

Weer een flinke
stap verder ...

Twijfels bij een
experiment ...

Statistische gegevens
volstaan niet

DMR 2013, 5

Implementatie Medische Paragraaf

PIV-Stappenplan Medisch Traject

Op 1 april 2010 trad de herziene Gedragscode Verwerking Persoonsgegevens Financiële Instellingen (GVP) in werking. Deze zorgde voor nogal wat onduidelijkheden binnen de afwikkeling van personenschades, onder meer ten aanzien van de rol en de verantwoordelijkheid van medisch adviseurs van verzekeraars binnen het medisch traject². Ook waren de implicaties van de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) voor de afwikkeling van personenschades inmiddels 'ontdekt' en werden er nieuwe vragen opgeworpen omtrent de omgang met medische gegevens³.

Mr. ir. J.P.M. Simons¹
Leijnse Artz
Advocaten



In 2011 heeft de Multidisciplinaire Projectgroep Gedragscode Verwerking Persoonsgegevens van het PIV daarom een "Stappenplan Medisch Traject" ontwikkeld. Doel van dat stappenplan was het gehele medische traject (vanuit het perspectief van de aansprakelijkheidsverzekeraar) chronologisch in beeld te brengen in een aantal duidelijk afgebakende stappen en vervolgens per stap aan te geven welke partij daarvoor verantwoordelijk was en wat daarbij het relevante toetsingskader was.

Sinds het opstellen van dit eerste stappenplan is er veel gebeurd. Zo is in november 2012 de geheel vernieuwde Gedragscode Behandeling Letselschade (GBL) in werking getreden. Iets daarvoor, medio 2012, was al de bijbehorende Medische Paragraaf geïntroduceerd. Vooral deze Medische Paragraaf verschaft een gedetailleerd en breed gedragen kader voor het medisch traject bij personenschades.

Om de implementatie van de Medische Paragraaf en de daarin opgenomen principes bij de aangesloten verzekeraars te bevorderen, heeft het PIV eind 2012 de Werkgroep Implementatie Medische Paragraaf (WIMP) in het leven geroepen⁴.



> WIMP: opdracht en werkwijze

- De opdracht aan de WIMP viel uiteen in twee delen. Ten eerste betrof dat het nader invulling geven aan het uitgangspunt ‘proportionaliteit’ binnen de Medische Paragraaf, onder meer met betrekking tot
- de vraag naar het wel of niet starten van een medisch traject;
 - de regels met betrekking tot het opvragen van medische informatie (vooral uit de medische voorgeschiedenis);
 - de criteria voor het samen met het medisch advies meesturen van originele medische informatie door de medisch adviseur aan personen die aan de zijde van de verzekeraar bij de schadebehandeling zijn betrokken (waaronder in ieder geval de schadebehandelaar); en
 - de vraag of er nadere uitleg nodig was met betrekking tot medische expertises.

Ten tweede betrof de opdracht aan de WIMP het nader invulling geven aan de ‘logistieke en communicatieve aspecten’ van de Medische Paragraaf, waaronder de wijze van communicatie tussen medisch adviseur en schadebehandelaar en de vraag naar de noodzaak tot het bijhouden van een logboek. Meer algemeen werd aandacht gevraagd voor de wijze waarop implementatie van de Medische Paragraaf bij verzekeraars verder gestimuleerd zou kunnen worden en de vraag of de werkdocumenten uit de Medische Paragraaf in de praktijk wel voldoende hanteerbaar zijn.

De werkgroep is meermaals bij elkaar gekomen en heeft alle knelpunten geïdentificeerd die door de WIMP-leden en hun achterban bij de implementatie van de Medische Paragraaf worden gevoeld. Voor de meest relevante knelpunten zijn vervolgens oplossingsrichtingen geformuleerd. Een en ander heeft uiteindelijk geleid tot een grondige aanpassing van het PIV-Stappenplan Medisch Traject (Stappenplan), dat nu zoveel mogelijk is afgestemd op de bepalingen uit de Medische Paragraaf. Ook is in het Stappenplan een aparte kolom toegevoegd met een korte maar heldere toelichting op iedere afzonderlijke stap. Ter verhoging van de gebruikersvriendelijkheid is het Stappenplan digitaal beschikbaar op www.pivkennisnet.nl en www.stichtingpiv.nl. Bovendien zijn daarin op vele plaatsen hyperlinks opgenomen waarmee automatisch kan worden doorgelinkt naar achterliggende jurisprudentie, richtlijnen, gedragscodes en literatuur.

Naast dit geheel vernieuwde stappenplan heeft de WIMP een tweetal alternatieve en sterk vereenvoudigde medische machtigingen ontwikkeld. De belangrijkste aspecten in het nieuwe stappenplan alsmede deze vereenvoudigde ‘WIMP-machtigingen’ worden hieronder nader toegelicht.

Opvragen medische informatie

Uitgangspunt bij het opvragen van medische informatie is altijd het stellen van gerichte vragen, ook bij een relatief korte looptijd van de schade (minder dan twee jaar). De periode waarop gerichte verzoeken om informatie naar de medische voorgeschiedenis betrekking hebben is afhankelijk van de aard van het letsel⁵.

Het doen van ongerichte, algemene verzoeken om inzage

in informatie uit de medische voorgeschiedenis kan slechts proportioneel zijn wanneer gerichte vragen niet mogelijk zijn. Op het moment dat voor een dergelijk verzoek bovendien geen medische indicatie bestaat, moet het verzoek zich beperken tot maximaal twee jaar voor de schadegebeurtenis. Indien de informatie over die twee jaar nadere aanwijzingen bevat voor een relevante medische voorgeschiedenis, kan het proportioneel zijn verder terug te kijken. In de regel zal dat dan wel weer dienen te gebeuren via het stellen van gerichte vragen.

Overigens volstaat bij een verwachte looptijd minder dan twee jaar doorgaans de medische informatie die rechtstreeks betrekking heeft op het ongeval en het herstel. Bij een verwachte looptijd langer dan twee jaar is vaak meer informatie nodig, veelal ook met betrekking tot de periode voorafgaand aan het ongeval⁶.

Persoonlijke aantekeningen en recht op inzage

Uiteraard mag een medisch adviseur persoonlijke werkaantekeningen maken, bijvoorbeeld als geheugensteuntje voor bepaalde aspecten uit het medisch dossier. Zolang deze persoonlijke werkaantekeningen niet met anderen worden gedeeld, vallen zij niet onder het bereik van de Wbp en hoeven hiervan geen kopieën te worden verstrekt indien een slachtoffer daarom vraagt. In het medisch dossier dienen dergelijke aantekeningen apart te worden aangemerkt als “*persoonlijk*”, zodat ze zo nodig eenvoudig van het medisch dossier gescheiden kunnen worden⁷.

Soms is het noodzakelijk – en naar het oordeel van de WIMP voor de kwaliteit van de medische advisering vaak ook wenselijk – dat de schadebehandelaar en de medisch adviseur voorafgaand aan de definitieve beantwoording in een medisch advies onderling overleg voeren ten behoeve van een goede aansluiting op de adviesvraag⁸.

Op basis van de jurisprudentie over dit onderwerp lijkt de huidige stand van zaken dat interne notities die de gedachten bevatten van degenen die aan de zijde van de verzekeraar bij de schadeafwikkeling zijn betrokken en die uitsluitend bedoeld waren voor intern overleg en beraad, met een beroep op artikel 43 sub e WBP vooralsnog niet onder het inzagerecht (hoeven te) vallen. De strekking daarbij is dat zowel onderlinge gedachtewisselingen als interne standpuntbepalingen niet zijn bedoeld om ter kennis te komen van het slachtoffer en/of diens belangenbehartiger⁹.

Is er echter eenmaal een uitgekristalliseerd (deel)advies van de medisch adviseur beschikbaar waarop men zich ter standpuntbepaling naar buiten toe ook beroept, dan dient dat medisch advies op grond van de huidige jurisprudentie in principe wel in kopie aan het slachtoffer te worden verstrekt. Ook in de Medische Paragraaf is bepaald dat medische adviezen waar partijen zich op beroepen, over en weer aan elkaar ter beschikking worden gesteld¹⁰. Op grond van deze stand van zaken verdient het naar het oordeel van de WIMP aanbeveling iedere intern bedoelde notitie ook daadwerkelijk als ‘interne notitie’ te betitelen en daarmee duidelijk te onderscheiden van afgeronde medische (deel)adviezen. Op die manier is voor alle betrokkenen kenbaar welke stukken slechts zijn be-

doeld ter interne gedachtevorming en standpuntbepaling (‘interne notities’) en op welke andere stukken men zich daarentegen zonder problemen kan beroepen bij het communiceren van het uiteindelijk ingenomen standpunt (‘medische adviezen’)¹¹.

Doorsturen originele medische stukken

Mede op grond van de Medische Paragraaf verstrekt de medisch adviseur samen met het medisch advies nog slechts bij uitzondering originele medische informatie aan schadebehandelaars of andere bij de schaderegeling betrokken professionals.

Voor zover dat nog wel gebeurt, mag de medisch adviseur slechts die medische gegevens prijsgeven waarvan hij denkt dat dit voor de uitoefening van de werkzaamheden van de betreffende functionaris noodzakelijk is. Bovendien moet hij dat goed kunnen onderbouwen en rekening houden met de – niet limitatieve – proportionaliteitscriteria uit de Medische Paragraaf. Dat zijn:

- (1) de complexiteit van een zaak;
 - (2) de oorsprong van de medische gegevens; en
 - (3) de privacygevoeligheid van die medische gegevens.
- Voorwaarden zijn daarnaast:
- (i) dat het verstrekken van dergelijke stukken aan andere bij de schadebehandeling betrokken professionals slechts onder verantwoordelijkheid van de medisch adviseur plaatsvindt;
 - (ii) dat er een voldoende duidelijke toelichting bij de medische stukken aanwezig is; en
 - (iii) dat alle personen aan wie de informatie wordt verstrekt op enigerlei wijze een geheimhoudingsplicht hebben¹².

Naar het oordeel van de WIMP verdient het verder aanbeveling dat de medisch adviseur, indien hij bij het medisch advies tevens originele medische stukken aan de schadebehandelaar verstrekt, daarbij expliciet aangeeft aan welke andere bij de schadeafwikkeling betrokken professionals dit advies met achterliggende stukken verstrekt mag worden. Zolang de medisch adviseur zich aan bovengenoemde uitgangspunten houdt, is de kans naar het oordeel van de WIMP klein dat er op dit punt een grens wordt overschreden die in de ogen van de tuchtrechter bestraft zou dienen te worden¹³.

Medische expertises

Een ander punt dat binnen de WIMP (vanuit de GAV)¹⁴ naar voren werd gebracht, is het feit dat eindrapportages van gezamenlijk aangevraagde medische expertises in de anamnese of het onderzoek vaak een zeer gedetailleerde beschrijving bevatten van de medische situatie van het slachtoffer.

Wanneer het slachtoffer met betrekking tot een medisch expertiserapport geen gebruik heeft gemaakt van zijn of haar blokkeringsrecht, is het overleggen van dat expertiserapport door een medisch adviseur aan de schadebehandelaar (of aan andere personen die aan de zijde van de verzekeraar bij de afwikkeling van de schade zijn betrokken) op grond van de Medische Paragraaf en de geldende juris-

prudentie in principe toegestaan¹⁵.

Veel medisch adviseurs hebben er echter moeite mee dat zij gehouden zouden zijn om de gehele rapportage te overleggen aan derden, die daarmee zeer gedetailleerd inzicht krijgen in de achterliggende medische situatie van het slachtoffer. Zij vinden dit niet stroken met het medisch beroepsgeheim en de proportionaliteitsgedachte uit de Medische Paragraaf en willen dergelijke informatie alleen bij uitzondering en gemotiveerd overleggen, voor zover dit in een specifiek geval naar hun oordeel van toegevoegde waarde is. De GAV adviseert haar leden om die reden dan ook dat zij in ieder geval niet gehouden zijn expertiserapporten altijd zonder meer integraal beschikbaar te stellen. Daarnaast zijn veel medisch adviseurs beducht voor een mogelijke tuchtrechtelijke veroordeling, ofschoon er tot op heden geen tuchtrechtelijke uitspraken bekend zijn waarin een medisch adviseur is veroordeeld wegens het beschikbaar stellen van een gezamenlijk aangevraagd expertiserapport aan de schadebehandelaar (of een andere bij de afwikkeling van de schade betrokken persoon). Zeker wanneer deze handelwijze goed kan worden gemotiveerd, waarbij zoals gezegd onder meer kan worden verwezen naar de Medische Paragraaf en de geldende jurisprudentie op dit gebied, valt een dergelijke veroordeling ook niet te verwachten.

De WIMP draagt voor dit door de GAV gesignaleerde dilemma verschillende oplossingen aan¹⁶.

Medisch adviseurs kunnen in hun opdrachtverstrekking aan expertiseartsen bijvoorbeeld een standaardtekst opnemen die niet alleen melding maakt van het blokkeringsrecht van de betrokkene (dit is reeds standaard het geval), maar ook van de kans dat het expertiserapport na afronding door de medisch adviseur van de verzekeraar integraal aan andere personen binnen de schaderegeling kan worden verstrekt. Daarmee worden zowel de expertisearts als het slachtoffer in ieder geval op voorhand over deze omstandigheid geïnformeerd en kunnen zij daarop desgewenst anticiperen.

Een oplossing die in de praktijk ook wel wordt toegepast, betreft het enkel doorsturen van de beantwoording van de in de expertiseraanvraag gestelde vragen. De voorafgaande, doorgaans zeer gedetailleerde analyse (het medisch-anamnestic gedeelte van het expertiserapport) wordt dan niet meegestuurd naar de schadebehandelaar. Voorwaarde hierbij is wel dat er in de expertiseraanvraag duidelijke instructies aan de expertisearts worden gegeven om deze beide delen (het medisch-anamnestic gedeelte enerzijds en de beantwoording van de vraagstelling anderzijds) goed van elkaar te scheiden. De beantwoording van de vraagstelling dient zelfstandig leesbaar te zijn zonder dat daarbij onnodig medische informatie wordt prijsgegeven. Hoewel dit een aantrekkelijke optie is, bestaat binnen de WIMP nog wel de indruk dat veel expertiseartsen op dit punt onvoldoende onderscheid maken tussen de beantwoording van de vraagstelling en de voorafgaande anamnese. Vaak wordt in de vraagstelling gemakshalve immers verwezen naar de relevante passages uit de voorafgaande anamnese. Het zal niet altijd eenvoudig zijn deze pragmatische werk-

> wijze bij expertiseartsen te doorbreken. Een andere mogelijkheid die in de praktijk gebruikelijk is bestaat eruit dat de medisch adviseur op basis van het expertiserapport eigenhandig een (kort) medisch advies opstelt. Dat advies dient als vertaalslag voor de schadebehandelaar en bevat de belangrijkste conclusies uit de medische expertise, met beantwoording van de vragen die tevoren in gezamenlijk overleg met de wederpartij aan de expertisearts zijn gesteld. Alleen het advies van de medisch adviseur wordt doorgestuurd naar de schadebehandelaar, het expertiserapport zelf niet. Indien het expertiserapport antwoorden bevat die voor meerdere uitleg vatbaar zijn, dient de medisch adviseur er in zijn advies uiteraard voor te waken hieraan geen eigen interpretatie te geven, althans niet zonder dat dit duidelijk kenbaar is voor de schadebehandelaar. Het advies dient aan te sluiten bij de medische vragen die de schadebehandelaar heeft en dient de schadebehandelaar daarnaast wel zoveel mogelijk in staat te stellen ook zelf (met zijn juridische bril) relevante elementen uit de expertise te destilleren.

Bijhouden logboeken

De Medische Paragraaf schrijft voor dat de medisch adviseur en alle andere professionals die aan de zijde van de verzekeraar bij de schadebehandeling zijn betrokken (en overigens ook de belangenbehartiger van de benadeelde), door middel van een log (de zogenoemde ‘MP-log’) bijhouden wanneer, aan wie, welke medische informatie over de benadeelde wordt verstrekt¹⁷. Onder die informatie valt nadrukkelijk ook het medisch advies. Deze MP-log hoeft niet meer in te houden dan een eenvoudig overzicht in het medisch dossier, waarop degene die medische informatie doorstuurt telkens een aantekening maakt wanneer er informatie aan derden wordt verstrekt (zie ook werkdocument 3-IV bij de Medische Paragraaf: ‘Log voor medische informatieverstrekking’). De MP-log dient overigens te worden onderscheiden van het overzicht van iedere verwerking van persoonsgegevens (dus niet alleen de gegevens in het medisch dossier, maar ook alle gegevens uit het schadedossier), dat op grond van de huidige jurisprudentie conform de Wbp op verzoek van een betrokkene verplicht dient te worden verstrekt (de zogenoemde ‘Wbp-log’)¹⁸. In hoeverre verzekeraars er daarbij voor kiezen deze Wbp-log in iedere afzonderlijke letselszaak vanaf het begin standaard bij te houden, dan wel een dergelijk overzicht pas opstellen wanneer daar expliciet naar wordt gevraagd, is een interne beleidskwestie¹⁹.

Opslaan en bewaren medische stukken

Alle medische stukken dienen door de medisch adviseur en/of zijn medische staf in het medisch dossier te worden opgeslagen, apart van het schadedossier van de schadebehandelaar. Alleen medische stukken die door de medisch adviseur, vaak als bijlage bij het medisch advies, aan de schadebehandelaar zijn verstrekt, mogen daarnaast ook samen met het medisch advies in het schadedossier worden opgeslagen. Rechtstreeks aan de schadebehandelaar toegezonden medische stukken dienen in een gesloten envelop te wor-

den doorgestuurd naar de medisch adviseur, in afwachting van een nog op te starten medisch traject. Indien er geen medisch traject zal worden opgestart, kunnen de stukken direct in een gesloten envelop worden geretourneerd aan de afzender of worden vernietigd. Ook kan de afzender door middel van een briefje worden verzocht medische stukken voortaan in gesloten envelop toe te zenden ter attentie van de medisch adviseur²⁰.

Conform de Wbp mogen persoonsgegevens niet langer (identificeerbaar) worden bewaard dan noodzakelijk is voor het doel waarvoor zij zijn verzameld²¹. In principe betekent dit dat per individuele letselschade dient te worden bepaald hoe lang het redelijkerwijs noodzakelijk is bepaalde (medische) gegevens te bewaren. Zeker bij grote aantallen dossiers is het naar het oordeel van de WIMP verdedigbaar dat voor een pragmatische oplossing wordt gekozen. Een dergelijke oplossing zou bijvoorbeeld kunnen inhouden dat dossiers standaard een aantal jaren worden bewaard en dat vervolgens eens per jaar de oudste dossiers worden vernietigd, indien zij niet meer nodig zijn. Is er in een dossier echter een voorbehoud gemaakt voor toekomstige gebeurtenissen, of valt bijvoorbeeld te verwachten dat er binnen afzienbare termijn tevens een regresclaim zal worden ingesteld, dan kan het goed verdedigbaar zijn de gegevens voor een (veel) langere periode te bewaren (zie voor deze laatste situatie echter ook de volgende paragraaf). Een en ander hangt per individueel geval af van de aard en omvang van het letsel en de gevorderde schade alsmede van de aard en inhoud van een eventueel gemaakt voorbehoud. Vanwege verschillen in aantallen te behandelen dossiers kan het beleid hieromtrent per verzekeraar overigens verschillen²².

Informatieverzoeken van derden

Soms worden aansprakelijkheidsverzekeraars door derden, zoals regresnemende WAM-verzekeraars, werkgevers of het UWV, gevraagd om een afschrift van de medische informatie die in het kader van een letselschadezaak is verzameld. Hoewel dit voor genoemde derde partijen uiteraard erg praktisch is, mogen persoonsgegevens conform de Wbp (onder meer door de WA-verzekeraar) alleen worden verwerkt met het doel waarvoor ze zijn verzameld. Dit houdt in dat voor verstrekking van persoonsgegevens aan derden expliciete en geïnformeerde toestemming van het slachtoffer nodig is. In voorkomende gevallen zullen genoemde derden in principe dan ook zelf dienen zorg te dragen voor het opvragen van de door hen benodigde medische stukken²³.

Werkdocumenten Medische Paragraaf: vereenvoudigde medische machtigingen

Ten slotte kwam binnen de WIMP naar voren dat de werkdocumenten bij de Medische Paragraaf tot op heden slechts beperkt worden gebruikt (met uitzondering van de IWMD-vraagstelling, die al langer bestaat). Dat is jammer omdat het gebruik van de werkdocumenten de implementatie van de Medische Paragraaf kan bevorderen, zowel bij verzekeraars als bij belangenbehartigers en andere partijen.

Met betrekking tot het ‘Toestemmingsformulier medische informatie’, de ‘Medische volmacht’ en de ‘Gerichte medische machtiging’ (de werkdocumenten 3-I, 3-II en 3-III bij de Medische Paragraaf) werd vanuit de GAV specifiek een aantal bezwaren naar voren gebracht. Zo vinden veel medisch adviseurs deze documenten te gedetailleerd en te uitvoerig. Ook vinden veel medisch adviseurs het afzonderlijk vragen van toestemming voor het gebruik van medische informatie enerzijds en het opvragen daarvan anderzijds te omslachtig. Ten slotte vinden zij dat de werkdocumenten hen te weinig ruimte laten om zelf een toelichting te verstrekken of aanvullende informatie kwijt te kunnen als zij dat nodig achten. Vanwege deze bezwaren is door de GAV aan de WIMP het verzoek gedaan om een vereenvoudigde ‘Gerichte medische machtiging’ op te stellen, die niettemin volledig zou voldoen aan de bepalingen uit de Medische Paragraaf.

De WIMP heeft hierin een uitgelezen kans gezien om implementatie van de Medische Paragraaf binnen verzekeraars (en daarbuiten) verder te stimuleren. Niet alleen heeft de WIMP een voorstel gedaan voor een sterk vereenvoudigde ‘Gerichte medische machtiging’, maar tevens heeft zij – met gebruikmaking van een vergelijkbaar format – een aangepaste ‘Medische volmacht’ opgesteld. Daarbij is het afzonderlijke ‘Toestemmingsformulier medische informatie’ nu geïntegreerd in deze beide machtigingen, waardoor niet meer afzonderlijk om toestemming voor het gebruik van medische informatie hoeft te worden gevraagd. Op de achterzijde van beide documenten is een (identieke) toelichting opgenomen waarin de belangrijkste bepalingen uit de Medische Paragraaf sterk verkort en in begrijpelijke bewoordingen worden uitgelegd²⁴.

Naast de sterk vereenvoudigde opzet en de geïntegreerde toestemming voor het gebruik van medische informatie, biedt de Gerichte Medische Machtiging nu tevens ruimte voor het in eigen bewoordingen motiveren van verzoeken van medisch adviseurs om medische informatie die niet direct ziet op het ongeval of het herstel kort daarna. Het formulier bevat daartoe de mogelijkheid te verwijzen naar een door de medisch adviseur zelf opgestelde begeleidende brief. In die verwijzing wordt wel nadrukkelijk gerefereerd aan § 3.3.1 Medische Paragraaf, waarin een aantal niet-cumulatieve en niet-limitatieve proportionaliteitscriteria is beschreven ter motivering van dergelijke verzoeken.

Ook is op de beide machtigingen aangegeven dat zij – behoudens tegenbericht van de benadeelde – geldig zijn tot 2 jaar na de datum van ondertekening. Deze maximale geldigheidsduur is een afweging tussen het privacybelang van de benadeelde enerzijds en pragmatische overwegingen anderzijds. Onder omstandigheden is afwijking van deze termijn in overleg met de benadeelde uiteraard mogelijk. Te denken valt bijvoorbeeld aan situaties met ernstig letsel bij zeer jonge kinderen, waar op voorhand al duidelijk is dat het medisch traject waarschijnlijk veel langer dan twee jaar in beslag zal nemen²⁵.

Voor de ‘Gerichte medische machtiging’ is bij uitstek geschikt om te worden gebruikt door medisch adviseurs van verzekeraars indien er geen belangenbehartiger optreedt voor het slachtoffer. Treedt er wel een belangenbehartiger op voor het slachtoffer, dan zal die doorgaans zelf zorg dragen voor het verstrekken van de benodigde medische informatie. De ‘Medische volmacht’ zal in principe niet door aansprakelijkheidsverzekeraars worden gebruikt. Wel kan de ‘Medische volmacht’ interessant zijn voor belangenbehartigers, vooral vanwege de daarin opgenomen verwijzingen naar de Medische Paragraaf, de eenvoud van het document en de informatieve maar kernachtige toelichting op de achterzijde.

Om bovengenoemde redenen hebben zowel de GAV als De Letselschade Raad uitdrukkelijk hun goedkeuring verleend aan deze beide WIMP-machtigingen en hebben zij daarnaast ingestemd met het gebruik van hun respectievelijke logo’s daarop. De WIMP spreekt dan ook de hoop uit dat deze beide machtigingen op termijn de standaard zullen worden voor het opvragen van medische informatie van slachtoffers in letselschadezaken.

Status Stappenplan

Net als het geval was met het oude Stappenplan, realiseert de WIMP zich dat ook dit nieuwe Stappenplan een momentopname is die (slechts) de huidige stand van zaken weerspiegelt. Nieuwe inzichten en (tucht)rechterlijke uitspraken kunnen wijzigingen in of aanvullingen op het Stappenplan noodzakelijk maken. Het PIV staat daarnaast altijd open voor suggesties ter verbetering of aanvulling van de huidige opzet.

Met name vanwege de keuze om het document nu ook in digitale vorm aan te bieden en daarin doorklikmogelijkheden op te nemen naar achterliggende jurisprudentie, richtlijnen, gedragscodes en literatuur, kunnen eventuele wijzigingen eenvoudig worden gerealiseerd en zijn die ook meteen voor iedereen beschikbaar. Het document vermeldt altijd de laatste wijzigingsdatum.

De WIMP wil hiermee de verdere implementatie en de naleving van de Medische Paragraaf stimuleren bij verzekeraars die lid zijn van het Verbond van Verzekeraars en die de Medische Paragraaf daarmee automatisch ondersteunen. Daarnaast hoopt de WIMP dat de WIMP-machtigingen – die in samenwerking met de GAV en De Letselschade Raad zijn ontwikkeld – uiteindelijk brede toepassing zullen vinden binnen het medisch traject en de afwikkeling van personenschades.



>

- ¹ Advocaat bij Leijnse Artz in Rotterdam en onder andere voorzitter van de Werkgroep Implementatie Medische Paragraaf (WIMP) van het Verbond van Verzekeraars/Stichting PIV; vaste annotator bij Jurisprudentie Aansprakelijkheid (JA); en als lid van de Projectgroep Medische Machtiging van de IWMD betrokken bij het opstellen van de Medische Paragraaf.
- ² Zie onder meer *PIV-Bulletin Special* 2010, 6 met bijdragen van C.J. Weering en E. Wytema, J.P.M. Simons, J.R. Meelker, M.N. Jansen en E.J. Wervelman; zie ook: A. Wilken, “De Gedragscode Verwerking Persoonsgegevens Financiële Instellingen herzien: een overzicht van wijzigingen en consequenties voor de personenschadepraktijk”, *TVP* 2010, afl. 4.
- ³ Zie onder meer A. Wilken, “De betekenis van de wet bescherming persoonsgegevens voor het medisch beoordelingstraject bij personenschades”, *TVP* 2008, afl. 4.
- ⁴ De WIMP bestaat uit: Frank Bijl (De Goudse, mede namens de GAV), Ben Blankers (Veduma, mede namens de GAV), Henk Boersma (Univé, mede namens de GAV), Eva Deen (DLR), Sandre Douma (DLR), Wim van Keulen (Nationale-Nederlanden), Jørgen Simons (Leijnse Artz, voorzitter), Marco Speelmans (Delta Lloyd), Gerjo Strijker (Univé), Monique Volker (PIV, secretaris), Annelies Wilken (VU).
- ⁵ Zie MP § 3.3.2, p. 37-38.
- ⁶ Stappenplan, stap 6.
- ⁷ Stappenplan, stap 8.
- ⁸ In de MP wordt het belang van dergelijk overleg meermaals benadrukt; zie MP § 4.6.1, p. 57 (met verwijzingen naar § 1.5 en § 2.5).
- ⁹ Zie onder meer HR 29 juni 2007 (ECLI:NL:HR:2007:AZ4663), Hof Amsterdam 31 januari 2012 (ECLI:NL:GHAMS:2012:BV2565), *TVP* 2012, 3, p. 114 e.v. (met annotatie J.P.M. Simons), J.P.M. Simons, “Enkeltje Den Haag, alstublieft!”, *PIV-Bulletin*, februari 2012, Rb. Middelburg 15 maart 2012 (ECLI:NL:RBMID:2012:BV8942), RvS 1 augustus 2012 (ECLI:NL:RVS:2012:BX3309), RvS 30 januari 2013 (ECLI:NL:RVS:2013: BY9910) en HR 8 februari 2013 (ECLI:NL:HR:2013:BY4196); overigens hebben zowel de Rb. Middelburg (15 maart 2012) als de Raad van State (1 augustus 2012) over dit onderwerp prejudiciële vragen gesteld aan het Europese Hof van Justitie.

- ¹⁰ MP onderdeel 4, goede praktijk sub f, p. 49.
- ¹¹ Stappenplan, stap 9.
- ¹² MP § 3.6.4, p. 44-45.
- ¹³ Stappenplan, stap 12.
- ¹⁴ Nederlandse Vereniging van Geneeskundig Adviseurs in particuliere Verzekeringszaken, kortweg Geneeskundig Adviseurs Verzekeringszaken.
- ¹⁵ MP § 5.7, p. 66-68; HR 22 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB3676/BB5626.
- ¹⁶ Stappenplan, stap 18.
- ¹⁷ MP § 3.7, p. 45-46.
- ¹⁸ HR 29 juni 2007 (ECLI:NL:HR:2007:AZ4663); RvS 30 november 2011 (ECLI:NL:RVS:2011:BU6383); Hof Amsterdam 31 januari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV2565, *TVP* 2012, afl. 3, p. 114 e.v. (met annotatie J.P.M. Simons).
- ¹⁹ Stappenplan, stap 12.
- ²⁰ Stappenplan, stap 7.
- ²¹ Artikel 10 lid 1 Wbp; zie hierover ook art. 7:464 lid 2 onder a BW.
- ²² Stappenplan, stap 7.
- ²³ Voor een gedetailleerdere behandeling van deze problematiek, zie het artikel “PIV: vragen over medische machtiging voor UWV” van mr. H.J. van der Hoeven en C. Visser (<http://www.stichtingpiv.nl/zoekdetail/?article=763942>).
- ²⁴ Beide machtigingen inclusief de toelichtende tekst kunt u vinden op www.stichtingpiv.nl en www.pivkennisnet.nl. De machtigingen zijn ook te vinden op de sites van De Letselschade Raad (www.deletselschaderaad.nl) en de GAV (www.gav.nl).
- ²⁵ Stappenplan, stap 5.

Van de redactie ...

Het leek weer eens niet eenvoudig om een voorwoord te schrijven bij de uiteenlopende stukken die in het voorliggend PIV-Bulletin aan u worden gepresenteerd. Een bijdrage van Natascha Jansen over het no cure no pay-experiment van de orde van advocaten, een bijdrage van Laurien Dufour en Eline Palmen over de invloed van sociaal economische ontwikkelingen op de begroting van de schade door verlies van arbeidsvermogen, en een artikel van de hand van Jørgen Simons over het PIV stappenplan implementatie medisch traject. Maak daar maar eens wat lichte scherts over in een hoofdredactioneel.

Neen, serieuze kwesties. En dus restte mij niets dan me te buiten te gaan aan de afkorting WIMP. En als die beslissing eenmaal genomen is, dan volgt de rest vanzelf.

Iedereen die kan googelen weet dat ‘Wimp’ maar een paar dingen kan betekenen: een ‘*Weakly Interacting Massive Particle*’, de ‘Werkgroep Implementatie Medische Paragraaf’, of ‘*a physical or emotional weakling; someone who lacks courage*’. Het internet leert ons nog dat de term ook is gemunt door Rush Limbaugh in de zin van a *Women-Influenced Male Person*. “*Tim was often called a wimp by the other boys in class because he was smaller than they were.*”

Zoek je verder op het internet naar wat zo’n *Weakly Interacting Massive Particle* nou is, dan springt een aantal karakteristieken van de Wimp als natuurkundig fenomeen in het oog: Wikipedia leert daarover: “*De deeltjes hebben een geringe wisselwerking omdat ze niet door de sterke kernkracht of de elektromagnetische kracht worden beïnvloed. Hun wisselwerking met normale materie (elektronen, protonen en neutronen) vindt alleen via de zwaartekracht plaats. Dit doet hen gelijken op neutronen zij het dan dat hun massa veel groter is waardoor ze ook trager zijn. Alhoewel het bestaan van WIMPs zuiver hypothetisch is, zouden zij een aantal astronomische en kosmologische problemen in verband met donkere materie oplossen.*”

En dan valt alles opeens op zijn plaats. De Wimp is een beetje raar. Hij is fysiek of emotioneel niet in orde, en niet al te dapper. De Wimp heeft een geringe wisselwerking met zijn omgeving. De Wimp wordt niet door gebruikelijke krachten beïnvloed. Wisselwerking vindt alleen plaats via de meest bekende aller krachten (u weet wel). De Wimp is traag. De Wimp kan problemen van donkere materie oplossen. De Wimp denkt in oplossingen van astronomische aard.

Herkent u ‘m? De Wimp is dus die vervelende professionele tegenpartij die u helaas met regelmaat tegenkomt. Hij denkt van u hetzelfde. Kom er maar voor uit, de Wimp, dat bent u zelf.

Dat geconstateerd hebbende denk ik dat het met de Werkgroep Implementatie dus wel goed zal komen; we hebben het in ons. Hoe het nu zit met de begroting van schade door verlies van arbeidsvermogen, en of de Wimp het wel voor elkaar krijgt op *no cure no pay* basis, dat moet u zelf maar lezen. Kunt u heus wel ...

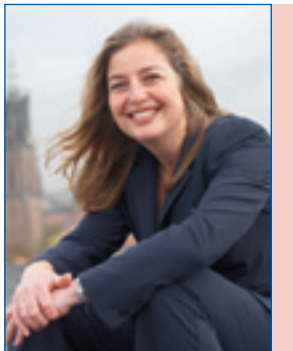
Aernout Santen, lid Redactieraad PIV-Bulletin

No cure no pay... méér dan een experiment (waard)?

De afgelopen jaren is er veel gezegd en gezwezen over het zogenaamde *no cure no pay* beginsel; bejubeld en verguisd. In Het Parool van zaterdag 22 mei 2010 voorspelde wijlen mr. G. (Gerrit) Engelgeer: *Binnen een of twee kabinetsperiodes is no cure no pay ook in Nederland geaccepteerd, maar ik zal er niet meer voor strijden. Een voorspelling of misschien toch eerder een veronderstelling die ruim drie en een half jaar na zijn overlijden bewaarheid lijkt te worden.*

De discussie deed al meer dan elf jaar geleden zijn entree. Ik herinner u aan het artikel “*No cure no pay, to fee or not to fee*” van mr. F.Th. (Theo) Kremer¹ en volsta met een verwijzing naar dit artikel vol bronvermeldingen. De behoefte aan *no cure no pay*, of misschien juist het gebrek daaraan, is niet

Mevrouw mr. N.M. Jansen
Marree en Dijkhoorn
Advocaten



> alleen in de letselschadepraktijk, maar ook in de politiek en bij diverse belangenverenigingen lang en uitvoerig besproken.

Stelde de commissie Van Wijmen² in 2006 nog dat de belangen van rechtzoekenden en van de rechtsbedeling niet met no cure no pay gediend zouden zijn, toch hield zij een deur op een kier voor een experiment bij letselschade.

Rechtzoekenden op dit gebied zouden geen goede toegang hebben vanwege de hoge financiële drempels. De ANWB voegde daar op 24 mei 2007 op haar eigen website een artikel aan toe dat geheel tegenovergesteld is: advocaten zouden juist niet volgens het principe van no cure no pay moeten gaan werken, want – zoals de titel van dat artikel kopte – no cure no pay is nadelig voor slachtoffers. Als belangrijkste reden gaf zij daarvoor: Het slachtoffer zal dan niet meer volledig worden gecompenseerd voor belangrijke zaken als inkomensverlies, extra kosten en smartengeld. De organisatie vreesde dat advocaten alleen de kansrijke zaken met een groot financieel belang zullen aannemen; oftewel cherry picking. Het is mij niet bekend of de ANWB nog steeds met dezelfde scepsis tegen no cure no pay aankijkt. Op dit moment – eind september 2013 – staat het een advocaat niet vrij overeen te komen, dat slechts bij het behalen van een bepaald gevolg een honorarium in rekening wordt gebracht. Ook mag een advocaat niet overeenkomen, dat het honorarium een evenredig deel zal bedragen van de waarde van het door zijn bijstand bereikte resultaat. De gedragsregels van de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA) verbieden hem dat. Dit wordt het verbod op resultaatgerichte beloning genoemd.

Al langere tijd wordt onder advocaten de wens gehoord te experimenteren met een resultaatgerelateerde vorm van beloning. Aan die wens ligt ten grondslag dat in het bijzonder op het gebied van letsel- en overlijdensschade voor een deel van de rechtzoekende de toegang tot het recht met deze honoreringsmethode kan worden vergroot doordat hiermee soms hogere financiële drempels kunnen worden weggenomen. Te denken valt dan niet alleen aan de kosten van de advocaat, maar ook aan de kosten van deskundigen, het griffierecht, de mogelijke veroordeling in de proceskosten en dergelijke.

Politiek Den Haag heeft eindelijk besloten. “Na ministeriële heroverweging en parlementaire behandeling van de ruimte en wenselijkheid om tot een experiment te komen waarbij advocaten hun dienstverlening mogen overeenkomen op basis van resultaatgerichte beloning, heeft de minister van justitie de algemeen deken van de NOvA in maart 2010 uitgenodigd om een voorstel te doen voor een kansrijk experiment dat resultaatgerichte beloning voor de advocatuur mogelijk maakt.” Aldus de Nota van Toelichting op de wijzigingsverordening van de verordening op de praktijkuitoefening (onderdeel resultaatgerelateerde beloning). Blijkens deze wijzigingsverordening, zoals gepubliceerd in de Staatcourant van 25 juli 2013 (nr. 20779), wordt het per 1 januari 2014 bij wijze van experiment voor advocaten mogelijk no cure no pay-afspraken te maken in letsel- en overlijdensschadezaken. Het gaat nadrukkelijk om een

experiment van vijf jaar, waarbij evaluatie na twee jaar plaatsvindt. Een tweede evaluatie vindt in het vijfde jaar plaats, waarna zal worden beslist of zal worden doorgegaan en zo ja met welke aanpassingen en/of eventuele uitbreidingen.

Wat houdt het experiment in?

Het verbod op resultaatgerichte beloning wordt per 1 januari 2014 tijdelijk opgeheven. En wel voor zaken waarin niet valt te verwachten dat de vordering zonder meer zal worden toegewezen of aansprakelijkheid niet aanstonds is erkend of redelijkerwijs vaststaat. Het verbod wordt ook opgeheven voor zaken waarin problemen van enige importantie in de sfeer van schade of causaliteit voorzienbaar zijn. De advocaat mag dan – maar moet dat natuurlijk niet – met zijn cliënt overeenkomen dat bij het uitblijven van het afgesproken financiële resultaat zijn honorarium niet in rekening gebracht zal worden. Dat is dus strikt no cure no pay. Wordt het overeengekomen resultaat wel behaald, dan mag de advocaat het eveneens vooraf overeengekomen uurtarief verhogen met een zogenaamde succesfee. Die fee mag dan maximaal een verhoging met 100% zijn. Voor de declaratie vormen de daadwerkelijk aan de zaak bestede uren de grondslag. Er is dus eigenlijk sprake van no win no fee. Het honorarium van de advocaat, inclusief algemene kantoorkosten en BTW, mag overigens maximaal 25% van het resultaat bedragen.

De specifieke kosten die moeten worden gemaakt ten behoeve van de zaak, denk aan kosten voor het opvragen van medische informatie, van de medisch adviseur, van deskundigen en dergelijke blijven in beginsel voor rekening van de cliënt. Als alternatief mag worden afgesproken dat de advocaat ook die kosten voor zijn rekening neemt. In dat geval mag het uurtarief bij winst worden verhoogd met ten hoogste 150% en geldt voor de declaratie, eveneens inclusief kantoorkosten en BTW, een maximum van 35% van de toegewezen vordering. Blijft een positief resultaat uit, dan blijven die kosten uiteraard wel voor rekening van de advocaat.

Aan deelname aan het experiment zijn geen formele vereisten verbonden, anders dan dat de advocaat over voldoende deskundigheid en ervaring moet beschikken op het gebied van letsel- en overlijdensschade. Het experiment is dus niet voorbehouden aan LSA-advocaten. Wil een advocaat deelnemen, dan meldt hij dat aan zijn Raad van Toezicht en wel voordat hij de eerste no cure no pay afspraak maakt. Zo kan de raad in het kader van het algemene toezicht op de praktijkuitoefening van de advocaat gericht vragen naar de overeenkomsten op basis van resultaatgerichte beloning. Na aanmelding ontvangt de advocaat van de Raad van Toezicht een formulier waarop hij een aantal statistische basisgegevens moet noteren. Dit formulier moet hij na elk kalenderjaar binnen twee maanden weer bij de raad inleveren. Overigens stelt de verordening wel nadrukkelijke eisen aan de schriftelijke opdrachtbevestiging door de advocaat. Deze bevestiging moet in voor de rechtzoekende duidelijke taal inzicht geven in de redelijke verwachting van de advocaat ten aanzien van de te verrichten werkzaamheden en de te maken (buiten)gerechtelijke kosten. Ook moet de bevestiging een

feiten en omstandigheden gebaseerd, gemotiveerd advies over de keuze van de wijze van honorering bevatten. Daarbij moet voorts worden vermeld een inschatting van het risico en het minimaal door de advocaat te behalen resultaat op basis waarvan zal worden gehonoreerd. Of beter gezegd: gedeclareerd. Duidelijk moet ook blijken of de specifieke kosten voor risico van de rechtzoekende zijn of juist voor risico van de advocaat. De bevestiging moet ook verwijzen naar een regeling in geval de advocaat de rechtsbijstand tussentijd beëindigt op grond van gewichtige redenen. Voorts dient in de bevestiging van de opdracht te worden vastgelegd dat de advocaat slechts met voorafgaande schriftelijke aanvaarding van de cliënt/rechtzoekende een schikkingsovereenkomst met de wederpartij kan sluiten of een gerechtelijke procedure aanhangig kan maken of juist beëindigen.

Heeft het experiment wel een (afgebakende) doelgroep?

Want hebben vele rechtzoekenden niet een rechtsbijstandsverzekering, of komen zij in aanmerking voor een toevoeging? Wie vallen er tussen wal en schip en komen in aanmerking voor het experiment? Zijn dat dan de rechtzoekenden die geen financier, verzekeraar dan wel overheid, achter zich hebben staan en hun eigen middelen (die zij al dan niet hebben en al dan niet kunnen of willen gebruiken) moeten aanspreken?

Volgens de nota van toelichting op de wijzigingsverordening is het nadrukkelijke uitgangspunt voor het experiment het bieden van een grotere toegang tot het recht voor een specifiek segment van rechtzoekenden. Het betreft de groep die niet valt onder de reikwijdte van de Wet op de rechtsbijstand en in beginsel dus niet in aanmerking komt voor gesubsidieerde rechtsbijstand, maar desalniettemin onvoldoende draagkrachtig is om zelf de kosten te dragen voor juridische bijstand.

Besloten is het experiment te richten op (maar niet te beperken tot) rechtzoekenden, die de kosten verbonden aan de gewenste rechtsbijstand redelijkerwijs niet kunnen betalen. Daaronder worden mede begrepen personen voor wie het dragen van een financieel procesrisico onredelijk bezwarend is. Rechtzoekenden met een inkomen en vermogen dat valt onder de grenzen van de Wet op de rechtsbijstand zouden wat betreft het honorarium van hun advocaat in beginsel niet gebaat zijn bij het experiment. Ware het niet dat ook voor deze groep de kosten van deskundigen en het proceskostenrisico een belemmering voor de toegang tot het recht kunnen betekenen. Een echte afbakening zie ik niet; het lijkt puur een kwestie van financiële draagkracht (en bereidheid en vermogen om te kunnen investeren in het eigen gelijk) en de overeenkomst die wordt gesloten met de advocaat.

No cure no pay – advocaten versus schaderegelingsbureaus?

Hoe verhoudt zich het experiment met het systeem dat al jaren door schaderegelingsbureaus wordt gehanteerd? Het arrest van het Hof Amsterdam d.d. 28 mei 2013³ is een zeer actueel voorbeeld. Het hof oordeelde dat de tussen een

benadeelde met zijn schaderegelingsbureau/belangenbehartiger gemaakte no cure no pay afspraken niet tot de redelijke buitengerechtelijke kosten behoren. Het hof lijkt aan te geven dat dergelijke afspraken slechts de relatie benadeelde – belangenbehartiger betreffen. De aansprakelijke verzekeraar heeft daarmee niets van doen en is slechts gehouden de redelijke kosten van rechtsbijstand te voldoen. Het aantal door de belangenbehartiger voor de benadeelde gewerkte uren, de aard van de verrichte werkzaamheden en het gehanteerde uurtarief vormen daarbij uitgangspunt bij de beoordeling van de vraag welke buitengerechtelijke kosten van rechtsbijstand redelijk zijn.

Houdt de uitspraak van het hof stand, en wordt de daarin geformuleerde visie op no cure no pay afspraken tussen benadeelde en zijn belangenbehartiger, niet zijnde advocaat, doorgevoerd naar de toekomstige no cure no pay overeenkomsten tussen advocaat en benadeelde, dan heeft dat tot gevolg dat de benadeelde na het succesvol voeren van een procedure een deel van zijn te ontvangen schadevergoeding moet afstaan aan zijn advocaat. Overigens heb ik begrepen dat cassatie is ingesteld.

Die vergoeding dient dan in mindering te worden gebracht op het bedrag dat de advocaat uit hoofde van de overeenkomst van zijn cliënt ontvangt. Per saldo komt de benadeelde/cliënt daarmee tekort om zijn schade volledig op te vangen. Dat mag op kleinere schades niet veel lijken, maar denk eens aan schadevergoedingen die in de tonnen lopen. Het financiële gat dat voor benadeelde ontstaat wordt dan ook duidelijker zichtbaar en voelbaar.

Voordeel voor de advocaat is aanwezig; hij krijgt waarschijnlijk meer vergoed dan wanneer hij zuiver op basis van ‘uurtje factuurtje’ zou hebben gedeclareerd en slechts de redelijke buitengerechtelijke kosten van rechtsbijstand vergoed zou krijgen. Ongetwijfeld zal die advocaat bij zijn cliënt hebben bedongen dat deze het eventuele restant van de buitengerechtelijke kosten dat niet door de aansprakelijke verzekeraar worden voldaan alsnog betaalt.

Welk risico loopt de advocaat dan? Zou hij bovendien echt een zaak aannemen waarin hij geen perspectief (uitgedrukt in Euro's) ziet?

Of zou in de rechtspraak als gevolg van het experiment vanaf januari 2014 de tendens ontstaan dat – juist gelet op het experiment en de mogelijkheden die moeten worden afgetast – de ondoorzichtige en ongedefinieerde bovengrens van de redelijke buitengerechtelijke kosten van rechtsbijstand wordt losgelaten? Zou daarmee ruimte komen om meer buitengerechtelijke kosten vergoed te krijgen, waardoor benadeelde meer overhoudt om zijn schade mee te compenseren? Keerzijde is dan wel dat onder aan de streep de handling kosten van een letsel-/overlijdensschade hoger worden en daarmee ook de totale schadelast. Dat is uiteraard geen wenselijk (neven)effect.

Persoonlijk ben ik nog niet klaar voor no cure no pay. Volledige vergoeding van de schade van de benadeelde

> inclusief de redelijke buitengerechtelijke kosten staat voor mij nog steeds bovenaan. Daarbij valt uiteraard nog het nodige te discussiëren over het antwoord op de vraag wat in het specifieke geval redelijk is. Anderzijds juich ik het toe dat financiële drempels worden weggenomen of op zijn minst worden verlaagd en benadeelden hun gelijk waar zij recht op menen te hebben kunnen halen. De vraag is en blijft of dit experiment dat recht zal brengen.

Een andere vraag is of met het experiment no cure no pay echt van de grond komt en gewaardeerd wordt. Krijgt het recht van bestaan onder de nu geschetste voorwaarden, al dan niet met enige aanpassing? Krijgt de kwetsbare groep van rechtzoekenden/benadeelden inderdaad de gewenste toegang tot ons rechtssysteem? De glazen bol bestaat slechts

in sprookjes en aan voorspellingen waag ik mij niet ...
De tijd en daarmee verkregen ervaring zal ons leren ...

¹ TVP, 2002, afl. 1.

² Voorzitter mr. P.C.E. van Wijmen van de Commissie Advocatuur heeft op 24 april 2006 het rapport Een maatschappelijke Orde aangeboden aan minister Donner van Justitie. Deze commissie werd door minister Donner van Justitie op 4 mei 2005 ingesteld om advies uit te brengen over de positie die de advocaat in het maatschappelijk bestel en de inrichting van het rechtsbestel hoort in te nemen en welke bestuurlijke en organisatorische structuur daarbij past.

³ Hof Amsterdam 28 mei 2013, zaaknummer 200.0098.263/01, ECLI:NL:GHAMS:2013:1621, *Nieuwsbrief Personenschade*, juli/augustus 2013; cassatie ingesteld.

De invloed van sociaaleconomische ontwikkelingen op de begroting van verlies arbeidsvermogensschade



Mevrouw mr. L.C. Dufour en
mevrouw mr. E.F.E. Palmen
WIJ advocaten



De werknemer van de eenentwintigste eeuw bewandelt een ander carrièrepad dan zijn voorganger in de twintigste eeuw. De route wordt daarbij niet zelden ingegeven door (onvoorziene) economische en maatschappelijke factoren waar de werknemer zelf maar beperkt invloed op heeft. Overkomt de werknemer anno 2013 een ongeval, dan zullen deze veranderde factoren moeten worden meegewogen in de begroting van het verlies arbeidsvermogensschade (VAV) en pensioenschade. Ontwikkelingen die zich sinds 2000 in toenemende mate voordoen en die naar onze mening invloed hebben op de begroting van het VAV en de pensioenschade zijn:

- (i) een toename van het aantal zzp'ers;
- (ii) kortere dienstverbanden;
- (iii) de aanhoudende economische krimp;
- (iv) de verhoging van de pensioenleeftijd;

- (v) de lage rentestand; en
- (vi) de verhoging van pensioenpremies/verlaging van pensioenaanspraken.

In dit artikel bespreken we deze factoren en de invloeden daarvan op de begroting van het VAV¹ en de pensioenschade. Waar mogelijk, wordt gekeken naar de weging door de rechter van de genoemde factoren in concrete gevallen.

Hoe zat het ook weer: uitgangspunten berekenen VAV

De aansprakelijke partij moet de benadeelde, die als gevolg van een ongeval niet meer in staat is arbeidsinkomsten te genereren zoals hij dat deed voorafgaand aan het ongeval, schadeloos stellen. Om het bedrag van die schadeloosstelling vast te stellen moet een vergelijking worden gemaakt tussen de situatie waarin de benadeelde zich na het ongeval bevindt en de hypothetische situatie van het slachtoffer als het ongeval wordt weggedacht. Als het slachtoffer jong is ten tijde van het ongeval kan de schade terzake het VAV een looptijd tot wel vijftig jaar hebben. De uitgangspunten gekozen op het moment van afwikkeling van de schade, lopen dus jaren door.

Toename zzp'ers

Vanaf 1996 heeft het CBS cijfers over het aantal zelfstandigen zonder personeel (zzp'ers). In 1996 waren er 397.000 zzp'ers². In 2000 was het aantal zzp'ers gegroeid naar 445.000. In 2012 waren er 752.000 zzp'ers. De stijging heeft zich ook in 2013 voortgezet: in het tweede kwartaal waren er 775.000 zzp'ers. Ten opzichte van 1996 is het aantal zzp'ers bijna verdubbeld. In de zakelijke dienstverlening³ en in de bouw zijn verhoudingsgewijs de grootste aantallen zzp'ers te vinden⁴. De cijfers

over het aantal zzp'ers variëren omdat verschillende instanties verschillende definities hanteren van een zzp'er. In 1999 waren volgens gegevens van de SER 30.000 mensen in de bouw als zzp'er werkzaam, in 2009 was dit aantal meer dan verdubbeld tot 79.000⁵. Volgens het CBS waren er in 2010 en in 2011 zelfs 93.000 zzp'ers werkzaam in de bouw⁶. Het stijgende aantal zzp'ers in de bouw is van belang omdat de bouw de sector is waarin – na de horeca – de meeste arbeidsongevallen plaatsvinden⁷. De hoedanigheid van (en het grote aantal) zzp'ers (in de bouw) is om vier redenen van belang bij de begroting van het VAV. In de eerste plaats, omdat zzp'ers bij arbeidsongeschiktheid geen aanspraak kunnen maken op een WIA-uitkering of een WW-uitkering. Zij zijn geen werknemer en dragen ook geen premie af voor deze werknemersverzekeringen. Daarbij komt dat een aanzienlijk deel van de zzp'ers geen arbeidsongeschiktheidsverzekering heeft afgesloten en dus uit dien hoofde geen inkomensvervangende uitkering ontvangt⁸. Dit betekent voor verzekeraars van aansprakelijke opdrachtgevers in die gevallen dat zij het volledige weggefallen netto inkomen moeten vergoeden. Ten derde is een zzp'er niet verplicht aangesloten bij een pensioenfonds. Een zzp'er is zelf verantwoordelijk voor de opbouw van zijn aanvullend pensioen (hij heeft wel recht op AOW). Uit onderzoek van FNV Zelfstandigen blijkt dat 80% van de zzp'ers zelf vindt dat zij onvoldoende aan pensioenopbouw doen en/of dat zij hun pensioenopbouw niet op de door hun gewenste manier kunnen vormgeven. Uit onderzoek van het Verbond van Verzekeraars blijkt dat 25% van de zzp'ers niets aan pensioenopbouw doet⁹. De kans dat een zzp'er geen toereikende oudedagsvoorziening heeft aan het einde van zijn werkzame leven, is daarmee aanmerkelijk groter dan in het geval van een werknemer met een vast dienstverband. De vierde reden (die deels ook wordt ingegeven door de beperkte pensioenopbouw die we hiervoor schetsten) is dat zzp'ers langer (moeten of willen) doorwerken dan werknemers in loondienst. In de bouw was de gemiddelde leeftijd waarop een werknemer met pensioen ging in 2005 60,6 jaar. Een zelfstandige in de bouw stopte in dat jaar op een leeftijd van 65,4 jaar¹⁰. Vijf jaar later, in 2010, stopte de werknemer gemiddeld met 62 jaar en de zelfstandige werkte door tot 66,3 jaar. De looptijd van de schade is bij zzp'ers in de bouw dus statistisch langer. De geschetste factoren kunnen leiden tot een hoger VAV. Toch blijft de uiteindelijke afweging door de rechter casuïstisch van aard en lijkt die niet altijd even goed aan te sluiten bij de cijfers van het CBS. Zo zijn er (oudere) uitspraken waarbij een rechter ervan uitgaat dat een werknemer in de bouw fulltime kan doorwerken tot 63-jarige leeftijd¹¹, terwijl in (recente) uitspraken wordt uitgegaan van een fulltime werkweek tot (slechts) 55-jarige of 60-jarige leeftijd, gelet (onder meer) op de fysieke zwaarte van de arbeid¹². De in noot 11 aangehaalde uitspraak van het Hof Den Bosch betrof een zzp'er. Die aangenomen uittreedleeftijd laat zich moeilijk rijmen met de hiervoor genoemde cijfers van het CBS over de relatief hoge uittreedleeftijd van zzp'ers. Een voorbeeld van een uitspraak waarbij de rechter oog heeft voor (in dat geval) de (afwijkende) werkweek van een zzp'er, is die van het Hof Den Haag: "Het is bovendien een feit van algemene bekendheid dat zelfstandige ondernemers voor hun eigen bedrijf meer uren

werken dan de voor werknemers in loondienst gebruikelijke 40 uur per week"¹³. Het hof ging vervolgens uit van een werkweek van vijftig uur.

Arbeidsmobiliteit

Toen wij in de CBS databanken op zoek gingen naar informatie over het aantal dienstverbanden van werknemers en de gemiddelde duur van dienstverbanden, hadden wij verwacht een behoorlijke toename te vinden van het aantal werkgevers waarvoor een werknemer in zijn loopbaan werkt. De arbeidsmobiliteit onder werknemers vertoont echter een genuanceerder beeld dan wij hadden gedacht. De arbeidsmobiliteit onder jongeren – het cohort 15/44 jaar – is een stuk groter dan de mobiliteit bij 45-plussers. In tijden van economische voorspoed stijgt de mobiliteit omdat de werknemer meer te kiezen heeft. In 1992 was de gemiddelde lengte van het dienstverband 8,4 jaar. In 1995 was de lengte – onder invloed van de ongunstige economische conjunctuur van destijds – opgelopen tot 9 jaar. Eind jaren negentig is een toename van de arbeidsmobiliteit onder jongeren waarneembaar, maar door het relatief grote cohort oudere babyboomers dat niet veel van baan wisselde, bleef de gemiddelde duur van een dienstverband in 1999 onder de streep negen jaar.

In 2010 bedroeg de gemiddelde lengte van een dienstverband 8,7 jaar, ongeveer hetzelfde niveau als twintig jaar daarvoor. Onder 15/24 jarigen bedroeg het aantal dienstjaren bij de huidige werkgever 2,4 jaar en onder 55–64 jarigen 15,4 jaar¹⁴. Voor jongere benadeelden kan bij de berekening van het VAV rekening worden gehouden met meer, en kortere, dienstverbanden dan tien of twintig jaar geleden. Oudere werknemers (45-plus) wisselen daarentegen minder snel van werkgever, daar hebben de toegenomen mogelijkheden om van baan te wisselen door hoogconjunctuur dus een lager effect op de mobiliteit. De vraag is wat het effect op het VAV is van kortere opvolgende dienstverbanden. Wij kunnen daarover geen algemene uitspraken doen. De mogelijkheid sneller salarisstappen te maken kan een reden zijn om van baan te wisselen. Vanuit dat standpunt bekeken heeft toegenomen mobiliteit een verhogend effect op het VAV. Aan een baanwissel kunnen echter ook niet financiële motieven ten grondslag liggen. Van belang is voorts dat kortere dienstverbanden een negatief effect kunnen hebben op de pensioenopbouw van werknemers (een mogelijke pensioenbreuk) en ook dit zal gevolgen hebben voor het VAV en de pensioenschade. Hoe een hoge arbeidsmobiliteit uiteindelijk doorwerkt in het VAV, zal dus van geval tot geval gezien moeten worden.

In het arrest De Heel/Staat uit 1995¹⁵ laat de Hoge Raad het oordeel van het hof in stand dat er onvoldoende concrete aanwijzingen zijn dat Korver voor zijn vijftenzestigste gebruik zou hebben gemaakt van de VUT-regeling. Hij was voor de val uit het bed in het Juliana Ziekenhuis (destijds onderdeel van ziekenhuis De Heel) als postbesteller bij de PTT werkzaam op het postkantoor Wormerveer. In alle instanties werd er van uitgegaan dat hij dit werk was blijven doen tot zijn pensionering op 65-jarige leeftijd. Hoewel de arbeidsmobiliteit sinds dit arrest is toegenomen, wordt deze toename in jurisprudentie niet steeds verdisconteerd in het VAV.

> **De aanhoudende recessie**

Vanaf eind 2008 verkeert Nederland in recessie. Volgens de juniraming van het CPB krimpt de economie in 2013 met 1% en treedt in de loop van 2014 licht herstel op. Het CBS berichtte dat in het tweede kwartaal van 2013 137.000 banen van werknemers verloren waren gegaan ten opzichte van dezelfde periode in 2012. Dit is een afname van 1,7 procent. Het aantal banen van werknemers is al vanaf het eerste kwartaal 2012 (zes kwartalen op rij) lager dan een jaar eerder. Daarbij is het banenverlies elk kwartaal groter¹⁶. De afname was het grootst in de bouwnijverheid (28.000) en in de zakelijke dienstverlening (23.000). Twintig procent van de in de eerste helft van 2013 uitgesproken faillissementen betrof bedrijven in de bouw. Statistisch gezien heeft een lijmer, steigerbouwer of vlechter met een arbeidsovereenkomst dus een grotere kans zijn baan te verliezen door een reorganisatie of faillissement van zijn werkgever dan in 1998 of in 2003. Voor de vraag naar de invloed van de negatieve conjunctuur op de vaststelling van de uitgangspunten van de berekening van het VAV, zal de rechter de Vehof/Helvetia-regel¹⁷ moeten toepassen: voor zover de ontwikkelingen nadelig uitvallen voor de benadeelde, zal de rechter van de aansprakelijke partij meer bewijs vergen dat die ontwikkelingen zich ook in het carrièrepad van de benadeelde daadwerkelijk zouden hebben voorgedaan. Een enkele verwijzing naar statistische gegevens volstaat niet zonder meer¹⁸. In lijn daarmee oordeelde het Hof Den Bosch bijvoorbeeld over de afnemende werkgelegenheid in de bouw als volgt: *“Aan de ongunstige situatie op de arbeidsmarkt wordt in het onderhavige geval geen rol van betekenis toegekend.”*¹⁹ Een interessante uitzondering op Vehof/Helvetia lijkt deze recente uitspraak van de Rechtbank Oost-Brabant: *“Dat [eiser] sinds april 2012 zonder werk is, is een gevolg van de slechte werkgelegenheidssituatie op dit moment, welke situatie hem in de situatie zonder ongeval als stukadoor naar verwachting ook parten zou hebben gespeeld.”*²⁰ Wij vragen ons af of deze overweging in een eventueel hoger beroep stand houdt en/of navolging zal vinden bij andere rechters. Het verdisconteren van de recessie in de berekening van het VAV heeft uiteraard een verlagend effect op de totale schade. De gevolgen van de conjunctuur blijven dan voor rekening van de benadeelde. De Hoge Raad zal die keuze wel deugdelijk gemotiveerd willen zien.

Verhoging pensioenleeftijd

Gedurende de afgelopen vijftig jaar is de levensverwachting gestegen en zijn de pensioenvoorzieningen uitgebreid voor een groeiende groep werknemers. In 1950 was de gemiddelde levensverwachting voor mannen 70,3 jaar. De Nederlandse bevolking telde 10 miljoen mensen. Mannen en alleenstaande vrouwen van 65 jaar en ouder konden aanspraak maken op een uitkering krachtens de Noodwet Ouderdomsvoorziening. Het aantal 65-plussers was in 1950 771.000²¹. De Noodwet werd in 1957 vervangen door de Algemene Ouderdomswet (AOW). In 1990 was de gemiddelde levensverwachting voor mannen 73,8 jaar. De Nederlandse bevolking telde 14.893.000 mensen. Het aantal 65-plussers in Nederland bedroeg in 1990 1.906.000.

In 2012 was de gemiddelde levensverwachting voor mannen 79,1 jaar. De Nederlandse bevolking telde 16.730.348 mensen. Het aantal 65-plussers bedroeg 2.716.000. Op 1 januari 2013 is de Wet verhoging AOW- en pensioenrechtleeftijd gefaseerd in werking getreden²². In 2013 ontvangen 65-jarigen hun eerste AOW niet in de maand dat zij 65 zijn geworden, maar een maand later. Deze geleidelijke verhoging van de leeftijd wordt doorgezet tot 2019. In dat jaar ontvangt men op 66-jarige leeftijd voor het eerst een AOW uitkering. In 2023 is de AOW-leeftijd met grotere stappen verhoogd tot 67 jaar. Vanaf 2024 wordt de AOW-leeftijd gekoppeld aan de levensverwachting en komt de pensioenleeftijd hoger te liggen. De wetgever heeft bij deze wet ook de fiscale regels voor het aanvullend pensioen veranderd, waardoor vanaf 2014 de pensioenrechtleeftijd omhoog gaat en werkzame personen minder nieuwe rechten opbouwen. In haar artikel uit 2011 heeft Waaijenberg-Laumen de gevolgen van verhoging van de AOW-leeftijd voor de begroting van letselschade besproken²³. Haar conclusies zijn dat de verhoging van de pensioenleeftijd schadeverhogend werkt omdat in de hypothetische situatie zonder ongeval moet worden uitgegaan van een langere periode waarin de benadeelde inkomen uit arbeid zou hebben verworven. De hieraan gekoppelde langere looptijd van pensioenopbouw geeft een hoger pensioen en heeft dus ook een schadeverhogend effect. We onderschrijven haar eerste conclusie, maar bij haar tweede conclusie plaatsen wij vraagtekens, omdat de hoogte van de pensioenuitkeringen afhankelijk is van meer variabelen dan alleen van de inleg (zie onder de kopjes *Lage rentestand* en *Verhoging pensioenpremies* hierna). Met behulp van de rekentool op de website van het NRL hebben wij een kladberekening gemaakt om het gevolg van de langere looptijd bij een arbeidsongeval inzichtelijk te maken. De uitgangspunten van die berekening zijn a) een jaarschade van € 40.000 b) een rekenrente van 3% c) geen belastingschade en d) één heffingskorting. Voorbeeldman 1 is geboren in 1975 en in 2010 overkomt hem een ongeval. Voorbeeldman 2 is geboren in 1951 en in 2010 overkomt hem een ongeval. We hebben de contante waarde van hun totale schade aan VAV (bij kapitalisatie in 2013) berekend en hieronder schematisch weergegeven:

Effect verhoging pensioenleeftijd op VAV (rekenrente 3%)

			Effect
Voorbeeldman 1 (01-01-1975)	65 jaar: € 852.164	67 jaar: € 882.053	Stijging VAV: 3,5%
Voorbeeldman 2 (01-01-1951)	65 jaar: € 233.125	67 jaar: € 299.954	Stijging VAV: 28,6%

Het effect van een verhoogde pensioenleeftijd heeft een beperkt effect op de omvang van het VAV als de looptijd van de schade lang is (tientallen jaren). Bij een langlopende schade heeft een lagere rekenrente een aanzienlijk sterker effect op het VAV, zoals zal blijken uit het volgende hoofdstuk. Het omgekeerde is echter het geval voor een werknemer die dichter tegen de pensioengerechtigde leeftijd aan zit en waarbij dus

sprake is van een korte looptijd. Het effect van langer doorwerken is voor hem groot, terwijl het effect van een lagere rekenrente beperkt is, zoals uit het volgende hoofdstuk zal blijken.

Het beeld in de rechtspraak over de pensioenleeftijd in relatie tot het VAV wisselt overigens sterk en lijkt niet tijd of branchegebonden. Rechters schatten de huidige pensioenleeftijd lager in dan het CBS en de betreffende (bouw)branche zelf²⁴. Er is echter ook rechtspraak waarin de rechter uitdrukkelijk te kennen geeft oog te hebben voor de toekomstige verwachtingen op het gebied van pensioenvoorzieningen. Zo oordeelde de Rechtbank Arnhem (al) in 1996 over de VUT-regeling: *“Bovendien staat de VUT-regeling heden ten dage onder zware druk en is er geen enkele zekerheid dat deze regeling in de wat verdere toekomst zal blijven bestaan. De rechtbank zal daarom bij de begroting van dit onderdeel ervan uitgaan dat eiser tot zijn 65ste jaar zou hebben gewerkt.”*²⁵ Recent oordeelde het Hof Arnhem: *“Integendeel, nu [appellante] een aantal jaren niet heeft gewerkt en zij over die jaren geen pensioen heeft opgebouwd, ligt het ook met het oog op het opbouwen van pensioenrechten juist voor de hand dat [appellante] tot aan het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd zou zijn blijven werken (...). Het enkele feit dat volgens statistische gegevens een aanzienlijk deel van de verpleegkundigen voor het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd stopt met werken, leidt niet tot een ander oordeel. Allereerst betreffen deze statistische gegevens de situatie tot nu toe, waarin een lagere pensioenleeftijd geldt en nog gebruik kan worden gemaakt van prepensioenregelingen.”*²⁶ Wij pleiten ervoor dat rechters – behoudens aanwijzingen die in andere richting wijzen – aansluiten bij de CBS gegevens over de gemiddelde uittreedleeftijd in de bewuste branche.

Lage rentestand

Bij het bepalen van de rekenrente bij de kapitalisatie van toekomstige schades, dienen Nederlandse staatsleningen met een looptijd van tien jaar als richtlijn (omdat deze leningen relatief risicovrij worden geacht). Eind september 2013 bedroeg de rente op Nederlandse staatsobligaties tussen de 2% en 2,2%. Die percentages zijn van een andere orde dan het rendement van 6% dat doorgaans wordt gebruikt bij de kapitalisatie van toekomstige schade. Tiemersma heeft berekend dat de gemiddelde rekenrente (het verschil tussen het rendement op tienjarige staatsleningen en de inflatie) vanaf 2000 op 2% ligt²⁷. Bij de afwikkeling van letselschades wordt uitgegaan van een rekenrente van 3%. In de afgelopen jaren was, en op de korte termijn is, het onmogelijk om de aan die rekenrente ten grondslag liggende rendementsverwachting van 6% te realiseren in risicomidende beleggingen. Op de lange termijn is een rekenrente van 3% wel verdedigbaar omdat uit onderzoek over een periode van bijna vijf eeuwen (de periode 1540(!)/2008) is gebleken dat de rente gemiddeld 6% bedroeg²⁸. Op de lange termijn is een rekenrente van 3% vervolgens wel verdedigbaar. Tiemersma pleit ervoor bij schades met een lange looptijd voor de eerste twintig jaar uit te gaan van een rekenrente van 2% en voor de

daarop volgende jaren van 3%, zodat over de echt lange termijn toch weer wordt aangehaakt bij het gemiddelde rendement van 6%. Bij kortlopende schade van bijvoorbeeld vijf jaar is kapitalisatie (en dus een discussie over het te kiezen rentepercentage) vaak niet aan de orde. Bij middel-langlopende schade van tien tot twintig jaar is er op dit moment reden om uit te gaan van een rekenrente van 2%. Zoals wij al opmerkten, is de invloed van de rekenrente op de begroting van het VAV bij langlopende schades groter dan de invloed van de looptijd van de schade (door verhoging van de pensioenleeftijd). Het omgekeerde is echter het geval voor werknemers die tegen hun pensioengerechtigde leeftijd aan zitten als hen een ongeval overkomt. Uitgaande van de gegevens in het voorbeeld onder het kopje ‘Verhoging pensioenleeftijd’, maar dan met een rekenrente van 2%, kan de schade van Voorbeeldman 1 en Voorbeeldman 2 als volgt schematisch worden weergegeven:

Effect lagere rekenrente op VAV

	Rekenrente 3%	Rekenrente 2%	Effect
Voorbeeldman 1 (01-01-1975)	65 jaar: € 825.164	65 jaar € 932.783	Stijging VAV door daling rente 65: 13%
	67 jaar: € 882.053	67 jaar € 971.370	Stijging VAV door daling rente 67: 10,1%
Voorbeeldman 2 (01-01-1951)	65 jaar: € 233.125	65 jaar € 234.152	Stijging VAV door daling rente 65: 0,4%
	67 jaar: € 299.954	67 jaar € 303.182	Stijging VAV door daling rente 65: 1,08%

Uit het voorgaande volgt, dat dezelfde factoren in afwijkende gevallen tot (zeer) verschillende resultaten kunnen leiden. Dit vraagt van de rechter een verdiscontering van alle relevante variabelen en alle specifieke omstandigheden van het geval in de berekening van het VAV.

Verhoging pensioenpremies/verlaging pensioenuitkeringen

Een aantal pensioenfondsen heeft de pensioenpremies in de afgelopen vijf jaar verhoogd, (onder meer) omdat De Nederlandsche Bank de pensioenfondsen voorschrijft dat zij kostendekkende pensioenpremies moet innen die zijn geënt op de marktrente²⁹. Daarbij dwong de dalende marktrente de pensioenfondsen de laatste jaren grotere bedragen te reserveren voor het dekken van toekomstige aanspraken. Om de dekkingsgraad op de door De Nederlandsche Bank voorgeschreven 105% te houden, zijn veel pensioenfondsen genoodzaakt de (toekomstige) uitkeringen te verlagen. Zo heeft het pensioenfonds voor de bouw (BpfBOUW) de premies gedurende de afgelopen vijf jaar met 50% verhoogd. Tegelijkertijd heeft het BpfBOUW het opbouwpercentage verlaagd van 2,25 naar 1,8. Deze maatregelen waren nodig door de daling van het aantal werknemers in de branche, de gestegen levensverwachting en de lage rentestand. Ook de gemiddelde leeftijd van de deelnemers in een pensioenfonds kan een factor zijn bij het besluit om uitkeringen te verlagen en premies te verhogen. Bij een pensioenfonds met relatief veel oude deelnemers zal dat besluit eerder aan de orde zijn dan bij relatief ‘jonge’ pensioenfondsen.

> Een andere ontwikkeling waar pensioenfondsen³⁰ mee te maken zullen krijgen, zijn de gevolgen van toegenomen financieel toezicht en de daarmee gepaard gaande kosten. Toezichthouders wereldwijd hebben als gevolg van de financiële crisis een reeks maatregelen getroffen³¹ die van invloed zal zijn op de wijze waarop pensioenfondsen worden ingericht en op de wijze waarop het beleggingsbeleid van fondsen wordt uitgevoerd. De gevolgen van de maatregelen kunnen zijn een verhoging van vereiste buffers op de balans (met mogelijk een premieverhoging of daling van de uitkering tot gevolg) en een meer defensief beleggingsbeleid (met lagere opbrengsten uit beleggingen tot gevolg)³². Ook de beleggingsfondsen en de financiële instrumenten waarin door pensioenfondsen wordt belegd via vermogensbeheerders, worden geraakt door de toezichtmaatregelen. Daarbij kan gedacht worden aan – kostenverhogende – clearingverplichtingen³³ en rapportageverplichtingen voor derivaten (waarin door pensioenfondsen wordt belegd ter afdekking van renterisico's) en een doorberekening van kosten als gevolg van de verplichte ondertoezichtstelling van vermogensbeheerders. Deze kosten zullen uiteindelijk worden doorberekend aan de deelnemers en zullen dus een negatief effect hebben op de hoogte van de pensioenaanspraken. De geschetste ontwikkelingen hebben (uiteindelijk) een verlagend effect op de omvang van het VAV en de pensioenschade. Een voorbeeld waarbij de rechter rekening houdt met de ontwikkelingen in rendementsprognoses bij pensioenopbouw is te vinden in een uitspraak van de Rechtbank Zutphen waarin de rechter aanneemt dat de benadeelde zal moeten doorwerken tot de pensioengerechtigde leeftijd (en dus niet vervroegd zal uittreden): *“Zeker in het huidige financiële klimaat, waarin de mogelijkheid bestaat dat (‘lijfrente en andere’) verzekeringen lang niet het geprognosticeerde rendement zullen halen, kan aan de expiratedata geen doorslaggevend argument worden ontleend.”*³⁴

Conclusie

Vanaf 2000 – en vooral sinds het uitbreken van de financiële crisis in 2008 – zijn een aantal uitgangspunten bij de berekening van het VAV veranderd. Een 65-jarige pensioenleeftijd (of een VUT-regeling in de jaren voordat men 65 wordt), is niet meer het uitgangspunt. Dienstverbanden zijn korter en pensioenopbouw is geen vanzelfsprekendheid meer (vooral niet bij zzp'ers en jongere werknemers op de meer flexibele arbeidsmarkt). Ook veranderende samenstellingen van pensioenfondsen (relatief weinig werkende deelnemers brengen premies op voor relatief veel gepensioneerden) en financieel toezichtmaatregelen zijn van invloed op de pensioenopbouw. Het is bovendien de vraag in hoeverre de rekenrente van 3% nog aansluit bij de huidige ontwikkelingen in de markt. Wat niet is veranderd, is dat de hypothetische situatie zonder ongeval moet worden vergeleken met de werkelijke situatie waarin de benadeelde zich als gevolg van het ongeval bevindt. Rechters houden in meerdere of mindere mate rekening met de geschetste maatschappelijke ontwikkelingen, maar een consistent beeld valt uit de rechtspraak vrijwel niet te distilleren. Dit hoeft niet te verbazen, nu van geval tot geval beoordeeld moet worden welke uitgangspunten bij de berekening van het VAV van toepassing zijn, zoals ook blijkt uit de voor-

beeldberekeningen in dit artikel. Daarbij moet wel telkens de vraag worden gesteld in hoeverre de door schaderegelaars en belangenbehartigers van oudsher gehanteerde uitgangspunten nog overeenstemmen met de geschetste huidige ontwikkelingen. Vooral schades met een lange looptijd (in de eenentwintigste eeuw) vereisen dat de uitgangspunten mede worden vastgesteld aan de hand van recente ontwikkelingen, omdat de sociaaleconomische realiteit van nu en de komende jaren niet meer dezelfde is als die van de twintigste eeuw. ■■■

- 1 De talrijke overige factoren die van invloed zijn op het VAV vallen buiten het bestek van dit artikel en hebben we hier verder buiten beschouwing gelaten.
- 2 CBS StatLine: Zelfstandigen zonder personeel; persoonskenmerken.
- 3 14% van de werkzame beroepsbevolking is actief in de zakelijke dienstverlening en 23% van het totale aantal zzp'ers werkt in deze sector.
- 4 P.H.G. Berkhout, “Zzp'ers in de bouw”, 10 februari 2010, www.ser.nl/nl/publicaties/adviezen.aspx. 7% van de werkzame beroepsbevolking werkt in de bouw, 14 % van alle zzp'ers in Nederland is werkzaam in de bouw.
- 5 P.H.G. Berkhout, “Zzp'ers in de bouw”, 10 februari 2010, www.ser.nl/nl/publicaties/adviezen.aspx.
- 6 CBS StatLine: Beroepsbevolking naar bedrijf en persoonskenmerken.
- 7 CBS StatLine: Arbeidsomstandigheden werknemers; bedrijfstakken.
- 8 AOV dichtheid onder zzp'ers: Transport 75%, Zakelijke dienstverlening 29% en Bouw 57%; bron: SER advies “Zzp'ers in beeld” 15 oktober 2010 (adviesnummer 2010/04).
- 9 SER advies, “Zzp'ers in beeld 15 oktober 2010” (adviesnummer 2010/04).
- 10 CBS StatLine, Van arbeid naar pensioen; personen 55 jaar of ouder, Bedrijfstak: C-F Nijverheid en Energievoorziening.
- 11 Hof Den Bosch 17 augustus 1988, VR 1989/162.
- 12 Rb. Oost-Brabant 3 juli 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:4193 (werknemer) en Hof Den Bosch 10 juni 2008, LJN: BF0360 (Zzp'er).
- 13 Hof Den Haag 8 november 2011, LJN BU3804.
- 14 CBS: “Hoe honkvast zijn werknemers?” 18 december 2000 en CBS: “Hoe mobiel is werkend Nederland?” 29 maart 2010, www.cbs.nl.
- 15 HR 13 januari 1995, NJ 1997, 175.
- 16 Conjunctuurbericht CBS, 24 september 2013.
- 17 HR 15 mei 1998, NJ 1998, 624: *“aan een benadeelde die blijvende letselschade heeft opgelopen, [mogen] geen strenge eisen worden gesteld met betrekking tot het te leveren bewijs van (schade wegens het derven van) de arbeidsinkomsten die de benadeelde in de toekomst zou hebben genoten in de hypothetische situatie dat het ongeval niet zou hebben plaatsgehad: het is immers de aansprakelijke veroorzaker van het ongeval die aan de benadeelde de mogelijkheid heeft ontnomen om zekerheid te verschaffen omtrent hetgeen in die hypothetische situatie zou zijn geschied.”* Het arrest wordt nog regelmatig aangehaald: Rb. Breda 21 augustus 2012, JA 2012, 152, Hof Den Bosch 9 augustus 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BR6646 en Hof Den Bosch 20 juli 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BN2818.
- 18 Hof Arnhem-Leeuwarden 9 juli 2013 ECLI:NL:GHARL:2013:4977.
- 19 Hof Den Bosch 17 augustus 1988, VR 1989, 62.
- 20 Rb. Oost-Brabant 3 juli 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:4193 rov. 2.42.
- 21 Bron: CBS StatLine: Bevolking, huishoudens en bevolkingsontwikkeling vanaf 1899.
- 22 Zie koninklijk besluit van 12 juli 2012, Stb. 2012, 329.

- 23 X.I. Waaijberg-Laumen, “De verhoging van de pensioenleeftijd en de mogelijke effecten op de begroting van letselschade”, VR 2011, 30.
- 24 Hof Den Bosch, 9 augustus 2011 BR6646.
- 25 Rb. Arnhem 15 februari 1996, VR 1996, 208.
- 26 Hof Arnhem 9 juli 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:4977, rov. 2.6.
- 27 J. Tiemersma, “Rekenrente”, VR 2013, 67.
- 28 J. Tiemersma, “Rekenrente”, VR 2013, 67.
- 29 <http://www.toezicht.dnb.nl/2/2/50-202556.jsp>, “Financieel Toetsingskader (FTK) voor pensioenfondsen”. Het FTK wordt op termijn aangepast. Ten tijde van het schrijven van dit artikel lag het gewijzigde FTK ter consultatie voor aan de markt.
- 30 Maar uiteraard ook financiële instellingen die financiële instrumenten aanbieden (denk aan banken die bankspaarproducten aan zzp'ers aanbieden ten behoeve van hun pensioenopbouw).
- 31 Hierbij kan worden gedacht aan de Solvency-II richtlijn (Richtlijn 2009/138/EU) die regels geeft voor de solvabiliteit van verzekeraars, de EMIR verordening (nr. 2012/648/EU) die strikte regels stelt aan derivatenhandel en de AIFM richtlijn (Richtlijn 2011/61/EG) die

- vrijwel alle beheerders van beleggingsfondsen onder verplicht toezicht stelt. Hoewel nog niet alle maatregelen in werking zijn getreden en de reikwijdte van de richtlijnen (nog) niet altijd even definitief is, is wel al duidelijk dat ook pensioenfondsen door deze richtlijnen worden geraakt en dat vrijstellingen en ontheffingen voor pensioenfondsen slechts beperkt of tijdelijk worden toegestaan.
- 32 J. de Haan c.s. “De impact van Solvency II-regels op pensioenfondsen”, *ESB Pensioenen*, 97-4629 (februari 2012).
 - 33 Door (*over the counter*) derivatentransacties via een centrale clearing instantie te laten lopen en af te wikkelen, in plaats van bilateraal tussen (alleen) het pensioenfonds en een bank, is op elk moment voldoende onderpand (*initial/variation margin*) aanwezig ter nakoming van de verplichtingen uit hoofde van het derivatencontract. Op die manier wordt voorkomen dat de insolventie van één partij via een domino-effect het hele financiële stelsel in gevaar brengt.
 - 34 Rb. Zutphen 29 april 2009, NJF 2009, 329, rov. 4.17.

DeMediationRubriek ...

DeMediationRubriek staat onder redactie van mr. Ferda van Benthem en mr. Bart Neervoort. Hoewel in letselschadezaken steeds vaker mediation wordt toegepast, hebben de meeste betrokkenen in de personenschadebranche er nog geen ervaring mee. Door in deze rubriek voorbeelden uit de praktijk van NVMV-LetMeletselschademediators te beschrijven, wordt getracht de bekendheid met mediation te vergroten. Namen van slachtoffers in de beschreven zaken zijn gefingeerd. Deze bijdrage is van Bart Neervoort



Multiculturele mediation

De 54 jarige Hassan Badhouba kwam van rechts en werd in de linkerflank aangereden door een vrachtwagen, die hem niet meer kon ontwijken. Vlak voor de klap ging het in een flits door hem heen dat hij misschien wat te hard op het kruispunt kwam aangereden en dat hij beter zijn auto-gordel had kunnen dragen. Twee maanden ziekenhuisopname en zes maanden revalideren waren het gevolg. Na zijn revalidatie was duidelijk dat Badhouba zijn werk bij het verhuisbedrijf, waar hij na twee jaar werkeloosheid twee weken voor het ongeval was begonnen wel kon vergeten. Zijn contract werd niet verlengd en het lukte hem niet om een andere baan te vinden. Hij kwam in contact met een letselschadebureau en hij kreeg wel een paar keer een voorschot van de verzekeraar van de vrachtwagen, maar de afwikkeling van de schade duurde al bijna twee jaar.

De schaderegelaar kwam niet verder met Badhouba. Hij claimde absurde bedragen voor verminderd arbeidsvermogen, alsof hij tot zijn 65e verzekerd zou zijn geweest van een vast inkomen uit arbeid als het ongeval niet was gebeurd. En de claim voor immateriële schade was meer aan

de fantasie van Badhouba ontsproten dan aan wat in dit soort gevallen door de rechter was toegewezen. De behandelaar kwam geen steek verder en wilde het maar op een procedure laten aankomen toen zijn leidinggevende voorstelde mediation te proberen.

De mediator had vaker met het multiculturele bijltje gehakt. Hij wist dat Nederlanders met een Noord Afrikaanse achtergrond een geheel andere onderhandelingsstechniek hanteren, dan in Nederland gebruikelijk. Wie als toerist ooit een Arabische markt heeft bezocht weet dat de prijs niet tot stand komt door een eenvoudige optelsom van inkoopprijs + winstopslag. De verkoper begint met een belachelijk hoge vraagprijs, maar na het gebruikelijke loven en bieden komt de transactie tot stand voor een fractie van de vraagprijs en zijn beide partijen tevreden. Voor de marktkoopman is van groot belang dat hij door de koper wordt gerespecteerd en de belachelijk hoge vraagprijs is ook niet uit disrespect voor de koper. Ook wist de mediator uit ervaring dat in sommige culturen toegeven van het eigen ongelijk uit den boze is. Beter

liegend ten onder gaan, dan moeten erkennen dat men fout zit. De ander weet toch wel hoe het zit. Dan hoeft het toch niet ook nog eens toe te geven?

De mediation begon met een gesprek tussen de mediator en elk der partijen apart. De mediator besprak met de schadebehandelaar dat hij niet moest verwachten dat Badhouba zou willen luisteren naar het 'eigen schuld'-verweer. Dit hoefde ook niet benadrukt te worden, want waarschijnlijk wist Badhouba heel goed dat hij ook voor een deel eigen schuld had. Als er maar een resultaat uitkwam, waarmee Badhouba tevreden was. Het had ook geen zin om aan te voeren dat de smartengeldclaim belachelijk was. Dat zou eerder averechts weken voor het onderhandelingsklimaat. In het voorgesprek met Badhouba en zijn belangenbehartiger bleek de mediator dat zij niet op één lijn zaten. De belangenbehartiger realiseerde zich heel goed dat de bedragen, die Badhouba noemde niet realistisch waren, maar hij had hem daarvan niet kunnen overtuigen.

De gezamenlijke sessie begon stroef. Badhouba beklagde zich erover dat zijn leven door het ongeluk was vernietigd, dat de verzekeraar van de vrachtwagen daarvoor moest bloeden en het werd duidelijk dat hij alle aanwezigen, inclusief zijn eigen belangenbehartiger en de mediator met wantrouwen bezag. De behandelaar hield wijselijk zijn mond tijdens deze tirade en legde toen heel rustig uit dat hij gewoon zijn werk deed. Hij berekende schadevergoedingen op de manier, zoals dat in Nederland gebruikelijk was en hij was zonder meer bereid om te betalen wat hij verwachtte dat een rechter aan het slachtoffer zou toewijzen. Maar als hij meer betaalde zou hij dat niet aan zijn chef kunnen uitleggen en zijn baan kwijtraken.

Na deze sessie nam de mediator Badhouba even apart en koos een andere benadering: Badhouba's leven was door het ongeval op z'n kop gezet. Wat was ervoor nodig om zijn leven weer op de rails te krijgen? Wat was hij met zijn leven van plan? Badhouba leefde op. Hij wilde terug naar zijn geboortedorp in Marokko en er een huis neerzetten. Hij zag al voor zich hoe zijn huis groot genoeg moest zijn om onderdak te bieden aan zijn familieleden en hoe hij

daarmee als gerespecteerde burger van een gezonde oude dag zou genieten. De mediator vroeg hem na te denken over het bedrag dat hij daarvoor nodig had. Daarna sprak de mediator met de behandelaar. Hij vroeg hem uit te rekenen welke all-in bedragen hij verwachtte in de zaak Badhouba na een gerechtelijke procedure in het gunstigste geval en in het ongunstigste geval te moeten betalen, dus inclusief rente en kosten.

Na verder pendelen, waarbij hij eerst nog bij Badhouba de op een Arabische markt gebruikelijke rituelen moest doorstaan, bleek de mediator dat de bedragen van partijen dicht genoeg bij elkaar kwamen om hen weer plenair te spreken. Hij liet Badhouba eerst aan het woord. Deze noemde een bedrag dat bijna aanvaardbaar was voor de verzekeraar. De behandelaar noemde een tegenbedrag en uiteindelijk werd het verschil gedeeld. Badhouba bedankte de behandelaar en de mediator met een handdruk en zei hen grappend dat zij langs moesten komen in Marokko als zijn huis klaar was. De behandelaar kon de volgende dag op kantoor vertellen hoe dit dossier tegen alle verwachtingen in binnen één dag was geregeld voor een bedrag dat alleszins gerechtvaardigd was.

Dit geval toont aan hoe belangrijk het voor partijen is om zich voor het welslagen van hun onderhandelingen niet alleen te verdiepen in de feiten, de medische, de juridische en de rekenkundige aspecten van een letselschade, maar ook in de persoon van de wederpartij en wat die beweegt. Letselschade bij een slachtoffer met een niet-Nederlandse achtergrond vereist een andere aanpak. Het toont ook aan hoe mediation zaken kan oplossen, die onoplosbaar lijken.

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

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