

Pagina 1
Verjaring

Pagina 4
Whiplash in Europa

Pagina 7
NIS-bijeenkomst 2013

Pagina 8
4e Lustrum Raasveld
Expertise

Pagina 9
Deelgeschil 3 jaar

Pagina 14
"Wie zegt dat hij boos is,
bedoelt dat hij angst heeft"

Pagina 16
Causaliteit in letselschadezaken

Pagina 19
Preadvies Medische
Aansprakelijkheid

Pagina 27
DeMediationRubriek

December 2013



Bekendheidscriteria ...

1e Plaats;
twijfelachtige eer ...

Pittige discussie ...

Rechter, motiveer
uw oordeel ...

Van limbisch
naar empatisch ...

7e RuG
Letselschadecongres ...

Recensie ...

DMR 2013, 6 ...

Die boef ...

Twee uitspraken nader besproken

Bekendheidscriteria van de verjaring

Uit een tweetal recente uitspraken blijkt dat de aangesproken schuldenaar onder bepaalde omstandigheden met succes het verjaringsverweer kan voeren². Het ging in deze zaken om de aansprakelijkheid van respectievelijk een psychiater en een ziekenhuis. Deze uitspraken en het leerstuk van verjaring zullen in deze bijdrage nader worden besproken.

Verjaring

Deze bijdrage staat in het teken van de verjaring ex art. 3:310 leden 1 en 5 BW. Het eerste lid regelt de verjaring van onder meer de rechtsvordering tot vergoeding van de schade op grond van de wanprestatie en de onrechtmatige daad. Voor schade door letsel of overlijden kent art. 3:310 BW per 1 februari 2004 een eigen lid, te weten lid vijf³. De vereisten voor de aanvang van de verjaringstermijn zijn in beide leden gelijklopend; zowel op grond van lid één als lid vijf vangt de verjaringstermijn aan door verloop van vijf jaar na aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. Waar op grond van het eerste lid een vordering na twintig jaar kan verjaren, is dit op grond van het vijfde lid niet mogelijk bij de vordering tot vergoeding van schade door letsel of overlijden. Daarnaast biedt het vijfde lid ook bescherming aan de minderjarige, nu de verjaringstermijn pas een aanvang neemt bij de meerderjarigheid.

Mr. A.N.L. de Hoogh
KBS Advocaten¹



De ratio achter de verjaring is het dienen van de rechtszekerheid. Die rechtszekerheid is het belang van de schuldenaar dat hij na lange tijd niet meer kan worden aangesproken tot nakoming van een verbintenis waarvan hij mogelijk het bestaan niet kent of waarvan hij het tenietgaan niet meer kan bewijzen of waarvan onduidelijk is of zij bestaat⁴. Naast de rechtszekerheid staat de verjaring ook in het teken van de billijkheid⁵. Zoals neergelegd in art. 3:310 lid 1 en in lid 5 BW is voor de aanvang van de vijftientermijn van belang de bekendheid met de schade en de bekendheid met de aansprakelijke persoon. Het is vaste rechtspraak dat deze bekendheidsvereisten subjectief dienen te worden opgevat; vereist is de daadwerkelijke bekendheid, zodat het enkele vermoeden van het bestaan van schade niet volstaat⁶. De Hoge Raad voegt daaraan toe dat de verjaringstermijn begint te lopen op de dag na die waarop de benadeelde daadwerkelijk >

> in staat is een rechtsvordering tot vergoeding van de door hem geleden schade in te stellen. Daarvan zal sprake zijn als de benadeelde voldoende zekerheid – die niet een absolute zekerheid behoeft te zijn – heeft verkregen dat de schade is veroorzaakt door tekortschietend of foutief handelen van de betrokken persoon⁷.

Recentelijk stonden in twee uitspraken deze bekendheids-criteria van de verjaringstermijn centraal: in de zaak bij de Rechtbank Noord-Holland⁸ de bekendheid met de schade en in de zaak bij het Hof Den Bosch⁹ de bekendheid met de aansprakelijke persoon.

Bekendheid met de schade

De bekendheid met de schade is een subjectief vereiste. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat niet vereist is dat de benadeelde bekend is met alle componenten of de gehele omvang van zijn schade als gevolg van het tekortschietend of foutief handelen van de betrokken persoon. Voldoende is dat de benadeelde of diens wettelijke vertegenwoordiger bekend is geworden met schade die hij heeft geleden of lijdt als gevolg daarvan¹⁰. De Hoge Raad benadrukt dat die bekendheid de benadeelde immers daadwerkelijk in staat stelt zijn vordering tot schadevergoeding in te stellen. De verjaringstermijn die vervolgens begint te lopen, geldt mede voor de vordering tot vergoeding van de schade waarvan de benadeelde kon verwachten dat hij die als gevolg van datzelfde tekortschietend of foutief handelen zou kunnen gaan lijden¹¹. Aan de feitenrechter de schone (edoch niet altijd eenvoudige) taak het moment van de bekendheid met de schade vast te stellen.

Zo ook in de uitspraak van de Rechtbank Noord-Holland. De feiten zijn als volgt¹². Patiënte is medio 1993 in het ziekenhuis geboren. Kort na de geboorte is sprake geweest van een extravasaal¹³ lopend infuus, waardoor op de rechtervoet van patiënte een necroseplek is ontstaan. Hoewel aanvankelijk bleek dat het voetje op dat moment goed herstelde, vertoonde het in 1994 een lichte neiging tot contractuurvorming¹⁴. Er wordt door de betreffende kinderarts opgemerkt dat in de toekomst een kleine chirurgische operatie moet plaatshebben. Tien jaar later, in 2003, bezoekt patiënte de huisarts in verband met klachten aan de voet als gevolg van het litteken. De huisarts stelt vast dat het litteken trok en dat patiënte last had met lopen. Er volgt een verwijzing naar de plastisch chirurg. In 2004 komt vast te staan dat de tenen van de voet van patiënte naar buiten trokken. Patiënte stelt vervolgens in december 2010 het ziekenhuis aansprakelijk, nu volgens haar het extravasaal lopen van het infuus is aan te merken als medisch verwijtbaar handelen. Het ziekenhuis verweert zich primair met de stelling dat haar vordering is verjaard; zij was immers reeds geruime tijd bekend met de aansprakelijke persoon en de schade¹⁵.

Nu de bekendheid met de aansprakelijke persoon niet ter discussie staat, richt de discussie zich wel op de bekendheid met de schade. Patiënte stelt dat de verjaringstermijn pas in 2009 is gaan lopen. In die periode werd voor haar voorzienbaar dat zij schade zou kunnen gaan lijden, nu

haar toen pas duidelijk werd dat enkele werkzaamheden als gevolg van de problemen met haar voet te zwaar werden en dat dit consequenties had voor haar opleiding en het uitzicht op de door haar gewenste baan.

Aan de rechtbank de vraag of vijf jaar vóór de aansprakelijkstelling van december 2010 patiënte al bekend was met de schade, dus vóór december 2005. De rechtbank oordeelt dat de bekendheid nog niet in 1993 dan wel 1994 was ingetreden, nu de kinderarts in die tijd ervan uitging dat in de toekomst een kleine plastisch chirurgische ingreep zou moeten plaatshebben. Dat het letsel tot schade zou leiden, was derhalve nog geen gegeven en nog niet voorzienbaar. De situatie was, aldus de rechtbank, anders in 2003 en 2004. In die tijd waren er al klachten die het gevolg waren van het in 1993 opgelopen letsel. De huisarts had immers in die periode vastgesteld dat het litteken trok en dat patiënte last had met lopen. Er volgde toen ook een verwijzing naar de plastisch chirurg en er werd geconstateerd dat de tenen van de voet naar buiten trokken. Om die reden konden de ouders redelijkerwijs verwachten dat de door patiënte ondervonden problemen met de voet tot de gestelde schade-posten zouden kunnen leiden. De rechtbank oordeelt derhalve dat (de ouders van) patiënte vóór december 2005 bekend (waren) was met de schade en dat de vordering is verjaard. Het feit dat patiënte elf jaar oud was, vormt geen beletsel de vereiste bekendheid aan te nemen. Tot welke beperkingen die schade precies zou leiden, was in 2003 en 2004 wellicht nog niet duidelijk, maar bekendheid met de exacte omvang van de schade en/of alle componenten van de schade is geen vereiste voor het aanvangen van de vijfjarige verjaringstermijn, aldus de rechtbank.

Bepalend in deze uitspraak zijn dus de ouders, als de wettelijke vertegenwoordigers van patiënte. Dat is geenszins vreemd. De Hoge Raad heeft immers geoordeeld dat de verjaringstermijn een aanvang neemt zodra de benadeelde of diens wettelijke vertegenwoordiger voldoende zekerheid – die niet een absolute zekerheid hoeft te zijn – heeft verkregen dat het letsel (mede) is veroorzaakt door tekortschietend of foutief medisch handelen¹⁶. De bekendheid van de ouders met de schade kan dus als het ware aan de benadeelde zelf worden toegerekend, wat in deze uitspraak ook geschiedde. Opvallend aan deze uitspraak is de redenering van de rechtbank om bekendheid met de schade aan te nemen. De rechtbank oordeelt immers dat de ouders in de periode 2003/2004 *redelijkerwijs konden verwachten* dat de problemen tot de gestelde schadeposten zouden kunnen leiden. Daarmee geeft de rechtbank niet nadrukkelijk te kennen dat de ouders ook daadwerkelijk bekend waren met de schade, maar dat de ouders – anders verwoord – daadwerkelijk bekend *konden* zijn. Het lijkt erop dat de rechtbank met dit oordeel een nuance aanbrengt door te kiezen voor een enigszins objectieve benadering, wat toch wel opvallend is te noemen.

Overigens zou het oordeel anders luiden, als het verwijtbaar medisch handelen niet medio 1993 maar op 1 februari 2004 (of later) had plaatsgevonden. Het per 1 februari 2004 geldende art. 3:310 lid 5 BW zou in die situatie bepalen dat

de verjaringstermijn pas een aanvang neemt na aanvang van de dag volgende op die waarop patiënte meerderjarig is geworden. Helaas voor patiënte is art. 3:310 lid 5 BW op grond van art. 119b Overgangswet NBW slechts van toepassing op schadeveroorzakende gebeurtenissen die vanaf 1 februari 2004 hebben plaatsgevonden. Resteert de vraag of zij wellicht haar ouders aansprakelijk kan stellen wegens het laten verjaren van de vordering, hetgeen mijns inziens een uiterst moeilijke exercitie is¹⁷.

Bekendheid met de aansprakelijke persoon

Naast de bekendheid met de schade is ook bekendheid met de aansprakelijke persoon een subjectief vereiste. Zoals eerder uiteengezet moet de bekendheid als ‘daadwerkelijke bekendheid’ worden uitgelegd, zodat het enkele vermoeden van het bestaan van schade niet volstaat. Dit betekent dat in beginsel op de benadeelde geen onderzoeksplicht rust¹⁸. Dit laatste omdat de Hoge Raad dit ten aanzien van de bekendheid met de aansprakelijke persoon enigszins heeft genuanceerd. Degene die de identiteit van de aansprakelijke persoon met een beperkt onderzoek eenvoudig had kunnen achterhalen maar heeft nagelaten een dergelijk onderzoek in te stellen, kan zich ter afwering van een beroep op verjaring niet kan beroepen op subjectieve onbekendheid met de aansprakelijke persoon¹⁹. De Hoge Raad merkt daarbij op: *“Het verdraagt zich immers niet met de rechtszekerheid en de billijkheid, die het instituut van de verjaring mede beoogt te dienen, dat de benadeelde door het nalaten van een redelijkerwijs van hem te verlangen, eenvoudig uit te voeren onderzoek naar de identiteit van de aansprakelijke persoon, zou kunnen voorkomen dat de verjaringstermijn van vijf jaar een aanvang neemt.”*

Deze beperkte onderzoeksplicht kwam aan bod in de uitspraak van het Gerechtshof Den Bosch. De feiten zijn als volgt²⁰.

Appellant ontvangt een WAO-uitkering van het USZO. In het kader van een (her)beoordeling is in september 1998 een medisch-psychiatrisch deskundigenonderzoek bij hem verricht. Geïntimeerde, de psychiater van het desbetreffende onderzoek, heeft aan de verzekeringsarts in december 1998 verslag uitgebracht en heeft aan appellant laten weten dat dit verslag aan het USZO is toegezonden. Vervolgens deelt het USZO aan appellant mede dat het rapport aan zijn huisarts is gezonden. Het USZO besluit uiteindelijk de WAO-uitkering van appellant in te trekken (hierna te noemen: het WAO-intrekkingsbesluit), hetgeen in belangrijke mate het gevolg was van de inhoud van het rapport. Ongeveer negen jaar later, in of omstreeks 2007, heeft appellant bezwaar en beroep ingesteld tegen een besluit over een inmiddels aan hem toegekende WIA-uitkering. Hierbij wordt door appellant het volledige dossier opgevraagd. Appellant komt vervolgens tot de ontdekking dat in het dossier stukken zaten die betrekking hadden op het WAO-intrekkingsbesluit, waaronder het rapport van de psychiater. Appellant had niet eerder kennis genomen van de inhoud van het rapport en na lezing ervan dient appellant een klacht in tegen de psychiater bij het Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg. De klacht blijkt (ook in hoger

beroep) gegrond. Volgens de tuchtrechter wekt het rapport de schijn van vooringenomenheid en heeft de conclusie een speculatief en tendentius karakter. De inhoud van het rapport doet appellant daarnaast besluiten de psychiater aansprakelijk te stellen voor de door hem geleden schade als gevolg van zijn rapport. Bij de rechtbank vangt appellant bot; de rechtbank wijst zijn vorderingen af. Appellant gaat vervolgens in hoger beroep. De psychiater beroept zich, evenals in eerste aanleg, op verjaring van de vordering. Hoewel appellant pas in of omstreeks 2007 daadwerkelijk bekend was met het rapport van de psychiater (en daarmee bekend was met de aansprakelijke persoon) mocht, aldus de psychiater, van appellant worden verwacht dat hij zich enige inspanning had getroost om kennis te nemen van het rapport via zijn huisarts.

Het hof volgt de psychiater en oordeelt dat de vordering is verjaard. Appellant wist, aldus het hof, dat het rapport in december 2008 door het USZO naar de huisarts was verzonden. Appellant gaf aan, toen hij zijn huisarts belde over de inhoud van het rapport, dat hij niets had ontvangen. Volgens het hof lag het echter in de rede dat appellant de huisarts had kunnen en moeten vragen daarover navraag te doen bij het USZO en dat appellant na korte tijd opnieuw bij de huisarts had kunnen en moeten informeren of het rapport was binnengekomen. Met andere woorden, het hof vindt dat appellant met een beperkt onderzoek kennis had kunnen nemen van het rapport (en daarmee met de aansprakelijke persoon). De verjaringstermijn is in de loop van de maand januari 1999 aangevangen, aldus het hof²¹. Het hof grijpt daarom terug op het arrest van de Hoge Raad van 3 december 2010. Het illustreert op duidelijke wijze dat op de benadeelde (de schuldeiser) een onderzoeksplicht rust om de aansprakelijke persoon te achterhalen.

Conclusie

Voor een succesvol beroep op verjaring moet sprake zijn van daadwerkelijke bekendheid met de schade en met de aansprakelijke persoon. Dat de soep niet zo heet wordt gegeten, blijkt uit de zojuist besproken uitspraken. In beide uitspraken geldt dat de benadeelde met de schade dan wel de aansprakelijke persoon bekend had kunnen zijn. Zij vormen twee voorbeelden waarbij de subjectieve criteria enigszins worden genuanceerd. Het is maar dat u daar daadwerkelijk bekend mee bent ...

¹ Met dank aan zijn kantoorgenoot mr. M.J.J. de Ridder voor zijn nuttige suggesties.

² Hof Den Bosch 24 september 2013 ECLI:GHSHE:2013:4349 en Rb. Noord-Nederland 23 oktober 2013 zaaknummer C/14/143100/HA ZA 13-19 (niet gepubliceerd).

³ Wet van 27 november 2003, *Stb.* 2003, 495.

⁴ C.J.H. Brunner e.a., *Verbindingsrecht algemeen*, Deventer: Kluwer 2011, nr. 304.

⁵ HR 31 oktober 2003, *NJ* 2006/112 (m.nt. C.E. du Perron).

⁶ Zie onder meer HR 6 april 2001, *NJ* 2002/383, HR 24 januari 2003, *NJ* 2003/300, HR 31 oktober 2003, *NJ* 2006/112, HR 27 mei 2005, *NJ* 2008/203, HR 10 september 2010, *NJ* 2012/195.

- > ⁷ HR 10 september 2010, *NJ* 2012/195 r.o. 3.5.
- ⁸ Rb. Noord-Nederland 23 oktober 2013 zaaknummer C/14/143100/HA ZA 13-19 (niet gepubliceerd).
- ⁹ Hof Den Bosch 24 september 2013 ECLI:GHSHE:2013:4349.
- ¹⁰ HR 31 oktober 2003, *NJ* 2006/112 en HR 10 september 2010, *NJ* 2012/195 r.o. 3.5.
- ¹¹ HR 10 september 2010, *NJ* 2012/195 r.o. 3.5.
- ¹² Ik beperk mij tot de voor deze bijdrage relevante feiten.
- ¹³ 'Buiten de bloedvaten om'.
- ¹⁴ 'Samentrekking, [ver]schrompeling of verkorting van weefsels, waardoor verkromping ontstaat door dwangstand van een of meer gewrichten'.
- ¹⁵ De regeling voor minderjarigen van art. 3:310 lid 5 BW is hier niet van toepassing, nu de schadeveroorzakende gebeurtenis vóór 1 februari 2004 is ontstaan (art. 119b Overgangswet NBW).
- ¹⁶ HR 31 oktober 2003, *NJ* 2006/112.
- ¹⁷ Zie in dit verband S. Rutten, 'De onderlinge relatie van gezinsleden', in: E. Engelhard, T. Hartlief en G. van Maanen, *Aansprakelijkheid in gezinsverband*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2004, p.149-167. De vragen die dit oproept, zijn onder meer: is er door de ouders onzorgvuldig gehandeld dan wel is sprake van slecht bewind ex art. art. 1:253i en 253j BW; is deze vordering van het kind niet ook verjaard; biedt de AVP dekking tegen dergelijke schade; is er uitloopdekking etc. etc.?
- ¹⁸ A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 415.
- ¹⁹ HR 3 december 2010, *NJ* 2012/196.
- ²⁰ Ik beperk mij enkel tot de voor deze bijdrage relevante feiten.
- ²¹ De overige verweren van appellant zullen niet nader worden besproken.



Whiplash in Europa en recente ontwikkelingen van de whiplashpraktijk in Zwitserland.



Mr. E.B.M. Denters
Amlin Europe

In Nederland is whiplash al vele jaren een actueel en veelbesproken onderwerp. Hoe is dat in het buitenland? Dit artikel geeft een schets van de whiplashpraktijk in de andere Europese landen en zal in het bijzonder ingaan op recente ontwikkelingen in Zwitserland, dat tot voor kort met afstand de hoogste vergoedingen voor whiplash-claims kende. Inspiratiebron voor dit artikel zijn de eigen ervaringen met buitenlandschades, de contacten met de beheerders van de buitenlandse groene kaart vertegenwoordigers en de door hen aangereikte informatie.

Vergelijkende studie CEA naar whiplash 2004

Het CEA (*Comité Européen des Assurances*) heeft in 2004 een vergelijkende studie verricht naar *minor cervical trauma claims*¹. Aanleiding voor de studie was een sterke

toename van *cervical injury claims* bij Europese autoverzekeraars vanaf 1999. Aan het onderzoek deden tien landen mee waaronder Nederland en Zwitserland. *Minor cervical trauma* werd gedefinieerd als aandoening van de nek, veroorzaakt door een acceleratie/deceleratie mechanisme zonder neurologische complicaties en zonder vast te stellen afwijkingen aan structuren zoals bot, zenuwen, ligamenten en tussenwervelschijven. In Nederland en Engeland spreekt men van whiplash, in Duitstalige landen van *Schleudertrauma* of *Trauma der Halswirbelsäule* (HWS) en in Frankrijk van *coup du lapin* (volgens Larousse: 'brutale nekslag') of *coup du fouet*. Voor het onderzoek zijn door de verschillende landen gegevens aangeleverd.

Uit de onderstaande tabel blijkt dat in Zwitserland de gemiddelde kosten per claim van circa € 35.000 met afstand het hoogst zijn. Nederland volgt met € 16.500. Daarna komen Groot Brittannië, Frankrijk en Duitsland. Deze laatste landen kennen allen een substantieel lager niveau met een gemiddelde vergoeding van € 2500 tot € 3000. Het aandeel whiplashclaims in de totale jaarlijkse kosten letselschade is in Zwitserland, Nederland en Groot Brittannië duidelijk hoger dan in Duitsland en Frankrijk. Het hoge aandeel in de kosten in Groot Brittannië heeft te maken met een hoge frequentie van relatief kleinere claims².

	Aandeel cervical trauma in totale kosten jaarlijkse kosten letselschade	Gemiddelde kosten per claim bij cervical trauma
Zwitserland	40 %	35.000
Duitsland	9 %	2.500
Finland	13 %	1.500
Frankrijk	0,5 %	2.625
Nederland	40 %	16.500
Groot Brittannië	50 %	2.878

Het CEA-onderzoek is van oudere datum en nadien niet meer herhaald. Uit onze eigen ervaring wat betreft de internationale afhandeling van schade op grond van de groene kaart en die van andere Nederlandse verzekeraars blijkt, dat het beeld vandaag min of meer ongewijzigd is gebleven. In Groot Brittannië, Frankrijk en Duitsland wordt als regel bij letsel na een whiplashtrauma – al dan niet na een medische expertise – uitgegaan van een periode van klachten of beperkingen van ten hoogste enige maanden. Alleen in Zwitserland en Nederland wordt erkend dat letsel na een whiplashtrauma blijvende en volledige arbeidsongeschiktheid kan veroorzaken en kent men schaderegelingen met lange looptijden voor posten zoals inkomensverlies. In Zwitserland hebben zich in de whiplashpraktijk de afgelopen jaren echter opmerkelijke ontwikkelingen voorgedaan.

De Zwitserse praktijk: *HWS-praxis* *Bepalende oudere rechtspraak*

De uitspraak van het Bundesgericht van 1991 wordt gezien

als bepalende oudere rechtspraak³. In deze beslissing bepaalde het Bundesgericht dat bij de diagnose whiplash na een ongeval en het zich voordoen van het daarbij behorende typische klachtenbeeld, in de regel het verband tussen het ongeval en de daarna opgetreden arbeidsongeschiktheid en andere invaliderende beperkingen aan te nemen is. De typische klachten die bij het beeld horen zijn: diffuse hoofdpijn, duizeligheid, concentratiestoornissen, misselijkheid, snel vermoeid zijn, visusstoringen, prikkelbaarheid, depressie, karakterverandering etc.⁴

Met deze uitspraak is de Zwitserse 'whiplashpraktijk' begonnen. Voor het aannemen van klachten en beperkingen was het bestaan van een organische afwijking niet meer nodig. Voldoende was dat de behandelend sector de diagnose whiplash (*HWS*, *Schleudertrauma*) stelde en de daarbij behorende typische klachten beschreef. De keuringsarts van de sociale verzekeraar nam deze bevindingen over en men kreeg een invaliditeitsrente. Net als Nederland, kent Zwitserland een sociaal zekerheidsstelsel voor onder meer het arbeidsongeschiktheidsrisico. Bij arbeidsongeschiktheid na een verkeersongeval met een aansprakelijke derde krijgt het slachtoffer een uitkering – invaliditeitsrente – die door de sociale instelling wordt verhaald op de aansprakelijke partij. Het slachtoffer heeft voor zijn andere schadeposten een directe aanspraak op de aansprakelijke partij⁵. Het oordeel van de sociale verzekeraar was bepalend voor de aanspraken op de eventueel betrokken aansprakelijkheidsverzekeraar: zowel wat betreft het regres van de invaliditeitsrente als de directe aanspraak van het slachtoffer van schadeposten als bijvoorbeeld aanvullend verlies van arbeidsvermogen, smartengeld en huishoudelijke hulp.

Kritiek vanuit wetenschap, verzekeraars en maatschappij

De uitspraak van het Bundesgericht van 1991 was in Zwitserland direct omstreden Nadat in latere jaren bleek dat sociale verzekeraars en autoverzekeraars meer en meer te maken kregen met aanspraken, ontstonden er veel en soms heftige discussies. Voortrekker was ondermeer Rolf P. Steinegger, een advocaat die voornamelijk voor aansprakelijkheidsverzekeraars optrad. Hij was van mening dat met deze uitspraak de sluisdeuren werden opengezet naar een "*Schleudertrauma-Industrie*" van geïnteresseerde artsen, therapeuten en advocaten, die de Zwitserse sociale voorzieningen ruïneert. Anderen spraken van Zwitserland als een "*Schleudertrauma-Paradies*" waar de gemiddelde vergoeding voor een dergelijk letsel 23 maal hoger ligt dan de vergoeding in Finland⁶. Men baseerde zich daarbij kenmerkend op de CEA studie uit 2004, ook als men aanhaalt dat zelfs de als tweede geklasseerde Nederlanders maar half zoveel betalen als de Zwitsers. Bovendien werd als kwalijk effect genoemd dat de praktijk "*Unzählige Opfer*" onnodig invalideert en daarmee maatschappelijk buitenspel zet. Uit wetenschappelijke hoek kwam ondermeer kritiek van hoogleraar Erwin Murer – Arbeids- en Verzekeringsrecht aan de Universiteit van Freiburg – die van mening was dat de betaalbaarheid van het sociale systeem in gevaar komt.

- > Naar schatting betaalden Zwitserse autoverzekeraars omstreeks 2005 jaarlijks vijfhonderd miljoen euro uit aan whiplashclaims⁷.

Wijziging van de praktijk in 2008

De uitspraak van 1991 heeft stand gehouden tot 2008. Vanaf dat jaar heeft het Bundesgericht meerdere uitspraken gedaan waarbij afstand wordt genomen van de in 1991 geformuleerde uitgangspunten⁸.

De eerste uitspraak in deze reeks was die van het Bundesgericht van 19 februari 2008⁹. Deze zaak had betrekking op een door de sociale verzekeraar verstrekte invaliditeitsrente na een whiplashtrauma. Het gerecht bepaalde dat er geen aanspraak meer bestaat op een invaliditeitsrente bij ziektebeelden “ohne hinreichende organische Grundlage” of wel zonder objectief vast te stellen afwijkingen. In de uitspraak wordt het waarom van de omslag niet duidelijk aangegeven. Wel wordt uitgebreid gerefereerd aan de discussies in de medische- en juridische vakliteratuur en de pers over het al dan niet vereist zijn van de aanwezigheid van objectief vaststelbare organische afwijkingen. In de uitspraak wordt ook als bezwaar van de tot dan toe bestaande praktijk genoemd dat deze gevoelig is voor misbruik c.q. fraude: het aannemen van afwijkingen en beperkingen alleen op basis van subjectief aangegeven klachten door de verzekerde persoon “bietet ein Missbrauchpotenzial”.

Omdat het vanaf 1991 gebruikelijk was dat de aansprakelijkheidsverzekeraars steeds de sociale verzekeraars hadden te volgen bij de medische beoordeling, gingen deze er van uit dat zij vanaf de uitspraak van 2008 elke whiplashclaim volledig konden afwijzen met het argument dat er geen objectief vast te stellen afwijkingen aanwezig waren. Dat beeld werd genuanceerd door een uitspraak van 2010. In Zwitserland gebruikt men het begrip *adäquater Kausalzusammenhang* bij het toetsen van een aanvraag voor een invaliditeitsrente of een schadeaanspraak. Als de *adäquater Kausalzusammenhang* volgens de geldende criteria wordt aangenomen, is er recht op een uitkering. In 2010 heeft het Bundesgericht uitgemaakt dat de definitie van de *adäquater Kausalzusammenhang* in het sociaal verzekeringsrecht en aansprakelijkheidsrecht identiek is, maar dat de evaluatiecriteria kunnen afwijken vanwege de redelijkheid en billijkheidsbepaling in het aansprakelijkheidsrecht. In de praktijk komt het er op neer dat onder omstandigheden in het aansprakelijkheidsrecht een ruimere toerekening kan plaatsvinden. Dit is nader uitgewerkt in de uitspraak van het Bundesgericht van 2010¹⁰. Hierin is uitgemaakt dat in het aansprakelijkheidsrecht een whiplashletsel in beginsel geen recht geeft op een levenslange schadevergoeding en worden hoge eisen gesteld aan het aannemen van blijvende beperkingen: “an die Anwesenheit einer dauerhaften Invalidität aufgrund syndromatischer Schmerzzustände ohne hinreichende organische Grundlage sind grundsätzlich hohe Anforderungen zu stellen”.

In de praktijk is de wijziging ingrijpend: in de oude situatie kreeg men bij letsel na een whiplashtrauma en het aangeven van beperkingen bij arbeid min of meer standaard een invaliditeitsrente en moest de betrokken aansprakelijkheidsverzekeraar het oordeel van de sociale verzekeraar volgen. De aansprakelijkheidsverzekeraar diende aanvullend het verlies aan arbeidsvermogen en andere posten uit te keren, veelal tot de eindleeftijd. In de nu ontstane situatie krijgt het slachtoffer met alleen een subjectief lijden geen invaliditeitsrente meer en kan hij alleen met succes een vordering bij een aansprakelijkheidsverzekeraar indienen als hij bewijs levert van zijn schade. Daarbij worden er aan het bewijs hoge eisen gesteld en in de regel zal een multidisciplinaire expertise nodig zijn. In de praktijk kan dat neerkomen op expertises door maar liefst zes disciplines, zoals een psycholoog, een neuropsycholoog, een reumatoloog, een internist, een neuroloog en een psychiater. De artsen mogen zich alleen uitlaten op hun vakgebied en zullen gemotiveerd moeten aangeven waarom zij van mening zijn dat er ondanks het afwezig zijn van objectieve afwijkingen, blijvende beperkingen zijn. De strikte regels voor dergelijke onderzoeken zijn vanaf 2008 in meerdere uitspraken uitgewerkt en uitgebreid beschreven in *Die gerichtlichen Vorgaben an polydisziplinäre Gutachten bei Schleudertraumen und äquivalenten Verletzungen*¹¹. Hoe lang deze nieuwe praktijk zal aanhouden, zal moeten blijken. Volgens de pers hebben slachtofferadvocaten, revalidatiecentra (Rehakliniken) en therapeuten minder werk en zijn zij op zoek naar alternatieve inkomsten. Verzekeraars hebben aanwijzingen dat er na de ‘Schleudertraumakultur’ een verschuiving optreedt naar burn-out. Vanaf 2010 wordt deze diagnose vaker gesteld. Het klachtenbeeld toont veel overeenkomsten met dat van whiplash en een burn-out kan aanspraak geven op een invaliditeitsrente van de sociale verzekeraar¹².

Tot slot

Na de beschreven omslag in Zwitserland zal een nieuw onderzoek zoals door het CEA in 2004 is gedaan, mogelijk te zien geven dat Nederland de eerste plaats van Zwitserland heeft overgenomen en in Europa nu het hoogste niveau van vergoedingen voor whiplashclaims kent. Hoe in Nederland de discussie verder zal verlopen en of – zoals bij de huidige discussie over smartengeld¹³ – de buitenlandse ontwikkelingen van invloed zullen zijn, zal moeten worden afgewacht.

¹ Minor Cervical Trauma Claims. CEA 2004.

² The AXA Whiplash Report van juli 2013. In dit rapport wordt door AXA de praktijk in de UK en de problemen die dit oplevert voor de betaalbaarheid van het systeem uitgebreid belicht.

³ BGE 117V 359 en *Verschärfte Schleudertrauma-Praxis – Stiefe Bise von vorne oder Hinten*. Rolf Steinegger HAVE 4-2010.

⁴ De beschrijving in de uitspraak is “Beschwerden wie diffuse Kopfschmerzen, Schwindel, Konzentrations- und Gedächtnisstörungen, Übelkeit, rasche Ermüdbarkeit, Visusstörungen, Reizbarkeit, Affektlabilität, Depression, Wesensveränderung usw.”.

- ⁵ *Coupe du Lapin, évolution de la jurisprudence*. Alex Fischer Dekra CH 11-1-2013.
- ⁶ Die Schleudertrauma-Industrie. Rolf Steinegger Die Bund 17-3-2011.
- ⁷ „Störung der Krankheitsindustrie“. Jorg Stiener 25-9-2010 Berner Zeitung. Dit artikel bevat meerdere citaten van hoogleraar Erwin Murer.
- ⁸ „Wichtige Entscheide im Haftpflichtrecht“. Bruno Haflicher Plädoyer 5/12.

- ⁹ BGE 134V109.
- ¹⁰ BGE 136V279.
- ¹¹ *Die gerichtlichen Vorgaben an polydisziplinäre Gutachten bei Schleudertraumen und äquivalenten Verletzungen*. Thomas German e.a. 2010.
- ¹² Aldus journalist Jorg Steiner in zijn bij 5 genoemde artikel.
- ¹³ S.D. Lindenbergh, *Smartengeld tien jaar later*, Deventer Kluwer 2008.

NIS bijeenkomst

Mevrouw G. Vogeler re
NIS

Op donderdag 7 november jl. was het NIS te gast bij Van Dort Letselschade in Maastricht. Van Dort letselschade bestaat 10 jaar en vierde dit onder andere ook met het NIS. In een sfeervolle ambiance, wijnhandel Vojacek, fêteerde Raoul van Dort de aanwezige NIS leden op een levendige discussie onder het genot van een hapje en een drankje. Raoul van Dort poneerde een viertal stellingen en ging hierover onder leiding van Gerrit van Maanen – hoogleraar Privaatrecht aan de Universiteit van Maastricht – in gesprek met Theo Kremer – directeur van het PIV. Er ontsproot zich een geanimeerde discussie tussen de beide heren en de NIS leden. Stellingen werden omarmd dan wel verworpen.

Tijdens deze discussie werd ‘klare wijn geschonken’; af en toe ‘water bij de wijn gedaan’; was ‘de wijn af en toe als de wingerd’; en ‘behoefde goede wijn niet altijd een kranst’. Ook werd ‘de herbergier niet gevraagd of hij goede wijn heeft’. De discussie werd besloten met een ludiek optreden van Pierre Cnoops.

a te hebben gesproken, gespard, gespiegeld en gelachen, werd er een glaasje gedronken. De leden konden verschillende heerlijke wijnen proeven terwijl er diverse warme en koude gerechten werden geserveerd. Het was weer een mooie, inspirerende, gezellige en memorabele NIS avond!

Stellingen

Knuffelen is voor familie en vrienden, niet voor slachtoffers

Theo Kremer gaf aan dat er vanuit verzekeraars meer oog is voor de omstandigheden van het slachtoffer en dat er meer empathie wordt getoond. Volgens onderzoeken van professor Akkermans van de VU wordt dit gewaardeerd door benadeelden. Raoul van Dort gaf aan dat empathie weliswaar prima is, maar dat de schaderegeling, de financiële afwikkeling de belangrijkste rol is die benadeelde en zijn belangenbehartiger verwachten van de verzekeraar. Dus een goed schaderegelingsklimaat met wat minder empathie is prima. Empathie moet oprecht zijn en het beste is als dit van bekenden komt.

Het letselschadeproces heeft geen standaard sjabloon.
Het dreigt te zeer een administratief proces te worden



Debat Kremer/Van Dort

De GBL, GOMA, etc geven richtlijnen, die volgens Theo Kremer duidelijkheid en transparantie bieden, waardoor partijen het schaderegelingsproces steeds gestimuleerd worden om de snelheid erin te houden en stappen te maken, die logisch zijn. Volgens Raoul van Dort is elke zaak anders en zorgen de richtlijnen vaak voor dubbel werk en administratief afvinken van lijstjes, zonder dat er altijd inhoudelijk een toegevoegde waarde is.

De kosten van schaderegeling. Naar een differentiatie per belang van de zaak?

Hier is men niet aan toegekomen.

De toekomst van de letselschadep praktijk. Gaan we anders vergoeden? In medische zaken naar voorbeeld van het Veterans Affairs Medical Centre in Lexington, Kentucky USA¹
Hier gaf professor Gerrit van Maanen als voorbeeld dat het bovengenoemde ziekenhuis uit zichzelf onderzoeken verrichtte naar mogelijke fouten die werden gemaakt en vervolgens zelf het initiatief nam om de patiënten te benaderen om te beoordelen of zij recht hadden op compensatie. Hierbij werden dan wel standaardbedragen en regelingen geboden, maar in de praktijk daalde de schadelast en verliep het schaderegelingstraject snel. De discussie ging vervolgens over een dergelijke aanpak bij medische kunstfouten en beroepsziekten, omdat bij die dossiers de aansprakelijkheid EN het causale verband veel discussie opleveren,

> waardoor het verkrijgen van een schadevergoeding en een duidelijk standpunt lang duren. Hiermee is de benadeelde vaak dubbel benadeeld. Aan de orde kwam ook een soort van no fault verzekering onder meer beroepsziekten, omdat de discussie en de looptijd in de jaren 90 al voor een dergelijke verzekering een lans had gebroken, maar dat dit het niet haalde. Ook gaf hij aan dat met de GOMA het empathisch handelen van de artsen verbeterde bij mogelijk gemaakte fouten, omdat de arts nu wel een excuus aan biedt aan de patiënt, waarbij hij de aansprakelijkheid verder niet erin betreft. Annemiek van Reenen merkte op dat de situatie in de Isala Klinieken, waarbij het ziekenhuis zelf opmerkte dat er veel problemen waren na ingrepen, ook zelf het initiatief nam om de (ex)patiënten te benaderen voor nader onderzoek en eventuele schadevergoeding hier een goed voorbeeld is dat initiatief wordt gewaardeerd. ■■■

¹ Zie G.E. van Maanen e.a. 2013, *De rol van het aansprakelijkheidsrecht bij de verwerking van persoonlijk leed*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers (ISBN 90-5454-325-6): Van Maanen, p. 1 e.v.: (...) "Andere vormen van compensatie en erkenning van leed dan toekenning en erkenning van leed dan toekenning van een bedrag aan smartengeld zijn denkbaar; HR 22 februari 2002".

Geslaagd jubileumevent van Raasveld Expertise



Raasveld tafellaken

Ter gelegenheid van haar 20-jarige bestaan, organiseerde Raasveld Expertise uit Nijverdal op donderdag 14 november 2013 een symposium met als hoofdthema 'Anders kijken'. Anders kijken naar jezelf, naar de ander en naar processen (in de letselschade). In het inhoudelijke, maar zeker ook feestelijke en vrolijke programma werd door aantal sprekers de aftrap gegeven, waarbij allen een inkijk kregen in het menselijk brein. Daarna gingen de aanwezigen actief aan de slag met drie subthema's, te weten: vertrouwen, samenwerken en kosten/baten.



Raasveld en Raasveld

In een zaal vol met ronde tafels ontstonden boeiende gesprekken, waarbij de meest interessante gedachten direct op de aanwezige tafellaken konden worden opgeschreven. 'Vertrouwen' bleek het sleutelwoord aan elke tafel. Hele revolutionaire ideeën tot en met praktische manieren werden met elkaar gedeeld. Op de laatste vraag van dagvoorzitter Rick Koster wat er met die tafellaken gaat gebeuren, antwoordden de heren Raasveld dat zij het als hun plicht zien al deze gedachten te bundelen en terug te geven aan de branche! ■■■

De deelgeschillenrechter drie jaar in actie

In de vorige vijf artikelen voor het PIV-Bulletin over de Wet deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade hebben Chris van Dijk en ik vooral aandacht besteed aan de meer formele aspecten van de deelgeschilprocedure en hoe de rechter daar in de praktijk mee omgaat. Zo zijn wij ingegaan op de reikwijdte van de deelgeschilprocedure, de regeling met betrekking tot vergoeding van de kosten en de (on)mogelijkheden van hoger beroep.

De wet is ruim drie jaar in werking. De website van de Nederlandse rechtspraak (www.rechtspraak.nl) geeft ongeveer twee honderd tachtig treffers wanneer men zoekt op de term 'deelgeschil'¹. De deelgeschilrechtspraak biedt daarmee een belangrijke bron van feitenrechtspraak op het gebied van letsel- en overlijdensschade. In dit artikel laat ik de procedurele kanten van de deelgeschilprocedure rusten en zal ik een aantal uitspraken van de deelgeschillenrechter feitelijk bespreken aan de hand van een drietal onderwerpen: verkeersaansprakelijkheid, aansprakelijkheid in 'paardenzaken' en het deskundigenbericht. Daarna sta ik kort stil bij het onlangs verschenen "Rapport BGK-integraal 2013", waarin aandacht wordt besteed aan de deelgeschilprocedure.

Verkeersaansprakelijkheid

Ten eerste de verkeersaansprakelijkheidszaken. In deelgeschilprocedures komt vaak de aansprakelijkheidsvraag en het al dan niet bestaan van eigen schuld in WAM- en andere verkeersaansprakelijkheidszaken aan bod. Ik bespreek hierna een selectie van de recente deelgeschillenrechtspraak over deze onderwerpen.

Aanrijding motorrijder/auto

De Rechtbank Utrecht oordeelde op 21 maart 2012² over een aanrijding tussen een motor en een auto. Verzoeker reed op 26 april 2010 op de motor op een voorrangsweg in Driebergen. Voor de motorrijder reed een Peugeot. Of er tussen de motorrijder en de Peugeot nog andere voertuigen reden staat ter discussie. De bestuurder van de Peugeot remde op enig moment af en gaf richting aan naar rechts in de richting van een landgoed. Vanuit de uitrit van dat landgoed kwam op dat moment een BMW aanrijden. Voor de motorrijder kwam deze BMW aldus van rechts. Deze draaide vervolgens linksaf de voorrangsweg op. Op dat moment had de motorrijder juist de afgeremde Peugeot ingehaald. De BMW en de motorrijder kwamen met elkaar in botsing. Tussen de WAM-verzekeraar van de BMW en de motorrijder ontstond een discussie over de aansprakelijkheidsvraag. De verzekeraar stelde zich in deze discussie op het standpunt dat aansprakelijkheid ontbrak, maar vergoedde uit coulance – en waarschijnlijk in de hoop verdere discussie en een procedure te voorkomen – 50% van de schade.

De motorrijder startte een deelgeschilprocedure, nadat al een voorlopig getuigenverhoor had plaatsgevonden. In de procedure stelde de verzekeraar zich op het standpunt dat een schulddeling van 80/20 moest gelden in het nadeel van

Mevrouw mr. P. Oskam
Kennedy Van der Laan



de motorrijder. De motorrijder zou een doorgetrokken streep hebben genegeerd en met aanzienlijke snelheid de voor hem rijdende voertuigen, waaronder de Peugeot, hebben ingehaald.

Bij haar beoordeling van de zaak stelt de rechtbank voorop dat de bestuurder van de BMW aansprakelijk is jegens de motorrijder, aangezien deze de motorrijder geen voorrang heeft verleend. Nu de verzekeraar zich op eigen schuld beroept, is het aan haar om die eigen schuld te stellen en te bewijzen. De rechtbank overweegt dat niet is komen vast te staan dat de motorrijder meerdere voertuigen heeft ingehaald alvorens de aanrijding plaatsvond. Evenmin is komen vast te staan dat de motorrijder een doorgetrokken streep heeft genegeerd. De getuigenverklaringen laten de mogelijkheid open dat de motorrijder op zijn eigen weghelft reed toen de aanrijding plaats had. Mede op grond van de billijkheid komt de rechtbank tot een schulddeling van 80/20 in het nadeel van de verzekeraar. De rechtbank acht eigen schuld aanwezig, omdat de motorrijder tijdens het passeren van de Peugeot de uitrit kennelijk uit het oog is verloren maar niettemin met 40/50 km/h zijn weg heeft vervolgd.

Uit deze uitspraak volgt dat het kunnen bewijzen van de feiten, die een procespartij aan zijn stellingen ten grondslag legt cruciaal is. In deze zaak waren weliswaar veel feiten, waaronder getuigenverklaringen, beschikbaar, waarin aanknopingspunten voor het eigen schuldverweer te vinden waren. Deze waren in samenhang bezien kennelijk echter toch onvoldoende om de stellingen van de verzekeraar bewezen te achten.

Aanrijding fietser/voetganger

In een eveneens aan de Rechtbank Utrecht voorgelegde zaak werd geoordeeld over een aanrijding tussen een fietser en een voetganger³. De fietser reed, zo valt in de beschikking te lezen, rond half acht 's ochtends in de winter over een lommerrijke weg. In de binnenbocht van deze weg stond een twee meter hoge heg. De fietser nam de binnenbocht naar rechts en reed vlak langs de heg, op het moment dat de voetganger, eveneens vlak langs de heg, hem tegemoet kwam in donkere kleding. Achteraf bleek de voetganger

> onder invloed van alcohol. Er vond een botsing plaats waarbij de voetganger ernstig letsel opliep. Zonder erkenning van aansprakelijkheid bood de AVP-verzekeraar van de fietser aan om 25% van de schade van de voetganger te vergoeden. De voetganger nam daar geen genoegen mee en legde de zaak voor aan de deelgeschillenrechter. Deze komt tot de conclusie dat de fietser aansprakelijk is jegens de voetganger. Redengevend daarbij is dat de fietser zelf verklaard had dat hij haast had en hard fietste, dat hij onvoldoende anticiperend gedrag had laten zien bij het naderen van de tamelijk haakse bocht en dat hij kennelijk zijn fiets in strijd met art. 19 RVV niet tot stilstand had kunnen brengen binnen de afstand waarover hij de weg kon overzien. De rechtbank neemt een percentage eigen schuld van 25% aan, omdat van de voetganger had mogen worden verwacht dat deze nabij de onoverzichtelijke bocht zijn plaats op de weg zou hebben aangepast (en rechts was gaan lopen). Het alcoholgebruik weegt de rechtbank verder niet mee, omdat zij het niet aannemelijk acht dat de voetganger zonder alcoholgebruik adequater op de fietser had kunnen reageren. Voor een billijkheidscorrectie ziet de rechtbank geen plaats.

Op het eerste gezicht zie ik niet waarom de schulddeling hier in het nadeel van de fietser moet uitvallen. Beiden lijken dezelfde verkeersfout te hebben gemaakt, terwijl de voetganger ook nog slecht zichtbaar was doordat hij donkere kleding droeg. Het verschil is wellicht, dat de fietser de bocht naar rechts al had genomen, terwijl de voetganger zich nog vóór de bocht bevond. Het vaststellen van schuldelingen blijft echter arbitrair, en datzelfde geldt mijns inziens voor het al dan niet toepassen van de billijkheidscorrectie. Een andere rechter had hier evengoed kunnen oordelen dat er wél ruimte zou zijn voor een correctie op de causale verdeling, bijvoorbeeld gelet op de ernst van het letsel of gelet op het feit dat een voetganger ten opzichte van een fietser een zwakkere verkeersdeelnemer is. Deze heeft immers doorgaans minder snelheid en is – anders dan een fiets – niet van staal.

Slagboom/bromfietser

In een beschikking van 19 december 2012 oordeelde – wederom – de Rechtbank Utrecht⁴ over de gestelde aansprakelijkheid van het Anthonius ziekenhuis in Nieuwegein voor een ongeval met een slagboom op het ziekenhuisterrein. De toedracht was volgens de benadeelde, die het deelgeschil aan de rechtbank voorlegde, de volgende. Zij kwam met haar scooter aanrijden en stopte voor de slagboom, waarop deze geheel omhoog ging. Toen zij wilde doorrijden kwam de slagboom plotseling met forse snelheid naar beneden en werd zij geraakt.

Nadat de rechtbank het verweer van het ziekenhuis en diens verzekeraar, dat de zaak zich niet zou lenen voor behandeling in deelgeschil⁵, heeft gepasseerd, gaat zij in op de vraag of de slagboom als gebrekkig in de zin van art. 6:174 BW kan worden aangemerkt. De rechtbank concludeert dat de slagboom niet aan te merken is als gebrekkig, omdat deze op zichzelf goed was afgesteld. Er is daarentegen wel aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW, omdat onvoldoende gewaarschuwd is dat het betreden van het terrein via de

slagboom niet geschikt is voor (brom)fietzers. Met inachtneming van het Wilnis-arrest had naar mijn mening langs deze redenering overigens ook tot aansprakelijkheid op grond van art. 6:174 BW kunnen worden geconcludeerd⁶. Wel is sprake van 50% eigen schuld, omdat de rechtbank aanneemt dat de scooterrijdster het stoplicht bij de slagboom, dat rood licht moet hebben uitgestraald, heeft genegeerd. Ook op deze uitspraak valt naar mijn mening wel het één en ander af te dingen. Weliswaar heeft de scooterrijdster het rode stoplicht genegeerd, maar als er vanuit wordt gegaan dat zij onvoldoende is gewaarschuwd dat de slagboom niet bedoeld is voor (brom)fietzers, zou volgens mij ook goed betoogd kunnen worden zij niet hoefde te verwachten dat de slagboom, bij het negeren van het licht, naar beneden zou vallen en op haar terecht zou komen. In die redenering ligt het niet voor de hand om de schuld gelijkelijk over het ziekenhuis en de scooterrijdster te verdelen.

Deze uitspraak, en de hiervoor besproken uitspraak over de aanrijding tussen de fietser en de voetganger, illustreren mijns inziens dat rechtspraak over art. 6:101 BW per definitie tot op zekere hoogte een arbitrair karakter draagt. Zowel causaliteitsvraag die art. 6:101 BW behelst als het al dan niet toepassen van de billijkheidscorrectie zijn met feitelijke waarderingen verweven en berusten in belangrijke mate op intuïtieve inzichten, zodat voor deze oordelen slechts beperkte motiveringseisen worden gesteld.⁷ Deze beperkte motiveringseisen maken, dat niet altijd geheel inzichtelijk is hoe de rechter tot zijn oordeel is gekomen. Dat geldt wellicht nog meer in deelgeschilprocedures, waarin het gaat om het snel doorhakken van een knoop in de letselschaderegeling, zodat partijen verder kunnen. In laatstgenoemde twee zaken was het naar mijn oordeel echter wel transparanter geweest als de deelgeschillenrechter duidelijker had toegelicht hoe hij tot zijn verdeling is gekomen. Met een duidelijker motivering kan voorkomen worden dat een beschikking vragen oproept, en dat partijen besluiten alsnog een bodemprocedure te starten waardoor de buitengerechtelijke schaderegeling (opnieuw) vastloopt; dat draagt beter bij aan het doel van de deelgeschilprocedure.

Omgevallen boom/scooterrijder

Op 25 februari 2013 wees de Rechtbank Den Haag⁸ een beschikking over de gestelde aansprakelijkheid van de brandweer, de politie en de gemeente Delft voor een ongeval, waarbij een scooterrijder in de vroege ochtend tegen een die nacht tijdens een storm omgewaaide boom was aangereken. De aansprakelijkheid van de gemeente werd gebaseerd op de stelling dat de weg gebrekkig was, omdat zich daaraan een boom bevond die niet goed zou zijn gesitueerd en/of onderhouden. Jegens de brandweer en de politie werd betoogd dat de maatregelen die getroffen waren nadat 's nachts geconstateerd was dat de boom was omgewaaid – er was toen afzetlint gespannen – onvoldoende waren om het gevaar af te wenden. Aansprakelijkheid van de gemeente werd afgewezen.

De rechtbank oordeelt dat een omgevallen boom op het wegdek de weg niet gebrekkig maakt, terwijl de scooterrijder zijn stelling – dat de boom niet goed zou zijn onderhouden,

hetgeen tot aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad zou kunnen leiden – onvoldoende heeft onderbouwd. Vervolgens komt de rechtbank tot een beoordeling van de gestelde aansprakelijkheid van de brandweer en de politie. In de optiek van de rechtbank is de brandweer niet aansprakelijk, nu deze, nadat de omgevallen boom was opgemerkt, heeft geconcludeerd dat het verwijderen van de boom te gevaarlijk was, zolang de storm nog voortduurde. De brandweer had daarom de politie gevraagd om de plaats waar de boom lag af te zetten en kon daar, aldus de rechtbank, mee volstaan. Ook aansprakelijkheid van de politie ontbreekt. De rechtbank oordeelt dat een omgevallen boom op een fietspad weliswaar een reële kans op schade meebrengt, maar dat de genomen maatregelen – het plaatsen van rood/wit afzetlint – in de gegeven omstandigheden voldoende waren. Daarbij speelt een rol dat de boom op een overzichtelijk fietspad lag, dat sprake was van straatverlichting, dat er 's nachts weinig verkeersdeelnemers op de weg zouden zijn en dat maatregelen, zoals permanente bewaking van de onheilsplek, onder meer uit kosten oogpunt niet van de politie konden worden verwacht.

Deze zaak lijkt vooral gestrand te zijn op het gebrek aan onderbouwing. Wellicht heeft de benadeelde er teveel op gegokt dat – waar drie partijen worden aangesproken – het verzoek in elk geval wel tegen één van de betrokken partijen zou slagen. Het enkele omwaaien van een boom tijdens een storm levert echter – mijns inziens terecht – geen aansprakelijkheid op.

Paaltje/fietser

Het gebrek aan feitelijke onderbouwing en bewijs van de gestelde feiten leidt ook in een aan de Rechtbank Noord-Nederland⁹ voorgelegde vraag tot afwijzing van het verzoek. In die zaak werd de gemeente Borger-Odoorn aangesproken in verband met een ongeval op een brug, waarbij een fietsster letsel stelde te hebben opgelopen door de aanwezigheid van een autowerend paaltje. De stelling van de fietsster was, dat zij de brug op fietste en in botsing was gekomen met het paaltje, waardoor zij ten val kwam. De gemeente betwistte dat de fietsster als gevolg van een botsing met het paaltje ten val was gekomen, terwijl voorts de stelling dat het fietspad en het paaltje gebrekkig zouden zijn werd betwist.

De rechtbank constateert eerst dat de toedracht onvoldoende is komen vast te staan. In overleg met partijen wordt de deelgeschilprocedure aangehouden, zodat de fietsster met een voorlopig getuigenverhoor alsnog bewijs kan leveren. Hoewel dit mijns inziens een elegante oplossing is dan het afwijzen van het verzoek omdat het zich, wegens de noodzaak van nadere bewijslevering, niet leent voor een deelgeschilprocedure, had de rechtbank er uit praktische overwegingen ook voor kunnen kiezen om de getuigen in de deelgeschilprocedure te horen. Het ging namelijk uitsluitend om het horen van de fietsster zelf en haar echtgenoot. In het getuigenverhoor komt naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende vast te staan dat de fietsster tegen het paaltje is gebotst. Zelf verklaart zij weliswaar dat dit het geval is, maar deze verklaring wordt niet ondersteund door haar echtgenoot, die het ongeval niet gezien heeft. Ook in deze zaak wreekt zich het gebrek aan bewijs van de

ingenomen stellingen. Opvallend is naar mijn mening dat de rechtbank niets lijkt te doen met de verklaring van de echtgenoot, dat hij 'een geluid van metaal op metaal' hoorde. Hieruit zou toch afgeleid kunnen worden dat de fiets (metaal) het paaltje (metaal) raakte. Nu er verder geen getuigen van het ongeval waren, had het wellicht voor de hand gelegen dat de rechtbank aan de verklaring op dit punt betekenis zou toekennen, of in elk geval gemotiveerd zou aangeven waarom deze verklaring in haar optiek niet tot aanvullend bewijs van de met de partijverklaring van de fietsster onderbouwde stelling leidde.

Paardenzaken

In de rechtspraak komen regelmatig zaken voorbij waarbij het gaat om de gestelde aansprakelijkheid van de bezitter van een paard. Ook in de deelgeschillenrechtspraak vinden we deze categorie terug.

Val uit wagonette

In een uitspraak van 4 februari 2013 oordeelt de Rechtbank Oost-Nederland¹⁰ over een ongeval op 3 mei 2009, waarbij een door een paard voortgetrokken wagen – een zogenaamde wagonette – kantelde toen het paard met onverminderde snelheid doorliep over voor hem onbekend terrein waarin een lengtegeul was ontstaan. Het paard was op onbekend terrein terecht gekomen doordat de paardenmenner een afslag had gemist. Verzoekster is uit de wagen geslingerd en heeft letsel opgelopen, waarvoor zij de paardenmenner – de bezitter van het paard – de bezitter van het paard – aansprakelijk acht. Deze aansprakelijkheid was door de bezitter van het paard erkend, zij het dat deze een beroep deed op eigen schuld.

Die eigen schuld was onderwerp van de deelgeschilprocedure, evenals de vraag of ook de paardenmenner aansprakelijk kon worden geacht wegens onzorgvuldig handelen. Dat laatste wordt door de rechtbank niet aangenomen, omdat de paardenmenner er geen rekening mee hoefde te houden dat er een lengtegeul in het terrein zou lopen en daarom niet gezegd kon worden dat hij rechtsomkeert had moeten maken, nadat hij de afslag had gemist.

Vervolgens komt de eigen schuldvraag aan bod. In zaken waarin het gaat om aansprakelijkheid voor door een paard toegebrachte schade, is het gebruikelijk om aan degene die er vrijwillig voor kiest om het paard te berijden, op die grond een percentage eigen schuld toe te rekenen (bij wijze van 'risicoaanvaarding', hoewel ons rechtssysteem een dergelijk begrip strikt genomen niet kent)¹¹. In de hier besproken zaak deed de bezitter van het paard analoog aan dergelijke zaken een beroep op eigen schuld. Dat beroep gaat echter niet op, omdat de situatie waarin het om een door een paard getrokken paardenkar gaat, onder meer wat betreft de daaraan verbonden risico's wezenlijk verschilt van de situatie waarin een paard wordt bereden. De rechtbank verwijst naar het arrest van het Hof Arnhem van 20 juni 2006 (NJ 2006,451), waarin evenmin eigen schuld werd aangenomen met betrekking tot een ongeval met een door een pony voortgetrokken huifkar. Redengevend is, aldus de beschikking, dat benadeelde niet zelf de menner van het paard was, maar als passagier in de wagonette zat en geen enkele invloed

- > had op het gedrag van het paard. De aansprakelijkheid wordt kortom niet door eigen schuld verminderd. Ter onderbouwing van het eigen schuldverweer was overigens door de eigenaar van het paard nog het volgende aangevoerd. Benadeelde kende het paard, en het paard stond te boek als rustig en braaf. Eenmaal had benadeelde echter meege- maakt dat het paard zomaar was gaan lopen, nadat haar buurmeisje het had bestegen. Het buurmeisje was toen van het paard gevallen. De rechtbank overweegt dat dit enkele incident niet maakt dat benadeelde er serieus rekening mee had moeten houden dat het paard tijdens de rit in de wagonette onberekenbaar gedrag zou gaan vertonen. Een terecht oordeel, naar mijn mening. Een dergelijk betoog komt mij nogal gekunsteld en erg weinig kansrijk voor.

Wegdraaiend hoofd

Eigen schuld speelt mogelijk wel een rol in een andere zaak, waarin het niet om een paard, maar om een pony ging.¹² Op 13 juni 2009 was verzoekster met haar toenmalige vriend, verweerder, en diens twee dochters bij een paardenconcours. Nadat zij met één van de dochters de pony van verweerder had opgezadeld, liep de dochter weg om een cap en een zweep te halen, terwijl verzoekster de teugels vasthield. Toen de dochter terugkwam riep zij de naam van de pony, waarop deze zijn hoofd in de richting van verzoekster draaide. Zij probeerde weg te draaien, maar raakte uit evenwicht en verdraaide haar knie. De verzekeraar van de bezitter van de pony wees aansprakelijkheid van de hand, stellende dat het letsel niet was veroorzaakt door de eigen energie van de pony: de pony was op het moment van het ongeval in feitelijke macht van verzoekster zelf.

De rechtbank passeert dit verweer, omdat niet is gebleken dat de pony handelde als 'instrument' van verzoekster, die hem vasthield. De beweging met het hoofd kwam vanuit het dier zelf, waarschijnlijk naar aanleiding van het horen van zijn naam. De rechtbank doet geen uitspraak over de omvang van eventuele eigen schuld, maar geeft wel aan dat de omstandigheid dat verzoekster ruime ervaring had met paarden in het algemeen en deze pony in het bijzonder een rol kan spelen bij de vraag of de schade mede aan haarzelf moet worden toegerekend.

Ik zou denken dat het in laatstgenoemde zaak wel zo praktisch was geweest, indien de rechtbank ook direct een oordeel had gegeven over het bestaan en de omvang van eigen schuld. Wellicht heeft de rechtbank haar taak in enge zin opgevat en gevonden dat zij hier niet over hoefde te beslissen, nu haar daarom niet was verzocht; een andere mogelijkheid is dat de rechter over onvoldoende informatie beschikte om hierover een oordeel te kunnen vellen. Hoe dit ook zij: het op mij als weinig praktisch over om de eigen schuld in deze procedure niet vast te stellen. De deelgeschillenrechter lijkt hier zijn taak als praktische en bemiddelende rechter te hebben laten liggen.

Deskundigenbericht

Tot slot het deskundigenbericht. Wil één van partijen een in gezamenlijk overleg tot stand gekomen deskundigenrapport of een rapport van een door de rechter benoemde

deskundige van tafel hebben, dan dienen daarvoor goede redenen aanwezig te zijn. Terecht, naar mijn mening: beide partijen zijn immers gebaat bij het bereiken van een oplossing, en niet bij het voortzetten van de discussie na verschijning van een expertiserapport. Een kritische beoordeling door de eigen medisch adviseur van een rapport is in het algemeen onvoldoende om onder gebondenheid aan het rapport uit te komen¹³. Kortom: gebondenheid aan een deskundigenrapport is (de voor de hand liggende) regel, en het van tafel krijgen van een rapport uitzondering.

Gelijklopende psychiatrische expertise

Die uitzondering deed zich voor in een aan de Rechtbank Rotterdam¹⁴ voorgelegd deelgeschil. Het gaat in die zaak om een ongeval, waarbij een auto 's nachts met hoge snelheid de woning van verzoekers komt binnen gereden. De WAM-verzekeraar heeft aansprakelijkheid erkend. Ter discussie staan de schadelijke gevolgen, die zich onder meer manifesteren in psychiatrische klachten. Ter vaststelling van de aard en omvang van deze klachten vindt in gezamenlijk overleg een psychiatrische expertise plaats. De verzekeraar betwist vervolgens aan de rapporten gebonden te zijn. De rechtbank stelt voorop dat gebondenheid aan een in gezamenlijk overleg tot stand gekomen deskundigenrapport de regel is, maar dat die regel uitzondering kan lijden indien sprake is van zwaarwegende bezwaren ten aanzien van de wijze waarop de deskundige zijn werkzaamheden heeft verricht of de inhoud van het rapport niet voldoet aan de daaraan te stellen eisen van onpartijdigheid, consistentie, inzichtelijkheid en logica. Vervolgens oordeelt de rechtbank dat er diverse omstandigheden aanwezig zijn, die maken dat pas een oordeel geveld kan worden over de vraag of de rapporten van de psychiater als uitgangspunt kunnen gelden, nadat deze door een andere onafhankelijke psychiater zijn beoordeeld. Daarvoor is onder meer redengevend dat de bevindingen die uit het rapport blijken ten aanzien van beide verzoekers voor een groot deel identiek zijn en de beantwoording van de vragen grotendeels identiek is. Dat de verzekeraar de rapporten pas na geruime tijd heeft bekritiseerd maakt niet dat sprake is van verwerking van het recht om de rapporten ter discussie te stellen, zo oordeelt de rechtbank. Dat de verzekeraar ook weer niet té lang moet wachten met het leveren van kritiek, volgt uit een beschikking van de Rechtbank Den Haag van 12 april 2011¹⁵, maar in die zaak kwam de verzekeraar dan ook pas ruim vier jaar na verschijning van het rapport met aanvullende vragen.

Rechtsverwerking' ten aanzien van expertise

In een andere zaak neemt de Rechtbank Utrecht¹⁶ wel een vorm van rechtsverwerking aan, namelijk ten aanzien van de mogelijkheid om een expertise te laten plaatsvinden. In die zaak ging het om een verkeersongeval dat zich had voorgedaan in maart 2006. Een door de aansprakelijke WAM-verzekeraar ingeschakelde schaderegelaar had de schaderegeling ter hand genomen. In het kader van die schaderegeling was onder meer een arbeidsdeskundige ingeschakeld. Tijdens de schaderegeling had benadeelde een andere, minder belastende baan aangenomen. In het scha-

deregelingstraject waren over de door de benadeelde gestelde beperkingen en diens arbeidscapaciteit diverse uitlatingen gedaan door de schaderegelaar, zoals "Op basis van alle ons ten dienste staande gegevens, kunnen wij er denk ik wel van uitgaan dat uw cliënt als gevolg van het ongeval niet meer als monteur van treinen kan werken." De schaderegeling loopt uiteindelijk vast, waarna benadeelde de rechtbank in deelgeschil onder meer verzoekt om vast te stellen dat hij arbeidsongeschikt is voor het werk in het beroep dat hij ten tijde van het ongeval uitoefende. De verzekeraar stelt zich op het standpunt dat: niet vaststaat dat sprake is van arbeidsongeschiktheid; de arbeidsdeskundige niet ter beantwoording van die vraag is ingeschakeld; en een medische expertise moet worden verricht in het kader van het causaal verband tussen de gestelde klachten en het ongeval en de vraag of sprake is van arbeidsongeschiktheid voor het oude beroep.

In deze zaak wreekt zich, zo volgt uit de beoordeling door de rechtbank, dat de verzekeraar gedurende de schaderegeling niet, of te laat, een voorbehoud heeft gemaakt ten aanzien van de gestelde arbeidsongeschiktheid en de causaliteit. Begrijpelijkerwijs – dat lijkt mij immers ook voor de benadeelde het prettigst – richten verzekeraars zich na een schademelding vaker eerst op re-integratie en arbeidsdeskundige begeleiding, en wordt de causaliteitsvraag geparkeerd totdat duidelijkheid bestaat over de vraag of een benadeelde kan blijven werken. Deze uitspraak illustreert dat het hangende een dergelijk schaderegelingstraject steeds van belang blijft om te benadrukken dat één en ander geschiedt onder voorbehoud van een expertise wat betreft de causaliteit, op straffe van 'rechtsverwerking' ten aanzien van het laten verrichten van een dergelijke expertise.

Buitengerechtelijke kosten

In elke deelgeschilprocedure komen de kosten van de benadeelde aan bod. Al sinds de invoering van de wet zijn deze kosten een hot item. Zoals in de inleiding aangekondigd sta ik kort stil bij het onlangs verscheen het "Rapport BGK-integraal 2013: Inventarisatie door een werkgroep uit de rechterlijke macht inzake de beoordeling van gevorderde buitengerechtelijke kosten". In dit rapport wordt ook ingegaan op de kostenregeling van art. 1019aa Rv.

In het rapport wordt geschetst wat de regeling van art. 1019aa Rv inhoudt: de rechter begroot in beginsel in elk deelgeschil, dus ook wanneer het verzoek wordt afgewezen, de kosten van de zijde van de benadeelde. Deze kosten komen, mits voldaan wordt aan de dubbele redelijkheidstoets van art. 6:96 BW voor vergoeding door de aansprakelijke partij in aanmerking. Dat is slechts anders indien de deelgeschilprocedure volstrekt onnodig of onterecht is ingesteld. In het rapport wordt erop gewezen dat er in de literatuur is gesignaleerd dat rechters verschillend omgaan met de begroting van de kosten van de benadeelde indien de rechter tot de conclusie komt dat het verzoek zich niet leent voor behandeling in een deelgeschilprocedure of als het verzoek naar het oordeel van de rechter geen deelgeschil betrof. Ten aanzien van deze signalering wordt in het rapport geen aanbeveling gedaan; wel wordt erop gewezen dat in de literatuur – onder meer in de artikelen van Chris

van Dijk en mij – wordt voorgesteld de verzoeker slechts dan niet-ontvankelijk te verklaren als op goede gronden kan worden geoordeeld dat een verzoek geen deelgeschil is, zodat in elk geval het kostenregime van art. 1019aa Rv toepassing mist en de rechter de kosten niet hoeft te begroten. Verder wordt er in het rapport op gewezen, dat de oordelen van rechters over welk aantal uren en welk uurtarief redelijk zijn, sterk uiteenlopen: van 12,5 tot 37 uur en van € 120 tot € 297 (excl. 5% kantoorkosten en btw). Er gelden nog steeds geen aanbevelingen voor rechters hierover. Wellicht dat de specifiek op deelgeschillen gerichte expertgroep binnen de rechterlijke macht daarmee komt. Onder meer uit oogpunt van transparantie ben ik voorstander van standaardisatie op dit punt.

Ter afronding

Eén van de verwachtingen die er in letselschadeland bestond ten aanzien van de deelgeschilprocedure, was dat deze een schat aan casuïstische rechtspraak zou opleveren, die bruikbaar is in de buitengerechtelijke schaderegeling. De teller van het aantal deelgeschilprocedures nadert de driehonderd, zodat met recht gezegd kan worden dat hiermee een databank is ontstaan van feitenrechtspraak, die door schadebehandelaars geraadpleegd kan worden bij het behandelen en oplossen van zaken buiten rechte. Met het uitlichten van een aantal onderwerpen, waarvan ik weet dat deze zeer regelmatig bij verzekeraars voorbij komen, heb ik in dit artikel getracht daarbij verder behulpzaam te zijn. Daarbij past wel de kanttekening die ik in dit artikel bij een aantal beschikkingen al maakte, dat de beschikkingen soms aan duidelijkheid en motivering te wensen over laten. Zeker gezien de beperkte hoger beroepmogelijkheden die er in de deelgeschillenregeling zijn, meen ik dat van de rechter van worden verwacht dat hij zo inzichtelijk mogelijk maakt hoe hij tot zijn oordeel is gekomen. De kans dat partijen berusten in de beschikking zou daardoor vergroot kunnen worden.

Tot slot nog een tip voor de dagelijkse praktijk. Uit een beschikking van de Rechtbank Den Haag van 17 augustus 2012¹⁷ volgt dat het in het buitengerechtelijke traject zeer belangrijk is om geen mededelingen te doen waaraan men niet gebonden wil zijn, of waarvan men niet zeker weet dat men ze mag doen. In deze zaak ging het om een schade-regelaar van een medische aansprakelijkheidsverzekeraar, die tijdens een minnelijk overleg met benadeelden en hun advocaat had gesproken over een schadevergoeding van € 118.000. Kort na de bespreking liet de advocaat weten dat er door zijn cliënten met dit bedrag werd ingestemd, waarop de schaderegelaar – na het verstrijken van enige tijd – aangaf dat aan het bedrag een verkeerde berekening ten grondslag lag en dat het nog diende te worden goedgekeurd door de verzekeraar (en in die zin vrijblijvend genoemd was). De rechtbank acht de verzekeraar echter gebonden aan dit bedrag. Deze uitspraak onderstreept maar weer hoe belangrijk het is om alles wat besproken wordt goed te documenteren. Zeker als bedragen onder voorbehoud worden genoemd.

- > ¹ Op 8 november 2013.
- ² ECLI:NL:RBUTR:2012:BY0648.
- ³ Rb. Utrecht 17 oktober 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BY2872.
- ⁴ ECLI:NL:RBUTR:2012:BY7764.
- ⁵ Een verweer, dat naar mijn smaak te vaak door verzekeraars wordt gevoerd. Uit de gepubliceerde beschikkingen volgt dat een dergelijk verweer niet vaak wordt gehonoreerd. Het dan toch voeren van een dergelijk verweer is dan weinig constructief en leidt tot onnodige kosten.
- ⁶ HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236: Bij het antwoord op de vraag of de opstal voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen, komt het aan op de – naar objectieve maatstaven te beantwoorden – vraag of de opstal, gelet op het te verwachten gebruik of de bestemming daarvan, met het oog op voorkoming van gevaar voor personen en zaken deugdelijk is, waarbij ook van belang is hoe groot de kans op verwezenlijking van het gevaar is en welke onderhouds- en veiligheidsmaatregelen mogelijk en redelijkerwijs te vergen zijn.
- ⁷ HR 5 december 1997, *NJ* 1998, 400 (Terminus/ZAO Zorgverzekeringen), HR 4 mei 2001, *NJ* 2002, 214 (Chan-a-Hung/Maalsté) en HR 8 juli 2011, *NJ* 201, 307 (Zürich/Van Gemert).
- ⁸ ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ3900.
- ⁹ Rb. Noord-Nederland 18 maart 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:BZ7237.
- ¹⁰ ECLI:NL:RBONE:2013:BZ0473.
- ¹¹ Zie bijv. Hof Arnhem 30 oktober 2001, *NJ* 2002, 234, zie ook Hoge Raad van 25 oktober 2002, *NJ* 2004, 556.
- ¹² Rb. Middelburg 13 februari 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:BZ5965.
- ¹³ Zie bijv. Rb. Amsterdam 23 december 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BP1581.
- ¹⁴ 7 november 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY2564.
- ¹⁵ ECLI:NL:RBSGR:2011:BQ5998.
- ¹⁶ Rb. Utrecht 3 oktober 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BY1146.
- ¹⁷ ECLI:NL:RBSGR:2012:BX8037.

Een interview met George Smits

“Wie zegt dat hij boos is, bedoelt dat hij angst heeft”

PvS



George Smits

Op het tweede gezamenlijke NIVRE-NIS-symposium, op 10 oktober 2013 in Baarn, was gezondheidszorgpsycholoog en mediator George Smits een van de sprekers. Smits, die aan het bureau voor training en begeleiding Smits & Beerends is verbonden, hield tijdens dit symposium een gloedvol betoog over de vaak gevoelige relatie tussen schadebehandelaars en letselschadeslachtoffers. Hij poneerde vier hypothesen als uitgangspunt: een letselschadezaak verstoort het rouwproces, de gezinsconstellatie speelt een belangrijke rol, met standpunten innemen kom je er niet en angst is de basisemotie van mensen. Op zijn kantoor in Den Bosch hadden we voor het PIV-Bulletin een vraaggesprek met George Smits over onder meer deze stellingen.

Ook al is het sterven van iemand onafwendbaar, dan kan men toch niet alvast met het rouwproces beginnen. De dood moet echt zijn ingetreden, wil de acceptatie van het verlies een aanvang kunnen nemen. George Smits ziet in deze situatie een zekere parallel met de behandeling van een letselschade. Zolang de schaderegeling niet volledig is afgerond, kan de rouw om hetgeen het slachtoffer is overkomen, niet worden voltooid. Hij zegt: *“Wie een ongeluk heeft gehad, kan dat meteen gaan verwerken als daar verder geen zaak aan is gekoppeld. Is dit wel het geval, dan is het slachtoffer daar op cognitief niveau mee bezig en wordt de emotionele verwerking kunstmatig uitgesteld. Zolang de zaak niet is opgelost, kan zelfs niet worden geanticipeerd op de noodzakelijke acceptatie. Het slachtoffer moet iedere keer met zijn belangenbehartiger en met de schadebehandelaar aan de slag en kan dus het boek emotioneel niet sluiten. Het rouwproces zou op zich sneller kunnen verlopen, maar het kan niet sneller gaan dan de feitelijke gang van zaken. In die zin verstoort een letselschadezaak het rouwproces.”*

Lessen

Van belang is natuurlijk welke lessen de schadebehandelaar hieruit kan trekken. Volgens George Smits zijn dat er twee: het is van belang de schaderegeling zo snel mogelijk te voltooien, bijvoorbeeld door middel van normalisatie, en de schadebehandelaar kan het slachtoffer helpen zijn

letsel en de gevolgen daarvan te accepteren. Hij zegt: *“Het kan interessant zijn om van veelvoorkomende letsels statistisch vast te stellen hoe die verlopen en de zaak op die basis af te wikkelen. Ik weet natuurlijk niet of het wel of niet in het voordeel van slachtoffers is om erachter te komen wat precies de schade is, maar zo’n procedure kan het rouwproces versnellen. Daarnaast kan de schadebehandelaar heel bewust aandacht aan het rouwproces besteden, door het rouwproces als onderdeel van de hele schadebehandeling te zien. De schadebehandelaar kan immers iemand die in de ontkenning blijft steken, niet naar een volgend plan meekrijgen. Je zou daar een soort protocol voor moeten ontwikkelen, dat maakt dat het mes aan twee kanten snijdt: de cliënt kan sneller zijn rouwverwerking voltooien en de afwikkeling van de zaak kan worden bespoedigd.”* Het genoemde protocol zou volgens Smits vooral zo snel als mogelijk duidelijk moeten maken welke restschade een slachtoffer naar alle waarschijnlijkheid aan een ongeval zal overhouden. *“Dan kan het slachtoffer zeggen: dat is het, daar moet ik mee verder. En dat is dan het begin van een emotionele acceptatie”,* zo zegt hij. In het protocol moet de aandacht ook naar het gezin van het slachtoffer uitgaan. De gezinsconstellatie speelt immers een belangrijke rol in het verwerkingsproces. Smits: *“Ook als een van de gezinsleden de nieuwe situatie niet kan accepteren, heb je nog een probleem. De leden van een gezin hebben een grote invloed op elkaar. Dat kan een spanning geven en veel tweewegbrengen.”*

Standpunten

Met standpunten innemen kom je er niet, is een volgende stelling van George Smits. In zijn terminologie staat het begrip ‘standpunt’ tegenover ‘belang’ en tussen deze twee begrippen bestaat een oplossing-probleemrelatie. Een probleem kan bijvoorbeeld zijn dat iemand niet meer de trap op kan en de oplossing is dan een traplift waar 10.000 euro voor nodig is. De betrokkene kan zich dan op het standpunt stellen dat hij 10.000 euro nodig heeft. Door alleen dit standpunt te verwoorden en niet het belang zal eerder weerzin dan begrip worden opgebracht. *“Standpunten verharderen de relatie”,* zegt Smits. *“Soms hebben mensen standpunten en weten ze niet eens precies wat het belang is. Ze hebben dan gehoord dat bij een bepaald letsel misschien wel 50.000 euro wordt uitbetaald, zonder dat ze erbij stilstaan waarvoor. In de schadebehandeling gaat het er natuurlijk om welke schade iemand heeft geleden en wat daarvan de effecten in zijn leven zijn. En dat is dan het belang. Door uitsluitend in standpunten te praten, geven mensen niet aan wat nou eigenlijk het probleem is en kunnen ze misschien ook niet inzien dat er meer dan één oplossing mogelijk is.”* Het is evident dat een schadebehandelaar ook een belang heeft en dus ook een standpunt kan innemen, *“maar dat zou hij eigenlijk niet moeten doen”,* aldus Smits. *“Het is begrijpelijk. Als de een in standpunten praat, zal de ander ook in standpunten gaan praten, maar dan is het voelbaar dat er irritatie in zit. Zowel het slachtoffer als de behandelaar wil dan niet meer weten waar het nou eigenlijk over gaat, dus wat het belang is.”*

Angst

In de schadebehandeling kunnen veel verschillende emoties een rol spelen. Van de vier basisemoties – boosheid, verdriet, blijheid en angst – vindt George Smits de angst het meest fundamenteel. Hij zegt: *“Wie angstig is, heeft de perceptie dat het niet goed komt. Denkt iemand echter dat hij de situatie nog ten goede kan keren, dan gaat de angst in boosheid over. Veel mensen steken boos in en ik heb geleerd daar begrip voor te hebben. Ik geef dan de reflexie ‘u bent boos’. Wat ik echter tegenwoordig doe, is inspelen op die basisemotie angst en ik zeg dan ‘volgens mij maakt u zich zorgen’. Het is heel interessant om dan te zien dat die boosheid wegebt. Ook laten mensen dan hun standpunten voor wat ze zijn en krijg ik eerder het belang te horen. In feite is boosheid eigenlijk altijd angst dat het misloopt, terwijl het in onderhandelingen veel gemakkelijker is om over zorgen te praten. Dan praat je niet vanuit een verdediging en gaat het echt over de kern waar het om draait. Voor schadebehandelaren is het daarom goed te weten dat ze boosheid kunnen vertalen in bezorgdheid en dat ze zo het gesprek op het werkelijke belang kunnen brengen.”*

Werking van de hersenen

Bij dit alles, dus bij rouwverwerking, bij het innemen van standpunten en bij emoties als boosheid en bezorgdheid, speelt de werking van de hersenen een grote rol. Van belang zijn het limbische systeem waar trauma’s worden opgeslagen en de cortex waar het denken plaatsvindt. Hoe hoger de limbische waarde op de (fictieve) emotiethermometer, hoe lager de cortex op die thermometer scoort. Met andere woorden, wie zijn trauma herbeleeft, kan niet goed bedenken wat het probleem is en hoe dat kan worden opgelost. Voor schadebehandelaars is het daarom zaak slachtoffers ‘op de cortex te houden’, zoals Smits het verwoordt. Signaleren zij dat iemand limbisch is – verschijnselen daarvan zijn onder meer een droge mond, hoofdpijn, ademhaling met de borst, transpireren en motorische onrust – dan is het van belang om eerst zelf ontspannen te zijn – buikademhaling is daar een heel goed middel voor – en om vervolgens die ontspanning op het slachtoffer over te dragen. *“Mensen die limbisch zijn, praten over standpunten en niet over het belang. Je moet dan een andere gesprekstechniek toepassen, emotioneel empatisch, dan als iemand op de cortex zit en cognitief heel goed weet waar het over gaat. Ik vind het fascinerend dat als ik iemands emoties erken, dat hij of zij zich dan als mens erkend voelt. Op zich is dat vreemd, want je bent wie je bent, een authentieke mens, maar je bent niet je emotie. Je zegt wel dat je boos bent, maar je bedoelt eigenlijk dat je angst hebt.”*

“De schadebehandelaar moet het accepteren als iemand limbisch is”, aldus George Smits tot slot, *“en hem of haar vervolgens helpen op de cortex te landen. Zo zou ik het eigenlijk willen zien. Je moet er begrip voor hebben dat iemand limbisch is en door erkenning en geruststelling ervoor zorgen dat hij of zij op de cortex komt. Zorg ervoor dat je zelf rustig blijft, want dan kan de ander ook rustig worden.”*

Causaliteit in letselschadezaken

Mr. A. Kolder

PUNT Letselschade Advocaten/

Docent en Onderzoeker RuG



rijksuniversiteit
groningen



RuG

Ieder jaar organiseert de vakgroep Privaatrecht & Notarieel Recht van de Rijksuniversiteit Groningen (RuG) een letselschadecongres over een nog niet uitgekristalliseerd onderwerp. Dit jaar vond het congres plaats op 7 oktober 2013 met als thema: Causaliteit in letselschadezaken. Een gemengd gezelschap van advocaten, letselschadespecialisten, verzekeraars, rechters, wetenschappers en studenten reisde af naar Groningen om te worden bijgepraat en mee te discussiëren over een van de lastigste onderdelen van het aansprakelijkheidsrecht¹. De afgelopen periode was de inkt van het ene belangwekkende arrest van de Hoge Raad over het causaal verbandvereiste nog niet droog, of een volgend verscheen alweer.

In zijn openingswoord bracht dagvoorzitter prof. mr. F.T. Oldenhuis² de uitgesproken visie van Peeperkorn op onzeker causaal verband in herinnering: een proportionele oplossing zou in strijd zijn met het beginsel van volledige schadevergoeding. Peeperkorn bepleitte een 'alles of niets'-benadering, met als omslagpunt 'een redelijke mate van waarschijnlijkheid' van causaal verband³. De kritiek op een dergelijke benadering luidde als snel dat één procent boven of onder dit omslagpunt het hele verschil uitmaakt tussen alles of niets⁴. Soms blijft er nu eenmaal reële twijfel bestaan over wel of geen causaal verband, waarbij de keuze voor het een (geheel toe- of afwijzen) geen recht doet aan de substantiële mogelijkheid van het ander. Oldenhuis wees erop dat de Hoge Raad in *Nefalit/Karamus*⁵ de mogelijkheid van een proportionele oplossing inmiddels uitdrukkelijk heeft aan-

vaard, zij het dat uit het nadien verschenen *Fortis/Bourgonje*⁶ volgt dat daarmee terughoudendheid is geboden.

Uit het betoog van mr. Chr.H. van Dijk⁷ bleek dat sinds de voornoemde twee arresten de rechtsontwikkeling allesbehalve heeft stilgestaan: in relatief korte tijd volgde de afgelopen periode een aantal nieuwe belangwekkende arresten over het causaal verbandvereiste⁸. Op heldere wijze zette Van Dijk de belangrijkste lessen uit deze arresten uiteen. Zo werd de zaal onder meer voorgehouden dat voor toepassing van de omkeringsregel, in tegenstelling tot hetgeen uit eerdere rechtspraak van de Hoge Raad leek te volgen, niet (óók) nodig is dat de betreffende normschending het specifieke gevaar 'in aanmerkelijke mate heeft vergroot'⁹. En evenmin is de omkeringsregel bedoeld om 'het laatste restje causaliteitonzekerheid' weg te nemen¹⁰. Van Dijk gaf omtrent dit laatste treffend aan dat dit logisch voorkomt, aangezien ingeval van een laatste restje causaliteitonzekerheid al wordt voldaan aan 'een redelijke mate van waarschijnlijkheid', de norm voor het (rechtstreeks) kunnen aannemen van causaal verband. Kritischer is Van Dijk over het zijns inziens gekunstelde onderscheid dat de Hoge Raad maakt tussen proportionele aansprakelijkheid en het leerstuk van de kansschade, en het daaraan gekoppelde gevolg dat bij het eerste leerstuk 'terughoudendheid' is geboden en bij het tweede niet¹¹. Van Dijk meent dat beide benaderingen uitwisselbaar zijn, omdat onzeker causaal verband telkens vanuit twee invalshoeken kan worden benaderd: kent de schade als oorzaak wel de fout (causaliteitsvraag) of heeft de fout wel werkelijk schade doen ontstaan (schadekwestie)? Omdat causaliteit en schade aldus twee zijden van dezelfde medaille zijn en iedere zaak in de ene of andere sleutel valt te gieten, dient volgens Van Dijk de uitkomst in essentie ook steeds hetzelfde te zijn. Wel kan Van Dijk zich vinden in het oordeel van de Hoge Raad dat (al dan niet naar analogie van art. 6:101 BW) *bij* het toepassen van proportionele aansprakelijkheid geen plaats is voor een billijkheidscorrectie, maar *na* de toepassing daarvan wél¹².

Na de schets van Van Dijk van de door de Hoge Raad uitgezette hoofdlijnen, zoomde mevrouw mr. J. Meyst-Michels¹³ in op causaliteitonzekerheid op het specifieke gebied van medische aansprakelijkheid. Allereerst stond zij stil bij het aangrijpingspunt voor aansprakelijkheid: de normschending van de hulpverlener. Aandacht werd besteed aan de (soms relatieve) waarde van medische protocollen¹⁴, rechtspraak van de tuchtrechter en de soms lastige verhouding tussen de tucht- en civiele norm¹⁵. Ook werd ingegaan op perikelen rond de voor juristen onont-

koombare medische voorlichting. Meyst-Michels wees op de ‘vertraging’ op dit punt in veel kwesties van medische aansprakelijkheid, en wel vanwege de almaar terugkerende discussie over de persoon en deskundigheid van de deskundige, zijn vakgebied en (on)afhankelijkheid, de voor te leggen vraagstelling en uiteindelijke (juridische) waardering van de eenmaal tot stand gekomen rapportage. Met betrekking tot het causaal verband wees Meyst-Michels erop dat terzake specifieke problemen bestaan op het gebied van medische aansprakelijkheid. Onder meer omdat in de regel al sprake is van een gezondheidstoestand die de patiënt als het ware ‘op achterstand’ zet. Mede hierdoor kan grote onzekerheid bestaan over het werkelijke verband tussen bijvoorbeeld een gemiste diagnose of te laat ingrijpen en de gezondheidsschade. Niettemin schetste Meyst-Michels dat de Hoge Raad ook op het gebied van medische aansprakelijkheid de toepassing van de omkeringsregel heeft aanvaard¹⁶. Een grote regelmaat is volgens haar echter niet aan de orde, omdat doorgaans ‘slechts’ sprake is van schending van een algemene zorgvuldigheidsnorm en zodoende niet aan het specificiteitsvereiste wordt voldaan. Ook wees Meyst-Michels er nog op dat in de zogeheten *informed consent*-gevallen de omkeringsregel de patiënt doorgaans geen soelaas kan bieden¹⁷. Gelet op de onzekerheden over het oorzakelijk verband – die niet zelden (deels) inherent zijn aan medische aansprakelijkheidskwesties – zullen de leerstukken van proportionele aansprakelijkheid en kansschade bij uitstek op dit terrein een rol van betekenis kunnen vervullen, aldus Meyst-Michels.

Prof. mr. C.J.M. Klaassen¹⁸ wijdde haar bijdrage aan causaliteitsonzekerheid op het gebied van de werkgevers-aansprakelijkheid. Nadat de algemene contouren van art. 7:658 BW met bijbehorende bewijslastverdeling waren geschetst, wees Klaassen erop dat in het bijzonder bij beroepsziekten zoals RSI, OPS en burn-out de vraag rijst of de gezondheidsproblematiek van de betreffende werknemer wel is ontstaan ‘in de uitoefening van de werkzaamheden’. Klaassen geeft aan dat (ook) bij werkgeversaansprakelijkheid het vereiste van oorzakelijk verband een wezenlijke is, waarop in de praktijk nogal wat zaken stuklopen. De zogeheten ‘arbeidsrechtelijke omkeringsregel’ kan de werknemer evenwel behulpzaam zijn in zijn bewijsrechtelijke positie¹⁹. Klaassen wees erop dat de Hoge Raad deze regel en de daaraan al eerder gestelde toepassingsvoorwaarden onlangs heeft bevestigd²⁰. Nieuw is, aldus Klaassen, dat de Hoge Raad duidelijk heeft gemaakt dat voor het antwoord op de vraag of de klachten ‘kunnen’ zijn veroorzaakt door de schadelijke arbeidsomstandigheden wel een zekere ondergrens bestaat: niet ieder risico of iedere vorm van blootstelling is in dit verband voldoende. Er dient een zeker vermoeden te bestaan dat de klachten hun oorzaak vinden in het werk. Is er weinig omtrent het letsel of de oorzaken daarvan bekend of ‘ligt het niet in de lijn’ dat de klachten zijn veroorzaakt door het werk, dan lijkt een beroep op de omkeringsregel problematisch, aldus Klaassen. Anderzijds, zo hield zij de zaal voor, is de arbeidsrechtelijke omkeringsregel ook weer niet bedoeld om ‘het laatste restje causaliteitsonzekerheid’ weg te nemen. Met betrek-

king tot proportionele aansprakelijkheid wees Klaassen erop dat van belang is dat de Hoge Raad thans ten opzichte van *Nefalit/Karamus* ‘in woorden’ is omgegaan: niet de werkgever veroordelen tot vergoeding van de gehele schade minus het aan de werknemer toe te rekenen aandeel in diens schade, maar een aansprakelijkheid naar rato van de kans dat de normschending van de werkgever de schade heeft veroorzaakt. Dit verschil in benadering is volgens Klaassen relevant voor gevallen waarin er naast een mogelijk aan de werknemer toe te rekenen schadeoorzaak, sprake is van meerdere aansprakelijke mogelijke veroorzakers. Klaassen, die anders dan van Dijk het maken van (dogmatisch) onderscheid tussen proportionele aansprakelijkheid en de leer van de kansschade overigens wél onderschrijft²¹, bracht tot slot in herinnering dat al met al niet uit het oog moet worden verloren dat voor het bewijs van causaal verband geen 100% zekerheid is vereist: het gaat om een redelijke mate van waarschijnlijkheid. Dus soms ‘terug naar de basis’ en niet te snel de omkeringsregel, proportionele aansprakelijkheid en/of kansschade van stal halen, maar ‘gewoon’ feitelijk beoordelen of al dan niet aan het causaal verbandvereiste is voldaan, zo luidde de boodschap.

Zoals gebruikelijk op het congres komt als laatste spreker de rechter aan het woord. Ditmaal gaf mevrouw mr. R.A. Dozy²² een kijkje in de keuken van de rechter die zich met causaliteitsonzekerheid geconfronteerd ziet. Dozy gaf aan dat het causaal verband een van de moeilijkste onderwerpen is om als rechter over te moeten beslissen. Evenals Klaassen drukte zij de toehoorders op het hart dat waarheidsvinding voorop staat en de feitenvaststelling zeer belangrijk is. Ook hier klonk de roep om ‘terug naar de basis’ door, en de waarschuwing niet te snel te grijpen naar instrumenten als bijvoorbeeld de omkeringsregel, die volgens Dozy soms enkel tot onnodige ‘zijdiscussies’ leiden. Ook wees Dozy, evenals Meyst-Michels, enerzijds op de noodzaak van voorlichting door medisch deskundigen terwijl dat anderzijds vanwege bijna niet aflatende discussies steeds weer veel tijd en energie kost. Dozy opperde als mogelijk alternatief de idee van een ‘gecombineerde kamer’ bij de gerechtshoven, waarin niet alleen beroepsrechters maar ook medisch deskundigen plaatshebben. Vervolgens illustreerde Dozy de praktische problematiek van (het bewijs van) het causaal verband aan de hand van de zaak die leidde tot HR 7 december 2007, NJ 2007, 644 (Sectio) en na verwijzing Hof Arnhem 18 september 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX8853²³. In deze zaak kwam een kindje met ernstig hersenletsel ter wereld, en stond vast dat de gynaecoloog een beroepsfout had gemaakt door niet tijdig met een keizersnede in te grijpen in het natuurlijke verloop van de bevalling. Voor lag de vraag of het hersenletsel was te wijten aan de fout van de gynaecoloog dan wel dat het kindje bij tijdig ingrijpen óók met hersenletsel zou zijn geboren. Mede aan de hand van een tweetal deskundigenberichten stelde het hof in het verwijzingsarrest de kans dat het kindje zonder letsel zou zijn geboren bij een tijdig uitgevoerde keizersnede op 50%. En omdat de causaliteitsonzekerheid (mogelijk) mede werd ingegeven door het door toedoen van het ziekenhuis ontbreken van

> bepaalde medisch informatie, werd de aansprakelijkheid op grond van de billijkheidscorrectie nog met 10% verhoogd naar 60%. Illustratief is dat Dozy aangaf dat het, indien dit arrest ná Nationale Nederlanden/S en *L*²⁴ zou zijn geweest, voorstelbaar was geweest dat het hof de aansprakelijkheid van het ziekenhuis ‘direct’ op 60% en derhalve niet mede langs de band van de billijkheidscorrectie, zou hebben vastgesteld. Mijn inziens plaatste Dozy hiermee het ingewikkelde leerstuk van het causaal verband – en de op dat gebied inmiddels ontwikkelde soms sterk dogmatische rechtsregels – stevig in perspectief. Discussie over de (dogmatische) ‘verpakking’ van de boodschap is weliswaar belangrijk en interessant, maar het uiteindelijk te vellen redelijkheidsoordeel wordt er niet altijd anders van. Na de bijdragen van de sprekers vond onder leiding van mr. H. Vorrsselman²⁵ een debat plaats tussen de sprekers en ‘de zaal’. Onder meer werd gedebatteerd over de waarde van algemene statistische gegevens bij de beoordeling van het (vermoeden van) causaal verband tussen bijvoorbeeld werk en schade in een concreet geval van werkgeversaansprakelijkheid. Ook werd gesproken over de eventuele rol van Arbovoorschriften – vgl. medische protocollen bij medische aansprakelijkheid – bij de toepassing van de omkeringsregel op het terrein van werkgeversaansprakelijkheid. Tot slot werd stilgestaan bij de mogelijke voors en tegens van een invoering van ‘medische kamers’ bij de gerechtshoven zoals door Dozy voorgesteld.

Het congres bevestigde nog maar eens dat het leerstuk van het causaal verband uiterst weerbarstig is. Door de recente rechtspraak van de Hoge Raad en de daarin aangebrachte (verdere) verfijningen en nuances is het er al met al niet makkelijker/doorzichtiger op geworden. De toepassing in het concrete geval van de diverse door de Hoge Raad gegeven rechtsregels en vingerwijzingen zal de komende tijd dan ook nog de nodige (principiële) discussies opleveren. In het bijzonder zal het door de Hoge Raad (vooralsnog?) gemaakte onderscheid tussen proportionele aansprakelijkheid en de leer van de kansschade ongetwijfeld nog menigmaal onderwerp van debat zijn. De titel van het recente TVP-artikel²⁶ van Van Dijk, ‘Causale perikelen: het is moeilijk en zal moeilijk blijven’, zal dus voorlopig nog wel opgeld blijven doen.

- ¹ Bijv. A-G Spier over het leerstuk van het causaal verband in zijn conclusie voor HR 21 december 2012, *NJ* 2013, 237 (Deloitte/Hassink).
- ² Universitair hoofddocent vakgroep Privaatrecht en Notarieel recht, tevens bijzonder hoogleraar religie en recht Rijksuniversiteit Groningen.
- ³ D. Peepkorn, Het oordeel van Paris, *VR* 1998, p. 321 e.v.
- ⁴ A.J. Akkermans, Proportionele schadevergoeding: onbekend maakt onbemind?, *VR* 1999-3, p. 65-69.
- ⁵ HR 31 maart 2006, *RvdW* 2006, 328.
- ⁶ HR 24 december 2010, *NJ* 2011, 251.
- ⁷ Advocaat Kennedy Van der Laan, Amsterdam.
- ⁸ Achtereenvolgens verschenen HR 23 november 2012, *NJ* 2012, 669 (Erven A/B en C); HR 14 december 2012, *NJ* 2013, 236 (Nationale Nederlanden/S en L); HR 21 december 2012, *NJ* 2013, 237 (Deloitte/Hassink); HR 7 juni 2013, *RvdW* 2013, 761 (SVB/Van de Wege) en HR 7 juni 2013, *RvdW* 2013, 762 (Lansink/Ritsma).
- ⁹ HR 23 november 2012, *NJ* 2012, 669 (Erven A/B en C).
- ¹⁰ Eveneens HR 23 november 2012, *NJ* 2012, 669 (Erven A/B en C).
- ¹¹ HR 21 december 2012, *NJ* 2013, 237 (Deloitte/Hassink).
- ¹² HR 14 december 2012, *NJ* 2013, 236 (Nationale Nederlanden/S en L).
- ¹³ Advocaat Van Benthem & Keulen, Utrecht.
- ¹⁴ HR 2 maart 2001, *NJ* 2001, 649 (Trombose); HR 1 april 2005, *NJ* 2006, 377 (Augmentin).
- ¹⁵ HR 12 juli 2002, *NJ* 2003, 151 (Telfout).
- ¹⁶ HR 2 maart 2001, *NJ* 2001, 649 (Trombose); HR 19 maart 2004, *NJ* 2004, 307 (Seresta); HR 7 december 2007, *NJ* 2007, 644 (Sectio); HR 23 november 2012, *NJ* 2012, 669 (Erven A/B en C).
- ¹⁷ HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 386 en 387 (Informed consent).
- ¹⁸ Hoogleraar burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht Radboud Universiteit Nijmegen.
- ¹⁹ HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 596 (Unilever/Dikmans), nader uitgewerkt in HR 23 juni 2006, *NJ* 2006, 354 (Havermans/Luyckx) en nadien bevestigd in o.a. HR 9 januari 2009, *NJ* 2011, 252 (Landskroon/BAM).
- ²⁰ HR 7 juni 2013, *RvdW* 2013, 761 (SVB/Van de Wege) en HR 7 juni 2013, *RvdW* 2013, 762 (Lansink/Ritsma).
- ²¹ Zie nader Klaassen, Kansschade en proportionele aansprakelijkheid: volgens de Hoge Raad geen zijden van dezelfde medaille, *AV&S* 2013-4, nr. 14.
- ²² Senior raadsheer Hof Arnhem-Leeuwarden.
- ²³ Zorgvuldigheidshalve vermeldde Dozy dat zij in deze zaak het verwijzingsarrest als een van de raadsheren meewees, Meyst-Michels opkwam voor het zich verwerende ziekenhuis en Vorrsselman en ondergetekende optraden voor het slachtoffer.
- ²⁴ HR 14 december 2012, *NJ* 2013, 236, waarin werd geoordeeld dat bij de toepassing van proportionele aansprakelijkheid géén ruimte is voor een billijkheidscorrectie.
- ²⁵ Advocaat PlasBossinade, Groningen.
- ²⁶ *TVP* 2013, 3, p. 61-84.

Een bespreking van het preadvies van J.L. Smeehuijzen en A.J. Akkermans

Medische Aansprakelijkheid: over grote problemen, haalbare verbeteringen en overschatte revoluties¹

Begin dit jaar schreven beide hoogleraren dit preadvies voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht. De schrijvers benoemen in dit preadvies de knelpunten in medische aansprakelijkheid, weerleggen oplossingen die in de literatuur zijn voorgesteld en dragen voorstellen aan om de door hen gesignaleerde problemen te verhelpen. In een helder betoog wordt een goed overzicht gegeven van de problematiek van medische aansprakelijkheid. Dit preadvies is de moeite van het lezen waard en verdient gelezen te worden door iedereen die zich bezig houdt met medische aansprakelijkheid of er in geïnteresseerd is. Het doel van dit artikel is om dit preadvies wat toegankelijker te maken voor belangstellenden in deze problematiek.

Medische aansprakelijkheid: meer dan een juridisch probleem

Medische aansprakelijkheid heeft enkele bijzondere kenmerken waardoor het afwijkt van andere vormen van letselschade door onrechtmatig handelen. Het letsel wordt immers niet veroorzaakt door een toevallige passant, maar door iemand, een arts, in wie je vertrouwen hebt gesteld, in de verwachting dat hij jouw gezondheid verbetert. Vaak is er ook nog sprake van een afhankelijkheidsrelatie door het feit dat de behandeling onder narcose plaatsvindt of is er sprake van een groot verschil in kennis, waardoor men sterk vertrouwt op de adviezen en bekwaamheid van de arts. De verwachtingen zijn vaak hoog; de teleurstelling is des te groter indien het beoogde doel van de medische behandeling niet bereikt wordt.

Dit leidt er toe dat de patiënt die een aansprakelijkstelling indient vaak meer motieven heeft dan slechts financiële compensatie. Genoemd worden wel het verkrijgen van uitleg over wat er is gebeurd, het voorkomen van herhaling, het corrigeren of zelfs bestraffen van de arts en het verkrijgen van excuses. Maar het schadevergoedingsrecht kan niet aan al deze motieven tegemoetkomen. Beide schrijvers hebben, met enkele anderen, hier eerder al onderzoek naar gedaan². Zij concludeerden toen dat voor een rechtvaardig medisch aansprakelijkheidsstelsel ook aandacht moet worden gegeven aan die immateriële verlangens waarvoor het schadevergoedingsrecht geen oplossing biedt. In hun preadvies maken de schrijvers dan ook onderscheid tussen problemen en oplossingen 'binnen de zorg' enerzijds en 'in het recht' anderzijds. In het vervolg van dit artikel zal ik dezelfde tweedeling volgen, maar eerst volgt nu een beschrijving van de problemen binnen de medische aansprakelijkheid, zoals de schrijvers die bespreken in hun preadvies.

Problemen bij afhandeling van medische incidenten³

Een van de meest genoemde problemen bij de afhandeling

van medische incidenten is de lange duur van het proces. Het verzamelen en beoordelen van gegevens kan weken duren en de normen waaraan het medisch handelen getoetst moet worden zijn vaak niet op het eerste gezicht duidelijk. In feite staat elke casus op zich, gaat het niet om de beoordeling van een eenvoudige situatie, zoals een voorrangskwestie, maar om een complex probleem. De schrijvers formuleren het als volgt: hoe dient er bij deze patiënt, met dit letsel, gelet op zijn voorgeschiedenis, gehandeld te worden? Zo wordt elke beoordeling in feite maatwerk. Dit soort beoordelingen is werk voor specialisten en vaak zal hiervoor de hulp van een deskundige worden ingeroepen. Dit leidt weer tot discussies over de persoon van de deskundige en de vraagstelling en als men het daarover eens geworden is, kan het deskundigenonderzoek maanden vergen⁴. Het valt te begrijpen dat zo sprake kan zijn van niet alleen een langdurige, maar ook een kostbare kwestie⁵ en dat terwijl bij dit soort complexe situaties en genuanceerde beoordelingen vaak niet goed valt te voorspellen hoe de afloop van een kwestie zal zijn. Slechts in ongeveer 40 % van de aansprakelijkstellingen wordt erkend dat er medisch onzorgvuldig is gehandeld. Maar zelfs dan nog staat het niet vast dat de patiënt schadevergoeding krijgt. Het komt regelmatig voor dat de gemaakte en erkende fout niet tot gevolgen voor de patiënt heeft geleid: de klachten die hij nog steeds ondervindt blijken niet het gevolg te zijn van die fout, maar van het onderliggende lijden waarvoor de patiënt het ziekenhuis voorafgaand aan de fout bezocht. Patiënten die hun aansprakelijkstelling willen laten voorafgaan door een klachten- of tuchtprocedure dienen zich dan ook goed te realiseren dat bij een succesvolle afloop van zo'n langdurige en soms ook kostbare procedure het verkrijgen van schadevergoeding beslist geen zekerheid is.

Een laatste probleem dat zich voordoet is dat van de herbeleving. Telkens weer, bijvoorbeeld door kopieën van de briefwisseling van de belangenbehartiger of een deskundigenbericht, wordt de patiënt geconfronteerd met de gebeurtenissen en wordt hij zich bewust van de vaak deplorabele situatie waarin hij inmiddels verkeert. De lange duur van de beoordeling draagt hier aan bij. Dit alles kan een negatieve invloed hebben op herstel van het letsel of op de acceptatie van de situatie waarin hij is komen te verkeren. Vanzelfsprekend heeft dit ook invloed op het schaderegelingsklimaat.

Niet-financiële compensatie: waar gaat het de patiënt om?

De allereerste behoefte van een patiënt is ongetwijfeld te weten wat zich precies heeft voorgedaan en welke gevolgen dit voor zijn gezondheid heeft. Hier ligt een belangrijke taak

- > voor de zorgverlener, enerzijds op het gebied van onderzoek naar de toedracht, anderzijds wat betreft het zo snel mogelijk na het incident informeren van de patiënt en zo nodig zijn familie. Ook dient er verdere medische behandeling plaats te vinden om de gevolgen van het incident zo veel mogelijk te beperken.

Vervolgens is erkenning van het feit dat er een fout is gemaakt belangrijk, aangevuld met de toezegging dat de betrokkenen hun verantwoordelijkheid nemen⁶. Hiernaast geldt er een verantwoordelijkheid voor wat betreft het voorkomen van herhaling. Hierbij kan gedacht worden aan het aanpassen van werkafspraken of een protocol, het aanspreken en informeren van betrokkenen en anderen door een complicatiebespreking of zelfs het schrijven van een wetenschappelijke publicatie.

Openheid van zaken, excuses en het nemen van verantwoordelijkheid verminderen het directe leed. Dat vergemakkelijkt het herstel en kan ook bijdragen aan een beter 'klimaat' tijdens de claimbehandeling of zelfs het indienen van een claim voorkomen. Het is daarom begrijpelijk dat de schrijvers dit een belangrijk aspect vinden en als consequentie aangeven dat hier nog veel te winnen valt. Zo zijn zij van mening dat er sprake is van onvoldoende openheid onder artsen.

Hieronder daarover meer.

Reeds onderhanden zijnde verbeteringen

De schrijvers noemen vier ontwikkelingen ter verbetering van het adequaat omgaan met medische incidenten, die nu al gaande zijn:

1. Het betrachten van meer openheid over medische incidenten. Hier zijn verbeteringen zichtbaar, maar het gaat schrijvers nog niet snel genoeg. De geneeskunde kende, voor wat betreft het erkennen van en omgaan met medische fouten, een jarenlange traditie van terughoudendheid. Als één van de verklaringen hiervoor noemen de schrijvers de – onjuiste – gedachte dat artsen van hun verzekeraars geen fouten mochten toegeven, op straffe van verval van dekking onder de aansprakelijkheidsverzekering. Al enige tijd is hier – door een richtlijn van de KNMG uit 2007⁷; wettelijke verplichtingen⁸, bijvoorbeeld na invoering van de Wet op de Geneeskundige Behandelingsovereenkomst, en jurisprudentie⁹ – een forse kentering gaande.
2. De veranderde inzichten in de verplichtingen van een arts na een incident hebben volgens schrijvers aan de basis gestaan van de totstandkoming van de Gedragscode Openheid medische incidenten; betere afwikkeling medische aansprakelijkheid (GOMA). Deze gedragscode kent verplichtingen voor zorgaanbieders (vooral op het gebied van incidentafhandeling binnen de instelling van een zorgaanbieder), aansprakelijkheidsverzekeraars (de regeling kent bepalingen over termijnen, deskundigenonderzoek, het motiveren van een standpunt e.d.) en belangbehartigers (het zorgdragen voor een goed gemotiveerde en onderbouwde aansprakelijkstelling). De GOMA lijkt verbeteringen te kunnen brengen, maar is vooral bij artsen nog onbekend.

3. Voorstel Wet cliëntenrechten zorg (Wcz)¹⁰.

In dit wetsvoorstel worden vele onderwerpen geregeld, waarvan schrijvers de belangrijkste behandelen¹¹. Allereerst beoogt dit wetsvoorstel een andere regeling voor klachten tot stand te brengen. De behandeling van klachten door de onafhankelijke, bij de wet¹² ingestelde Klachtencommissies laat volgens schrijvers te wensen over. De behandeling wordt formeel bevonden. Vanuit de praktijk kan ik dat onderschrijven. De procedure kent in het algemeen een klaagschrift, een verweerschrift, een mondelinge behandeling en wordt afgerond met een uitspraak. Deze procedure duurt vele maanden. Regelmatig komt het voor dat de benodigde medische deskundigheid om een klacht te kunnen beoordelen niet in de Klachtencommissie aanwezig is, zodat er een externe deskundige geraadpleegd wordt. Hierdoor duurt de afhandeling van de klacht nog langer en begint deze wel erg veel te lijken op een civiele procedure. Bovendien komt een oordeel over een klacht niet altijd volledig zorgvuldig tot stand. Zo zijn er commissies waarin (bijvoorbeeld) geen chirurg is vertegenwoordigd, die toch een oordeel over het handelen van een chirurg geven, ook zonder daar een externe chirurgische deskundige voor te raadplegen. Ook komt het voor dat tijdens de mondelinge behandeling van de klacht, dus na de schriftelijke fase, de klager een nieuw verwijt formuleert, waarop de betrokken arts, al dan niet verrast, op dat moment geen goed verweer kan voeren. Wellicht noodzaakt de gewenste laagdrempeligheid dat dit maar voor lief moet worden genomen, maar bevredigend is het niet. Juist deze problematiek is voor de aansprakelijkheidsverzekeraar dan ook reden om bij de beoordeling van een claim de voorafgaande uitspraak van een Klachtencommissie weliswaar aandachtig te lezen – het toedrachtsonderzoek dat een Klachtencommissie dan al heeft verricht kan erg waardevol zijn – maar vrijwel nooit van doorslaggevend belang te achten voor het oordeel over de claim. Het wetsvoorstel stelt daarom een Klachtencommissie niet langer verplicht, maar bepaalt dat de zorgaanbieder een persoon moet aanstellen die de klager met informatie, advies en bemiddeling behulpzaam is. Mogelijk kan de al in vele zorginstellingen bestaande klachtenfunctionaris deze rol gaan vervullen. Verder wordt in de Wcz de Geschilleninstantie geïntroduceerd, een instantie die zowel over klachten, als claims tot € 25.000 bevoegd is te oordelen¹³. De schrijvers vinden het opvallend dat in het wetsvoorstel de inrichting en procedurele werking van deze instantie open wordt gelaten. De wetgever wil deze invulling blijkbaar aan de zorgsector overlaten. De schrijvers nemen in het vervolg van hun preadvies het initiatief om deze leemte al wat in te vullen. Afgezien van de Wcz zijn er andere ontwikkelingen. Zo noemen de schrijvers allereerst de verzwaarde stelplicht¹⁴, op grond waarvan van de arts wordt verlangd voldoende feitelijke gegevens te verstrekken ter motivering van zijn betwisting van het standpunt van de patiënt. In de praktijk komt dit erop neer dat hij een kopie van het medisch dossier ter beschikking moet stellen.

4. Andere ontwikkelingen vloeien voort uit het algemene aansprakelijkheidsrecht, zoals de omkeringsregel, proportionele aansprakelijkheid, de deelgeschilprocedure¹⁵ en de instelling van de gespecialiseerde letselschadekamer in de Rechtbank Den Haag.

Suggesties voor verdere verbetering binnen de bestaande kaders

Eerder gaven schrijvers al aan dat er op het gebied van openheid over fouten in de zorginstellingen nog veel winst te boeken valt. De verplichtingen voor de zorgverlener staan wel vast, vooral vanuit de GOMA, maar de kunst is om deze verplichtingen effectief te implementeren. Er moet daadwerkelijk open communicatie plaatsvinden; schrijvers spreken verder over “open disclosure”, op de voet van Engelstalige literatuur over dit onderwerp. Voor het opzetten van een traject ter bevordering van open disclosure is specifieke kennis en ervaring nodig. Knelpunten kunnen een belemmerende ziekenhuiscultuur zijn en eenvoudigweg moeite met ‘open zijn’ (wat wel/wat niet te vertellen, welke toon aan te slaan e.d.).

De schrijvers wijzen onder andere op de mogelijkheid binnen het ziekenhuis een disclosure coach aan te stellen, die de zorgverlener kan adviseren.

Een juridisch probleem kan nog zijn dat een gezonde ziekenhuiscultuur erbij gebaat is dat medische incidenten zonder persoonlijke gevolgen voor de melder gemeld en onderzocht kunnen worden. Hiermee kunnen misstanden opgespoord worden en kan herhaling worden voorkomen. Echter, zou het resultaat van melding en onderzoek ‘naar buiten worden gebracht’ dan zou dit tot een tuchtklacht of aansprakelijkstelling jegens de melder kunnen leiden, wat hem er in het vervolg toe zou kunnen brengen een incident niet te melden. De zorginstelling loopt hierdoor belangrijke feedback mis, waarmee een kans wordt gemist de zorg ‘gezonder’ te maken. Het is dus van wezenlijk belang dat incidenten ‘veilig’ gemeld kunnen worden, zonder dat derden zoals de patiënt hiervan kennis krijgen. Maar de patiënt die het slachtoffer werd van het incident zal daarentegen heel graag willen weten wat er zich heeft afgespeeld en wat de conclusies van de onderzoekscommissie waren. Schrijvers spreken in dit verband over een klassieke tegenstelling tussen het belang van het individu ten opzichte van dat van het collectief en komen uiteindelijk tot de conclusie dat het belang van het collectief dient te prevaleren. Zie hierover ook de door schrijvers genoemde jurisprudentie.

In de Wcz is overigens een bepaling opgenomen die stelt dat gegevens betreffende zo’n melding niet openbaar gemaakt hoeft te worden, behoudens in geval van ernstige incidenten, leidende tot de dood of ernstig letsel.

Een tweede verbetering is volgens schrijvers het ruimer inzetten van bemiddelingsactiviteiten. Eerder werd al gewezen op de grotere rol van de klachtenfunctionaris in de Wcz. Zou zijn inschakeling in een specifiek geval niet mogelijk zijn, bijvoorbeeld omdat er medisch-technische kennis vereist is of de patiënt geen vertrouwen heeft in een bemiddelaar die verbonden is aan het ziekenhuis waartegen hij klaagt, dan

adviseren schrijvers de inzet van externe bemiddelaars, zoals een emeritus-hoogleraar. Het doel van deze inzet is het voorkomen van escalerende alternatieven zoals een klacht-, tucht- of civiele procedure.

Een derde verbetering zien schrijvers in de mogelijkheid van een retrospectieve second opinion¹⁶. Bij de huidige gang van zaken heeft een patiënt die een oordeel wil hebben over medisch handelen, volgens schrijvers alleen maar mogelijkheden met “een conflictueuze kleur”, zoals via een klacht of aansprakelijkstelling. Maar misschien heeft de patiënt geen behoefte aan een conflict, maar slechts aan een oordeel van een andere arts, alvorens eventuele vervolgstappen te nemen. Zo’n second opinion zou geen bijzondere status in een civiele procedure moeten hebben en vergoed moeten worden door de ziektekostenverzekeraar, vanwege het positieve effect op het welzijn en daarmee de gezondheid van de patiënt. Maar de patiënt die een civiele procedure is gestart – en beschikt over een retrospectieve second opinion die zijn vordering ondersteunt – zal dat advies natuurlijk inbrengen. Aangezien de rechter vrij is in zijn beoordeling van aangedragen bewijs, gaat zo’n advies toch een bewijsrechtelijke rol spelen. Daartegen bestaat ook geen bezwaar, partijen komen sneller tot de kern van de zaak en het leidt mogelijk tot verkorting van de procedure.

Vervolgens geven de schrijvers verbeterideeën voor de schadevergoedingsprocedure na een medische fout: een voorstel uit de literatuur¹⁷ is zorginstellingen meer claims zelf te laten afhandelen, in plaats van door de aansprakelijkheidsverzekeraar, bijvoorbeeld door hogere eigen risico’s. Het voordeel hiervan zou zijn dat het bevredigender is voor een benadeelde om rechtstreeks met de betrokkenen zijn schade af te handelen, in plaats van met een abstracte, gezichtsloze tegenstander, zoals een aansprakelijkheidsverzekeraar. Dit getuigt wel van een wat achterhaald beeld van de moderne medische aansprakelijkheidsverzekeraar. MediRisk, de grootste medische aansprakelijkheidsverzekeraar van Nederland, stelt zich tot doel om schadeclaims samen met de patiënt af te wikkelen en neemt vele initiatieven tot ‘openheid’, zoals het meezenden van een informatieve brochure bij elke eerste brief aan een claimant, het aanbieden van een informatiesprek en recent zelfs de mogelijkheid tot ‘meekijken’ in de bestanden van MediRisk om de status van het dossier te kunnen inzien. Bovendien is MediRisk een onderlinge waarborgmaatschappij, zodat de ziekenhuizen direct financieel risico dragen bij de bedrijfsuitoefening van MediRisk. Elk ziekenhuis heeft binnen MediRisk zijn eigen jurist die verantwoordelijk is voor de beoordeling van schadeclaims, waarbij vaak dagelijks contact is tussen het ziekenhuis en de jurist. Men kan zich dus afvragen of grotere betrokkenheid van ziekenhuizen bij de beoordeling en afhandeling van claims al niet voor een belangrijk deel gerealiseerd is.

Van belang hierbij is volgens de schrijvers wel dat het ziekenhuis dan zijn betrokkenheid toont en zich gedraagt als verantwoordelijke partij. Een ander voordeel zou zijn dat een ziekenhuis eerder geneigd zal zijn zich niet te beperken tot een zuiver juridische beoordeling van de casus, maar vanuit

> de wens tot het rechtzetten van wat is gebeurd, de vordering meer tegemoetkomend te beoordelen. Voor een ziekenhuis kan het vanuit het oogpunt van imago gewenst zijn het voortouw te nemen om te laten zien dat zij zich¹⁸ wanneer er iets fout gaat – inspannt een billijke schadevergoeding te betalen. Een vraag is of hier niet versnippering van ‘preventiekennis’ dreigt: juist doordat het zo veel claims in verband met de lage eigen risico’s zelf afwikkelt, heeft MediRisk een enorme database van claims samengesteld die bron is voor ontwikkeling van preventieactiviteiten, zelfs voor wetenschappelijke publicaties. Zouden ziekenhuizen meer claims zelf afwikkelen dan wordt de database minder gevuld en dreigt kennis te versnipperen. Wellicht valt dit op te lossen door ziekenhuizen te vragen ook zelf afgehandelde claims achteraf te melden.

Een tweede voorstel is om medische deskundigheid te integreren in het orgaan dat schadeclaims beoordeelt. Het verkrijgen van advies van een medisch deskundige is nu vaak een langdurige kwestie. Als een medicus deel uitmaakt van dit orgaan hoeven partijen niet te discussiëren over zijn bekwaamheid en de wijze waarop hij benaderd dient te worden. Ook kan de rechter rechtstreeks met hem van gedachten wisselen en kan er op een zitting, waarbij partijen met hun medisch adviseur aanwezig zijn, een direct en inhoudelijk debat gevoerd worden. Bij uitwerking van de Wcz zou hiermee rekening gehouden kunnen worden. De schrijvers pleiten er zelfs voor de ‘geïntegreerde deskundige’ in het huidige burgerlijke procesrecht op te nemen.

In dezelfde paragraaf van dit preadvies behandelen de schrijvers de mogelijke inrichting van de geschilleninstantie op grond van de Wcz. Zij geven aan dat vanuit de gedachte van patiëntvriendelijkheid deze decentraal georganiseerd moet zijn en dat deskundigen geworven kunnen worden in samenwerking met de wetenschappelijke verenigingen (chirurgen, oogartsen, neurologen enz.). De voorzitter van de geschilleninstantie zou een ervaren rechter moeten zijn en de instantie zou moeten oordelen als ‘goede mannen van billijkheid’, waarmee bedoeld wordt dat niet tot in het diepste detail gediscussieerd zou moeten worden en soms volstaan zal kunnen worden met een schatting van de schade.

De vordering kan pas worden ingesteld nadat het ziekenhuis heeft afgewezen. De Wcz noemt een termijn van zes weken, waarbinnen het ziekenhuis een standpunt zou moeten innemen. De schrijvers achten dit te kort en stellen voor aan te knopen bij de termijn van drie maanden die de GOMA noemt. In het wetsvoorstel Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz) van 4 juli 2013 wordt helaas nog steeds de termijn van zes weken genoemd. Te verwachten valt dat het de praktijk moeilijk zal vallen binnen deze termijn op een klacht te reageren. Het verzamelen van gegevens, het verkrijgen van verklaringen en het plegen van hoor en wederhoor lijkt moeilijk binnen zes weken te realiseren.

Het indienen van een vordering moet vrijwel kosteloos zijn voor de patiënt om hem niet te belemmeren in het halen van zijn recht. Enige financiële drempel moet er echter wel zijn, om lichtvaardig claimgedrag tegen te gaan. Na afweging van de voor- en nadelen zijn de schrijvers ook van mening dat er hoger beroep mogelijk moet zijn.

Een derde voorstel is om, waar mogelijk, te zoeken naar alternatieve vormen van geschilbeslechting, zoals mediation, omdat het civiele proces te lang duurt en te veel ‘juridiseert’. De schrijvers merken op dat mediation niet zo geschikt lijkt indien de aansprakelijkheidsvraag nog niet vaststaat.

De schrijvers hebben dus de al op handen zijnde verbeteringen besproken en, verder redenerend, zelf suggesties aangedragen voor verbeteringen binnen de bestaande kaders van de medische aansprakelijkheid. Vervolgens komen zij tot het meest vergaande onderdeel van hun studie, namelijk aanpassingen van het systeem zelf.

Systeemwijzigingen? No fault systeem afgewezen.

Bij wijze van ‘tussenconclusie’ geven de schrijvers allereerst aan dat er binnen het huidige systeem veel problemen kunnen worden aangepakt. De zorgsector kan het voortouw nemen en de regie behouden. *“Al met al lijkt een drastische verbetering binnen handbereik te liggen”.*

Vervolgens bespreekt men de mogelijkheid van invoering van een *no fault* systeem. Een *no fault* systeem binnen de medische aansprakelijkheid is grofweg een systeem waarbij de patiënt niet hoeft aan te tonen dat er verwijtbaar (althans in strijd met de geldende medisch/professionele standaard) is gehandeld. Er bestaan echter veel verschillende systemen. Het doel van deze systemen is het verlichten van de bewijslast van de patiënt, zodat hij sneller voor schadevergoeding in aanmerking komt.

Zou dit ertoe kunnen leiden dat meer patiënten, die het slachtoffer zijn geworden van een medisch incident, gemakkelijker schadevergoeding krijgen? De schrijvers geven aan dat voor invoering van zo’n systeem een wetswijziging nodig is, maar dat de huidige minister van WVS bij herhaling heeft aangegeven hier niets voor te voelen.

Uit het vervolg van het betoog van de schrijvers blijkt dat zij zich hierbij van harte¹⁹ aansluiten.²⁰ De schrijvers geven een aantal argumenten tegen zo’n stelsel:

1. Het is een misverstand te denken dat in een *no fault* systeem de patiënt sneller schadevergoeding zal krijgen. Weliswaar hoeft hij geen handelen in strijd met de professionele norm aan te tonen, maar hij zal wel moeten aantonen dat hij voldoet aan criteria om voor vergoeding in aanmerking te komen. In buitenlandse rechtssystemen wordt vaak als voorwaarde voor schadevergoeding opgenomen dat de patiënt aantoonbaar dat hij vermijdbare schade heeft opgelopen. De beoordeling die hierbij dient plaats te vinden verschilt maar weinig van ons huidige systeem, waar de patiënt dient aan te tonen dat de opgelopen schade vermeden had moeten worden. Ook bij een *no fault* systeem is daarmee een deskundigenonderzoek nodig. Het helpt de patiënt dus niet veel om de plicht om een fout aan te tonen te laten vervallen. Daarnaast zal ook in een *no fault* systeem de patiënt moeten aantonen dat de schade het gevolg is van de medische behandeling en niet van de onderliggende aandoening, waarvoor hij medische hulp zocht. Ook hiervoor zal zeer vaak een deskundigenonderzoek nodig zijn. Men zou in een *no fault* systeem kunnen overwegen om de criteria, om in aanmerking te komen voor schadevergoeding, aanmerkelijk

- te verlichten, maar dan doemen andere discussies op:
- Is het rechtvaardig om de patiënt die zich liet behandelen te compenseren voor geleden schade, ten opzichte van de patiënt die van behandeling afzag, misschien wel vanwege de grote risico's?
 - Waarom zouden wij voor deze risico's willen compenseren, terwijl wij dat voor vele andere risico's in het leven niet doen? Waarom zou het slachtoffer van 'pech' in de gezondheidszorg wel compensatie moeten krijgen, terwijl het slachtoffer van 'pech', bij bijvoorbeeld een bedrijfsongeval, dat niet zou krijgen?
 - Hoeveel gaat dit kosten en heeft het aanwenden van omvangrijke financiële middelen op deze wijze wel prioriteit? Is het niet veel belangrijker er voor te zorgen dat slachtoffers van 'echte' fouten sneller en vaker gecompenseerd worden?
2. Het tweede argument tegen invoering van een *no fault* systeem gaat in op de in de buitenlandse literatuur verkondigde opvatting dat een *no fault* systeem de relatie zorgverlener/patiënt minder belast. De gedachte hierbij is dat indien er geen discussie hoeft te worden gevoerd over verwijtbaarheid en schuld de afhandeling van een verzoek om schadevergoeding in een vriendelijker sfeer zal verlopen. De schrijvers geven aan dat dit een redelijke aanname lijkt, maar dat empirisch bewijs niet beschikbaar is. Bovendien: ook na uitkering binnen een *no fault* systeem staat de arts nog steeds bloot aan een klacht bij klachtencommissie of tuchtrechter of mogelijk zelfs strafvervolgning. Dit betekent dat een arts, ook in een *no fault* systeem, steeds terughoudend zal blijven om mee te werken aan schadevergoeding voor de patiënt. Wellicht kan men volledige openheid en medewerking slechts bereiken door het aannemen van immuniteit voor de betrokken arts. Hieraan zijn echter belangrijke nadelen verbonden, zoals:
- mogelijke strijd met art. 6 EVRM, (leidt het garanderen van immuniteit niet tot een ontoelaatbare inperking van rechten van de patiënt?)
 - het wegvallen van de preventieve werking van aansprakelijkheid (waarom nog aan preventie doen als je noch financieel, noch persoonlijk, gevolgen zult ondervinden van een gemaakte fout),
 - de verschillen die ontstaan in relatie tot slachtoffers van letselschade op andere gebieden: waarom wel immuniteit voor de arts, maar niet voor de overtreder van een verkeersregel, waardoor letsel ontstaat? In verschillende *no fault* systemen zijn volgens de schrijvers overigens wel positieve aspecten te onderkennen. Zo kan het beoordelend orgaan informatie verzamelen en een kosteloos deskundigenbericht geven. Ook is het mogelijk dat het orgaan bemiddelt tussen de patiënt en de zorgverlener en in plaats van de verzekeraar een uitkering doet, wanneer die verzekeraar een 'onvoldoende regelingsvoorstel' doet of aansprakelijkheid betwist. Vervolgens kan het orgaan regres nemen. Voor dit alles is volgens schrijvers echter geen *no fault* systeem nodig, veel kan ook verwezenlijkt worden binnen het kader van de geschilleninstantie in de Wcz. Dit geldt echter niet voor het voorschieten en verhalen van uitkeringen, waarvoor

bovendien financiële middelen ter beschikking moeten komen. Dat is volgens de schrijvers een politieke keuze.

Een tweede systeemwijziging, naast invoering van een *no fault* systeem, is een omkering van de bewijslast. Een ziekenhuis zou dan moeten aantonen dat er geen fout is gemaakt. Dit komt volgens de schrijvers echter maar gedeeltelijk tegemoet aan de bezwaren dat het medische aansprakelijkheidsstelsel kostbaar, langdurig en emotioneel belastend is. Een deskundigenonderzoek is toch nodig en het feit dat dit nu voor risico van de arts plaatsvindt betekent niet dat de procedure voor de patiënt sneller en minder belastend zal verlopen. Daar komt nog bij dat deze omkering van de bewijslast niet kan plaatsvinden zonder dat aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Immers, als de patiënt zou volstaan met slechts een gemotiveerde aansprakelijkstelling, dan zou elke ontevreden patiënt de zorgverlener makkelijk op flinke kosten kunnen jagen. Dat financiële effect moet niet worden onderschat, omdat slechts 40 % van de ingediende claims gehonoreerd wordt²¹. Welke drempel moet dan worden ingebouwd? De schrijvers wijzen op art 7:658 BW waarin bepaald wordt dat de werknemer die zijn werkgever aansprakelijk stelt, dient aan te tonen dat hij schade heeft opgelopen in de uitoefening van zijn werkzaamheden. Analoog hieraan kan men stellen dat de patiënt allereerst dient aan te tonen dat hij schade heeft opgelopen tijdens de geneeskundige behandeling. Maar dan geldt weer dat onderscheiden dient te worden van klachten en beperkingen die niet het gevolg zijn van de medische behandeling, maar van de onderliggende aandoening. Daarvoor is in het algemeen een deskundigenonderzoek nodig en zo komt via de noodzakelijk in te stellen drempel voor omkering van de bewijslast toch weer een bewijsrisico, dat de voorstanders van omkering juist willen verleggen, op de patiënt te rusten.

Misschien zijn er – behalve een algemene omkering van de bewijslast – in concrete gevallen systeemwijzigingen mogelijk. De schrijvers geven echter aan dat er in het huidige systeem al veel mogelijkheden zijn om in zulke gevallen de patiënt tegemoet te komen. Ontbreekt er een deel van het medisch dossier, dan kan op grond van de verzwaarde stelplicht²² een verlichting of verschuiving van de bewijslast ten nadele van de arts plaatsvinden. Ook kan de rechter een rechterlijk vermoeden (dat er in strijd met de professionele norm is gehandeld) aannemen. Voor wat betreft causaal verband tussen de medische fout en de geleden schade kan de rechter de patiënt tegemoet komen op basis van de omkeringsregel²³ en de proportionele aansprakelijkheid²⁴. De schrijvers kunnen zich “*een goed werkende wetgevende interventie met een algehele bewijslastomkering heel moeilijk voorstellen*”. Tenslotte wijst men op de afgemeten wettelijke regeling ten aanzien van bewijslast bij medische fouten in Duitsland en zouden de schrijvers het toejuichen indien, net als in Duitsland, de zorgverzekeraars verplicht zouden worden de patiënt te ondersteunen, bijvoorbeeld door het laten verrichten van medisch deskundigenonderzoek.

Concluderend zijn de schrijvers van mening dat het knelpunt van de lange, dure en belastende procedure “*een heel*

- > *eind*” kan worden aangepakt door invoering van de geschilleninstantie in het kader van de Wcz. Hier en daar zou nog aan de verdeling van de bewijslast gesleuteld kunnen worden, maar het zou een *”enorme”* verbetering van de positie van de patiënt zijn wanneer ook in Nederland de ziektekostenverzekeraars verplicht zouden worden hun verzekerden in geval van een mogelijke medische fout te ondersteunen.

Conclusie

Het medische aansprakelijkheidsrecht schiet tekort. Zo duurt beoordeling van de gegrondheid van een claim lang en is hij kostbaar en belastend voor de patiënt. De schrijvers van dit preadvies benoemen dit in heldere bewoordingen en geven suggesties ter verbetering aan. De eerste stappen (meer openheid, GOMA) zijn al genomen en dat is een belangrijke steun in de rug van degenen die zich inspannen om het medische aansprakelijkheidsrecht vlotter te laten verlopen. Daarnaast heeft de patiënt ook andere behoeften na een medische fout, zoals duidelijkheid over de gevolgen van de fout en erkenning dat hem leed is aangedaan. Het schadevergoedingsrecht biedt voor dit laatste onvoldoende gelegenheid, zodat er initiatieven genomen moeten worden om hieraan tegemoet te komen. Hier ligt een belangrijke verantwoordelijkheid voor de zorgverleners. De schrijvers dichten de klachtenfunctionaris binnen een zorginstelling hierbij een belangrijke rol toe.

De schrijvers van dit preadvies hechten veel waarde aan invoering van de Wcz. Als deze wet wordt ingevoerd, kan de daarin geregelde geschilleninstantie sneller en laagdrempelig uitsluitel bieden aan een patiënt over de vraag of hij recht heeft op schadevergoeding. Ingrijpende systeemwijzigingen in het recht hoeven dan niet doorgevoerd te worden. Dat is op zich een geruststellende gedachte, maar ook een onzeker aspect in deze belangrijke studie, omdat het al dan niet invoeren van de Wcz een politieke, geen juridische beslissing is. Vooralsnog zal daarom de parlementaire behandeling van dit wetsvoorstel afgewacht moeten worden. Wordt het voorstel aangenomen, dan hebben de schrijvers alvast invulling gegeven aan met name de rol van de geschilleninstantie. Dit preadvies kan de komende jaren een belangrijke leidraad zijn bij allerlei aanpassingen binnen de medische aansprakelijkheid, die zich ongetwijfeld zullen aandienen.

(Edwin Lantinga is jurist letselschade bij MediRisk en lid van de redactieraad van het PIV-Bulletin. Red.)

¹ Te raadplegen via www.stichtingpiv.nl. Zie ook *NJB* 20 september 2013, p. 2180 e.v.

² Smeehuijzen e.a. *Opvang en schadeafwikkeling bij onbedoelde gevolgen van medisch handelen* (2013).

³ De schrijvers hebben in hun betoog overigens geen kritiek op het feit dat er, in tegenstelling tot andere deelterreinen van het aansprakelijkheidsrecht, maar weinig claims gehonoreerd worden. Zij wijzen er daarentegen op dat in Nederland ongeveer 40% van de claims gehonoreerd wordt, terwijl dat in het patiëntvriendelijke Franse tweesporensysteem (schadevergoeding gebaseerd op aansprakelijkheid, gecombineerd met een no-fault systeem) 35%

bedraagt. Wel wijzen zij op het probleem dat waarschijnlijk veel patiënten die het slachtoffer zijn geworden van een medische fout, geen claim indienen.

⁴ En dan is het ook nog mogelijk dat er meer dan één onderzoek moet plaatsvinden: wordt bijvoorbeeld een radioloog verweten dat hij verwijtbaar een kwaadaardige aandoening op een röntgenfoto over het hoofd heeft gezien, dan zal deze kwestie aan een deskundig radioloog moeten worden voorgelegd. Blijkt dat er inderdaad niet volgens de professionele standaard is gehandeld, dan kan vervolgens een onderzoek door een oncoloog aan de orde zijn om vast te stellen welke gevolgen dit nalaten heeft gehad.

⁵ Helaas leidt de wens om kosten te voorkomen er soms toe dat wordt afgezien van een medisch advies ter onderbouwing van de aansprakelijkstelling. Dit kan er toe leiden dat de discussie de kern van de zaak niet raakt of dat pas in een veel later stadium duidelijk wordt waar het in de casus om gaat. Ten onrechte wordt de aansprakelijkheidsverzekeraar dan verweten dat die in eerste instantie de aansprakelijkheid heeft afgewezen, omdat het feitelijk de patiënt is geweest die zijn stelplicht onvoldoende heeft ingevuld.

⁶ Denk hierbij aan het nemen van maatregelen ter voorkoming van nog meer gezondheidsschade, het verwijzen naar een gespecialiseerd centrum voor verdere medische behandeling en het – in geval van een claim – snel en zorgvuldig begeleiden naar de aansprakelijkheidsverzekeraar.

⁷ KNMG-Richtlijn “Omgaan met incidenten, fouten en klachten, wat mag van artsen worden verwacht”.

⁸ Zie bijvoorbeeld art. 7:953 BW en art. 21. Van het Wetsvoorstel cliëntenrechten zorg.

⁹ Rb. Den Haag 25 oktober 2012 LJN: BY2540.

¹⁰ Zie over dit wetsvoorstel ook S. Colsen in *PIV-Bulletin* 2012, 3.

¹¹ Overigens is tijdens de parlementaire behandeling de benaming van dit wetsvoorstel gewijzigd in Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz). Omwille van de leesbaarheid zal ik de terminologie van het besproken preadvies handhaven.

Zie voor de meest recente stand van zaken van dit wetsontwerp www.eerstekamer.nl/wetsvoorstel/32402_wet_kwaliteit_klachten_en. Hieruit blijkt dat er fors gesleuteld is aan dit wetsvoorstel. Een aantal onderdelen is uit het wetsvoorstel gehaald en zal worden geregeld in afzonderlijke wetgeving. Overigens zijn dit in het algemeen onderdelen die juist niet door de schrijvers besproken zijn.

¹² Wet klachtrecht cliënten zorgsector.

¹³ Schrijvers vermelden de reeds geuite kritiek op deze geschilleninstantie. Het tweeschichtige karakter – beoordeling van klachten, maar ook van claims – wordt ongelukkig bevonden, vanwege de twee verschillende soorten conflict, die elk een andere benadering vereisen. Bovendien zal naar verwachting de Geschilleninstantie verder weg staan van de patiënt dan voorheen de klachtencommissie. Elk ziekenhuis heeft zijn eigen klachtencommissie, zodat een mondelinge behandeling ‘op locatie’ kan plaatsvinden. Hoe centraal zal de geschilleninstantie werken?

¹⁴ Zie o.a. HR 20 november 1987, *NJ* 1988, 500 en HR 20 april 2007, LJN:BA1093.

¹⁵ Hoewel die deelgeschillenregeling voor medische aansprakelijkheidskwesties wat minder goed toepasbaar lijkt dan voor andere letselschadekwesties, omdat de casus vaak te ingewikkeld is en er vaak een deskundigenonderzoek nodig is, wat niet goed verenigbaar is met het karakter van de deelgeschillenprocedure. Zie ook Rb. Maastricht 24 mei 2011 LJN BQ5739; Rb. Arnhem 25 november 2011 LJN BV0285; en Rb. Middelburg 13 juni 2012 LJN BY4585.

- ¹⁶ Deze moet worden onderscheiden van de bekende prospectieve second opinion, waarbij een tweede arts zijn mening wordt gevraagd over voortzetting van de medische behandeling.
- ¹⁷ Tweede externe onderzoekscommissie MST, het rapport van de Commissie Lemstra naar aanleiding van het functioneren van een neuroloog in het Medisch Spectrum Twente, 2010, p. 64.
- ¹⁸ De vraag zou wel kunnen zijn of een hoger eigen risico, waardoor het financiële belang meer bij de arts komt te liggen, niet een negatieve prikkel is bij het betrachten van meer coullance.
- ¹⁹ De terminologie die de schrijvers hanteren (“*hardnekkig misverstand*”, “*ontnuchterende realiteit*”) valt hierbij op.
- ²⁰ Dit geldt overigens ook voor een andere in de literatuur verdedigde aanpassing, zoals omkering van de bewijslast. Hierbij zou de patiënt, die na een medische behandeling geconfronteerd is met letsel dat niet in de normale lijn der verwachting ligt, niet het onzorgvuldig handelen van de zorgverlener hoeven aan te tonen. Zo’n wijziging is voorgesteld door de Nederlandse Patiënten Consumenten Federatie (NPCF). Zie ook verder in deze paragraaf.
- ²¹ Zie ook noot 3.
- ²² De schrijvers verwijzen naar de arresten van de Hoge Raad van 20 november 1987, NL 1988, 500; 18 februari 1994, NJ 1994, 368; en 7 september 2001, NJ 2001, 615.
- ²³ Zie HR 7 december 2007 LJN BB3670 en 23 november 2012 LJN BX7264.
- ²⁴ HR 14 december 2012 LJN BX8349.

Toch weer Archetypen: Reflecties op het Wederzijds Vertrouwen (“De Buigbare Perceptie I”)

Het gras onder mijn voeten is nog net zo groen als toen ik hier liep als leerling. Wat toen het hoofdgebouw was, is nu ingebed tussen veel modernere nieuwbouw. Een school moet met zijn tijd meegaan, nietwaar? Maar het staat er dus nog, statig als decennia geleden. De gevelsteen boven de ingang verkondigt voor de huidige generatie scholieren dezelfde boodschap als voor vorige generaties: “*Mutua Fides*”. De ‘*founding fathers*’ van deze school schonken, op basis van wederkerigheid, aan pubers hun vertrouwen. Da’s toch een lastige doelgroep voor zo’n visie, realiseer ik me nu, jaren later, eigenlijk pas ten volle. Dat vereist lef en werkelijk vertrouwen. Een scholier beschouwt dat als normaal, maar zodra de toenmalige toekomst over een looptijd van meerdere jaren is ingevuld en de gedachten en ervaringen van louter groen, naar een meer volledig palet zijn ingekleurd, buigt de perceptie naar: “hé da’s toch wel bijzonder”.

*“Reflections of my life, oh, how they fill my eyes (...)
I’m changing everything, ah, everything around me
(The Marmelade)*

Na zo’n reflectietechnisch gesproken interessante wandeling over het voormalige schoolterrein, thuis de AM Plus van 27 september 2013 maar eens opengeslagen. Prof. mr. M. van Tiggele-van der Velde houdt in een interview over fraudebestrijding, aan verzekeraars en verzekerden een spiegel voor. Maatschappelijk is er wel consensus over, dat fraude asociaal en dus ongewenst gedrag betreft. Met fraudebestrijding zijn hoge kosten gemoeid, de sancties op dit maatschappelijk ongewenste gedrag mogen hoog zijn en ook rechters laten in hun uitspraken zien, gevoelig te zijn voor het niet-sociale element van fraude. Maar moeten we bij verzekeringsfraude niet eens wat meer aanknopen bij de vraag waarom iemand fraudeert? Als we eens uit onze geijkte kaders treden en over de schutting kijken bij wetenschappen als criminologie en psychologie, dan helpen die (gedrag)wetenschappen om bijvoorbeeld een beter inzicht te verkrijgen over iemands perceptie omtrent de pakkans. Hoe meer die perceptie wordt omgebogen naar een grote pakkans, hoe kleiner de kans op fraude. De gelegenheid maakt immers de dief.

*“Reflections of the way life used to be,
Reflections of the love you took from me
In you I put all my faith and trust,
Right before my eyes my world has turned to dust”
(Diana Ross & The Supremes)*

Het interview met prof. Van Tiggele handelt over situaties waarin het de rechtstreekse relatie tussen een verzekeraar en haar verzekerde betreft. Bij personenschaderegeling gaat het in de meeste gevallen over verzekeringen die het risico van een aansprakelijke derde afdekken. De afstand tussen verzekeraar en wederpartij is in de perceptie van partijen dan doorgaans wat groter. Een instrument zoals sturing op polisvoorwaarden die de verleiding om te frauderen zou kunnen inperken, ontbreekt. De uitdaging om op basis van wederzijds vertrouwen met elkaar te werken, is daardoor misschien des te groter. Bij letselschaderegeling hebben verzekeraars dankzij de volumes waarmee zij worden geconfronteerd een belangrijke kennisvoorsprong op de andere spelers in de markt. Belangenbehartigers, rechters, hoogleraren, zij allen moeten het doen met de beeldvorming die wordt gevormd door casuïstiek binnen kleinere volumes. Maar fraude kent vele gezichten en kan zich binnen de grote volumes, ook in zich steeds herhalend ongewenst gedrag vertonen. Afdelingen claim handling bij verzekeraars hebben in hun dagelijkse praktijk inzicht in de zich steeds herhalende vormen waarin ongewenst gedrag zich voordoet, of van bepaalde regio’s waar zich ongewenst gedrag opvallend vaak herhaalt. Terwijl niet al die zaken de casuïstiek van de rechtszaal halen. Voor een rechter gelden in ieder individueel geval alleen de feiten en omstandigheden van de casus en de hoogleraren moeten het met de daaruit voortkomende, steeds individueel gewezen uitspraken

doen. Voor fraudeaanpak bij personenschaderegeling zou een soort van 'spiegelreflectiegroep', waarin verzekeraars hun inzicht in de volumes delen met andere stakeholders zoals de academische wereld en rechters, een instrument kunnen zijn om de context breder te trekken en aan best practices in de markt te werken. 'To clean the doors of perception' als het ware.

*"Someone put a lock on this old door;
It's been beaten up and used and more;
It's been kicked a hundred thousand times;
It's keeping all the memories behind; (...)
A mirror-ball showing me all these faces
(Ilse de Lange)*

Vervolgens lees ik de kopij voor dit PIV Bulletin. Eens te meer valt me op hoe alles wat wij in ons vak behandelen onderhevig is aan perceptie en hoe we daarmee omgaan:

... een rechtbank en een hof die op grond van hun kijk op de concrete feiten van het geval, een nuancering aanbrenge in een door de Hoge Raad gegeven subjectief beoordelingscriterium;
... de Zwitsers hebben ervoor gekozen om hun visie op schadevergoeding bij niet objectief vast te stellen letsel bij te stellen; de fraudegevoeligheid van de materie speelt daarbij een belangrijke rol;
... zo ook het betaalbaar houden van een fatsoenlijk sociaal vangnet voor wie het echt nodig heeft; maar er blijkt minder maatschappelijk draagvlak te zijn voor het uit collectieve middelen meebetalen aan een overhead aan transactiekosten, die een onnodig groot gedeelte van de schadelast gaan bepalen;
... de deelgeschillenrechters naderen een mijlpaal van driehonderd zaken aan casuïstiek, maar wat voor relevante kijk levert dit op in de volumes van de letselschadebehandeling; op een RuG-congres geven niet de minste sprekers hun visie op de juridische ontwikkelingen met betrekking tot causaliteit bij letselschade;
... een belangrijk preadvies voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht verschaft belangrijk inzicht in de motieven van een patiënt wiens medische behandeling niet oplevert wat hij of zij ervan verwacht had;
... behalve financiële compensatie blijkt er grote behoefte aan aandacht voor meer emotioneel getinte belangen; waarbij als verbeterpunt onder meer gedacht wordt aan de mogelijkheid van een retrospectieve *second opinion*;
... een *mediation* sessie levert de deelnemers meer inzicht in elkaars motieven op; gezien vanuit de perceptie van een wederpartij, die aanvankelijk heel anders tegen hem aankeek, krijgt een verzekeringsman plots ook voor haar een vriendelijk gezicht;
... ach, geldt uiteindelijk niet voor iedereen wat Michael Jackson al jaren geleden uitdroeg?

*"I'm starting with the man in the mirror,
I'm asking him to change his ways,
And no message could have been any clearer,
If you wanna make the world a better place,
Take a look at yourself and then make a change"
(Michael Jackson)*

Plots word ik gestoord door het geluid van paardenhoeven op mijn dak. Even later dondert er met wild geraas een roetzwart mannetje door de schoorsteen. "Zeg Makker", zeg ik, "u bent zojuist keihard op mijn limbische systeem geland en dat is maakt mij nogal boos. Wat moet dat allemaal?" "Sorry meneer, maar u moet vooral niet bang voor me zijn, antwoordt het mannetje. Het was juist mijn bedoeling om op uw cortex te landen, want dan is uw perceptie een stuk rooskleuriger. Maakt u zich geen zorgen, ik ben Piet en niet van het inbrekersgilde, maar van de cadeautjes". Deze reflectie van Piet doet mijn boosheid snel wegebben. "Dank je wel jongen, eigenlijk is alleen al deze ontmoeting een verrassend kado! Maarre, maak jij je zelf geen zorgen?" "Hoezo?" vraagt Piet. "Nou, als het aan de Verenigde Naties ligt kom jij er niet meer in. De Sint moet straks op pad met een stel witte lakeien". Nu wordt Piet boos. Of eigenlijk: angstig en bezorgd. "Heb ik me daar nou al die jaren voor uitgesloofd? Ondank is des werelds loon. Ik wil juist zo graag kinderen blij maken en ik wil al helemaal niet weg bij mijn goede vriend Sint Nicolaas!" Duidelijk aangeslagen, neemt Piet met een emotionele groet afscheid. Ik voel met hem mee en laat hem netjes uit door de voordeur. Arme vent, jarenlang leuk seizoenswerk, hij kan en doet alles waar Nederlanders allen maar van kunnen dromen: klimt op daken, duikt door schoorstenen, is atletischer dan wie dan ook. Jaloersmakend zo'n held. Zou dat soms de échte reden zijn dat sommigen hem weg willen werken? Het zou toch jammer zijn, als we afscheid moeten nemen van het Archetype van Wederzijds Vertrouwen binnen een Onverslaanbaar Samenwerkingsverband. Ach ja, het is maar hoe je ertegen wilt kijken.

U allen een zeer Plezierige Decembermaand toegewenst!

Armand Blondeel, voorzitter Redactieraad PIV-Bulletin

*"Trust I seek and I find in you
Every day for us something new
Open mind for a different view
And nothing else matters"
(Metallica)*

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-LetMeletschademediators te beschrijven, wordt getracht de bekendheid met mediation te vergroten. Namen van slachtoffers in de beschreven zaken zijn gefingeerd. Deze bijdrage is van Ferda van Benthem



Twee culturen op één kussen ...

Het slachtoffer in deze mediation is Babette, een 47-jarige vrouw die werkt in theaters. In haar theaterwerk vertelt ze mooie, emotionele verhalen.

De verzekeraar van de tegenpartij zet feiten en gebeurtenissen zakelijk op een rij. Beetje bij beetje drijven de twee partijen bij de afhandeling van de schade uit elkaar en belanden in een draaikolk van misverstanden waarin ze ook elkaars taal niet meer verstaan. Mediation brengt de zaak in rustiger vaarwater.

Na het eerste gesprek tussen Babette, haar belangenbehartiger en de verzekeraar lijkt alles nog in orde. Van de feiten rond de letselschadezaak wordt door de verzekeraar keurig schriftelijk verslag gedaan en aan alle betrokkenen voorgelegd. Vanzelfsprekend is niet alles meteen perfect vastgelegd. Babette noteert op het verslag een aantal aanvullingen, onder andere over een eerder ongeval waarbij ze lang geleden betrokken was en dat in het verslag niet wordt vermeld. En in dezelfde periode, rond 1990, was ze een periode overspannen, wat in het verslag ook niet vermeld wordt. In een gesprek met haar belangenbehartiger neemt ze deze zaken nog eens door en geeft ze aan welke feiten naar haar idee nog aangevuld moeten worden.

Na een relatief licht verkeersongeluk houden Babette's lichamelijke klachten aan en dat is iets dat de verzekeraar van de tegenpartij maar niet begrijpt. Er komen aanvullende vragen voor Babette, die daarover in gesprek gaat met haar belangenbehartiger.

Zoals in vrijwel elke letselschadezaak is ook zij emotioneel zeer betrokken bij haar eigen zaak en er gebeurt wat wel vaker gebeurt in letselschadezaken: het slachtoffer voelt zich door haar belangenbehartiger te weinig begrepen en krijgt het idee dat deze haar niet goed vertegenwoordigt. Babette neemt afscheid van hem en kiest voor een ander.

De verzekeraar heeft nog meer aanvullende vragen en tijdens een tweede gesprek komt iets naar boven dat hem tot dan toe niet bekend was: het ongeluk dat Babette jaren vóór deze letselschadezaak had. Zou dát soms de oorzaak zijn van die maar aanhoudende lichamelijke klachten? En waarom vertelde Babette dit eigenlijk niet veel eerder?

De verzekeraar voelt zich bedrogen, snapt niet dat deze feiten niet veel eerder genoemd werden, en vraagt zich af of er misschien nog meer gebeurtenissen verzwegen worden. Toon en vragen van de verzekeraar aan Babette worden

strenger en ze hoort een taal die ze niet gewend is, een taal die botst met de haar meer bekende emotionele taal uit de wereld van het theater. In die toon bespeurt Babette wantrouwen.

Frustraties over het wantrouwen van de verzekeraar komen op het bordje van haar belangenbehartiger en leiden uiteindelijk tot het aanstellen van een nieuwe, nu al de derde, belangenbehartiger.

Deze belangenbehartiger treft een dossier aan dat aan alle kanten tekort schiet. Notities van gesprekken met de eerdere belangenbehartigers blijken er niet in te zijn opgenomen. De opmerkingen en aanvullingen die Babette al maakte na het eerste gesprek met de verzekeraars, ontbreken en werden ook nooit aan de verzekeraar toegezonden. Al met al hebben slachtoffer en verzekeraar een behoorlijk onvolledig dossier, zo oordeelt Babette's belangenbehartiger. Het onvolledige dossier is naar diens oordeel – en als relatief nieuwe buitenstaander – correct zakelijk van toon, maar wordt door Babette als een frontale aanval op haar persoonlijke integriteit ervaren.

De verzekeraar vertrouwt Babette's informatie niet meer omdat die eerder onvolledig was gebleken. Onderling wantrouwen staat een zorgvuldige afhandeling van de zaak in de weg en de belangenbehartiger komt met het voorstel voor mediation.

In eerste instantie draait de mediation rond de vraag waarom het eerdere ongeval en de overspannenheid door Babette niet werden genoemd. Babette zegt dat ze dat wel degelijk doorgaf in de gesprekken met haar vroegere belangenbehartiger, ervan uitgaande dat daarmee deze informatie iedereen bekend is. En ze laat de aantekeningen zien in het dossier dat ze vanaf het begin zelf bijhield. Toch blijft bij alle andere betrokkenen het idee bestaan dat Babette iets achterhoudt.

Ze spreekt veel, toon en inhoud lijken open, maar er blijft iets hangen dat maar niet uitgesproken wordt. De twee medewerkers van de verzekeraar zijn in hun lichaamstaal dan ook afstandelijk en wantrouwend: achteroverleunend en de armen gekruist op de borst.

Ik zie het en breng het ter sprake: *“Hoe komt het dat ik zie dat de beide heren nog steeds achterover leunen, en blijkbaar nog steeds niet vertrouwen wat u allemaal zegt?”*

>

> Dit is het moment waarop Babette breekt: *“Ja maar ik wil niet huilen met hem erbij; juist niet met hem [knikkend naar één van de medewerkers van de verzekeraar]. Wil ik dat, moet ik dat nu ècht doen...?”*

In overleg met haar belangenbehartiger, die haar hierin uitstekend coacht, kiest Babette ervoor te vertellen wat er in de periode rond het eerste ongeval nog meer speelde, en wat haar nu belet om met vreemden over haar persoonlijke achtergronden te praten.

Vlak nadat Babette bij het verkeersongeval betrokken raakte pleegde haar geliefde zelfmoord. Het had haar gebroken. Vanaf dat moment zijn ongeluk en zelfmoord voor haar helemaal één en praten over het ongeluk is in feite praten over de zelfmoord van de man die zij liefhad. Dat was het dat ze tot nu toe niet wilde delen met de naar haar gevoel te afstandelijke verzekeraar.

En Babette vertelt daarop haar hele verhaal, met alles wat er in haar leven gebeurde, over de zelfdoding, haar overspannenheid en wat dat met haar deed, hoe het haar persoonlijke en beroepsmatige leven veranderde. Er vloeien tranen.

De confrontatie grijpt Babette enorm aan. Alle anderen ook, trouwens.

Ik vraag Babette of ze zich misschien even wil terugtrekken. Haar antwoord verbaast me: *“Nee, het is goed zo. Ik wil niet opnieuw de kans krijgen de muur om mij heen weer op te trekken.”*

We besluiten gezamenlijk in het restaurant de lunch te gebruiken.

“Wat vind ik het ontzettend flink van je dat je hier toch bij ons bent komen zitten en dit allemaal met ons deelt”, zegt de medewerker die tot nu toe door Babette zo wantrouwend werd bekeken. We eten en drinken en er ontstaat een vanzelfsprekend gesprek. We praten over wat we deze morgen hoorden en vertellen ook over ons eigen leven.

Levenservaringen van iedereen aan tafel worden uitgewisseld: mooie en minder fraaie momenten, zoals je zaken – op gepaste afstand – met elkaar deelt.

Het tweede deel van de mediation waarin we die middag vrij snel komen tot een voor beide partijen fatsoenlijke regeling is geen enkel probleem meer.

De ‘vreeselijke’ verzekeringsman die altijd van die ‘vreeselijke’ brieven schreef, kreeg deze morgen voor Babette een gezicht. Deze ‘vreselijke’ verzekeringsman keek met andere ogen naar Babette en hoorde met andere oren haar nu complete verhaal. De zaak werd afgerond met een schadevergoeding, gebaseerd op verlies arbeidsvermogen van de voorbije jaren en een bedrag voor de toekomst, teneinde Babette in de gelegenheid te stellen haar werk weer op te pakken. Babette wil graag eigen theaterproducties maken en daar haar inkomen mee verdienen. Ze zal in de komende jaren nog niet volledig kunnen werken, maar verwacht dat het herstel in de komende jaren nog zal doorzetten, zodat zij op den duur weer volledig kan werken. Met de mediation werd voor Babette niet alleen haar letselzaak afgerond, maar nam ze ook afscheid van een blijkbaar nog niet verwerkt deel van haar verleden.

Dat was overigens wel voorwaarde om tot een fatsoenlijke afhandeling van deze op zich toch niet ingewikkelde letselschadezaak te komen.



Ook Boef leest het PIV-bulletin!

Foto: Toine Vergeer

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