

Pagina 4
Asbest in schoolgebouwen

Pagina 9
(geen) Pensioenschade?

Pagina 12
Deelgeschillenprocedure 1e jaar
in de praktijk

Pagina 21
De zaak Maja Bradaric

Pagina 27
Verslag M&M Meeting

Pagina 32
Diploma's OSR Leergang MzL

juni 2011

Stichting Persoonschade

Instituut van Verzekeraars



Metingen en milieublootstelling
...

Woud van reglementen ...

Nog meer beschikkingen
onder de loep ...

Shockschade ...

Broodje aap, wat is waarheid ...

20 Cursisten geslaagd ...

2 Voorwoorden bij het 100e PIV-Bulletin!

“Dit is het nulnummer van het PIV-Bulletin, maar ik hoop dat de inhoud daarvan een hoger niveau heeft”, schreef PIV directeur Theo Kremer in zijn voorwoord bij het ‘Nulde’ PIV-Bulletin, dat in 1998 verscheen. Dit nummer was nog niet onder verantwoordelijkheid van een redactie tot stand gekomen. Theo schreef dat hij hoopte dat er een echte redactie zou worden gevormd en dat het PIV-Bulletin in een behoefte zou voorzien. Niet lang daarna verscheen nummer 1998, 1 onder auspiciën van een heuse redactieraad. In het ‘Ten Geleide’ werd de redactieraad van het eerste uur voorgesteld aan de lezers. Met het voor u liggende bulletin zijn we beland bij de 100e editie.

De doelgroep was in eerste instantie de eigen achterban, de letselschadebehandelaars en schaderegelaars van verzekeraars. Zoals aangegeven in het PIV Jaarverslag 2010, verschijnt het bulletin nu in een oplage van 2500. Het wordt ‘marktbreed’ gelezen en waar in eerste instantie de redactieleden de meeste kopij verzorgden, is er een groot aanbod van ‘derdenschrijvers’. Mij dunkt dat beide door Theo in het Nulnummer uitgesproken wensen zijn vervuld.

“PIV, PAV, ...” kopte toenmalig voorzitter van de redactieraad Bert Schoonen in het tweede nummer, boven zijn bijdrage over de introductie van de cd-rom Personenschade Aansprakelijkheid en Verzekering (PAV) en de PIV-Infosite, op de gebruikersdag 22 september 1998. Het digitale tijdperk is verder opgerukt en actuele jurisprudentie is nu razendsnel voorhanden via onder meer www.stichtingpiv.nl. Het digitale net en het fysieke bulletin zijn als informatiebronnen steeds meer complementair geworden. Hoewel de bulletins digitaal zijn na te lezen op www.stichtingpiv.nl, ervaart een groot aantal lezers het nog steeds als prettig zo’n acht keer per jaar een fysieke versie in de postbak aan te treffen.

Honderd bulletins, honderd boekjes vol verhalen over hoe we in Nederland personenschade verhalen. Sprookjesboeken beginnen doorgaans met *“Er was eens ...”*. Vervolgens gebeuren er een stuk of honderd dingen – bijvoorbeeld 100 broodkruimels onderweg strooien; 100 goede werken verrichten; er worden 100 (en één) Dalmatiërs geroofd; een compleet volk gaat 100 jaar slapen; zelfs in de verhalen van 1001 nacht kan de lezer met enige goede wil wel weer het magische nummer 100 ontwaren – om stevast te eindigen met *“en zij leefden nog lang en gelukkig”*. De hoofdrolspelers zijn jonge mensen met nog een heel leven vóór zich. In de letselschaderegeling weten wij allemaal dat het een hele toer is om de lange levensweg zowel concreet als hypothetisch af te doen met een oneliner van slechts zeven woorden. Het verhaal, ‘het verhalen’, begint eigenlijk pas, zodra ergens onderweg het geluk wordt verstoord door een ongeluk. Het onverwachte ongeluk is vertrekpunt voor een verhaal, vaak vol voer voor nadere onderbouwing en discussie.

Laten wij elkaar bij de personenschaderegeling geen sprookjes vertellen. Misschien helpt het mooie verhaal van de huidige burgemeester van Utrecht, toen hij zich als voorzitter van De Letselschade Raad over een wensput boog en riep: *“waarop moeten wij bij de letselschaderegeling kunnen bouwen?”* en waarop de echo schalde: *“vertrouwen, vertrouwen, vertrouwen.”* (Ontleend aan de nieuwjaarstoespraak 2009 van Aleid Wolfsen, voorzitter van De Letselschade Raad.)

De redactieraad van het PIV-Bulletin hoopt ook in de komende 100 nummers door middel van goede en betrouwbare bijdragen mee te bouwen aan het fundament van wederzijds vertrouwen in de letselschaderegeling.

Armand Blondeel, voorzitter Redactieraad PIV-Bulletin



Het verschijnen van nummer 100 geeft aanleiding tot een terugblik. Tussen het verschijnen van nummer nul en nummer honderd is de personenschaderegeling steeds meer in de belangstelling komen te staan. Van een pure verzekeraaractiviteit vertaald in schadelast, is het regelen van letselschades een maatschappelijke activiteit geworden. En daarmee is ons vak ook in de politieke belangstelling komen te staan.

In die ontwikkeling ligt in mijn ogen de kracht en het succes van het PIV en het PIV-Bulletin. De tijd ligt ver achter ons dat schadevergoedingen op de achterkant van een sigarendoosje werden uitgerekend en dat de benadeelde maar genoeg moest nemen met het bedrag dat door de verzekeraar werd aangeboden. Er is nu – mede door professionalisering van de belangenbehartiging – meer en meer sprake van gelijkwaardige gesprekspartners.

En in deze omgeving, noem het maar een krachtenveld, zijn wij dagelijks bezig met het regelen van letselschades. Een boeiend vak. Houding en kennis vormen daarbij de belangrijkste pijlers. Houding vertaalt ik dan in de bereidheid om toe te werken naar een regeling. Kennis staat dan voor professionaliteit. Het

mooie is dat de redactie van het PIV-Bulletin ons meeneemt in die ontwikkelingen. Het succes volgt uit het feit dat de redactieleden nauw betrokken zijn bij de dagelijkse praktijk. En dus een goed zicht hebben op de behoefte aan informatievoorziening van de lezers. Niet alleen om ons op de hoogte te houden van de ontwikkelingen in de rechtspraak en de wetgeving, maar ook op het terrein van de maatschappelijke verantwoordelijkheid. In die ontwikkeling past dat het PIV-Bulletin nu een ruimer lezerspubliek kent dan de oorspronkelijke doelgroep.

Verzekeraars zijn wellicht geen monopolist meer in de letselschaderegeling, maar wij moeten wel een belangrijke speler en gesprekspartner blijven. Daar ligt de uitdaging van het PIV als vertegenwoordiger van het overgrote deel van de aansprakelijkheid- en motorijtuigverzekeraars.

Ik sluit af met felicitaties aan de huidige redactie met deze mijlpaal. Dat er nog maar veel mooie nummers mogen volgen.

Bert Schoonen, oud-voorzitter Redactieraad PIV-Bulletin

PS:

Ter aanvulling op het magische getal honderd van Armand Blondeel: mijn vrouw en ik zijn dit jaar samen honderd jaar geworden.

Asbest in schoolgebouwen

Aansprakelijkheid voor gezondheidsschade van leerkrachten en leerlingen



Mevrouw mr. L.C. Dufour
Wij Advocaten

Zoals bekend, kan inademing van asbestvezels tientallen jaren later tot ernstige gezondheidsschade leiden. Longkanker en mesothelioom (buik- of longvlieskanker, hierna: mesothelioom) zijn de meest voorkomende asbestgerelateerde aandoeningen. Van mesothelioom is op dit moment maar één oorzaak bekend, en dat is inademing van asbestvezels. De latentietijd tussen de blootstelling aan asbestvezels en het ontstaan van mesothelioom, ligt tussen de tien en vijftig jaar, met een gemiddelde latentietijd van dertig jaar.

Op 1 juli 1993 is een algeheel verbod op de beroepsmatige toepassing van asbest van kracht geworden¹. De komende vijftien jaar zullen waarschijnlijk nog jaarlijks 400 á 500 mensen sterven aan mesothelioom als gevolg van blootstelling aan asbestvezels in de periode voor het van kracht worden van het asbestverbod². De sterfte aan de gevolgen van mesothelioom zal daarna ook doorgaan, omdat met de invoering van het verbod in 1993, asbest niet uit de samenleving is verdwenen. De voornaamste bronnen van vrijkomende asbestvezels in de jaren 2000/2009 waren asbestcementresten die zijn gebruikt voor het verharden van erven en wegen, verwerde asbestcementdaken en onzorgvuldig uitgevoerde sloop en renovatie evenals brand van gebouwen waarin zich asbesthoudend materiaal bevond³. Tot de invoering van het verbod in 1993 is asbesthoudend materiaal veelvuldig toegepast in de bouw van woningen en gebouwen, zoals scholen. Zolang het asbesthoudend materiaal in onbeschadigde staat verkeert en is afgeschermd door bijvoorbeeld niet-asbesthoudend plaatmateriaal, komen geen vezels vrij en vormt het materiaal geen gevaar voor de gezondheid. Als het asbesthoudend materiaal is beschadigd en in verbinding staat met de binnenlucht, kunnen de gebruikers van het gebouw telkens aan asbestvezels worden blootgesteld en is er dus een risico op ernstige gezondheidsschade.

Uit onderzoek door het tv-programma Zembla in samenwerking met de Primaire Onderwijsraad en de Voortgezet Onderwijsraad is gebleken dat op dit moment 75% van de basisscholen, gehuisvest in gebouwen die voor 1994 zijn gebouwd, niet weet of zich asbesthoudend materiaal in het gebouw bevindt. In het voortgezet onderwijs is dit percentage 52%. Bij de wel onderzochte schoolgebouwen in het voortgezet onderwijs, schijnt in 25% van de gevallen een direct gevaar te zijn geconstateerd⁴. In de Zembla-uitzending van 15 januari 2011⁵ waarin deze gegevens bekend werden gemaakt, is onder verwijzing naar een recent advies van de Gezondheidsraad⁶ ook gesteld dat asbestblootstelling in de kinderjaren een groter risico op het later ontstaan van mesothelioom meebrengt dan blootstelling tijdens de volwassenheid. Deze conclusie is niet terug te vinden in het advies. Wel blijkt uit het advies dat blootstelling aan asbest (veel) gevaarlijker is dan tot nu toe werd aangenomen en dat de toegestane risiconiveaus met een factor veertig verlaagd moeten worden⁷. De Zembla-uitzending vormde de aanleiding voor het spoeddebat in de Tweede Kamer op 16 februari 2011 over asbest in schoolgebouwen⁸. De staatsecretaris van Infrastructuur en Milieu heeft naar aanleiding van het debat bij brief aan de Tweede Kamer van 5 april 2011⁹ toegezegd dat van alle schoolgebouwen die voor 1994 zijn gebouwd voor 1 juli 2012 een asbestinventarisatie moet zijn gemaakt. Ook heeft de staatsecretaris de mogelijkheid geopperd dat hij in een AMvB een verbod op het bezitten van gebouwen met asbestcementdaken zal formuleren, welk verbod in 2024 zal ingaan.

In de jaren negentig is in de rechtspraak van de Hoge Raad een systeem van regels ontwikkeld ten aanzien van asbestblootstelling van werknemers in de uitoefening van de werkzaamheden. De werknemers – die de aanzet hebben gegeven tot deze uitspraken – waren werkzaam in sectoren met een aanzienlijk asbestrisico, zoals de scheepsbouw¹⁰, de asbestcementindustrie¹¹ en de isolatie (hierna: de risico-industrie)¹². De laatste jaren komen ook vorderingen van mesotheliomslachtoffers bij de rechter die niet werkzaam zijn geweest in de risico-industrie, zoals een leerkracht en een oud-leerling die het bij hen geconstateerde mesothelioom in verband brachten met asbesthoudend materiaal dat zou zijn verwerkt in het schoolgebouw waar zij werkten, respectievelijk onderwijs genoten. In dit artikel ga ik in op de vraag of de regels die we kennen uit de – kort gezegd – De Schelde/Eternit/Hertel-jurisprudentie kunnen worden toegepast op de vraag of een school aansprakelijk is voor de schade die een oud-leerling of leerkracht lijdt als bij hem de diagnose mesothelioom wordt gesteld.

Wie is wie in het onderwijs?

Voordat ik inhoudelijk op de mogelijke vordering(en) van mesothelioomslachtoffers inga, sta ik stil bij de belangrijkste organen in de onderwijswetgeving.

In de onderwijswetgeving wordt het schoolbestuur aangeduid als “het bevoegd gezag”. Het bevoegd gezag is – behoudens enkele uitzonderingen voor bijvoorbeeld oude scholen – zowel in het basisonderwijs als in het voortgezet onderwijs eigenaar van het schoolgebouw. In het openbaar onderwijs is het bevoegd gezag het College van Burgemeester & Wethouders of een door B&W aangewezen orgaan, zoals een Bestuurscommissie primair onderwijs. Het bevoegd gezag in het bijzonder onderwijs is een rechtspersoon met volledige rechtsbevoegdheid die zich zoals blijkt uit de statuten of reglementen het geven van onderwijs ten doel stelt (bijvoorbeeld: de Christelijke Schoolvereniging Amsterdam-Zuid of de Stichting Montessori Scholen Midden Nederland).

De gemeenten zijn voor zowel het openbaar onderwijs als voor het bijzonder onderwijs verantwoordelijk voor het voorzien van de scholen in hun huisvestingsbehoefte¹³. Het bevoegd gezag is verantwoordelijk voor de kwaliteit van het binnenmilieu¹⁴. Voor openbare scholen is de gemeente dus zowel verantwoordelijk voor het gebouw als het binnenmilieu (luchtkwaliteit, asbestvezelconcentraties, etc.), voor bijzondere scholen is de gemeente alleen verantwoordelijk voor het gebouw en is de stichting of vereniging die de school in stand houdt, verantwoordelijk voor het binnenmilieu.

Juridisch kader

Hoewel het verboden is asbest te verwerken en voor de sloop van gebouwen waarin asbesthoudend materiaal is verwerkt strenge eisen gelden, bestaat er geen verbod op het bezitten of het voor het publiek open stellen van een gebouw waarin asbest is verwerkt. De Hoge Raad heeft in de zaken Almelo/Wessels¹⁵ en Wieringen/GIK¹⁶ beslist dat een gebouw waarin asbest is verwerkt op zichzelf geen gebrekkige opstal is in de zin van art. 6:174 BW. Als sprake is van een gevaarlijke situatie omdat het asbesthoudend materiaal is beschadigd of zich niet-hechtgebonden asbest (bijvoorbeeld spuitasbest) in het gebouw bevindt, kan wel sprake zijn van een gevaarlijke situatie en voldoet het gebouw om die reden niet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen¹⁷.

Naast art. 6:174 BW kan een grondslag worden gevonden in de verhouding van de leerkracht tot de school. Leerkrachten werkzaam in het openbaar onderwijs zijn ambtenaren. Een leerkracht die in het bijzonder onderwijs werkt, heeft een arbeidsovereenkomst naar burgerlijk recht. Voor een leerkracht die gezondheidsschade heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden en vergoeding van die schade wil, heeft het onderscheid in rechtspositie feitelijk geen betekenis meer. De Centrale Raad van Beroep past de norm van art. 7:658 BW toe op een vordering van de ambtenaar¹⁸ en sinds het arrest Groningen/Raatgever¹⁹ heeft de ambtenaar met letselschade de keuze zijn vordering tot vergoeding van zijn schade

voor te leggen aan de burgerlijke rechter of aan de bestuursrechter. Kiest hij ervoor zijn vordering aan de burgerlijke rechter voor te leggen, dan moet hij art. 6:162 BW aan zijn vordering ten grondslag leggen. De burgerlijke rechter past vervolgens inhoudelijk de norm, en het voor de leerkracht gunstige stelsel van stelplicht en bewijslast, van art. 7:658 BW toe²⁰. De leerkracht moet stellen, en bij betwisting door de werkgever bewijzen, in de uitoefening van zijn werkzaamheden aan asbestvezels te zijn blootgesteld²¹. Het bevoegd gezag zal vervolgens moeten aantonen dat het niet is tekort geschoten in de nakoming van zijn zorgplicht²² een veilige en gezonde werkomgeving te bieden.

Leerlingen volgen veelal vanaf hun vierde, maar in ieder geval vanaf hun vijfde tot en met hun zestiende onderwijs in de door gemeenten en stichtingen of verenigingen in stand gehouden scholen op grond van de leerplicht²³. De leerplicht en de gezagsverhouding tussen de school en de leerling brengen – naar wordt aangenomen – een verdergaande zorgplicht van de school voor het welzijn van de leerling mee, dan bijvoorbeeld de zorgplicht van een sportvereniging voor de jonge leden of de eigenaar van een speelgoedwinkel voor winkelende kinderen²⁴. Het lidmaatschap van een sportvereniging of het betreden van een speelgoedwinkel kent immers een vrijwillige basis, het volgen van onderwijs in een schoolgebouw niet. Ik denk echter niet dat deze bijzondere zorgplicht van het bevoegd gezag voor de gezondheid en de veiligheid van de kinderen die in het schoolgebouw onderwijs volgen, even ver gaat als de zorgplicht van een werkgever voor de veiligheid van de werknemer om deze door Pajmans genoemde reden: “Een werkgever die professioneel met asbest werkt, zijn werknemer[s] daaraan blootstelt en van hun werkzaamheden profijt heeft, is immers moeilijk te vergelijken met een school die slechts op enig moment onderwijs geeft in een schoolgebouw waarin asbest is verwerkt.”²⁵

Vergoedingsmogelijkheden voor mesothelioomslachtoffers

Mesothelioomslachtoffers die in de uitoefening van hun werkzaamheden voor een nog bestaande werkgever aan asbeststof zijn blootgesteld, kunnen hun schade op twee manieren op hun werkgever proberen te verhalen. Zij kunnen het Instituut Asbestslachtoffers (IAS) inschakelen voor de zogenaamde bemiddelingsroute die uitmondt in vergoeding van de schade van de werknemer door de werkgever aan de hand van normbedragen of zij kunnen vergoeding in rechte van hun werkgever vorderen. Voor werknemers, die in de uitoefening van hun werkzaamheden zijn blootgesteld, maar waarvan de toenmalige werkgever niet meer bestaat of waarvan de werkgever met succes een beroep kan doen op verjaring op grond van art. 3:310 lid 2 BW (dertigjarige verjaringstermijn), kan het IAS niet succesvol bemiddelen. Dit neemt niet weg dat ook deze mesothelioomslachtoffers via een verzoek aan het IAS aanspraak kunnen maken op een uitkering door de Sociale Verzekeringsbank (SVB) van € 18.392²⁶ op grond van de Regeling tegemoetkoming Asbestslachtoffers.

> fers (Tas-regeling)²⁷. Daarnaast kunnen deze slachtoffers via de civiele rechter proberen hun volledige schade te verhalen op een derde²⁸. Mesothelioomslachtoffers, die niet in de uitoefening van hun werkzaamheden aan asbeststof zijn blootgesteld, zoals oud-leerlingen, kunnen geen aanspraak maken op bemiddeling door het IAS. Wel ontvangen zij op basis van de Regeling tegemoetkoming niet-loondienst gerelateerde slachtoffers van mesotheliom (TNS-regeling)²⁹ een tegemoetkoming van € 18.392. Ook voor deze groep slachtoffers geldt dat zij, eventueel via de civiele rechter een derde kunnen aanspreken tot verhaal van de door hen geleden schade. De TAS en TNS tegemoetkomingen moeten worden beschouwd als een voorschot. Slaagt het slachtoffer erin zijn schade te verhalen, dan moet hij de tegemoetkoming terugbetalen. Lukt het niet de schade te verhalen, dan hoeft de benadeelde de tegemoetkoming niet terug te betalen. De mogelijkheid blijft bestaan dat het IAS zelf verhaal zoekt op een aansprakelijke derde.

De norm van art. 7:658 BW, die de grondslag voor de vordering van een leerkracht vormt, heeft een gunstiger uitgangspositie voor een leerling die is aangewezen op art. 6:162 BW als grondslag. Maar ook de leerkracht moet het bewijs leveren van de blootstelling aan asbestvezels tijdens zijn werk in het schoolgebouw. Het bewijs van een kans op blootstelling is niet voldoende³⁰. Gelet op de lange latentietijd tussen de blootstelling en het openbaren van de ziekte mesotheliom, zal de leerkracht doorgaans (grote) moeite hebben aan zijn stelplicht ten aanzien van de door hem in de uitoefening van zijn werkzaamheden geleden schade te voldoen. Schoolgebouwen zijn in de loop der jaren verbouwd, gesloopt of verkocht. Schoolbesturen zijn gefuseerd, de archieven zijn geschoond en collega's die verklaringen zouden kunnen afleggen zijn verhuisd. De vordering van de nabestaanden van een leerkracht die in 2002 na een zeer kort ziekbed aan de gevolgen van mesotheliom was overleden, tegen de gemeente Amersfoort werd afgewezen omdat de nabestaanden onvoldoende hadden gesteld ter onderbouwing van de blootstelling aan asbeststof in het schoolgebouw³¹. Als de leerkracht al slaagt in het bewijs dat hij is blootgesteld aan vrijkomende asbestvezels in het schoolgebouw, kan hij zich ook nog geconfronteerd zien met het verweer dat het bevoegd gezag in de jaren zeventig of in de jaren tachtig niet bekend hoefde te zijn met en geen maatregelen hoefde te nemen tegen het gevaar van de vaak door Bouw- & Woningtoezicht voorgeschreven asbesthoudende isolatiematerialen³².

De oud-leerling zal zijn vordering op art. 6:174 en/of 6:162 BW moeten baseren en zal daartoe moeten stellen dat hij in het schoolgebouw aan asbest is blootgesteld en dat het gebouw daarom niet voldeed aan de daaraan te stellen eisen respectievelijk het bevoegd gezag onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld door hem in dat schoolgebouw aan asbest bloot te stellen. Aan het bewijs van blootstelling stelt de Hoge Raad in de werknemer – werkgeverrelatie al aanzienlijke eisen, zoals wij net hebben

gezien. In een niet werknemer – werkgeverrelatie zullen die eisen in ieder geval niet milder zijn. Net als bij de vordering van de leerkracht, zal het bewijs van de blootstelling voor de oud-leerling heel lastig zijn, zolang geen asbestinventarisatie voor handen is. Tot nu toe is één uitspraak gepubliceerd van een oud-leerling bij wie op 26-jarige leeftijd de diagnose mesotheliom was gesteld en die blootstelling aan asbest op zijn basisschool als oorzaak daarvan aanwees. Hij heeft een procedure in kort geding tegen het bevoegd gezag van zijn lagere school aanhangig gemaakt en verloren³³. In het licht van het verweer van het bevoegd gezag dat alle aanwezige asbest in het gebouw in goede, hechtgebonden staat verkeerde en was afgewerkt met multiplexplaten zodat geen vezels konden vrijkomen, had de oud-leerling onvoldoende gesteld ter onderbouwing van de door hem gestelde blootstelling aan asbest in het schoolgebouw³⁴. Gelet op het grote belang in asbestzaken de blootstelling deugdelijk te onderbouwen, ligt het niet voor de hand een kort geding procedure te voeren als de blootstelling gemotiveerd betwist wordt. In kort geding is immers geen ruimte voor uitgebreide bewijsvoering. Als de blootstelling wel wordt aangenomen, moet de onrechtmatigheid beoordeeld worden. Zowel de vraag aan welke eisen een schoolgebouw moet voldoen voor normaal gebruik in de zin van art. 6:174 BW, als de vraag naar de onrechtmatigheid op grond van art. 6:162 BW wordt ingekleurd door de Kelderluikcriteria³⁵, waarbij de te verwachten kennis van het bevoegd gezag met de gevaren van asbest in het betreffende tijdvak een belangrijke factor zal zijn. In beginsel rust op de oud-leerling op grond van art. 150 Rv de stelplicht en bewijslast van de kennis van het bevoegd gezag. De kennis van het bevoegd gezag met de gevaren verbonden aan asbestblootstelling kunnen niet op een lijn worden gesteld met de kennis van de grote werkgevers in de risico-industrie.

De asbestinventarisatie die het bevoegd gezag vanaf 1 juli 2012 voor handen moet hebben, zal belangrijk bewijsmateriaal bevatten voor oud-leerlingen en (oud)leerkrachten met mesotheliom die het ontstaan daarvan in verband brengen met asbestblootstelling in een schoolgebouw. De inventarisaties kunnen bovendien een aanzuijgende werking hebben op mesotheliomslachtoffers die geen andere blootstellingbron, waarvoor een solvabele derde aansprakelijk is te stellen, kunnen aanwijzen. Van groot belang voor zowel het bevoegd gezag als de mesotheliomslachtoffers is dat de inventarisaties gedetailleerd vermelden wanneer het asbesthoudend materiaal is aangebracht, waar het materiaal zich precies bevindt, in wat voor een staat het zich bevindt en welk percentage van welke soort asbest in het materiaal is verwerkt. Als uit de inventarisatie blijkt dat bij een verbouwing in 1977 asbesthoudend isolatiemateriaal in het schoolgebouw is aangebracht, zal een mesotheliomslachtoffer dat in de jaren 1970/1976 in het schoolgebouw onderwijs heeft gevolgd, met alleen deze informatie het bevoegd gezag niet met succes aansprakelijk kunnen stellen.

Milieublootstelling

In de inleiding merkte ik op dat zich nog veel asbesthoudend materiaal in ons leefmilieu bevindt. Dagelijks ademt elke Nederlander asbeststof in dat uit verschillende bronnen vrijkomt. Deze basisblootstelling heeft in de uitspraken over aansprakelijkheid voor mesothelioom tot nu toe geen grote rol gespeeld. Enerzijds, omdat de meeste zaken betrekking hadden op werknemers uit de risico-industrie waar forse blootstellingen aan asbeststof niet in het geding waren. Anderzijds, omdat er bij gebrek aan een veilige drempelwaarde van wordt uitgegaan, dat ook het inademen van een enkele asbestvezel de ziekte mesothelioom kan veroorzaken³⁶. Als het slachtoffer kon bewijzen dat hij bij werkgever X op enig moment met asbeststof in aanraking was geweest, had hij voldaan aan zijn stelplicht en bewijslast op grond van art. 7:658 lid 2 BW en was het aan de werkgever te bewijzen dat hij zijn zorgplicht was nagekomen. Dat de werknemer mogelijk na het dienstverband bij werkgever X nog vele jaren in zijn eigen bedrijf als timmerman met asbesthoudend materiaal in aanraking was gekomen, deed niet af aan de aansprakelijkheid van de werkgever.

In twee recente uitspraken hebben rechters mogelijk een nieuwe richting in willen gaan, waarbij het slachtoffer moet aantonen dat sprake is geweest van een “*relevante blootstelling*”³⁷ respectievelijk een blootstelling die qua intensiteit boven de normale milieubelasting ligt³⁸. Ik ben een voorstander van deze ontwikkeling. De aanwezigheid van asbest in ons leefmilieu is een maatschappelijk probleem, dat niet over de band van de werkgeversaansprakelijkheid of de opstalaansprakelijkheid moet worden opgelost. De TAS- en TNS-regelingen zijn een stap in de goede richting.

Conclusie

De regels die wij kennen uit de arresten waarin een vergaande zorgplicht van de grote werkgevers in de risico-industrie voor de gezondheid van de werknemers is aangenomen, kunnen niet één op één worden toegepast op vorderingen van (oud-)leerkrachten op het bevoegd gezag, omdat

- (i) de intensiteit en de duur van de blootstelling niet in de buurt komt van de blootstelling in de industrie (en mogelijk de basisblootstelling in het milieu niet zal ontlopen); en
- (ii) een schoolbestuur qua kennis van de gevaren verbonden aan asbest niet op een lijn kan worden gesteld met de kennis van de grote werkgevers in de risico-industrie. Nu de zorgplicht van het bevoegd gezag voor de leerling vermoedelijk minder ver strekt dan de zorgplicht uit art. 7:658 lid 1 BW, zijn de regels ontwikkeld in de De Schelde/Eternit/Hertel-jurisprudentie nog minder toe te passen op een vordering op het bevoegd gezag van een oud-leerling bij wie de diagnose mesothelioom is gesteld. In de te verwachten uitspraken op vorderingen van mesotheliomslachtoffers op schoolbesturen zullen nieuwe rechtsregels worden ontwikkeld. Die regels kunnen alleen goed tot ontwikkeling komen als het slachtof-

fer en het bevoegd gezag veel zorg besteden aan het stellen en bewijzen van de feiten waarop hun vordering respectievelijk hun verweer berust.

Schoolbesturen, die eigenaar zijn van schoolgebouwen die voor 1994 zijn opgeleverd, hebben nog een jaar de tijd om een asbestinventarisatie te laten uitvoeren. Zij moeten ermee rekening houden dat er veel belangstelling van ouders, (oud)leerkrachten en oud-leerlingen zal zijn voor deze inventarisaties omdat de inventarisaties voor oud-leerlingen en leerkrachten bij wie mesothelioom is vastgesteld de aanleiding kunnen vormen het bevoegd gezag van de school aansprakelijk te stellen voor de door hun geleden gezondheidsschade. Ook nabestaanden van overleden mesotheliomslachtoffers kunnen op basis van de inventarisaties het bevoegd gezag aansprakelijk stellen voor hun schade als bedoeld in art. 6:108 BW als de verjaringstermijn van dertig jaar nog niet is voltooid. Het belang van een grondige en gedetailleerd uitgevoerde inventarisatie is heel groot.

In de te verwachten uitspraken over aansprakelijkheid van schoolbesturen kunnen naast de nu op te stellen asbestinventarisaties ook de omvang van de milieublootstelling een grote rol gaan spelen. Schoolbesturen zullen in het kader van hun verweer onder andere wijzen op de milieublootstelling van het slachtoffer. Toxicologen kunnen meer of minder nauwkeurige berekeningen maken van de basisblootstelling van de inwoners van een bepaald gebied gedurende een bepaalde periode. Ook kan berekend worden wat de jaarlijkse blootstelling aan asbestvezels in een schoolgebouw is waarin een rookkanaal of een dak met asbest is geïsoleerd. De berekeningen en de op basis daarvan te verwachten nieuwe rechtsontwikkeling hebben mogelijk interessante uitkomsten.



- ¹ Dit verbod is neergelegd in het toen gewijzigde Asbestbesluit Arbeidsomstandighedenwet, *Stb.* 1993, 136.
- ² Gezondheidsraad advies “Asbest: Risico’s van milieu- en beroepsmatige blootstelling”, 3 juni 2010, p. 35.
- ³ Brief van de staatssecretaris van Infrastructuur en Milieu aan de voorzitter van de Tweede Kamer van 15 februari 2011 (TK 2010-2011, 25 834, nr. 58). Verharding van erven en (land) wegen met asbestcementresten heeft zich voornamelijk voorgedaan rondom de twee grote asbestcementfabrieken van het Eternit concern in Herderlijk en in Goor.
- ⁴ Dit percentage heeft het Kamerlid Koser Kaya in het spoeddebat van 16 februari 2011 genoemd. Het rapport waaruit dit percentage afkomstig is, heb ik niet kunnen vinden.
- ⁵ Deze resultaten zijn bekendgemaakt in het programma Zembla “Asbest vrijgekomen” op 15 januari 2011.
- ⁶ Gezondheidsraad advies “Asbest: Risico’s van milieu- en beroepsmatige blootstelling”, 3 juni 2010.
- ⁷ Gezondheidsraad advies “Asbest: Risico’s van milieu- en beroepsmatige blootstelling”, 3 juni 2010, p. 14.
- ⁸ Spoeddebat “Asbest op scholen” 16 februari 2011, TK 2010-2011, nr. 53 - 6.
- ⁹ Brief van 5 april 2011 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer betreffend Asbestinventarisaties schoolgebouwen met kenmerk RB/2011042740.
- ¹⁰ HR 2 oktober 1998, *NJ* 1999, 682 (Cijssouw/De Schelde II).
- ¹¹ HR 6 april 1990, *NJ* 1990, 573 (Jansen/Nefabas).
- ¹² HR 20 oktober 2000, *LJN* AA7688, *NJ* 2001, 268 (Soolsma/Hertel).
- ¹³ Art. 91 Wet PO en art. 76b wet VO.
- ¹⁴ Zo bevestigde minister Cramer naar aanleiding van vragen van SP Kamerlid Poppe, Aanhangsel van de Handelingen TK 2007-2008, 2732, p. 5523.
- ¹⁵ HR 15 juni 2001, *LJN* AB2149, *NJ* 2002, 336.
- ¹⁶ HR 7 november 2003, *LJN* AI0341, *NJ* 2004, 292.
- ¹⁷ Ik leid dit af uit HR 3 september 2010, *LJN* BM3980, *NJ* 2010, 474, waarin niet-hechtgebonden bruine asbest boven plafondplaten als een gebrek in de zin van art. 7:204 lid 2 BW werd aangemerkt in r.o. 4.1 en als niet voldoende aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen in de zin van art. 6:174 BW in r.o. 4.4.
- ¹⁸ CRvB 22 juni 2000, *LJN* AB0072, *TAR* 2000, 112.
- ¹⁹ HR 17 december 1999, *LJN* AA3880, *NJ* 2000, 87.
- ²⁰ Zie bijv. HR 30 oktober 2009, *LJN* BJ6020.
- ²¹ Zie hierover bijv. S.D. Lindenberg, Arbeidsongevallen en beroepsziekten, 2009, Monografieën Privaatrecht nr. 13, par. 16.
- ²² Art. 7:658 lid 1 BW verwoordt de zorgplicht: “De werkgever is verplicht de lokalen, werktuigen en gereedschappen waarin of waarmee hij de arbeid doet verrichten, op zodanige wijze in te richten en te onderhouden alsmede voor het verrichten van de arbeid zodanige maatregelen te treffen en aanwijzingen te verstrekken als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt.”
- ²³ Art. 3 Leerplichtwet 1969.
- ²⁴ Zie bijv. I. van der Putt-van Vessem, “Aansprakelijkheid van scholen - Schade als gevolg van pesten”, *PIV-Bulletin* 2007, 3; B.M. Pajmans, “Gymongeval; stoeien met aansprakelijkheid”n – Rb. Zwolle, 22 april 2009, *LJN* BI8294, *PIV-Bulletin* 2009, 8 en Rb. Leeuwarden 29 november 2006, *LJN* AZ3146.
- ²⁵ B.M. Pajmans, “Asbest, scholen en aansprakelijkheid ten opzichte van leerlingen”, *PIV-Bulletin* 2008, 3
- ²⁶ Voor het jaar 2011 is het bedrag van de tegemoetkoming op € 18.392 vastgesteld. Het bedrag wordt jaarlijks geïndexeerd. Op de website van het Instituut Asbestslachtoffers (www.asbestslachtoffers.nl) zijn de actuele bedragen te vinden.
- ²⁷ Deze regeling is op 26 januari 2000 van kracht geworden. De Regeling biedt de tegemoetkoming ook aan mesotheliomslachtoffers die geen schadevergoeding kunnen ontvangen van hun (ex) werkgever omdat die niet meer bestaat, onvindbaar is of failliet is gegaan. Deze situaties zullen zich in het geval van scholen niet snel voordoen.
- ²⁸ In de zaak Hertel/Van der Lugt bijv. was een vordering van een werknemer van een failliete scheepswerf op een onderaannemer aan de orde, HR 17 december 2004, *LJN* AR3290, *NJ* 2006, 147.
- ²⁹ Deze regeling is per 1 december 2007 van kracht geworden.
- ³⁰ HR 26 januari 2001, *LJN* AA9666, *NJ* 2001, 597.
- ³¹ Rb. Utrecht 25 oktober 2006, zaaknummer 209202 / HA-ZA 06-453 en Hof Amsterdam, nevenzittingsplaats Arnhem 12 februari 2008, zaaknummer 1004.003.259 (beiden niet gepubliceerd).
- ³² Ik heb geen uitspraken kunnen vinden waarin dit verweer door het bevoegd gezag werd gevoerd, maar dit verweer heeft beslist kans van slagen als de werkgever een kleine, niet-asbestverwerkende onderneming is. Zie bijv. HR 4 april 2004, *LJN* AO4596 (Broug/Gemex) en Rb. Almelo 13 oktober 2009, *LJN* BK0098.
- ³³ Voorzieningenrechter Rb. Utrecht 26 maart 2008, *LJN* BC7697.
- ³⁴ Zie over dit vonnis B.M. Pajmans, Asbest, scholen en aansprakelijkheid ten opzichte van leerlingen, *PIV-Bulletin* 2008, 3.
- ³⁵ HR 5 november 1965, *LJN* AB7079, *NJ* 1966, 136.
- ³⁶ HR 2 oktober 1998, *NJ* 1999, 683 (Cijssouw II).
- ³⁷ Hof Den Bosch, 22 maart 2011, *LJN* BP8866.
- ³⁸ Rb. Almelo 27 april 2011, *LJN* BQ4019, r.o. 7.

Premievrije voortzetting pensioenopbouw: geen pensioenschade?

In de vorige editie van het PIV-Bulletin² is door E.M. Budwilowitz aandacht besteed aan pensioenschade. Terecht begint hij met de vaststelling dat pensioenschade een lastig onderwerp is. Zoals Budwilowitz ook al aangeeft komt het nogal eens voor dat de pensioenschade bij wijze van schatting wordt benaderd. Hierbij geeft hij echter aan dat voor deze schatting geen richtsnoer kan worden gegeven: hij toont aan dat het verband ontbreekt tussen de hoogte van het verlies van arbeidsvermogen en de pensioenschade. De benadeelde verdient echter een zorgvuldige benadering, ook van het eventuele tekort dat na de pensioengerechtigde leeftijd ontstaat. Deze benadering vergt gedegen onderzoek van de regeling die in het concrete geval van toepassing is en vervolgens berekening van het eventuele tekort in de pensioenopbouw dat als gevolg van het verlies van arbeidsvermogen ontstaat.

In deze bijdrage zal ik nader ingegaan op één element van pensioenschade door te bespreken op welke wijze in een aantal pensioenregelingen de systematiek van premievrijstelling bij arbeidsongeschiktheid is vormgegeven. Er wordt in dit artikel niet ingegaan op de pensioenschade die ontstaat doordat een carrièreontwikkeling wordt gemist.

Inleiding

Een onderdeel van de vaststelling van het verlies van arbeidsvermogen kan bestaan uit de omstandigheid dat na het ongeval een tekort ontstaat in de pensioenopbouw. Zonder het ongeval had benadeelde uit hoofde van zijn dienstverband een pensioen op kunnen bouwen dat bij het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd tot uitkering komt. De voor dit pensioen te betalen premie komt voor rekening van de werkgever en, afhankelijk van de pensioenregeling die van toepassing is, (veelal gedeeltelijk) voor rekening van de werknemer.

Nadat het ongeval heeft plaatsgevonden en het letsel is ontstaan, is een aantal situaties te onderscheiden, bijvoorbeeld:

1. Er is geen sprake van arbeidsongeschiktheid en de loopbaan kan ongestoord worden voortgezet.
2. Er is sprake van volledige arbeidsongeschiktheid, het slachtoffer ontvangt een WIA-uitkering.
3. Er is sprake van gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid en re-integratie.

In de eerste situatie is er niets aan de hand en hoeft niet onderzocht te worden of er sprake is van een tekort in de pensioenopbouw. Dit is wel het geval in de onder 2 en 3 genoemde gevallen. Hierbij kan tevens sprake zijn van premievrije voortzetting van de pensioenopbouw.

Mevrouw mr. A.M. Schneider¹
Het RekenBureau



Pensioenschade

Voor alle duidelijkheid nog kort de achtergrond van pensioenschade en de wijze waarop deze schade wordt berekend. In de basis is de schade die zich na pensioengerechtigde leeftijd voordoet niet meer en niet minder dan het gemis van bepaalde voordelen uit de pensioenregeling zoals die bij een dienstverband van toepassing zijn. Deze voordelen zijn in twee punten uit te splitsen, te weten

1. de bijdrage die door de werkgever wordt betaald; en
2. het fiscale voordeel van de door de werknemer zelf te betalen premie.

De werkgeversbijdrage in de premie is per pensioenregeling verschillend. Soms betaalt de werkgever de premie volledig maar daarnaast komen tal van variaties voor waarbij de premie in een bepaalde mate wordt verdeeld tussen werkgever en werknemer.

Het fiscale voordeel van de eigen bijdrage in de pensioenpremie komt tot uiting doordat de door de werknemer betaalde premie – binnen zekere grenzen – aftrekbaar is voor de loonbelasting. Fiscaal wordt de zogenoemde omkeerregel gehanteerd. Dit is anders bij bijvoorbeeld een werkgeversbijdrage in een zorgverzekering of de bijtelling vanwege de auto van de zaak. Dit zijn belaste voordelen. Zo niet bij de pensioenpremie. De omkeerregel houdt in dat de werkgeversbijdrage niet tot het loon gerekend wordt en de werknemersbijdrage van het brutoloon mag worden afgetrokken. De te zijner tijd te ontvangen pensioenuitkeringen zijn echter belast, zij het vaak tegen een lager tarief. De netto last van de pensioenpremie is dan een stuk lager. De schade doet zich dus voor in het gemis van de bijdrage in de premie van de werkgever én het fiscale voordeel van de door de werknemer zelf te betalen premie. Dit als onderdeel van een pakket arbeidsvoorwaarden dat tijdens het arbeidzame leven van toepassing is³.

- > Berekening van de pensioenschade vindt in de meeste gevallen plaats door een vergelijking te maken tussen het hypothetisch te ontvangen pensioen ná het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd en het (naar verwachting) werkelijk te ontvangen pensioen. In dit artikel zal ik uitgaan van deze berekeningsmethodiek.

Pensioenschade is een onderwerp dat van belang is in veel dossiers waar verlies van arbeidsvermogen speelt. Uit onderzoek van het CBS blijkt dat veel van de in Nederland werkzame personen meedoen aan een via de werkgever geregelde pensioenvoorziening⁴. Onderzoek naar de vraag óf er sprake is van pensioenschade zal dan ook in de meeste van deze zaken aan de orde zijn.

Bij de bepaling van pensioenschade speelt momenteel ook een rol wat er gaat veranderen in de pensioenleeftijd. Op 29 april 2011 is de ministerraad akkoord gegaan met een wetsvoorstel waarin de pensioenleeftijd in 2020, zoals afgesproken in het regeer- en gedoogakkoord, wordt verhoogd van 65 naar 66 jaar. Daarnaast wordt de fiscale facilitering van het aanvullend pensioen gebaseerd op een pensioenleeftijd van 66 jaar. Vanaf 2013 wordt jaarlijks minder pensioen opgebouwd door verlaging van de opbouwpercentages van de pensioenpremies. Langer doorwerken zorgt ervoor dat mensen meer tijd hebben om pensioen op te bouwen, waardoor de opbouwpercentages omlaag kunnen. Dit wetsvoorstel kan, onder invloed van een akkoord tussen bijvoorbeeld de sociale partners, overigens nog wijzigen. Het onderwerp pensioenleeftijd zal in dit artikel verder niet aan de orde komen.

Wel zal ik in dit artikel aandacht besteden aan de premievrije voortzetting van de pensioenopbouw. In de praktijk is het niet ongebruikelijk, als betrokkene zijn of haar eindloon al heeft bereikt, er van uit te gaan dat er geen sprake zal zijn van een tekort in de pensioenopbouw. Uitgaande van volledige arbeidsongeschiktheid, zal er immers sprake zijn van premievrijstelling en zal de pensioenopbouw ongestoord voortduren, zo is de gedachte. Dat dit niet in alle gevallen zo is, komt onderstaand aan de orde.

Ook merk ik op dat hier de huidige regelingen aan de orde zullen komen, die van toepassing zijn voor degenen die nu arbeidsongeschikt zijn geworden. Eventuele overgangsregelingen worden buiten beschouwing gelaten.

Premievrije voortzetting pensioenopbouw bij arbeidsongeschiktheid

In pensioenreglementen zijn bepalingen opgenomen waarin wordt omschreven wat de gevolgen zijn voor de pensioenopbouw in geval van arbeidsongeschiktheid. Deze bepalingen zijn echter per reglement verschillend. Om inzicht te krijgen in de diverse regelingen dient daarom het reglement dat van toepassing is geraadpleegd te worden. Veel pensioenregelingen kennen bepalingen waarin is geregeld wat er gebeurt met de pensioenopbouw indien er sprake is van arbeidsongeschiktheid. Vaak wordt het pensioen dan premievrij gemaakt. Dit houdt in dat er voor het pensioen geen premie meer betaald hoeft te worden en dat de pensioenopbouw wordt voortgezet.

Ook is vaak een bepaling opgenomen waarin staat dat de premievrije voortzetting door de deelnemer aan de pen-

sioenregeling, dat wil in dit verband dus zeggen, het slachtoffer zelf, binnen een bepaalde termijn, dient te worden aangevraagd. Terzijde merk ik op dat het dan ook van belang is gedurende de dossierbehandeling na te gaan of dit op de juiste wijze – en binnen de gestelde termijn – plaatsvond.

De vraag die zich voordoet is vervolgens op welke wijze de pensioenopbouw bij arbeidsongeschiktheid dan wordt voortgezet. Er zijn geen wettelijke regelingen hieromtrent voorhanden. In iedere pensioenregeling is dan ook sprake van andere bepalingen en een andere systematiek van premievrije voortzetting.

Hierdoor kan de situatie zich voordoen dat er weliswaar sprake is van premievrije voortzetting maar dat de pensioenopbouw toch niet volledig is.

In Nederland bestaan talloze verschillende pensioenregelingen en is de diversiteit groot. Binnen het bestek van dit artikel is een volledig overzicht van de bepalingen over premievrije voortzetting dan ook niet te geven. Daarom is gekozen voor bespreking van een aantal grotere pensioenregelingen.

Zorg en Welzijn (v/h PGGM)

Het pensioenfonds Zorg en Welzijn heeft in totaal 2.250.300 actieve en gewezen deelnemers⁵. Het betreft werknemers die werkzaam zijn in, zoals de naam van het fonds al aangeeft, de sector zorg en welzijn. Denk hierbij aan bijvoorbeeld medewerkers van ziekenhuizen en in de gehandicaptenzorg.

Voor deelnemers aan deze regeling die arbeidsongeschikt raken geldt het volgende. Indien er sprake is van een arbeidsongeschiktheidsuitkering op grond van de IVA, wordt de pensioenopbouw voortgezet op basis van 75% van het (jaar)salaris dat werd ontvangen in het jaar ná het ingaan van de arbeidsongeschiktheid. Indien er sprake is van een WGA-uitkering dan wordt de mate van voortzetting gebaseerd op de mate van arbeidsongeschiktheid. De pensioenopbouw wordt voortgezet op basis van 70% van het salaris.

Zowel bij een IVA- als een WGA-uitkering zal er daarom een tekort in de pensioenopbouw ontstaan. Het pensioengevend salaris is niet volledig, maar 75% respectievelijk 70% én het salaris is het salaris dat werd ontvangen in het jaar ná het ingaan van de arbeidsongeschiktheid.

Metaal en Techniek

De pensioenregeling volgens het Pensioenfonds Metaal en Techniek geldt voor alle werknemers die werken bij een onderneming in de Metaal en Techniek. Deze ondernemingen zijn onder meer actief in het motorvoertuigenbedrijf, carrosseriebedrijf, tweewielerbedrijf en technisch installatiebedrijf. In 2008 waren 424.940 werknemers aangesloten bij het fonds⁶.

De mate van premievrijstelling wordt bepaald aan de hand van de mate van arbeidsongeschiktheid. Bij een arbeidsongeschiktheid van minder dan 35% (er wordt dan ook geen WIA-uitkering toegekend) wordt geen premievrijstelling verleend. De mate van premievrijstelling bij een arbeidsongeschiktheid van 80-100% bedraagt 100%. Er zit

echter een adder onder het gras: de premievrijstelling kan weliswaar volledig zijn maar de opbouw is begrensd. Bij een arbeidsongeschiktheid van 80-100% bedraagt de opbouw maximaal 70% van de opbouw die plaatsvond toen er nog geen sprake was van arbeidsongeschiktheid.

Bij een benadeelde die bij deze pensioenregeling is aangesloten treedt daarom een tekort in de pensioenopbouw op.

ABP

Het pensioen van werknemers die werkzaam zijn bij de overheid of het onderwijs is ondergebracht bij het ABP. Het bedrijfstakpensioenfonds voor werkgevers en werknemers kent 2,8 miljoen deelnemers. Tegenwoordig heet het pensioen bij het ABP het ABP KeuzePensioen. Voor degenen die volledig arbeidsongeschikt zijn, wordt de pensioenopbouw voor slechts 50% voortgezet. Is er sprake van een arbeidsongeschiktheid van 35-80%, dan vindt de opbouw ook voor 50% plaats gerelateerd aan de mate van arbeidsongeschiktheid.

Voor een benadeelde in overheidsdienst of in het onderwijs treedt daardoor in alle gevallen een fors tekort op in de pensioenopbouw doordat de opbouw weliswaar wordt voortgezet, maar slechts over een gedeelte van het pensioengevend salaris.

Bouw

De pensioenregelingen van werknemers in de bouw worden uitgevoerd door de Stichting Bedrijfstakpensioenfonds voor de Bouwnijverheid (bpfBOUW). Hieronder vallen werknemers en werkgevers in het bouwbedrijf, de afbouw, het natuursteenbedrijf of de timmerindustrie. Dit pensioenfonds kent bijna 200.000 actieve deelnemers]. Elke sector heeft haar eigen pensioenregeling maar onder meer op het punt van de premievrijstelling zijn de regelingen inhoudelijk gelijk. Bij een arbeidsongeschiktheid van 65% of meer loopt de pensioenopbouw voor het ouderdomspensioen door. Opbouw van het vroegpensioen stopt. Het pensioenfonds adviseert om bij een lagere arbeidsongeschiktheid dan 65% per geval te onderzoeken of er sprake is van een tekort in de pensioenopbouw.

Horeca & Catering

Het Pensioenfonds Horeca & Catering, dat in 2009 ruim 220.000 actieve deelnemers had, kent ook een regeling voor premievrije voortzetting bij arbeidsongeschiktheid. Bij dit pensioenfonds wordt alleen premievrijstelling verleend indien betrokkene een IVA-uitkering ontvangt en dus 80% of meer arbeidsongeschikt is. Opbouw vindt dan overigens ook plaats over een lager vastgestelde grondslag, te weten 75% van de oude grondslag. Is er sprake van gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid dan vindt geen premievrijstelling plaats. De pensioenopbouw stopt dan ook. Slechts over het gedeelte dat nog inkomen uit arbeid wordt ontvangen, vindt nog pensioenopbouw plaats.

Overigen

Er is een aantal pensioenfonds waar bij de pensioenopbouw doorloopt over het laatstgenoten loon. Voorbeelden hiervan zijn het pensioenreglement voor de detailhandel

(circa 240.000 deelnemers in 2009), voor het kappersbedrijf (22.000 deelnemers in 2009), en het levensmiddelenbedrijf (75.000 deelnemers in 2009).

Bij een ander kleiner pensioenfonds, het pensioenfonds voor de landbouw (ruim 84.000 deelnemers in 2009), lijkt bij eerste lezing de pensioenopbouw bij arbeidsongeschiktheid ook ongewijzigd te worden voortgezet. Ook hier is echter zorgvuldige lezing van de regeling noodzakelijk. De pensioengrondslag bij arbeidsongeschiktheid is gebaseerd op het salaris dat werd ontvangen in het tweede jaar van de wachttijd voor de WIA: indien er geen sprake was van volledige loondoorbetaling door de werkgever, zal de pensioengrondslag daardoor ook lager worden vastgesteld en zal een tekort ontstaan.

Handreikingen voor de praktijk

Uit bovenstaande blijkt dat de diversiteit groot is.

Pensioenfonds kennen elk hun eigen systematiek voor het verlenen van premievrijstelling bij gehele of gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid. Het doen van algemene uitspraken over het ontstaan van premievrijstelling bij volledige arbeidsongeschiktheid is daarom niet mogelijk. In het verlengde hiervan is het veelal eveneens niet mogelijk aan te geven wat de consequenties zijn van een premievrijstelling voor de hoogte van het ouderdomspensioen.

Bij de beoordeling van de eventuele pensioenschade in een concrete zaak is het noodzakelijk de beschikking te hebben over voldoende informatie. Een algemene, voor de deelnemer bedoelde, brochure is meestal niet voldoende want deze geeft nogal eens een onvolledig beeld. Vaak is het zo dat hierin de premievrijstelling te algemeen wordt omschreven. De onderliggende documenten, in het bijzonder het pensioenreglement, moeten precieze informatie bieden. Daarnaast is het van belang te beschikken over een pensioenoverzicht van het jaar vóór het ontstaan van de arbeidsongeschiktheid en het meeste recente pensioenoverzicht. De informatievoorziening van de pensioenfonds is de laatste tijd sterk verbeterd zodat deze informatie via de betrokkene kan worden verkregen.

Tot slot is van belang er gedurende de schadebehandeling op te letten dat een eventuele premievrijstelling op de juiste wijze en tijdig wordt aangevraagd.

¹ Met dank aan mijn collega Rianne Sprenger voor haar bijdrage aan de totstandkoming van dit artikel.

² PIV-Bulletin 2011, 4.

³ Al eerder bepleitten mijn collega Tiemersma en ik in een artikel in De Register-Expert van december 2007 een alternatieve wijze van waardering van pensioenschade in gevallen waarin geen of weinig gegevens aanwezig zijn.

⁴ Onderzoek "Witte vlek op pensioengebied 2008 en 2009" door het Centrum voor Beleidsstatistiek van het CBS in opdracht van het Ministerie van SZW, 2011.

⁵ Bron: Jaarverslag 2009, www.pfzw.nl.

⁶ Bron: www.bpmt.nl. Hier is ook de pensioenregeling te vinden.

Deelgeschilprocedure: een jaar in de praktijk



Mevrouw mr. P. Oskam/
mr. Chr.H. van Dijk
Kennedy Van der Laan Advocaten



In PIV-Bulletin 2011, 1 bespraken wij de deelgeschilbeschikkingen die tot en met 18 januari 2011 waren gepubliceerd op www.stichtingpiv.nl, www.rechtspraak.nl en in het tijdschrift *Letsel & Schade*. Met achttien beschikkingen constateerden wij toen dat het met de in de rechtspraak verwachte hausse aan deelgeschillen leek mee te vallen. Inmiddels¹ zijn er tot 17 juni 2011 53 deelgeschilbeschikkingen gepubliceerd. Het aantal uitspraken neemt dus toe. Daarnaast is sprake van een *dark number* waarin na het uitbrengen van het verzoekschrift voor of tijdens de zitting wordt geschikt of het verzoekschrift wordt ingetrokken. Deze zaken leiden dus niet tot een uitspraak. Tijdens de op 18 april 2011 door de Vrije Universiteit gegeven PAO Actualiteiten Wet Deelgeschillen presenteerde mr. A.J. Van der Sluis de resultaten van een mini-enquête onder de leden van de vereniging voor Advocaten van Slachtoffers van Personenschade (ASP). De onderzoeksperiode bedroeg de eerste negen maanden van de Wet Deelgeschillen. Op grond van de reacties van 40 respondenten en geëxtrapoleerd naar de tot dan toe ongeveer 40 gepubliceerde deelgeschillen concludeerde Van der Sluis dat sprake was van een *dark number* van ongeveer 172. Hoewel aan dit beperkte onderzoek natuurlijk niet te veel waarde kan worden gehecht – alleen al niet omdat de Wet Deelgeschillen niet alleen door de respondenten of ASP-leden als instrument wordt gebruikt – staat wel vast dat de Wet Deelgeschillen van aanzienlijk belang is bij de afwikkeling van letselschade.

Nu de Wet deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade bovendien een jaar geleden in werking is getreden, is er alle aanleiding om wederom de balans op te maken. In dit overzichtsartikel zullen wij de deelgeschilbeschikkingen bespreken die zijn gepubliceerd na het ter perse gaan van ons eerdere artikel.

In dit artikel komen achtereenvolgens de volgende onderwerpen aan bod. Allereerst staan wij stil bij het toepassingsbereik van de deelgeschilprocedure. Daarna zullen wij bespreken welke onderwerpen tot op heden met name in deelgeschilprocedures aan de orde zijn. Voorts komen in dit artikel de kosten van de deelgeschilprocedure en hetgeen de verschillende rechtbanken daarover overwegen aan bod. Tot slot zullen wij, net als in ons eerdere artikel ingaan op de vraag of het doel van de deelgeschilprocedure – een versterking van het buitengerechtelijke traject bij de afhandeling van personenschade door middel van een eenvoudige en snelle toegang tot de rechter – in de praktijk lijkt te worden behaald.

Toepassingsbereik deelgeschilprocedure

De beslissing in een deelgeschilprocedure dient te kunnen bijdragen aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst (art. 1019z Rv). Het verzoek om te beslissen over een tussen partijen bestaand geschil dient dan ook te worden afgewezen, indien de rechter van oordeel is dat een beslissing omtrent het deelgeschil onvoldoende bijdrage zal leveren aan de voortgang van het buitengerechtelijke traject. Hierbij dient de rechter zich af te vragen of de investering in tijd, geld en moeite in een redelijke verhouding staat tot het belang van de vordering en de bijdrage die de beslissing zou kunnen leveren aan een minnelijke regeling.

Uit de beschikkingen die in het eerste half jaar na inwerkingtreding van de deelgeschillenwet gepubliceerd zijn bleek dat het begrip deelgeschil (*“een geschil omtrent of in verband met een deel van hetgeen ter zake tussen hen rechts geldt en waarvan de beëindiging kan bijdragen aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst”*, aldus art. 1019w Rv) zoals de wetgever ook voor ogen stond – door de rechter ruim wordt uitgelegd. Dit beeld moet aan de hand van de na het ter perse gaan van ons laatste artikel gepubliceerde beschikkingen enigszins worden bijgesteld. Uit deze beschikkingen blijkt dat de rechter niet te snel aanneemt dat sprake is van een deelgeschil. Wij zullen de relevante beschikkingen hierna bespreken.

Een contractueel geschil voor schade door dood of letsel

Art. 1019w Rv bepaalt dat een deelgeschil een geschil tussen partijen is waarbij een persoon een ander aansprakelijk houdt voor de schade die hij lijdt door dood of letsel, omtrent of in verband met een deel van hetgeen tussen

hen rechtens geldt en waarvan de beëindiging kan bijdragen aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst.

De Rechtbank Arnhem kreeg in deelgeschil de vraag voorgelegd of een verzekeraar gehouden is tot uitkering aan de benadeelde op grond van een ongevalverzekering en een schadeverzekering voor inzittenden². De verzekeraar weigerde tot uitkering over te gaan, omdat volgens haar sprake was van fraude. De rechtbank oordeelt in haar beschikking van 2 mei 2011 dat de te beantwoorden vraag zich niet leent voor een deelgeschil, omdat de benadeelde aanspraak maakt op schadevergoeding uit hoofde van een verzekeringsovereenkomst en nakoming wenst. Een deelgeschilprocedure is niet bedoeld voor het beslechten van contractuele geschillen.

Op 8 juni 2011 oordeelde de Kantonrechter Arnhem iets soortgelijks toen hij besliste dat de uitleg van een voorbehoud in een vaststellingsovereenkomst geen vraag is die aan de deelgeschillenrechter kan worden voorgelegd³. Tot slot is een beschikking van de Rechtbank Den Haag van 4 mei 2011 het vermelden waard⁴. In die zaak twisten partijen over de vraag of een vaststellingsovereenkomst door aanbod en aanvaarding tot stand was gekomen. Benadeelde wilde door de deelgeschillenrechter vastgesteld zien dat dit niet het geval was. Daar het gevolg van toewijzing van het verzoek zou zijn dat partijen weer zouden moeten gaan onderhandelen oordeelde de rechter dat sprake was van een deelgeschil. Wel oordeelde de rechter dat een vaststellingsovereenkomst vormvrij is en dat deze wel tussen partijen tot stand was gekomen.

Nadere bewijsvoering vereist

In een zaak waarover de Rechtbank Den Haag op 22 december 2010⁵ oordeelde verzocht benadeelde de rechter voor recht te verklaren dat het ziekenhuis de sterilisatie, die na afloop van een keizersnede bij haar was verricht, zonder haar instemming had laten uitvoeren en dat het ziekenhuis daarom jegens haar aansprakelijk was. Het ziekenhuis verweerde zich in de eerste plaats met de stelling dat het verzoek zich niet leende voor een deelgeschilprocedure, omdat niet een deelgeschil, maar 'het gehele geschil' aan de rechtbank werd voorgelegd. Omdat er, aldus het ziekenhuis, bewijsvoering en een deskundigenbericht noodzakelijk was, zouden de met de procedure gemoeide tijd en kosten bovendien niet opwegen tegen de mogelijke totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst.

In lijn met andere beschikkingen⁶ stelt de rechtbank voorop dat ook de aansprakelijkheidsvraag in een deelgeschilprocedure aan de orde kan komen. Het verweer dat daarmee het gehele geschil aan de rechter wordt voorgelegd gaat dan ook niet op. Wel moet, zo overweegt de rechtbank, gezien worden of de bijdrage van de verzochte beslissing aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst zodanig is dat dit opweegt tegen de kosten en het tijdsverloop van de procedure. Een zaak waarin het horen van getuigen en het raadplegen van deskundigen noodzakelijk wordt geacht leent zich in beginsel niet voor een deelgeschilprocedure, aldus de

rechtbank. Omdat in deze specifieke zaak de aansprakelijkheidsvraag op basis van de reeds beschikbare informatie kon worden beantwoord, kwam de rechtbank hier echter wel toe aan een inhoudelijke beoordeling van het geschil, en wees zij de gevorderde verklaring voor recht toe. Uit deze beschikking kan worden afgeleid dat het niet erg zinvol is om te betogen dat de aansprakelijkheidsvraag niet in een deelgeschilprocedure aan de orde kan komen, of dat daarmee (ten onrechte) het gehele geschil aan de rechter wordt voorgelegd. Wél kan het zin hebben om op dit punt verweer te voeren, indien beantwoording van de aansprakelijkheidsvraag bewijsvoering (en daarmee gepaard gaande tijd en kosten) vereist. Dit wordt bevestigd door een beschikking van de Rechtbank Arnhem van 7 februari 2011⁷, omdat het in die zaak voor het vaststellen van een schulddeeling bij een verkeersongeval noodzakelijk was dat nadere bewijsvoering, waaronder in elk geval getuigenverhoren, zou plaatsvinden, oordeelde de rechtbank dat de investering in geld, tijd en moeite niet opwoog tegen de te verwachten bijdrage aan een minnelijke regeling. Zie in dezelfde lijn drie beschikkingen van de Rechtbank Den Haag⁸. Voorts oordeelde de Rechtbank Maastricht op

24 mei 2011 in een medische aansprakelijkheidszaak dat geen sprake was van deelgeschillen *"nu deze tot kostbare en tijdrovende bewijsoverleveringen zullen leiden."*

Op 12 mei 2011 werd de Rechtbank in Haarlem in een deelgeschil verzocht om het causaal verband tussen het verkeersongeval en de klachten vast te stellen¹⁰. Het ging hier om een achteroprijding met een lage botsingssnelheid en een gesteld postwhiplashsyndroom. De deskundige van de benadeelde meende dat de delta v tussen de 8 en 10 km/u lag, de deskundige van de verzekeraar dat dit 2,9 tot 5,5 km/u was. Voorts stelde de benadeelde dat ook bij de door de verzekeraar aangenomen delta v de klachten konden ontstaan. De verzekeraar bestreed dat. Weinig verbazingwekkend is dat de rechter er het verzoek van de benadeelde uit wilde laten. De toedracht van het ongeval stond nog geenszins vast en er zouden nog meerdere onafhankelijke deskundigen moeten worden aangezocht om een gefundeerd oordeel te kunnen geven over het causaal verband tussen het ongeval en de gestelde klachten.

Voorleggen van 'het gehele geschil' aan de deelgeschillenrechter

Dat degene die 'het gehele geschil' aan de rechtbank voorlegt ook nul op het rekest kan en vaak zal krijgen volgt uit diverse beschikkingen. Bijvoorbeeld verwijzen wij naar een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 1 juni 2011 in een verkeerszaak¹¹. Onder meer vroeg de verzoeker in die zaak om een voorschot van minimaal € 30.000 vanwege door haar geleden schade. De schade zou bestaan uit onder meer verlies verdienvermogen, mantelzorg, overige huishoudelijke hulp, diverse andere materiële kosten en buitengerechtelijke kosten. Voorts was de causaliteitsvraag tussen ongeval en de gestelde postwhiplash klachten nog niet door een onafhankelijke deskundige beantwoord. Het verbaast niet dat de rechtbank oordeelde

> dat het deelgeschil feitelijk het karakter zou krijgen van een bodemprocedure, *‘Met het bevorderen van de tussen partijen buiten rechte te voeren onderhandelingen, welke onderhandelingen uiteindelijk zouden moeten uitmonden in een vaststellingsovereenkomst heeft dat niet meer van doen.’* Daarom kon de procedure volgens de rechter onvoldoende bijdragen aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst.

Een beschikking in lijn hiermee werd op 11 januari 2011 gewezen door de Rechtbank Arnhem¹². In die zaak ging het om medische aansprakelijkheid. In een bodemprocedure was de vordering van de benadeelde om voor recht te verklaren dat de huisartsenpost waar hij zich gemeld had met hartklachten onzorgvuldig jegens hem had gehandeld door te laat, althans later dan nodig, hulp te bieden toegewezen. Partijen konden echter geen overeenstemming bereiken over de schadeomvang, waarna benadeelde de rechtbank in een deelgeschil verzocht daarover te beslissen. De rechtbank gaat vervolgens in op de reikwijdte van de deelgeschillenprocedure. Interessant is de volgende overweging: *“Het verzoek van [verzoeker] komt erop neer dat de rechtbank de door de huisartsenpost aan hem te vergoeden schade vaststelt op het door hem begrote, maar door de huisartsenpost betwiste bedrag. De omvang van dit geschil komt overeen met dat van het geschil dat na het vonnis van 10 maart 2010 resteert. [verzoeker] verzoekt derhalve in wezen beslechting van het gehele tussen hem en de huisartsenpost nog resterende geschil. Anders gezegd, beslissing van het door [verzoeker] gepresenteerde geschil maakt verder onderhandelen overbodig. Gelet op het voorgaande is in deze omstandigheden geen sprake van een deelgeschil in de zin van artikel 1019w Rv. Het verzoek dient derhalve te worden afgewezen.”*¹³

Dit oordeel lijkt voor discussie vatbaar. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel wordt immers juist benadrukt dat het toepassingsgebied van de deelgeschillenwet ruim is¹⁴. Akkermans en De Groot stellen hierover: *“Dat betekent bijvoorbeeld dat ook een verzoek van een verzekeraar om voor recht te verklaren dat op hem geen aansprakelijkheid rust voor schade van een benadeelde als gevolg van een bepaalde gebeurtenis, als een deelgeschil kan worden aangemerkt, mits er maar omstandigheden zijn die erop duiden dat de onderhandelingen zullen worden beëindigd als het verzoek wordt toegewezen dan wel voortvarend ter hand zullen worden genomen wanneer het verzoek wordt afgewezen.”*¹⁵ Het enkele feit dat het geschil wordt beëindigd door een rechterlijk oordeel in een deelgeschilprocedure, en niet door een vaststellingsovereenkomst, zou naar ons oordeel dan ook niet tot de conclusie moeten leiden dat geen sprake is van een deelgeschil. Ook een negatieve beantwoording van de aansprakelijkheidsvraag leidt immers niet tot een vaststellingsovereenkomst. Partijen zijn echter wel bij dergelijke beschikkingen gebaat, omdat hun geschil daarmee wordt beëindigd. Anders gezegd: door te oordelen dat hier geen sprake is van een deelgeschil zijn partijen, die in deze zaak toch beiden gebaat zouden zijn bij een definitieve schadevaststelling, (nog) verder van huis.

Opmerkelijk vinden wij een beschikking van de Rechtbank Rotterdam van 23 maart 2011¹⁶. Benadeelde was gebeten door een hond en had daardoor letsel opgelopen. De aansprakelijkheidsverzekeraar van de bezitter van de hond had aansprakelijkheid erkend en een bedrag aan schadevergoeding betaald. Benadeelde vorderde veroordeling van de aansprakelijke partij en diens verzekeraar tot betaling van een aanvullend bedrag aan schadevergoeding, dat samenhang met de aanpassing van haar badkamer. De verzekeraar stelde dat zij al meer had vergoed dan waar benadeelde recht op had en deed onder andere het tegenverzoek, om voor recht te verklaren dat zij niets meer aan benadeelde verschuldigd was. De rechtbank wijst het tegenverzoek af. Opvallend is daarbij de overweging: *“Bovendien valt niet in te zien hoe de verzochte verklaring voor recht kan bijdragen aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst. Immers, indien voor recht verklaard zou worden dat [verweerder sub 1] en [verzekeraar] niets meer aan [verzoekster] verschuldigd zijn – en de schade dus reeds volledig vergoed zou zijn – bestaat er voor [verzoekster] geen reden om een vaststellingsovereenkomst te sluiten. Anders gezegd, toewijzing van de verzochte verklaring voor recht maakt verder onderhandelen en het sluiten van een vaststellingsovereenkomst overbodig.”*¹⁷

Deze overwegingen komen ons onjuist voor. Het ligt voor de hand dat een vaststellingsovereenkomst overbodig is, indien de rechter oordeelt dat de schade volledig is vergoed of dat er geen aansprakelijkheid bestaat. Als dat enkele feit tot de conclusie zou moeten leiden dat geen sprake is van een deelgeschil, wordt de deelgeschilprocedure feitelijk een wassen neus: er zou dan immers slechts sprake zijn van een deelgeschil indien het geschil niet door het voeren van een deelgeschilprocedure zou kunnen worden beëindigd, en verder onderhandelen op basis van de deelgeschilbeschikking per definitie noodzakelijk is.

Ook in een aan de Kantonrechter Maastricht¹⁸ voorgelegde zaak oordeelde de rechter dat van een deelgeschil geen sprake was. Benadeelde was uitgegleden in de wasstraat van verweerder, waarna de verzekeraar van verweerder aansprakelijkheid had erkend. Ook in deze zaak was er kennelijk discussie over de schadeomvang, nu benadeelde de rechter verzocht om verweerder bij vonnis te veroordelen tot het betalen van een bepaald bedrag aan schadevergoeding. Verweerder verweerde zich onder meer met de stelling dat geen sprake was van een deelgeschil. Reeds omdat het verzoek van benadeelde was geformuleerd als petitum in een bodemprocedure, oordeelde de kantonrechter dat geen sprake was van een deelgeschil. Daar kwam, aldus de kantonrechter, nog bij dat een beoordeling van alle tijdens de mondelinge behandeling gebleken debatpunten ertoe zou leiden dat de procedure feitelijk het karakter zou krijgen van een bodemprocedure, hetgeen niet past bij de ratio en het doel van de deelgeschilprocedure. Weliswaar kunnen in een deelgeschilprocedure meerdere deelgeschillen aan de rechter worden voorgelegd, maar niet alle deelgeschillen. Daarbij speelt, aldus nog steeds de kantonrechter, een rol dat tegen de beslissing in een deelgeschilprocedure in beginsel geen

hoger beroep openstaat en dat de kantonrechter gelet op het principiële en verstrekkende karakter van enkele van de geschilpunten niet valt te verwachten dat een beslissing op het verzochte tot een succesvolle totstandkoming van een buitengerechtelijke regeling zal leiden.

Deze beschikking komt ons juist voor dan de hiervoor besproken beschikking van de Rechtbank Arnhem.

Immers, er worden zoveel geschilpunten voorgelegd dat feitelijk sprake is van een bodemprocedure, kan moeilijk worden volgehouden dat sprake is van een deelgeschil. Een soortgelijke uitspraak is gewezen door de Rechtbank Breda op 2 mei 2011¹⁹.

Deelgeschilprocedure is prematuur

Dat partijen eerst verdere stappen dienen te zetten in het buitengerechtelijke traject, kan ook een reden zijn om te oordelen dat van een deelgeschil (nog) geen sprake is. In een aan de Rechtbank Den Haag²⁰ voorgelegde zaak werden meerdere geschilpunten aan de rechtbank voorgelegd met betrekking tot een verkeersongeval waarbij de dochter van verzoekers gewond was geraakt. Er werd een fors bedrag aan schadevergoeding gevorderd, dat was opgebouwd uit diverse schadeposten. Voor beoordeling van deze schadeposten zou nader medisch onderzoek noodzakelijk zijn. Nu door de verzekeraar reeds een arbeidsdeskundige was ingeschakeld, wiens bevindingen mede bepalend zouden zijn voor de vraag of bepaalde schadeposten voor vergoeding in aanmerking zouden komen, en behalve de aan de rechtbank voorgelegde geschilpunten nog meer geschilpunten partijen verdeeld hielden, oordeelde de rechtbank dat er buiten rechte eerst nog verdere stappen gezet dienden te worden alvorens de rechtbank als deelgeschillenrechter zou kunnen worden aangezocht. De verzoeken werden daarom op grond van art. 1019z Rv afgewezen.

Ook de Rechtbank Maastricht oordeelde in een aan haar voorgelegde zaak²¹ dat, voordat de door benadeelde verzochte beslissing dat hij had voldaan aan zijn schadebeperkingsplicht kon worden beoordeeld, eerst aan de orde moest komen of sprake was van ongevalgerelateerde arbeidsongeschiktheid. Nu laatstgenoemde vraag niet door benadeelde in het deelgeschil aan de orde was gesteld, beoordeelde de rechtbank het wel voorgelegde verzoek als prematuur²².

Verhouding deelgeschilprocedure tot voorlopig deskundigenbericht

Wat in de parlementaire geschiedenis niet is uitgekristalliseerd, is de vraag hoe de deelgeschilprocedure zich verhoudt tot de verzoekschriftprocedure tot het houden van een voorlopig deskundigenbericht. In de memorie van toelichting²³ wordt aangegeven dat de deelgeschilprocedure een extra mogelijkheid biedt om de rechter te raadplegen. Deze extra mogelijkheid staat niet in de weg aan de mogelijkheid de vordering alsnog aan de rechter voor te leggen in een bodemprocedure. Op het voorstel van het Verbond van Verzekeraars en de Stichting Personenschade Instituut van Verzekeraars om de deelgeschilprocedure

duidelijk gescheiden te houden van de overige procesgangen, zoals het voorlopig deskundigenonderzoek, is in de memorie van toelichting geantwoord: *“Het raadplegen van vele getuigen en deskundigen zal zich in het algemeen niet goed verdragen met de aard van deze procedure, gezien de tijd die daarmee gepaard kan gaan. Maar niet uit te sluiten valt dat zoiets in bijzondere gevallen toch zinvol kan zijn.”*

Nu Art. 202 e.v. Rv een specifieke regeling bevat voor het voorlopig deskundigenbericht, is het de vraag of een verzoek tot het benoemen van een deskundige kan worden gedaan in een deelgeschilprocedure. Gesteld zou kunnen worden dat het gelasten van een deskundigenbericht niet behelst het *“beslissen over een geschil omtrent of in verband met een deel van hetgeen ter zake tussen partijen rechtens geldt en waarvan de beëindiging kan bijdragen aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst”*. Bovendien is het – de tijd die doorgaans met een dergelijk onderzoek gemoeid is – nog maar de vraag of het doorlopen van een deskundigenbericht zich verdraagt met de aard van de deelgeschilprocedure, gezien.

Deze vraag is tot op heden niet eenduidig in de rechtspraak beantwoord. De Kantonrechter Eindhoven²⁴ bepaalde in een in ons artikel in PIV-Bulletin 2011, 1 besproken beschikking wel dat en door welke persoon deskundigenonderzoek diende plaats te vinden, maar liet de invulling verder aan partijen over. Uit een beschikking van de Rechtbank Utrecht van 23 maart 2011²⁵ volgt dat benadeelde kennelijk in een deelgeschilprocedure een verzoek tot het benoemen van een deskundige had neergelegd. Partijen kwamen tijdens de mondelinge behandeling overeen dat dit verzoek werd omgezet tot een verzoek dat ertoe strekt een voorlopig deskundigenbericht te bevelen. De rechter volgde dat verzoek, en sprak derhalve geen beslissing over de kosten in de zin van art. 1019aa Rv uit.

In een zaak die aan de Rechtbank Rotterdam werd voorgelegd²⁶ ging het om een benadeelde, die stelde dat hij schade had geleden door het ten onrechte voorschrijven van bepaalde oogdruppels door een oogziekenhuis. Er waren reeds meerdere deskundigenrapporten opgesteld. In de deelgeschilprocedure lag onder andere de vraag voor te beslissen dat deze rapporten als uitgangspunt dienden te gelden bij de verdere onderhandelingen, en dat aan deze rapporten de conclusie moest worden verbonden dat het oogziekenhuis aansprakelijk was. Nadat de rechtbank had overwogen dat deze vragen zich op zichzelf lenen voor beantwoording in een deelgeschilprocedure – ook als de onderhandelingen tussen partijen nog niet op gang zijn gekomen – ging de rechtbank inhoudelijk op de rapporten in. De rechtbank concludeerde dat voor beantwoording van de aansprakelijkheidsvraag nader deskundigenonderzoek noodzakelijk was. Daarover overweegt de rechtbank: *“Het subsidiaire verzoek tot het gelasten van een nader deskundigenonderzoek zou op zichzelf wellicht toewijsbaar zijn als [eiser] daartoe meer concrete stellingen had betrokken. Daarvan is echter geen sprake: er zijn geen vragen voorgesteld en geen namen genoemd. Voorts heeft de recht-*

> bank in aanmerking genomen dat in het kader van dit deelgeschil geen volledig debat tussen partijen over een te gelasten deskundigenonderzoek heeft plaatsgevonden, zodat het overleg daarover nog vrijwel geheel moet beginnen. Daardoor weegt naar het oordeel van de rechtbank de investering in tijd, geld en moeite die met de beslissing op dit deelgeschil gepaard zou gaan, niet op tegen het (thans bekende) belang van de vordering en de bijdrage die een beslissing aan de totstandkoming van een minnelijke regeling kan leveren. Van betekenis daarbij is dat door de benodigde instructie van een snelle beslissing geen sprake zal kunnen zijn. De rechtbank geeft partijen echter in overweging zelf te komen tot een deskundigenbericht dat aan voornoemde eisen voldoet.²²⁷

De rechtbank wijst het (subsidiare) verzoek dan ook af. In een verkeerszaak oordeelde de Rechtbank Rotterdam op 1 juni 2011: 'Daarbij komt dat de rechtbank met betrekking tot het (deel)verzoek tot het gelasten van een deskundigenonderzoek van oordeel is dat dit verzoek het bereik van de deelgeschilprocedure te buiten gaat. Daarbij heeft de rechtbank in aanmerking genomen dat voor de behandeling van een dergelijk verzoek een passend procesrechtelijk instrument in de vorm van een voorlopig deskundigenbericht bestaat.'^{228 29}

In een beschikking van de Rechtbank Amsterdam³⁰ wordt wel een deskundige benoemd, waarbij dezelfde procedure wordt gehanteerd als bij het voorlopig deskundigenbericht: de vraagstelling wordt vastgesteld, de verzekeraar dient een voorschot te doen, de beschikking bevat overwegingen met betrekking tot de opmerkingen- en verzoekenronde en de deskundige dient zijn rapport uiterlijk drie maanden nadat hij van de griffier bericht heeft gekregen dat hij met zijn onderzoek kan aanvangen in te leveren bij de griffie.

Conclusie met betrekking tot toepassingsbereik

In ons artikel in PIV-Bulletin 2011, 1 concludeerden wij aan de hand van de in het eerste half jaar na inwerking-treding van de deelgeschillenwet gewezen beschikkingen voorzichtig dat de deelgeschillenrechter niet snel oordeelt dat een beslissing over het deelgeschil niet kan bijdragen aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst. Deze conclusie verdient aan de hand van de nadien gewezen beschikking bijstelling. Opvallend is dat de rechter in een behoorlijk aantal van de na ons laatste artikel gepubliceerde beschikkingen concludeert dat geen sprake is van een deelgeschil en/of het verzoek afwijst omdat de investering in tijd, geld en moeite niet opweegt tegen de verwachte bijdrage aan een vaststellingsovereenkomst. Hoewel het toepassingsbereik van de deelgeschilprocedure ruim is, volgt uit deze beschikkingen dat de rechter niet te snel wil aannemen dat van een deelgeschil sprake is. Op formele gronden verweer voeren tegen het verzoek kan dus wel degelijk zinvol zijn. Enerzijds lijkt ons dit een goede ontwikkeling. De deelgeschilprocedure zou zijn doel (het op eenvoudige en snelle wijze doorhakken van knopen door de rechter) voorbij schieten, indien ook complexe zaken, waarin bijvoorbeeld nadere bewijsvoering door middel van een deskundigenbericht noodzakelijk

is, door de deelgeschillenrechter zouden worden beslecht. Bovendien achten wij het niet redelijk de kosten die voor een benadeelde aan het voeren van een deelgeschilprocedure conform art. 6:96 BW voor rekening van de aansprakelijk partij te brengen, indien feitelijk sprake is van een bodemprocedure. De regeling van art. 1019aa Rv beoogt immers de positie van de benadeelde in het buitengerechtelijke traject te versterken, en niet om een bodemprocedure te faciliteren. Anderzijds is het evenzeer zonde van tijd, geld en moeite indien, nadat beide partijen hun standpunt schriftelijk kenbaar hebben gemaakt en een mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden, geoordeeld wordt dat geen sprake is van een deelgeschil. Partijen zijn dan immers geen stap verder gekomen. Wel kan de deelgeschillenrechter, ondanks dat hij geen knopen doorhakt, partijen een fingerwijzing geven voor de verdere aanpak van de zaak buiten rechte³¹. Doet de rechter dit, dan hebben partijen in elk geval niet helemaal voor niets tijd, geld en moeite in de deelgeschilprocedure gestoken. De rechter moet naar onze mening daarom niet al te snel oordelen dat geen sprake is van een deelgeschil. Dit past ook bij de functie van de deelgeschillenrechter als regierechter³². Soms maken rechters ook gebruik van deze regiefunctie door in een afwijzende beschikking wel fingerwijzingen te geven voor het verdere onderhandelingstraject. Een voorbeeld daarvan is de al eerder genoemde beschikking van de Rechtbank Rotterdam waarin zij meent dat geen sprake is van een deelgeschil maar wel erop wijst dat een deskundigenbericht voor de verdere afwikkeling van de schade in de rede ligt.

Onderwerpen deelgeschilprocedures

Causaliteitsvraag; betwisting gebondenheid aan deskundigenrapport

In de sinds ons laatste artikel gepubliceerde beschikkingen waarin het verzoek niet is afgewezen omdat van een deelgeschil geen sprake is, passeren de volgende onderwerpen de revue.

Indien de volledige causaliteitsvraag tussen de gestelde klachten en het ongeval wordt voorgelegd lijkt de deelgeschillenrechter terughoudend te zijn. Wij verwijzen bijvoorbeeld naar de hiervoor genoemde beschikkingen van de Rechtbank Haarlem (delta v discussie)³³ en een uitspraak van de Rechtbank Breda van 2 mei 2011³⁴. In laatstgenoemde zaak oordeelt de rechtbank dat verzoeker onvoldoende heeft onderbouwd dat sprake is van causaal verband tussen klachten en ongeval, omdat geen van de ingeschakelde deskundigen heeft geconstateerd dat sprake is van klachten die reëel, niet ingebeeld, niet voorgewend en niet overdreven zijn³⁵.

In een aantal beschikkingen is de uitleg van en/of gebondenheid aan een expertiserapport (en de daaraan vaak verbonden causaliteitsvraag) aan de orde³⁶. Die vraag die evenzeer gaat over het causaal verband tussen klachten en ongeval beantwoordt de deelgeschillenrechter wel. Duidelijk is dat de vragen of partijen gebonden zijn aan een deskundigenrapport en welke conclusies aan een deskundigenrapport moeten worden verbonden regelmatig een bron van discussie tussen benadeelde en

verzekeraar zijn. 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 daartoe goede redenen te zijn. De Rechtbank Amsterdam³⁷ overweegt: *“Van de partij die een deskundigenbericht bekritiseert, mag verlangd worden dat hij zijn stellingen deugdelijk onderbouwt, bijvoorbeeld door een rapport van een andere deskundige in het geding te brengen, waarin de conclusies van de door de rechtbank benoemde deskundige op overtuigende wijze worden weersproken. In dat geval zullen er zwaarwegende en steekhoudende bezwaren aangaande de wijze van totstandkoming of de inhoud van het deskundigenbericht moeten zijn, wil de rechtbank besluiten dat zij een dergelijk bericht naast zich neerlegt.”*³⁸ Hieruit valt af te leiden dat het bekritisieren van een deskundigenrapport aan de hand van de eigen medisch adviseur doorgaans niet voldoende zal zijn. De partij die een rapport wenst te bekritisieren, doet er beter aan om het rapport (geanonimiseerd, dan wel met toestemming van de benadeelde) voor te leggen aan een andere deskundige, die als het ware een second opinion verwoordt. Indien ten overstaan van de rechter een discussie wordt gevoerd over medische aspecten, kan het bovendien aanbeveling verdienen om de medisch adviseur mee te nemen naar de zitting. Een andere mogelijkheid is het oproepen van de deskundige ter zitting. Aan de deskundige kunnen zowel de rechter als partijen dan om nadere uitleg van zijn rapport vragen. Een zaak waarin een verzekeraar de conclusies van een tezamen met de benadeelde benoemde arbeidsdeskundige aanvocht werd door de Rechtbank Amsterdam beoordeeld op 20 januari 2011³⁹. Vrijwel uitsluitend op basis van het verhaal van de benadeelde had de arbeidsdeskundige geoordeeld dat hij vanwege beperkingen niet meer dan zes uur per dag kon werken. Terecht doorstond dit oordeel niet de toets der kritiek van de rechtbank. Het rapport kon naar het oordeel van de rechtbank niet tot uitgangspunt van de verdere schadeafwikkeling dienen.

Voorschotten

Nadere bevoorschotting is vaak het onderwerp van een deelgeschil. Dat dit bij deelgeschil kan worden gevraagd blijkt ook uit de parlementaire geschiedenis die dit uitdrukkelijk noemt⁴⁰. In dat opzicht is de uitspraak van de Rechtbank Roermond van 9 februari 2011 een vreemde eend in de bijt⁴¹. Aangezien de vordering uitdrukkelijk is beperkt tot een voorschot meent de deelgeschillenrechter dat het in het geheel niet kan bijdragen aan de totstandkoming van de vaststellingsovereenkomst. De redengeving is dat het verstrekken van een voorschot geen einde zou maken aan diepgaande meningsverschillen tussen partijen over onder meer het causaal verband tussen het ongeval en de klachten, welk meningsverschil klaarblijkelijk in de weg staat aan de (verdere) buitengerechtelijke onderhandelingen. Onze indruk is dat het oordeel van de rechter vooral is ingegeven door het feit dat genoemd causaal verband tussen ongeval en klachten nog in het geheel niet vaststaat. Het lijkt zuiverder te zijn geweest als de vordering op die grond was afgewezen.

Overige onderwerpen

Ook de aansprakelijkheidsvraag is regelmatig aan de orde in de deelgeschilprocedure⁴². Zoals blijkt uit de beschikkingen waarin het toepassingsbereik van de deelgeschilprocedure aan de orde komt, gaat de rechter minder snel tot beantwoording van de aansprakelijkheidsvraag over, indien daarvoor bewijsvoering is vereist. Ook vaststelling van de schadeomvang is regelmatig in deelgeschilprocedures aan de orde⁴³.

Tot slot oordeelde de Rechtbank Rotterdam op 6 april 2011⁴⁴ – samen met een zaak die aan de Rechtbank Amsterdam⁴⁵ werd voorgelegd de enige zaak waarin de verzekeraar de verzoekende partij is – over de uitleg van een vaststellingsovereenkomst.

Kosten van de deelgeschilprocedure

Geen deelgeschil, wel vergoeding van de kosten?

De met het deelgeschil gemoeide kosten van de benadeelde dienen als buitengerechtelijke kosten door de aansprakelijke partij te worden betaald, waarbij voldaan dient te zijn aan de dubbele redelijkheidstoets. Art. 1019aa lid 1 Rv bepaalt: *“De rechter begroot de kosten bij de behandeling van het verzoek aan de zijde van de persoon die schade door dood of letsel lijdt in de beschikking en neemt daarbij alle redelijke kosten als bedoeld in art. 6:96, tweede lid van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek in aanmerking.”*

Vermeldenswaard is dat in PIV-Overeenkomst buitengerechtelijke kosten die zal gelden van 1 juli 2011 tot 1 januari 2014 aparte aandacht wordt besteed aan de kosten van een deelgeschil. In art. 2.2 worden als bijkomende kosten genoemd: *“i. de door de belangenbehartiger gemaakte kosten, die door de rechter zijn vastgesteld in het kader van een door partijen gevoerde deelgeschilprocedure.”* Deze kosten zullen dus buiten de staffel worden vergoed. Indien de benadeelde volstrekt onnodig of volstrekt ten onrechte een deelgeschilprocedure aanhangig heeft gemaakt komen deze kosten ingevolge de parlementaire geschiedenis niet voor vergoeding in aanmerking⁴⁶. Uit de tot op heden gewezen deelgeschilbeschikkingen blijkt dat verschillende rechters verschillend omgaan met de vraag of de kosten van de benadeelde voor vergoeding in aanmerking komen, indien de conclusie luidt dat geen ruimte is voor behandeling van het verzoek in een deelgeschilprocedure.

In de hiervoor al besproken beschikking van de Rechtbank Arnhem⁴⁷ oordeelt de rechtbank dat vergoeding van de kosten van de benadeelde achterwege blijft, omdat geen sprake is van een deelgeschil. Volgens de rechtbank lag deze beslissing *“zo voor de hand dat het indienen van het verzoek als volstrekt onnodig dient te worden beoordeeld”*. Deze overweging van de rechtbank achten wij niet zonder meer juist. Het lijkt de vraag of de beslissing van de rechtbank zó voor de hand lag, dat het indienen van het verzoek volstrekt onnodig was. Uit de parlementaire geschiedenis volgt in elk geval niet dat geen sprake is van een deelgeschil, indien na de beslissing in de deelgeschilprocedure verder onderhandelen overbodig is. Ook op een beschikking van de Rechtbank Maastricht⁴⁸ valt naar onze

- > mening één en ander af te dingen: in die zaak begrootte de rechtbank de kosten op nihil, (reeds) omdat verzoeker niet-ontvankelijk was verklaard in zijn verzoek.

In de beslissing van de Kantonrechter Maastricht⁴⁹ werd geoordeeld dat de kosten 'niet in redelijkheid zijn gemaakt.' In die hiervoor al besproken zaak presenteerde benadeelde feitelijk een bodemprocedure als deelgeschil. Kennelijk vond de kantonrechter dat dit deelgeschil 'volstrekt onnodig of volstrekt ten onrechte' aanhangig was gemaakt.

Andere rechtbanken zijn milder voor de benadeelde die (achteraf gezien) ten onrechte een deelgeschilprocedure entameert. Zo oordeelt de Rechtbank Den Haag⁵⁰: *"Uit de parlementaire geschiedenis bij artikel 1019aa Rv volgt dat ook als het verzoek op grond van art. 1019z Rv wordt afgewezen, de rechtbank de kosten van de procedure dient begroten en dat deze situatie alleen dan anders is indien de deelgeschilprocedure volstrekt onnodig of onterecht is ingesteld. Van deze laatste situatie is in dit geval echter geen sprake. Redengevend daarvoor is dat de Wet Deelgeschillen geen concrete aanknopingspunten bevat voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een deelgeschil en de parlementaire geschiedenis het begrip zeer ruim uitlegt, maar de concrete invulling van dat begrip aan de rechtspraak is overgelaten. Gelet op de betrekkelijk korte tijd dat de Wet Deelgeschillen in werking is, is van een vaste lijn in de rechtspraak over het begrip deelgeschil geen sprake. Tegen deze achtergrond kan, anders dan de provincie en de gemeente kennelijk betogen, het door [verzoeker] ingediende verzoekschrift niet bij voorbaat als volstrekt onnodig of kansloos worden beschouwd."*^{51 52}

Deze benadering lijkt ons juister dan de benadering van de Rechtbank Arnhem. Behoudens evident kansloze, onnodige of ten onrechte ingediende verzoeken past het wat ons betreft bij de versterking van de positie van de benadeelde om kostenbegroting van de kosten van de belangenbehartiger niet te snel achterwege te laten. Er zijn ook rechters die er geen woorden aan wijden, en de kosten conform art. 1019aa Rv begroten, ook als van een deelgeschil geen sprake is, of het verzoek wegens een wanverhouding tussen tijd, geld en moeite enerzijds en de verwachte bijdrage aan een vaststellingsovereenkomst anderzijds wordt afgewezen⁵³.

Dubbele redelijkheidstoets

Begroting kosten zonder vaststaande aansprakelijkheid

De kosten van de persoon die schade lijdt door dood of letsel worden conform art. 6:96 BW vergoed, zo bepaalt art. 1019aa Rv. De aansprakelijkheid moet dan wel vaststaan, en de vergoedingsplicht wordt verminderd indien sprake is van een percentage eigen schuld.

Ook indien de verzoekende partij zich tot de deelgeschillenrechter wendt met een vraag over schulddeling, en de rechter oordeelt dat van een deelgeschilprocedure geen sprake is, begroot de rechter de kosten. Wij wijzen onder andere op beschikkingen van de Rechtbanken Arnhem, Den Haag en Rotterdam^{54 55}. Het valt ons op dat de rechter daarbij niet overweegt dat deze kosten niet voor vergoe-

ding in aanmerking komen, indien aansprakelijkheid niet komt vast te staan. Wellicht is dit, ook voor de rechter, zo evident dat daaraan geen overwegingen worden gewijd; het lijkt ons echter wel een aandachtspunt voor partijen. De kosten komen immers pas daadwerkelijk voor vergoeding in aanmerking indien aansprakelijkheid komt vast te staan.

Omvang van de kosten

Uit de diverse beschikkingen blijkt dat verschillende rechters verschillend omgaan met de vraag naar de redelijkheid van de door de benadeelde gestelde kosten. Het laagst gehanteerde uurtarief is € 200 per uur exclusief BTW⁵⁶, het hoogst gehanteerde uurtarief € 294⁵⁷. Verschillende overwegingen spelen daarbij een rol. Zo overweegt de Rechtbank Arnhem in een beschikking van 7 februari 2011⁵⁸ (slechts) dat het gevorderde uurtarief van € 210 de rechtbank 'niet bovenmatig voorkomt'. In dezelfde lijn motiveren de meeste rechters hun beslissing over het uurtarief en/of het gevorderde bedrag⁵⁹. Opvallend daarbij is dat dezelfde advocaat van verschillende rechters een ander oordeel over zijn of haar uurtarief kan krijgen. Zo acht de Kantonrechter Haarlem⁶⁰ een uurtarief van € 200 redelijk, terwijl voor dezelfde advocaat door de Rechtbank Den Haag € 250 als redelijk wordt gezien.⁶¹ In een zaak die aan de Rechtbank Alkmaar⁶² werd voorgelegd werd 28,55 uren tegen een uurtarief van € 378,30 gevorderd, hetgeen neerkomt op ruim € 10.800. De rechtbank wees een bedrag van € 4005 toe. Door dezelfde advocaat is in een andere procedure kennelijk € 2328 in rekening gebracht, hetgeen redelijk wordt geacht⁶³.

In een beschikking van 9 februari 2011 motiveert de Rechtbank Utrecht het begrote uurtarief door aan te sluiten bij het 'curatorentarief', vermenigvuldigd met factor 1,5 wegens de complexiteit van de zaak⁶⁴. Andere rechters verwijzen naar de ASP-criteria; zowel in voor benadeelde positieve als negatieve zin⁶⁵. Diverse rechters begroten de kosten in het geheel niet aan de hand van een uurtarief, maar nemen een 'all-in' bedrag ter begroting van de kosten⁶⁶. Hoewel het uiteraard van de aard van de zaak kan afhangen hoeveel uren er gemoeid zijn met het voeren van een deelgeschilprocedure, is tot slot opvallend dat het aantal begrote uren sterk uiteenloopt⁶⁷.

Conclusie

Ook met de na ons laatste artikel over de deelgeschilprocedure gepubliceerde beschikkingen blijft hiermee het beeld bestaan dat er geen eenduidige beslissingen worden genomen over de kosten van de deelgeschilprocedure. Dit is niet bevorderlijk voor de transparantie van de met een deelgeschilprocedure gemoeide kosten. Bovendien is het wat ons betreft ook niet wenselijk dat het afhankelijk is van de rechter die men treft, welk uurtarief en welk aantal uren redelijk wordt bevonden. Wij benadrukken nogmaals dat het ons zinvol lijkt de kosten die gemoeid zijn met het voeren van een deelgeschilprocedure te standaardiseren.

Wordt het beoogde doel behaald?

In ons artikel in PIV-Bulletin 2011, 1 concludeerden wij

dat uit de tot op dat moment verschenen beschikkingen volgende dat de rechter vrij snel een knoop kan doorhakken in geschillen die partijen al langere tijd verdeeld houden. De deelgeschilprocedure is daarmee een nieuw instrument om de schaderegeling vlot te trekken. Met de sindsdien verschenen beschikkingen wordt dit beeld gedeeltelijk bevestigd. Zo kan de vraag of partijen gebonden zijn aan een deskundigenrapport – een vraag die, zo is ook onze ervaring, in het buitengerechtelijke traject tot lange discussies kan leiden – door de deelgeschillenrechter snel worden beantwoord, waarna partijen de schaderegeling verder kunnen oppakken. Zoals gezegd is het voor degene die gebondenheid aan een bepaald rapport betwist, daarbij van groot belang om de rechter zo gemotiveerd en concreet mogelijk te informeren over de bezwaren die er tegen het deskundigenrapport bestaan. Dat de rechter bewaakt dat de met de deelgeschilprocedure gemoeide tijd, moeite en kosten opwegen tegen de verwachte bijdrage aan een minnelijke regeling, blijkt wel uit het relatief grote aantal beschikkingen waarin geoordeeld wordt dat van een deelgeschil geen sprake is. Opvallend is dat verschillende rechters daarbij anders omgaan met de vraag voor wiens rekening de met de procedure gemoeide kosten komen. Enerzijds is het wat ons betreft een goede ontwikkeling dat de rechter kritisch toetst of van een deelgeschil sprake is. Oneigenlijk gebruik van de deelgeschilprocedure wordt

op deze wijze voorkomen en hiermee wordt vastgehouden aan het doel van de deelgeschilprocedure: een eenvoudige en snelle toegang tot de rechter. Anderzijds is het evenzeer zonde van de tijd, moeite en kosten die partijen aan het voeren van een deelgeschilprocedure besteden, indien die procedure eindigt met het oordeel dat van een deelgeschil geen sprake is. Oplossing hiervoor zou kunnen zijn het verwijzen van de zaak naar de bodemrechter, of het geven van instructies aan partijen.

Met de in dit artikel besproken beschikkingen wordt eens te meer duidelijk dat verschillende rechters verschillend oordelen over de redelijkheid van de kosten. Naar ons oordeel zou het de transparantie en eenduidigheid ten goede komen indien de kosten, gemoeid met het voeren van een deelgeschilprocedure, worden gestandaardiseerd.

Tot slot valt ons op dat verzekeraars nog weinig gebruik hebben gemaakt van de deelgeschilprocedure: slechts in twee zaken was de verzekeraar de verzoekende partij. Dat is jammer. Bijvoorbeeld bij vragen rond de substantiëring van de vordering en schending van de schadebeperkingsplicht kan het deelgeschil voor de verzekeraar goede diensten bewijzen.

Wij blijven de verdere ontwikkelingen op de voet volgen, en informeren u begin 2012 wederom over de stand van zaken.

¹ Tot en met 26 april 2011.

² Rb. Arnhem 2 mei 2011, LJN BQ3863.

³ Rb. Arnhem 8 juni 2011, (gepubliceerd op www.stichtingpiv.nl).

⁴ Rb. Den Haag 4 mei 2011, LJN BQ6068.

⁵ Rb. Den Haag 22 december 2010, LJN BO9396.

⁶ Zie bijv. Ktg. Rotterdam 6 oktober 2010, LJN BN9805.

⁷ Rb. Arnhem 7 februari 2011, LJN BP5963.

⁸ Rb. Den Haag 11 februari 2011, LJN BP5391 en LJN BP5395, Rb. Den Haag 30 maart 2011, LJN BQ0359.

⁹ Rb. Maastricht 24 mei 2011, www.stichtingpiv.nl.

¹⁰ Rb. Haarlem 12 mei 2011, LJN BQ4765.

¹¹ Rb. Rotterdam 1 juni 2011, www.stichtingpiv.nl.

¹² Rb. Arnhem 11 januari 2011, LJN BP5033. Naar wij aannemen ten onrechte wordt op www.rechtspraak.nl vermeld dat deze beschikking afkomstig is van de voorzieningenrechter.

¹³ Rov. 2.9.

¹⁴ Zie bijv. Kamerstukken II 2008/09, 31 518, nr. 3, p. 16.

¹⁵ A.J. Akkermans en G. de Groot, 'De deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade: nieuwe verantwoordelijkheid voor de rechter en voor partijen', TVP 2010/3, p. 29/36.

¹⁶ Rb. Rotterdam 23 maart 2011, LJN BP8824.

¹⁷ Rov. 4.8.

¹⁸ Rb. Maastricht, sector kanton 12 januari 2011, LJN BP2143.

¹⁹ Rb. Breda 2 mei 2011, LJN BQ3226.

²⁰ Rb. Den Haag 28 februari 2011, gepubliceerd op www.stichtingpiv.nl

²¹ Rb. Maastricht 16 februari 2011, LJN BP4792.

²² Vergelijk ook Rb. Arnhem 18 april 2011, www.stichtingpiv.nl

²³ MvT Kamerstukken II 2007/2008, 31 518, nr. 3.

²⁴ Ktg. Eindhoven 23 december 2010, LJN BO9650.

²⁵ Rb. Utrecht 23 maart 2011, nog niet gepubliceerd.

²⁶ Rb. Rotterdam 13 april 2011, LJN BQ1123.

²⁷ Rov. 4.13.

²⁸ Rb. Rotterdam 1 juni 2011, www.stichtingpiv.nl.

²⁹ Zie voor een soortgelijk oordeel Rb. Breda 2 mei 2011, LJN BQ3210.

³⁰ Rb. Amsterdam 23 december 2010, LJN BP1581.

³¹ De Rb. Den Haag geeft zo'n fingerwijzing in haar beschikking van 28 februari 2011 (gepubliceerd op www.stichtingpiv.nl). Zie ook Rb. Rotterdam 23 maart 2011, LJN BP8824, waarin de rechtbank een globaal oordeel over de schadeposten uitspreekt.

³² Zie Akkermans en De Groot a.w. TVP 2010, p. 34-35.

³³ Rb. Haarlem 12 mei 2011, LJN BQ4765.

³⁴ Rb. Breda 2 mei 2011, LJN BQ3210.

³⁵ Zie ook Rb. Breda 2 mei 2011, LJN BQ3226.

³⁶ Rb. Amsterdam 9 december 2010, LJN BP1580, Rb. Amsterdam 23 december 2010, LJN BP1581, Rb. Haarlem, sector kanton 17 februari 2011, LJN BP5388, Rb. Rotterdam 23 februari 2011, LJN BP5418 en Rb. Rotterdam, sector kanton 8 april 2011, LJN BQ1679.

- > ³⁷ Rb. Amsterdam 23 december 2010, LJN BP1581. Zie ook Rb. Rotterdam, sector kanton 8 april 2011, LJN BQ1679, waarin letterlijk hetzelfde wordt overwogen (rov. 4.6).
- ³⁸ Rov. 4.7.
- ³⁹ Rb. Amsterdam 20 januari 2011, LJN BQ1537.
- ⁴⁰ Kamerstukken II 2008/09, 31 518, nr. 3, p. 16.
- ⁴¹ Rb. Roermond 9 februari 2011, LJN BQ3182.
- ⁴² Rb. Den Haag 22 december 2010, LJN BO9396, Rb. Utrecht 9 februari 2011, LJN BP5568, Rb. Rotterdam 23 maart 2011, LJN BP8827 en Rb. Utrecht 23 maart 2011, LJN BQ0094.
- ⁴³ Rb. Utrecht 9 februari 2011, LJN BP5568 (waarin de rechtbank opvallend hoge bedragen toekent), Rb. Alkmaar 17 februari 2011, LJN BP4916, Rb. Utrecht 23 maart 2011, LJN BQ0094, Rb. Rotterdam 23 maart 2011, LJN BP8824 en Rb. Rotterdam 20 april 2011, LJN BQ1833.
- ⁴⁴ LJN BQ0244.
- ⁴⁵ Rb. Amsterdam 23 december 2010, LJN BP1581.
- ⁴⁶ Kamerstukken II 2008/09, 31 518, nr. 3, p. 12.
- ⁴⁷ Rb. Arnhem 11 januari 2011, LJN BP5033.
- ⁴⁸ Rb. Maastricht 16 februari 2011, LJN BP4792.
- ⁴⁹ Rb. Maastricht, sector kanton 12 januari 2011, LJN BP2143.
- ⁵⁰ Rb. Den Haag 11 februari 2011 LJN BP5391 en LJN BP5395.
- ⁵¹ Rov. 4.6. Zie in gelijke zin Rb. Den Haag 28 februari 2011 en Rb. Haarlem 8 juni 2011, beiden gepubliceerd op www.stichtingpiv.nl en Rb. Rotterdam 13 april 2011, LJN BQ1123. Vgl. ook Rb. Arnhem 18 april 2011, www.stichtingpiv.nl.
- ⁵² Zie ook Rb. Rotterdam 1 juni 2011, www.stichtingpiv.nl
- ⁵³ Zie Rb. Rotterdam 23 maart 2011, LJN BP8824 en Rb. Den Haag 30 maart 2011, LJN BQ0359.
- ⁵⁴ Rb. Arnhem 7 februari 2011, LJN BP5963.
- ⁵⁵ Rb. Den Haag 11 februari 2011, LJN BP5391 en LJN BP5395, Rb. Den Haag 30 maart 2011, LJN BQ0359, Rb. Rotterdam 13 april 2011, LJN BQ1123.
- ⁵⁶ Rb. Utrecht 23 maart 2011, LJN BQ0094.
- ⁵⁷ Rb. Amsterdam 23 december 2010, LJN BP1581.
- ⁵⁸ LJN BP5963.
- ⁵⁹ Zie o.a. Rb. Amsterdam 23 december 2010, LJN BP1581, Ktg. Haarlem 17 februari 2011, LJN BP5388, Rb. Utrecht 23 maart 2011, LJN BQ0094, Rb. Den Haag 30 maart 2011, LJN BQ0359, Rb. Rotterdam 6 april 2011, LJN BQ0244, Rb. Arnhem 18 april 2011, www.stichtingpiv.nl.
- ⁶⁰ Ktg. Haarlem 17 februari 2011, LJN BP5388.
- ⁶¹ Rb. Den Haag 30 maart 2011, LJN BQ0359.
- ⁶² Rb. Alkmaar 17 februari 2011, LJN BP4916.
- ⁶³ Rb. Rotterdam 13 april 2011, LJN BQ1123.
- ⁶⁴ LJN BP5568.
- ⁶⁵ Rb. Amsterdam 23 december 2010, LJN BP1581, Rb. Alkmaar 17 februari 2011, LJN BP4916.
- ⁶⁶ Rb. Alkmaar 17 februari 2011, LJN BP4916, Rb. Rotterdam 23 maart 2011, LJN BP8827, Rb. Rotterdam 6 april 2011, LJN BQ0244, Rb. Rotterdam 13 april 2011, LJN BQ1123.
- ⁶⁷ Vgl. bijv. Rb. Amsterdam 23 december 2010, LJN BP1581 (27 uren) en Ktg. Rotterdam 8 april 2011, LJN BQ1679 (12,5 uren).

De zaak Maja Bradaric

Rb. Arnhem 13 april 2011, LJN BQ1757

Na een reeks van tussenvonnissen is dit het eindvonnis in de zaak die de ouders van de op 17 november 2003 vermoorde Maja Bradaric – zo valt af te leiden uit de feiten – aanspanden tegen de moordenaars van hun dochter. Maja werd tijdens een autoritje met ‘vrienden’ door wurging om het leven gebracht, waarna haar lichaam in brand werd gestoken. Haar lichaam was hierdoor dermate verminkt dat identificatie slechts mogelijk was aan de hand van gebitsgegevens.

Centraal in het geschil staat de vraag of de ouders recht hebben op vergoeding van shockschade. De rechtbank had zich daar bij tussenvonnis van 16 april 2008¹ al over uitgelaten: volgens de rechtbank was de conclusie gerechtvaardigd dat de ouders rechtstreeks geconfronteerd waren met de ernstige gevolgen van de moord op hun dochter, al waren zij geen getuige van de moord en hebben zij het lichaam van hun dochter nadien niet gezien: *“Weliswaar zijn [eisers] niet bij de moord aanwezig geweest en hebben zij het lichaam van [de vrouw] ook niet meer gezien, maar dit neemt niet weg dat [eisers] via de media en in het kader van de strafzaak kennis hebben genomen van de gruwelijke omstandigheden waaronder hun dochter is overleden. Tekenend is in dat verband ook dat [eisers] het lichaam van hun dochter juist niet meer konden zien omdat het te ernstig verminkt was.*

De rechtbank acht, al deze omstandigheden tezamen nemend, de conclusie gerechtvaardigd dat [eisers] rechtstreeks zijn geconfronteerd met de ernstige gevolgen van de door gedaagden jegens hun dochter [de vrouw] gepleegde, gruwelijke handelingen, waarbij in aanmerking wordt genomen dat uit het Shockschade-arrest [beter bekend als het Taxibusarrest of in mindere mate het Kindertaxi-arrest, Red.] blijkt dat voor een rechtstreekse confrontatie niet is vereist dat de nabestaanden bij de dodelijke gebeurtenis aanwezig zijn. De rechtbank is verder van oordeel dat aan de mate van rechtstreeksheid van de confrontatie minder strenge eisen dienen te worden gesteld naarmate de normschending ernstiger is. Bij opzettelijke levensberoving met voorbedachten rade op de wijze zoals die hier heeft plaatsgevonden is sprake van een zo ernstige normschending dat geen hoge eisen aan de rechtstreeksheid van de confrontatie kunnen worden gesteld. Aldus moet worden aangenomen dat gedaagden ook jegens de ouders van [de vrouw] onrechtmatig hebben gehandeld.”²

Shockschade

Nabestaanden hebben in zeer beperkte mate recht op schadevergoeding na de dood van een dierbare door een onrechtmatige daad³. De wetgever heeft met de invoering

Mevrouw mr. D. Gouweloos
WIJ Advocaten



van het NBW in 1992 geen vergoeding van immateriële schade voor het verdriet om verwonding of overlijden van anderen (zogenaamde affectieschade) gewild⁴, behalve in het geval de dader handelde met het doel de nabestaande(n) immateriële schade toe te brengen – art. 6:106 lid 1 sub a BW⁵. Op 23 maart 2010 heeft de Eerste Kamer bovendien het Wetsvoorstel Affectieschade verworpen⁶, waarmee vergoeding van affectieschade voorlopig niet aan de orde is, behoudens de hierna te bespreken recente wijziging van de Wet schadefonds geweldsmisdrijven waarin voor nabestaanden van slachtoffers van een geweldsmisdrijf vergoeding van affectieschade mogelijk is gemaakt.

De wetgever heeft wel ruimte geboden voor vergoeding van de schade die optreedt door een ‘shock’ die het gevolg is van het waarnemen van of geconfronteerd worden met (de gevolgen van) een dodelijk ongeval, indien dit heeft geleid tot letsel of een andere aantasting in de persoon⁷. Een dergelijke vordering dient te worden gebaseerd op art. 6:106 lid 1 sub b BW. Blijkens de toelichting op het artikel wordt niet vergoed het verdriet om het overlijden van de derde als zodanig, maar het ‘leed’ als gevolg van het waarnemen van of geconfronteerd worden met het ongeval. Terughoudendheid is daarbij geboden. De parlementaire geschiedenis vermeldt dat alleen in zeer ernstige gevallen shockschadevergoeding kan worden toegekend. Ook dient de kring van gerechtigden niet al te ruim worden getrokken⁸.

In het Taxibusarrest heeft de Hoge Raad de vereisten geformuleerd voor een door nabestaanden met succes in te stellen shockschadevordering⁹:

1. Er moet sprake zijn van letsel of overlijden door de overtreding van een veiligheids- of verkeersnorm¹⁰;

- > 2. de benadeelde ondervindt een shock door waarneming van het ongeval (de moord) of directe confrontatie met de ernstige gevolgen hiervan;
- 3. deze shock moet hebben geleid tot geestelijk letsel;
- 4. en dit geestelijk letsel voldoet aan de criteria van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld.

Het onder 2 genoemde directe confrontatievereiste heeft de Hoge Raad als volgt omschreven: *“Voldoende is dat een rechtstreeks verband bestaat tussen het gevaarzettend handelen enerzijds en het geestelijk letsel dat een derde door de confrontatie met de gevolgen van dit handelen oploopt anderzijds. Deze confrontatie kan ook plaatsvinden (kort) nadat de gebeurtenis die tot de dood of verwonding van een ander heeft geleid, heeft plaatsgevonden”*¹¹. Het confrontatiecriterium moet volgens P.B. Emaus¹² worden beschouwd als het meest essentiële van de vier criteria. *“Bestaansvoorwaarde van de shockschadevordering is immers dat de te vergoeden schade van de derde niet wordt veroorzaakt door verdriet om het letsel of overlijden van het primaire slachtoffer, maar door de directe confrontatie met het ongeval of de ernstige gevolgen daarvan.”*

In de rechtspraak is na het Taxibusarrest het ‘directe confrontatievereiste’ veelvuldig aan de orde gekomen. Daaruit komt het volgende naar voren:

- de enkele confrontatie met het letsel of overlijden is veelal onvoldoende¹³.
- anderzijds is het niet steeds nodig dat de benadeelde zelf bij het ongeval of misdrijf aanwezig was, maar wordt doorgaans wel geëist dat de benadeelde op enigerlei wijze met de fysieke gevolgen van het ongeval of misdrijf is geconfronteerd zoals door het aanschouwen van de plaats van handeling of de confrontatie met (het stoffelijk overschot van) het slachtoffer in de directe nasleep van het gebeurde¹⁴.
- bij zeer ernstige normschendingen zoals moord, wordt het directe confrontatievereiste minder streng toegepast¹⁵, zoals ook is te zien in het vonnis van de Rechtbank Arnhem in de onderhavige zaak¹⁶.

Wat betreft de verhouding tussen de ernst van de normschending en de directe confrontatie besliste de Hoge Raad echter bij arrest van 9 oktober 2009 (Viltarrest)¹⁷ dat de aard van de normschending geen reden is voor verruiming van de in het Taxibusarrest aangewezen omvang van de schadevergoedingsplicht. In de zaak van 9 oktober 2009 ging het om een verkeersongeval als gevolg van een wilde achtervolging, waarbij drie jonge mensen om het leven kwamen. De veroorzaker van het ongeval (‘de achtervolger’) is strafrechtelijk veroordeeld wegens *“medeplegen van doodslag, meermalen gepleegd”*. In cassatie kwamen de ouders van de slachtoffers op tegen het oordeel van het hof¹⁸ dat zij geen recht hadden op vergoeding van shockschade omdat van een daadwerkelijk waarnemen van het ongeval noch van een directe confrontatie met de ernstige gevolgen daarvan sprake zou zijn geweest. De ouders betoogden dat de door de Hoge Raad in het Taxibusarrest

getrokken grenzen van de schadevergoedingsverplichting jegens nabestaanden van verkeersslachtoffers moeten worden verruimd in gevallen waarin het, anders dan in de zaak die tot dat arrest leidde, gaat om een opzettelijk veroorzaakt verkeersongeval. De Hoge Raad heeft het cassatieberoep verworpen en daartoe overwogen: *“Met art. 6:106 BW is beoogd de vergoeding van ander nadeel dan vermogensschade slechts in beperkte mate mogelijk te maken, in verband waarmee voor vergoeding van shockschade alleen onder strikte voorwaarden plaats is. Hiermee strookt niet het vereiste van waarneming van het ongeval of directe confrontatie met zijn ernstige gevolgen vanwege de aard of de ernst van de normschending, zoals wegens het opzettelijk begaan daarvan, terzijde te stellen of af te zwakken.”*¹⁹

Rechtbank Arnhem 13 april 2011

Naar aanleiding van het Viltarrest wees de Rechtbank Arnhem een nader tussenvonnis, waarin partijen in de gelegenheid werden gesteld *“zich er gemotiveerd over uit te laten of zij menen dat het arrest van 9 oktober 2009 een ander licht op de zaak werpt, althans, meer concreet, of dat arrest naar hun mening aanleiding vormt om over te gaan tot heroverweging van de door de rechtbank in rov 4.11 van het vonnis van 16 april 2008 genomen eindbeslissing”*²⁰

De gedaagden (daders) voerden toen aan dat de rechtbank moest terugkomen op de eerder genomen bindende eindbeslissing nu de rechtbank middels een niet toegestane versoepeling van de directe confrontatie-eis tot haar oordeel was gekomen²¹. Er is geen rechtstreekse confrontatie van de ouders met de gevolgen van de moord op hun dochter geweest, nu zij geen getuige zijn geweest van de moord en hun dochter nadien niet meer hebben gezien en een ander oordeel zou verder gaan dan de in het Taxibusarrest neergelegde vereisten, aldus de gedaagden. De rechtbank volgde echter de ouders in hun stelling dat ook zonder het vereiste van directe confrontatie met de gevolgen van de moord af te zwakken vanwege de aard en de ernst van de normschending, er in dit geval sprake is van een directe confrontatie met de moord. Dat het om een indirecte confrontatie gaat, zoals de gedaagden hebben betoogd, deed daaraan volgens de rechtbank niet af. *“Immers, zo is in het Taxibusarrest overwogen, voor directe confrontatie is niet vereist dat [eiser] c.s. bij de dodelijke gebeurtenis aanwezig zijn geweest. In het laatste arrest is de Hoge Raad daarop niet teruggekomen zodat de rechtbank daar nog steeds van uit gaat.”* In dit verband heeft duidelijk meegewogen dat ouders via de media en in het strafproces geconfronteerd waren met de gruwelijke details van de gepleegde moord en verminking en bovendien kennis hadden genomen van het straf- en politiedossier waarin onder meer foto’s zaten van het verminkte lichaam van hun dochter.

In de onderhavige uitspraak heeft de Rechtbank Arnhem op grond van het uitgebrachte deskundigenrapport vastgesteld dat de ouders van Maja Bradaric door de confrontatie met de ernstige gevolgen van de op hun dochter

gepleegde moord, blijvend psychisch letsel hebben opgelopen in de vorm van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld²². *“Dat de confrontatie heeft plaatsgevonden (enige tijd) nadat de moord en het in brand steken van het lichaam hebben plaatsgevonden, maakt dat blijkens het rapport van de deskundige niet anders omdat die confrontatie een vergelijkbare impact kan hebben (en heeft gehad) als de feitelijke waarneming van de gebeurtenissen. Geoordeeld wordt dat is voldaan aan alle in de jurisprudentie geformuleerde vereisten voor het toekennen van ‘shockschade’”*, aldus de rechtbank.

Eis van directe confrontatie

Op grond van het Viltarrest lijkt de wrange conclusie gerechtvaardigd dat met name die nabestaanden die het verminkte lichaam van hun dierbare hebben aanschouwd kort na het gebeuren, meer kans maken op vergoeding van shockschade dan die nabestaanden die er niet op die manier zijn geconfronteerd met het gebeuren en de gevolgen daarvan²³. De achtergrond van de eis van rechtstreekse confrontatie met het lichaam is, dat juist deze confrontatie maakt dat sprake is van een onrechtmatige daad jegens de nabestaanden²⁴. Afzwakking van deze eis doet het onderscheid vervallen tussen de nabestaanden die rechtstreeks en op confronterende wijze met het ongeval en de gevolgen worden geconfronteerd en de nabestaanden die op andere wijze op de hoogte raken van het overlijden van een dierbare²⁵. Laatstgenoemden hebben nu juist geen aanspraak op schadevergoeding (affectieschade).

De onderhavige uitspraak wijkt hier in zoverre van af, dat voor invulling van het begrip ‘directe confrontatie’ voldoende werd geoordeeld dat de ouders via de pers en het strafdossier kennis hadden genomen van alle gruwelijke omstandigheden waaronder hun dochter werd vermoord. Overigens wilden de ouders de stoffelijke resten van hun dochter nog wel zien, maar dat werd hen sterk afgeraden door de technische recherche.

Rijnhout en Giesen²⁶ zijn van mening dat de Rechtbank Arnhem met haar uitspraak precies bereikt wat de Hoge Raad met het Viltarrest van 9 oktober 2009 had willen voorkomen, namelijk dat de deur voor shockschadeclaims wijder open wordt gezet, door een ruime invulling te geven aan de eis van een ‘directe confrontatie’. Volgens de auteurs lijkt *“uitbreiding van het aantal en soort shockschadeclaims”* met het arrest van de Hoge Raad *“zo goed als uitgebannen”*.

In de zaak die leidde tot het arrest van 9 oktober 2009, hadden eisers echter niet gesteld en het hof niet vastgesteld dat sprake was van ‘een aantasting in de persoon’ als bedoeld in art. 6:106 lid 1 sub b BW. Met andere woorden, het stond in cassatie vast dat niet was voldaan aan het directe confrontatievereiste als in 6:106 lid 1 sub b BW. Eisers hadden hun pijlen in deze zaak primair gericht op art. 6:108 BW. Zij stelden daartoe dat in geval sprake is van een onrechtmatige daad gepleegd jegens de nabestaanden, niets in de weg staat, ook het bepaalde in art.

6:108 BW niet, aan een volledige schadevergoeding (waaronder ook de vergoeding van affectieschade)²⁷. Subsidiair hadden zij gesteld dat bij opzettelijk gepleegde delicten *“niet te zwaar mag worden getild aan het vereiste van een directe confrontatie met de ernstige gevolgen”*. De rechtbank in eerste aanleg overwoog hieromtrent²⁸: *“Zoals eerder geschetst hebben nabestaanden naar geldend recht slechts in zeer beperkte mate recht op vergoeding van hun schade. Op dit stelsel, neergelegd in artikel 6:108 BW, bestaan slechts twee, nauw omschreven uitzonderingen. In de ene, geregeld in artikel 6:106 lid 1 aanhef en sub a BW is de schuldgraad van doorslaggevend belang. Hieraan worden hoge eisen gesteld, in die zin dat alleen de aanwezigheid van de zeer uitgesproken opzetvorm ‘oogmerk’ recht geeft op vergoeding van immateriële schade. De aard van het schadetoebrengende handelen en de aard van de overtreden norm zijn dan verder niet van belang. Uit het Taxibusarrest blijkt dat in verband met het recht op shockschade (DG: bedoeld zal zijn: shockschadevergoeding), te baseren op artikel 6:106 lid 1 aanhef en sub b BW, juist de aard van het schadetoebrengende handelen (het veroorzaken van een ernstig, omstanders shockerend ongeval) en de aard van de overtreden norm (een veiligheids- of verkeersnorm) van belang zijn. De Hoge Raad stelt hier geen speciale eisen aan de schuldgraad. De opvatting van eisers komt er op neer dat elementen van beide ‘uitzonderingen’ kunnen worden gecombineerd. Daarvan uitgaande zou voor nabestaanden een recht op vergoeding van immateriële schade bestaan, juist ook in een situatie dat niet is voldaan aan de eisen op grond van ‘sub a’ (geen oogmerk), terwijl evenmin volledig wordt voldaan aan de eisen van ‘sub b’ (geen rechtstreekse, shockerende confrontatie met het ongeval of de gevolgen daarvan). Op deze manier wordt afbreuk gedaan aan het huidige stelsel, waarin alleen als aan zeer stringente eisen is voldaan, een uitzondering wordt gemaakt op de hoofdregel in artikel 6:108 BW. Aanwijzingen dat de wetgever een dergelijke situatie zou hebben gewild zijn de rechtbank niet gebleken.”* In dit geval was niet aan het directe confrontatievereiste zoals geformuleerd in het Taxibusarrest voldaan en werd de vordering tot vergoeding van shockschade derhalve afgewezen. In zoverre is het arrest van de Hoge Raad van 9 oktober 2009 dan ook niet onbegrijpelijk.

Een vraag die in dit verband opkomt, is of in de zaak van 9 oktober 2009 in feitelijke instantie wellicht anders was geoordeeld, indien de nabestaanden van de slachtoffers nader hadden onderbouwd dat zij wel degelijk direct geconfronteerd waren met de gevolgen van het dodelijke ongeval. De nabestaanden hadden één tot enkele dagen na het ongeval hun overleden familielid bezocht in het mortuarium of bij de begrafenisonderneming²⁹. Het is verdedigbaar dat het zien van een verminkt lichaam van een kind/broer/zus na een ongeval een zodanige impact heeft dat deze confrontatie gelijk kan worden gesteld met een ‘directe confrontatie’, conform de hiervoor genoemde lagere rechtspraak³⁰. Dan moet natuurlijk nog wel worden aangetoond dat deze confrontatie heeft geleid tot een in de psychiatrie erkend ziektebeeld.

> Het is in dit kader interessant dat de door de rechtbank benoemde deskundige in de zaak van Maja Bradaric over de wijze waarop de ouders met de gruwelijke gevolgen van de onrechtmatige handelingen van de daders zijn geconfronteerd, het volgende heeft geschreven: *“Men zou erover kunnen discussiëren of er in een casus als deze posttraumatische stressstoornis kan zijn, nu betrokkenen de moord op hun dochter niet zelf hebben gezien en ze evenmin in de werkelijkheid met haar misvormde stoffelijk overschot zijn geconfronteerd. Het feit echter dat zij in het strafproces gedetailleerd kennis hebben kunnen nemen van de omstandigheden van haar dood van de toestand waarin haar lijk is aangetroffen, heeft hen wel degelijk blootgesteld aan een traumatische gebeurtenis. Volgens de criteria van de DSM-IV confronteert een traumatische gebeurtenis iemand met (dreiging van) dood of verminking van zichzelf of van een ander, waarbij die confrontatie gepaard moet gaan met intense gevoelens van angst of afkeer. De gedetailleerde wetenschap van betrokkenen van het feit dat hun dochter in een auto is gewurgd, dat de doodstrijd een half uur heeft geduurd en dat het lijk daarna is verbrand, is in staat bij hen voorstellingen op te roepen die een vergelijkbare impact kunnen hebben als de feitelijke waarneming. Dat geldt temeer, omdat het in dit geval niet gaat om de confrontatie met bijvoorbeeld dood of verminking van een onbekende (wat op zichzelf ook een traumatische gebeurtenis kan zijn), maar met de gruwelijke gebeurtenissen die aan hun eigen dochter zijn overkomen. De confrontatie van betrokkenen met de desbetreffende feiten kan dan ook wel degelijk als een traumatische gebeurtenis gelden, zoals bedoeld in de DSM-IV”*³¹. I.M. Engelhard³² heeft er eveneens op gewezen dat uit klinisch psychologisch onderzoek is gebleken, dat een posttraumatische stressstoornis ook kan volgen op verbale onverwachte en dramatische informatie over het ongeval (of misdrijf). De eis van een directe confrontatie met de gevolgen van het ongeval/misdrijf uit het Taxibusarrest sluit dan ook niet ten volle aan bij de inzichten uit de klinische psychologie, aldus Engelhard³³. Men kan zich derhalve afvragen of een jurist de juiste partij is om te beoordelen of sprake is geweest van een directe confrontatie met de gevolgen van het ongeval of misdrijf, of dat deze vraag wellicht beter kan worden gesteld aan de deskundige die zich moet buigen over de vraag of sprake is van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld. Het oordeel of sprake is van een directe confrontatie is op grond van het Taxibusarrest echter voorbehouden aan de rechter. De discussie omtrent de vraag wanneer de confrontatie met de gevolgen van het ongeval of misdrijf nog als direct mag worden beschouwd is met het arrest van de Hoge Raad van 9 oktober 2009 niet beëindigd³⁴. De vraag of het directe confrontatievereiste moet worden afgezwakt in geval van opzetdelicten is een wezenlijk andere dan de vraag in welke gevallen sprake is van een directe confrontatie. Die laatste vraag heeft de Hoge Raad in het arrest van 9 oktober 2009 niet hoeven beantwoorden. Het arrest maakt wel duidelijk dat de Hoge Raad niet wil weten van een afzwakking van het directe confrontatievereiste – ook niet in geval van een zeer ernstige normschending en daarmee lijkt de Hoge Raad wel een duidelijk signaal af te

geven. Of de Hoge Raad ook een confrontatie met bijvoorbeeld feiten in een strafzaak, zoals foto's van het slachtoffer of gruwelijke details van een moord, als niet 'direct' genoeg beoordeelt, zal nog moeten blijken.

Wijziging Wet schadefonds geweldsmisdrijven

Indien het Wetsvoorstel Affectieschade was aangenomen, had dit vermoedelijk gezorgd voor een afname van het aantal shockschadeclaims en de daarmee gepaard gaande discussie over de directe confrontatie-eis³⁵. Het wetsvoorstel is echter op 22 maart 2010 door de Eerste Kamer verworpen en daarmee leek vergoeding van affectieschade voorlopig van de baan³⁶.

Op 23 mei 2011 heeft de Eerste Kamer echter een wijziging van de Wet schadefonds geweldsmisdrijven aangenomen. Dankzij deze wijziging hebben bepaalde nabestaanden³⁷ van slachtoffers van geweldsmisdrijven de mogelijkheid een uitkering voor immateriële schade te ontvangen van het schadefonds. Deze uitkering voor immateriële schade ziet op een financiële tegemoetkoming voor het leed en het verdriet van de nabestaande in verband met het overlijden van een naaste. Daarmee is voor bepaalde nabestaanden van slachtoffers van een geweldsmisdrijf dan toch recht op vergoeding van affectieschade mogelijk gemaakt³⁸. De schadevergoeding bedraagt maximaal € 9100 en is afhankelijk van de ernst van het misdrijf. De bedragen kunnen bij AMvB worden gewijzigd.

Conclusie

Hoewel de uitspraak van de Rechtbank Arnhem in grote mate appelleert aan het gevoel van rechtvaardigheid, brengt een ruime uitleg van het begrip 'directe confrontatie' de weinig aanlokkelijke consequentie met zich dat de vraag of de confrontatie nog direct genoeg is, veelal zal gaan over de vraag of de schadegebeurtenis 'ernstig genoeg' is³⁹. Die discussie wordt vermeden wanneer de grens wordt gelegd bij het daadwerkelijk aanschouwen van het misdrijf/ongeval dan wel het kort⁴⁰ daarop zien van het slachtoffer. Met andere woorden: De rechtszekerheid en de hanteerbaarheid van het recht in de praktijk is gediend bij een enge uitleg van het confrontatiecriterium⁴¹. Het is wellicht om die reden dat de Hoge Raad niet heeft willen weten van een afzwakking van het directe confrontatie vereiste.

Anderzijds is het ook moeilijk te accepteren dat nabestaanden die het lichaam van hun dierbare niet hebben gezien – bijvoorbeeld omdat hen dat wordt afgeraden wegens de ernstige verminking (zoals in de onderhavige zaak) – daarmee buiten de kring van gerechtigden vallen. Daders zouden hierdoor 'beloond' worden in geval van ernstige verminking van het slachtoffer. Ik vraag mij af of de wetgever de shockschaderegeling zo heeft bedoeld⁴².

Met het arrest in de Viltzaak heeft de Hoge Raad zich duidelijk uitgesproken tegen een verruiming van het confrontatiecriterium bij ernstige normschending. Dit laat echter voldoende ruimte voor interpretatie. In een geval zoals het

onderhavige waarin een confrontatie van de gruwelijke feiten heeft plaatsgehad via de strafzaak (openbaring van de details en foto's) worden de grenzen van het directe confrontatiecriterium opgezocht en de uitkomst daarvan lijkt mij terecht, te meer daar in deze zaak de door de rechtbank benoemde deskundige heeft bevestigd dat de psychiatrische klachten en symptomen causaal moeten worden toegeschreven aan de confrontatie met de gruwelijke omstandigheden waaronder de moord heeft plaatsgevonden.

Ingevolge de wijziging van de Wet schadefonds geweldsmisdrijven zullen ouders van een vermoord kind in de toekomst aanspraak kunnen maken op vergoeding van affectieschade. Hoe moet het echter verder met de nabestaanden die geen aanspraak kunnen maken op vergoeding van affectieschade als geregeld in de Wet schadefonds geweldsmisdrijven (nabestaanden van slachtoffers van bijvoorbeeld verkeersongevallen, medische fouten en arbeidsongevallen)? Voor de toekomst pleiten verschillende schrijvers voor een vernieuwd systeem van derdenschade, omdat naar huidig recht een aanzienlijke groep naasten en nabestaanden zijn schade niet vergoed krijgt⁴³. De kans dat het binnen afzienbare tijd tot een heroverweging komt van het derdenschadesysteem lijkt echter klein, aldus Emaus. Nu de oplossing niet is gevonden bij de wetgever en de Hoge Raad van een ruime interpretatie van de criteria voor toekenning van shockschade niet wil weten, wordt door diverse schrijvers de oplossing gezocht bij de marktpartijen, in dit geval de verzekeraars. Volgens Lindenberg zouden van verzekeraarzijde geluiden zijn te horen dat naar mogelijkheden wordt gezocht om affectie-

schade in sommige situaties zonder dat daartoe een wettelijke verplichting bestaat te gaan dekken⁴⁴. Tot nu toe is het echter niet zover gekomen. Een verklaring daarvoor is wellicht hierin te vinden dat de verzekeringspremies behoorlijk onder druk staan. Het aanbod van verzekeringen is op dit moment groter dan de vraag (hetgeen een 'zachte markt' wordt genoemd). Verzekerden wensen doorgaans meer dekking bij gelijkblijvende – of lagere – premies. Waarom zouden verzekeraars onder dergelijke omstandigheden méér aansprakelijkheid verzekeren dan hetgeen waartoe de wet verplicht, terwijl er nagenoeg geen (extra) premie tegenoverstaat? Dan ligt de bal toch weer bij de wetgever.

Daarmee zijn nabestaanden voor wat betreft het aansprakelijkheidsrecht nog altijd aangewezen op de huidige regeling in het BW. Het is echter de vraag of met de invoering van de aanpassing van de Wet Schadefonds Geweldsmisdrijven de grenzen van het directe confrontatiecriterium nog vaak zullen worden opgezocht. Bepaalde nabestaanden van slachtoffers van een geweldsmisdrijf kunnen in de toekomst voor hun schade immers in aanmerking komen voor een uitkering uit het Schadefonds Geweldsmisdrijven. Het was juist in zaken waarin de normschending het meest ernstig was (ernstige opzettelijke delicten zoals opzettelijke levensberoving met voorbedachten rade, doodslag) dat rechters er naar neigden minder hoge eisen aan de rechtstreeksheid van de confrontatie te stellen⁴⁵. In de overige zaken zullen rechters zich vermoedelijk geremd voelen vergoeding van shockschade toe te kennen door de overwegingen van de Hoge Raad in het Viltarrest van 9 oktober 2009.

¹ Rb. Arnhem 16 april 2008, LJN BC9632.

² Idem, rechtsoverweging 4.10 en 4.11.

³ Art. 6:108 BW regelt schadevergoeding in geval een onrechtmatige daad heeft geleid tot overlijden van het slachtoffer. Nabestaanden hebben dan recht op de aldaar genoemde, limitatieve, vergoedingen, zoals begrafeniskosten en kosten van levensonderhoud.

⁴ De wetgever heeft niet willen weten van vergoeding van affectieschade, met name vanwege beduchtheid tot 'commercialisering' van verdriet (zo zal de weduwe die als eiseres optreedt, haar verdriet 'op peil moeten houden' om toewijzing van haar vordering niet in gevaar te brengen), onsmakelijke procespraktijken (de gedaagde kan er bijvoorbeeld belang bij hebben aannemelijk te maken dat het huwelijk van de eisende partij minder goed was dan zij het doet voorkomen) en een stroom van processen, EV I, Parl.Gesch. Boek 6, p. 388-389. In maart 2010 werd voorts het wetsvoorstel affectieschade door de Eerste Kamer verworpen.

⁵ Zie het geval waarin de ene ouder een gezamenlijk kind had gedood met de uitdrukkelijke bedoeling de andere ouder leed toe te brengen, HR 26 oktober 2001, NJ 2002, 216.

⁶ Zie berichtgeving hierover in *PIV-Bulletin* 2010, 2.

⁷ MvA I Inv., Parl.Gesch. Inv. Boek 6 p. 1274.

⁸ MO I Inv., Parl.Gesch. Inv. Boek 6, p. 1875.

⁹ HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240, ook wel 'Shockschade-arrest' of 'Taxibusarrest'.

¹⁰ Hof Arnhem 15 maart 2011, LJN BP8479, spreekt recent over opzettelijke overtreding van een verkeers- of veiligheidsnorm.

Opzet is echter geen vereiste voor toekenning van shockschade als in art. 6:106 lid 1 sub b BW.

¹¹ HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240, r.o. 5.2.

¹² P.B. Emaus. "De ontwikkeling van het confrontatiecriterium in shockschadezaken: een analyse naar aanleiding van het Viltarrest". AV&S 2011, 7.

¹³ Hof Den Bosch 29 juli 2003, VR 2004, 83; Rb. Roermond 12 mei 2004, LJN AP1094.

¹⁴ Zie hierover K.A.P.C. van Wees onder Hof Arnhem 26 mei 2009, JA 2009, 135 met vindplaatsen van diverse uitspraken.

¹⁵ Zie bijv. Rb. Arnhem 29 maart 2006, LJN AW2774: "dat aan de mate van rechtstreeksheid van de confrontatie minder strenge eisen dienen te worden gesteld naarmate de normschending ernstiger is. Bij opzettelijke levensberoving met voorbedachte rade is sprake van een zo ernstige normschending dat geen al te hoge eisen aan de rechtstreeksheid van de confrontatie gesteld kunnen worden." Verder: Rb. Den Bosch 5 februari 2003, LJN AF3886; Rb. Arnhem 21 mei 2008, LJN BD2057, waarin shockschade wordt toegekend aan de moeder van een vermoorde dochter: "De rechtbank is verder van oordeel dat aan de mate van rechtstreeksheid van de confrontatie minder strenge eisen dienen te worden gesteld naarmate de normschending ernstiger is. Bij opzettelijke levensberoving met voorbedachte rade op de wijze zoals die hier heeft plaatsgevonden is sprake van een zo ernstige normschending dat geen hoge eisen aan de rechtstreeksheid van de confrontatie kunnen worden gesteld. Met name de confrontaties door het telefoontje van de vriendin van

> [mevrouw] naar [eiseres] op de dag van de moord, de mededelingen van de politie aan [eiseres] in de nacht volgend op de moord, de identificatie en de verzorging van het lichaam van [mevrouw] ten behoeve van de uitvaart hebben kort na de moord plaatsgevonden, zodat ook aan dit vereiste is voldaan.” Zie voorts PIV-Bulletin 2008, 7 Vergoeding van shockschade en de directe confrontatie-eis (bij betrekken van aard normschending kan het verkeren ...).

¹⁶ Rb. Arnhem 16 april 2008 LJN BC9632.

¹⁷ Hoge Raad 9 oktober 2009, LJN BI8583, ook wel het Viltarrest.

¹⁸ Hof Den Bosch 5 februari 2008, LJN BC4848.

¹⁹ Hoge Raad 9 oktober 2009, LJN BI8583, r.o. 3.5.

²⁰ Rb. Arnhem 16 december 2009, LJN BK9716.

²¹ Zoals hiervoor besproken onder ‘de zaak Maja Bradaric’. Rb. Arnhem 16 april 2008, LJN BC9632.

²² Een vereiste voor toekenning van shockschadevergoeding, zie Taxibusarrest.

²³ Al mocht deze confrontatie met de lichamen de nabestaanden in de Viltzaak van de Hoge Raad van 9 oktober 2009 niet baten.

²⁴ Voor aansprakelijkheid jegens het slachtoffer van shockschade moet de gedraging van de laedens worden getoetst aan art. 6:162 BW. Er moet sprake zijn van een jegens dat slachtoffer gepleegde onrechtmatige daad, en er moet zijn voldaan aan het door art. 6:163 BW gestelde relativiteitsvereiste. Zowel de onrechtmatigheidsvraag als het relativiteitsvereiste leveren moeilijkheden op bij de toekenning van shockschade. In de parlementaire geschiedenis hebben die moeilijkheden weinig aandacht gekregen. Kennelijk is verondersteld dat indien sprake is van shockschade als gevolg van waarneming van of de confrontatie met de gebeurtenis die heeft geleid tot de dood of verwonding van een ander, is voldaan aan het onrechtmatigheidsvereiste en het relativiteitsvereiste, aldus A-G Strikwerda in zijn conclusie voor het Taxibusarrest van 22 februari 2002, NJ 240, 14 14.

²⁵ Zie in deze zin Rb. Maastricht 3 mei 2006, LJN AX0345 (eerste aanleg van de Viltzaak, die leidde tot het arrest van de Hoge Raad van 9 oktober 2009).

²⁶ Rijnhout en Giesen in WPNR 15 januari 2011/6870.

²⁷ De Hoge Raad heeft daarop beslist dat het stelsel van de wet in de weg staat aan toekenning van een vergoeding voor ook andere materiële en immateriële schade, zie r.o. 3.5.

²⁸ Rb. Maastricht 3 mei 2006, LJN AX0345, r.o. 4.15.

²⁹ Een van de nabestaanden zou bovendien de verongelukte auto hebben gezien en herkend. Er was echter niet gesteld dat hij op dat moment rechtstreeks en op een voor hem schokkende manier was geconfronteerd met het ongeval van zijn broer, r.o. 4.14 vonnis in eerste aanleg (Rb. Maastricht 3 mei 2006, LJN AX0354).

³⁰ Zie in deze zin conclusie van A-G Spier onder het arrest van de Hoge Raad van 9 oktober 2009 in 6.9.1.

³¹ Zie r.o. 2.2.

³² NTBR 2008, p. 308/9, zie ook Spier in zijn conclusie voor het arrest van de Hoge Raad van 9 oktober 2009.

³³ E.F.D. en I.M. Engelhard, in W.H. Boom e.a., Gedrag en privaatrecht, p. 230 e.v.

³⁴ Zie in deze zin ook: A. Ales, Affectie- en shockschade; strikte hantering confrontatie-eis; HR 9 oktober 2009, LJN BI8583, PIV-Bulletin 2009, 7.

³⁵ Zie in deze zin ook S.D. Lindenberg en I. van der Zalm, TVP 2010, 2 Jurisprudentie Shockschade HR 9 oktober 2009.

³⁶ Zie bijv. S.D. Lindenberg, “Het wetsvoorstel affectieschade: een treurige dood?”, NJB 2010, 1210, p. 1530-1532: “Wie wil aan dit

dossier zijn vingers nog (eens) branden?”; en Emaus, “De ontwikkeling van het confrontatiecriterium in shockschadezaken: een analyse naar aanleiding van het Vilt-arrest” AV&S 2011, 7: “De kans dat het binnen afzienbare tijd tot een heroverweging van het derdenschadesysteem komt, lijkt echter klein”.

³⁷ Echtgenoten, partners, bloedverwanten in de eerste graad (ouders van overleden kinderen en andersom) en tweede graad zijlijn (broers en zussen) en andere bloed- en aanverwanten mits de overledene in hun levensonderhoud voorzag.

³⁸ De bedragen in het ontwerp AMvB horende bij het Wetsvoorstel affectieschade varieerden tussen de € 12.500 en € 17.500, afhankelijk van de relatie tot het slachtoffer en het al dan niet overlijden van het slachtoffer.

³⁹ Aldus A-G Spier in zijn conclusie voor HR 9 oktober 2009 onder nummer 6.11. Ook Emaus wijst er op dat het tot onduidelijkheid zou leiden binnen de Kindertaxi-benadering als het confrontatiecriterium wordt verruimd: “Wanneer is immers sprake van een normschending die zo ernstig is dat ze een afzwakking van het confrontatiecriterium rechtvaardigt?”; zie P.B. Emaus “De ontwikkeling van het confrontatiecriterium in shockschadezaken: een analyse naar aanleiding van het Vilt-arrest”, AV&S 2011, 7.

⁴⁰ Zie over het tijdsaspect van het directe confrontatiecriterium P.B. Emaus “De ontwikkeling van het confrontatiecriterium in shockschadezaken: een analyse naar aanleiding van het Vilt-arrest”, AV&S 2011, 7. De jurisprudentie overziend, lijkt een confrontatie kort na het ongeval (binnen enkele uren) in het algemeen wel de maatstaf te zijn. Het Hof Arnhem (26 mei 2009, LJN BJ0871) achtte een confrontatie met het lichaam van het slachtoffer twee tot drie dagen na de moord nog afdoende.

⁴¹ Zie in deze zin P.B. Emaus, “De ontwikkeling van het confrontatiecriterium in shockschadezaken: een analyse naar aanleiding van het Vilt-arrest”, AV&S 2011, 7. Volgens Emaus is het “omwille van een slachtoffervriendelijk resultaat verregaand oprekken van het confrontatiecriterium geen duurzame oplossing”. De Rechtbank Arnhem “overstrekt het confrontatiecriterium zodanig, dat het criterium de scherpte verliest die het zo dringend nodig heeft om zijn richtinggevende rol te vervullen bij de begrenzingsvraagstukken die shockschadezaken met zich brengen.”

⁴² De minister formuleerde dat het moet gaan om “schade door een ‘shock’ die het gevolg is van het waarnemen of geconfronteerd worden met een dodelijk ongeval” (MvA I Inv., Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1274). In het Taxibusarrest heeft de Hoge Raad overwogen dat de confrontatie ‘direct’ moet zijn. De formulering in het arrest van de Hoge Raad is uiteraard leidend.

Zie hierover ook P.B. Emaus, “De ontwikkeling van het confrontatiecriterium in shockschadezaken: een analyse naar aanleiding van het Vilt-arrest”, AV&S 2011, 7.

⁴³ P.B. Emaus, “De ontwikkeling van het confrontatiecriterium in shockschadezaken: een analyse naar aanleiding van het Vilt-arrest”, AV&S 2011, 7 en Rijnhout en Giesen in WPNR 15 januari 2011/6870.

⁴⁴ S.D. Lindenberg, “Het wetsvoorstel affectieschade: een treurige dood?”, NJB 2010, 1210, p. 1530-1532. Zie in deze zin ook R. Rijnhout, “Wetsvoorstel affectieschade verworpen door de Eerste Kamer”, TVP 2010, 2.

⁴⁵ Deze redenering werd door de Hoge Raad in het Viltarrest verworpen, maar zoals we in de onderhavige uitspraak van de Rb. Arnhem zien, kan in feitelijke instantie naar een directie confrontatie worden geredeneerd.

“Broodje aap, wat is waarheid?”

Verslag van de M&M Meeting 19 mei 2011

Op donderdag 19 mei 2011 vond de M&M Meeting plaats, “BROODJE AAP, WAT IS WAARHEID?” op Landgoed Zonnestraal te Hilversum. De M&M meeting is een symposium dat jaarlijks door Medas (Medisch Adviseurs Schaderegelingen) en MAG (Medisch Advies Groep) wordt georganiseerd. Deze keer werd vanuit verschillende invalshoeken het antwoord gezocht op de vraag “waar ligt de waarheid?” bij het beoordelen van een claim.

De dagvoorzitter – Pieter Hilhorst, columnist bij De Volkskrant en VARA ombudsman – opende de middag, waarna een viertal lezingen volgde.

Allereerst kwam Hans van Maanen – wetenschapsjournalist – over medische misvattingen en mythes aan het woord. Onder de titel ‘de waarheid achter de cijfers’ liet hij zien op welke wijze men op het verkeerde been gezet kan worden door cijfers. Dit illustreerde hij met enkele treffende voorbeelden: Zo meldde op 8 april De Telegraaf onder de titel “Voertuigdiefstal houdt halt” dat er in de eerste drie maanden van 2011 evenveel autodiefstallen gepleegd waren als het jaar daarvoor en hiermee een einde gekomen zou zijn aan de plotse stijging van het aantal autodiefstallen. Bij goede bestudering van de getallen over de afgelopen jaren bleek dat de ‘stijging’ in 2010 niet meer was dan een normale fluctuatie, wat als een belangrijk nieuwsfeit gebracht werd. Had men meer naar het verleden gekeken, dan was er geen sprake geweest van een nieuwsfeit. Het Parool berichtte op 19 mei 2010 op basis van een onderzoek van Nyfer¹ dat de massa-immigratie van niet-westerse allochtonen jaarlijks € 7,2 miljard kost. Wat de onderzoekers niet hebben vermeld waren de kosten van hetzelfde aantal autochtonen. Dit blijkt om € 7,5 miljard te gaan en is er dus nauwelijks een verschil. De boodschap van de spreker: wees van nature argwanend bij de presentatie van cijfers.

Hans Duin – Evidence Based Medicine (EBM) opleider van de Netherlands School of Public & Occupational Health (NSPOH) – sprak over de waarde van EBM. EBM is een methode om dicht bij de waarheid te komen, door professioneel, verstandig en zorgvuldig gebruik te maken van de medische wetenschap. Onder evidence wordt geen absoluut bewijs bedoeld, maar een zeer hoge mate van waarschijnlijkheid. In de geneeskunde en dus ook de medische claimbeoordeling moeten diagnose, causaliteit, prognose en therapie zo veel mogelijk gebaseerd zijn op ‘bewijs’. Het is hierbij belangrijk om eerst de te beantwoorden vraag te formuleren. Vervolgens wordt gezocht

Drs. J.M.J.M. Meewis, arts en medisch adviseur
Medas



naar de *evidence*, waarbij het heel belangrijk is deze op waarde te kunnen beoordelen; zo is de *evidence* van een eenmalig onderzoek gering en die van een richtlijn hoog. Hierbij werd verwezen naar de diverse informatiebronnen². Daarna is het heel belangrijk om te beoordelen of de gevonden *evidence* toepasbaar is voor het specifieke probleem. Afhankelijk van de bewijskracht van de *evidence* die men gevonden heeft, kan op verschillende niveaus een antwoord gegeven worden op de zoekvraag. In de vorm van “het is aangetoond dat”, “het is aannemelijk dat”, “er zijn aanwijzingen dat” en tenslotte “experts zijn van mening dat”.

De spreker sloot af met de uitspraak dat echte evidence vrijwel nooit wordt verkregen, maar EBM ons de mogelijkheid biedt tot de “best mogelijke gok”.

Onder de titel “Als klachten niet kloppen”, behandelde Frank Koerselman – hoogleraar psychiatrie en psychotherapie verbonden aan het Universitair Medisch Centrum Utrecht en het Sint Lucas Andreas Ziekenhuis Amsterdam – het zogenoemde functionele ziektegedrag. Simulatie (malingering), een nagebootste en een somatoforme stoornis werden besproken, waarbij hij de relatie uitlegde tussen dit ziektegedrag en de termen “voorgewend”, “nagebootst” en “ingebeeld” uit het bekende arrest Zwolsche Algemeene/de Greef. Bij simulatie is er sprake

> van voorgewende symptomen, waarbij zaken bewust worden aangedikt met als doel geld of gemak. Een lichte vorm van simulatie is aggraving waarbij men de zaken zwaarder doen lijken dan ze zijn. Bij onverklaarbare klachten in het kader van een procedure, onvoldoende medewerking aan onderzoek of behandeling en een antisociale persoonlijkheidsstoornis moet men in ieder geval denken aan simulatie. Men moet zeer alert zijn op inconsistenties en dient betrokkene daar ook mee te confronteren. In het kader van de nagebootste stoornis werd het syndroom van Münchhausen besproken, waarbij betrokkene zich presenteert met gefingeerde klachten of soms zelf toegebrachte verwondingen, om daardoor zorg en aandacht te krijgen. Bij een dergelijke stoornis is er sprake van een bewust proces. De somatoforme stoornis werd toegelicht; het is een *ingebeelde ziekte*, hierbij ervaart betrokkene lichamelijke klachten, waarvoor geen lichamelijke oorzaak is. De klachten zijn niet bewust of doelbewust nagebootst. Bekende voorbeelden zijn een pijnstoornis of een hypochondrie. Koerselman ging ook in op de medische causaliteit bij dergelijk functioneel ziektegedrag. Bij simulatie is er bewust bedrog en is er vanzelfsprekend geen medische causaliteit en er zijn evenmin beperkingen. Bij een nagebootste en somatoforme stoornis is de medische causaliteit onder andere afhankelijk van de voorgeschiedenis van betrokkene.

De laatste bijdrage werd geleverd door Ton Derksen – hoogleraar wetenschapsfilosofie aan de Radboud Universiteit Nijmegen, tevens auteur van het boek *Lucia de B. Reconstructie van een gerechtelijke dwaling*³. Spreker vertelde dat er in de evolutie van de mens bij het overleven in het algemeen geen tijd is en hersencapaciteit ontbreekt om achter de echte waarheid te komen. Desondanks zijn wij als mens geëvolueerd. In de praktijk bleken onze conclusies betrouwbaar genoeg om te overleven in de alledaagse context. Deze alledaagse (halve) waarheidsvinding is echter niet toepasbaar in het strafrecht of in de geneeskunde. Derksen noemde enige valkuilen. Zoals de gedachte dat er naakte feiten zouden zijn, feiten die voor zichzelf zouden spreken. Maar in de praktijk is dit niet mogelijk, want om de waarheid te vinden moet men van een bepaalde theorie uitgaan. We zoeken en wat we vinden hangt af van de wijze van zoeken. Wordt een juiste diagnose gesuggereerd dan komt 80% van de medici uit op de juiste diagnose. Wordt eerst een juiste en dan een onjuiste diagnose gesuggereerd, dan blijkt 78% op de juiste diagnose uit te komen. Maar wordt eerst een onjuiste diagnose gesuggereerd, dan komt slechts 12,4 % van de medici uit op de juiste diagnose. Ook blijken we niet onbevooroordeeld te kunnen kijken. Als voorbeeld hiervan beschreef Derksen een onderzoek, waarbij door getuigen een dader herkend moest worden uit een rij met mensen. In dit geval was de echte dader er niet bij. Aan de getuigen werd gemeld dat een bepaald persoon uit die rij inmiddels bekend zou hebben. Hierna bleek dat 50% van de getuigen, die tot op dat moment nog geen dader herkenden hadden dan alsnog een dader te herkennen. De volgorde waarop bewijsmateriaal gepresenteerd wordt is ook

van belang. Dit wordt wel het primacy effect genoemd. Uit een onderzoek bleek dat als er alleen belastend materiaal wordt gepresenteerd, dan wordt iemand in 82% schuldig geacht. Wanneer eerst belastend en daarna ontlastend materiaal gepresenteerd, wordt 71% schuldig geacht. Wordt eerst ontlastend en dan belastend materiaal gepresenteerd, wordt 45% schuldig geacht. In het geval alleen ontlastend materiaal gepresenteerd wordt, wordt slechts 21% schuldig geacht. Ton Derksen waarschuwde nog dat de in het leven van alle nuttige cognitieve shortcuts niet geschikt zijn voor het vinden van de waarheid in niet-alledaagse zaken.

Na de pauze vond een debat plaats, waaraan naast de sprekers mr. Juke Willink – rechter aan het Hof in Den Haag – deelnam. In dit onderdeel konden praktijkproblemen aan de sprekers worden voorgelegd. Hier volgt een korte samenvatting van de belangrijkste opmerkingen. Er werd een casus over vermeende fraude gepresenteerd. Het betreft een persoon bij wie de diagnose multiple sclerose is gesteld. Betrokkene acht zichzelf volledig arbeidsongeschikt terwijl door middel van observatie is aangetoond dat hij zwaar werk verricht. Betrokkene presenteert zich bij de rechtbank in een rolstoel. De rechtbank beslist dat betrokkene volledig arbeidsongeschikt is, zelfs tot in hoger beroep; van fraude is geen sprake ondanks de door de verzekeraar ingebrachte videobeelden.

Uit de discussie kwam naar voren dat er tegengestelde ideeën waren over het beoordelen van het waarheidsgehalte van iemands verhaal. Een psychiatrische diagnose wordt in belangrijke mate gestoeld op het verhaal van betrokkene. Subjectieve klachten leiden tot het stellen van de diagnose. “Het is dan ook van belang dat de psychiater goed doorvraagt en zeer alert is op inconsistenties” aldus Koerselman. Het onderscheid tussen iemand die de waarheid vertelt en een simulant is volgens Koerselman tijdens een expertise te maken waarbij Pieter Hilhorst er op wees dat dit tegenspraak lijkt met de visie van Ton Derksen. Tevens bleek uit de discussie dat men het erover eens was dat in een letselzaak de waarheid gezocht moet worden en dat zeker bij niet-objectiveerbare aandoeningen de keuze van de expert belangrijk is. Koerselman gaf aan dat dit uiteraard bekend was en dat er voor sommige experts economische motieven kunnen meespelen. Er zijn echter opleidingen voor deskundigen en op dit moment is men binnen de Nederlandse Vereniging Medisch Specialistische Rapportage (NVMSR) bezig met het opstellen van een register met deskundigen, waardoor de keuze van de expert niet meer van doorslaggevende betekenis zou moeten zijn.

In het verlengde hiervan vond er ook een discussie plaats of er één medisch adviseur, zowel voor verzekeraars als voor advocaten zou moeten werken.

Koerselman gaf aan dat hij zich altijd verbaast over de vraag naar de eindsituatie; psychiatrisch gezien is deze eigenlijk nooit aanwezig. Hij vroeg aan de zaal waarom de verzekeraar wil afhandelen en waarom niet na bijvoor-

beeld tien jaar nog eens kan worden gekeken. Door de deelnemers werd aangegeven dat het niet afhandelen van de casus de klachten juist kan onderhouden. Voor beide partijen kan het juist zinvol zijn een punt achter de zaak te kunnen zetten.

Aan de rechter werd gevraagd in hoeverre statistieken meegenomen worden bij de afwikkeling van een zaak. Er werd een voorbeeld gegeven dat op dit moment vrouwen minder werken dan mannen. Wordt hier ook rekening mee gehouden in verband met de vergoedingen? De rechter gaf hierop antwoord dat de statistieken weliswaar meespelen maar geen doorslaggevende rol hebben. De zaak wordt op zijn individuele merites beoordeeld. Daarnaast kwam nog aan de orde hoe zinvol, gezien het onderzoek door Derksen, een zitting is van de meervoudige kamer. Als men al een standpunt op basis van de stukken heeft ingenomen dan lijkt het erg onaannemelijk dat dit tijdens de zitting nog zal worden gewijzigd.

Tot slot werd nog een voorbeeld gegeven van een slachtoffer met ernstige klachten naar aanleiding van een whiplashtrauma. De vaststellingsovereenkomst lag al klaar, tot de verzekeringsmaatschappij gebeld werd door een ex-minnares. Deze verwees naar een filmpje op YouTube. Hierop was te zien dat benadeelde meedeed aan een wedstrijd, waarbij mannen zware vrachtauto's moesten trekken. Hieruit blijkt dat de waarheid soms uit een onverwachte hoek kan komen.

¹ Nyfer is een Nederlands instituut dat wetenschappelijk economisch onderzoek verricht.

² PubMed, UpToDate, Trip, etc.

³ ISBN 9085710480.

Redactieraadleden 1998 t/m juni 2011

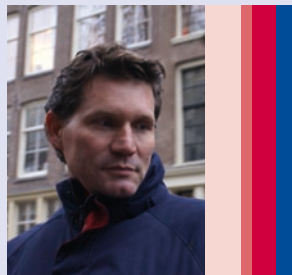
Astrid Ales	ASR NL (v/h Stad Rotterdam)
Peter Bekker †	Andriessen & Geurst
Armand Blondeel, voorzitter	ASR NL (v/h AMEV)
Eric Gerritsen	Andriessen Expertise
Imo Grolleman	Aegon
Rob de Groot	Delta Lloyd
Hieron van der Hoeven	Allianz NL Schade (v/h Zwolsche Algemeene)
Edwin Lantinga	Medirisk
Corine Mathijssen	Achmea Claims Center (v/h Interpolis)
Manon van der Meer	XL Insurance Company Ltd.
Jan Misana	
Steven Polak	SNS Reaal
Jenny Polman, secretaris	Stichting PIV
Aernout Santen	Centramed
Bert Schoonen, oud-voorzitter	Achmea Claims Center (v/h Centraal Beheer)
Kees Visser	Reaal Verzekeringen (v/h AXA/Winterthur Schade)
Gerrit Wassink †	Interpolis
Hans van Wees	Nationale-Nederlanden
Inge Winter	XL Insurance Company Ltd. (v/h Winterthur)



Ales



Gerritsen



De Groot



Bekker



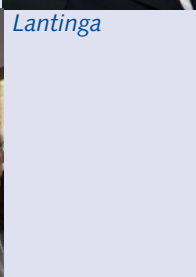
Grolleman



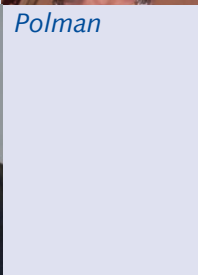
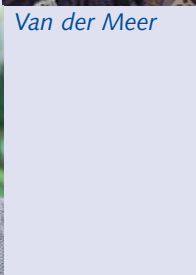
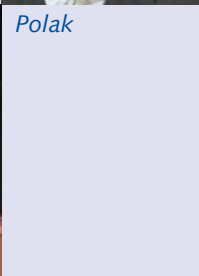
Blondeel



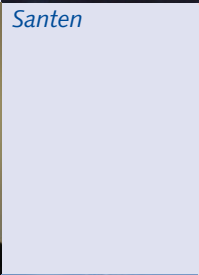
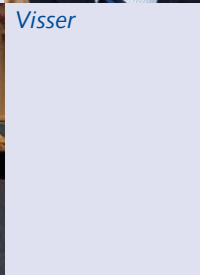
Van der Hoeven



Mathijssen



Schoonen



Wassink

Visser

Polman

Santen

Van Wees

Winter

Diploma-uitreiking OSR Personenschade Leergang Middelzwaar Letsel 2010-2011

Op 16 juni 2011 mochten twintig van de dertig cursisten van de OSR Personenschade Leergang Middelzwaar Letsel 2010-2011 het diploma in ontvangst nemen.

Een feestelijke afsluiting van de leergang die in september 2010 van start ging. De cursisten hebben hard gewerkt en kunnen nu een fijne (rustige) zomer tegemoet!

OSR Juridische Opleidingen feliciteert de geslaagden – de dames Felkers, Portengen-Riksen, De la Rie-Duijl, Verhoeven, Van Zutphen, Van Beek, Duermeijer, Jinkes de Jong, Munneke, Oosterwold-Weernink, Petri, Poelstra-de Groot en Stens en de heren Lauffer, Van Mook, Sluyter, Smits, Van der Wielen, Bergsma en Wagenaar – met het door hen behaalde resultaat.

Vorbereidingen OSR Personenschade Leergang Middelzwaar Letsel 2011-2012 al weer in volle gang!

De diploma-uitreiking is nog niet voorbij en toch is OSR Juridische Opleidingen al weer samen met het docenten-korps en de trainers druk met de voorbereidingen voor het jaar 2011-2012. De eerste leergang is reeds voltekend. OSR heeft dan ook een tweede leergang opengesteld voor inschrijving. Wees er snel bij, want het diploma is inmiddels felbegeerd. De tweede leergang heeft slechts doorgang bij voldoende aanmeldingen. Interesse?

Voor meer informatie: www.osr.nl. OSR is tevens te bereiken via info@osr.nl of 030-2315314.



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

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