het arbeidsvermogen meebrengt, moet het slachtoffer de hem overgebleven arbeidskracht binnen de grenzen van zijn mogelijkheden productief zien te maken. Ter beperking van inkomensschade moet hij, voor zover hij daartoe in staat is, trachten door passende arbeid inkomsten te verwerven. Wat in dit kader precies van de gewonde kan worden gevergd is afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval.<sup>8</sup> Zo zijn de leeftijd, het arbeidsverleden, de opleiding, de capaciteiten en de

<sup>6</sup> Zie de jurisprudentieoverzichten in *Schadevergoeding I* (Boonekamp) art. 6:98, aant. 46 en *Schadevergoeding II* (Bolt) art. 6:107, aant. 19.

<sup>7</sup> Zie hierover meer uitgebreid A.L.M. Keirse, 'The tortfeasor takes his victim as he finds him', in: T. Hartlief & S.D. Lindenbergh, *Tien penenstreken over personenschade*, Den Haag: SDU 2009, p. 107-126.

<sup>8</sup> Verwezen zij naar de volgende rechtspraak: Hof Amsterdam 18 juni 1952, NJ 1952, 607 (cassatie verworpen HR 30 januari 1953, NJ 1953, 624 (ATO/ Tesser)); Rb. Amsterdam 25 september 1964, NJ 1965, 42 (Hekker/Staat); Hof 's-Hertogenbosch 15 oktober 1964, VR 1968, 128 (Hoppers/Hendrixx); Hof 's-Hertogenbosch 3 september 1968, VR 1970, 42 (Van den Wildenberg/Erven); Rb. Groningen 14 februari 1975, VR 1978, 62 (Schaaphok/Staat); Rb. Amsterdam 11 april 1984, VR 1985, 61 (Bedrijfsvereniging/SV); Rb. Groningen 24 mei 1985, VR 1986, 145 (Kraakman/AGO); Rb. Arnhem 30 januari 1986, VR 1987, 49 (Van der Linde/RVS); Hof Amsterdam 16 maart 1989, L&S 1999, nr. 1, p. 7-9 (Boerenzoon); Rb. Utrecht 12 juli 1989, VR 1990, 164 (Boerefijn/Brunt); Rb. 's-Gravenhage 30 september 1998, VR 1999, 177 (Dijkstra/NN); Hof Arnhem 16 februari 1999, VR 2001, 98 (Schrijver/Interpolis); Hof Amsterdam 2 maart 2000, NJkort 2000, 32 (Interpolis/Kamps); Rb. Rotterdam 26 juli 2001, Zaaknr. 148091/HA ZA 00-2543 (Aarts/Stad Rotterdam); Hof 13 mei 2003, NJ 2003, 652 (A/Stad Rotterdam); Rb. Zwolle/Lelystad 7 december 2005, LJV AV4128 (X/Univé); Rb. Haarlem 23 augustus 2006, JA 2006, 136 (H-B/Noordhollandsche); Rb. Dordrecht 18 oktober 2006, JA 2007, 13 (Magazijnmedewerkster); Rb. Breda 27 februari 2008, LJV BC5872; Rb. Arnhem 2 juli 2008, LJV BD7643.

eventuele vakkennis van het slachtoffer van groot belang. Daarbij zal ook het milieu waarin het slachtoffer verkeert, diens levenswijze en persoonlijkheid in ogenschouw moeten worden genomen. Andere relevante wegingsfactoren zijn de aard van het letsel, de mate van invaliditeit en de situatie op de arbeidsmarkt.

### 3 Casusoplossing

#### 3.1 *Terug naar casus I*

Wat nu betekent het bovenstaande voor de ten voorbeeld gestelde elektriciën? Deze wilde, zo lijkt het, niet meer aan het werk, of voelde zich te terneergeslagen om de draad weer op te pakken. Hij gaf de werkgever te kennen geen arbeidsdeskundige begeleiding nodig te hebben, maar liever het resultaat van het medisch onderzoek af te willen wachten. De rechter komt tot de conclusie dat de man aldus niet de sollicitatie en integratie-inspanning heeft verricht die van hem mocht worden verwacht en zodoende niet heeft voldaan aan de op hem rustende verplichting zijn inkomensschade te beperken. De stelling van de man dat zijn gedrag verklaring vindt in de door de psychiater gesignaleerde dysthyme stoornis kan niet baten. Zelfs als de dysthyme stoornis uitsluitend het bedrijfsongeval als oorzaak kent, dan moet de werknemer zich daarvoor laten behandelen, wil hij geacht worden aan zijn inspanningsverplichting te voldoen, aldus de rechter.

Hier wordt de schadebeperkingsplicht ingezet om het beginsel van ruime toerekening bij aansprakelijkheid voor personenschade te begrenzen. En met recht. Voor zover de elektriciën zich schuldig maakt aan opzettelijke aggraving of simulatie spreekt het belang van deze inzet voor zich. Maar ook als geoordeeld moet worden dat hij doet wat hij doet omdat hij zo in elkaar steekt en zijn gedrag mede aan een predispositie moet worden toegeschreven, verdient het leerstuk van de schadebeperkingsplicht toepassing. In dat geval mag de elektriciën weliswaar niet de gemiddeld robuuste en fitte mens ten voorbeeld worden gesteld, maar dat betekent niet dat hij straffeloos bij de pakken neer mag zitten en zich geheel achter zijn persoonlijkheidsstructuur kan verschuilen. Het aanvaarden van professionele hulp is dan geboden. Immers, net als van een ieder, kan ook van een gepredisponerd slachtoffer worden gevergd, dat hij bijdraagt aan zijn herstelproces en vervolgens zijn arbeidskracht weer productief ziet te maken, zij het dat hem wellicht meer tijd dan gemiddeld wordt gegund en de geïndiceer-

de (psychiatrische) behandeling zich tevens zal richten op de predispositie.<sup>9</sup>

Dit betekent evenwel niet dat de desbetreffende uitspraak van de rechtbank Rotterdam de toets der kritiek kan doorstaan. Het dogmatisch kader ontbreekt en daarmee blijft het ook onduidelijk welke rechtsgevolgen de rechter aan de schending van de schadebeperkingsplicht verbindt. Laat hij de schade die het slachtoffer had kunnen voorkomen, geheel en al voor eigen rekening, zoals vluchtige lezing doet vermoeden aangezien de vordering volledig wordt afgewezen?<sup>10</sup> Of hangt deze uitkomst samen met de wijze van procederen? Immers, gevorderd werd een verklaring voor recht dat de volledige en toekomstige schade als gevolg van het ongeval geheel aan de werkgever moet worden toegerekend, waarmee de rechter wellicht meende zich voor een alles of niets vraag gesteld te zien. Daarnaast is nog denkbaar dat de afwijzende beslissing van de rechter is toe te schrijven aan het feit dat de werkgever de eerste jaren na het bedrijfsongeval de schade volledig vergoed heeft, terwijl de elektriciën toen evenmin volledig aan zijn schadebeperkingsplicht voldeed; wellicht acht de rechter daarmee al met al de schade voldoende gecompenseerd.

Het antwoord op de vraag of rechters aan een geconstateerde schending van de schadebeperkingsplicht een beperking dan wel verval van de aanspraak op schadevergoeding als rechtsgevolg verbinden is evenwel van belang, daar er op hieromtrent twee stromingen zijn te onderscheiden. Van oudsher werd geleerd dat de vermeerdering van de schade die het gevolg is van het stilzitten van de benadeelde, geheel te diens laste moet blijven. De daartegenover staande, door mij aangehangen leer dat de dader gehouden is tot vergoeding van een evenredig deel van de extra schade die bij redelijk handelen van de benadeelde zou zijn voorkomen, wint evenwel meer en meer veld.<sup>11</sup>

#### 3.2 *Terug naar casus II*

Hoe te oordelen over de wijkverpleegkundige? Door toedoen van een ander loopt zij letsel op. Als gevolg daarvan kan zij niet langer met de werkzaamheden die zij voor het oplopen van het letsel verrichtte, in dezelfde omvang inkomsten verdienen, maar dit kan eventueel wel met andere werkzaamheden. Is zij nu, om te voorkomen dat de vermindering aan inkomsten voor eigen rekening blijft, gehouden om tot het verrichten van die andere werkzaamheden over te gaan?

De rechtbank antwoordt bevestigend; het slachtoffer voldoet niet aan haar schadebeperkingsplicht door slechts

<sup>9</sup> Zie Hof Leeuwarden 21 november 2001, LJN AD 7178 (Woudsend/A), Rb. Zutphen 18 juli 2002, LJN AE 5637 (Amicon), Rb. Arnhem 5 december 2007, LJN BC 1174, alsook Keirse, a.w. p. 144 e.v.

<sup>10</sup> Aldus leest J. Schep, 'Schadebeperking en de filosofie van de rolcontainer', *PIV-bulletin* 2008, p. 24.

<sup>11</sup> Zie hierover A.L.M. Keirse, 'Het 'alles of niets'-denken naar de geschiedenis verbannen; over de sanctie van niet-naleving van de schadebeperkingsplicht en de verdelende rechtvaardigheid', *AV&S* 2005-1, p. 3-16.

als wijkverpleegkundige bij haar huidige werkgever te willen blijven werken, tenzij zij geacht moet worden niet in staat te zijn tot het verrichten van ander werk. In hoger beroep speelt juist dit laatste aspect een belangrijke rol. Met een beroep op rapporten van verzekeringsgeneeskundigen en arbeidspsychologen komt het hof tot het oordeel dat het risico dat de wijkverpleegkundige uiteindelijk toch niet in staat zal blijken te zijn om een andere fulltime werkkring te vervullen aanwezig en reëel is. Het acht de keuze van het slachtoffer om het werk van vóór het ongeval in een parttime dienstverband voort te zetten in de gegeven omstandigheden redelijk. De Hoge Raad, vervolgens, kiest geen partij, maar doet het cassatieberoep af met toepassing van artikel 81 RO.

Dit is niet onbegrijpelijk. In algemene zin is het antwoord op de gestelde vraag duidelijk; wanneer een slachtoffer het beroep of bedrijf, waarin hij voor het ongeval werkzaam was, door zijn invaliditeit niet meer kan uitoefenen, zal hij in beginsel redelijkerwijs gehouden zijn ander werk te aanvaarden dan hij gewoon was te doen.<sup>12</sup> Hij zal daartoe de nodige inspanningen dienen te verrichten en zich eventueel moeten laten omscholen. De persoonlijke voorkeuren waardoor het slachtoffer zich bij het zoeken en aanvaarden van werk vóór het ongeval liet leiden, mogen niet ongewijzigd als uitgangspunt blijven gelden bij de beantwoording van de vraag welke werkzaamheden het slachtoffer in de situatie die door het ongeval is ontstaan redelijkerwijs zal dienen te aanvaarden.<sup>13</sup> Dit betekent dat de enkele bereidheid van het slachtoffer om in dezelfde functie en voor dezelfde werkgever te blijven werken als voor het ongeval, in de regel als onvoldoende kan worden aangemerkt.

Maar er zijn als gezegd grenzen aan hetgeen van het slachtoffer kan worden gevergd. Een benadeelde dient zijn schade te beperken voor zover dit redelijkerwijs van hem kan worden verwacht, maar anderzijds moet gewicht worden toegekend aan de vrijheid van de benadeelde om zijn leven in te richten als hem met het oog op zijn belangen goedgevoelt. In dit spanningsveld moet naar een evenwicht worden gezocht. Een dader behoort niet de dupe te worden van een financieel nadelige en moeilijk te verdedigen keuze van de benadeelde, maar tegelijkertijd voert de schadebeperkingsplicht van een benadeelde niet zo ver dat hij zich uitsluitend mag richten op de voor de dader in de nabije toekomst minst nadelige mogelijkheid.<sup>14</sup> Dit betekent dat van de benadeelde in het algemeen niet mag worden gevergd dat hij werk dat hij met plezier kan blijven doen, als mogelijke broodwinning uitsluit en inruilt voor werkzaamheden waarmee hij

geen enkele affiniteit heeft en evenmin zal krijgen, louter en alleen om het financiële nadeel te beperken dat de dader gelet op zijn verplichting tot schadevergoeding draagt.<sup>15</sup> Het past in het bijzonder niet degene die verantwoordelijk is voor een ernstige inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht als gevolg van het ongeval dat te verlangen en daarmee ook het overgebleven zelfbeschikkingsrecht inzake keuze voor arbeid buiten spel te zetten. Daarbij komt, en ook dat tekent het onderhavige geval, dat van het slachtoffer niet mag worden verwacht dat hij zich actief opstelt om ander werk te verkrijgen waarop hij gezien de bijzondere omstandigheden van het geval geen reëel perspectief heeft. In welke mate een aanpassing van de persoonlijke voorkeuren van het slachtoffer kan worden gevergd, kan immers slechts worden bepaald aan de hand van de concrete beperkingen van de mogelijkheid tot het aanvaarden van werk die uit de gevolgen van het ongeval voortvloeien.

Vanuit deze invalshoek is de uitkomst *in casu* goed verdedigbaar; het hof heeft oog voor het belang van het niet hoeven oppakken van andere fulltime werkzaamheden waarvan het welslagen onzeker is, maar het op parttime basis mogen voortzetten van de werkzaamheden als wijkverpleegkundige waaraan zij veel arbeidsvreugde beleeft. Hierbij is van belang dat er geen sprake is van een gerichte re-integratiepoging; weliswaar legt de dader, althans diens verzekeraar, een rapport van een arbeidsdeskundig bureau over waarin staat dat er binnen de zorg genoeg functies zijn die minder belastend zijn dan de functie van wijkverpleegkundige, maar dat rapport is niet zo hard dat dit het hof ervan kan overtuigen dat de wijkverpleegkundige ook in dat andere werk niet uit zou vallen als ze voltijds zou werken.

Mijn conclusie is dat, afhankelijk van de waardering van de feiten en de opstelling van de dader, een tegenovergestelde uitkomst in een geval als dit eveneens denkbaar is. Het staat of valt hier met de inschatting van de mate van waarschijnlijkheid dat het slachtoffer weer fulltime zou kunnen functioneren in een baan die gelet op haar persoonlijke situatie redelijkerwijs als passend kan worden aangemerkt. Het is aan de dader om feiten en omstandigheden aan te dragen die een dergelijke beoordeling kunnen dragen, nu op hem de bewijslast rust van de schending van de schadebeperkingsplicht. Hij kan daarbij niet volstaan met de enkele stelling dat de schade te beperken is; hij dient het slachtoffer mogelijkheden aan te dragen en onder omstandigheden de re-integratie te financieren.

<sup>12</sup> Aldus o.a. Keirse, *a.w.* (2003), p. 169 e.v. en *Schadevergoeding II* (Bolt), art. 6:107, aant. 18. Zie ook Rb. Den Haag 30 september 1998, VR 1999, 177 (Dijkstra/NN) en Hof Arnhem 16 februari 1999, VR 2001, 98 (Schrijver/Interpolis).

<sup>13</sup> Aldus Hof Amsterdam 2 maart 2000, NJkort 2000, 32 (Interpolis/Kamps) en Rb. Rotterdam 26 juli 2001, Zaaknr. 148091/HA ZA 00-2543 (Aarts/Stad Rotterdam).

<sup>14</sup> Zie Hof 's-Hertogenbosch 3 september 1968, VR 1970, 42 (Van den Wildenberg/Erven).

<sup>15</sup> Zie Hof Amsterdam 18 juni 1952, NJ 1952, 607 (cassatie verworpen HR 30 januari 1953, NJ 1953, 624 (ATO/ Tesser)) en Hof Amsterdam 16 maart 1989, L&S 1999, nr. 1, p. 7-9 (Boerenzoon).

#### 4 Herstel heeft voorrang op vergoeding

Met de erkenning van de bepleite wederzijdse verantwoordelijkheid worden beide partijen geprikkeld om zoveel als mogelijk aan re-integratie bij te dragen. De les is dat met het leerstuk van de schadebepercingsplicht een combinatie van vergoeding en herstel kan worden

gerealiseerd. Terwijl schadevergoeding niet meer is dan een genoegdoening voor een werkelijkheid die slecht blijft, betekent herstel, ook als het slechts gedeeltelijk is, een verbetering van het reële zijn. Hiervan dienen alle actoren op het terrein van het letselschaderecht door-drongen te zijn, onafhankelijk van de vraag aan welke kant ze staan.

## 131 Psychiatrische ongevalgevolgen van traumatisch hersenletsel bij kinderen

Dr. W.B. Gunning<sup>1</sup>

*Om antwoord te kunnen geven op de vraag welke klachten en symptomen zouden kunnen zijn ontstaan als het ongeval gelaedeerde niet was overkomen, is het van belang het functioneren van het kind van vlak voor het ongeval goed in beeld te brengen. Ook kunnen ongunstige gezinsfactoren van invloed zijn op het na het ongeval ontstaan van probleemgedrag. Met de nieuwe editie van de AMA-guides zijn belangrijke wijzigingen doorgevoerd in het kwantificeren van psychiatrische ongevalsgevolgen*

### Traumatisch hersenletsel: toedracht

Hersenletsel wordt naar de oorzaak van het letsel ingedeeld in aangeboren en niet-aangeboren, waarbij het laatste wordt onderverdeeld in traumatisch en niet-traumatisch. Aangeboren hersenschade ontstaat tijdens de zwangerschap, tijdens de bevalling of vlak na de geboorte. Schade door tekortschieten van de zuurstof- of bloedvoorziening (die kan leiden tot een cerebrale parese) ontstaat in de meeste gevallen prenataal of kort na de geboorte en is in slechts 5% van de gevallen uitsluitend terug te voeren op risicofactoren tijdens de bevalling (zoals een spoed-keizersnede, een vaginale kunstverlossing of koorts wegens infectie van de vruchtholte; Verhoeven, 2002). Bij niet-aangeboren niet-traumatisch hersenletsel is een onderliggend ziektebeeld de oorzaak van het letsel (bijv. tumoren, een bacteriële of virale infectie, een herseninfarct of zuurstofgebrek). Traumatisch hersenletsel wordt gedefinieerd als een door geweld van buiten optredende verstoring van de hersenfunctie, zich uitend in verandering van bewustzijn, optreden van posttraumatische amnesie en focale of diffuse neurologische uitvals- of prikkelingsverschijnselen (Vles e.a., 2008). Traumatisch hersenletsel is bij kinderen vooral het gevolg van valpartijen, verkeersongevallen, sportletsels en geweldsmisdrijven (bijv. zinloos geweld op straat), maar kan ook ontstaan door kindermishandeling.

Bij kinderen die voor de leeftijd van 2 jaar traumatisch hersenletsel oplopen, moet men er op bedacht zijn dat de oorzaak in ongeveer de helft van de gevallen kindermishandeling is (Keenan e.a., 2003). Kinderen met hersenletsel door kindermishandeling komen vaak niet of laat onder medische behandeling: pas als het hersenletsel leidt tot een tekortschietende ademhaling, ze epileptische aanvallen krijgen of bewusteloos blijven. Als letsel door mishandeling is ontstaan, ontbreekt van de kant van de ouders/verzorgers vaak informatie over een ongeval. In de kindermishandelingsgroep is de kans groter dat het kind eerder ook al hersenletsel is aangebracht en dat ze opgroeien in minder gunstige psychosociale omstandigheden.

Sportletsel tenslotte kan bij kinderen aanhoudende klachten geven als sprake is van herhaald licht schedel-hersenletsel (bijv. met voetbal of rugby). De meeste kinderen herstellen binnen enkele uren, dagen of weken (hoofdpijn, vermoeidheid, misselijkheid, een verminderde frustratietolerantie, minder snel kunnen denken en reageren). Als het kind opnieuw schedel-hersenletsel oploopt zonder dat het al hersteld is van het vorige, dan blijken de postcommotionele klachten ernstiger te zijn. Er is hier sprake van het second-impact syndroom: bij kinderen raakt door het nieuwe letsel de autoregulatie van de bloedvoorziening van de hersenen verstoord. Het is soms beter dat een kind uitziet naar een andere sport (Kirkwood e.a., 2006).

<sup>1</sup> Dr. W.B. Gunning is neuroloog kinderepilepsie (en kinder- en jeugdpsychiater) Kempenhaeghe afd. Epileptologie Heeze en afd. Kinderneurologie UMC St. Radboud Nijmegen.