

Pagina 1
2012, het jaar van de doorbraak?

Pagina 4
BGK en dubbele redelijkheidstoets

Pagina 10
Intensieve PIV Audit voor behoud van het Keurmerk Klantgericht Verzekeren

Pagina 13
Verlichting bewijspositie benadeelde whiplash?

Pagina 17
De Hoge Raad: aansprakelijkheid ex art. 7:658 en 7:611 BW

Pagina 24
De Medische Paragraaf GBL is gereed

Pagina 28
De Deelgeschillenrechter 1¹/₂ jaar in actie

Pagina 35
Verkeersongevallenanalyse; methodes, causaliteit en trends

Pagina 36
A&V Seminar van 2 december 2011

Pagina 39
PIV Giraffe 2012

januari 2012

Stichting Personenschade



Instituut van Verzekeraars

C'est le ton, ...

De knikkers rollen nog alle kanten op ...

Directbetrokkenen vertellen ...

Pleidooi voor uniformiteit ...

De Hoge Raad geeft gas; de Hoge Raad remt af ...

Reacties welkom ...

Ook verzekeraars hebben er baat bij ...

1e Seminar EVU-NL ...

Een verslag ...

PIV Letselschade Award 2012 ...

2012, het jaar van de doorbraak?

De woorden 'doorbraak' en 'doorbreken' hebben niet altijd een even gunstige betekenis. Ik wijs maar op de dreigende wateroverlast in het noorden van ons land begin deze maand.

Daarbij ging het om een mogelijke doorbraak van dijken, met alle gevaar van dien.

De term doorbraak heeft echter ook nog een andere - en een veel mooiere - betekenis "*het tot de besten gaan behoren, op de voorgrond treden*".

Het zou mooi zijn, als in 2012 bij de afwikkeling van letselschade van een dergelijke doorbraak sprake zou zijn. En waarom zou dat niet gebeuren? Er is immers de laatste jaren al zoveel in gang gezet. Dat moet toch op enig moment aan deze doorbraak voeding geven.

Ik denk in de eerste plaats aan de ontwikkelingen op het gebied van het medisch traject.

De door de Vrije Universiteit Amsterdam ontwikkelde medische paragraaf bij de GBL zal voor ons allemaal leidend moeten gaan worden. In december 2011 hebben alle partijen vertegenwoordigd in De Letselschade Raad zich achter deze medische paragraaf geschaard.

Het sleutelwoord daarbij is proportionaliteit en wel op drie gebieden:

- Moet er eigenlijk wel een medisch traject worden gestart?
- En zo ja, welke medische gegevens zijn dan echt nodig?
- En wat mag de medisch adviseur daarover dan communiceren met de schadebehandelaar?

Mr. F. Theo
Kremer
Directeur PIV



Fotograaf: Anneke Kim

In deze medische paragraaf worden voor al deze vragen goede handvatten gegeven.

Een andere interessante ontwikkeling is het werken met één medisch adviseur. In dat kader loopt een aantal pilots die er veelbelovend uitzien. Waar het vooral om gaat, is het altijd op de loer liggende conflict tussen de betrokken medisch adviseurs tegen te gaan. Met andere woorden: als er dan toch een medisch traject moet komen (wat dus echt geen automatisme moet zijn) dan moet dat pad niet alleen geëffend worden, maar er moet ook een goede bewegwijzering zijn. Ik denk dat ons dat gaat lukken.

Zo moet er ook een doorbraak komen in het digitale berichtenverkeer tussen verzekeraars en

>

- > belangenbehartigers, met als belangrijk onderdeel het door het slachtoffer op zijn eigen pc kunnen inzien hoe het staat met zijn schaderegeling. Ook daarvoor zijn - wellicht nog wat aarzelend, maar toch - in december 2011 in een door het PIV georganiseerde expertmeeting stappen gezet. De in opdracht van het PIV ontwikkelde berichtenstandaard is nog maar het begin. Belangrijk is alle initiatieven op dit gebied zoveel mogelijk op elkaar te laten aansluiten. Ook hier zijn doorbraken nodig. Het PIV zal zijn sturende rol niet uit de weg gaan.

Wanneer er een belangenbehartiger is, zijn verzekeraars terughoudend bij het onderhouden van rechtstreekse contacten met het slachtoffer. De interpretatie van bepaalde artikelen in Bedrijfsregeling 15 zou tot deze terughoudendheid aanleiding kunnen geven.

Wanneer het om de inhoudelijke kant van de schaderegeling gaat, is dat natuurlijk een goede zaak en daar zal ook geen verandering in komen. Wanneer het echter gaat om

het informeren van een slachtoffer over het te volgen regeringsproces en de daarbij onderliggende stappen, zullen verzekeraars deze terughoudendheid in 2012 wel wat laten varen.

Daar is - nu we naar een zo transparant mogelijk regeringsproces willen streven - niets op tegen. Ik sluit niet uit dat sommige partijen ook hier een doorbraak zien (en dan misschien wel in de ongunstige betekenis van het woord). Dat zou jammer zijn.

De sleutelwoorden voor 2012 zullen communicatie en vertrouwen zijn en de toonzetting een wezenlijke factor. Het is geen toeval dat het thema voor de PIV Jaarconferentie 2012 luidt *“Een andere toon in de letselschaderegeling”*.

Voor 2012 spreek ik de wens uit dat we als gehele branche op dezelfde toonhoogte komen te zitten. Dat zou pas echt een doorbraak zijn.

"Ongelogen"

Met de start van het nieuwe jaar zullen weer de nodige goede voornemens gemaakt zijn. Een goed voornemen kan zijn om in 2012 niet te zullen liegen. Maar wanneer is iets eigenlijk gelogen? Het ontlokt een glimlach dat juist een advocaat hiervoor recentelijk een 'Liegladder' heeft bedacht.

Mr. H.J. van der Velden schreef een boekje vol anekdotes over leugens in verschillende gradaties. Het verschilt immers van mens tot mens wat als acceptabele reden om te liegen wordt beschouwd. Al lezend in de Liegladder herinnerde ik mij een lezing van prof. mr. C.J.M. Klaassen van de Radboud Universiteit Nijmegen. Zij verwonderde zich er over, dat in de personenschaderegeling zo vaak zwart tegenover wit wordt geplaatst. De toehoorders werden aangespoord om - teneinde tot een gezamenlijke oplossing te komen - eens wat meer in het grijze gebied te gaan speuren. 'De waarheid' zal zich de ene keer in een lichtere, een andere keer in een wat donkerder grijs tinten tonen. Ook de Liegladder heeft gradaties van licht naar donker grijs. Van onwaarheid spreken zonder het te weten, via dingen weglaten om zo goed mogelijk voor de dag te komen, naar dingen proberen goed te praten. Zo klauter je naar trede zeven: de keiharde leugen, die louter om eigen gewin wordt gemaakt. Een aardig bedenkfel, die Liegladder, door mr. Van der Velde neergezet vanuit het besef dat we in een maatschappij leven waarbinnen we elkaar moeten kunnen vertrouwen, maar waarin je jezelf ervan bewust moet zijn dat mensen kunnen liegen. De kunst is iemands beweegreden achter een grotere of kleinere leugen boven water te krijgen.

De op 21 december 2011 gestaakte bekerwedstrijd Ajax-AZ leverde ook mooie voorbeelden van de nuances binnen de leugen. Zo trok de advocaat van hooligan Wesley van W. aanvankelijk in twijfel of zijn cliënt AZ-keeper Esteban überhaupt wel een trap wilde geven. Als advocaat leg je de waarheid op een voor je cliënt zo positief mogelijke manier uit, zo leert de Liegladder ons al. Zelfs wanneer alle beelden en getuigenverklaringen wijzen op een gerichte actie tegen de keeper. De keeper die vervolgens conform een strikte uitleg van de spelregels ook nog eens de rode kaart kreeg. AZ stapte na het incident van het veld. Dat had ze de wedstrijd kunnen kosten. AD-columnist Sjoerd Mossou analyseerde scherp dat AZ juridisch gezien een buitengewoon handige zet deed, door als (enige) reden voor het opstappen te geven, dat de spelers zich niet meer veilig voelden. *"De suggestie dat AZ bovenal het veld afliep uit woede over de rode kaart voor Esteban, is daarmee automatisch gestoeld op perceptie."*

Zelf kreeg ik ooit in de Efteling niet de kans om te liegen. We waren op pad met een voetbalteam van net twaalfjarige jongens en sloten de dag af met het legendarische sprookjesbuffet. Vanaf 12 jaar was het buffet tien euro duurder. Toen de ober de leeftijdsvraag stelde, riep een van de spelertjes apentrots: *"wij zijn al twaalf meneer!"* De ober hield de sprookjessfeer er echter in, door aan de jongens voor te stellen om ten gunste van hun ouders nog één keer net te doen alsof ze elf waren. Die ober toonde ondernemerschap en begreep hoe je tevreden klanten voor het leven kweekt. Een leugen is niet altijd nodig om een voordeel te behalen. Ook eerlijkheid wordt weleens beloond.

In zijn afscheidsrede aan de Erasmus Universiteit Rotterdam (EUR) wees prof. mr. Han Wansink in november 2011 op de algemene wetenschap van het bestaan van 'modale fraude'. Hij noemde als voorbeeld fraude op reisverzekeringen met zonnebrillen of leren jassen die niet in de bagage zaten. De professor gaf een helder betoog over onder meer de financiële waarborgen die het collectief van verzekerden aan de kwetsbare eenling biedt. Als claimbeoordelaars moeten we sociaal met die kracht en die kwetsbaarheid omgaan. Het gaat er ook om dat je als verzekeringsbranche helder communiceert over dat soort zaken. In een volgend nummer zal een interview met deze gewaardeerde emeritus hoogleraar verschijnen.

Voor wat dit nummer betreft wil ik attenderen op het verslag dat twee studentes maakten van een interessant seminar van de EUR dat jaarlijks onder het voorzitterschap van Wansink plaatsvindt. Een van de aardigheden van dat seminar is de diversiteit van de deelnemers: advocaten en andere belangenbehartigers, medewerkers van verzekeraars, hoogleraren van meerdere universiteiten, maar ook veel studenten die in de *master* fase van hun rechtenstudie zitten en vertegenwoordigers van de rechterlijke macht, waaronder raadsheren uit de Hoge Raad. Laatstgenoemden geven vanzelfsprekend 'Het Geheim van de Raadskamer' niet prijs, maar participeren wel actief in de discussie. Ook door de mogelijkheden die de forumzaal biedt, is dit seminar een uitstekende gelegenheid voor interactie tussen al deze groepen deelnemers. Misschien een goed voornemen voor het seminar in december 2012: van tevoren zorgen voor een aantal goed voorbereide vertegenwoordigers uit al deze geledingen en daarmee anticiperen op nog meer constructieve communicatie over en weer tussen de deelnemers.

Armand Blondeel, voorzitter Redactieraad PIV-Bulletin

Buitengerechtelijke kosten en de dubbele redelijkheidstoets



Mr. M.F. Lameris
Marree en Dijkhoorn Advocaten

Discussie over buitengerechtelijke kosten: het is bepaald niets nieuws. Niet voor niets is het meer dan tien jaar geleden dat het PIV begon met het onderzoeken van mogelijkheden om dergelijke, niet altijd even verkwikkelijke, discussies te voorkomen. Een en ander heeft geresulteerd in de PIV-Overeenkomst buitengerechtelijke kosten, waarbij meer dan twintig kantoren van belangenbehartigers en evenzoveel verzekeraars zijn aangesloten.

Met de niet bij deze overeenkomst aangesloten partijen steekt de discussie over buitengerechtelijke kosten (BGK) echter nog regelmatig de kop op. Een eenvoudige zoekopdracht op de PIV site leert dat alleen in 2011 al talloze keren de omvang van de buitengerechtelijke kosten van het slachtoffer ter discussie is gesteld door de verzekeraar van de aansprakelijke. En dat zijn dan nog de discussies die in rechte gevoerd zijn: men kan slechts gissen naar hoe vaak dit debat ook buiten rechte gevoerd wordt. Duidelijk is in ieder geval dat verzekeraars regelmatig - en misschien wel steeds vaker - bezwaren hebben tegen (oplopende) kosten van vooral juridische bijstand in letselschadezaken. De vraag is echter: deelt de rechter deze bezwaren? In dit artikel zal ik aan de hand van achttien in 2011 gewezen uitspraken van feitenrechters de vraag behandelen hoe in de rechtspraak wordt omgegaan met buitengerechtelijke kosten. Hierbij betracht ik geen volledigheid, maar geef ik een overzicht van de argumenten die de revue zijn gepasseerd en de wijze waarop deze argumenten door de rechter zijn gewogen en beoordeeld.

Grondslag vergoeding BGK, redelijkheidstoets

Ingevolge art. 6:96 lid 2 BW komen als vermogensschade mede voor vergoeding in aanmerking (kort gezegd) redelijke kosten die gemaakt zijn ter voorkoming of beperking

van schade; ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid; en ter verkrijging van voldoening buiten rechte. Hiervan worden uitgesloten kosten die als proceskosten moeten worden aangemerkt. Over de vraag of bepaalde kosten als proces- of buitengerechtelijke kosten moeten worden aangemerkt valt het nodige op te merken¹. Die discussie zal ik in dit artikel echter laten voor wat zij is. Van belang is dat art. 6:96 BW geen zelfstandige grondslag voor schadevergoeding biedt. Met andere woorden: vast dient te staan dat er sprake is van een aansprakelijkheidsscheppende gebeurtenis, evenals van causaal verband tussen die gebeurtenis en de schade (in dit geval: de gemaakte kosten). Nota bene: het recht van subrogatie van art. 7:962 BW biedt geen zelfstandig verhaalsrecht (het gaat immers om overgang van een bestaande vordering). Met het oog hierop kan er verschillend gedacht worden over de vraag of expertise- en incassokosten van de gesubrogeerde of gecedeerde verzekeraar voor vergoeding in aanmerking komen. De opvatting lijkt intussen redelijk vaste voet aan de grond gekregen te hebben dat door een verzekeraar gemaakte kosten voor vergoeding in aanmerking komen, indien het kosten betreft die de verzekerde zelf in redelijkheid ook zou hebben moeten maken en die (dus) niet als algemene bedrijfskosten van de verzekeraar kunnen worden aangemerkt².

Alle in art. 6:96 lid 2 BW genoemde kosten dienen, aldus het artikel, 'redelijk' te zijn, en dat is nu juist waar de discussie in veel gevallen om draait. Hierbij is (en was ook al onder het oude recht) van belang of het maken van kosten in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs verantwoord is. Niet vereist is dat het maken van kosten ook noodzakelijk is. Een en ander is bij herhaling door de Hoge Raad bevestigd³. Deze redelijkheidstoets valt, zo wordt aangenomen, in twee delen uiteen, reden waarom in de regel gesproken wordt van de 'dubbele' redelijkheidstoets. Ten eerste dient het maken van kosten redelijkerwijs verantwoord te zijn; ten tweede dient ook de omvang van de kosten redelijk te zijn⁴. In hoeverre aan beide voorwaarden is voldaan, zal door de feitenrechter van geval tot geval moeten worden beoordeeld.

Sub a: kosten ter voorkoming en beperking van schade

Dergelijke kosten worden in de regel gemaakt om (meer) zaakschade, vervuiling of hinder te voorkomen. Het betreft dan kosten van (nood)reparatie, berging en reiniging. In letselschadezaken zou gedacht kunnen worden aan het inschakelen van arbeidsdeskundige of medische begeleiding, evenals juridische bijstand in het geval er geschillen met de werkgever van het slachtoffer ontstaan.

Het voeren van een procedure om erkenning te krijgen (wat immateriële schade zou moeten voorkomen) valt niet onder dergelijke kosten⁵.

Overigens is bij het beoordelen van deze categorie kosten niet van belang of de kosten al dan niet vergeefs gemaakt zijn, maar slechts dat de kosten tot het bedoelde doel zijn gemaakt en dat zij met het oog op dat doel 'redelijk' waren⁶. Beoordeeld zal daarom moeten worden in hoeverre er een reëel risico op schade bestond, evenals de aard en omvang van deze schade en de verhouding tussen de omvang van de kosten van te nemen maatregelen en de te verwachten schade.

Sub b: kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid

Bij dergelijke kosten wordt vaak gedacht aan expertisekosten van (bijvoorbeeld) medisch specialisten en accountants, maar ook kosten van juridische bijstand kunnen het karakter hebben van kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid. In de literatuur worden verschillende omstandigheden genoemd die van invloed zijn op de redelijkheid van dergelijke kosten. Men denke daarbij aan de verhouding tussen de kosten en het schadebedrag, de mate waarin een expertise nodig was om de schade vast te stellen en de vraag of een eenvoudigere (en goedkopere) mogelijkheid bestond om dit te doen⁷.

Uit vaste jurisprudentie van de Hoge Raad blijken twee gezichtspunten: enerzijds is niet vereist dat door de gebeurtenis ook daadwerkelijk schade is veroorzaakt. Uit het arrest Bravenboer/London volgt dat het maken van kosten ook redelijk kan zijn indien uiteindelijk niet komt vast te staan dat schade is geleden⁸. Anderzijds volgt uit het arrest *Smit/De Moor* dat er een aanvaardbare verhouding dient te bestaan tussen de hoofdsom en de gemaakte buitengerechtelijke kosten⁹.

Sub c: kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte

Hier moet in beginsel gedacht worden aan incassokosten: kosten die slechts zien op het verkrijgen van nakoming in gevallen waarin (de omvang van) de aansprakelijkheid en schade geen punt van discussie zijn. Hiervan zal vooral sprake zijn indien het gaat om - bijvoorbeeld - incasso van facturen. Opmerking verdient dat in het rapport Voorwerk II (te vinden op www.rechtspraak.nl) dergelijke kosten sterk aan banden zijn gelegd, in die zin dat de commissie Voorwerk aanbeveelt om de kosten in alle gevallen te matigen tot twee punten van het toepasselijke liquidatietarief, met een maximum van 15% van de hoofdsom. Deze forfaitaire vaststelling/matiging wordt in (wat ik maar zal noemen) 'handelszaken' vrij strak gevolgd door zowel rechters als advocaten/gemachtigden.

In letselschadezaken zal de discussie zich in de meeste gevallen echter juist uitstrekken tot de vaststelling van aansprakelijkheid en schade. Te denken valt aan discussies over 'eigen schuld', causaal verband en schadeomvang. Onvermijdelijk worden er echter - uiteraard - ook kosten gemaakt om de aansprakelijke (verzekeraar) tot betaling aan te sporen en die derhalve moeten worden aangemerkt als kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte.

Het onderscheid tussen vooral deze twee categorieën zal in letselschadezaken in de regel moeilijk te maken zijn. Aangezien het onderscheid tussen beide categorieën zo vaag is, wordt dit in de regel ook niet gemaakt. Daarom worden - in het bijzonder indien het juridische bijstand betreft - de 'Buitengerechtelijke kosten' als geheel gevorderd en wordt hierbij in de regel niet gespecificeerd of het gaat om kosten ter vaststelling van aansprakelijkheid en schade, of om kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte. Men gaat er overigens van uit dat dit onderscheid ook niet ter zake doet, omdat ten aanzien van beide kostenposten dezelfde en hiervoor genoemde dubbele redelijkheidstoets van toepassing is.

De dubbele redelijkheidstoets: gezichtspunten

Wat zijn nu de gezichtspunten aan de hand waarvan de feitenrechter de redelijkheid van de kosten toetst?

Hiervoor verwijs ik, als gezegd, naar achttien in 2011 gewezen uitspraken van feitenrechters. Grofweg valt de door de rechter gemaakte toets te verdelen in drie categorieën. Beoordeeld wordt, al dan niet expliciet, ten eerste of het in de gegeven omstandigheden verantwoord was om kosten te maken (het 'eerste deel' van de dubbele redelijkheidstoets). Vervolgens wordt getoetst of alle verrichte werkzaamheden (volledig) voor vergoeding in aanmerking komen, of het gehanteerde tarief redelijk is en of de verhouding tussen de schade en de kosten redelijk is (het 'tweede deel').

Overigens geldt ook hier dat deze toetsen vaker wel dan niet vloeiend in elkaar overlopen, zonder dat hiertussen expliciet een onderscheid gemaakt wordt. Het zal nog blijken dat bepaalde omstandigheden van invloed kunnen zijn op - bijvoorbeeld - zowel de redelijkheid van het tarief, als de vraag naar de verhouding tussen de schade en de kosten.

Verantwoord om kosten te maken?

In veel uitspraken wordt gerefereerd aan het arrest Bravenboer/London. Een strak gehanteerd uitgangspunt is derhalve nog altijd dat het maken van kosten op zichzelf niet onredelijk is, indien later vast komt te staan dat er geen of slechts geringe schade is geleden. In veel gevallen werd door de aansprakelijke partij ook niet ter discussie gesteld dat het redelijk was om in de gegeven omstandigheden juridische en/of medische bijstand in te schakelen. In een enkel geval is toch geoordeeld dat het maken van (verdere) kosten niet redelijk was. Dit is vooral het geval indien op enig moment (bijvoorbeeld na het inwinnen van een deskundigenbericht) voor het slachtoffer of de belangenbehartiger duidelijk had moeten zijn dat de omvang van de (aansprakelijkheid of) voor vergoeding in aanmerking komende schade nihil of gering was. In dat geval bestaat er geen grond meer voor het maken van (meer) kosten en kan het slachtoffer hiertoe in redelijkheid niet besluiten¹⁰.

In een tweetal zaken is een verweer gevoerd dat door de rechtbank (en mogelijk ook door de advocaten) is meegewogen in de discussie omtrent de redelijkheid van de kosten, maar in wezen meer een causaliteitskwestie betreft.

- > De vraag was of kosten voor vergoeding in aanmerking kwamen die gemaakt waren in verband met een dreigend ontslag of een onheuse/onredelijke bejegening door de werkgever van het slachtoffer. In beide gevallen is de rechtbank van oordeel dat schade ingeval van letsel ruim moet worden toegerekend en dat deze kosten bovendien schadebeperkend hebben gewerkt, zodat de kosten onder art. 6:96 sub a vallen en aan het causaliteitsvereiste is voldaan¹¹.

Werkzaamheden

Het slachtoffer zal aannemelijk moeten maken dat alle werkzaamheden van zijn belangenbehartiger daadwerkelijk verricht zijn, en dat deze hebben bijgedragen aan de behandeling/regeling van de schade. Is dit niet aannemelijk, dan komen de kosten niet voor vergoeding in aanmerking¹². Tevens dienen de werkzaamheden voldoende gespecificeerd en onderbouwd te zijn. Anderzijds dient een eventuele betwisting van de omvang van de werkzaamheden eveneens voldoende onderbouwd en gemotiveerd te worden¹³.

In het geval er sprake is van opvolgende belangenbehartigers, zal echter ook bezien moeten worden in hoeverre de werkzaamheden van de afzonderlijke belangenbehartigers iets 'opgeleverd' hebben: indien het tot stand komen van een (grotere) schadevergoeding het gevolg is van inspanningen van een opvolgende belangenbehartiger, kan een voorgaande belangenbehartiger hieraan geen rechten ontfangen¹⁴.

Dit soort discussies speelt uiteraard alleen indien door het slachtoffer of een belangenbehartiger alleen de kosten van die bepaalde belangenbehartiger worden gevorderd.

Bij de beantwoording van de vraag of alle verrichte werkzaamheden voor vergoeding in aanmerking komen, kan mede de opstelling van de aansprakelijke meespelen: bijvoorbeeld de vraag hoe snel aansprakelijkheid erkend is en hoe de zaak verder verlopen is (te denken valt bijvoorbeeld aan de bevoorschotting)¹⁵.

Aan de andere kant kan het feit dat in eerste instantie een te hoog schadebedrag is gevorderd ertoe leiden dat niet alle door de belangenbehartiger gevorderde uren verhaald kunnen worden op de aansprakelijke partij¹⁶.

Ook de omstandigheid dat er sprake is van eenvoudig medisch letsel waarbij de eindtoestand snel was bereikt speelt een rol. Hierna zou immers snel een regeling bereikt moeten kunnen worden¹⁷.

Met betrekking tot specifieke werkzaamheden als het bestuderen van literatuur en het vergezellen van het slachtoffer bij doktersbezoek, werd overwogen dat deze niet altijd volledig ten laste van de aansprakelijke gebracht kunnen worden¹⁸.

Tevens geldt dat kosten als het verzenden van declaraties en afwikkelingskosten onder een algemene kantooropslag (van in casu 6%) vielen, en daarom niet apart in rekening kunnen worden gebracht¹⁹.

Daarnaast is wel overwogen dat van een gespecialiseerde belangenbehartiger verwacht mag worden dat deze sneller kan werken²⁰.

Correspondentie tussen opvolgende behandelaars is door

verschillende rechtbanken verschillend beoordeeld. Zo zijn verschillende rechtbanken van oordeel dat het voor rekening van het slachtoffer komt als hij het vertrouwen in zijn belangenbehartiger verliest en overstapt²¹.

De rechtbank Utrecht oordeelde echter dat matiging van dergelijke kosten niet aan de orde is, aangezien het slachtoffer er geen verwijt van valt te maken dat zij meerdere malen een andere advocaat in had moeten schakelen omdat de eerdere advocaten niet de bijstand verleenden die het slachtoffer daarvan mocht verwachten²².

In een aantal gevallen kwam het contact tussen slachtoffers en hun belangenbehartigers aan de orde. Vooral indien het ging om veelvuldig contact werd dit door de aansprakelijke partij ter discussie gesteld. In enkele gevallen is geoordeeld dat dit contact redelijk was, in het bijzonder indien er sprake was van specifieke (dreigende) problemen²³.

In andere gevallen zijn dergelijke contacten als "*wel zeer uitgebreid*" bestempeld en oordeelde de feitenrechter dat, waar het contact meer dan noodzakelijk en redelijk is geweest, dit niet in rekening gebracht kan worden aan de aansprakelijke partij. Hierbij is tevens van belang of gebleken is dat er tussen de belangenbehartiger en zijn cliënt nog ingewikkelde kwesties moesten worden afgehandeld²⁴.

Tarief

Het uurtarief dient gerechtvaardigd te worden door de aard van de werkzaamheden, de specialisatie en ervaring van de belangenbehartiger, evenals de aard en ernst van het letsel²⁵.

Bepaalde verrichtingen, zoals het verzenden van declaraties en het verrichten van standaardwerkzaamheden (zoals het opstellen van een standaardmachtiging) komen niet voor vergoeding tegen een specialistentarief in aanmerking²⁶.

Concrete tarieven, die door de diverse rechtbanken al dan niet redelijk geacht werden, lopen uiteen.

Een basistarief van € 255 werd door Rechtbank Zutphen redelijk geacht voor een advocaat; vermeerdering met een specialisatiefactor van 1,4 niet, mede aangezien de omvang van de schade (nog) niet vaststond. Hierbij werd tevens overwogen dat het beleid van de verzekeraar niet bepalend is voor de redelijkheid van het uurtarief²⁷.

Een enkele keer zocht een rechtbank aansluiting bij het advies van de Vereniging van Advocaten voor Slachtoffers van Personenschade (ASP) en werd een uurtarief van € 237,60 exclusief kantoorkosten en BTW redelijk geacht, terwijl het belang van de zaak nog niet vaststond²⁸.

In een geval waarin de belangenbehartiger geen advocaat was (maar naar eigen zeggen wel een zeer ervaren expert op letselschadegebied) werd een tarief van € 250 niet redelijk geacht. Hiermee hing samen dat de werkzaamheden nog slechts zagen op de schadevaststelling, waarbij zich geen lastige juridische problemen meer voordeden, en hierover ook niet uitvoerig was gecorrespondeerd. Nu er geen sprake was van substantiële inhoudelijke werkzaamheden was een hoog specialistentarief niet op zijn plaats en werd dit gematigd tot € 200²⁹.

Rechtbank Arnhem achtte een (basis)tarief van € 210

inclusief kantoorkosten, exclusief omzetbelasting redelijk in een zaak die enkel zag op de vaststelling van de omvang van de schadevergoedingsplicht (in verband met een eigen schuldverweer) in een op zichzelf niet gecompliceerde verkeersaansprakelijkheidzaak. Gezien deze omstandigheden achtte de rechtbank een specialisatiefactor niet op zijn plaats³⁰.

In een enkel geval woog de rechtbank in de beoordeling mee dat de inhoudelijke discussie door medisch specialisten werd gevoerd, de belangenbehartiger zich beperkte tot het doorsturen van brieven/reacties en al snel nadat de bevindingen van de medisch specialisten bekend waren gezocht is naar een pragmatische oplossing. Een uurtarief van € 250 werd voor dergelijke werkzaamheden te hoog geacht³¹. Ook eenvoudige secretariaatswerkzaamheden die op administratief niveau kunnen worden uitgevoerd, zoals het doorzenden van ingekomen brieven, kunnen niet in rekening worden gebracht tegen het specialistentarief³². In een geschil inzake discussie over een gezamenlijk arbeidsdeskundigenrapport oordeelde de rechtbank Amsterdam dat een dergelijke zaak zich bij uitstek leent voor gespecialiseerde rechtsbijstand met het bijbehorende specialistentarief. Zij achtte een tarief van € 291 exclusief 5% kantoorkosten en 19% BTW niet bovenmatig³³. Een enkele keer zag de discussie ook op reiskosten en/of reistijd. Een reiskostenvergoeding van € 1 per kilometer werd onredelijk geacht. Deze werd fors gematigd. Het in rekening brengen van reistijd is niet in alle gevallen redelijk, althans niet de volledige reistijd tegen het volledige specialistentarief. Het tarief voor reisen werd door de rechtbank gematigd tot de helft van het specialistentarief (dat op zijn beurt tot een redelijk tarief gematigd was)³⁴.

Verhouding hoofdsom en BGK

Veel rechtbanken verwijzen, al dan niet expliciet, naar het arrest Smit/De Moor. Een leidend uitgangspunt is derhalve nog altijd dat er een aanvaardbare verhouding tussen de kosten van rechtsbijstand en de hoofdsom dient te bestaan. Niet ondenkbaar is dat er in verhouding met de hoofdsom erg veel kosten gemaakt zijn, maar het ligt dan op de weg van het slachtoffer om feiten en omstandigheden te stellen waaruit volgt dat de kosten toch redelijk zijn³⁵. Van een mogelijke wanverhouding is vooral sprake, indien de buitengerechtelijke kosten de vordering nagenoeg evenaren of overtreffen. Het (enkel) moeten rappelen van de aansprakelijke partij is hiervoor op zichzelf niet voldoende, zelfs indien het om herhaaldelijke rappels gaat. Dergelijke omstandigheden zouden er wel uit kunnen bestaan dat het een inhoudelijk lastige zaak en/of ernstig letsel betreft³⁶.

Ook in dit verband wordt wel meegewogen dat aansprakelijkheid snel erkend is, dat er geen uitgebreide inhoudelijke discussie of correspondentie gevoerd is en dat de schadeafwikkeling “niet veel om het lijf had”³⁷.

In een enkel geval werd bovendien door de rechtbank overwogen dat een gespecialiseerde letselschadebehandelaar ervoor dient te waken dat zijn kosten niet tot in het ongerijmde oplopen³⁸.

In een aantal zaken zijn de buitengerechtelijke kosten direct beoordeeld op hun verhouding met de hoofdsom. Zo werd bij een schade van € 10.000 (gesteld, maar niet gebleken was dat deze schade nog hoger zou uitvallen) een ‘succesfee’ en een door de verzekeraar betaald bedrag van € 5698,73 na aftrek van kosten voor deskundigen, toereikend geacht voor de kosten van juridische bijstand³⁹. Rechtbank Den Haag was van oordeel dat niet alleen de verhouding tussen de schade en de kosten, maar ook de aard van de schade, de aard van de werkzaamheden en de complexiteit van de zaak moet worden beoordeeld. Daarbij kan de PIV-staffel niet als uitgangspunt dienen wanneer de belangenbehartiger geen deelnemer is aan deze overeenkomst. De hoogte van eventueel verstrekte voorschotten is hierbij evenmin van belang, omdat dit niets zegt over de omvang van de totale schade⁴⁰. Wel werd in een enkel geval aangehaakt bij c.q. een vergelijking gemaakt met de staffel buitengerechtelijke incassokosten sector kanton (zie www.rechtspraak.nl) ter toetsing van de redelijkheid van de omvang van de buitengerechtelijke kosten⁴¹.

Conclusie en beschouwing

Bedacht dient te worden dat de besproken uitspraken allen zien op specifieke gevallen en de rechter zijn uitspraak moet baseren op wat partijen gesteld hebben. Aangezien geen twee zaken hetzelfde zijn, kan er altijd sprake zijn van (bijzondere) omstandigheden van het geval die het maken van omvangrijke kosten wel, of juist niet, rechtvaardigen. Een rode draad is echter wel te ontdekken.

In letselschadezaken staat zelden tot nooit ter discussie of een slachtoffer redelijkerwijs (juridische) specialistische bijstand in de arm mag nemen. Dit lijkt mij terecht: de complexe juridische en medische problemen die in een letselschadezaak een rol (kunnen) spelen maken dat een slachtoffer niet zonder specialistische bijstand kan. Mocht echter op enig moment komen vast te staan dat er geen, of slechts een zeer beperkt recht op schadevergoeding bestaat, dan dient er redelijkerwijs een rem op het maken van (verdere) kosten worden gezet. Ook dit is mijns inziens niet meer dan redelijk: de belangen van de aansprakelijke gestelde partij mogen immers evenmin uit het oog verloren worden als die van het slachtoffer. Evenmin zal het verbazing wekken dat de door de belangbehartiger uitgevoerde werkzaamheden, evenals een eventuele betwisting daarvan, concreet onderbouwd dienen te worden. Dit is niet meer dan een logisch uitvloeisel van ons civiele procesrecht. In ieder geval zal duidelijk moeten worden of de werkzaamheden hebben bijgedragen aan de afwikkeling van deze schade, wil er sprake zijn van in redelijkheid gemaakte kosten. Hierbij speelt de opstelling van beide partijen uiteraard een niet onbelangrijke rol. Wordt er teveel geëist en moet het slachtoffer achteraf inbinden, dan zal gemakkelijker geoordeeld kunnen worden dat (een deel van) de hieraan bestede werkzaamheden voor zijn eigen rekening moet blijven. Werkt de aansprakelijke partij echter (ten onrechte) niet of slecht mee, dan zullen er logischerwijs meer werkzaamheden moeten worden verricht om genoegdoening te krijgen.

- > Of de werkzaamheden geheel voor vergoeding in aanmerking komen, is tevens afhankelijk van de aard en ernst van het letsel en de juridische discussie. Hoe ‘eenvoudiger’ een zaak is, des te eenvoudiger zou het in beginsel moeten zijn om deze snel af te wikkelen. Ook hierop is mijns inziens niets af te dingen.

Zelf zou ik meer voorzichtigheid (dan enkele rechtbanken hebben gedaan) willen bepleiten bij contacten en correspondentie tussen de belangenbehartiger en zijn cliënt, evenals tussen opvolgende belangenbehartigers. Weliswaar kunnen er concrete rechtvaardigingsgronden aanwezig zijn voor veelvuldig en/of langdurig contact tussen de belangenbehartiger en zijn cliënt, maar de enkele persoonlijke behoefte van het slachtoffer aan contact zou hierbij in mijn ogen niet te zwaar mogen wegen. De werkzaamheden van de belangenbehartiger dienen immers bij te dragen aan het afwikkelen van de zaak. Van het slachtoffer en zijn belangenbehartiger mag mijns inziens dan ook verwacht worden dat hun contacten daartoe beperkt blijven. Vooral de belangenbehartiger heeft op dit punt een verantwoordelijkheid om de kosten op een aanvaardbaar niveau te houden.

Wat het inschakelen van een andere belangenbehartiger betreft: uiteraard moet het een slachtoffer vrijstaan om hiertoe over te gaan, indien de dienstverlening (in zijn ogen) te wensen overlaat. Een andere vraag, die mijns inziens ontkennend moet worden beantwoord, is of de extra kosten die hiermee onvermijdelijk gepaard gaan, voor rekening van de aansprakelijke partij moeten komen. Indien het slachtoffer een ongelukkige keuze heeft gemaakt of de belangenbehartiger zijn werk niet naar behoren heeft gedaan, treft de aansprakelijke partij hiervan immers geen verwijt.

De door de verschillende rechtbanken redelijk geachte tarieven lopen uiteen, maar ook hier speelt een belangrijke rol hoe ingewikkeld de zaak is en welke werkzaamheden er verricht zijn. Mijns inziens terecht is in een aantal gevallen geoordeeld dat bepaalde werkzaamheden ook aan minder gekwalificeerd (en derhalve lager getarifeerd) personeel kunnen worden overgelaten. In mijn ogen zou meer aandacht dan nu het geval lijkt te zijn besteed mogen worden aan de vraag of de belangenbehartiger al dan niet een advocaat is, en hoe gekwalificeerd/ervaren de betreffende belangenbehartiger is.

Tenslotte wordt in de rechtspraak stevig vastgehouden aan het beginsel dat er een aanvaardbare verhouding tussen de kosten en de hoofdsom dient te bestaan. Ook hiervan kan uiteraard onder bijzondere omstandigheden worden afgeweken, maar deze omstandigheden zal het slachtoffer dan wel aannemelijk moeten maken. Ik deel de opvatting dat op dit punt niet kan worden volstaan met een verwijzing naar de PIV-staffel of het beleid van een verzekeraar; aan de andere kant zijn dit echter wel aanwijzingen voor wat als een redelijke verhouding tussen de kosten en de hoofdsom kan worden beschouwd. Zaken als de PIV-staffel en het ASP-advies zijn in mijn ogen niet doorslaggevend, maar ook helemaal zonder belang.

Moeilijker is de vraag of ook de verhouding tussen de betaalde voorschotten en de schade aanvaardbaar dient te

zijn, maar ik ben geneigd deze vraag ontkennend te beantwoorden. Immers, de voorschotten zeggen niet per definitie iets over de omvang van de totale schade en dat is wat uiteindelijk van belang is. Bovendien zullen, ook als het gaat om schadevergoeding in letselschadezaken, de kosten vaak voor de baten uitgaan. Als aannemelijk gemaakt kan worden dat de voorschotten de schade (nagenoeg) dekken, ligt dit uiteraard anders.

Discussies over buitengerechtelijke kosten zijn nog altijd aan de orde van de dag, ondanks de initiatieven die zijn ondernomen om deze te vermijden. De besproken uitspraken geven mij het gevoel dat er door belangenbehartigers te vaak vanuit gegaan wordt dat hun kosten, hoe hoog en voor welke werkzaamheden ook, zonder meer vergoed dienen te worden. Daarentegen wordt door verzekeraars (te) snel gewezen op de (wan)verhouding tussen de schade en de kosten. De waarheid ligt, zoals zo vaak, in het midden. Verzekeraars zullen moeten accepteren dat in bepaalde gevallen veel kosten zijn gemaakt terwijl de schade uiteindelijk beperkt blijkt te zijn. Aan de andere kant mag van belangenbehartigers wel degelijk verwacht worden dat zij hun kosten en werkzaamheden beperken tot wat daadwerkelijk bijdraagt aan de afwikkeling van de schade, en dat zij deze niet tot onaanvaardbare hoogten laten oplopen.



- ¹ Verwezen zij naar onder meer het rapport Voorwerk II (te vinden op www.rechtspraak.nl), onder 2 en 8, de noot van A-G Brunner onder HR 3 april 1987, NJ 1988, 275 en *Parl. Gesch. Inv. Wijziging Rv*, p. 36.
- ² Zie o.m. Asser/Clausing & Wansink 5-VI 2007, nr. 432; HR 5 december 1997, NJ 1998, 400; HR 31 mei 2002, NJ 2004, 161; en HR 9 juli 2004, NJ 2004, 572.
- ³ O.m. HR 23 januari 1987, NJ 1987, 555 en HR 11 juli 2003, NJ 2005, 50 (Bravenboer/London).
- ⁴ Vgl. HR 16 oktober 1998, NJ 1999, 196.
- ⁵ Vgl. HR 9 oktober 1998, NJ 1998, 853 (Jeffrey).
- ⁶ *Parl. Gesch.* 6, p. 334-335.
- ⁷ R.A. Salomons, *Schadevergoeding: zaakschade* (Monografieën Nieuw BW, B 38), Deventer 1993, nr. 15.
- ⁸ HR 11 juli 2003, NJ 2005, 50 (Bravenboer/London).
- ⁹ HR 9 december 1994, VR 1995, 115.
- ¹⁰ Rb. Zwolle-Lelystad 21 september 2011, 171320/HA ZA 10-641 (ongepubl) en Rb. Breda 2 mei 2011, LJN BQ3210.
- ¹¹ Rb. Den Haag 26 oktober 2011, LJN BU 3870 en Rb. Breda 22 augustus 2011, LJN BR7054.
- ¹² Rb. Zwolle-Lelystad 21 september 2011, 171320/HA ZA 10-641 (ongepubl).
- ¹³ Rb. Breda 3 januari 2011, LJN BO9631.
- ¹⁴ Rb. Utrecht 17 augustus 2011, LJN BR4741.
- ¹⁵ Rb. Breda 23 november 2011, LJN BU6810; Rb. Arnhem 29 april 2011, 718227/CV EXPL 10-8627 (ongepubl); en Hof Arnhem 12 april 2011, LJN BQ1690.
- ¹⁶ Rb. Rotterdam 8 juli 2011, 1198851/CV EXPL 11-1982 (ongepubl).
- ¹⁷ Hof Arnhem 12 april 2011, LJN BQ1690.
- ¹⁸ Rb. Breda 23 november 2011, LJN BU6810.
- ¹⁹ Rb. Den Bosch 28 juli 2011, LJN BR5000.
- ²⁰ Rb. Breda 3 januari 2011, LJN BO9631.
- ²¹ Rb. Den Bosch 28 juli 2011, LJN BR5000 en Rb. Haarlem 12 mei 2011, LJN BQ4765.
- ²² Rb. Utrecht 23 maart 2011, LJN BQ 0094.
- ²³ Rb. Den Haag 26 oktober 2011, LJN BU 3870.
- ²⁴ Rb. Den Bosch 28 juli 2011, LJN BR5000 en Hof Arnhem 12 april 2011, LJN BQ1690.
- ²⁵ Rb. Breda 3 januari 2011, LJN BO9631.
- ²⁶ Rb. Zwolle-Lelystad 21 september 2011, 171320/HA ZA 10-641 (ongepubl).
- ²⁷ Rb. Zutphen 17 november 2010, LJN BU6835.
- ²⁸ Rb. Rotterdam 8 april 2011, LJN BQ1679.
- ²⁹ Rb. 's-Hertogenbosch 28 juli 2011, LJN BR5000.
- ³⁰ Rb. Arnhem 7 februari 2011, LJN BP5963.
- ³¹ Rb. Arnhem 29 april 2011, 718227/CV EXPL 10-8627 (ongepubl).
- ³² Rb. Den Bosch 28 juli 2011, LJN BR5000 en Rb. Arnhem 29 april 2011, 718227/CV EXPL 10-8627 (ongepubl).
- ³³ Rb. Amsterdam 20 januari 2011, LJN BQ1537.
- ³⁴ Rb. Den Bosch 28 juli 2011, LJN BR5000.
- ³⁵ Rb. Breda 23 november 2011, LJN BU6810, Rb. Rotterdam 8 juli 2011, 1198851/CV EXPL 11-1982 (ongepubl) en Rb. 's-Hertogenbosch 26 mei 2011, 719021 10-10440 (ongepubl).
- ³⁶ Rb. Rotterdam 8 juli 2011, 1198851/CV EXPL 11-1982 (ongepubl) en Rb. Den Bosch 26 mei 2011, 719021 10-10440 (ongepubl).
- ³⁷ Rb. Den Bosch 26 mei 2011, 719021 10-10440 (ongepubl) en Rb. Haarlem 12 mei 2011, LJN BQ4765.
- ³⁸ Rb. Den Bosch 26 mei 2011, 719021 10-10440 (ongepubl).
- ³⁹ Rb. Utrecht 17 augustus 2011, LJN BR4741.
- ⁴⁰ Rb. Den Haag 26 oktober 2011, LJN BU 3870.
- ⁴¹ Rb. Den Bosch 26 mei 2011, 719021 10-10440 (ongepubl).

Intensieve PIV Audit voor behoud van het Keurmerk Klantgericht Verzekeren

PvS



Keurmerk Klantgericht Verzekeren

In het najaar van 2011 onderging een eerste groep aansprakelijkheidsverzekeraars de vernieuwde PIV Audit. Daarmee werd getoetst of zij aan de normen van de Stichting toetsing verzekeraars (Stv) voldeden voor het behoud van het Keurmerk Klantgericht Verzekeren. De PIV Audit wordt al sinds 2004 in praktijk gebracht, maar de verbeterpunten die er nu uit voortvloeien, zijn niet langer vrijblijvend. Het is erop of eronder voor de verzekeraars die het keurmerk willen behouden.

Het Keurmerk Klantgericht Verzekeren staat voor de kwaliteit van dienstverlening en klantgerichtheid van een verzekeraar. Een verzekeraar die het keurmerk aanvraagt, ondergaat eerst een initiële beoordeling door de Stv. Is die initiële beoordeling positief, dan ontvangt de verzekeraar het keurmerk. Na een jaar wordt de verzekeraar opnieuw beoordeeld op het naleven van de normen. Bij die beoordeling wordt na een jaar voor de eerste keer getoetst of de letselschadebehandeling van aansprakelijkheidsverzekeraars aan de gestelde normen voldoet. Voor deze toetsing kunnen verzekeraars - ook verzekeraars die niet bij het PIV zijn aangesloten - van de PIV Audit gebruikmaken. Deze audit voldoet qua opzet en uitvoering aan de vereisten van de Stv. Het PIV geeft op basis van de uitkomsten van de audit een PIV beoordeling af. Deze toetsing of de letselschadebehandeling aan de gestelde normen voldoet, vindt iedere twee jaar plaats. Na elke toetsing besluit het bestuur van de Stv of de verzekeraar het keurmerk mag behouden of dat het wordt ingetrokken.

Prestatie-indicatoren

Volgens de nieuwe normen van de Stv, die per 1 januari 2012 zijn ingegaan, moet de verzekeraar die letselschaden behandelt, ingeschreven zijn in het Register Gedragscode Behandeling Letselschade (GBL) van De Letselschade Raad. In het verlengde hiervan moet de verzekeraar letselschaden in overeenstemming met de GBL behandelen en moet hij bovendien hoge kwaliteit leveren en continu naar verbetering streven. De verzekeraar moet zich daarbij in elk geval aan een aantal prestatie-indicatoren houden. Deze prestatie-indicatoren zijn vastgesteld in overleg tussen de Stv en het PIV en hebben betrekking op kwaliteit, waarbij het gaat om zaken als

- opleidingen en permanente educatie;
- het informeren van het slachtoffer, tijdige uitbetaling;
- het vastleggen van acties en afspraken;

- een strikt afgescheiden behandeling van het medisch traject);
- klanttevredenheid (over de totale schadebehandeling, de communicatie, de informatieverstrekking en de voortvarendheid in de aanpak) en doorlooptijden (gelet op de start van de letselschadebehandeling vanaf de melding bij de verzekeraar;
- de beoordeling van de aansprakelijkheid; en
- de evaluatie bij een looptijd langer dan twee jaar).

Behoorlijke inspanning

De audit waarin al deze prestatie-indicatoren worden beoordeeld, vindt vanzelfsprekend niet op een achternamiddag plaats. Van de keurmerkverzekeraars wordt op het punt van de letselschadebehandeling een behoorlijke inspanning gevraagd. Rachel Dielen - namens het PIV betrokken bij de audits - legt uit dat de verzekeraars voorafgaande aan de audit beleidsdocumentatie moeten aanleveren, evenals dossierinformatie over doorlooptijden, en dat zij vragenlijsten moeten invullen. De verstrekte informatie wordt steekproefsgewijs gecontroleerd. De audit zelf, die het PIV samen met bedrijfskundig adviesbureau Q-Consult heeft ontwikkeld en ook uitvoert, neemt twee dagen in beslag. "Dat zijn twee behoorlijk volle dagen", aldus Rachel Dielen. "De eerste dag wordt vooral een inspanning van de medewerkers gevraagd. Zij worden geïnterviewd en moeten een dossieronderzoek doen. De tweede dag hebben we gesprekken met het management en geven we een terugkoppeling van de resultaten. Ook geven we dan een indicatie hoe ze ervoor staan met betrekking tot het keurmerk." Reinie Voragen - manager letsel bij Nationale-Nederlanden - beaamt dat de audit een behoorlijke inspanning vergt. Ze zegt: "Toen ik zag wat er allemaal voor het keurmerk werd vereist, had ik er een hard hoofd in. Dat was best veel. De gedragscode is natuurlijk niet nieuw, maar als je op de afzonderlijke onderdelen gaat inzoomen en nagaat wat je daarvan in beleidsdocumenten hebt vastgelegd ... Aan de andere kant merkten we tijdens de voorbereiding dat we bepaalde zaken wel op papier hadden



staan, maar in hoeverre we die in onze genen hadden zitten en gewend waren om te monitoren, dat was dan weer een tweede. Ik vond het een heel intensief traject, het heeft heel veel tijd gekost, maar we hebben er veel van geleerd.”



Als een diploma

De letselschadeafdeling van Nationale-Nederlanden onderging in september 2011 de PIV Audit, waarna in oktober nog een aantal verbeteracties werd ondernomen. Begin november kon het PIV de Stv positief adviseren omtrent de letselschadebehandeling door Nationale-Nederlanden. In het verleden was Nationale-Nederlanden al eens eerder door het PIV geauditeerd, maar dat was alweer drie jaar geleden. Daarna kon de letselschadeafdeling zelf al op voorhand redelijk inschatten welke verbeteracties uit een audit zouden voortvloeien. Ook andere maatschappijen waren hiertoe in staat nadat ze een of twee keer vrijwillig aan de PIV Audit hadden meegedaan. Reinie Voragen: *“Natuurlijk hechten we veel waarde aan de mening van een instantie als het PIV over onze dienstverlening. Op het moment dat daar het keurmerk aan vastzit, krijgt het wel meer gewicht. Het voelde ook voor de medewerkers in mijn team alsof we voor een diploma opgingen.”* Overigens geldt voor alle aansprakelijkheidsverzekeraars die in het najaar aan de PIV Audit ten behoeve van het keurmerk hebben meegedaan, dat ze al of niet na verbeteracties een positieve beoordeling van het PIV hebben gekregen.

Verplicht verbeteren

Verzekeraars die voor het keurmerk opgaan, zijn verplicht de verbeteracties uit te voeren die uit de audit voortvloeien. Bij de tot nu toe uitgevoerde audits hadden deze vooral betrekking op de vastlegging van het behandelproces in beleidsdocumenten (opdat schadebehandelaars er geen eigen procedures op nahouden), het toezenden aan slachtoffers, of het digitaal beschikbaar stellen, van de vereiste folder over het behandelproces en een evenzeer actieve informatieverstrekking daarna (ook als het slachtoffer een belangenbehartiger in de arm heeft genomen), de afstemming van het behandelproces (wie doet wat en wanneer, met name in langer lopende zaken), de afstemming van gemaakte afspraken (bijvoorbeeld door rapporten van buitendienstmedewerkers ook naar het slachtoffer en de belangenbehartiger toe te sturen) en het triage-onderzoek. Over dit laatste punt zegt Rachel Dielen: *“Bij zaken die langer dan twee jaar lopen, wordt vanuit de Gedragscode Behandeling Letselschade verlangd dat die worden geëvalueerd. Dan moet worden bekeken of het terecht is dat zo’n zaak nog loopt en welke acties nodig zijn om er in ieder geval voortgang in te houden. Bij veel maatschappijen zien we wel het beleid dat dossiers na een bepaalde looptijd naar een andere behandelaar overgaan, maar dan wordt niet expliciet naar de oorzaak van die lange looptijd gezocht en daar de strategie op afgestemd. Voor bijna alle maatschap-*

pijen was dit een aandachtspunt.” Nog een belangrijk verbeterpunt betreft de strikt gescheiden behandeling van het medisch traject. Rachel Dielen: *“Bij de meeste maatschappijen is dat op zich goed geregeld, maar door de digitalisering ervan kan het toch nog misgaan als belangenbehartigers medische informatie niet in een gesloten envelop toesturen. De postkamer scant deze stukken dan met de brief mee en vervolgens kan het lastig zijn, afhankelijk van de bevoegdheden en dergelijke, om die medische informatie weer uit het digitale dossier te halen. Het is daarom belangrijk dat belangenbehartigers medische informatie in een gesloten envelop ter attentie van de medisch adviseur toesturen, zodat het in de postkamer al meteen goed gaat.”*

Belangrijke toets

Ook uit deze verbeterpunten blijkt dat de beoordeling van de letselschadebehandeling in het kader van het keurmerk Klantgericht Verzekeren een pittige is. *“Daar is bewust voor gekozen”,* zegt Ron van Kesteren, directeur van de Stichting toetsing verzekeraars. *“Letselschadebehandeling is een belangrijk onderdeel. Het raakt klanten direct en dus is er alle reden om daar goed op in te zetten. Natuurlijk kijken we goed naar alle normen, maar de ene norm is wat gemakkelijker te toetsen dan de andere. Het is bijvoorbeeld eenvoudiger na te gaan of een verzekeraar productwijzers op zijn website heeft geplaatst dan te toetsen of een verzekeraar zich op een goede manier aan de Gedragscode Behandeling Letselschade houdt. Daarom beoordelen wij dat niet zelf, maar laten we het PIV dat doen.”* Dat de PIV Audit geen deel uitmaakt van de initiële beoordeling ter verkrijging van het keurmerk, zo legt Van Kesteren uit, heeft te maken met de start van de keurmerktoekenning in 2010. De Stv wilde in dat jaar al wel keurmerken verstrekken, maar toen was nog niet vastgesteld op welke punten de letselschadebehandeling precies zou worden beoordeeld. *“Bovendien past het bij het principe van het keurmerk”,* zo voegt hij eraan toe, *“om bij de toekenning ervan aan te geven aan welke normen moet worden voldaan en van de verzekeraars te verlangen dat zij hun processen dusdanig hebben ingericht dat zij aan die normen kunnen voldoen. Vervolgens willen we na een jaar het bewijs hebben dat zij er ook daadwerkelijk aan voldoen. Kunnen zij dat bewijs niet leveren, dan hebben we een probleem met elkaar. In deze opzet past het ook om dit al één jaar na de initiële beoordeling te toetsen. Daarna vindt de periodieke beoordeling telkens om de twee jaar plaats.”*

Lat omhoog

Per 1 januari 2012 zijn de normen voor het verkrijgen en behouden van het keurmerk Klantgericht Verzekeren enigszins aangepast. Ten aanzien van de letselschadebehandeling zijn ten opzichte van 2011 twee wijzigingen doorgevoerd. Om te beginnen betreft het de vereisten dat de verzekeraar zich aan de GBL houdt en zich in het regis-



Fotograaf: Marsel Loermans

- > ter van De Letselschade Raad heeft laten inschrijven. Deze in 2011 nog afzonderlijke vereisten zijn nu tot één norm samengevoegd. Daarnaast betreft het de norm voor rechtsbijstandverzekeraars. Deze was in 2011 nog gerelateerd aan de letselschadebehandeling en de GBL. Voor 2012 echter is de afzonderlijke norm geformuleerd dat rechtsbijstandverzekeraars zich aan de Kwaliteitscode voor Rechtsbijstand moeten houden. Ron van Kesteren: “We hebben nog geen concrete ideeën over verdere aanpassingen. Wel gaan we waarschijnlijk in het tweede kwartaal van 2012 opnieuw consumentenonderzoek doen en de uitkomsten daarvan kunnen ons weer input geven voor normwijzigingen of nieuwe normen voor 2013 en 2014. In het algemeen is geen enkele norm definitief. De lat zal nog wel een tijdje blijven bewegen en maar één kant op, namelijk omhoog. Het wordt alleen maar strenger. Dat kan ook niet anders, want de verwachtingen van de klanten nemen ook alleen maar toe. Je zult dus steeds meer moeten doen om ervoor te zorgen dat klanten tevreden zijn, blijven of worden.”

Kritisch blijven

Ook Reinie Voragen verwacht een zekere ontwikkeling in de wijze waarop het werk van haar mensen in de toekomst zal worden beoordeeld. “We moeten daar goed over blijven nadenken”, zo zegt ze. “Doen we ons werk zoals we het doen omdat het zo beschreven is en we zo aan de regels voldoen? Of komt onze manier van werken daadwerkelijk het slachtoffer ten goede? Iedere keer moet het antwoord op deze vraag op de juiste manier bij een audit aan bod komen. We moeten ons doel niet voorbijschieten en ook niet schools met zo’n beoordeling omgaan. Wat dat betreft moeten schadebehandelaars gewoon nog beter gaan beseffen dat de consument het keurmerk belangrijk vindt. Maar we moeten niet alleen ons eigen beleid en ons eigen handelen kritisch monitoren,

maar ook de gedragscode zelf: is het nog juist wat erin staat, moet de code misschien worden aangepast en zijn vervolgens de punten waarop we in de audit worden beoordeeld, ook inderdaad de punten waar het werkelijk om gaat? Daarop anticiperend moet ook de auditor minimaal één keer per jaar nagaan of de audit nog bij de huidige stand van zaken en het huidige tijdsbeeld past. Wat dat betreft zou ik het zonde vinden als de audit over twee jaar nog exact hetzelfde als de afgelopen keer zou zijn. In mijn beleving zou dat eigenlijk niet kunnen, omdat de ontwikkelingen in de maatschappij van dien aard zijn, dat we over twee jaar een heel ander ambitieniveau zouden moeten hebben.”

Kwaliteitsverbetering

Uiteindelijk gaat het er natuurlijk om, dat slachtoffers tevreden zijn over de wijze waarop aansprakelijkheidsverzekeraars in Nederland letselschaden afhandelen. Wat dat betreft hebben het keurmerk Klantgericht Verzekeren en de audit in het kader daarvan ertoe geleid dat verzekeraars systematisch de klanttevredenheid onderzoeken. Zij behoren die te meten over de totale schadebehandeling, de communicatie, de informatieverstrekking en de doorlooptijden. “Wij zijn daar heel blij mee”, zegt Rachel Dielen, “in de eerste plaats omdat verzekeraars dit nu systematisch zijn gaan doen en in de tweede plaats omdat de cijfers heel mooi zijn. De norm voor een goede beoordeling is een zeven en het gemiddelde ligt hoger. Daaruit blijkt dat de waardering van het slachtoffer voor de schadebehandeling over het algemeen heel goed is. Het keurmerk en de audit dragen absoluut bij aan een verdere verbetering van de kwaliteit van de letselschadebehandeling. En dat moeten we nu zien vast te houden: aandacht voor de kwaliteit en aandacht voor het slachtoffer!”

Hof Arnhem 5 juli 2011

Verlichting bewijspositie benadeelde whiplash?

Het partijdebat in procedures over whiplash draait al jaren om drie deelonderwerpen, namelijk de vraag naar (i) het bestaan van klachten, (ii) de aanwezigheid van causaal verband tussen de klachten en het ongeval, en (iii) het bestaan van beperkingen. De bewijslast terzake berust in beginsel bij de benadeelde. De bewijspositie van de benadeelde met betrekking tot het causaal verband kan echter worden verlicht door aan te nemen dat een specifiek medisch aantoonbare oorzaak voor de klachten - die bij whiplash vaak ontbreekt - niet is vereist. Ook de bewijspositie van de benadeelde met betrekking tot het bestaan van klachten kan worden verlicht door aan te nemen dat de richtlijnen van de Nederlandse Vereniging voor Neurologie (NVN) niet bepalend zijn voor de beoordeling van die vraag. In de rechtspraak van de afgelopen jaren is gebleken dat niet alle rechterlijke instanties ervoor voelen de bewijspositie van de benadeelde 'rekkelijk' te benaderen. Het Hof Amsterdam is in diverse zaken op basis van de conclusie van de expertiserende neuroloog tot het oordeel gekomen dat er - ondanks de aanwezigheid van serieus te nemen klachten - wegens het ontbreken van een medisch (neurologisch) substraat, en wegens het ontbreken van een percentage functionele invaliditeit en beperkingen - geen vergoedbare letselschade was.

In juli 2011 heeft het Hof Arnhem een arrest gewezen waarin de vraag naar causaal verband bij (post-)whiplashklachten centraal stond². Welke kant 'kiest' het Arnhemse hof? Behoort het Arnhemse hof tot de 'rekkelijken' of tot de 'preciezen'?

Analyse van de problematiek

De praktijk worstelt al geruime tijd met de vraag hoe juridisch om te gaan met het (post)whiplashsyndroom. Zoals gezegd, draait het partijdebat in procedures en het buitengerechtelijk traject al jaren om drie deelonderwerpen, namelijk de vraag naar

- (i) het bestaan van klachten;
- (ii) de aanwezigheid van causaal verband tussen de klachten en het ongeval; en
- (iii) het bestaan van beperkingen. De verzekeraar van de veroorzakende partij en de benadeelde bevechten elkaar op deze onderwerpen met messen die al jaren op dezelfde wijze worden geslepen. Noch het partijdebat, noch het wetenschappelijk/juridisch debat wordt daarmee vooruit geholpen. Het initiatief van CED Mens (Pandora) om de behandeling van whiplashschade te verbeteren, heeft tot uitgangspunt dat de juridische en medische discussies over causaliteit

Mevrouw mr. A.J.J.G. Schijns¹
Kennedy Van der Laan



op de achtergrond worden geplaatst³. Die keuze zal zijn ingegeven door de gedachte dat deze discussies niet bijdragen aan de re-integratie van de benadeelde, en daarmee ook niet bijdragen aan de beperking van de schadelast aan de zijde van de (verzekeraar van de) veroorzaker van het ongeval. Een schadelast die er niet om liegt: de afgelopen vijftientig jaar zou de totale schadelast voor verzekeraars die samenhangt met chronische whiplashklachten, circa zes miljard bedragen⁴.

De worsteling is er niet eenvoudiger op geworden sinds in 2007 de vierde editie van de 'Nederlandse richtlijnen voor de bepaling van functieverlies en beperkingen bij neurologische aandoeningen' door de NVN is uitgegeven (NVN-richtlijnen). Op grond van de gewijzigde richtlijn is het voor de expertiserende neuroloog niet meer mogelijk ten aanzien van het postwhiplashsyndroom een percentage functionele invaliditeit te duiden, indien op neurologisch terrein geen afwijkingen of beschadigingen vastgesteld kunnen worden. En laat nu net bij een aanzienlijk deel van de benadeelden met whiplash(achtige) klachten een lichamelijk onderzoek op neurologisch vlak geen objectieve (dat wil zeggen: zichtbare) afwijkingen opleveren. Dat dit in de praktijk tot moeilijkheden, en in veel gevallen tot verharding van de wederzijdse standpunten, heeft geleid is niet verwonderlijk. Van de zijde van de veroorzaker van het ongeval werden de op basis van de nieuwe richtlijnen uitgebrachte neurologische rapporten aangegrepen om te betogen dat van ongevalgerelateerde klachten - en dus van juridisch relevante schade - geen sprake was. Steun voor dit standpunt kon gevonden worden in de rechtspraak van vooral het Amsterdamse hof. Dit hof kwam in diverse zaken op basis van de conclusie van de neuroloog dat hij op zijn gebied geen afwijkingen heeft waargenomen tot

> 13

- > het oordeel dat er - ondanks de aanwezigheid van serieus te nemen klachten - wegens het ontbreken van een medisch (neurologisch) substraat, en wegens het ontbreken van een percentage functionele invaliditeit en beperkingen - geen vergoedbare letselschade was⁵.

Tegelijkertijd echter diende zich bij twee andere gerechtshoven (Leeuwarden en Den Bosch) een reeks van uitspraken aan waarin de richtlijnendiscussie, en de discussie naar de medische kwalificatie van de klachten als whiplash of niet, in het kader van het debat over het causaal verband sterk werd gerelativeerd⁶.

In de lagere rechtspraak zijn veel voorbeelden te vinden waarin deze uitspraken van het hof zijn gevolgd⁷. In deze uitspraken werd aansluiting gezocht bij de in het in 2001 gewezen arrest Zwolsche Algemeene/De Greef uitgezette lijn⁸.

Uit de verschenen rechtspraak kan over de drie in de inleiding genoemde onderwerpen (het bestaan van klachten, causaal verband en beperkingen) de volgende aanpak worden afgeleid.

(i) Het bestaan van klachten

Voor het aannemen van het bestaan van klachten staat niet in de weg dat een onderliggend medisch substraat niet valt aan te wijzen. Voldoende is dat objectief wordt vastgesteld dat de geuite klachten reëel, niet ingebeeld, niet voorgewend en niet overdreven zijn. Voor de beoordeling van het bestaan van klachten zijn de NVN-richtlijnen niet bepalend en evenmin de medische kwalificatie van die klachten. Wel laat zich de vraag stellen op welke wijze dan 'objectief' moet worden vastgesteld of de (veelal subjectieve) klachten reëel, niet ingebeeld, niet voorgewend en niet overdreven zijn. Deze vraag heeft al veel pennen in beweging gebracht⁹.

Terecht is er daarbij op gewezen dat richtlijnen bij uitstek geschikt zijn om een rol te vervullen bij de vaststelling van de ernst en geloofwaardigheid van subjectieve klachten die worden geuit bij een moeilijk objectiveerbaar ziektebeeld¹⁰.

Ondanks de relativering van de richtlijnen, moet de rol van de deskundige niet helemaal worden uitgevlakt. Ook de expertiserende neuroloog (of een andere medicus zoals een psychiater) kan zich desgevraagd uitlaten over de vraag of naar zijn opinie de klachten worden gesimuleerd. In dat verband is er in de discussie op gewezen dat de IWMD-vragen (versie januari 2010) 1d en 1e inzake de consistentie een belangrijke rol kunnen vervullen bij het oordeel of de klachten reëel, niet ingebeeld, niet voorgewend en niet overdreven zijn¹¹.

Ook de gegevens uit medisch onderzoek en aanvullende verklaringen van personen in de omgeving van benadeelde kunnen daarbij een rol spelen¹².

Er lijken dus alternatieven beschikbaar voor een voldoende objectieve vaststelling van de klachten. Uit de genoemde uitspraken van het Hof Leeuwarden en het Hof Den Bosch valt af te leiden dat in ieder geval deze rechtscolleges voldoende uit de voeten kunnen met een op dat punt betrekking hebbend deskundigenoordeel¹³.

(ii) Causaal verband

Het *pièce de résistance* van de whiplashdiscussie is veelal de vraag naar het causaal verband tussen de klachten en het ongeval. De uitspraken van het Hof Leeuwarden en Hof Den Bosch sluiten ook bij deze vraag aan bij de in het arrest Zwolsche Algemeene/De Greef ontwikkelde lijn, die zich als volgt laat samenvatten. Het uitgangspunt blijft dat het aan de gelaedeerde is het bestaan van causaal verband aan te tonen. Aan het bewijs van causaal verband tussen de klachten en het ongeval kunnen echter in het geval van een (post)whiplashsyndroom geen al te hoge eisen worden gesteld, nu van dit syndroom algemeen bekend is dat dit moeilijk of slechts in beperkte mate tot concreet waarneembare medische stoornissen valt te herleiden. Het bewijs van het causaal verband wordt in die zin verlicht, dat een specifiek medisch aantoonbare oorzaak voor de klachten niet is vereist. Kende de gelaedeerde de klachten voor het ongeval niet, ontbreekt een alternatieve verklaring voor de klachten en kunnen deze op zichzelf door het ongeval worden verklaard, dan zal het bewijs van het causaal verband veelal geleverd zijn¹⁴.

Het risico dat het causaal verband tussen ongeval en klachten zich niet rechtstreeks laat aantonen en dat de klachten niet te herleiden zijn tot medisch vaststelbare afwijkingen, komt in zoverre voor (de verzekeraar van) de veroorzaker van het ongeval.

(iii) Beperkingen

Ook bij het vaststellen van de beperkingen loopt de praktijk aan tegen de in 2007 gewijzigde NVN-richtlijnen. Omdat neurologen op grond van deze richtlijnen geen functieverlies (en dus geen beperkingen) mogen vaststellen bij een whiplash graad 1 en 2 (WAD I/II) indien geen substraat aanwezig is, heeft het weinig zin een neuroloog te vragen deze beperkingen vast te stellen¹⁵.

In de discussie is erop gewezen de verzekeringsgeneeskundige hiervoor in te schakelen¹⁶, een suggestie die in de rechtspraak gehoor lijkt te vinden¹⁷.

Tot zover de stand van zaken in de whiplashdiscussie bij drie gerechtshoven (Amsterdam, Den Bosch en Leeuwarden). In juli 2011 heeft het Hof Arnhem een arrest gewezen waarin de vraag naar causaal verband bij (post-)whiplashklachten centraal stond. Welke kant 'kiest' het Arnhemse hof? Kan het Hof Arnhem op basis van deze uitspraak worden toegevoegd aan de lijst van gerechtshoven die de lijn van Zwolsche Algemeene/De Greef volgen?

Hof Arnhem 5 juli 2011

In deze zaak heeft op 9 maart 2002 een verkeersongeval plaatsgevonden waarbij een destijds dertigjarige man als benadeelde was betrokken. Deze stelt als gevolg van het ongeval een (post)whiplashsyndroom te hebben opgelopen en daardoor (gedeeltelijk) arbeidsongeschikt te zijn geraakt. WAM-verzekeraar London heeft aansprakelijkheid erkend, maar heeft betwist dat sprake is van een (post)whiplashsyndroom en van daaruit voortvloeiende (gedeeltelijke) arbeidsongeschiktheid en heeft daarmee

ook het causaal verband tussen de gestelde schade en het ongeval betwist. De rechtbank heeft neuroloog Beijersbergen als deskundige benoemd en bij tussenvonnis van 28 november 2007 diens conclusies overgenomen en geoordeeld dat de whiplashklachten van benadeelde een gevolg zijn van het hem overkomen ongeval en dat niet uit te sluiten is dat de psychologische ontregeling van hem na het ongeval ook als ongevalgevolg is aan te merken. In een volgend tussenvonnis van 27 februari 2008 heeft de rechtbank nog enkele eindbeslissingen genomen met betrekking tot een deel van de schade. Daarnaast heeft de rechtbank een arbeidsdeskundige en een verzekeringsarts benoemd. De rechtbank heeft bepaald dat tegen de tussenvonnissen tussentijds hoger beroep kan worden ingesteld (art. 337 lid 2 Rv). London heeft tegen de voornoemde tussenvonnissen hoger beroep ingesteld, waarin het hof op 5 juli 2011 eindarrest wees.

Het hof begint de beoordeling met een vooropstelling die een tip van de sluier oplicht over de wijze waarop het hof tegen de whiplashproblematiek aankijkt. Het hof stelt namelijk voorop dat het bekend is met *“de al jarenlang lopende discussie in de literatuur over de aard van whiplash-letsel, de (nieuwe) richtlijnen voor het vaststellen van functieverlies en beperkingen bij neurologische aandoeningen van de Nederlandse vereniging voor Neurologie (NVN-2007), de (zesde editie van de) richtlijnen van de American Medical Association (AMA-6) en de hardnekkige onderverdeling van rapporterende neurologen in ‘believers’ en ‘non-believers.’”* (rov. 2.5)

Vervolgens doet het hof deze discussie af als niet relevant voor de juridische beoordeling van de zaak: *“Voor het juridisch oordeel is enkel en alleen relevant of de klachten die de gelaedeerde stelt te hebben het gevolg zijn van of veroorzaakt zijn door het door gelaedeerde overkomen ongeval.”* (rov. 205) Het hof maakt tevens een einde aan de discussie of voor de juridische beoordeling van de vraag of er causaal verband bestaat relevant is of er een percentage functieverlies kan worden vastgesteld: *“Of er wel (AMA-6) of niet (NVN-2007) een percentage functieverlies kan worden gegeven aan (whiplash)klachten bij ontbreken van medisch objectieve bevindingen, is niet van belang voor de vraag of er causaal verband bestaat tussen ongeval en klachten; dit percentage functieverlies kan eventueel wel een rol spelen bij de vaststelling van de hoogte van het smartengeld.”* (rov. 2.5)

Vervolgens verwijst het hof naar het arrest van de Hoge Raad betreffende Zwolsche Algemeene/De Greef¹⁸, waarin - kort gezegd - is geoordeeld dat aan het bewijs van (juridisch) causaal verband tussen de klachten en het ongeval geen al te hoge eisen kunnen worden gesteld, in die zin dat het ontbreken van een specifieke medisch aantoonbare verklaring voor de klachten niet in de weg staat aan het oordeel dat het bewijs van het oorzakelijk verband is geleverd. In zoverre komt dit voor risico van (de verzekeraar van) de aansprakelijke partij.

Na een bespreking van de bevindingen van de deskundige Beijersbergen komt het hof tot het oordeel dat de klachten die benadeelde heeft ontwikkeld na het ongeval (klachten aan nek en linkerschouder, hoofdpijn, concentratiestoornissen en vermoeidheid), toegeschreven kunnen worden aan

het ongeval. Het hof tekent daarbij aan dat de medische kwalificatie van de klachten niet relevant zijn voor de juridische beoordeling van het causaal verband: *“Of de klachten van [geïntimeerde] nu geduid moeten worden als een (post) whiplashsyndroom, kan in het midden blijven omdat deze (medische) kwalificatie niet van belang is voor de vraag of er causaal verband bestaat tussen de (huidige) klachten van [geïntimeerde] en het hem overkomen ongeval”*. (rov. 2.9)

Ook het gegeven dat de klachten niet door beeldmateriaal kunnen worden geobjectiveerd, dat er in medische zin geen sprake is van letsel, en dat er geen percentage functieverlies door de neuroloog valt te duiden, staat volgens het hof evenmin in de weg aan het aannemen van causaal verband tussen klachten en ongeval (rov. 2.9)

Na de verwerping van de overige - hier niet te bespreken - grieven van London komt het hof tot de slotsom dat het deelvonnis van de rechtbank bekrachtigd moet worden. Ter bespreking van de vraag of een verzekeringsarts en arbeidsdeskundige benoemd moeten worden om het toekomstige verlies verdienvermogen in kaart te brengen, gelast het hof een comparitie met de suggestie voor partij en een minnelijke regeling in overweging te nemen.

Commentaar

Zoals in de inleiding ter sprake kwam, wijkt de uitspraak van het Hof Arnhem op belangrijke punten af van de door het Hof Amsterdam ingezette lijn. Waar het Hof Amsterdam de bevindingen van de expertiserende neuroloog over het al dan niet toekennen van functieverlies en beperkingen beslissend acht voor het oordeel of sprake is van vergoedbare letselschade, is het Arnhemse hof in deze uitspraak van oordeel dat dit uiteindelijk niet bepalend is voor de juridische beoordeling van de drie voorgelegde vragen (zijn er klachten, is er causaal verband en zijn er beperkingen). Het Hof Arnhem lijkt in deze uitspraak te kiezen voor een andere lijn, waarbij het hof aansluiting zoekt bij het arrest Zwolsche Algemeene/De Greef¹⁹.

Voor het aannemen van het bestaan van klachten is voldoende dat objectief wordt vastgesteld dat de geuite klachten reëel, niet ingebeeld, niet voorgewend en niet overdreven zijn. Impliciet gaat het hof ervan uit dat de aanwezigheid van de klachten voldoende objectief kan worden vastgesteld wanneer uit een deskundigenrapport volgt dat de klachten niet gesimuleerd of overdreven zijn. In casu bevatte het overgelegde medisch dossier voor het hof voldoende aanknopingspunten om te concluderen dat voldoende objectief kan worden vastgesteld dat de klachten aanwezig zijn. In dat verband zal een rol hebben gespeeld dat een aantal medici van verschillende disciplines, waaronder twee neurologen, onafhankelijk van elkaar dezelfde klachten heeft beschreven (nek- en hoofdpijklachten en concentratiestoornissen). Alleen het etiket dat de neurologen op de klachten plakken is verschillend. Volgens de benoemde deskundige Beijersbergen is sprake van een postwhiplashsyndroom; de eerste neuroloog spreekt van *“posttraumatische hoofdpijn.”* Voorts kan uit de uitspraak worden opgemaakt dat het hof waarde heeft gehecht aan het feit dat de benadeelde vanaf het ongeval steeds dezelfde klachten heeft geuit.

> Is het bestaan en in het bijzonder het realiteitsgehalte van de klachten eenmaal aangenomen, dan rijst de vraag naar het causaal verband tussen de klachten en het ongeval. In de uitspraak ligt op deze vraag de nadruk. Het hof stelt ook bij deze vraag het arrest Zwolsche Algemeene/De Greef voorop. Het is in beginsel aan de gelaedeerde het bestaan van causaal verband aan te tonen. Aan het bewijs van causaal verband tussen de klachten en het ongeval kunnen echter in het geval van een (post)whiplashsyndroom geen al te hoge eisen worden gesteld, nu van dit syndroom algemeen bekend is dat dit moeilijk of slechts in beperkte mate tot concreet waarneembare medische stoornissen valt te herleiden. Het bewijs van het causaal verband wordt in die zin verlicht, dat een specifiek medisch aantoonbare oorzaak voor de klachten niet is vereist. Het risico dat het causaal verband tussen ongeval en klachten zich niet rechtstreeks laat aantonen en dat de klachten niet te herleiden zijn tot medisch vaststelbare afwijkingen, komt dan voor (de verzekeraar van) de veroorzaker van het ongeval. Aan deze 'Zwolsche Algemeene/De Greef'-redenering voegt het hof toe dat de vraag of er al dan niet een percentage functieverlies kan worden gedeeld (afhankelijk van de gehanteerde richtlijnen: NVN-2007 of AMA-6) niet van belang is voor de vaststelling van het causaal verband. Hoogstens is dit relevant bij de vaststelling van de hoogte van het smartengeld. Voor het causaal verband is de medische kwalificatie van de klachten als (post)whiplashsyndroom evenmin relevant. Na deze meer principiële overwegingen overweegt het hof omtrent het causaal verband dat de klachten kunnen worden toegeschreven aan het ongeval. Tot dat oordeel zal hebben bijgedragen dat neuroloog Beijersbergen heeft geconcludeerd dat de klachten kunnen worden toegeschreven aan het ongeval, welke conclusie het hof overneemt. Daarnaast stelt het hof en passant vast dat de klachten na het ongeval zijn ontwikkeld (dus daaraan voorafgaand niet aanwezig waren). Het hof stelt niet meer apart vast dat een alternatieve verklaring voor de klachten ontbreekt en dat deze op zichzelf door het ongeval kunnen worden verklaard. Dat was (kennelijk) ook niet in geschil tussen partijen.

Conclusie

Kan op basis van deze uitspraak worden geconcludeerd dat het Hof Arnhem zich schaaft in de door het Hof Leeuwarden en het Hof Den Bosch in whiplashzaken uitgezette lijn? Voor die conclusie is het mijns inziens te vroeg. Het oordeel van het Hof Arnhem dat er causaal verband bestaat tussen de klachten en het ongeval, is in belangrijke mate gebaseerd op het rapport van de expertiserende neuroloog die de klachten als ongevalsgevolg heeft gedeeld. Wat het hof had beslist als het rapport van de neuroloog voor dat oordeel geen basis had gegeven, is de vraag. Wel kan aan de bewoordingen waarin het hof zijn uitspraak heeft verrat, en aan de meer principiële overwegingen die het hof vooraf laat gaan aan zijn op de casus toegesneden oordeel, worden afgeleid dat het meer geïnspireerd is door de whiplasharresten van de collega-raadsheren in Leeuwarden en Den Bosch, dan die in

Amsterdam. Om (teveel) uiteenlopende rechtspraak te voorkomen in een zowel voor benadeelden als voor verzekeraars belangrijke problematiek, zou het raadzaam zijn als de raadsheren van de verschillende gerechtshoven op dit punt de klokken gelijk zouden zetten.

¹ Arlette Schijns is advocaat bij Kennedy Van der Laan in Amsterdam en tevens als *fellow* verbonden aan de sectie Burgerlijk Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen.

² Hof Arnhem 5 juli 2011, LJN BR3964.

³ F.T. Peters, "Pandora: een nieuwe aanpak in de behandeling van whiplashschade", *TVP* 2009, p. 63-67.

⁴ Volgens uitspraken van F.Th. Kremer, directeur Personenschade Instituut van Verzekeraars, tijdens de bijeenkomst van het Platform Experts Personenschade op 16 oktober 2008.

⁵ Hof Amsterdam 5 juli 2007, rolnr. 05/1225, www.stichtingpiv.nl;

Hof Amsterdam 26 mei 2009, zaaknr. 106.007.417/01 en 106.007.419/01, www.stichtingpiv.nl; Hof Amsterdam 29 april 2008, zaaknr. 104.004.098, www.stichtingpiv.nl. Zie ook de analyse van de rechtspraak door A. Kolder: "De juridische beoordeling van het postwhiplashsyndroom: stand van zaken", *TVP* 2011, p. 4-5.

⁶ Hof Leeuwarden 22 juni 2010, LJN BN0730; Hof Leeuwarden 10 augustus 2010, LJN BN3975; Hof Den Bosch 2 februari 2010, LJN BN 1779; Hof Den Bosch 13 juli 2010, LJN BN1786 en Hof Den Bosch 29 juni 2010, LJN BN0292.

⁷ Zie de analyse van de rechtspraak door A. Kolder: "De juridische beoordeling van het postwhiplashsyndroom: stand van zaken", *TVP* 2011, p. 11-18. Meer recent valt nog te wijzen op Rb. Utrecht 28 september 2011, LJN BT8671 en Rb. Den Haag 24 oktober 2011, LJN BU3876.

⁸ HR 8 juni 2001, NJ 2001, 433.

⁹ Zie o.a.: L. Schuurs, "Hoe ver zijn we met het objectiveren van whiplash(achtige) klachten?", *PIV-Bulletin* 2011, 6; P.C. Knijp, "De juridische beoordeling van het postwhiplashsyndroom: een reactie", *TVP* 2011, p. 56-57 en H. de Hek, "Whiplash-observaties van een rechter", *TVP* 2011, p. 37-43.

¹⁰ Noot Chr.H. van Dijk onder Hof Leeuwarden 10 augustus 2010, JA 2010, 152.

¹¹ A. Kolder: "De juridische beoordeling van het postwhiplashsyndroom: stand van zaken", *TVP* 2011, p. 18; H.de Hek, "Whiplash-observaties van een rechter" *TVP* 2011, p. 41.

¹² H. de Hek, "Whiplash-observaties van een rechter", *TVP* 2011, p. 41.

¹³ Zie ook Rb. Den Haag 24 oktober 2011, LJN BU3876; en Rb. Zutphen 10 augustus 2011, LJN BR4687.

¹⁴ Hof Leeuwarden 10 augustus 2011, LJN BN3975, JA 2010, 152 en in navolging daarvan o.a. Rb. Den Haag 24 oktober 2011, LJN BU3876 en Rb. Utrecht 28 september 2011, LJN BT8671.

¹⁵ Illustratief in dat verband is Rb. Amsterdam 14 december 2011, 483633, www.stichtingpiv.nl, waarin de rechtbank tot het oordeel kwam dat de klachten weliswaar reëel en niet voorgewend waren, maar het neurologisch deskundigenbericht onvoldoende bewijs bood van de beperkingen.

¹⁶ H. de Hek, "Whiplash-observaties van een rechter" *TVP* 2011, p. 41.

¹⁷ Rb. Arnhem 17 juni 2009, LJN BJ1757.

¹⁸ HR 8 juni 2001, NJ 2001, 433.

¹⁹ HR 8 juni 2001, NJ 2001, 433.

Aansprakelijkheid op de voet van art. 7:658 BW: de Hoge Raad geeft gas; aansprakelijkheid op de voet van art. 7:611 BW: de Hoge Raad trapt op de rem

Op 11 november 2011 heeft de Hoge Raad een tweetal principiële uitspraken gewezen over de toepasselijkheid van art. 7:658 en vooral 7:611 BW¹. Ingevolge eerdere jurisprudentie van de Hoge Raad kan art. 7:611 BW (goed werkgeverschap) toepassing vinden bij ongevallen die werknemers in de uitoefening van hun werkzaamheden in het verkeer overkomen. Het bijzondere daarvan is dat deze situatie ook wordt bestreken door art. 7:658 BW, het artikel dat specifiek handelt over werkgeversaansprakelijkheid. Het betreft een uitzondering op de in art. 7:658 BW neergelegde regel dat de werkgever slechts voor arbeidsongevallen aansprakelijk is indien hij tekort is geschoten in zijn zorgplicht ter voorkoming van ongevallen. Bij de huidige stand van de wetgeving kan deze uitzondering naar het oordeel van de Hoge Raad niet worden doorgetrokken naar andere gevallen dan de door hem eerder in zijn uitspraken omliggende verkeersongevallen.

De uitspraken van 11 november zijn ook van belang voor het van de werkgever te eisen hoge veiligheidsniveau bij structurele gevaren in het werk en de daarmee samenhangende zorgplicht van art. 7:658 BW.

In dit artikel zal ik allereerst de feiten schetsen die tot de uitspraken van de Hoge Raad hebben geleid en het oordeel van de lagere rechter kort weergeven. Vervolgens ga ik in op de uitspraken van de Hoge Raad. Hierna zet ik het systeem uiteen zoals dat na de uitspraken van de Hoge Raad geldt en geef ik enig commentaar. Tot slot rond ik af met een conclusie.

De feiten en het oordeel van de lagere rechters

In de uitspraak van de Hoge Raad met LJN BR5223 handelde het om het volgende. Ten tijde van het incident werkte de benadeelde - een niet-ambtenaar - als sociotherapeut op een gesloten afdeling van de tbs-instelling De Rooyse Wissel. Op 10 maart 2003 is benadeelde door een tbs-patiënt vastgepakt en meermalen geslagen. Dit gebeurde tijdens de uitvoering van zijn werkzaamheden. Benadeelde heeft hierdoor letsel opgelopen en is volledig arbeidsongeschikt geraakt. In de procedure vordert benadeelde van De Rooyse Wissel zijn schade, primair op de voet van art. 7:658 BW en subsidiair op grond van art. 7:611 BW. Nadat de kantonrechter de vorderingen heeft

Mr. Chr.H. van Dijk
Kennedy Van der Laan
Advocaten



afgewezen wijst het Hof Den Bosch de vordering toe op de subsidiaire grondslag van art. 7:611 BW. De grondslag van art. 7:658 BW is volgens het hof niet deugdelijk omdat de geweldsuitbarsting van deze tbs-patiënt niet voorzienbaar was. Wel was De Rooyse Wissel op de voet van art. 7:611 BW verplicht zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering omdat sprake was van werken met delict gevaarlijke tbs-patiënten, waarbij een inherent gevaar voor geweldpleging tegen het personeel bestaat. Dit dagelijkse risico verwezenlijkt zich, aldus het hof, ook daadwerkelijk met enige regelmaat.

De tweede zaak die Hoge Raad te behandelen kreeg (LJN BR5215), ging over een postbezorgster die op 26 januari 2005 tijdens het bezorgen van de post, dus tijdens de uitoefening van haar werkzaamheden, te voet op of bij een oprit van een woning is uitgegleden over een plak ijs of bevroren sneeuw. Daarbij heeft zij haar linkerenkel gebroken. In juli 2005 is zij weer volledig arbeidsgeschikt verklaard, maar zij kan (uiteindelijk) haar werkzaamheden als postbezorger niet meer verrichten. Benadeelde vordert een verklaring voor recht dat TNT op grond van art. 7:658 BW dan wel art. 7:611 BW aansprakelijk is voor haar schade. De kantonrechter oordeelt dat TNT niet tekort is geschoten in haar zorgplicht die voortvloeit uit art. 7:658 BW. Wel meent de kantonrechter dat TNT een adequate verzekering had behoren af te sluiten voor benadeelde, vanwege het bij winterweer inherente risico van de werkzaamheden dat een postbezorgster valt.

- > De Rooyse Wissel stelt cassatie in van de uitspraak van het Hof Den Bosch. In de zaak van de postbezorgster wordt door TNT sprongcassatie ingesteld bij de Hoge Raad. Dat betekent dat de instantie bij het hof wordt overgeslagen. A-G. Spier concludeert in beide zaken dat de uitspraken van de lagere rechters gebaseerd op art. 7:611 BW niet in stand kunnen blijven. Na een analyse van de rechtspraak van de Hoge Raad (postbezorgster) schrijft hij: “4.11. Kort en goed; Ondanks alle goede bedoelingen en de zegenrijke effecten voor talloze slachtoffers in reeds beslechte gevallen en gevallen die rechtstreeks vallen onder de eerder geformuleerde regels, zou de door de Hoge Raad ingezette koers meer kwaad dan goed doen wanneer deze zou worden doorgetrokken naar allerhande andere “bijzondere gevaren”. Ik zeg dat niet met vreugde omdat ik heel goed beseft dat aldus slachtoffers die compassie verdienen in de kou blijven staan. Maar slachtofferbescherming kent - helaas - haar grenzen”.

Om die reden bepleit hij bevriezing van de huidige stand van zaken: “4.22 (...) Helaas zijn wij terecht gekomen in een situatie waarin het onmogelijk is geworden oplossingen te vinden die - wanneer we bereid zijn om over een concrete zaak heen te kijken - redelijk zijn en die in brede kring als zodanig zullen worden ervaren. Dan is, naar ik meen, het minst slechte de moed der overtuiging te hebben en op de rem te gaan staan. Dat schept in elk geval duidelijkheid”.

Interessant is dat Spier in beide zaken in feitelijke instanties wel mogelijkheden had gezien om de werkgevers aansprakelijk te houden op de voet van art. 7:658 BW, maar meent dat dit in cassatie niet meer mogelijk is. In de tbs zaak verzucht Spier dat partijen in feitelijke aanleg nu eenmaal hebben gekozen voor het smalle spoor van het concreet te verwachten gevaar van de tbs verpleegde en wat in dat verband nodig was. Het debat in feitelijke aanleg is niet gegaan over de vraag wat De Rooyse Wissel (in het algemeen) heeft gedaan om werknemers te beschermen. Als mogelijke maatregelen noemt Spier het geven van judo, gevecht- of andere trainingen, het meegeven van verdovende spuiten of sprays, het in de buurt houden van ander personeel dat zo nodig kan ingrijpen en dergelijke. Aangezien de beoordeling van het (on)voldoende zijn van deze maatregelen een beoordeling van feitelijke aard zal vergen meent Spier dat dit in cassatie niet kan gebeuren. Hij voegt daar wel aan toe: “Het zou mij genoegen doen als Uw Raad meer mogelijkheden zou zien om benadeelde te hulp te schieten. Ik zie ze niet”.

Het cassatieberoep in de zaak van de postbezorgster is niet gericht tegen het oordeel dat TNT niet aansprakelijk is op grond van art. 7:658 BW. Daarom kan daar in cassatie niet meer over worden geoordeeld. Spier meent dat aansprakelijkheid op basis van art. 7:658 BW in feitelijke instantie mogelijk was geweest omdat TNT (voor gladde situaties) de werknemer passend schoeisel ter beschikking had moeten stellen en er op had moeten toezien dat dit ook werd gebruikt. Zij heeft slechts een ‘kortingsbon’ voor passend schoeisel verstrekt, waaruit naar zijn idee ook wel blijkt dat TNT begreep dat dergelijk schoeisel voor postbestellers nuttig en nodig was. Sterk is wat dat betreft de verge-

lijking die Spier trekt met de werkgever die zijn werknemer in de bouw een kortingsbon zou geven voor het kopen van een valhelm. Dat is evident onvoldoende.

De uitspraken van de Hoge Raad

De zaak van de sociotherapeut tegen De Rooyse Wissel

In de uitspraak van De Rooyse Wissel neemt de Hoge Raad de uitdaging van Spier aan en oordeelt dat de instelling aansprakelijk is op de voet van art. 7:658 BW. Hij stelt het volgende voorop: “4.3. (...) Vaststaat dat [verweerder] in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade heeft geleden. Het is dus aan De Rooyse Wissel als werkgever te stellen en zo nodig te bewijzen, kort gezegd, dat zij al die maatregelen heeft genomen en al die aanwijzingen heeft gegeven die redelijkerwijs nodig waren om de schade te voorkomen. Weliswaar is, zoals de Hoge Raad bij herhaling omtrent art. 7:658 heeft overwogen, met de zorgplicht van de werkgever niet beoogd een absolute waarborg te scheppen voor de bescherming van de werknemer tegen het gevaar van arbeidsongevallen, ook niet ten aanzien van werknemers wier werkzaamheden bijzondere risico’s van ongevallen meebrengen, maar gelet op de ruime strekking van de zorgplicht kan niet snel worden aangenomen dat de werkgever daaraan heeft voldaan en bijgevolg niet aansprakelijk is voor door de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden geleden schade - vgl. HR 12 december 2008, LJN BD3129, NJ 2009, 332.

Art. 7:658 vergt immers een hoog veiligheidsniveau van de betrokken werkruimte, werktuigen en gereedschappen als mede van de organisatie van de werkzaamheden en vereist dat de werkgever het op de omstandigheden van het geval toegesneden toezicht houdt op behoorlijke naleving van de door hem gegeven instructies - vgl. HR 11 april 2008, LJN BC9225, NJ 2008, 465.

Indien de werkgever ter onderbouwing van zijn verweer dat hij de in lid 1 van art. 7:658 genoemde verplichtingen is nagekomen voldoende concrete feitelijke gegevens aanvoert, zal van de werknemer mogen worden verlangd dat hij zijn betwisting van dat verweer voldoende concreet motiveert, zij het dat aan die motivering niet zodanig hoge eisen mogen worden gesteld dat in betekende mate afbreuk wordt gedaan aan de strekking van art. 7:658 lid 2 de werknemer door verlichting van zijn processuele positie bescherming te bieden tegen de risico’s van schade in de uitoefening van zijn werkzaamheden - vgl. HR 25 mei 2007, LJN BA3017, NJ 2008, 463.”

Vervolgens wijst de Hoge Raad er op dat het hof heeft vastgesteld dat aan het werken met delict gevaarlijke tbs-patiënten inherent is dat het gevaar bestaat voor geweldpleging tegen personeel, hetgeen zich in dit geval heeft verwezenlijkt. Daarom lag het op de weg van De Rooyse Wissel te stellen dat zij er zorg voor heeft gedragen dat aan het vereiste, op de hiervoor bedoelde structurele gevaren toegesneden, hoge veiligheidsniveau van de werkomstandigheden was voldaan: “4.4.1. (...) Daarbij gaat het in de eerste plaats om de algemene maatregelen tot beveiliging van de werknemers tegen de gevaren van hun dagelijkse omgang met tbs-patiënten, de daartoe gegeven voorlichting,

de op die gevaren afgestemde instructies en het toezicht op de naleving daarvan. Daarnaast komt het aan op de specifieke maatregelen en instructies die tevens waren vereist ter beveiliging van haar werknemers, onder wie [verweerder], in hun omgang met de betrokken tbs-patiënt.

Aan deze stelplicht van De Rooyse Wissel dienen in een geval als het onderhavige zeer hoge eisen te worden gesteld. Dat hangt samen met de zojuist aangeduide omstandigheid dat het hier gaat om een ongeval, met letselschade tot gevolg, dat voortvloeit uit een gevaarzettende situatie die rechtstreeks verband houdt met en inherent is aan de uitvoering van de werkzaamheden van [verweerder] in de tbs-instelling waaraan hij zich vanwege zijn specifieke functie niet kan onttrekken”.

Het vorenstaande klemmt, aldus de Hoge Raad, te meer omdat een ambtenaar die een soortgelijke functie heeft bij een tbs-instelling als Rijkskliniek, anders dan benadeelde, valt onder art. 69 lid 2 Algemeen Rijksambtenarenreglement (ARAR) recht heeft op vergoeding van zijn schade die hij lijdt ten gevolge van een beroepsincident³. Dit leidt er toe dat uit een oogpunt van rechtsgelijkheid en billijkheid, aldus de Hoge Raad, moet worden gestreefd naar een zo beperkt mogelijk verschil in uitkomst tussen beide gevallen.

Vervolgens constateert de Hoge Raad dat De Rooyse Wissel niet concreet heeft gesteld dat zij al die algemene maatregelen heeft genomen en al die algemene aanwijzingen heeft gegeven die redelijkerwijs van haar konden worden gevergd met het oog op het vereiste hoge veiligheidsniveau van de werkomstandigheden. Zij heeft slechts gesteld dat zij haar medewerkers heeft geïnformeerd over de toestand van de betreffende tbs-patiënt, adequaat heeft gereageerd toen deze psychotisch werd en dat het niet kenbaar en voorzienbaar was dat deze patiënt op de bewuste dag in zo heftige mate agressief zou handelen. In dit verweer van De Rooyse Wissel was het hof meegegaan. Daarmee heeft het hof, aldus de Hoge Raad, de beslissing uitsluitend gebaseerd op het concreet te verwachten gevaar van de betrokken tbs-patiënt. Geen aandacht heeft het hof besteed aan de algemene aanwijzingen ter bescherming tegen de aan de omgang van tbs-patiënten inherente gevaren. Kennelijk heeft het hof daar geen aandacht aan besteed omdat het meende dat benadeelde ten aanzien daarvan onvoldoende concrete stellingen had geformuleerd. Daarmee miskent het hof, aldus de Hoge Raad, dat op De Rooyse Wissel stelplicht en bewijslast rust van de bedoelde algemene maatregelen en aanwijzingen. Hierbij geldt dat benadeelde in hoger beroep voldoende duidelijk heeft gemaakt dat die algemene veiligheidsaspecten van het regime in een tbs-instelling mede van belang zijn voor de beoordeling van de aansprakelijkheidsvraag op de voet van art. 7:658 BW. Concluderend is de Hoge Raad van mening dat De Rooyse Wissel dus niet aan haar stelplicht en bewijslast ten aanzien van de door haar genomen algemene maatregelen heeft voldaan. Aangezien er geen plaats is voor het voeren van nieuwe feitelijke stellingen in cassatie, moet daarom in cassatie als vaststaand worden aangenomen dat De Rooyse Wissel niet aan haar uit art. 7:658 BW voortvloeiende verplichting heeft voldaan. Daarom is

zij aansprakelijk voor de door benadeelde geleden schade. Aangezien De Rooyse Wissel aansprakelijk wordt gehouden op basis van art. 7:658 BW, was er in feite geen reden meer voor de Hoge Raad om in te gaan op het oordeel van het hof dat De Rooyse Wissel uit hoofde van goed werkgeverschap, art. 7:611 BW, een behoorlijke verzekering had moeten afsluiten. Kennelijk vanwege het grote belang voor de rechtspraak doet de Hoge Raad dit toch. Deze oordeelt dat de op art. 7:611 BW gebaseerde verzekeringsverplichting beperkt dient te blijven tot door hem benoemde verkeersongevallen. Daarbij erkent hij dat elke afbakening tot op zekere hoogte een arbitrair karakter heeft. Hij overweegt dat bedacht moet worden dat het aan benadeelde overkomen ongeval niet heeft plaatsgevonden op een plaats waar De Rooyse Wissel als werkgever slechts beperkte zeggenschap en invloed heeft maar op de arbeidsplaats zelf. In die situatie zou aanvaarding van een op goed werkgeverschap gebaseerde verzekeringsverplichting het stelsel van werkgeversaansprakelijkheid, dat gebaseerd is op het tekortschieten van een zorgplicht door een werkgever schade te voorkomen, te vergaand worden aangetast. Voorts zou een ander oordeel een grote mate van rechtsonzekerheid in het leven roepen, omdat geen duidelijke grens getrokken kan worden met (andere) arbeidsongevallen waarvoor geen verzekeringsverplichting van de werkgever zou gelden.

De zaak van de postbezorgster van TNT

Gezien de uitspraak in De Rooyse Wisselzaak wekt het weinig verbazing dat de Hoge Raad in de zaak van de postbesteller evenmin aanvaardt dat TNT op de voet van art. 7:611 BW een behoorlijke verzekering had moeten afsluiten. Een samenspel van factoren maakt, aldus de Hoge Raad, dat bij verkeersongevallen die een werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden overkomen een uitzondering wordt gemaakt op de regel dat, wanneer de werkgever niet is tekortgeschoten in de uit art. 7:658 BW voortvloeiende zorgplicht, er geen plaats is voor een op de billijkheid of op goed werkgeverschap algemene verplichting om een schadevergoeding of tegemoetkoming te betalen: “3.5 (...) Enerzijds zijn aan deelneming aan het wegverkeer bijzondere gevaren verbonden, maar anderzijds brengt de omstandigheid dat de werkgever slechts beperkte mogelijkheden en een navenant beperkte zorgplicht heeft om maatregelen te treffen en aanwijzingen te geven teneinde die gevaren te verminderen (...), mee dat de werknemer veelal geen baat heeft bij de bescherming die art. 7:658 BW hem biedt. De in het wegverkeer door velen met grote regelmaat gelopen risico's van ongevallen hebben mettertijd geleid tot een goede verzekerbaarheid van deze risico's tegen betaalbare premies. In het licht daarvan brengen de eisen van goed werkgeverschap in art. 7:611 BW mee dat de werkgever, naast zijn (beperkte) zorgplicht ter voorkoming van ongevallen in het verkeer, gehouden is zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering van werknemers wier werkzaamheden ertoe kunnen leiden dat zij betrokken raken bij een verkeersongeval”.

De Hoge Raad wijst er op dat hij in onder meer het arrest van 12 december 2008 (Maatzorg)⁴, heeft uiteengezet voor

- > welke ongevallen de werknemer in het verkeer in de uitoefening van zijn werkzaamheden voor schade een beroep kan doen op art. 7:611 BW. Dat is het geval, indien
- (a) de werknemer als bestuurder van een motorvoertuig betrokken raakt bij een verkeersongeval;
 - (b) als fietser of voetganger schade lijdt als gevolg van een ongeval waarbij één of meer voertuigen zijn betrokken; en
 - (c) als een fietser schade lijdt als gevolg van een eenzijdig fietsongeval.

Daar de postbesteller niet kwalificeert onder een van deze omstandigheden kan deze er geen aanspraak op maken dat TNT een behoorlijke verzekering voor hem had moeten afsluiten. Ook in deze zaak wijst de Hoge Raad er op dat elke afbakening tot op zekere hoogte een arbitrair karakter heeft. Wel valt in de zaak van de TNT postbesteller, aldus de Hoge Raad, te bedenken dat struikelen of uitglijden naar zijn aard niet een bijzonder, aan de risico's van het wegverkeer verbonden risico is. Er bestaat volgens de Hoge Raad geen goede grond om aan struikelen of uitglijden in het wegverkeer een verdergaande bescherming te geven dan aan de werknemer die struikelt of uitglijdt op de arbeidsplaats zelf. Hartlief ziet dit anders en meent dat het risico van vallen en uitglijden voor een postbezorgster een structureel karakter heeft (dagelijks buiten lopen in wisselende weersomstandigheden). Dat is naar zijn mening een verschil met het gewone risico op vallen en uitglijden dat iedere werknemer loopt⁵.

Vervolgens wijst de Hoge Raad er op dat, anders dan in het verkeer, geen sprake van een goede verzekeraarbaarheid van het risico van verkeersongevallen tegen betaalbare premies voor het risico van struikelen of uitglijden. Tot slot is nog van belang dat de Hoge Raad meent - rov. 3.5 van het Postbezorgsterarrest - dat er op zich zelf goede argumenten bestaan om werknemers een verdergaande algemene bescherming tegen het risico van ongevallen in verband met hun werkzaamheden te bieden dan art. 7:658 BW biedt. Het ligt, aldus de Hoge Raad, echter op de weg van de wetgever om een regeling daarvoor te maken. Een dergelijke algemene regeling gaat de rechtsvormende taak van de rechter te buiten. Hier voegt de Hoge Raad nog aan toe: *“3.5 (...) Ook is denkbaar dat werkgevers en werknemers voor de hen betreffende onderneming of voor de hen betreffende bedrijfstakken, al dan niet in het kader van af te sluiten cao's, specifieke voorzieningen ter zake van arbeidsongevallen treffen. Bij de huidige stand van de wetgeving dient echter, mede met het oog op de vereiste rechtszekerheid en de hanteerbaarheid van het recht, de in de rechtspraak aanvaarde en uit goed werkgeverschap voortvloeiende verzekeringsverplichting van de werkgever beperkt te blijven tot de bepaalde, afgebakende categorie van gevallen zoals hier voor omschreven”*.

Evenals Hartlief meen ik dat rov. 3.5 bijna als een hint van de Hoge Raad aan de wetgever en sociale partners kan worden gezien⁶.

Het door de Hoge Raad vorm gegeven systeem en enig commentaar

Na deze uitspraken van de Hoge Raad is sprake van het

volgende beschermingssysteem van art. 7:658 BW en art. 7:611 BW:

- In het kader van art. 7:658 BW moet de werknemer bewijzen dat hij in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt. Hij hoeft niet de toedracht van het ongeval te bewijzen⁷. De werkgever is bij schade in de uitoefening van de werkzaamheden aansprakelijk, tenzij hij aantoonst dat hij zijn veiligheidsverplichtingen is nagekomen, er geen *conditio sine qua non*-verband bestaat tussen zijn normschending en schade of de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer.
- Als uitgangspunt geldt dat de omvang van de zorgplicht van art. 7:658 lid 1 BW in de eerste plaats en in elk geval wordt bepaald door wat op grond van de regelgeving op het terrein van de arbeidsomstandigheden van de werkgever wordt gevergd⁸.
- De zorgplicht - die geen absolute waarborg inhoudt; ook niet ten aanzien van werknemers wier werkzaamheden bijzondere risico's voor ongevallen met zich brengen - heeft een ruime strekking die correspondeert met een ruime zorgplicht en ruime toepassing van het criterium *“in de uitoefening van de werkzaamheden”*. In de woorden van de Hoge Raad: *“niet snel [kan] worden aangenomen dat de werkgever daaraan [zijn zorgplicht] heeft voldaan en bijgevolg niet aansprakelijk is voor door de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden geleden, schade.”*
- Eens te meer wordt een (zeer) hoog veiligheidsniveau gevergd bij structurele gevaren in het werk. Een goed voorbeeld daarvan is de uitspraak van de Hoge Raad van 11 november 2005, waarin evenals in de zaak van De Rooyse Wissel, speelde dat de lagere rechter te veel betekenis had toegekend aan de vraag of het specifieke gevaar voorzienbaar was⁹. Uit die uitspraak van 11 november 2005 volgt tevens dat sprake is van een normenhierarchie: *“De werkgever dient namelijk eerst te onderzoeken of afdoende preventieve maatregelen mogelijk zijn (...), en pas als dat niet het geval is mag hij naar een ‘second best’ oplossing zoeken, te weten of op een voldoende effectieve wijze voor het gevaar kan worden gewaarschuwd”*, aldus Boom onder dit arrest¹⁰. In dit kader spelen het ervaringsfeit dat een werknemer bij zijn dagelijkse werk niet altijd even voorzichtig is en de ‘Kelderluikcriteria’ (de waarschijnlijkheid van de niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid, de hoegrootheid van de kans dat daaruit ongevallen ontstaan, de ernst die de gevolgen daarvan kunnen hebben en de mate van de bezwaarlijkheid van het nemen van veiligheidsmaatregelen) een rol.
- De zorgplicht geldt allereerst voor werkzaamheden die worden verricht op de in art. 1 lid 3, aanhef en onder g, van de Arbeidsomstandighedenwet (ruim omschreven) *“arbeidsplaats”*. Dat wil zeggen iedere plaats die in verband met het verrichten van arbeid wordt of pleegt te worden gebruikt. Hierbij is van belang dat de zorgplicht van de werkgever nauw verband houdt met zijn zeggenschap over de werkplek en zijn bevoegdheid de werknemer aanwijzingen te geven ter zake van de (wijze van) uitoefening van zijn werk.

- Er kan - aldus de Hoge Raad in het Postbezorgsterarrest (rov. 3.4.1.) - ook een zorgplicht voor de werkgever zijn op de voet van art. 7:658 BW, indien de werknemer bij de uitoefening van zijn werkzaamheden op een plaats komt die niet zijn arbeidsplaats in vorengenoemde zin is. Te denken valt hierbij onder andere aan de openbare weg in geval van deelneming aan het verkeer. In het algemeen zal de omvang van de zorgplicht van de werkgever in die situaties slechts beperkt kunnen zijn omdat hij in de regel geen zeggenschap heeft in die situaties zoals over de inrichting en daarmee samenhangende verkeersveiligheid van de openbare weg. Daarnaast kan een groot aantal andere factoren bijdragen aan het ontstaan van verkeersongevallen zonder dat de werkgever daarop door het treffen van maatregelen of het geven van aanwijzingen effectief invloed kan uitoefenen. Soms ligt dat anders, zoals bij de veiligheid van het voertuig dat de werkgever eventueel aan de werknemer ter beschikking heeft gesteld en het geven van onderricht, instructies en voorschriften die de veiligheid van de werknemer kunnen bevorderen¹¹. Een geval waarin de rechter schending van een zorgplicht van de materiële werkgever in het verkeer aannam is te vinden in de uitspraak van de Hoge Raad van 9 juli 2010¹².
- Aan de stelplicht- en bewijslast van de werkgever worden hoge eisen gesteld, helemaal als, zoals in De Rooyse Wisselzaak, bij het werk sprake is van een structureel gevaar op letselschade dat direct verband houdt met het werk en waaraan de benadeelde zich moeilijk kan onttrekken¹³. Daarbij dient de werkgever aandacht te besteden aan zowel de algemene maatregelen tot beveiliging van de werknemers, de daartoe gegeven voorlichting, de op die gevaren afgestemde instructies en het toezicht op de naleving daarvan¹⁴ als aan de specifieke maatregelen en instructies die tevens waren vereist ter beveiliging van haar werknemers. Naar de hoofdregel van art. 150 Rv. hoeft de werknemer - als wederpartij van de werkgever die de bewijslast voor zijn verweer draagt - in beginsel niet de door hem ter betwisting van diens verweer gestelde feiten te bewijzen. Indien de werkgever echter voldoende concrete gegevens aanvoert voor zijn verweer dat hij aan zijn veiligheidsverplichtingen heeft voldaan moet de werknemer de betwisting van dit verweer wel voldoende concreet motiveren. Aan deze betwisting mogen echter niet te hoge eisen worden gesteld, omdat dan afbreuk zou worden gedaan aan de verlichting van zijn processuele positie die voortvloeit uit art. 7:658 lid 2 BW. Een voorbeeld waarin de werknemer het verweer van de werkgever onvoldoende betwistte, is te vinden in de uitspraak van de Hoge Raad van 25 mei 2007¹⁵. In De Rooyse Wisselzaak werd de aanspraak van de sociotherapeut door de Hoge Raad 'gered' door te oordelen dat de werkgever niet aan zijn stelplicht ten aanzien van zijn algemene veiligheidsverplichtingen had voldaan. Er zitten nog een aantal vergelijkbare uitspraken in de pijplijn waar de lagere rechter ook aansprakelijkheid afwees op de voet van art. 7:658 BW maar oordeelde dat de werkgever - indien voorhanden - een behoorlijke verzekering voor risico's op de arbeidsplaats op de voet van

art. 7:611 BW had moeten afsluiten. Nu duidelijk is dat art. 7:611 BW op dit soort situaties niet van toepassing is, zal de tijd moeten leren of bijvoorbeeld de sociotherapeut die met een onverhoeds stoeiende patiënt te maken kreeg en daardoor letsel opliep ook door de rechter gered wordt^{16 17}.

- Onder omstandigheden kan de werkgever op de voet van art. 7:611 BW aansprakelijk zijn als de werknemer *buiten de uitoefening van zijn werkzaamheden* een ongeval overkomt waarbij een samenhang bestaat tussen de arbeids-overeenkomst en de situatie waarin het ongeval heeft plaatsgevonden. Situaties waaraan te denken valt zijn:
 - a. Een werkgever organiseert of doet organiseren een activiteit voor zijn personeel waaraan een bijzonder risico op schade voor de deelnemende werknemers verbonden is. In dat geval is hij uit hoofde van de in art. 7:611 BW bedoelde eisen van goed werkgeverschap gehouden de ter voorkoming van die schade redelijkerwijs van hem te verlangen zorg te betrachten. Doet hij dat niet en treft hem dus een verwijt dan is hij voor de *gehele* schade aansprakelijk¹⁸.

Daarbij dient aangetekend te worden dat de werkgever in deze gevallen wel een beroep kan doen op eigen schuld en dat voor het vaststellen van het schenden van de zorg- en preventieplicht niet de specifieke regels voor de bewijslastverdeling van art. 7:658 BW gelden. In beginsel zal het bewijs hiervan op de werknemer rusten¹⁹.

- b. Onder bijzondere omstandigheden kan de werkgever aansprakelijk zijn voor ongevallen die de werknemer ofschoon *samenhangend met zijn werkzaamheden in zijn privésituatie* zijn overkomen, indien met het oog op een de werkgever bekend, specifiek en ernstig gevaar voor de werknemers in diens privésituatie. Gelet op de eisen van goed werkgeverschap mogen dan preventieve maatregelen van de werkgever worden gevergd²⁰. Indien hij deze maatregelen niet neemt, zal hij wederom voor de *volledige* schade aansprakelijk zijn. Een situatie waaraan gedacht kan worden is de werknemer waarvan de werkgever weet dat deze wordt bedreigd en hij toch niets onderneemt om hem te beschermen.

Zoals Hartlief terecht opmerkt valt op dat door sommige rechters op de voet van art. 7:611 BW eerder aangenomen buitenlandbescherming voor werknemers, niet makkelijk te brengen is onder het systeem dat de Hoge Raad met zijn recente arresten schetst. Hartlief noemt als voorbeelden onder meer de uitspraken van de Kantonrechter Delft (ontvoering Jemen) en de Kantonrechter Rotterdam (voedselvergiftiging in Thailand)²¹. De Hoge Raad lijkt op dat punt in ieder geval een terughoudender koers te willen varen.

- In de volgende verkeersongevallen vindt art. 7:611 BW ook toepassing bij ongevallen die *binnen* het bereik van art. 7:658 BW vallen. Het gaat dan om die gevallen waarin de werknemer schade lijdt in de uitoefening van de werkzaamheden als deelnemer aan het wegverkeer indien hij:
 - a. Als bestuurder van een motorvoertuig betrokken raakt bij een verkeersongeval, dan wel indien hij
 - b. Als fietser of voetganger schade lijdt als gevolg van een

- > ongeval waarbij één of meer voertuigen zijn betrokken, of
- c. Als fietser schade lijdt als gevolg van een eenzijdig fietsongeval.

Voor deze categorie van verkeersongevallen brengen de eisen van goed werkgeverschap met zich dat de werkgever zorg dient te dragen voor een behoorlijke verzekering ten behoeve van de werknemer. Doet hij dat niet, dan is hij voor de daardoor veroorzaakte schade (het missen van de uitkering die de werknemer op grond van een behoorlijke verzekering zou zijn toegekomen) jegens de werknemer aansprakelijk²². Deze uitzondering is gegeven vanwege

a. de aan deelneming aan het wegverkeer verbonden bijzondere gevaren;

b. de omstandigheid dat de werkgever slechts beperkte mogelijkheden en een navenant beperkte zorgplicht heeft om maatregelen te treffen en aanwijzingen te geven ten einde die gevaren te verminderen. Dit brengt met zich dat de werknemer veelal geen baat heeft bij de bescherming die art. 7:658 BW hem biedt; en

c. de mettertijd ontstane goede verzekerbaarheid van de door velen met grote regelmaat gelopen risico's van ongevallen in het verkeer tegen betaalbare premies. Deze redengeving onder a, b en c is op het eerste gezicht niet heel erg sterk. Bijzondere gevaren doen zich ook buiten het verkeer tijdens veel soorten werk regelmatig voor. Dat de werkgever in het verkeer maar beperkt zijn zorgplicht kan waarmaken lijkt mij voorts niet zonder meer een argument voor de verplichting een behoorlijke verzekering af te sluiten. Ik wijs er op dat de Hoge Raad voor ongevallen in privésituaties waarbij een zekere samenhang bestaat tussen het letsel en het werk in 1999 oordeelde dat het (vrijwel) ontbreken van de zorgplicht maakt dat slechts in de hiervoor weergegeven bijzondere situaties sprake kan zijn van aansprakelijkheid²³. Tot slot: toen door de Hoge Raad de verplichting van de werkgever werd aangenomen om een behoorlijke verzekering af te sluiten voor de risico's die werknemers in het verkeer lopen, bestond een dergelijke verzekering niet zonder meer in de door hem beoordeelde gevallen. Het Hof Den Bosch, waarnaar de Hoge Raad verwezen had in zijn uitspraak van 1 februari 2008, LJN BB4767, nam in zijn uitspraak van 28 september 2010 althans aan dat een dergelijke verzekering in 1999, de datum van het aan de orde zijnde ongeval, niet bestond.

Alles overpeinzend, denk ik dat de onder a tot en met c genoemde redengeving voor een uitzondering in het verkeer ten opzichte van bijzondere gevaren op de arbeidsplaats toch wel verdedigbaar is. Bij bijzondere gevaren tijdens het werk zal, vanwege de zeer strenge zorgplicht, vrijwel altijd aansprakelijkheid worden aangenomen, mede vanwege het ervaringsfeit dat een werknemer bij zijn werk niet altijd alle geboden voorzichtigheid in acht zal nemen, ook niet als hij tevoren geïnstrueerd of gewaarschuwd is²⁴. Wel doet de wijze waarop de schending van deze (zeer zware) zorgplicht achteraf wordt ingevuld soms gekunsteld en enigszins gezocht aan²⁵.

Gewoon woon-werkverkeer valt vermoedelijk niet onder

het beschermingsbereik van art. 7:611 BW (en ook niet onder dat van art. 7:658 BW²⁶²⁷). Als sprake is van vervoer dat op één lijn te stellen is met vervoer dat plaatsvindt krachtens de verplichtingen uit arbeidsovereenkomst en in het kader van de voor de werkgever uit te voeren werkzaamheden is art. 7:611 BW wel toepasselijk²⁸.

- Voor andere uitzonderingen dan in de vorige *bullet* genoemd, bestaat in de situatie dat art. 7:658 BW toepasselijk is naar het oordeel van de Hoge Raad geen ruimte²⁹. Dit gaat de rechtsvormende taak van de rechter te buiten. Wel is denkbaar dat werkgevers en werknemers al dan niet in het kader van af te sluiten cao's, specifieke voorzieningen voor arbeidsongevallen treffen.

Conclusie

Hartlief vat de stand van het recht na de uitspraken van 11 november 2011 mooi samen³⁰: *“De Hoge Raad doet meer dan de deur dichtgooien waar het de verzekeringsplicht betreft. Ik lees beide arresten nadrukkelijk ook als een herwaardering van art. 7:658 BW: terug naar de basis. De boodschap lijkt dat zowel partijen als feitenrechters de mogelijkheden van art. 7:658 BW beter moeten benutten. Daarbij straalt de Hoge Raad uit dat hij streng is voor de werkgever: de herhaalde nadruk op (het streven naar) een hoog veiligheidsniveau in recente rechtspraak valt op, evenzeer als de mededeling dat de werkgever niet snel vrijuit gaat. Ook de eisen die de Hoge Raad stelt (zelfs zeer hoge eisen bij (bepaalde) gevaarlijke beroepen) roepen verwachtingen op.”*

Moeilijk kan worden volgehouden dat het nu bestaande systeem een mooi bouwwerk is. De afbakening tussen aansprakelijkheid en niet aansprakelijkheid heeft niet, zoals de Hoge Raad schrijft, *“tot op zekere hoogte een arbitrair karakter”*. A-G Spier geeft in zijn conclusie voor de uitspraak van de Hoge Raad van 24 november 2010 een aantal voorbeelden daarvan³¹: *“3.55. Als ik het goed begrijp dan kan een fietser die op de openbare weg in de uitoefening van zijn werkzaamheden wordt getroffen door een boomtak, die bij harde wind is afgewaaid en die daardoor ten val komt aanspraak maken op vergoeding van zijn schade. Art. 7:611 BW biedt daarvoor een basis, waaraan niet afdoet dat dit ongeval niet van doen heeft met de gevaren van het verkeer. Zou een overstekende postbode door een andere tak van dezelfde boom worden getroffen en zou hij daardoor ten val komen, dan staat hij in beginsel met lege handen. Dat is wellicht anders als hij daardoor tegen een rijdende auto aanvalt en mogelijk ook wanneer hij belandt tegen een auto die voor een stoplicht staat te wachten. Vrij zeker biedt art. 7:611 BW geen soulaas als hij tegen een aan de kant van de weg geparkeerde auto aanvalt.”*

Men kan er over twisten of de afbakening zoals de Hoge Raad die treft ‘tot op zekere hoogte een arbitrair karakter’ heeft of dat dit een eufemisme is voor een toch wel behoorlijk willekeurige grens. Ter relativering geldt wel dat tegen vrijwel elke afbakening in het recht tegenargumenten in zijn te brengen. Bij rechtsregels is uit de aard der zaak vaak sprake van een (algemenere) keuze die nu een-

maal geen recht kan doen aan alle spelende en op zichzelf relevante belangen.

Het is niet reëel en zou getuigen van te veel wijsheid achteraf om de Hoge Raad te verwijten dat er zo'n rafelig systeem is ontstaan. Voor bijna alle uitspraken, zo niet alle, die de Hoge Raad in dit kader heeft gedaan geldt dat zij recht doen aan het specifieke geval en op dat moment ook logisch leken. Zo was het na het arrest in Bruinsma Tapijt - HR 16 oktober 1992³² - waarin aansprakelijkheid van de werkgever werd aangenomen voor beschadiging van de eigen zaak - en in het bijzonder de eigen auto - van de werknemer bij gebruik voor zijn werk, begrijpelijk dat de Hoge Raad oordeelde dat ook letselschade in het verkeer tijdens de uitoefening van de werkzaamheden vergoed diende te worden.

Hoewel de door de Hoge Raad getrokken grenzen wellicht enigermate arbitrair zijn, is het een goede zaak dat hij nu pas op de plaats maakt. Een andersluidende uitspraak waarbij de Hoge Raad naast art. 7:658 BW een op art. 7:611 BW gegronde plicht tot het afsluiten van een behoorlijke verzekering zou hebben aangenomen bij bijzondere gevaren tijdens het werk had grote afbakeningsproblemen met zich gebracht. Zoals A-G Spier schrijft, zijn er talloze situaties waarin de gevaren voor de werknemer aanzienlijk groter zijn dan of tenminste gelijk aan die verbonden aan het wegverkeer³³. Als voorbeeld wijst hij hierbij naar de ongevalstatistiek in de bouw. Voorts zijn er vele arbeidsongevallen met ernstig letsel als gevolg, waarbij de werkgever geen reëel verwijt valt te maken en hij dus ook niet aansprakelijk is. Daar komt bij dat uit de rechtspraak van de Hoge Raad volgt dat de stelling dat de werkgever bij een ongeval, behoudens opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer, per definitie tekort is geschoten onjuist is³⁴. Dit maakt, aldus A-G Spier terecht, dat het heel weinig voor de hand ligt om voor een betrekkelijk willekeurige groep werknemers (buiten het verkeer) wel aansprakelijkheid buiten een reëel aan de werkgever te maken verwijt te aanvaarden³⁵.

Ik sluit af met de waarschuwing die A-G Spier voor de toekomst geeft indien de wetgever, sociale partners of verzekeraars het laten afweten om hun verantwoordelijkheid te nemen: "3.67. *Ik haast mij hier aan toe te voegen dat ik zeker niet zou willen uitsluiten (en misschien wel hopen) dat de rechter op enig moment in de niet al te verre toekomst zijn verantwoordelijkheid moet (zal willen) nemen wanneer wetgever, sociale partners of verzekeraars het laten afweten*".

met ambtenaren twijfelen. De ambtenaar heeft immers een wezenlijk andere rechtspositie en de regeling voor hem is juist *niet* op een verwijt van zijn werkgever gebaseerd.

⁴ LJV BD3129

⁵ T. Hartlief, noot onder LJV BR5215, *NJ 2001*, 597, randnummer 11.

⁶ Vgl. T. Hartlief in zijn noot onder HR 11 november 2011, *NJ 2011*, 597, randnummer 10.

⁷ Zie bijv. HR 4 mei 2001, *NJ 2001*, 377.

⁸ HR 12 december 2008, LJV BD3129, rov. 3.5.2.

⁹ HR 11 november 2005, *JA 2006*, 11

¹⁰ noot van Boom bij HR 11 november 2005, *JA 2006*, 11.

¹¹ Aldus de Hoge Raad in zijn uitspraak van 11 november 2011, LJV BR5215, rov. 3.4.1. en al eerder in HR 12 december 2008, LJV BD3129 (Maatzorg) rov. 3.5.4. en 3.5.5.

¹² HR 9 juli 2010, LJV BL4088.

¹³ Vgl. T. Hartlief in zijn noot onder HR 11 november 2011, *NJ 2011*, 597, randnummer 13.

¹⁴ Vgl. voor toezicht op de naleving van veiligheidsinstructies bijv. HR 11 april 2008, LJV BC9225.

¹⁵ HR 25 mei 2007, LJV BA3017.

¹⁶ Hof Leeuwarden 11 januari 2011, LJV BP1174; zie voor een bespreking van deze zaak S.C. Banga en I. van der Putt-van Vessum, *PIV-Bulletin 2011*, 3, p. 5-10.

¹⁷ Zie voor een uitspraak waarin geen aansprakelijkheid werd aangenomen van de werkgever van een pedagogisch medewerkster die in een instelling voor jongeren met ernstige gedragsproblemen werd geschopt door een agressieve jongen Rb. Groningen 17 november 2011, www.stichtingpiv.nl.

¹⁸ Vgl. Hoge Raad 17 april 2009, LJV BH1996.

¹⁹ Zie hierover in het *PIV Bulletin*, juni 2009 p. 10-14, Chr. H. van Dijk. In dit artikel wordt ook dieper ingegaan op de aansprakelijkheid bij bedrijfsuitjes- of feestjes.

²⁰ Vgl. Hoge Raad 22 januari 1999, LJV AD2996.

²¹ Noot onder HR 11 november 2011, *NJ 2011*, 597, randnummer 16; Ktg. Delft 1 november 2001, *NJ 2001*, 137 en Ktg. Rotterdam 29 maart 2005, *JAR 2005*, 92.

²² Vgl. Hoge Raad 1 februari 2008, LJV BB4767 en LJV BB6175, alsmede Hoge Raad 12 december 2008, LJV BD3129.

²³ Vgl. Hoge Raad 22 januari 1999, LJV AD2996.

²⁴ Vgl. HR 11 november 2005, *JA 2006/11*, rov. 3.3.2.

²⁵ Een voorbeeld daarvan is mijns inziens HR 19 oktober 2001, LJV ZC3689.

²⁶ Vgl. HR 30 november 2007, LJV AD5483.

²⁷ Zie S.D. Linderbergh, *Mon Privaatrecht* (2009), p. 104.

²⁸ HR 9 augustus 2002, LJV AE2113.

²⁹ Recent oordeelde de Hoge Raad, 28 oktober 2011, LJV BQ2324, dat de opvatting dat een onderwijsinstelling zonder meer moet zorgen voor een ongevallenverzekering die voor risicovolle activiteiten dekking biedt, althans haar studenten duidelijk moet maken dat verzekering geen dekking biedt, kan in haar algemeenheid niet kan worden aanvaard. De HR lijkt dus ook buiten het werk terughoudend een verzekeringsplicht aan te nemen.

³⁰ Noot onder HR 11 november 2011, *NJ 2011*, 597, randnummer 17.

³¹ Vgl. Hoge Raad 24 november 2010, LJV BN9977.

³² *NJ 1993*, 264.

³³ Zie randnummer 4.10.1 in zijn conclusie voor Hoge Raad, 11 november 2011, LJV BR5215.

³⁴ Hoge Raad 24 juni 2011, LJV BP 9897.

³⁵ Randnummer 4.10.2 van de conclusie van A-G Spier voor Hoge Raad 11 november 2011, LJV BR5215.

¹ Hoge Raad, 11 november 2011, LJV BR5215 en Hoge Raad 11 november 2011, LJV BR5223.

² 5.18 conclusie

³ De verzorging van de tbs-patiënt is een typische overheidstaak; Bij 'beroepsincidenten' gaat het om functies waaraan grote risico's zijn verbonden waaraan de ambtenaar noodgedwongen wordt blootgesteld (MvT Stb. 2005, 591, p. 25-27; Men kan over deze vergelijking

De Medische Paragraaf GBL is gereed



Mevrouw mr. A. Wilken en
prof. mr. A.J. Akkermans
Vrije Universiteit Amsterdam



Op 15 december 2011 is de medische paragraaf bij de Gedragscode Behandeling Letselschade (GBL) aanvaard door het platform van De Letselschade Raad. De medische paragraaf bestaat uit vijf onderdelen die aansluiten bij het globale chronologische verloop van het medisch beoordelingstraject. Hij treedt in de plaats van de Beginselen 9 en 12 van de GBL. Ieder onderdeel bevat een aantal goede praktijken en een toelichting daarop. De regeling in de medische paragraaf is niet alleen veel uitvoeriger, nieuw is dat er ook werkdokumenten zijn opgenomen waarmee de goede praktijken - die onvermijdelijk nogal algemeen van aard zijn - worden vertaald in concrete werkwijzen. De medische paragraaf wordt uitgegeven als een aparte bijlage bij de GBL. In deze bijdrage worden de belangrijkste uitgangspunten en goede praktijken van de medische paragraaf per onderdeel kort toegelicht.

Onderdeel 1: Algemene Uitgangspunten

Het belangrijkste uitgangspunt is het proportionaliteitsbeginsel. De betekenis van het begrip 'proportionaliteit' in deze context is dat er niet meer onderzoek wordt gedaan, op basis van niet meer (medische) informatie, dat er - niet meer discussie wordt gevoerd; - niet meer medische expertises worden verricht; en - niet meer tijd verstrijkt dan in het concrete geval echt noodzakelijk is. Het pro-

portionaliteitsbeginsel loopt als een rode draad door het medische beoordelingstraject: in elk onderdeel van het medisch beoordelingstraject moet wel één, en vaak zelfs meerdere, proportionaliteitsafwegingen worden gemaakt.

Transparantie is een tweede belangrijk uitgangspunt en essentieel om het onderlinge vertrouwen tussen (vertegenwoordigers van) slachtoffers en verzekeraars zoveel mogelijk te stimuleren: (i) transparantie jegens de benadeelde met betrekking tot het hoe en waarom van het ter beschikking stellen van medische informatie, (ii) transparantie jegens de verzekeraar met betrekking tot de (medische) ontwikkelingen en (medische) informatie die van belang kan zijn in het kader van de schadeafwikkeling en (iii) transparantie in de medische advisering aan beide zijden.

Tot slot moet het uitgangspunt van objectiviteit en onafhankelijkheid van de medisch adviseur worden genoemd. De medisch adviseur heeft als 'objectieve partijdeskundige' geen eenvoudige positie. Enerzijds is hij een arts met een BIG-registratie, op grond waarvan hij objectief en onafhankelijk behoort te zijn. Anderzijds wordt hij ingeschakeld om één van beide partijen te adviseren, hetgeen onvermijdelijk een bepaald eenzijdige perspectief met zich brengt. In de medische paragraaf wordt uitgebreid aandacht besteed aan de betekenis van de objectiviteit en onafhankelijkheid die van de medisch adviseur wordt verwacht.

Onderdeel 2: Het vragen van medisch advies

De belangrijkste boodschap van dit onderdeel van de medische paragraaf is dat de opdrachtgever (de belangenbehartiger of de schadebehandelaar van de verzekeraar) zijn medisch adviseur zo concreet mogelijke vragen moet stellen en hij de medisch adviseur van voldoende achtergrondinformatie moet voorzien om deze vragen te kunnen beantwoorden¹. Het is niet de bedoeling dat de medisch adviseur medische informatie ontvangt en van zijn opdrachtgever de enkele vraag krijgt: 'Graag uw advies ...'. Een goed advies veronderstelt een goede vraagstelling en voldoende achtergrondinformatie. Een gerichte vraagstelling is ook van belang omdat deze voor de medisch adviseur richtinggevend zal zijn bij het opvragen van medische informatie. Het stellen van te veel en/of irrelevante vragen brengt het risico met zich dat door de medisch adviseur ook te veel en/of irrelevante medische informatie wordt opgevraagd, hetgeen niet proportioneel is en dus een onrechtvaardige inbreuk op de privacy van de benadeelde zou opleveren.

Het werkdokument bij dit onderdeel is een format voor

het vragen van advies aan de medisch adviseur. Met behulp daarvan kan de opdrachtgever zijn medisch adviseur op een overzichtelijke manier van achtergrondinformatie voorzien² en daarnaast bevat dit format een voorzet voor een vraagstelling aan de medisch adviseur. Ook bij het gebruik van dit format is het belangrijk dat de opdrachtgever zich afvraagt wat hij precies van zijn medisch adviseur wil weten. Het is nadrukkelijk niet de bedoeling dat in iedere (relatief eenvoudige) letselschadezaak het format in zijn geheel aan de medisch adviseur wordt voorgelegd. Proportionaliteit speelt ook in dit kader dus een belangrijke rol: niet meer vragen en niet meer achtergrondinformatie aanleveren dan in de concrete voorliggende zaak noodzakelijk is, zodat door de medisch adviseur ook niet meer medische informatie wordt opgevraagd dan noodzakelijk is. In het format wordt daartoe onderscheid gemaakt tussen verschillende categorieën situaties.

Onderdeel 3: Het verzamelen van en de omgang met medische informatie

Dit is het meest omvangrijke en meest gecompliceerde onderdeel van de medische paragraaf. Hieronder volgt een overzicht van de belangrijkste goede praktijken:

"De benadeelde wordt aan het begin van de rit schriftelijk geïnformeerd over de noodzaak van het opvragen en overleggen van zijn medische gegevens, over de personen die deze gegevens in de loop van het afwikkelingstraject onder ogen kunnen krijgen, over de regels en goede praktijken die deze inbreuk op zijn privacy tot het noodzakelijke beogen te beperken, en over de mogelijkheden die hem ter beschikking staan om desgewenst op naleving daarvan toe te zien."

Bij dit onderdeel hoort een werkdocument - het toestemmingsformulier medische informatie - waarmee de benadeelde kan worden geïnformeerd over (i) het nut en de noodzaak van het opvragen en uitwisselen van zijn medische informatie en (ii) de regels die gelden voor het opvragen, uitwisselen en omgaan met zijn medische informatie. Door ondertekening van dit formulier kan de benadeelde zijn geïnformeerde toestemming geven voor het uitwisselen van en de omgang met zijn medische informatie conform de regels en goede praktijken van de medische paragraaf. Voor het opvragen van medische informatie uit de behandelend sector (of bijvoorbeeld bij het UWV) zal de benadeelde altijd nog afzonderlijk toestemming moeten geven. Meestal zal de medische informatie met behulp van een 'medische volmacht' worden verzameld door de belangenbehartiger of medisch adviseur van de benadeelde zelf. Medische informatie kan echter ook door de medisch adviseur van de verzekeraar worden opgevraagd. Hiervoor zal gebruikt moeten worden gemaakt van een zogenaamde 'gerichte medische machtiging' die veel specifiek is dan de algemene medische volmacht. Voorbeelden voor een medische volmacht en een gerichte medische machtiging zijn eveneens opgenomen als werkdocumenten bij dit onderdeel van de medische paragraaf.

"Het opvragen van medische informatie die niet (direct)

ziet op het ongeval als zodanig, moet worden gemotiveerd op basis van de proportionaliteitscriteria die in de toelichting bij dit onderdeel zijn opgenomen."

Over het algemeen zal het proportioneel zijn om medische informatie op te vragen die direct betrekking heeft op het ongeval en de gevolgen daarvan³. Voor het opvragen van medische informatie die niet direct betrekking heeft op (de gevolgen van) het ongeval (vaak informatie uit iemands medische voorgeschiedenis), geldt echter een uitgebreide motiveringsplicht om de proportionaliteit van een dergelijk verzoek te kunnen beoordelen. Hiervoor geeft de medische paragraaf een aantal proportionaliteitscriteria:

- de looptijd van de schade en de omvang van de letselschadevordering;
- de aard en complexiteit van het letsel;
- de klachten en het klachtenverloop;
- een (potentieel) relevante medische voorgeschiedenis;
- de opstelling van de benadeelde.

Op het moment dat de benadeelde (of zijn belangenbehartiger of medisch adviseur) niet bereid is om te voldoen aan een goed gemotiveerd verzoek van de medisch adviseur van de verzekeraar om inzage in medische informatie, zal dit eveneens moeten worden gemotiveerd. Deze motiveringsplichten over en weer stellen partijen in staat om hun tegengestelde belangen tegen elkaar af te kunnen wegen.

"Naast inzage in het advies van zijn medisch adviseur, kan de schadebehandelaar van de verzekeraar onder bepaalde omstandigheden en strikte voorwaarden ook inzage worden verstrekt in bepaalde aan het medisch advies ten grondslag liggende originele medische informatie (veelal afkomstig uit de behandelend sector)."

Het idee achter deze goede praktijk is dat de beoordeling van de omvang van de schade en de vraag welke medische informatie in dat kader relevant is, een gecombineerde medisch-juridische beoordeling is, die de medisch adviseur niet altijd in zijn eentje zal kunnen maken. Soms zal het noodzakelijk zijn om bepaalde medische informatie met de schadebehandelaar te delen, zodat kan worden overlegd over de betekenis van die medische informatie in het kader van de schadebehandeling. In dit opzicht luidt de medische paragraaf anders dan beginsel 9 uit de GBL 2006. Hierin leek namelijk een absoluut verbod te staan voor het verstrekken van originele medische informatie door de medisch adviseur van de verzekeraar aan de schadebehandelaar: met uitzondering van het medisch advies mocht geen medische informatie worden verstrekt. Na uitgebreide consultatie van de praktijk is besloten hier in de medische paragraaf van af te wijken: het verstrekken van originele medische informatie is onder bepaalde omstandigheden toegestaan. Men moet zich hierbij realiseren dat men met een absoluut verbod slechts bereikt dat hele stukken tekst uit de originele medische informatie in het medisch advies worden overgetypt, waarmee de inbreuk op de privacy van het slachtoffer niet werkelijk

> minder is. Dat is niet alleen een verspilling van tijd en geld, maar kan de informatie ook van context ontdoen waardoor het gevaar van denaturatie van de betreffende informatie groter wordt. Het privacybelang van de benadeelde wordt het beste gediend door te bevorderen dat alleen die informatie die absoluut nodig is voor de beoordeling door de medisch adviseur met de schadebehandelaar (en eventuele andere door de verzekeraar bij de schadebehandeling betrokken personen) kan worden gedeeld. Hieraan worden in de medische paragraaf de volgende voorwaarden verbonden:

1. Het is de medisch adviseur die bepaalt of en zo ja, welke medische informatie noodzakelijk is ter beoordeling van de letselschade, en in welke vorm en aan wie deze medische informatie wordt verstrekt.
2. De medisch adviseur dient de medische informatie altijd te voorzien van een voldoende duidelijke toelichting, zodat de betekenis en de relevantie van deze informatie ook voor niet-medici begrijpelijk is.
3. De medische informatie mag alleen worden verstrekt aan personen die op grond van wet of overeenkomst zijn gebonden aan een geheimhoudingsplicht ten aanzien van de aan hen verstrekte medische gegevens⁴.
4. De medisch adviseur verstrekt alleen de door hem ter beoordeling van (de omvang van) de letselschade noodzakelijk geachte medische informatie en neemt hierbij de hieronder omschreven beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit in acht:
 - de complexiteit van de zaak (hoe complexer de zaak, hoe eerder het proportioneel is om bepaalde medische informatie te verstrekken);
 - de oorsprong van de medische gegevens (medische informatie die is opgetekend in het kader van de behandeling van een slachtoffer zal minder snel mogen worden verstrekt dan bijvoorbeeld een expertiserapport in het kader van de schadebehandeling); en
 - de privacygevoeligheid van de medische gegevens (extra privacygevoelige gegevens zoals gegevens over seksuele geaardheid, mishandeling, een incestverleden of psychiatrische behandelingen zullen niet snel verstrekt mogen worden).

"Zowel aan de zijde van de belangenbehartiger als aan de zijde van de verzekeraar wordt bijgehouden wanneer, aan wie, welke medische informatie over de benadeelde wordt verstrekt, zodat dit te allen tijde voor de benadeelde inzichtelijk kan worden gemaakt (onderdeel 3 bevat als werkdocument eveneens een voorbeeld van een log waarin dit kan worden bijgehouden). Alle relevante medische informatie moet worden opgevraagd en uitgewisseld en beide partijen - althans hun medisch adviseurs - moeten in beginsel over dezelfde medische informatie kunnen beschikken."

Om deze goede praktijk zo goed mogelijk toe te kunnen passen, bevat de medische paragraaf eveneens de goede praktijk dat de medisch adviseurs van beide partijen in hun medische adviezen melding maken van *alle* door hen opgevraagd en geraadpleegde medische informatie. Naast de door hen relevant geachte medische informatie - die zij

over het algemeen in hun advies zullen verwerken - zal eveneens melding gemaakt moeten worden van de medische informatie die zij wel in hun bezit hebben maar niet relevant achten⁵. Op deze wijze kan voor de medisch adviseur van de wederpartij inzichtelijk worden gemaakt over welke medische informatie zijn collega beschikt en of hij vindt dat hij alle relevante medische informatie heeft ontvangen of dat hij nog aanvullende medische stukken zou willen raadplegen.

Onderdeel 4: Het medisch advies

Dit onderdeel bevat in de eerste plaats goede praktijken met betrekking tot de werkzaamheden en de positie van de medisch adviseur:

"De medisch adviseur streeft in zijn advisering naar zo groot mogelijke objectiviteit en onafhankelijkheid en neemt daarbij de voorschriften uit de voor hem geldende beroepscode in acht.

De medisch adviseur neemt geen vooringenomen standpunten in en stelt zich ten opzichte van de benadeelde en eventuele andere gesprekspartners respectvol en betamelijk op."

De medisch adviseur bewaakt de grenzen van zijn vakkundigheid en deskundigheid.

Daarnaast bevat dit onderdeel goede praktijken met betrekking tot het medisch advies als zodanig:

"Het medisch advies is zakelijk, en tegelijkertijd voor een leek leesbaar en begrijpelijk.

De medisch adviseur maakt in zijn advies duidelijk onderscheid tussen feiten, beweringen en persoonlijke opvattingen.

De medisch adviseur verwerkt in zijn advisering slechts (medische) informatie die (potentieel) relevant is in het kader van de schadebehandeling en voor het goed beantwoorden van de hem gestelde vragen.

Het medisch advies en de totstandkoming daarvan is transparant en controleerbaar: (i) het advies bevat een overzicht van alle door de medisch adviseur opgevraagde en geraadpleegde informatie, (ii) het advies bevat een weergave van de aan de medisch adviseur gestelde vragen, (iii) de medisch adviseur adviseert bij voorkeur schriftelijk, en (iv) de medische adviezen waar partijen zich op beroepen worden over en weer ter beschikking gesteld."

Als werkdocument bevat dit onderdeel een rapportage format dat de medisch adviseur kan gebruiken bij de uitvoering van zijn werkzaamheden.

Onderdeel 5: De medische expertise

Het belangrijkste uitgangspunt in het vijfde onderdeel van de medische paragraaf inzake de medische expertise is dat kostbare, tijdrovende en voor de benadeelde vaak ook belastende medische expertises tot een minimum moeten worden beperkt⁷. Ook dit uitgangspunt vloeit direct voort uit het proportionaliteitsbeginsel. Als een medische expertise toch noodzakelijk blijkt te zijn, verdient het de voorkeur om een medische expertise op verzoek van beide

partijen te laten plaatsvinden. Een gezamenlijke medische expertise heeft immers nagenoeg dezelfde waarde (en bewijskracht in een eventuele procedure) als een medische expertise in opdracht van de rechter, en is in die zin dus ook aanzienlijk waardevoller dan een eenzijdig tot stand gekomen medische expertise. Het werkdocument bij dit onderdeel is de IWMD vraagstelling causaal verband bij ongeval.

Commentaar en andere input gevraagd

De praktijk zal moeten uitwijzen of de medische paragraaf ook daadwerkelijk zal bijdragen aan een sneller, soepeler en voor de benadeelde minder belastend verloop van het medisch beoordelingstraject. Wij hopen met behulp van ervaringen, commentaar en suggesties uit de praktijk in de toekomst verdere kwaliteitsslagen te kunnen maken. Uw reactie op de inhoud van de medische paragraaf en de bijbehorende werkdocumenten wordt dan ook zeer op prijs gesteld⁷.

¹ Het gaat hierbij om achtergrondinformatie met betrekking tot de toedracht van het ongeval, relevante medische, arbeidskundige en sociale aspecten, de aard en de omvang van de belangrijkste schade-posten en de eventuele geschilpunten tussen partijen.

² Net als alle werkdocumenten van de Medisch Paragraaf is ook dit format slechts een voorbeeld, dit geval van de manier waarop de opdrachtgever zijn medisch adviseur van de nodige achtergrondinformatie kan voorzien. Er zijn ook andere manieren denkbaar. Zo zullen veel schadebehandelaars en sommige belangenbehartigers schaderegelingsrapporten of bezoekerapporten opstellen naar aanleiding van hun bezoek(en) aan de benadeelde. Dergelijke rapporten zullen vaak al een groot deel van de - zo niet alle - door de medisch adviseur benodigde achtergrondinformatie over de zaak bevatten. In dat geval zal ten behoeve van de informatievoorziening aan de medisch adviseur dus ook heel goed gebruik kunnen worden gemaakt van (delen van) deze rapporten.

³ Denk bijvoorbeeld aan informatie van de SEH of verslaglegging van de huisarts, etc.

⁴ Op grond van art. 21 lid 2 Wbp hebben schadebehandelaars van verzekeraars een dergelijke geheimhoudingsplicht.

⁵ Er kan dan worden volstaan met het vermelden van de naam en de functie van de opstellen, de geadresseerde en de datum van het document.

⁶ Medische expertises zouden in principe moeten worden beperkt tot die gevallen waarin (i) de medisch adviseurs over onvoldoende medische kennis beschikken om de voorliggende problematiek te kunnen beoordelen; (ii) er onvoldoende (gedetailleerde) medische (onderzoeks)gegevens beschikbaar zijn om de voorliggende problematiek te kunnen beoordelen, of (iii) de medisch adviseurs op bepaalde punten van mening (blijven) verschillen.

⁷ www.rechten.vu.nl > onderzoek > onderzoeksinstituten en -centra > projectgroep medische deskundigen > contact.

De deelgeschillenrechter anderhalf jaar in actie (III)



Mevrouw mr. P. Oskam
Kennedy Van der Laan Advocaten

In dit derde artikel sinds de inwerkingtreding van de Wet Deelgeschilprocedure op 1 juli 2010 bespreek ik de tot op heden¹ gewezen rechtspraak. In PIV-Bulletin 2011, 1 bespraken Chris van Dijk en ik de eerste achttien gepubliceerde beschikkingen en in PIV-Bulletin 2011, 5 behandelden wij de bijna veertig beschikkingen die tot op dat moment waren geweest. Sindsdien zijn daar een kleine zestig beschikkingen bijgekomen. Een en ander duidt er op dat het instrument van de deelgeschilprocedure sinds de inwerkingtreding van de wet steeds vaker wordt ingezet. Akkermans en Van² betogen dat het effect van de deelgeschilprocedure veel groter is dan uit enkel het aantal uitspraken blijkt en concluderen dat de deelgeschilprocedure in korte tijd een belangrijke plaats heeft ingenomen binnen de letselschadepraktijk. Van de verzekeraars waarvoor ik op regelmatige basis optreed begrijp ik dat benadeelden - althans hun belangenbehartigers - regelmatig dreigen met een deelgeschilprocedure, terwijl uiteindelijk geen verzoekschrift wordt ingediend, juist óók indien de verzekeraar volhardt in het door haar ingenomen standpunt. Verder gebeurt het, zo begrijp ik van diezelfde verzekeraars, geregeld dat partijen ter mondelinge behandeling alsnog 'op de gang' tot een schikking komen, die dichterbij het buiten rechte door de verzekeraar ingenomen standpunt ligt, dan bij het standpunt van benadeelde. Voor beide situaties, waarnaar voor zover mij bekend geen onderzoek is gedaan, geldt dat de wederkerige situatie zich ongetwijfeld ook zal voordoen. Hoe dit ook zij: deze informatie lijkt te onderschrijven dat het effect van de deelgeschilprocedure inderdaad groter is dan wij sec uit het aantal gepubliceerde beschikkingen kunnen afleiden.

Er is veel te zeggen over de deelgeschilprocedure. In dit derde artikel zal ik aan de hand van de beschikkingen tot nu toe twee onderwerpen bespreken:

- (i) de reikwijdte van de deelgeschilprocedure; en
- (ii) de kosten van de deelgeschilprocedure.

Reikwijdte deelgeschilprocedure

De reikwijdte van de deelgeschilprocedure is een onderwerp dat in vrijwel iedere beschikking terugkomt, en daarmee een onderwerp dat ook in dit derde artikel om aandacht vraagt. Art. 1019z Rv bepaalt dat de beslissing in een deelgeschilprocedure dient te kunnen bijdragen aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst. Het verzoek om te beslissen over een tussen partijen bestaand geschil dient te worden afgewezen, indien de rechter van oordeel is dat een beslissing omtrent het deelgeschil een onvoldoende bijdrage zal leveren aan de voortgang van het buitengerechtelijke traject. De rechter dient af te wegen 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.

In ons eerste artikel na inwerkingtreding van de Wet Deelgeschillen concludeerden wij dat de rechter het begrip deelgeschil - *“een geschil omtrent of in verband met een deel van hetgeen ter zake tussen hen rechtens geldt en waarvan de beëindiging kan bijdragen aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst”*, aldus art. 1019w Rv - ruim uitlegt. In ons artikel in PIV-Bulletin 2011, 5 stelden wij dit beeld enigszins bij, omdat uit de tot op dat moment gepubliceerde beschikkingen bleek dat de rechter regelmatig aannam dat geen sprake was van een deelgeschil. Deze trend heeft zich in het afgelopen halfjaar voortgezet; bij bestudering van alle gepubliceerde beschikkingen tot op dit moment valt op dat de rechter relatief vaak tot de conclusie komt dat het verzoek niet kan bijdragen aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst en het afwijst, of verzoeker niet-ontvankelijk verklaart. De argumentatie die hiervoor wordt gehanteerd valt grofweg in te delen in een aantal categorieën, die ik hierna bespreek.

Nadere bewijslevering vereist

In een beschikking van 4 mei 2013 komt de Kantonrechter Den Haag tot het oordeel dat de bijdrage van de verzochte beslissing - een oordeel over werkgeversaansprakelijkheid - niet kan bijdragen aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst, nu tussen partijen geen overeenstemming bestaat over de feiten die voor de vast-

stelling van de aansprakelijkheid van belang zijn. Er dient dan ook nader onderzoek te worden gedaan, al dan niet in de vorm van bewijslevering. De bijdrage van de verzochte beslissing aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst weegt daarom, aldus de kantonrechter, niet op tegen de kosten en het tijdsverloop van de deelgeschilprocedure.

Het oordeel dat de bijdrage van de verzochte beslissing aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst niet opweegt tegen de te investeren tijd, kosten en moeite, omdat nadere bewijslevering is vereist, zie ik in diverse beschikkingen terugkomen. Zo wijst de Rechtbank Breda⁴ in een beschikking van 4 juli 2011 een verzoek om verliesverdienvermogen vast te stellen af omdat deskundige voorlichting noodzakelijk is⁵. De Rechtbank Den Bosch⁶ wijst een verzoek om een oordeel te geven over de aansprakelijkheidsvraag met betrekking tot een dodelijk ongeval met een *off the road* motor, af, omdat de toedracht niet vaststaat en daarom nadere bewijslevering en/of deskundigenonderzoek nodig is. Uit een andere zaak die werd voorgelegd aan de Rechtbank Den Bosch⁷ blijkt een vergelijkbaar oordeel.

De Rechtbank Den Haag⁸ wijst een verzoek om in een aansprakelijkheidsprocedure tegen verzekeringnemer en verzekeraar, te oordelen over de verzekeringsdekking af. De verzekeraar stelt dat verzekerde en benadeelde bewust een onjuiste voorstelling van zaken hebben gegeven met betrekking tot het ongeval; het ongeval zou in het geheel niet hebben plaatsgevonden, maar zijn door verzekerde en benadeelde verzonnen om de verzekeraar pootje te lichten. De rechtbank oordeelt dat verzekerde drie geheel verschillende en deels tegenstrijdige verklaringen heeft afgelegd, waarvan er ten minste één leugenachtig moet zijn. Het bewijs van de stelling dat het ongeval heeft plaatsgevonden is daarom, in de woorden van de rechtbank, 'nog' niet geleverd. Omdat nadere bewijslevering is vereist, worden de verzoeken - voor zover gericht tegen verzekeraar - op grond van art. 1019z Rv afgewezen. Nu verzekerde zelf voorbehoudloos heeft erkend dat het ongeval heeft plaatsgevonden, wordt hij daarvoor wel zonder nadere bewijslevering aansprakelijk geacht. Ook in twee andere zaken wijst de Rechtbank Den Haag de verzochte beslissing af wegens de noodzakelijkheid van nadere bewijslevering⁹. Komt bewijslevering dan nooit aan de orde in een deelgeschilprocedure? Dat is niet het geval. Naar mijn oordeel staat de aard van de deelgeschilprocedure ook niet aan het toelaten van bewijslevering in de weg; het criterium is immers 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. Hoe overzichtelijker het te leveren bewijs, hoe kleiner de investering in tijd, geld en moeite en hoe meer het toelaten van bewijslevering in de deelgeschilprocedure naar onze mening voor de hand ligt.

In een werkgeversaansprakelijkheidszaak overweegt de Kantonrechter Den Bosch¹⁰ dat partijen het (grotendeels) eens zijn over de toedracht, zodat het niet waarschijnlijk is

dat een langdurige procedure met uitvoerige bewijslevering en deskundigenberichten noodzakelijk is. Het verweer van de werkgever, dat het geschil zich niet leent voor een deelgeschilprocedure slaagt daarom niet. De kantonrechter kan echter niet zonder nadere bewijslevering oordelen over de vraag of de werkgever haar zorgplicht is nagekomen; op dat punt wordt een bewijsopdracht gegeven. Enigszins opmerkelijk is, dat de kantonrechter zich niet, althans niet expliciet, buigt over de vraag hoeveel tijd, geld en moeite die bewijslevering zal kosten, en of die bewijslevering wel past binnen de kaders van de deelgeschilprocedure.

De Rechtbank Maastricht¹¹ buigt zich in een verkeersaansprakelijkheidszaak wel expliciet over die vraag: alvorens een bewijsopdracht te geven overweegt zij dat niet is te verwachten dat de gevraagde bewijslevering complex, tijdrovend of kostbaar zal zijn. Zie ook een beschikking van de Rechtbank Breda¹², eveneens in een verkeersaansprakelijkheidszaak: *“Een te verstrekken bewijsopdracht is voorts betrekkelijk overzichtelijk, terwijl te verwachten is dat met de bewijslevering niet heel veel tijd zal zijn gemoeid.”*¹³ In laatstgenoemde zaak stelt de rechtbank een schulddeling van 90/10 in het nadeel van verzekeraar vast, mits zij slaagt in het bewijs van haar stelling dat benadeelden geen gordel hebben gedragen; de vraag komt op hoe proceseconomisch het voor verzekeraar nog is om aan de gegeven bewijsopdracht uitvoering te geven.

Uit bovenstaand overzicht leid ik af dat het niet snel raadzaam is om een deelgeschilprocedure te starten in een kwestie waarin bijvoorbeeld de toedracht van een ongeval niet *in confesso* is, of waarin het reeds op voorhand duidelijk is dat de rechter niet tot een beslissing kan komen zonder deskundige voorlichting. De kans dat de deelgeschillenrechter in een dergelijk geval oordeelt dat niet aan de in art. 1019z Rv vervatte proportionaliteitstoets is voldaan is dan groot. Slechts indien de benodigde bewijslevering naar verwachting niet al te complex is, is het zinvol de deelgeschillenrechter in te schakelen.

Geen onderhandelingen

Een andere reden om de verzochte beslissing niet te geven, is in een relatief groot aantal beschikkingen het feit dat er tussen partijen geen onderhandelingen zijn geweest. Art. 1019x lid 3 Rv, dat bepaalt dat het verzoekschrift 'een zakelijk overzicht van de inhoud en het verloop van de onderhandelingen over de vordering' dient te bevatten, impliceert ook dat partijen eerst zelf een serieuze poging moeten doen om tot een vergelijk te komen, alvorens de deelgeschillenrechter in te schakelen. Dat het verzoekschrift geen overzicht bevat van de aard en het beloop van de vordering en de gevoerde onderhandelingen, hoeft op zichzelf geen reden te zijn om te oordelen dat geen sprake is van een deelgeschil, zo lijkt te kunnen worden afgeleid uit beschikkingen van de Rechtbank Den Haag¹⁴, Kantonrechter Dordrecht¹⁵ en Rechtbank Rotterdam¹⁶. Voorwaarde is uiteraard wel dat de rechter (niettemin) over voldoende gegevens beschikt om de zaak te kunnen beoordelen.

> Een beschikking van de Rechtbank Maastricht¹⁷ is om meerdere redenen interessant. Opvallend is dat de rechtbank partijen, nadat de aansprakelijk gestelde partij zich er in het verweerschrift op heeft beroepen dat geen sprake is van een deelgeschil, de gelegenheid heeft gegeven om van re- en dupliek te dienen. Dat terwijl de deelgeschilprocedure, en meer in het algemeen de verzoekschriftprocedure, deze mogelijkheid niet biedt. Voorts geeft de rechtbank een beslissing zonder dat een mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden, terwijl art. 279 Rv expliciet bepaalt dat de rechter die mondelinge behandeling nu juist wel dient te bepalen. Vervolgens oordeelt de rechtbank: *“In genen dele is er in die correspondentie echter sprake geweest van onderhandelingen tussen partijen over de aansprakelijkheid van [verweerster], dan wel enig ander aspect met betrekking tot de bepaling van de schade van [benadeelde]. Te minder is er - toegespitst op het onderhavige geschil - sprake van een situatie, waarop de deelgeschilprocedure doelt, te weten dat partijen over diverse aspecten van belang voor de begroting van de schade overeenstemming hebben bereikt, doch (alleen) nog niet over de aansprakelijkheid, en dat een oordeel van de rechter daaromtrent dienstig kan zijn om de onderhandelingen, die zijn gestopt ten aanzien van de aansprakelijkheidsvraag, weer op gang te trekken.”* Verzoeker is naar het oordeel van de rechtbank niet-ontvankelijk in zijn verzoek. Dit soort beschikkingen is naar onze mening niet erg dienstig voor de letselschadepraktijk. De aansprakelijkheidsvraag kan immers juist ook in een deelgeschilprocedure aan de orde worden gesteld, en het ligt voor de hand om ervan uit gaan dat, indien de aansprakelijkheidsvraag in een deelgeschilprocedure is beantwoord, partijen juist in staat zijn om de verdere schaderegeling buiten rechte op te pakken (althans, indien aansprakelijkheid komt vast te staan).

Een (iets) steekhoudender motivering tref ik aan in een beschikking van de Kantonrechter Dordrecht¹⁸. Benadeelde verzoekt de kantonrechter om aansprakelijkheid vast te stellen voor een incident, waarbij hij als verpleegkundige door een psychiatrische patiënt zou zijn geschopt. De kantonrechter oordeelt dat sprake moet zijn van buitengerechtelijke onderhandelingen en dat daarvan moet blijken uit het verzoekschrift, wil het verzoek voor behandeling als deelgeschil in aanmerking komen. Een dergelijk overzicht ontbreekt echter in het verzoekschrift, terwijl uit de correspondentie tussen partijen evenmin, dan wel in onvoldoende mate blijkt van onderhandelingen, die er op gericht waren een serieuze bijdrage te leveren aan een oplossing van de tussen partijen gerezen geschil; de werkgever heeft aansprakelijkheid telkens afgewezen en is niet ingegaan op voorstellen tot het treffen van een minnelijke regeling. Verder had de werkgever ter zitting aangegeven ook na vaststelling van aansprakelijkheid niet te zullen onderhandelen, omdat de gestelde schade en het causaal verband niet zou zijn onderbouwd. De kantonrechter overweegt dat de deelgeschilprocedure *“niet tot strekking heeft partijen tot onderhandelingen te forceren”*¹⁹. Nu in het onderhavige geval geen sprake is van onderhandelingen en verder nadere instructie is vereist, is de kantonrechter van oor-

deel dat de investering in kosten, tijd en moeite die met de gevraagde beslissing gepaard zouden gaan niet opweegt tegen het belang van de vordering en de bijdrage die een beslissing op het verzoek aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst kan leveren²⁰.

In andere zin oordeelt de Kantonrechter Den Haag²¹, in een beschikking in een werkgeversaansprakelijkheid waarin het verweer dat geen sprake is van een deelgeschil niet slaagt. Dat nog geen sprake is van onderhandelingen, wil niet zeggen dat er geen deelgeschil is, aldus de kantonrechter. Ook het verweer dat een beschrijving van aard en beloop van de vordering en het in art. 1019x lid 3 Rv genoemde overzicht van onderhandelingen ontbreken, treft geen doel, omdat de kantonrechter desondanks voldoende informatie heeft. Verder overweegt de kantonrechter dat een beslissing in de deelgeschilprocedure niet hoeft te leiden tot een vaststellingsovereenkomst; dat daaraan een bijdrage wordt geleverd is voldoende. In dezelfde zin de Kantonrechter Dordrecht²², eveneens in een werkgeversaansprakelijkheidszaak: *“Tegen deze achtergrond is het enkele feit dat partijen nooit hebben getracht een oplossing buiten rechte te bereiken, omdat verweersters van meet af aan aansprakelijkheid hebben afgewezen, onvoldoende voor het oordeel dat het geschil niet geschikt is voor de behandeling in een deelgeschilprocedure. De aansprakelijkheidsvraag betreft immers een geschil aan het begin van het traject van de minnelijke onderhandelingen en een oordeel van de kantonrechter over de aansprakelijkheidsvraag zou, afhankelijk van de overige omstandigheden van het geval, buitengerechtelijke onderhandelingen op gang kunnen brengen.”* In dezelfde zin de Kantonrechter Utrecht²³: *“Juist het feit dat partijen van mening verschillen over de aansprakelijkheid kan een forse drempel zijn voor het op gang komen van onderhandelingen. Het voeren van onderhandelingen ter regeling van een letselschade en het onderzoeken van de omvang van dergelijke schades kunnen immers kostbaar zijn... Zou het enkele feit dat de onderhandelingen nog niet op gang zijn gekomen juist door verschil van inzicht over de aansprakelijkheid, reeds tot gevolg hebben dat een verzoeker niet in zijn verzoek kan worden ontvangen, dan zou de door de wetgever klaarblijkelijk beoogde mogelijkheid om ook de aansprakelijkheid in een deelgeschilprocedure aan de orde te stellen, illusoir worden.”*

De laatstgenoemde beschikkingen, waarin de rechter onder ogen ziet dat het doorhakken van een knoop ter zake de aansprakelijkheidsvraag een belangrijke stap is in het buitengerechtelijke traject, komen ons zinvol voor. Nu de deelgeschilprocedure juist als doel heeft partijen zelf in staat te stellen het schaderegelingstraject buiten rechte af te ronden, lijkt het ons wat gekunsteld om de aansprakelijkheidsvraag niet te beantwoorden, omdat er geen onderhandelingen tussen partijen zijn. Indien de aangesproken partij aansprakelijkheid afwijst, is het immers niet vreemd dat partijen (ook) niet over andere geschillen onderhandelen, zoals de schadeomvang. De rechter kan partijen door de aansprakelijkheidsvraag te beantwoorden dan goed op weg helpen.

Dat 'goed op weg helpen' betekent overigens niet dat de deelgeschillenrechter als procesbegeleider optreedt, hetgeen geïllustreerd wordt in een beschikking van de Rechtbank Arnhem²⁴.

Onvoldoende onderbouwing

Het is aan degene, die de deelgeschillenrechter om een beslissing verzoekt, om zijn verzoek goed te onderbouwen en af te bakenen.

Een voorbeeld vinden wij in een beschikking van de Rechtbank Den Bosch²⁵. In die zaak heeft verzekeraar een observatieonderzoek laten verrichten. Benadeelde wekt in het verzoekschrift de indruk dat verzekeraar weigert nog verdere schade te vergoeden, zich uitsluitend baserend op de resultaten van het onderzoek en vraagt de rechtbank om een oordeel "over de bewijsrechtelijke waarde van de resultaten van het observatieonderzoek." Uit het verweer van verzekeraar blijkt echter dat er nog tal van andere argumenten zijn om verdere schadevergoeding te weigeren. Onder andere daarom oordeelt de rechtbank dat zij op basis van de enkele filmbeelden van het onderzoek niet kan oordelen over de waarde daarvan. Benadeelde heeft tevens verzocht causaal verband vast te stellen tussen ongeval en schade, maar dat verzoek is, zo oordeelt de rechtbank, "ook volstrekt onvoldoende onderbouwd."

Van degene die de deelgeschillenrechter om een beslissing verzoekt, wordt verwacht dat deze toelicht waarom de beslissing kan bijdragen aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst (voor zover dat niet reeds uit de stukken blijkt). Zo oordeelt de Rechtbank Assen²⁶ in een verkeersaansprakelijkheidszaak: "[Verzoekster] verzoekt de rechtbank uiteenlopende beslissingen te nemen waarvan zonder nadere toelichting die [verzoekster] niet geeft, voor de rechtbank niet begrijpelijk is hoe die beslissingen aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst kunnen bijdragen. Een en ander klemmt omdat uit het verweer van [verzekeraar] volgt dat tussen partijen niet wordt onderhandeld en bij [verzekeraar] ook geen bereidheid bestaat om te gaan onderhandelen, omdat de aansprakelijkheid voor de schade die [verzoekster] thans nog goed wil zien, in volle omvang en gemotiveerd wordt bestreden." De rechtbank oordeelt dat benadeelde hiermee te kort schiet in haar stelplicht en dat zij een verzoek heeft ingediend 'tegen beter weten in'. Een vergelijkbaar oordeel geeft de Rechtbank Assen²⁷: "De rechtbank begrijpt zonder nadere toelichting die verzoekster niet geeft, niet waarom de benoeming van de door haar voorgestelde deskundigen - waarvan benoeming niet wordt verzocht om het oorzakelijk verband tussen de gestelde beperkingen en de verlate diagnose vast te stellen - de door verzoekster ervaren 'patstelling' zal doorbreken." Verzoekster wordt niet-ontvankelijk verklaard.

Deelgeschilprocedure oneigenlijk gebruikt

De vraag naar de omvang van de te vergoeden buitengerechtelijke kosten kan aan de deelgeschillenrechter worden voorgelegd. Voorwaarde is dan wel dat een beslissing daarover kan bijdragen aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst. In een aan de Rechtbank Zutphen

voorgelegde kwestie²⁸ is dat niet het geval. De rechtbank overweegt dat in feite geen onderhandelingsstraject inzake de letselschade hoeft te worden vlot getrokken, omdat sprake is van een dossieroverstijgend geschil tussen de verzekeraar en de belangenbehartiger van benadeelde. De verzekeraar heeft in de procedure een overzicht overgelegd waaruit blijkt dat ten tijde van het opstellen daarvan een bedrag van circa € 360.000 openstond aan door de belangenbehartiger in diverse dossiers in rekening gebrachte buitengerechtelijke kosten. "Daarom is aannemelijk dat gelet op deze werkwijze tussen [advocatenkantoor X] en verzekeraar een dossieroverstijgend geschil bestaat over de door [advocatenkantoor X] gedeclareerde buitengerechtelijke kosten ... Door bij die stand van zaken alleen over de buitengerechtelijke kosten een deelgeschil aanhangig te maken, in de wetenschap dat de discussie met verzekeraar over de buitengerechtelijke kosten blijvend en bovendien dossieroverschrijdend is, wordt de deelgeschilprocedure ingezet voor een doel, waarvoor de regeling niet is ontworpen."

Conclusie

Zoals uit het voorgaande blijkt, wijst de deelgeschillenrechter met vrij grote regelmaat de verzochte beslissing af, althans verklaart hij verzoeker niet-ontvankelijk, omdat er geen sprake is van een deelgeschil. Is dat wel wenselijk en constructief? Analyseren wij de in dit artikel besproken uitspraken, dan blijkt dat de deelgeschillenrechter doorgaans een in mijn optiek goede reden heeft om niet aan het verzoek te voldoen. Is nadere bewijslevering vereist, of is het verzoek onvoldoende onderbouwd en/of niet duidelijk geformuleerd, of wordt feitelijk 'de gehele zaak' aan de rechter voorgelegd, dan lijkt het mij duidelijk dat het voeren van een deelgeschilprocedure niet de geëigende weg is. Wanneer de deelgeschillenrechter op basis van de gestelde informatie in beginsel in staat is om een beschikking te wijzen, lijkt het mij echter weinig constructief om de gevraagde beslissing niet te geven "omdat er geen onderhandelingen zijn geweest"; zoals uit dit artikel volgt is dat echter slechts in een handvol beschikkingen reden geweest om het verzoek af te wijzen.

Weinig vertrouwen in de deelgeschillenrechter?

Ik sluit deze paragraaf over de reikwijdte van de deelgeschilprocedure af met het noemen van een verweer dat in meerdere deelgeschilprocedures terugkomt, namelijk het verweer dat verweerder, ongeacht de uitkomst van de deelgeschilprocedure, 'toch wel een bodemprocedure zal starten', zodat de beslissing niet zal bijdragen aan totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst. Ik wijs op een drietal beschikkingen van de Rechtbank Arnhem. De eerste is van 29 augustus 2011²⁹: "[Verweerder] voert aan dat zij, ook wanneer zou worden geoordeeld dat zij aansprakelijk is jegens [Verzoeker], niet in onderhandeling zal treden met [Verzoeker]. In dat geval wenst [Verweerder] - in een bodemprocedure - de aansprakelijkheidsvraag, onder meer via getuigen, grondiger aan de orde te stellen." Voorts een beschikking van 30 september 2011³⁰, waarin verzekeraar aangeeft met een beslissing in de deelgeschilprocedure 'geen genoeg te zullen nemen'. Tot slot een beschikking

> van 14 november 2011³¹: *“Anders dan verweerders opwerpen, kan niet reeds op voorhand worden aangenomen dat de partijen op basis van de beslissing op het verzoek niet zullen gaan onderhandelen, maar zonder meer tot het voeren van een bodemprocedure zullen overgaan. De keuze voor het één en ander zal, naar mag worden verwacht, mede afhangen van de inhoud en de motivering van die beslissing.”*

In een zaak die werd voorgelegd aan de Rechtbank Den Bosch blijkt dat het aansprakelijk gestelde ziekenhuis inmiddels een bodemprocedure is gestart. De rechtbank overweegt echter³²: *“Gelet op dit alles acht de rechtbank het niet uitgesloten dat partijen toch tot een vergelijk kunnen komen indien de rechtbank een oordeel geeft over de twee schadeposten die haar in het deelgeschil zijn voorgelegd.”*

De benadering, dat verwacht mag worden dat partijen beslissingen over eventueel voortprocederen mede zullen nemen aan de hand van de motivering door de rechter in zijn beschikking, lijkt mij de meest zinvolle. In het algemeen is immers niemand gebaat bij ‘procederen om het procederen’. Daarbij komt dat de wijze waarop een beslissing in een deelgeschilprocedure tot stand komt in feite niet afwijkt van de wijze waarop dat in een bodemprocedure geschiedt, zodat de stelling dat met een zaak ‘grondiger’ getoetst wenst te zien door de bodemrechter mijns inziens geen hout snijdt.

De kosten van de deelgeschilprocedure

Ten aanzien van de omvang van de kosten bespreken wij twee onderwerpen. Ten eerste de vraag of de kosten van de deelgeschilprocedure voor vergoeding in aanmerking komen indien geen sprake is van een deelgeschil. Ten tweede de omvang van de kosten van de deelgeschilprocedure.

Wat gebeurt er met de kosten indien geen sprake is van een deelgeschil?

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, zo bepaalt art. 1019aa Rv. Indien de deelgeschilprocedure volstrekt onnodig of volstrekt ten onrechte aanhangig is gemaakt, komen deze kosten niet voor vergoeding in aanmerking, zo volgt uit de parlementaire geschiedenis³³. In ons vorige artikel signaleerden wij al dat verschillende rechters verschillend omgaan met de vraag wat er met de kosten moet gebeuren, indien de conclusie luidt dat het verzoek zich niet leent voor behandeling in een deelgeschilprocedure. Colsen constateert dit eveneens³⁴. Zij is van oordeel dat, wanneer op goede gronden wordt geoordeeld dat een verzoek geen deelgeschil is, en daarmee dat de verzoeker niet-ontvankelijk is, het kostenregime van art. 1019aa Rv toepassing mist. Is daarentegen sprake van een deelgeschil maar wordt het verzoek afgewezen op inhoudelijke gronden, of op grond van art. 1019z Rv, dan dienen de kosten wel te worden begroot, tenzij sprake is van een volstrekt

onnodig of volstrekt ten onrechte ingediend verzoek. Dit lijkt mij een juiste benadering, waarbij ik benadruk dat in de hiervoor besproken beschikkingen verzoeker slechts drie maal niet-ontvankelijk wordt verklaard in zijn verzoek; de deelgeschillenrechter zou op dit punt best wat kritischer mogen zijn.

Het beeld dat verschillende rechters verschillend omgaan met de vraag wat er met de kosten moet gebeuren, indien het geschil zich niet leent voor behandeling in een deelgeschilprocedure, wordt met de sinds ons laatste artikel gepubliceerde beschikkingen alleen maar bevestigd. Zo vindt de ene deelgeschillenrechter reeds het feit dat het verzoek wordt afgewezen of verzoeker niet-ontvankelijk wordt verklaard reden om kostenbegroting achterwege te laten; ik verwijs bijvoorbeeld naar beschikkingen van de Rechtbank Maastricht³⁵ en de Rechtbank Assen³⁶. De andere rechtbank wijdt hier een motivering aan. Bijvoorbeeld de Rechtbank Den Bosch³⁷: *“X had moeten beseffen dat het op deze wijze indienen van verzoeken zinloos is. De rechtbank acht het hierbij in het bijzonder van belang dat X een onjuiste of althans een verre van volledige voorstelling van zaken heeft gegeven door relevante informatie niet in het geding te brengen. Alleen al daarom kon de rechtbank onmogelijk komen tot toewijzing van de verzoeken.”* Een ander voorbeeld is een beschikking van de Rechtbank Zutphen³⁸: de rechtbank begroot de kosten op nihil, omdat het niet redelijk is geweest de deelgeschilprocedure te starten. Weer andere deelgeschillenrechters blijven, ook nu de Wet deelgeschilprocedure toch al enige tijd in werking is, overwegen *“dat ten tijde van indiening van het verzoek nog onvoldoende in de rechtspraak is uitgekristalliseerd onder welke omstandigheden met (voldoende) kans van slagen een deelgeschil kan worden ingediend”*³⁹. Ik meen dat de meer dan honderd tot op heden gepubliceerde beschikkingen toch wel enig aanknopingspunt zouden moeten bieden voor beantwoording van de vraag of het zinvol is een deelgeschilprocedure te entameren; de rechter mag ook hier mijns inziens kritischer zijn.

Tot slot stip ik nog twee enigszins opmerkelijke beschikkingen aan waar het gaat om de kosten. De eerste is de hiervoor al besproken beschikking van de Rechtbank Assen⁴⁰: de rechtbank begroot de kosten van verzekeraar op het door verzekeraar verzochte bedrag van € 5000. De rechtbank motiveert niet waarom benadeelde de kosten van verzekeraar zou moeten voldoen. Ten tweede een beschikking van de Rechtbank Den Bosch⁴¹. In deze kwestie wordt om veroordeling tot vergoeding van buitengerechtelijke kosten verzocht. De rechtbank wijst dat verzoek af en overweegt dat de belangenbehartiger van benadeelde reeds *“zeer ruimhartig is beloond”*. Dat dient, aldus de rechtbank, *“hard terug te slaan op benadeelde”*: zijn vordering wordt afgewezen en hij wordt veroordeeld in de proceskosten.

Een veroordeling van verzoeker zou naar mijn oordeel alleen kunnen indien sprake is van onrechtmatig procederen. Beide rechtbanken wijden echter verder geen motivering aan hun veroordeling van verzoeker in de kosten,

zodat beide beschikkingen mij op dit punt onjuist voorkomen. Ook interessant, maar dan om een andere reden is overigens nog een arrest van het Hof Arnhem⁴² naar aanleiding van een beschikking van de deelgeschillenrechter waarin aansprakelijkheid niet kwam vast te staan, maar verweerster toch - onterecht - in de kosten werd veroordeeld. Een juridische misslag, aldus het hof.

Omvang van de kosten

Al eerder⁴³ betoogden wij dat het zinvol zou zijn om de kosten die zijn gemoeid met het voeren van een deelgeschilprocedure te standaardiseren, omdat verschillende rechters tot verschillende oordelen komen over de redelijkheid van uurtarieven en bestede tijd. Dit betoog blijft wat mij betreft onverminderd actueel, nu ook uit de sinds ons laatste artikel gepubliceerde beschikkingen (soms sterk) van elkaar afwijkende oordelen over de kosten van de deelgeschilprocedure zijn af te leiden. Zo vinden de Rechtbank Amsterdam⁴⁴ en de Kantonrechter Breda⁴⁵ tijdsbesteding van respectievelijk 37 en 38,9 uur voor het voeren van een deelgeschilprocedure niet onredelijk, terwijl bijvoorbeeld de Rechtbank Den Bosch⁴⁶ de gevorderde 22 uren terugbrengt naar 15. Ik realiseer mij dat de ene zaak de andere niet is, en dat de aard en complexiteit van een specifieke zaak (mede)bepalend zijn voor het aantal te besteden uren, maar deze grote verschillen illustreren mijns inziens wel dat een oordeel over de redelijke kosten per definitie enigszins arbitrair is, zodat ik standaardisering wenselijk blijf achten.

Ook ten aanzien van het gehanteerde uurtarief herhaal ik ons pleidooi voor standaardisering, al was het maar om te voorkomen dat advocaten in de deelgeschilprocedure op basis van een hoger uurtarief trachten te declareren dan daarbuiten; zie voor een voorbeeld Rechtbank Arnhem 7 september 2011⁴⁷; buiten rechte is een uurtarief van € 200 gehanteerd, maar in de deelgeschilprocedure wordt vergoeding van de kosten op basis van een uurtarief van € 297 gevorderd. De rechtbank maakt daar, naar mijn oordeel terecht, korte metten mee: *“De rechtbank ziet ook niet in waarom thans een ander uurtarief dient te worden gehanteerd dan het kennelijk eerder gehanteerde uurtarief (...).”*

Conclusie

Uit het voorgaande blijkt, dat er nog veel discussie wordt gevoerd over de vraag welke geschillen zich wel, en welke geschillen zich niet lenen voor behandeling in een deelgeschilprocedure. Zoals wij in ons vorige artikel al opmerkten, is het zonde van de tijd, moeite en kosten die partijen aan het voeren van een deelgeschilprocedure besteden

indien de rechter aan inhoudelijke behandeling niet toekomt. Ik men dat de reikwijdte van de deelgeschilprocedure inmiddels in de rechtspraak redelijk is uitgekristalliseerd, zodat voor de spelers in het schaderegelingstraject nu voldoende handvatten aanwezig zijn om te kunnen bepalen of hun geschil zich leent voor de deelgeschilprocedure. De rechter mag daarom best wat kritischer zijn bij beantwoording van de vraag of een procedure volstrekt onnodig of volstrekt ten onrechte is ingesteld. Afgaand op het aantal afwijzende beschikkingen, zouden bovendien advocaten zich wat mij betreft best wat kritischer mogen afvragen of het zinvol is om een deelgeschilprocedure te starten. Ik spreek de hoop uit, dat zich steeds meer inhoudelijke jurisprudentie wat betreft deelgeschillen zal ontwikkelen.

Naast de beschikkingen, waarin de rechter tot het oordeel kwam dat het geschil zich niet leende voor een deelgeschilprocedure, zijn er in het afgelopen half jaar (gelukkig) ook enkele tientallen beschikkingen gegeven, waarin de deelgeschillenrechter wel aan inhoudelijke behandeling van de zaak toekomt. Behalve de in dit artikel al besproken onderwerpen kwamen daarin geschillen over buitengerechtelijke kosten⁴⁸, aansprakelijkheid en schulddeling⁴⁹, smartengeld⁵⁰, de vraag naar gebondenheid aan een deskundigenrapport en causaal verband⁵¹, predispositie⁵², looptijd⁵³ en schadeomvang⁵⁴ aan bod. Dit zijn wat mij betreft onderwerpen die zich bij uitstek voor een deelgeschilprocedure lenen.

Met de Wet Deelgeschilprocedure beoogde de wetgever partijen in een letsel- of overlijdensschadezaak een eenvoudige en snelle toegang tot de rechter te bieden, ter oplossing van deelgeschillen in de buitengerechtelijke onderhandelingsfase. Nu er in anderhalf jaar tijd ruim honderd beschikkingen zijn gepubliceerd, en er voorts gelet op hetgeen ik in de inleiding stelde nog een onbekend dark number van deelgeschillen moet zijn, kunnen wij concluderen dat het instrument van de deelgeschilprocedure zeer regelmatig wordt ingezet. Dat wil zeggen: door benadeelden; de deelgeschilprocedures waarin een verzekeraar als verzoeker optrad zijn op één hand te tellen. Dat is jammer: ook voor verzekeraars kan de deelgeschilprocedure goede diensten bewijzen en een einde maken aan (vaak lange) discussies over bijvoorbeeld aansprakelijkheid of gebondenheid aan een deskundigenrapport.

Wij zullen u periodiek op de hoogte blijven van de ontwikkelingen. Medio 2012 analyseren wij de beschikkingen die in het eerste halfjaar van 2012 zullen worden gegeven.



- > ¹ De tot 7 januari 2011 gepubliceerde rechtspraak op www.rechtspraak.nl en www.stichtingpiv.nl
- ² A.J. Van en A.J. Akkermans, *TVP* 2011/3, p. 82-86.
- ³ LJN BQ6069.
- ⁴ Rb. Breda 4 juli 2011, LJN BR0309.
- ⁵ Zie ook Rb. Arnhem 7 september 2011, LJN BU6743.
- ⁶ Rb. Den Bosch 20 oktober 2011, LJN BT8905.
- ⁷ Rb. Den Bosch 20 december 2011, LJN BU8766.
- ⁸ Rb. Den Haag 28 oktober 2011, LJN BU3883.
- ⁹ Rb. Den Haag 6 juli 2011, LJN BU209 en Rb. Den Haag 1 november 2011, LJN BU6717.
- ¹⁰ Ktg. Den Bosch 14 juni 2011, LJN BQ9268.
- ¹¹ Rb. Maastricht 23 augustus 2011, LJN BT1939.
- ¹² Rb. Breda 11 juli 2011, LJN BR1988.
- ¹³ De Ktg. Utrecht (10 augustus 2011, LJN BT8679) hanteert een vergelijkbare redenering in een werkgeversaansprakelijkheidszaak, waarin de werkgever dient te bewijzen dat zij aan haar zorgplicht heeft voldaan.
- ¹⁴ Rb. Den Haag 24 oktober 2011, LJN BU3876.
- ¹⁵ Ktg. Dordrecht 6 juli 2011 (niet gepubliceerd) te vinden op www.stichtingpiv.nl.
- ¹⁶ Rb. Rotterdam 9 november 2011, LJN BU3703.
- ¹⁷ Rb. Maastricht 19 april 2011, LJN BQ5644.
- ¹⁸ Ktg. Dordrecht 6 juli 2011 (niet gepubliceerd) te vinden op www.stichtingpiv.nl.
- ¹⁹ Zie ook op Rb. Arnhem 29 augustus 2011, gepubliceerd op www.stichtingpiv.nl; en Rb. Arnhem 30 september 2011, LJN BU6738. Voorts Ktg. Rotterdam 7 december 2011, LJN BU8430: *“... terwijl de deelgeschilprocedure ook niet bedoeld is om partijen aan de onderhandelingsstafel te dwingen, maar om partijen in de buitengerechtelijke onderhandelingen te ondersteunen en onderhandelingen op gang te brengen of eventueel vastgelopen onderhandelingen vlot te trekken ...”*.
- ²⁰ Vgl. Rb. Maastricht 10 augustus 2011 (niet gepubliceerd) te vinden op www.stichtingpiv.nl.
- ²¹ Ktg. Den Haag 9 augustus 2011, LJN BU3478.
- ²² Ktg. Dordrecht, sector kanton 8 december 2011, LJN BU7610.
- ²³ Ktg. Utrecht 10 augustus 2011, LJN BT8679.
- ²⁴ Rb. Arnhem 7 september 2011, LJN BU6751.
- ²⁵ Rb. Den Bosch 9 juni 2011, LJN BQ7692.
- ²⁶ Rb. Assen 6 juli 2011, LJN BR0730.
- ²⁷ Rb. Assen 14 september 2011, LJN BT1641.
- ²⁸ Rb. Zutphen 20 oktober 2011, LJN BU1420.
- ²⁹ Rb. Arnhem 29 augustus 2011 (niet gepubliceerd) te vinden op www.stichtingpiv.nl.
- ³⁰ Rb. Arnhem 30 september 2011, LJN BU6738.
- ³¹ Rb. Arnhem 14 november 2011, LJN BU6757.
- ³² Rb. Den Bosch 13 december 2011, LJN BU7841.
- ³³ Kamerstukken II 2009/09, 31 518, nr. 3, p. 16.
- ³⁴ S. Colsen, Begroting van de kosten van de deelgeschilprocedure, *TvP* 2011/4, p. 112-117.
- ³⁵ Rb. Maastricht 19 april 2011, LJN BQ5644.
- ³⁶ Rb. Assen 14 september 2011, LJN BT1641.
- ³⁷ Rb. Den Bosch 9 juni 2011, LJN BQ7692.
- ³⁸ Rb. Zutphen 20 oktober 2011, LJN BU1420.
- ³⁹ Rb. Arnhem 7 september 2011, LJN BU6743. Zie ook Ktg. Den Haag 4 mei 2011, LJN BQ6069.
- ⁴⁰ Rb. Assen 6 juli 2011, LJN BR0730.
- ⁴¹ Rb. Den Bosch, 26 mei 2011, gepubliceerd op www.stichtingpiv.nl.
- ⁴² Hof Arnhem 13 december 2011, LJN BU8395.
- ⁴³ Zie onze art. in *PIV-Bulletin* 2011, 1 en 2011, 5.
- ⁴⁴ Rb. Amsterdam 26 mei 2011, LJN BR2561.
- ⁴⁵ Ktg. Breda 22 augustus 2011, LJN BR7054.
- ⁴⁶ Rb. Den Bosch 20 december 2011, LJN BU8766.
- ⁴⁷ LJN BU6751.
- ⁴⁸ Rb. Den Bosch, 26 mei 2011, gepubliceerd op www.stichtingpiv.nl, Rb. Den Haag 26 oktober 2011, LJN BU3870 en Rb. Zutphen 17 november 2011.
- ⁴⁹ Rb. Amsterdam 26 mei 2011, LJN BR2561; Rb. Amsterdam 23 juni 2011, LJN BR5467; Rb. Breda 11 juli 2011, LJN BR1988; Rb. Den Haag 20 juli 2011, LJN BU3468; Ktg. Rotterdam 21 juli 2011, LJN BU9562; Rb. Haarlem 18 oktober 2011, LJN BU4763; en Rb. Rotterdam 14 december 2011, LJN BU8302.
- ⁵⁰ Rb. Breda, sector kanton 22 augustus 2011, LJN BR7054; en Rb. Rotterdam 21 december 2011, LJN BU8990.
- ⁵¹ Rb. Arnhem 21 september 2011, LJN BU6752; Rb. Arnhem 20 oktober 2011, LJN BU4405; en Ktg. Rotterdam 16 november 2011.
- ⁵² Rb. Den Haag 11 juli 2011, LJN BU2097.
- ⁵³ Rb. Den Bosch 21 september 2011, LJN BT2397.
- ⁵⁴ Rb. Maastricht 16 mei 2011, LJN BQ5685.

Verkeersongevalsanalyse; methodes, causaliteit en trends

Hét platform waar het vakgebied 'Verkeersongevalsanalyse' zich treft met iedereen die zich bezig houdt met de (juridische) beoordeling van de schuldvraag en afwikkeling van de gevolgen van een verkeersongeval.

Op 30 november 2011 hield de EVU-Nederland¹ haar eerste symposium over het onderzoek naar verkeersongevallen in Nederland met als thema "*Verkeersongevalsanalyse; methodes, causaliteit en trends*". De presentaties belichtten de praktische kant van de verkeersongevalsanalyse. Van opname plaats ongeval tot en met het (eind)product ten behoeve van de (juridische)beoordeling van de schuldvraag van een aanrijding en/of de kostenraming en causaliteit van een (letsel) schade. Rode draad deze dag was de 'live' botsproef waarvan alle tweehonderd deelnemers 'getuige' waren.

Na een korte introductie over EVU-Nederland door diens voorzitter Jan Meuwissen², beet Jan Nieuwelink van de Politie Academie de spits af met zijn uiteenzetting over het opnemen van verkeersongevallen door de politie. Vervolgens waren de deelnemers 'getuige' van een 'live' botsproef die werd uitgevoerd op een van de parkeerdekken van Achmea, gastheer van het symposium. Direct na de botsproef werden de deelnemers gevraagd een vragenformulier 'U was getuige' in te vullen. Om juist ook hier de praktische kant te accentueren was dit van te voren niet aangekondigd. Aansluitend belichtte Bas Wartenbergh van Ongevallen Analyse Nederland de verwijten vermijdbaarheid van een ongeval, gevolgd door een presentatie over de analyse/onderzoek causaliteit bij letselschade door Jac Wismans van Safeteq.

Na de lunch besprak Jeroen Fitters van Ongevallen Analyse Nederland de verkregen resultaten van de botsproef. Tijdens de botsproef werd aangetoond dat bij veel moderne auto's de aanwezige elektronica voldoende gegevens registreert om een nauwkeurige analyse van het ongeval mogelijk te maken. Denk aan de rijnsnelheid vlak voor de botsing en of er geremd is. De politie is ver gevorderd in de ontwikkeling van apparatuur om de aanwezige elektronica, ook zonder tussenkomst van de autofabrikant, uit te lezen. De



Jan Meuwissen
EVU-Nederland



resultaten van de crash, verkregen uit de in de crashvoertuigen ingebouwde meetapparatuur en in de voertuigen aanwezige elektronica, werden besproken. Alle getuigenformulieren werden ter plaatse uitgewerkt en aan de hand van videobeelden en foto's van de botsproef besproken. De uitslag laat zich raden, de getuigenverklaringen waren verre van consistent. Aart Spek van het Nederlands Forensisch Instituut (NFI) gaf vervolgens een uiteenzetting over de werkzaamheden van het NFI en vooral over het specifiek uitlezen van regeleenheden. Als laatste spreker vertelde Jan Meuwissen hoe hij als deskundige aan informatie komt voor het inschatten van botssnelheden.

Het symposium werd afgesloten met een discussiesessie onder leiding van de dagvoorzitter Jac Wismans. De tijd bleek te kort, maar in het evaluatieformulier werd iedereen in de gelegenheid gesteld vragen, suggesties en opmerkingen te maken, waar in een volgend symposium zeker op wordt teruggekomen. Een eerste analyse van deze evaluatieformulieren laat alvast zien dat er duidelijk behoefte is voor een vervolg. De presentaties kunnen nog eens worden nagelezen op de site van de EVU-Nederland www.evu-nl.org. De Commissie voor de organisatie van het symposium (allen lid van de EVU-Nederland, met ondersteuning van Columba Communications) mag dan ook terugzien op een geslaagd symposium en heeft al een aantal ideeën voor een volgend symposium. Wordt dus vervolgd ...

¹ EVU-Nederland is de Nederlandse landgroep van de EVU, de Europese vereniging voor ongevallenonderzoek en ongevallenanalyse. EVU-Nederland is een jonge vereniging, opgericht in 2011. Het Europese 'dakverband', de EVU, bestaat al langer en heeft in 2011 haar twintigste jaarcongres gehouden. EVU-Nederland heeft als doelstelling de voortgaande professionalisering van het technisch verkeersongevallenonderzoek. De leden van EVU-Nederland zijn professioneel actief in het vakgebied. Als deskundige bij een (particulier) onderzoeksbureau of als specialist of docent bij de politie. Ze verzamelen gegevens op de plaats van het ongeval en/of gaan op grond van die gegevens na wat er gebeurd kan zijn. Resultaten worden vooral gebruikt bij de (juridische) afhandeling van het verkeersongeval. Voor meer informatie zie www.evu-nl.org.

² Voorzitter EVU-Nederland en Meuwissen Verkeers Ongevallen Analyse (MVOA).

Aansprakelijkheid en Verzekering in conflict: recente ontwikkelingen in snelle en rechtvaardige afwikkeling van geschillen in de A&V-praktijk



Mevrouw E. Krikke/
Mevrouw M.
Schellevis¹

Erasmus School of Law zette ook dit jaar weer een seminar op rondom de Masteropleiding Aansprakelijkheid en Verzekering². Het A&V-seminar stond op 2 december 2011 in het teken van recente ontwikkelingen in de geschillenpraktijk. De middag stond onder leiding van dagvoorzitter professor Han Wansink³.

Wet deelgeschillen in balans?

Mr. Jaap Sap⁴ en professor Arno Akkermans⁵, beten de spits af met de behandeling van de Wet deelgeschillen en maakten een tussenbalans op, ruim anderhalf jaar na invoering van de wet. De wet is gericht op een vlotte en faire afwikkeling van problemen en beoogt partijen eenvoudige toegang tot de rechter te bieden in de buitengerechterlijke onderhandelingsfase bij beslechting van een deelgeschil. Sap en Akkermans vroegen zich af of de wet een probleemoplosser of juist een veroorzaker van problemen is. Aan de hand van een aantal stellingen namen zij de zaal mee langs de voor- en nadelen van deze wet. De eerste stelling luidde: *“Door de laagdrempelige (en voor het slachtoffer vrijwel risicoloze) deelgeschilprocedure wordt de rechter vaker om een oordeel gevraagd.”*

Aan de hand van statistische gegevens kon deze stelling niet ontkend worden. Wel wees Akkermans op het feit dat deze nieuwe procedure vrij recentelijk is ingevoerd, en

hierdoor nog niet bij iedereen bekend is. Het zou goed mogelijk zijn dat er in de toekomst een daling zal zijn van het aantal bodemprocedures, en zodoende van het totale aantal procedures. Sprekers stipten voorts aan, dat tijdens een deelgeschil de invalshoek van de behandelende rechter duidelijk wordt - zowel tijdens de behandeling tijdens comparitie van partijen als in de deelgeschilbeschikking - wat richting kan geven aan de oplossing van het totale geschil. In de markt zijn echter nog niet veel gegevens bekend in hoeverre de tot nu toe gevoerde deelgeschillen ook daadwerkelijk tot een vaststellingsovereenkomst hebben geleid. Feedback van bijvoorbeeld LSA en verzekeraars zou dit beter in beeld moeten kunnen brengen. De volgende stelling luidde: *“De kosten van de regeling van een letselschadezaak lopen door de deelgeschilprocedure steeds verder op.”*

Bij het behandelen van deze stelling ontstond er een heftige discussie in de zaal over de hoogte van de door advocaten gehanteerde tarieven, waar vooral Akkermans zeer kritisch tegenover stond. Tarieven van €300 tot €400 vond hij sowieso te hoog. Kern van het probleem is, dat de personenschaderegeling een kunstmatige markt is, waarbinnen geen goede marktwerking bestaat, mede door het mechanisme dat de declaraties rechtstreeks naar verzekeraar worden gezonden. Er zou een beter inzicht aan gelaeerde moeten worden gegeven in de gedeclareerde kosten, bijvoorbeeld door deze de nota's te laten ondertekenen of paraferen. Rechter Sap, die zelf advocaat is geweest, heeft waargenomen dat sinds zijn overstap naar de rechterlijke macht de gedeclareerde uurtarieven in korte tijd feitelijk zijn verdubbeld, wat op hem ook te ruim overkomt. Als rechter die de kosten moet beoordelen heeft hij echter wel behoefte aan een goede maatstaf om de redelijke kosten te kunnen beoordelen. Sap suggereerde dat verzekeraars ter vergelijking bijvoorbeeld meer inzicht zouden kunnen geven in de tarieven die zij aan hun huisadvocaten betalen. Vanuit de zaal werd daarop gereageerd dat er dan wel rekening mee moet worden gehouden, dat een verzekeraar pas een advocaat inschakelt als er ook echt juridische advocaatwerkzaamheden moeten worden verricht. Die kosten worden doorgaans pas in de processuele fase gemaakt en betreffen dus een ander soort werk, dan in de preprocesuele fase aan de orde is. Dan gaat het om schaderegelingswerk, waarvoor eerder de kosten en tarie-

ven van dossierbehandelaars en schaderegelaars als vergelijkingsmaatstaf hebben te gelden.

Sap en Akkermans sloten af met de stelling: *“Een deelgeschilbeslissing kan een effectieve bodemprocedure belemmeren, daarom moet het appelverbod worden genuanceerd”*. De rechter in de bodemprocedure is nu namelijk gebonden aan beslissingen uit de deelgeschilprocedure die uitdrukkelijk en zonder voorbehoud zijn gegeven. Voor deze stelling zijn goede argumenten aan te dragen, waaronder de totale context van een zaak en de vrije beleidsruimte van de rechter die in de bodemprocedure moet beslissen. Dagvoorzitter Wansink vulde aan, dat de deelgeschilprocedure in ieder geval wel een goede gelegenheid biedt aan partijen (vaak vooral het slachtoffer) om stoom af te blazen, waarna een vastgelopen zaak kan worden vlotgetrokken. Het gaat uiteindelijk om de toegevoegde waarde van deze vorm van geschillenbeslechting. Hartlief gaf aan dat ook op dit punt behoefte bestaat aan meer informatie vanuit de praktijk.

Klachteninstituut

Als tweede was het de beurt aan professor Mop van Tiggele⁶. Zij sprak over wat het KiFiD wel en niet kan. Het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening werpt zich op als één loket waar de consument vandaag de dag voor al zijn geschillen over een financieel product of over een financiële dienstverlener terecht kan. Bijna vijf jaar na opening van het loket is het tijd om te kijken hoe effectief het instituut eigenlijk is.

Van Tiggele behandelde als eerste de bevoegdheid van het KiFiD in aansprakelijkheidszaken en constateerde dat het KiFiD hieromtrent verschillend oordeelt. In overleg met het bestuur van KiFiD is vastgesteld dat aansprakelijkheidszaken tussen een derdeslachtoffer en een verzekeraar die (mede) de aansprakelijkheid dekt, niet onder het regime van bindend advies vallen. Echter in 2009 was de Geschillencommissie bevoegd advies te geven in een klacht van een derde-gelaedeerde met betrekking tot een claim over de WAM en over de directe actie, de week erna alleen in een geschil over de WAM. In 2010 viel het doek definitief, de directe actie vond geen ingang en de commissie is alleen bevoegd voor derde-gelaedeerden in WAM-zaken. Vervolgens ging Van Tiggele verder over de aan te leggen toets aan de hand van de vraag: ‘Krijgt de consument hetzelfde recht als bij de burgerlijke rechter?’ Tot 1 oktober 2011 liet de Commissie zich op grond van art. 19.2 van het Reglement Geschillencommissie Financiële Dienstverlening bij de beoordeling van een geschil leiden door:

- hetgeen is bepaald in de wet en de bij of krachtens wetgeving geldende nadere regelgeving of te stellen eisen;
- de rechtspraak;
- de overeenkomst in kwestie;
- de toepasselijke gedragscodes en ereregels evenals de maatstaven van redelijkheid en billijkheid die de kwestie, waarop de klacht of het geschil betrekking heeft, of de relatie of positie van geschilpartijen, vergt.

Vanaf 1 oktober 2011 beoordeelt de Geschillencommissie een klacht naar het Nederlandse recht. Inhoudelijk lijkt dit

geen verschil te maken, toch geeft de aan te leggen toets in de uitwerking onvrede in de samenleving.

Van Tiggele stelde: *“De Geschillencommissie moet niet op de rechtsvormende stoel van de Hoge Raad gaan zitten, maar keurig ‘hetzelfde recht’ als de burgerlijke rechter bieden”* en sprak ook over complaints ratio. Een afschrift van de bij het klachteninstituut ingediende klachten wordt standaard toegezonden aan de toezichthouder, tenzij de consument dit niet wenst. Van Tiggele vroeg zich af of niet de (ongewogen) klacht, maar uitsluitend het beoordeeld geschil naar de toezichthouder dient te gaan. De zaal kon zich hier niet helemaal in vinden en stelde dat het juist ook nut heeft alle klachten door te sturen om een goed beeld van het geheel te creëren.

Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad

Na de pauze debatteerden professor Ton Hartlief⁷ en mr. Willem van Schendel⁸ over de invoering van de Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad. Met de invoering van deze wet wordt voor lagere rechters de mogelijkheid geopend om de Hoge Raad rechtsvragen voor te leggen over belangrijke juridische kwesties. Bijvoorbeeld in massaschadezaken, maar ook in individuele zaken waarvan het antwoord op de rechtsvraag van belang is voor talrijke andere feitelijk vergelijkbare zaken. De Hoge Raad kan zich via de prejudiciële weg concentreren op de echt principiële zaken. Maar wat is de keerzijde? Wordt de Hoge Raad zo meebeslisser op het laagste niveau en hoogste instantie voor de *happy few* kwesties die hij zelf selecteert? Hartlief opende het debat met de bijna retorische vraag: *“Snel antwoord op een belangrijke rechtsvraag: iemand tegen?”*

Van Schendel interrompeerde wanneer nodig. Hoewel zij het grotendeels eens waren over het voordeel van een dergelijke prejudiciële procedure, kwamen er toch een aantal interessante aspecten naar voren. Want herkent de feitenrechter de importantie van een bepaalde vraag wel? En in hoeverre is het überhaupt mogelijk een vraag als essentieel te herkennen en te behandelen, als het feitencomplex nog niet volledig naar voren is gekomen? Van Schendel stelde het publiek ten aanzien van deze punten gerust, sommige vragen zijn (nog) niet geschikt voor een dergelijke behandeling. Hierbij kan men denken aan vragen die nog een beetje moeten ‘rijpen’, voordat zij bevredigend beantwoord kunnen worden. Een voorbeeld hiervan is de problematiek rond art. 7:611 BW, die in wezen stapje voor stapje is ‘opgelost’. Steeds werd gekeken hoe de samenleving reageerde, waarbij ook eventuele verzekeraarbaarheid een grote rol speelde. Pas na het eerste stapje was men klaar voor het volgende, en werd duidelijk welke richting de ‘goede’ richting was. Dergelijke, niet voor een prejudicieel traject geschikte vragen, zullen daarom gewoon weer teruggestuurd worden naar het betreffende gerecht. Wel achtte Van Schendel de kans aanwezig dat, mocht een dergelijke prejudiciële procedure ingevoerd worden, eerder ‘omgegaan’ zal worden door de Hoge Raad. Dit leidde dan ook tot de gezamenlijke conclusie dat een systeem van prejudiciële vragen zeker wenselijk is, bijvoorbeeld in individuele zaken waarvan het antwoord op de rechtsvraag van belang

- > is voor talrijke andere feitelijk vergelijkbare zaken, maar dat een dergelijk systeem wel op sommige punten tot ander recht kan leiden.

Hoe werkt de Ombudsman

Als afsluiter van de middag sprak de Nationale Ombudsman Financiële Dienstverlening, mr. Nol Monster⁹.

Om de zaal een beetje wakker te schudden begon hij met een filmpje waaruit duidelijk werd dat niet altijd helder is wat zijn taak inhoudt. Ingevolge art. 3 Reglement Ombudsman & Geschillencommissie Financiële Dienstverlening is dit *“het bemiddelen in en oordelen over klachten van individuen tegen aangeslotenen, indien op die klachten het Nederlands recht van toepassing is.”* Daarbij beoordeelt de ombudsman de klacht naar Nederlands recht, zo benadrukte Monster. Hoewel de ombudsman bijzonder veel klachten binnen krijgt, is - beoordeeld naar Nederlands recht - slechts een aantal daarvan gegrond. Na opmerkingen uit de zaal beaamde Monster, dat dit niet afdoet aan het feit dat mensen, ook als hun klacht ongegrond is, deze graag kwijt willen. Bijvoorbeeld als het een klacht is over ondermaatse dienstverlening, waarbij geen daadwerkelijke ‘fouten’ gemaakt zijn. De ombudsman kan deze echter niet doorsturen aan de Geschillencommissie vanwege het ontbreken van een juridisch mankement. Van Tiggele wierp vervolgens op dat er bijzonder weinig klachten doorgestuurd worden naar de Tuchtraad, waartoe de ombudsman ook bevoegd is. Dergelijke klachten lijken hiervoor geschikt aangezien zij niet om wettelijke verplichtingen gaan, maar meer om geschonden gedragsnormen.

Concluderend was het een middag die inzicht gaf in de recente ontwikkelingen in de geschillenpraktijk. Ook voor de aanwezige studenten van de Masteropleiding Aansprakelijkheid en Verzekering was het een nuttige middag, waarbij duidelijk werd hoe het aansprakelijkheidsrecht zich in de praktijk beweegt.

¹ Beiden student aan de ESL en verbonden aan de Master Aansprakelijkheid en Verzekering.

² Zie www.masteraansprakelijkhedenverzekering.nl.

³ Emeritus hoogleraar verzekeringsrecht Erasmus School of Law en Leiden Law School.

⁴ Als rechter verbonden aan de Rechtbank Utrecht en voorzitter Stichting Keurmerk Letselschade.

⁵ Hoogleraar privaatrecht aan de Vrije Universiteit van Amsterdam.

⁶ Hoogleraar verzekeringsrecht Radboud Universiteit Nijmegen, tevens verbonden aan het Verzekeringsinstituut, Erasmus School of Law.

⁷ Hoogleraar privaatrecht aan de Universiteit van Maastricht.

⁸ Raadsheer in de Hoge Raad der Nederlanden.

⁹ Ombudsman Financiële Dienstverlening van het KiFiD en vicepresident van de Rechtbank Haarlem.

PIV Letselschade Award 2012 - oproep voor nominaties

Op 30 maart zal op de PIV Jaarconferentie 2012 voor de vierde keer de uitreiking plaatsvinden van de PIV Letselschade Award.

Deze blijk van waardering is bedoeld voor de persoon of instelling die zich op bijzondere wijze voor het vak van behandeling van personenschade heeft ingezet en zo 'de nek heeft uitgestoken', vandaar de geuzennaam PIV Giraffe

Winnaars tot nu toe:



1. 2009 Henk den Hollander - Reaal Verzekeringen - onder andere als bedenker en uitdenker van de PIV Letselplaza.



2. 2010 prof. Arno Akkermans - Vrije Universiteit Amsterdam - voor zijn wetenschappelijke werk op het gebied van letselschadebehandeling.

3. 2011 Mark van Dijk re - Korevaar Van Dijk Letselschade - voor de vele projecten waarin hij een rol heeft gespeeld of het voortouw heeft genomen, bijvoorbeeld de Stichting Keurmerk Letselschade, Klik & Regel, het onderzoek van de VUA naar empowerment van letselschadeslachtoffers en het dossier online voor letselschadeslachtoffers



And the winner is ...

Welke persoon of instelling verdient volgens u de prijs in 2012?

U kunt uw kandidaat tot 1 maart 2011 nomineren door een mailtje te sturen naar pivgiraffe@verzekeraars.nl, met een korte toelichting waarom u vindt dat deze persoon of instelling de giraffe verdient.

Uit de voordrachten kiest het PIV de winnaar.

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