

# Redactioneel

| 199 | Corona en letselschade

## Welwillendheid gewenst

John Roth

Het coronavirus houdt het hele maatschappelijk leven in haar greep, ook de letselschadewereld ontkomt daaraan niet. Heel concreet werd dit toen een kantoorgenoot een nieuwe zaak innam van nabestaanden die in het ziekenhuis hun moeder hadden verloren die na een operatie was overleden. De vrouw had haar twijfels geuit of de operatie, die volgens de nabestaanden niet per se direct uitgevoerd hoefde te worden, in verband met corona niet beter kon worden uitgesteld. Het ziekenhuis had haar echter meegedeeld dat het risico op besmetting gering was. De vrouw was voor de operatie twee keer getest op corona en deze testen waren beide negatief. Na de operatie werd zij op een kamer gelegd met vier andere patiënten. Eén van deze patiënten bleek evenwel corona te hebben. Ook mevrouw kreeg corona en kwam daardoor te overlijden.

De vraag van de nabestaanden luidt of hier medisch foutief is gehandeld. De vragen die dan beantwoord moeten worden laten zich raden: Is mevrouw juist voorgelicht over de risico's om in deze periode geopereerd te worden (informed consent)? Hoe noodzakelijk was het om de operatie nu uit te voeren? Wist of behoorde het ziekenhuis te weten dat één van de patiënten op de betreffende kamer corona had? Had mevrouw überhaupt met andere patiënten op één kamer gelegd mogen worden? Daarnaast spelen natuurlijk causaliteitsvragen als: wanneer, waar en door wie is mevrouw besmet geraakt en hoe waarschijnlijk is het dat zij bij uitstel van de operatie een besmetting wel zou hebben overleefd?<sup>1</sup>

In ziekenhuizen, maar uiteraard ook elders speelt voorts de vraag naar werkgeversaansprakelijkheid. Hoe zit het met de arts of de verpleegkundige die corona oploopt en daar al dan niet ernstige gezondheidsklachten aan over-

houdt, of daar zelfs aan is overleden? Heel actueel zijn de corona-uitbraken in de vleesslachterijen.<sup>2</sup>

Welke zorgplicht had de werkgever? Wat was daarover bekend op het moment van de besmetting? Welke maatregelen had de werkgever behoren te treffen? Voor werknemers zal het lastig zijn om het causaal verband tussen de gezondheidsklachten en de werkzaamheden aan te tonen. Het coronavirus kan immers ook elders zijn opgelopen.

Het is sowieso al lastig om als werknemer de schade als gevolg van een beroepsziekte te verhalen. Niet voor niets wordt er onder de paraplu van de Letselschaderaad gewerkt aan een 'Handreiking voor de afwikkeling van schade door beroepsziekten' onder de titel *Goede Praktijken Beroepsziektezaken*.<sup>3</sup> Het project bevindt zich thans in de consultatiefase. Reden voor de 'Handreiking' is dat de 'afhandeling van beroepsziekteclaims in de praktijk als zeer problematisch wordt ervaren'. Met name de vraag of de gezondheidsschade van de werknemer (mede) is veroorzaakt door de werkomstandigheden is moeilijk te beantwoorden. Werkgeversaansprakelijkheid wegens schade door corona zal hierop geen uitzondering vormen.

En heeft de overheid voldoende gedaan om verspreiding van het corona-virus te voorkomen? Van Dam wijst erop dat volgens rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens de Staat het publiek in beginsel behoort te informeren over levensbedreigende risico's (artikel 2 EVRM) en ernstige gezondheidsrisico's (artikel 8 EVRM).<sup>4</sup> Zo'n plicht bestaat als de informatie over het risico niet direct beschikbaar is voor het publiek, en als de informatie alleen door de autoriteiten, die er wel over beschikken, aan het publiek kan worden gecom-

1 Zie over medische fouten tijdens de coronaperiode ook: Marco Zwagerman, 'Corona en aansprakelijkheid' op <https://bit.ly/3dnkX2p>.

2 Zie 'Hoe de corona-uitbraak bij slachterij Vion in Groenlo ontstond? Vakbonden hebben wel een idee', *Trouw* 26 mei 2020: <https://bit.ly/308pSjM>.

3 Zie <https://bit.ly/3gKufHP>; en een ander project: het rapport van de commissie Vergemakkelijking Schadeafhandeling bij Beroepsziekten, onder leiding van de heer A.J.M. Heerts: <https://bit.ly/2Mog79b>.

4 Cees van Dam, 'Corona en potentiële aansprakelijkheidsclaims', zie <https://bit.ly/3eVdxUD>, 15 mei 2020. Zie tevens de andere door Van Dam genoemde aansprakelijkheidsmogelijkheden. Dit redactioneel leent zich niet voor het behandelen van al deze onderwerpen.

municeerd. Hoewel afgelopen februari al veel over het virus bekend was (hoge besmettingsgraad, ernstiger dan griep, bijzondere kwetsbaarheid van ouderen), heeft de overheid deze informatie volgens Van Dam toen niet of onvoldoende duidelijk met het publiek gedeeld.

De eerste procedure waarin de eiser betoogde dat de Staat te weinig maatregelen had getroffen om verspreiding van het virus te voorkomen en waarin een volledige lockdown werd gevorderd, werd evenwel afgewezen.<sup>5</sup>

De rechter hield in deze zaak ‘voldoende afstand’ tot de uitvoerende macht door te overwegen (r.o. 4.3):

‘Nederland is in een acute crisissituatie beland als gevolg van (de steeds verdere verspreiding van) het coronavirus. De Staat heeft in crisissituaties als deze een grote mate van (beleids)vrijheid bij het nemen van maatregelen door middel van de inzet van bestuurlijke en juridische middelen. De besluiten die de regering in dit kader neemt, zijn voortdurend onderwerp van politiek debat en afwegingen op dit gebied behoren bij uitstek tot het domein van de uitvoerende macht. Dit brengt met zich dat de civiele rechter – en temeer de rechter in kort geding – zich zeer terughoudend dient op te stellen bij de beoordeling van de rechtmatigheid van het handelen van de Staat op dit punt. Er is geen plaats voor een eigen, ‘volle’ afweging door de burgerlijke rechter. Zo heeft de rechter niet de taak om naar eigen inzicht belangen te wegen of waarde toe te kennen aan wetenschappelijke adviezen. Alleen als evident is dat de Staat onjuiste keuzes maakt en de Staat aldus niet in redelijkheid voor het gevoerde beleid heeft kunnen kiezen, is plaats voor rechterlijk ingrijpen.’

Het coronavirus kan ook een rol spelen in letselschadezaken waar de aansprakelijkheid al vast staat. Stel iemand heeft als gevolg van een ongeval een zwakkere gezondheid. Deze predispositie is dus ongevalsgevolg. Deze persoon krijgt vervolgens corona en overlijdt, is dat dan ongevalsgevolg? Zou deze persoon zonder deze predispositie en dus zonder ongeval ook zijn overleden? Als de letselschade van bijvoorbeeld een horecaondernemer of een kapper moet worden vastgesteld, dan kan de verzekeraar aanvoeren dat de kapper ook zonder ongeval niet had kunnen werken.<sup>6</sup> Daar staat dan weer tegenover dat de kapper wel op bepaalde voorzieningen aanspraak had

kunnen maken, zoals op de Tegemoetkoming Ondernemers Getroffen Sectoren.<sup>7</sup>

Als een zelfstandige met letselschade in deze coronaperiode in een faillissement terechtkomt, zou dat dan zonder ongeval ook zijn gebeurd? En mag een verzekeraar de bevoorschotting op de schade stoppen met als argument dat zonder ongeval het slachtoffer ook in financiële problemen zou zijn gekomen?

Ook al zou het antwoord bevestigd luiden, dan is het nog de vraag of dat redelijk is. Het slachtoffer dat als gevolg van het ongeval beperkingen heeft, zal economisch kwetsbaarder zijn. Dat betekent dat na een faillissement de kansen op de (arbeids)markt veel beperkter zijn. Als de conclusie luidt, bijvoorbeeld na arbeidsdeskundig onderzoek, dat het slachtoffer op een bepaald moment (in de hypothetische situatie zonder ongeval) er wel weer in geslaagd zou zijn om na een faillissement weer inkomen te genereren, dan gaat de schade wegens verlies arbeidsvermogen ‘gewoon’ weer lopen. Dan blijkt dat de verzekeraar die tijdens de coronaperiode de hand op de knip hield, zich lelijk in de vingers heeft gesneden. Als ruimhartig zou zijn bevoorschot en de discussie over de schadeomvang en causaal verband ‘on hold’ zou zijn gezet en het slachtoffer mede dankzij bevoorschotting door deze crisis zou zijn geloodst, dan waren beide partijen beter af geweest: het slachtoffer had zijn bedrijf behouden (met naast materiële ook alle immateriële genoegens van dien) en de schade wegens verlies arbeidsvermogen zou – uiteindelijk – mogelijk veel lager zijn uitgevallen.

Zeker in deze coronaperiode is welwillendheid tussen partijen gewenst. Een aansporing daarvoor kan ook worden gevonden in recente jurisprudentie. Het Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelde namelijk dat de opstelling van de aansprakelijke verzekeraar in het schadeafwikkelingsproces meewoog bij de vaststelling van de hoogte van het smartengeld.<sup>8</sup> Eerder had hetzelfde hof een verzekeraar al aangespoord om ‘de strijdbijl te begraven’ en de Gedragscode Behandeling Letselschade na te leven.<sup>9</sup> De Gedragscode is dus allerminst een dode letter en zeker in deze coronatijd actueel.

Kortom, deze coronacrisis stelt ons voor vele vragen, waardoor ook op juridisch vlak deze crisis nog lang zal nadreunen. ■

5 Rb. Den Haag 3 april 2020 (Kort geding), ECLI:NL:RBDHA:2020:3013.

6 Zie over het voorbeeld van de kapper: Edwin Bosch, zie: <https://bit.ly/3eJUKey>.

7 De opvolger voor deze regeling is de Tegemoetkoming Vaste Lasten MKB (TVL).

8 Hof Arnhem-Leeuwarden 26 mei 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:4043. Zie eerder al Hof Arnhem-Leeuwarden 28 januari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:749 waarin het hof de aansprakelijkheidsverzekeraar aanspoorde ‘de strijdbijl te begraven’ en de Gedragscode Behandeling Letselschade na te leven.

9 Hof Arnhem-Leeuwarden 28 januari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:749.