

Pagina 1
Op het snijvlak der grondrechten

Pagina 8
ZA/De Greef II

Pagina 10
25e LSA-Symposium

Pagina 14
Goede begeleiding cruciaal

maart 2014



Bescherming van privacy
of eerlijk proces ...

Een rechter past soms
terughoudendheid ...

Vijf hoogleraren,
twee advocaten en
de toekomst van
de letselschadepraktijk

Herstelcoaching ...

Perikelen in medische aansprakelijkheidszaken rond de machtiging en het medisch advies

Op het snijvlak der grondrechten

Rechten en bij uitstek grondrechten hebben de gewoonte met elkaar te botsen. Bijna geen enkel recht is absoluut. Wat betreft de grondrechten biedt het nieuws regelmatig voorbeelden. Zo respecteren wij de soevereiniteit van staten, maar vinden die soevereiniteit soms wel en soms niet¹ ondergeschikt aan de mensenrechten wanneer deze geschaad worden. De politiek geeft ook 'fraaie' voorbeelden. Zo verzet de Staatkundig Gereformeerde Partij zich met een beroep op de vrijheid van godsdienst tegen gelijke rechten voor vrouwen, en zo is de vrijheid van meningsuiting het grondrecht bij uitstek geworden op basis waarvan men anderen basale rechten zou mogen ontzeggen.

In dit artikel ga ik in op de frictie tussen het recht op bescherming van persoonsgegevens, meer specifiek de medische persoonsgegevens, enerzijds en het recht op een eerlijk proces anderzijds. Ook die rechten blijken met elkaar te kunnen conflicteren. Ik leg daarbij de nadruk op de positie van de aangesproken partij en zijn recht op een eerlijk proces. Er is ook veel, en veel lezenswaardigs geschreven over het recht op de bescherming van persoonsgegevens. Omwille van de ruimte ga ik daar hier niet nader op in, maar een uitgebreide introductie op dat onderwerp vindt u bijvoorbeeld van de hand van Wijnakker in Verkeersrecht².

Een van de meer klassieke grondrechten is het recht op een eerlijk proces. In een beschaafde

Mr. A.E. Santen
CentraMed



wereld bestaat voor een ieder het recht om zich op een eerlijke en faire wijze te kunnen verdedigen. Zich te verdedigen in strafzaken, in civiele zaken, in tuchtzaken en wat dies meer zij. Iedereen heeft het recht om in een veilige omgeving met zijn advocaat van gedachten te wisselen, om zijn verdediging voor te bereiden, in te richten en naar eigen inzicht te kunnen voeren³. Hij kan dit doen zonder dat de overheid, de pers of een civiele wederpartij toegang heeft tot dat overleg, of de in het kader van dat overleg ingewonnen adviezen of gemaakte notities.

In medische aansprakelijkheidszaken is dat niet anders. Een aangesproken arts heeft het recht zich te verweren tegen de hem gemaakte verwijten, om zijn verdediging voor te bereiden, om hierover te overleggen met zijn advocaat, zijn adviseurs en zijn hulppersonen. Dat overleg is 'veilig' in die zin dat het niet toegankelijk is voor derden. Er mag >

- > niet afgeluisterd of meegekeken worden. De door zijn patiënt aangesproken arts heeft ook het recht om zich te verdedigen, zijn strategie te bespreken, de goede en kwade kansen te onderzoeken.

Iedere persoon heeft er recht op dat er met zijn persoonsgegevens zorgvuldig wordt omgegaan. Dat recht wordt niet altijd gerespecteerd: denk aan het grootschalig aftappen van internet en telefoongegevens door overheidsdiensten, maar ook aan de wijze waarop bedrijven als Facebook, Google en de makers van handige *apps* met uw gegevens omgaan⁴. De ruimte die deze bedrijven nemen is opvallend in het licht van bijvoorbeeld art. 8 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie van 7 oktober 2000: *“eenieder heeft recht op bescherming van de hem betreffende persoonsgegevens. Deze gegevens moeten eerlijk worden verwerkt, voor bepaalde doeleinden⁵ en met toestemming van de betrokkene of op basis van een andere gerechtvaardigde grondslag waarin de wet voorziet. Eenieder heeft recht op toegang tot de over hem verzamelde gegevens en op rectificatie daarvan.”*

Art. 8 van het (Europees) Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) regelt de bescherming van het privéleven, de privacy, van personen. Het EVRM heeft bijvoorbeeld in de zaak Gaskin/UK uit art 8 EVRM het recht voor betrokkenen afgeleid inzage te verkrijgen in hun persoonlijke gegevens⁶. In de Nederlandse wet zijn de rechten wat betreft de bescherming van persoonsgegevens nader uitgewerkt en ingericht in de Wet Bescherming Persoonsgegevens (Wbp). In art. 1 van de Wbp is geregeld dat nagenoeg iedere handeling wordt begrepen als het verwerken van persoonsgegevens⁷. Een dossier dat door een verzekeraar wordt aangelegd naar aanleiding van een letselschadeclaim bevat naar zijn aard persoonsgegevens die vallen onder de strekking van de Wbp. De bescherming van de Wbp strekt verder dan ‘enkel’ de medische gegevens⁸.

Op grond van art. 35 Wbp⁹ heeft een betrokkene (degene op wie een persoonsgegeven betrekking heeft) het recht om inzage te vragen van de persoonsgegevens die over hem worden verwerkt om het hem mogelijk te maken te controleren of die gegevens juist zijn, te verzoeken de gegevens te verbeteren, aan te vullen, te verwijderen, of af te schermen en dergelijke. Net als andere rechten is ook het recht van art. 35 Wbp niet absoluut; het wordt beperkt door onder meer art. 43 Wbp dat regelt dat het recht op inzage buiten toepassing gelaten kan worden laten voor zover dit noodzakelijk is in het belang van de veiligheid van de staat, de voorkoming, opsporing en vervolging van strafbare feiten, gewichtige economische en financiële belangen van de staat en andere openbare lichamen, het toezicht op de naleving van wettelijke voorschriften die zijn gesteld ten behoeve van de belangen, of, zoals art. 43 sub e regelt, de bescherming van de betrokkene of van de rechten en vrijheden van anderen. Hieronder (onder ‘anderen’) wordt ook begrepen de partij die de persoonsgegevens verwerkt¹⁰.

Op grond van art. 35 Wbp heeft iedereen, in beginsel, het recht om inzage te vragen in de over hem verzamelde feiten, tenzij dat botst met de bescherming van rechten en vrijheden van anderen¹¹.

De beoordeling van de aansprakelijkheid in medische aansprakelijkheidsclaims

In het kader van de regeling van (aansprakelijkheids) schades leggen verzekeraars dossiers aan. In die dossiers worden gegevens opgenomen (verwerkt) die betrekking hebben op de claimant, de belanghebbende bij een schadevergoeding. Dat zijn gegevens om de aansprakelijkheid te kunnen beoordelen, maar ook gegevens om het causaal verband en de schade te kunnen bepalen. In letselschadezaken worden ook medische gegevens van de belanghebbende verzameld.

In schadevergoedingszaken naar aanleiding van letselschade die in het verkeer is ontstaan, wordt de aansprakelijkheid beoordeeld aan de hand van de verkeersregels en de feitelijke gedragingen van de verkeersdeelnemers die bij het schadeveroorzakende evenement betrokken waren. Het handelen van de aansprakelijk gestelde verkeersdeelnemer en de toepasselijke verkeerssituatie, eventuele signalen en verkeers tekens blijken uit het schadeformulier, het politierapport en bijvoorbeeld (getuigen)verklaringen. Aan de hand van die gegevens kan het gedrag en daarmee de aansprakelijkheid van de verkeersdeelnemer worden beoordeeld. Voor de beoordeling van deze primaire aansprakelijkheidsvraag zijn de medische gegevens niet nodig. De medische gegevens van de belanghebbende worden verzameld om de *gevolgen* van een al vastgestelde verkeers- of andere fout te beoordelen.

In medische aansprakelijkheidszaken is dat anders. Daarin zal eerst moeten worden beoordeeld of de zorgverlener (hierna gemakshalve: de arts) zich al dan niet heeft gedragen zoals van een redelijk handelend en redelijk bekwaam arts verwacht mag worden. Het gaat om een beoordeling van het *handelen* van de aangesproken arts. Dat handelen is ‘belangrijke deels’ vastgelegd in het medisch dossier van patiënt die de claim heeft ingediend. Om de aansprakelijkheid te kunnen beoordelen is het dus voor de beoordelende jurist noodzakelijk kennis te kunnen nemen van dat dossier¹².

Een medische machtiging vereist?

Nu heeft de arts ook een geheimhoudingsplicht¹³. De arts is als geheimhouder gehouden er voor zorg te dragen dat geen ander dan de patiënt zelf inzage in, of inlichtingen over de patiënt verkrijgt. In het geval van de arts die tot vergoeding van schade wordt aangesproken door zijn patiënt, zal de vraag of hij in de concrete casus heeft gehandeld als een redelijk handelend en redelijk bekwaam arts, voor een belangrijk deel moeten worden beoordeeld aan de hand van de verslaglegging van de behandeling zoals neergelegd in het dossier van de betreffende patiënt. Aan de hand dus van patiëntgegevens die vallen onder de geheimhoudingsplicht van de aangesproken arts. Dat is daarmee een bijzondere situatie.

Enerzijds is er het recht van de patiënt, zoals neergelegd in de Eed van Hippocrates¹⁴, in art. 7:457¹⁵ BW en in art. 88 Wet BIG, dat van de arts vergt dat deze de aan hem toevertrouwde gegevens geheim houdt, anderzijds is er het recht van de arts om zichzelf te verdedigen tegen strafrechtelijke civielrechtelijke of tuchtrechtelijke aanspraken.

De situatie, dat een patiënt een klacht of een claim indient tegen een arts en hij (of in de praktijk: zijn belangenbehartiger) de arts tegelijkertijd het recht ontzegt zich in het kader van zijn verdediging te baseren op informatie uit het patiëntendossier, komt met enige regelmaat voor. Op grond van het recht op een eerlijk proces is niet goed voorstelbaar dat een patiënt een arts aansprakelijk kan stellen, en hem tegelijk voor de feitelijke onmogelijkheid stelt om verweer te voeren. Zo bezien moet het voor de arts dus mogelijk zijn om verweer te voeren tegen een tegen hem ingestelde claim, ook wanneer de patiënt zich op het standpunt stelt dat het de arts niet is toegestaan daarbij gebruik te maken van het medisch dossier.

Zowel de tuchtrechter als de strafrechter¹⁶ hebben zich expliciet over een dergelijke situatie gebogen. Het Centraal Medisch Tuchtcollege (CMT) overwoog dat het in art. 6 EVRM vervatte recht op een eerlijk proces rechtvaardigt dat de arts zijn zwijgplicht doorbreekt indien dat in het belang van een goede verdediging nodig is. Zie ook, heel helder, Procureur-Generaal mr. Vellinga in zijn conclusie voor NJ 2004, 365: *“Wie - daartoe gelegitimeerd door het bepaalde in art. 6 EVRM - te zijner verdediging een op hem rustende plicht tot geheimhouding doorbreekt, schendt zijn zwijgplicht wel - zie art. 88 Wet BIG - maar kan zich te zijner rechtvaardiging beroepen op zijn belang zich behoorlijk te moeten kunnen verdedigen. Wordt hij vervolgd ter zake van art. 272 Sr, dan valt de tenlastegelegde schending van de geheimhoudingsplicht wel te bewijzen en te kwalificeren als schending van art. 272 Sr, maar is dat feit niet strafbaar omdat de geheimhouder een beroep toekomt op art. 6 EVRM ter rechtvaardiging van doorbreking van zijn zwijgplicht.”* Ofschoon er weinig tot geen civielrechtelijke jurisprudentie voorhanden is, en de wet geen expliciete duidelijkheid geeft, wordt algemeen aangenomen dat een aangesproken arts het recht heeft om zich te verdedigen zonder daartoe gemachtigd te zijn.

Gelet op het bovenstaande, moet de conclusie luiden dat de arts in staat moet zijn zich te verdedigen ten aanzien van een claim van zijn patiënt, ook wanneer deze hem de toegang tot zijn patiëntendossier weigert en hem daarmee de mogelijkheid ontzegt inhoudelijk op de grondslag van die claim in te gaan¹⁷. Een bijzondere variant is die waarin een arts zich moet verdedigen tegen een klacht of claim van een ander dan de patiënt zelf. Men denke dan aan een strafzaak, waarbij de aanklager niet de patiënt maar het OM is, of een tuchtzaak waarin de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) een klacht heeft ingediend. Op die nuance ga ik in dit artikel verder niet in, maar alleszins voorstelbaar is dat bij de beoordeling van de wederzijdse grondrechten, het recht van de patiënt ex 8

EVRM zwaarder zal gaan wegen. Een en ander weer afhankelijk van de vraag of en in hoeverre de patiënt als ‘motor’ achter de straf- of tuchtklacht kan worden gezien.

Indien een machtiging niet vereist is, impliceert dat dat de eisende partij ook geen bijzondere voorwaarden vooraf kan stellen aan het gebruik van de gegevens van het patiëntendossier. Indien dergelijke voorwaarden wel vooraf gesteld kunnen worden, dan wordt het recht op een vrije verdediging *de facto* illusoir. Als de eisende partij immers vooraf voorwaarden kan bepalen over de vraag met wie er wel, en met wie er niet mag worden overlegd, of over de vraag welke vragen in dat kader wel of niet gesteld mogen worden, of over de vraag hoe lang een machtiging geldig is, dan blijft er van de vrijheid om dat verweer zelf in te richten immers weinig over. Dat betekent overigens niet dat het gebruik van die gegevens verder ongebreideld is. De normale zorgvuldigheid mag verwacht worden; en wat de belanghebbende ook kan doen, is vragen wie kennis heeft genomen van welke persoonsgegevens. Het inzagerecht van de Wbp impliceert echter geen recht om directieven te geven voor het gebruik van de persoonsgegevens.

Geen medische machtiging vereist?

In de Gedragscode Openheid medische incidenten; betere afwikkeling Medische Aansprakelijkheid (GOMA) is in aanbeveling 14 geregeld, dat partijen elkaar over en weer, met het oog op de beoordeling van de aansprakelijkheid en de gevolgen van de gestelde fout, de relevante medische en feitelijke gegevens ter beschikking stellen. In de GOMA wordt als uitgangspunt genomen dat het nodig is een machtiging te verstrekken en dat het nodig is om over een machtiging te beschikken: een machtiging en toestemming die niet alleen de medisch adviseur van de verzekeraar, maar ook de dossierbehandelaar van de verzekeraar in staat stelt het dossier te bestuderen.

Gelet op het bovenstaande, is minst genomen verdedigbaar dat de arts geen machtiging nodig heeft om zich te verdedigen en zich in het kader van die verdediging te laten bijstaan. Toch heeft het voor verzekeraars wel de voorkeur om met een machtiging te werken. In de machtigingen die door aansprakelijkheidsverzekeraars worden gehanteerd wordt uiteengezet waarom er om een machtiging wordt gevraagd, wie de stukken onder ogen krijgt en waarom. De verzekeraar zegt wat hij doet, en doet wat hij zegt. Hij is daar expliciet in. De belanghebbende ziet dat en tekent daarvoor. Dat kan een hoop misverstanden en gedoe voorkomen, en dat heeft toch de voorkeur boven het niet-gemachtigd werken, ook al is een dergelijke *modus operandi* zeer wel verdedigbaar¹⁸.

De verzekeraars van medische aansprakelijkheid hebben - als ondertekenaars van de GOMA, maar ook daarvoor al - ervoor gekozen te werken met een machtiging. Niemand kan gedwongen worden een dergelijke machtiging te tekenen. Consequentie daarvan is dan wel dat wanneer er geen machtiging is, de verzekeraar niet in staat is zich een oordeel te vormen over de aansprakelijkheid.

- > Hem rest dan niets anders dan te constateren dat aansprakelijkheid niet aan hem is gebleken.

Inzage in het medisch advies

Een ander onderwerp dat nauw samenhangt met het recht van de arts op een eerlijk proces is de kwestie van het medisch advies. In de reguliere letselschadepraktijk is het usance 'het medisch advies over te leggen'. In de medische aansprakelijkheidspraktijk is dat niet het geval. Dikwijls worden er op dossierniveau discussies gevoerd over de vraag of de verzekeraar gehouden is 'het medisch advies te overleggen'. Vaak onverkwikkelijke discussies gelardeerd met onbegrip en de daarmee gepaard gaande irritaties. Daarbij wordt dikwijls uit het oog verloren het hiervoor al genoemde onderscheid tussen de advisering ten aanzien van de causale gevolgen van een reeds vaststaande fout, en de advisering/voorlichting in het kader van de beantwoording van de aansprakelijkheidsvraag. Daar, waar de voorlichting/advisering van de medisch adviseur ziet op de gevolgen voor de belanghebbende van de al erkende fout, is het inderdaad gebruikelijk dat dergelijke adviezen worden gedeeld. In WAM- en de gangbare AVP- en AVB-letselschadezaken ziet het medisch advies op de causale gevolgen van wat ik hier maar noem 'het ongeval'. Het gaat hier om de advisering over de gevolgen van het ongeval voor de belanghebbende.

Daar, waar de medische advisering/voorlichting is ingewonnen in het kader van de beoordeling van primaire aansprakelijkheidsvraag - de vraag of de arts een fout heeft gemaakt - is dat anders. Het gaat in die fase niet om de causale gevolgen voor de belanghebbende, maar om de vraag of de aangesproken arts die zorg heeft betracht die van een redelijk handelend en redelijk bekwaam arts verwacht mag worden. De arts wordt aangesproken, omdat hij een fout zou hebben gemaakt en heeft het recht daar zelf ook wat van vinden, het recht daarover te overleggen en het recht daarop te reageren.

De arts komt in samenspraak met zijn belangenbehartiger (advocaat, verzekeraar of jurist van het ziekenhuis) en daarin bijgestaan door zijn medisch adviseur tot een standpunt met betrekking tot de aansprakelijkheid. Dat overleg moet vrij en onbelemmerd gevoerd kunnen worden. Wanneer de advisering door de medisch adviseur uit de context van dat overleg wordt gehaald, voldoet het overleg niet meer aan de daaraan te stellen eis van een veilig overleg. Zo min als een juridisch advies of een reserveadvies aan de wederpartij behoort te worden overgelegd, zo min komt het advies - de analyse van de medisch adviseur - voor overlegging in aanmerking.

Mutatis mutandis geldt ook dat de belanghebbende op een goede en veilige manier moet kunnen overleggen met zijn belangenbehartiger. Anderen hebben geen toegang tot dat overleg.

De uitkomst van dat overleg is wel beschikbaar. Dat is het standpunt met betrekking tot de aansprakelijkheid.

De feiten op basis waarvan dat overleg is aangegaan zijn

ook beschikbaar, maar de advisering, de verschillende interpretaties niet¹⁹.

Over dit onderwerp wordt met enige, zij het bescheiden, regelmaat geprocedeerd, maar een vaste lijn is nog niet te zien in de jurisprudentie. De reeks begon met een baanbrekende uitspraak van de Rechtbank Zutphen van 8 oktober 2009²⁰, waarin de rechtbank op verzoek van de belanghebbende toegang, zij het geen volledige toegang, verleende tot het door de verzekeraar aangelegde (medisch dossier). Dezelfde rechtbank nuanceerde zichzelf in zijn uitspraak van 24 januari 2013²¹ door te bepalen dat dit inzage-recht niet geldt voor de correspondentie tussen verzekeraar en eigen advocaat, interne notities en werkaantekeningen van de medisch adviseur. De Rechtbank Utrecht wees dergelijke verzoeken om inzage al een aantal keren af²² omdat dat de procespositie van de aangesproken partij teveel zou schaden. Het Hof Amsterdam gaf in zijn arrest van 24 januari 2012²³ op grond van een verzoek op grond van de Wbp toegang tot diverse stukken, met dien verstande dat het hof wel de ruimte gaf en zelfs gebood per dossierstuk beknopt aan te geven om welke reden (de verzekeraar) van mening is dat de uitzondering als bedoeld in art. 2 sub a van de Wbp en/of art. 43 sub e van de Wbp op dat stuk van toepassing is. Die uitzonderingsbepaling wordt door het Hof Amsterdam dus wel erkend. Het Hof Arnhem²⁴ overwoog in een vergelijkbare zaak die niet in de sleutel van de Wbp maar in die van art. 843a Rv stond dat het recht op een eerlijk proces zich verzet tegen het overleggen van de gevraagde gegevens: *"Aan het maatschappelijk belang dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene om bijstand en advies tot haar verzekeringsmaatschappij kan wenden zou afbreuk worden gedaan in geval er een verplichting zou bestaan tot openbaarmaking van de genoemde correspondentie en gespreksverslagen. Bovendien heeft iedere partij een eigen recht om haar verdediging in vrijheid en beslotenheid voor te bereiden. Een aanspraak op inzage in correspondentie die is gewisseld tussen verzekeraar en verzekerde zou inbreuk kunnen maken op dit recht."*

Feiten en interpretaties

In de afgelopen jaren hebben belanghebbenden met wisselend succes toegang gezocht tot de stukken uit het dossier van de wederpartij. Vooral tot de medische advisering. Daartoe wordt in het algemeen gebruik gemaakt van een verzoek ex art. 35 Wbp.

Art. 1 Wbp regelt dat onder een persoonsgegeven wordt verstaan: elk gegeven betreffende een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon. De wet definieert echter niet wat een gegeven is. Is een gegeven een vaststaand feit of een geponoerd of verondersteld feit²⁵? Of is een mening over een feit of een interpretatie van een feit ook een gegeven? Dat lijkt op het eerste gezicht een louter semantische discussie, maar voor de reikwijdte van het begrip 'persoonsgegeven' en daarmee van de Wbp en vergelijkbare regelingen is de vraag wat een gegeven is, wel degelijk van belang.

Recent boog Advocaat-Generaal Sharpston zich voor het

EHRM²⁶ over de vraag of een juridische analyse een (persoons)gegeven is. Hij overweegt: *“naar mijn mening kan enkel informatie die verband houdt met feiten betreffende een persoon, een persoonsgegeven zijn. Afgezien van het bestaan ervan, is een juridische analyse niet een zodanig feit. Zo is bijvoorbeeld het adres van een persoon een persoonsgegeven, maar een analyse van diens woonplaats voor juridische doeleinden niet. In dat verband acht ik het niet nuttig om onderscheid te maken tussen “objectieve” feiten en “subjectieve” analyse. Feiten kunnen in verschillende vormen worden weergegeven, waarvan sommige het resultaat zijn van een beoordeling van identificeerbare informatie. Zo kan het gewicht van een persoon op objectieve wijze worden uitgedrukt in kilo’s of in een subjectieve term als “ondergewicht” of “overgewicht”. Ik kan derhalve niet uitsluiten dat beoordelingen en adviezen soms als gegevens kunnen worden aangemerkt, (maar, AS) de redenering die leidt tot de conclusie dat een persoon “ondergewicht” of “overgewicht” heeft is echter net zomin een feit als een juridische analyse dat is.”*

Mutatis mutandis geldt dat ook voor een andersoortige analyse. Een analyse door een medisch adviseur bijvoorbeeld. Zie ook Rechtbank Zutphen²⁷: *“Voorts is de voorzieningenrechter van oordeel dat het door de adviseur van MediRisk verstrekte advies niet als een verwerking van persoonsgegevens in de zin van de Wbp kan worden beschouwd. Het advies betreft geen vastlegging van medische gegevens van [Roepnaam X] en het behoort derhalve niet tot het medisch dossier. Het advies houdt een interpretatie in van het rapport van (de deskundige) (waarin persoonsgegevens zijn verwerkt) in het kader van een interne beoordeling van de aansprakelijkheidsvraag. Ten aanzien van het advies is van een verwerking van persoonsgegevens in de zin van de Wbp geen sprake.”*

In een willekeurig geschil, maar zeker ook in een medische aansprakelijkheidszaak is het primair van belang duidelijkheid te verkrijgen over de rechtens tussen partijen geldende feiten. De daarop volgende vraag, hoe die feiten moeten worden geïnterpreteerd en uitgelegd, is van een andere orde. Het gaat daarbij niet om de gegevens, de feiten zelf, maar om de interpretatie daarvan.

In medische zaken worden de feiten door de verschillende partijen dikwijls verschillend geïnterpreteerd. En zelfs als de feiten hetzelfde worden geïnterpreteerd, is het mogelijk dat de uiteindelijke weging ervan anders uitpakt. Ook waar het de geneeskundige behandeling betreft. Voor een bepaalde diagnose of een bepaalde aandoening zijn er vaak verschillende behandelopties. Elk met zijn eigen voor- en nadelen. Los van de vraag of er voor een bepaalde behandeling een ‘gouden standaard’ bestaat, is het heel goed mogelijk dat - ook afhankelijk van de wensen en voorkeuren van de patiënt zelf - verschillende behandelopties goed verdedigbaar zijn. Veelvoorkomende opties zijn: niets doen, conservatief behandelen, al dan niet operatief ingrijpen. Bij de juridische beoordeling achteraf of de juiste, althans niet de verkeerde,

behandeloptie is gekozen, is er ook voor de verschillende opties, voor de verschillende afwegingen wat te zeggen. Een aangesproken arts moet daarover met zijn belanghebbender en zijn adviseur over van gedachten kunnen wisselen. En zij moeten ook met elkaar van inzichten kunnen verschillen. Waar de één zal zeggen: hier was operatief ingrijpen geïndiceerd, moet de ander kunnen zeggen dat dat niet zo was, of over de vraag of er een indicatie was. Of dat de indicatie meer of minder hard was. Wanneer de voorlichting en de inzichten van een van de in die dialoog betrokken partijen buiten die discussie worden gebracht, worden ze uit hun context gehaald. Tegelijkertijd wordt die inhoudelijke discussie de das om gedaan.

De feiten die tussen partijen hebben te gelden moeten op tafel komen, De vraag hoe een partij die feiten interpreteert en presenteert is een andere. Tot het moment dat de partij een beslissing heeft genomen over die presentatie en interpretatie, heeft niemand daar iets mee te maken.

Transparantie

Een van de bezwaren tegen het niet overleggen van een medisch advies is dat ‘dat niet transparant is’. Dat is een voor de hand liggend bezwaar. In een cultuur waarin we ‘open’ en transparant met elkaar omgaan, lijkt het merkwaardig om bepaalde zaken niet te delen. Wat transparantie precies betekent is niet heel duidelijk. De meeste definities zijn meer natuurwetenschappelijk van aard en daarmee onbruikbaar in deze discussie. In elk geval kan er een onderscheid worden gemaakt naar transparantie op het proces (van het beoordelen van claims) en naar transparantie op de inhoud. Uit de voorgaande paragrafen volgt dat (proces)partijen geen volledige inzage hoeven te verschaffen in hun overwegingen, besprekingen en in hun overleggen in het kader van hun standpuntvorming.

In de letselschaderegeling is het gebruikelijk het medisch advies te overleggen. Dat het ene advies (over de causaliteit) het andere niet is, wordt daarbij eenvoudig uit het oog verloren. Daar komt bij dat het advies dat een WAM-verzekeraar over de causaliteit overlegt, alleen zijn eigen positie als rechtstreeks aansprakelijke en betalende verzekeraar raakt. Het advies, dat in medische aansprakelijkheidszaken wordt ingewonnen in het kader van de beoordeling van de aansprakelijkheidsvraag, regardeert niet alleen de positie van de verzekeraar, maar veeleer ook die van de aangesproken arts en het ziekenhuis. Het raakt aan hun recht op een eerlijk proces, maar zeker ook aan hun financiële positie; artsen en ziekenhuizen zijn steeds vaker verzekerd via een hoog eigen risicomodel.

Tenslotte kan men zich afvragen of een advies zoals dat in de praktijk wordt overgelegd wel een volledig advies - inclusief alle goede en kwade kansen inhoudt - of dat het slechts een presentatie is van die inzichten die de partij wil delen. Het is denkbeeldig dat de adviezen die worden overgelegd altijd ruw en ongepolijst zijn: een advies moet bruikbaar zijn en dus geen volledige academische studie; er moet gekozen worden wat nog wel en wat niet meer

- > relevant is, er wordt – al dan niet bewust – gekozen voor een bepaalde presentatie en redactie. In de dagelijkse letselschadepraktijk komt de letselschadebehandelaar bijvoorbeeld ‘adviezen voor extern gebruik’ tegen, wat impliceert dat er ook adviezen voor intern gebruik zijn. Ook de kwaliteit van medische adviezen zal verschillen. Soms maakt een adviseur echt te bont; in augustus 2013 werd nog een medisch adviseur berispt na een klacht bij het CMT²⁸ omdat zijn adviezen eenzijdig gekleurd en onjuist waren, maar zonder twijfel zal in de dagelijkse praktijk de kwaliteit van advisering alle mogelijke grijstinten vertonen.

Medisch adviseurs zijn, hoe je het ook wendt of keert, adviseurs die een partij bijstaan. Het moment waarop een meer subjectieve uitleg en de glasheldere objectiviteit uit een beginnen te lopen is, ook wanneer dat niet als laagbaar gekwalificeerd kan worden, al snel daar. Transparantie op de inhoud is dan ook moeilijk te garanderen. Transparantie op het proces lijkt wat dat aangaat eenvoudiger. Zo bezien is het standpunt van medische aansprakelijkheidsverzekeraars inhoudende dat de advisering die is ingewonnen in het kader van de aansprakelijkheidsvraag, processueel volkomen transparant: het advies wordt niet overgelegd.

In rechte en buiten rechte

Een aangesproken arts kan zich laten bijstaan door een advocaat, maar hij kan zich ook laten bijstaan door zijn aansprakelijkheidsverzekeraar. In materiële zin doet die verzekeraar niets anders dan de advocaat: hij overlegt met zijn cliënt/verzekerde en zijn adviseurs over de gestelde aansprakelijkheid, naar aanleiding waarvan hij samen met zijn cliënt/verzekerde een standpunt inneemt. De bescherming van het recht op het voeren van een goede verdediging is in rechte wel goed gewaarborgd, maar men kan zich afvragen of die bescherming buiten rechte evenzeer geldt. Daar kan je natuurlijk een hele discussie over voeren, maar feit is dat wanneer die rechten buiten de rechtszaal geen bescherming vinden, ze daarmee ook grotendeels binnen rechte illusoir geworden zijn.

Conclusies

Rechten en grondrechten hebben de neiging te conflicteren. Het maatschappelijk belang vergt daarom dat de uitoefening van rechten gereguleerd en waar nodig beperkt wordt. In bijvoorbeeld het EVRM zijn er in diverse bepalingen beperkingen opgenomen. Dat kunnen algemene beperkingen zijn, zoals die van art. 15 (noodtoestand) en art. 17 (het verbod op misbruik van recht). Dat kunnen ook meer specifieke beperkingen zijn zoals in de art. 8, 9, 10 en 11. Art. 6 EVRM kent een meer absolute redactie in die zin dat er geen beperkingen in zijn opgenomen. Maar niettemin kan worden aangenomen dat ook 6 EVRM zijn beperkingen heeft.

Rechten zijn niet absoluut. Wanneer rechten conflicteren moet, in elk geval tot nader order, van geval tot geval worden beoordeeld welk recht prevaleert, maar niettemin kan worden geconstateerd dat:

Een arts het recht heeft om zich te verdedigen, en dat hij

daar In beginsel geen machtiging voor nodig heeft. Als hij of zijn verzekeraar dan toch een machtiging hanteert, mag die machtiging hem niet belemmeren in zijn recht zijn verweer voor te bereiden en in te richten; en Medische adviezen die zien op de aansprakelijkheidsvraag niet overgelegd horen te worden. Wanneer dat wel zou gebeuren maakt dat inbreuk op het recht van de aangesproken arts op een eerlijk proces, en op zijn recht om in dat kader op een veilige wijze te kunnen overleggen met zijn belangenbehartiger en zijn adviseurs. Tenslotte moet mij van het hart dat, hoe interessant en belangrijk de discussie over de frictie tussen de wederzijdse grondrechten ook is, de persoon om wie het ooit begon – de patiënt die meent dat zijn arts een fout heeft gemaakt – uit het oog wordt verloren. Deze discussie wordt steeds meer op dossierniveau gevoerd en frustrereert daarmee de inhoudelijke behandeling. Hangende die discussies, komt de beoordeling van de vraag waar het de patiënt om gaat – of er al dan niet een verwijtbare fout is gemaakt – niet aan de orde, en dat is bijzonder spijtig²⁹.

¹ Hoe die beoordeling uitvalt, is het resultaat van een dikwijls politieke belangenafweging.

² C.P.J. Wijnakker, “Omgaan met medische informatie in overeenstemming met artikel 8 EVRM”, VR 2012, 11.

³ Art. 6 EVRM.

⁴ Over de vraag of uw rechten door die bedrijven daadwerkelijk worden geschonden is nog wel discussie mogelijk; lees eens de gebruiksvoorwaarden van een app die u downloadt op uw telefoon; om de app te kunnen downloaden geeft u verregaande toestemming aan de producent van die app om uw gegevens, en de gegevens in uw telefoon te gebruiken.

⁵ De ‘doelbinding’.

⁶ EHRM 7 juli 1989 LJN AB9903 (Gaskin vs. UK).

⁷ Art. 1 Wbp: “In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder: “a. persoonsgegevens: elk gegeven betreffende een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon”.

⁸ Zie voor een zeer lezenswaardige uiteenzetting over 8 EVRM: C.P.J. Wijnakker, “Omgaan met medische informatie in overeenstemming met artikel 8 EVRM”, VR 2011, 11.

⁹ Art. 35 Wbp: “1. De betrokkene heeft het recht zich vrijelijk en met redelijke tussenpozen tot de verantwoordelijke te wenden met het verzoek hem mede te delen of hem betreffende persoonsgegevens worden verwerkt. De verantwoordelijke deelt de betrokkene schriftelijk binnen vier weken mee of hem betreffende persoonsgegevens worden verwerkt.”

¹⁰ MvT, Kamerstukken II 1997 – 1998, 25 892, nr. 3, p. 157-158.

¹¹ Omdat iedereen een dergelijk recht heeft, mogen wij er van uitgaan dat ook de arts wiens gedrag onderwerp is van een aansprakelijkheidsclaim of tuchtklacht een vergelijkbaar recht heeft om inzage te vragen in de over hem verzamelde feiten. Een dergelijke casus heeft zich voor zover mij bekend nog niet voorgedaan.

¹² Het medisch dossier is primair bedoeld om de zorgverlening aan de patiënt te faciliteren, en meer secundair om een eventuele aansprakelijkheidsclaim te kunnen beoordelen.

¹³ BW boek 7, art. 457.

¹⁴ “Ik zal, wat ik bij de uitoefening van mijn beroep ook zal horen of

zien, of ook daarbuiten over het leven van mensen te weten komen aan dingen, die nooit bekend mogen worden, in stilzwijgen bewaren, en het beginsel hooghouden, dat dingen die mij zó bekend worden vallen onder de plicht van geheimhouding”.

¹⁵ Art. 7:457 BW: 1. Onverminderd het in artikel 448 lid 3, tweede volzin, bepaalde draagt de hulpverlener zorg, dat aan anderen dan de patiënt geen inlichtingen over de patiënt dan wel inzage in of afschrift van de bescheiden, bedoeld in artikel 454, worden verstrekt dan met toestemming van de patiënt. Indien verstrekking plaatsvindt, geschiedt deze slechts voor zover daardoor de persoonlijke levenssfeer van een ander niet wordt geschaad. De verstrekking kan geschieden zonder inachtneming van de beperkingen, bedoeld in de voorgaande volzinnen, indien het bij of krachtens de wet bepaalde daartoe verplicht.”

¹⁶ HR 8 april 2003, NJ 2004, 365 LJN AF 4131.

¹⁷ In het geval de patiënt een expliciet verbod heeft geëist om gebruik te maken van zijn patiëntendossier is te overwegen het recht van de patiënt op geheimhouding van zijn gegevens te laten prevaleren. Maar dat betekent in feite dat de patiënt er dan tevens voor kiest zijn claim in te trekken. Het is immers van tweeën een: ofwel de patiënt dient een claim in en de arts mag zich verweren, ofwel de patiënt laat zijn recht op geheimhouding prevaleren en ziet zijn claim daarop stranden.

¹⁸ Steeds meer Academische en Topklinische ziekenhuizen behandelen zelf de tegen hen ingestelde aansprakelijkheidsclaims. De GOMA houdt nog geen rekening met deze vrij nieuwe ontwikkeling. In de praktijk blijkt de samenwerking tussen de ziekenhuisjurist en de arts, dikwijls zonder dat daar een machtiging aan ten grondslag ligt, goed en vlot te werken, wat de perceptie van de belanghebbende van de procedurele rechtvaardigheid ten goede komt.

¹⁹ Vergelijk bijvoorbeeld ook Hof Amsterdam 13 oktober 2013, NJF 2013, 488, “Niet ter discussie staat dat de rapporten alle zijn opgesteld voor intern gebruik, respectievelijk in opdracht en voor rekening van NS ... en NS en NMBS gezamenlijk ... Het gaat hier niet om door onafhankelijke deskundigen uitgebrachte rapporten maar om zogeheten partijrapporten. Naar het oordeel van het hof behoeft de inhoud van dergelijke rapporten in beginsel niet met derden te worden gedeeld, ook als het daarbij gaat over die derden en/of door deze geleverde prestaties. Een andere opvatting zou geen recht doen aan het gerechtvaardigde belang van een (rechts)persoon om in vrijheid intern en extern advies te kunnen vragen ten behoeve van het bepalen van het eigen standpunt... 3.4.3. NMBS heeft in haar ... brief ... geen beroep gedaan op de rapporten, evenmin als NSFSC in haar .. brief ... NMBS maakt van het Concept Risk rapport en het Mott MacDonald rapport weliswaar melding in ...de ... tegen AnsaldoBreda uitgebrachte dagvaarding ..., maar ook in dat stuk beroept zij zich niet op de rapporten. Zolang NS cs en NMBS zich ter onderbouwing ... in voorkomende procedures niet op de inhoud van de rapporten beroepen, kan tegen de achtergrond van wat onder 3.4.2 is overwogen niet worden gezegd dat AnsaldoBreda - anders dan zij betoogt - rechtmatig belang heeft bij het verkrijgen van een afschrift van de rapporten.”

²⁰ ECLI:NL:RBZUT:2009:BK4206.

²¹ Rb. Zutphen (ongepubliceerd), 24 januari 2013, 135005 / KG ZA 12-381.

²² Rb. Utrecht 17-11-2010 TvGR 2011, 14 LJN BO5222 en Rb. Utrecht 11-5-2011, Nieuwsbrief Personenschade 2011, 23.

²³ ECLI:NL:GHAMS:2012:BV2565.

²⁴ ECLI:NL:GHARN:2012:BX4091.

²⁵ Van Dale: bekend feit waaruit je gevolgtrekkingen kunt maken

²⁶ Zaaknummer c-141/12.

²⁷ Rb. Zutphen 24 januari 2013.

²⁸ CTG 13 augustus 2013, Medisch Contact 2013, p. 1982-1985. LJN YG3145.

²⁹ Zie ook PIV-Bulletin 2010, 6: Privacy, een Pyrrhusoverwinning?

... het vervolg

Zwolsche Algemeene/De Greef II



Mevrouw mr. M.S.E. van Beurden
Van Benthem & Keulen advocaten

Het arrest Zwolsche Algemeene/De Greef van de Hoge Raad van 8 januari 2001¹ is het standaard arrest als het gaat om niet objectiveerbare klachten na een (verkeers) ongeval. Als is voldaan aan bepaalde criteria kunnen klachten die in beginsel niet objectiveerbaar zijn toch in juridisch causaal verband tot het ongeval staan. In de schadestaatprocedure die volgde op het arrest uit 2001 werd door de rechtbank in eerste aanleg een naar de toekomst berekende schade op basis van 50% arbeidsongeschiktheid toegewezen. In hoger beroep oordeelde het hof dat de schade niet op basis van 50%, maar op basis van 25% arbeidsongeschiktheid berekend diende te worden. De Hoge Raad heeft zich – opnieuw – over de zaak mogen uitlaten en wees op 20 december 2013 arrest in de schadestaatprocedure².

Arrest 20 december 2013

Dit arrest gaat over de verhouding tussen de beslissing van de rechter in de hoofdzaak en de beslissing van de rechter in de schadestaatprocedure.

In de hoofdzaak had het hof in zijn eindarrest overwogen dat De Greef gedurende enige tijd, en op dat moment (19 april 1999) voor de helft van de tijd (dus voor 50%), niet tot het verrichten van zijn normale werkzaamheden, noch tot het verrichten van andere betaalde arbeid in staat kon worden geacht. In de schadestaatprocedure had (inmiddels) Allianz bewijs geleverd van het feit dat De Greef, naast zijn werk als buschauffeur, andere betaalde werkzaamheden had verricht en dus meer verdienvermogen had (twee transportbedrijven en lasbedrijf met zijn zoon). Het hof in de schadestaatprocedure heeft vervolgens een arbeidsdeskundige benoemd die tot de conclusie was gekomen dat De Greef voor 75% arbeidsgeschikt was³. Het hof beoordeelde de schade van De Greef in de schadestaatprocedure op grond van een arbeidsongeschiktheidspercentage van 25%.

In cassatie stelt De Greef dat het hof in de schadestaatprocedure met het uitgangspunt van de schadeberekening dat De Greef 75% arbeidsgeschikt is voor het werk van buschauffeur, heeft miskend dat in het eindarrest in de hoofdzaak onherroepelijk is beslist dat De Greef als gevolg

van het ongeval gedeeltelijk arbeidsongeschikt is geworden, niet meer dan halve dagen als chauffeur kan werken en niet tot andere arbeid in staat is. Volgens De Greef was het hof in de schadestaatprocedure gebonden aan deze beslissing in de hoofdzaak.

De Hoge Raad oordeelt dat het hof in de schadestaatprocedure de overweging van het hof in de hoofdzaak zo heeft uitgelegd dat niet vaststond dat De Greef geheel en blijvend arbeidsongeschikt zou zijn en dat dit oordeel slechts betrekking had op de periode tot 20 april 1999. Het hof heeft dan over de periode vanaf 20 april 1999 terecht het oordeel kunnen geven over de arbeidsgeschiktheid van De Greef. Wat betreft de periode tot en met 19 april 1999 had het hof in de schadestaatprocedure wel tot uitgangspunt moeten nemen dat De Greef 50% arbeidsongeschikt was omdat in het oordeel van het hof in de hoofdzaak de vaststelling van dit uitgangspunt besloten lag en het hof in de schadestaatprocedure daaraan gebonden was.

Gezien de formulering van de beslissing van het hof in de hoofdzaak, hoeft de Hoge Raad in zijn arrest niet, anders dan in algemene bewoordingen, in te gaan op de vraag in hoeverre de rechter in de schadestaatprocedure is gebonden aan de beslissingen in de hoofdprocedure. Daarbij geldt niet dat de rechter in de schadestaatprocedure alle oordelen en beslissingen in de hoofdprocedure in absolute zin als vaststaand uitgangspunt moet nemen. De rechter in de schadestaatprocedure kan van zulke oordelen en beslissingen terugkomen, als deze naar zijn oordeel op een onjuiste juridische of feitelijke grondslag berusten. De gebondenheid is derhalve een uitvloeisel van de leer van de bindende eindbeslissing⁴. Dat is slechts anders voor zover die oordelen en beslissingen in de hoofdprocedure de grondslag van de aansprakelijkheid betreffen, nu die grondslag bij uitsluiting in de hoofdprocedure dient te worden vastgesteld⁵.

Arrest 8 januari 2001

De uitkomst van het recente arrest zal waarschijnlijk weinig invloed hebben op de nog altijd veel gevoerde discussie over niet objectiveerbare klachten na een (verkeers)ongeval. Een discussie die wordt gevoed door de overwegingen van de Hoge Raad uit het arrest van 2001 (althans, door de Hoge Raad in stand gelaten overwegingen van het hof).

Deze overwegingen komen we in de praktijk en in de rechtspraak nog steeds met regelmaat tegen. Ondanks het feit dat een specifieke, medisch aantoonbare verklaring voor de klachten ontbreekt, kunnen subjectieve klachten worden aangenomen wanneer objectief kan worden vastgesteld dat de klachten aanwezig, niet ingebeeld, niet voorgewend en niet overdreven zijn. In dat geval kunnen aan het aannemen van het causaal verband tussen het verkeersongeval en de gezondheidsklachten geen hoge eisen worden gesteld. Hierbij dient een vergelijking te worden gemaakt

tussen de situatie met ongeval en de situatie zonder ongeval. Indien komt vast te staan dat de benadeelde de klachten vóór het ongeval niet had, deze op zich door het ongeval kunnen worden veroorzaakt en een alternatieve verklaring ontbreekt, is het bewijs van het causaal verband veelal geleverd.

De invulling van bovengenoemde regels door rechtbank of hof kan sterk verschillen. Niet alle rechters lijken even zwaar te tillen aan het aannemen van (subjectief beleefde) klachten en daarmee aan het aannemen van een causaal verband tussen die klachten en het ongeval. Dit geldt echter niet in alle gevallen. Een voorbeeld is een recente uitspraak van Rechtbank Den Haag waarin een benadeelde stelde whiplashklachten te hebben tengevolge van een verkeersongeval⁶. Uit de stukken bleek dat de impactsnelheid van het ongeluk niet meer dan 15 km/u was. De rechtbank oordeelde dat conform de Richtlijn Whiplash 2008 er sterke aanwijzingen zijn dat een dergelijke impactsnelheid geen letsel veroorzaakt en dat benadeelde onvoldoende had onderbouwd dat aan het criterium dat de klachten door het ongeval konden zijn veroorzaakt was voldaan. Het causaal verband tussen de klachten en het ongeval kon door de rechtbank derhalve niet worden vastgesteld. Ook Rechtbank Midden-Nederland heeft in een deelgeschilprocedure geoordeeld dat het causaal verband tussen de door verzoeker gestelde klachten en het verkeersongeval niet kon worden vastgesteld. De rechtbank overwoog dat de gestelde klachten, ondanks het feit dat een neurologisch substraat ontbreekt, in causaal verband kunnen staan met het ongeval. Echter, de inhoud van de beschikbare deskundigenrapporten bood onvoldoende aanknopingspunten om te kunnen concluderen dat de ernst van de door benadeelde gestelde klachten reëel was. De rechtbank was dan ook niet in staat om de mate waarin de benadeelde de subjectieve klachten beleefde vast te stellen met als gevolg dat het causaal verband tussen de gestelde gezondheidsklachten en het ongeval ontbrak⁷. Interessant is ook hoe de rechter omgaat met de vraag of de (subjectieve) klachten resulteren in beperkingen die aan het ongeval kunnen worden toegeschreven (en die uiteindelijk kunnen leiden tot schade). In het arrest Zwolsche Algemeene/De Greef II gaat de Hoge Raad op deze vraag niet in.

Hof Den Bosch heeft begin 2013 geoordeeld dat substraatloze klachten niet in de weg staan aan het aannemen van beperkingen⁸. Ook raadsheer mr H. de Hek van het Hof Arnhem/Leuwarden heeft zich op persoonlijke titel uitgelaten over deze vraag⁹. Hij is van mening dat subjectieve klachten beperkingen kunnen opleveren, óók als deze beperkingen niet door een medisch specialist zijn vastgesteld. In dezelfde lijn hebben ook rechtbank Arnhem en rechtbank Midden-Nederland in 2013 geoordeeld dat beperkingen die werden ervaren op grond van de (subjectieve) klachten als gevolg van het ongeval konden worden toegerekend.¹⁰ Echter, dit is in de rechtspraak zeker geen vaste lijn. De afgelopen jaren zijn immers ook veel uitspraken gedaan waarin de rechters hebben overwogen dat uit

het bestaan van klachten niet zonder meer het bestaan van beperkingen volgt en dat van beperkingen nog niet zonder meer gezegd kan worden dat zij leiden tot schade¹¹. Zo ook recent nog door Rechtbank Midden-Nederland¹².

Conclusie

De zaak Zwolsche Algemeene/De Greef II laat goed zien dat wanneer is voldaan aan de Zwolsche Algemeene/De Greef I criteria, waarmee het causaal verband tussen de gestelde klachten en het ongeval in beginsel kan worden aangenomen, daarmee nog niets is gezegd over de (mate van de) beperkingen, de duur daarvan en de (hoogte van de) schade die daaruit zou kunnen voortvloeien. Van een rechter mag dan ook verwacht worden dat hij zich enigszins terughoudend opstelt bij een tussentijdse toewijzing van schade uitvoerbaar bij voorraad. In de zaak Zwolsche Algemeene/De Greef I heeft De Greef in eerste aanleg een naar de toekomst berekende schade ontvangen waarvan hij bijna tien jaren later een aanmerkelijk deel moet terugbetalen. Dat is voor alle partijen een onwenselijke situatie.

¹ NJ 2001, 433.

² ECLI:NL:HR:2013:2138.

³ De arbeidsdeskundige kwam zelfs tot de conclusie dat De Greef voor 100% arbeidsgeschikt was, maar gezien de leeftijd en gebrek aan affiniteit met de geopperde administratieve functie werd de arbeidsgeschiktheid op 75% voor buschauffeur gezet.

⁴ De rechter die in een tussenuitspraak over geschilpunten uitdrukkelijk en zonder voorbehoud beslist is in het verdere verloop van het geding hieraan gebonden.

⁵ HR 16 mei 2008, NJ 2008, 285 (r.o. 3.5.3.). Zie ook T.F.E. Tjong Tjin Tai, *De Schadestaatprocedure* (2012), p. 77-83.

⁶ Rb. Den Haag 22 oktober 2013, www.stichtingpiv.nl.

⁷ Rb. Midden-Nederland 12 juni 2013, JA 2013, 135.

⁸ Hof Den Bosch 12 februari 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ2030.

⁹ "Whiplash – observaties van een rechter", *TVP* 2011, 2 en "Duel of duet", in *PIV-Bulletin* 2012, 7.

¹⁰ Zoeken. Rb. Midden-Nederland 24 april 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ8632 en Rb. Oost-Nederland 13 maart 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:CA0284.

¹¹ Rb Rotterdam 27 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ5996, Rb. Rotterdam 16 april 2013, JA 2013, 95, Rb. Midden-Nederland 12 juni 2013, JA 2013, 135.

¹² Rb Midden-Nederland, 18 december 2013 ECLI:NL:RBMNE:2013:7649.

Lustrumsymposium van de LSA

PvS

De toekomst van de letselschadepraktijk, het verzilveren van kansen en mogelijkheden, was het thema van het vijftiendste symposium van de LSA, de vereniging van letselschadeadvocaten. Tijdens dit bijzondere lustrumsymposium, op vrijdag 31 januari 2014 in het Radisson Blu Astrid Hotel in Antwerpen, ging het om nieuwe en nog te verwachten ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht, het schadevergoedingsrecht, het verzekeringsrecht en de geschilbeslechting. Bijna 400 geïnteresseerden beleefden een boeiende dag, met presentaties van vier hoogleraren en twee advocaten, onder leiding van dagvoorzitter prof. dr. Michael Faure – hoogleraar Vergelijkend en internationaal milieurecht aan de Universiteit van Maastricht en tevens hoogleraar Private Law and Economics aan de Erasmus Universiteit in Rotterdam.

Mr. Joost Wildeboer – advocaat bij Wildeboer AVS Advocaten en voorzitter van de LSA – leidde het thema van het symposium in, te weten de personenschaderegeling in de komende vijftiend jaar, gezien vanuit juridisch perspectief. “Er gaat in al die jaren vast veel veranderen”, zei hij, “zoals ook in de afgelopen vijftiend jaar veel is veranderd.” Hij gaf aan zich niet te willen uitlaten over het recht in de komende vijftiend jaar, maar wel iets over de letselschadeadvocatuur in het algemeen te willen zeggen. “Wij advocaten zijn niet immuun voor verandering. De meest prangende vraag is dan: bestaat de letselschadeadvocatuur zoals we die nu kennen over vijftiend jaar nog wel. Wie weet heeft het poldermodel onder invloed van de GBL en politieke afkeer van advocaten straks zo toegeslagen, dat alle letselschadezaken per formulier worden afgewikkeld, namens slachtoffers vooral door rechtsbijstandverzekeraars, die een steeds groter deel van de markt hebben gekregen, met één medisch adviseur en met verplichte mediation in plaats van een deelgeschil. Op de achtergrond staat misschien een genormeerde beloning voor belangenbehartigers die zo laag is, dat ook om die reden topsport binnen ons rechtsgebied niet meer wordt bedreven. Het zou niet alleen de doodsteek voor de gespecialiseerde letselschadeadvocatuur zijn, maar ook het einde van de LSA.”

Verdieping van kwaliteit

“Maar nog erger dan dat”, vervolgde Wildeboer, “zou het een ontwikkeling zeer ten nadele van slachtoffers zijn. Zij hebben immers behoefte aan juridisch hoogwaardige, ambitieuze, onafhankelijke en partijdige belangenbehartigers. Wat propageren De Letselschade Raad, Slachtofferhulp Nederland, de Consumentenbond en de politiek in de komende jaren? Zij dragen uit het belang van het slachtoffer centraal te stellen, maar de letselschadeadvocatuur, zelfs de gespecialiseerde, staat bij hen ogenschijnlijk niet hoog in het

aanzien. Dat komt vooral door de GBL. Daar doen wij advocaten slechts in de geest aan mee, niet naar de letter. Maar ook al is de GBL niet onvaardig, letterlijke navolging daarvan kan in een werkelijke en oprechte belangenafweging bij de keuze voor belangenbehartiging niet doorslaggevend zijn. Want dan wordt het slachtoffer tekortgedaan. Mijn voorspelling voor de komende vijftiend jaar is, dat deze gedachte weer breder terrein zal winnen. Inhoudelijk is dat onvermijdelijk, zolang de kwaliteit van de advocatuur op niveau blijft. De LSA zal de komende jaren streven naar een verdere verdieping van die kwaliteit. Dit gaat dus goed aflopen. Ik hoop slechts dat het snel gaat, in het belang van het slachtoffer.”



Verzilveren van letselschade

Prof. mr. Siewert Lindenberg – hoogleraar Privaatrecht aan de Erasmus Universiteit in Rotterdam – besprak het verzilveren van letselschade, in het verleden, het heden en de toekomst, en de visies van slachtoffers daarop. Hij begon met een opsomming van een aantal mooie rechtsontwikkelingen in de afgelopen vijftientig jaar en zelfs nog daarvoor. Hij noemde onder meer de ruime toerekening, de regresnemersthematiek, de omkering van de bewijslast, de verzwaarde stelplicht, de proportionele aansprakelijkheid, wrongful birth en wrongful life en de behoorlijke verzekeringplicht van de werkgever. Met nadruk memoreerde Lindenberg de hoogte van het smartengeld in 1989, het oprichtingsjaar van de LSA, toen de president van rechtbank Amsterdam in kort geding een smartengeld van 300.000 gulden toewees, het hoogste smartengeld in die tijd. Met een toewijzing van 150.000 euro in 2011 zitten we nog steeds op dat niveau *“en dat roept wel de vraag op*

voor wie het beste wordt gezorgd”, aldus Lindenberg. *“Je zou kunnen zeggen: het letselschaderecht is er voor u. Maar je zou misschien ook kunnen denken dat het er voor anderen is.”*

'Leading cases'

In zijn presentatie besprak Lindenberg zijn interviewbundel *Van smart naar geld*, waarvoor hij tien slachtoffers over hun ervaringen met hun schadevergoedingsprocedure tot en met de Hoge Raad heeft geïnterviewd. Het zijn voor juristen bekende zaken, zogenoemde 'leading cases', omdat de Hoge Raad in deze zaken uitspraken heeft gedaan die het recht verder hebben gebracht, doorgaans ten gunste van slachtoffers. In zijn presentatie besprak hij de interviews met Tehila Koblenz (een tramongeval in Amsterdam¹); Menno de Kuijer (een taxiongeluk in Afrika²); en Ben Kooiker (aangereden op een overweg³), om daarna de overeenkomsten en verschillen toe te lichten. >



Foto Radisson Blu Hotel – Antwerpen



Michael
Faure



Joost
Wildeboer



Siewert
Lindenberg



Ton
Hartlief



Frank
Stadermann



Dineke de
Groot



Lodewijk
Smeehuijzen

De overeenkomsten waren snel verteld: ze hadden alle drie ernstig letsel opgelopen, tot de Hoge Raad geprocedeerd, daarna nog een afwikkelingstraject gehad en uiteindelijk een vergoeding ontvangen. Van de verschillen besprak Lindenberg er enkele. Hij zei onder meer: *“In het verleden behaalde resultaten bieden geen garantie voor de toekomst. Dat is helemaal waar, maar in de letselschaderegeling is dat anders. Als we naar de situatie zonder ongeval kijken, dan was die voor Menno de Kuijer met een arbeidsverleden als piloot heel anders dan de situatie van Tehila Koblenz, die wel in hoge mate intelligent was, maar nog geen arbeidsverleden had. Voor haar was de schade veel moeilijker te berekenen dan voor De Kuijer. In het verleden behaalde resultaten hebben dus wel degelijk betekenis in het letselschaderecht. Daarnaast blijkt uit alle gesprekken dat een goed netwerk heel belangrijk is om überhaupt ergens te komen. Verder zijn er natuurlijk verschillen in karakter en ook dat maakt veel uit. En niet in de laatste plaats moeten we constateren dat je in het aansprakelijkheidsrecht een flinke portie geluk moet hebben om eruit te komen. En dat geeft natuurlijk te denken!”*

Spraakmakend

Prof. mr. Ton Hartlief – hoogleraar Privaatrecht aan de Universiteit van Maastricht – ging tijdens het symposium na of het aansprakelijkheidsrecht nog wel toekomst heeft. Na een korte terugblik op enkele spraakmakende arresten uit het verleden vroeg hij zich af of er ten aanzien van het aansprakelijkheidsrecht wel enige vooruitgang was geboekt. *“Wat bepaalt straks de geschiedenis?”* zei hij. *“Zullen we het in 2039 nog over de GBL hebben? Over de deelgeschillenregeling? Over de onderzoeken aan de Vrije Universiteit naar wat slachtoffers beweegt? De juweeltjes van arresten? Er zijn wat dat betreft hoogtepunten genoeg: IZA/Vrerink in 1993; DES in 199; Johanna Kruidhof in 1999; Verjaring en art. 6:2 lid 2 in 200; Wrongful life in 2006; Maasman en Kooiker in 2009; Nefalit/Karamus in 2011; en Dijkdoorbraak Wilnis in 2012. Maar we moeten ook vaststellen dat het niet allemaal goud is wat er blinkt. De rechtsontwikkeling kent hoofdpijndossiers. Ik noem smartengeld (stilstand is achteruitgang), de beperkte kring van gerechtigden (wie pakt het op?), pyrrusoverwinningen (als van Kooiker), de 611-verzekeringsplicht (is een doos van Pandora gebleken) en zo blijven we maar doorgaan – misschien moet ik zelfs zeggen: doormodderen.”*

Drie scenario's

Het aansprakelijkheidsrecht kan het eigenlijk nooit goed doen, aldus Hartlief. Hij besprak tal van aandachts- en verbeterpunten, bijvoorbeeld ten aanzien van medische aansprakelijkheid, rechtspositionele duidelijkheid en de impact van het aansprakelijkheidsrecht op het 'emotionele front'. Bij wijze van afsluiting keek Hartlief in de spreekwoordelijke glazen bol en presenteerde hij zijn gehoor drie scenario's. Het eerste kwam neer op minder aansprakelijkheidsrecht, door specifieke arrangementen voor bepaalde sectoren eruit te lichten, zoals in België of Frankrijk is gebeurd ten aanzien van verkeersongevallen, arbeidsongevallen en medische ongevallen. Het tweede scenario

betekende voortgaan op dezelfde weg, inclusief de passiviteit van de wetgever en de grilligheid van de Hoge Raad, waarbij alleen nieuwe dossiers een ‘boost’ kunnen geven en in het veld ruimte voor creativiteit bestaat. Het derde scenario hield juist in dat er meer met het aansprakelijkheidsrecht zou worden gedaan, door het te benutten om mensen in de juiste richting te bewegen. Dat zou dan kunnen dankzij katalysatoren in de vorm van ‘Amerikaanse’ elementen en dankzij regels na incidenten en zorgplichten die een voedingsbodem voor nieuwe claims kunnen zijn. *“Is er toekomst voor het aansprakelijkheidsrecht?”* aldus Hartlief *“Wat mij betreft ligt de toekomst juist in handen van het aansprakelijkheidsrecht!”*

Claims made-verzekering

De rol van het slachtoffer bij het verkrijgen van dekking onder de aansprakelijkheidsverzekering van de schadeveroorzaker, was het thema van de presentatie door mr. Frank Stadermann – advocaat en partner bij Stadermann Luiten Advocaten in Rotterdam. Zijn uitgangspunt bij de uitwerking van dit thema was de aanname dat de aansprakelijke partij aan de benadeelde vertelt, zo nodig onder druk van kort geding, waar die aansprakelijke partij tegen aansprakelijkheid verzekerd is. In zijn uitwerking noemde Stadermann drie verzekeringsrechtelijke fenomenen die in dit verband van belang zijn, te weten de meldingsplicht ex art. 7:941 BW, de directe actie van art. 7:954 BW en de *claims made*-verzekering. De meldingsplicht houdt in dat de verzekerde, nadat een verzekerd risico zich heeft verwezenlijkt, verplicht is om de schade zo spoedig mogelijk aan zijn aansprakelijkheidsverzekeraar te melden. Doet hij dat niet, dan vervalt de dekking. (Of een verzekeraar om die reden daadwerkelijk dekking kan weigeren, hangt nog van allerlei factoren af, maar Stadermann nam als uitgangspunt dat de verzekeraar dat kan doen.) De directe actie houdt in dat een benadeelde de mogelijkheid heeft om rechtstreeks naar de aansprakelijkheidsverzekeraar van de veroorzaker te stappen, maar dit kan hij pas doen nadat die de claim bij zijn aansprakelijkheidsverzekeraar heeft gemeld. De melding door de veroorzaker is een voorwaarde voor het bestaan van de directe actie. De *claims made*-verzekering, het derde fenomeen in de presentatie van Stadermann, komt vooral voor bij de aansprakelijkheidsverzekering voor ondernemingen. Het *claims made*-karakter daarvan houdt in dat voor dekking onder de polis nodig is dat de aanspraak van de benadeelde op de veroorzaker (*de claim*) wordt gemaakt (*made*) tijdens de looptijd van de verzekering. Dit type verzekering werd aan het einde van de jaren negentig ingevoerd om te voorkomen dat verzekeraars, nadat ze een nieuwe polis hadden afgesloten, met *long tail*-schades zouden worden geconfronteerd (bijvoorbeeld asbestschades). Bij zo’n verzekering is een *prior knowledge*-uitsluiting opgenomen, waarmee aansprakelijkheid die verband houdt met omstandigheden die van voor de looptijd van de verzekering dateren, van dekking uitgesloten is.

Twee stellingen

Met al deze ingrediënten, dus de meldingsplicht, de directe

actie, de *claims made*-verzekering en de *prior knowledge*-uitsluiting, encsceneerde Stadermann twee casussen, met daarbij telkens de vraag of een verzekering al dan niet in het specifieke geval dekking bood. Op basis hiervan kwam hij tot twee stellingen. De eerste luidde dat slachtoffers het recht moeten krijgen om zelf de schade te melden bij de aansprakelijkheidsverzekeraar van de dader. De voorwaarde dat een slachtoffer pas naar die aansprakelijkheidsverzekeraar kan stappen nadat de veroorzaker de claim heeft gemeld, moet dus volgens Stadermann komen te vervallen. Zijn tweede stelling luidde dat er een regeling moet komen, door de wetgever of door de verzekeringsbranche, om te voorkomen dat bij het oversluiten van een aansprakelijkheidsverzekering op basis van *claims made*, gaten in de dekking kunnen ontstaan bij schades die niet typische long tail-schades zijn.

Kwaliteit en innovatie

Prof. mr. Dineke de Groot – raadsheer bij de Hoge Raad en bijzonder hoogleraar Rechtspraak en conflictoplossing aan de Vrije Universiteit in Amsterdam – besteedde in haar presentatie aandacht aan het procesrecht. Zij constateerde dat in de loop van de jaren de behoeften en belangen van procespartijen, naast rechten en plichten, steeds meer aandacht hebben gekregen. In de context van dergelijke veranderingen stond zij stil bij het procesrecht en de letselschadepraktijk. Zij gaf een korte terugblik en vervolgens uitvoeriger een toekomstperspectief, waarbij zij inging op de veranderingen in de civiele procedure in het kader van het project Kwaliteit en Innovatie (KEI), *“de steen in de vijver”*, aldus De Groot. KEI is een gezamenlijk project van het ministerie van Veiligheid en Justitie en de Rechtspraak. Dineke de Groot besprak in het licht van dit project vooral de mondelinge behandeling in letselschadezaken. Zij zei: *“Een mondelinge behandeling komt tegemoet aan de wens van menige procespartij om zelf waar te nemen hoe de zaak door de rechter wordt behandeld. De mondelinge behandeling biedt directe interactie tussen partijen, advocaten en de rechter. In de afgelopen decennia is het inzicht gegroeid dat een mondelinge behandeling een geschikt moment is om een geschil over rechten en plichten te bespreken tegen de achtergrond van de wederzijdse belangen, met aandacht voor zowel juridische als eventuele andere behoeften van partijen. Het KEI-wetsvoorstel zal naar verwachting deze praktijk bestempelen als goede praktijk en bestendigen.”*

Combinaties

De primaire doelen van het project KEI zijn dat de civiele procedure helemaal digitaal wordt, sneller wordt afgewikkeld, eenvoudiger wordt en dat de in de praktijk gegroeide regiefunctie van de rechter verder wordt verduidelijkt en versterkt. Om digitaal procederen mogelijk te maken, is inmiddels wetgeving in de maak, ook voor hoger beroep en voor digitaal procederen in cassatie. Dineke de Groot: *“Het is voor de letselschadepraktijk een interessante vraag of de combinatiemogelijkheden van vordering en verzoek in het uiteindelijke wetsvoorstel zullen worden opgenomen en zo ja, wat dat in de praktijk gaat betekenen. De bedoeling van de combinatiemogelijkheid is, dat alle juridische aspecten*

- > van hetzelfde probleem zo veel mogelijk tegelijk onder ogen kunnen worden gezien. Vanuit een oogpunt dat geschilbeslechting een vorm van conflictoplossing is, is de combinatie mogelijk een logische stap.” Over de invulling daarvan zei De Groot: “Het combineren van een voorlopig getuigenverhoor met een bodemprocedure zou misschien een goed gebruik ervan kunnen zijn. Lastiger wordt het om te bedenken of een deelgeschil kan worden gecombineerd met een tegenvordering die de bodemprocedure inleidt. Ook voor het komende procesrecht zal in ieder geval gelden dat het ‘lawful en respectvol’ kan worden gebruikt, en ‘lawful but awful’. Het toekomstperspectief van de afhandeling van letselschade met behulp van het procesrecht zal naar verwachting in belangrijke mate afhankelijk blijven van de wijze waarop het procesrecht wordt gebruikt.”

Ontwikkeling van mediation

De laatste presentatie werd verzorgd door prof. mr. Lodewijk Smeehuijzen – hoogleraar Privaatrecht aan de Vrije Universiteit van Amsterdam. Hij besprak alternatieve vormen van geschilbeslechting en dan vooral mediation. Zijn stelling was dat overheidsrechtspraak en alternatieve geschilbeslechting naar elkaar toe groeien, gezien bijvoorbeeld de werkwijze van de Haagse letselschadekamer, de deelgeschilprocedure en de aanbevelingen in de Innovatieagenda rechtsbestel, maar dat er altijd wel een institutioneel verschil tussen de twee zal en moet blijven bestaan. Smeehuijzen ging in op de aan mediation toegeschreven voordelen, die met name in letselschadezaken spelen, en de bezwaren tegen de rechtsprocedure die daar tegenover staan, zoals secundaire victimisatie. “Er zijn serieuze aanwijzingen dat een harde letselschadestrijd mensen zieker maakt”, zei hij, “terwijl het doel van ons schadevergoedingsrecht juist is mensen terug te brengen in de positie waar zij in zaten! De procedure is bovendien niet alleen erg bezwarend, maar geeft slachtoffers in veel opzichten ook nog eens niet wat ze willen. Dat mediation hier bij uitstek zou kunnen werken, wordt dan ook door het veld gedeeld.” Toch toonde Smeehuijzen zich niet bijzonder optimistisch over de toekomst van mediation in de letselschaderegeling. Hij wees erop dat mediation in het algemeen in slechts 2,7 procent van de geschillen waarin een vorm van overeenstemming is bereikt, voor de oplossing heeft gezorgd. Het aandeel van mediation is in het algemeen zelfs sinds 1998 licht gedaald. Een en ander wordt

onder meer verklaard door aan te voeren dat de toepassing van mediation door andere aanbieders op de markt van geschiloplossing wordt tegengehouden, zoals advocaten die geen belang denken te hebben bij doorverwijzing of er teveel nadelen in menen te zien.

Volgende ontwikkelingsfase

Volgens Smeehuijzen is het tijd voor een volgende ontwikkelingsfase van mediation. Die zou in de eerste plaats door de wetenschap kunnen worden geïnitieerd. “Er zou wat dat betreft voor de volwassenwording van het wetenschappelijke debat over mediation breder met een onwelwillende blik naar het terrein moeten worden gekeken”, stelde hij. In de tweede plaats kan de wetgever voor de volgende fase zorgen. Smeehuijzen besprak in dit verband het wetsvoorstel van Tweede Kamerlid Ard van der Steur (VVD). Hierin wordt onder meer voorgesteld van mediator een beschermd beroep te maken, met een openbare registratie. Ook zijn opleidingseisen in het wetsvoorstel opgenomen, evenals een wettelijke verankering van mediationovereenkomsten. Ook de praktijk kan mediation in een volgende ontwikkelingsfase brengen, door de keuze van deze conflictoplossingsmethode meer dan tot nu toe het geval is te rationaliseren, en evenzo kan de maatschappij dat, als van advocaten een bredere benadering wordt verlangd dan de strikt juridische. Tot slot mag vanuit het onderwijs het een en ander worden verwacht, door zowel initieel als in postacademisch onderwijs minder primaat voor de procedure bij de overheidsrechter en meer aandacht aan alternatieve geschilbeslechting te geven.

Het LSA-symposium werd met een debat aan de hand van stellingen afgesloten. Vanzelfsprekend kregen de aanwezigen een uitstekende lunch voorgezet en was er na afloop alle gelegenheid om tijdens een feestelijke borrel met elkaar van gedachte te wisselen. Men was het erover eens dat de toekomst voorspellen onzeker blijft, maar dat met verstand en inzicht vooruitkijken heel boeiend is.

¹ HR 8 september 2005, NJ 2005, 286, Gemeente Amsterdam/Koblentz).

² HR 18 maart 2005, NJ 2009, 328, (KLM/De Kuijer).

³ HR 1 februari 2008, NJ 2009, 331 (Kooiker/Taxicentrale Nijverdal).



Persoonlijke en directe begeleiding van letselschadeslachtoffers cruciaal voor snel herstel

Maaïke Botden, Journalist

Vertrouwen, empathie en zelfredzaamheid zijn van ongekend groot belang bij voorspoedig herstel van letsel als gevolg van een (verkeers)ongeval. Meer en meer verzekeraars bieden slachtoffers daarom persoonlijke begeleiding gedurende hun letselschadeproces. Want sneller herstel loont - en daar hebben alle betrokken partijen profijt van, met het slachtoffer voorop.

Herstel belemmerende factoren

Slachtoffers van (verkeers)ongevallen hebben helaas niet alleen te lijden van het letsel dat zij opgelopen hebben bij het ongeval. In de praktijk blijkt dat zij met meerdere problemen te kampen hebben. Allereerst is dat de stress die slachtoffers ondervinden bij de (soms langdurige) afwikkeling van hun letselschade. Veel slachtoffers hebben het gevoel dat ze te weinig invloed hebben op het eigen letselschadeproces, dat voor hen bijna altijd onbekend terrein is. De spanning die dit oplevert, komt herstel (bewezen) niet ten goede. Ook staan slachtoffers vaak voor een voldongen feit; alle toekomstperspectieven wijzigen radicaal als gevolg van het opgelopen letsel. Voor velen is dat een bittere pil en ook dat bevordert het herstel van het slachtoffer uiteraard niet.

De consequenties van langzaam herstel

Stress rond het gehele letselschadeproces en gebrek aan vertrouwen in de toekomst kunnen een behoorlijk belemmerende uitwerking hebben op het herstel. En dat heeft grote consequenties voor alle betrokken partijen. Allereerst natuurlijk voor het slachtoffer zelf, dat is evident. Maar ook verzekeraars en belangenbehartigers krijgen hier – letterlijk – de rekening van gepresenteerd. Denk alleen maar aan langere doorlooptijden en dus hogere kosten. Dit heeft ook invloed op de klanttevredenheid. Steeds meer verzekeraars kiezen er daarom bij letselschadeafwikkeling bewust voor om het slachtoffer op een andere wijze centraal te stellen. Herstelcoaching is een manier hiervoor. Een herstelcoach begeleidt een slachtoffer om de regie over zijn of haar leven weer in eigen hand te nemen. Samen met het slachtoffer kijkt een herstelcoach naar mogelijkheden, naar wat nog wel kan. Geen focus op het verleden, maar op de toekomst.

Regierol slachtoffers

Monetta Wuring, verantwoordelijk voor Herstelcoaching bij EMN Mens en zelf herstelcoach, legt uit waarom deze aanpak zo effectief is: *“In een letselschadeproces is het van belang dat slachtoffers zelf de regie houden over hun eigen toekomst, na welk letsel dan ook. Achterover gaan zitten*

vanuit angst of gelatenheid, is een veel voorkomende reactie. Terwijl slachtoffers er juist baat bij hebben als ze zelf bepalen wat er wel of niet moet of zou moeten gebeuren. De kracht bij herstelcoaching zit namelijk in de intrinsieke motivatie van slachtoffers zelf. Belangrijk is het toepassen van gesprekstechnieken om slachtoffers bewust in die regierol (terug) te plaatsen. Dit is profijtelijk voor iedereen binnen het letselschadeproces, want door bewuste betrokkenheid van het slachtoffer kunnen betere beslissingen worden genomen. Deze manier van werken doorbreekt de negatieve trend bij het slachtoffer zelf: ze komen terug in hun eigen kracht.”

Spin in het web

Herstelcoaching richt zich nadrukkelijk niet op medische of juridische vraagstukken en is volledig losgekoppeld van het werkelijke schade behandelen. Wel kan een herstelcoach de trend van negatieve gevoelens bij een slachtoffer doorbreken door een persoon allereerst aandacht, erkenning en (zelf)vertrouwen te geven. Wuring: *“Dat is een stap voorwaarts, omdat deze vorm van aandacht naar slachtoffers toe nog niet zo diep geworteld zit in het huidige letselschadeproces. Ik zie dit proces als een onderdeel van Het Nieuwe Schaderegelen: verantwoordelijkheden terugleggen bij de slachtoffers als het gaat over hun eigen (herstel) proces en daar waar nodig helpen om hun toekomst in te vullen. Een herstelcoach is eigenlijk de spin in het web tussen slachtoffers en ander betrokkenen. Bewust en gecoördineerd slachtoffers vooruit helpen met als doel de aangrijpende ervaring van het ongeval achter je te kunnen laten en dit als een ervaring betitelen in plaats van als een trauma. De focus verschuift van ‘vastgelopen’ naar ‘weer vooruit lopen.’”*

Niet vrijblijvend

De essentie van herstelcoaching is het begeleiden van het slachtoffer bij de keuze voor het proces naar herstel. Hij of zij bepaalt zelf de route daar naartoe. Doordat het een bewust gekozen route is van het slachtoffer zelf, is terugval minimaal. De keuzes zijn overigens niet vrijblijvend. Slachtoffers geven *commitment* af aan de herstelcoach om verantwoordelijkheden te nemen en die vast te blijven houden. Daar speelt ook de ondersteunende rol van de herstelcoach een belangrijke rol. Monetta Wuring: *“Het is bijzonder om te zien wat zo'n proces met een slachtoffer doet. Neem bijvoorbeeld John, slachtoffer van een aanrijding. Hij had last van fysieke en psychische klachten. John was alles verloren, ook zijn bedrijf als zzp'er. Hij is volledig vastlopen op allerlei gebieden na het ongeval. Zijn problemen zijn dus duidelijk gerelateerd aan het ongeval. Hier zit ook precies de essentie voor inzet van herstelcoaching.*

> Na drie interventies lukte het John om weer in zijn krachten te komen. Dit dossier liep al een aantal jaren, waardoor er voor John ook financiële problemen waren ontstaan. Ook dat is iets wat slachtoffers volledig uit het lood kan slaan. John slaagde erin de schulden overzichtelijk te krijgen. Het dossier is na vier maanden gesloten. Hij is weer vol energie aan de slag gegaan om zijn bedrijf weer op te bouwen zoals het was. Overigens wil dit niet zeggen dat de schulden weggenomen zijn, maar John heeft weer kracht om alles op te bouwen en dus schulden af te lossen. Geld is in vele vraagstukken niet de enige oplossing. Ook hier gaat vaak op dat geld niet gelukkig maakt.”

Elkaar versterken

“Een mooie ontwikkeling in dossiers zoals dat van John is dat er heel prettig wordt samengewerkt met en tussen alle betrokkenen binnen het letselschadeproces, zoals de verzekeraar en de belangenbehartiger. Participatiesamenleving pur sang. Er moest heel snel geschakeld worden met de verzekeraar ter voorkoming van grotere (financiële) problemen. De verzekeraar reageerde binnen enkele uren en het probleem werd opgelost. Voor John het omslagmoment van zijn herstel, want het vertrouwen was terug.” De herstelcoach gaat persoonlijk net iets dieper en verder bij een slachtoffer en laat het slachtoffer bewust zelf de route van het herstel



bepalen. Tijdens interventies door herstelcoaches gaan reguliere disciplines zoals psychiaters gewoon door. Het staat elkaar niet in de weg maar versterkt juist. Wuring: *“Het is wel eens gebeurd dat ‘een hoofdpijndossier’ door één interventie opeens lucht kreeg. Als schoonmaakster dacht Nadia verder niets te kunnen. Er werd maar één vraag gesteld: ‘wat wil jijzelf?’ Door specifieke vragen te stellen, lukte het de herstelcoach om haar weer te activeren. Nadia had niet meer scherp wat ze nu eigenlijk zelf wilde (‘vergeten’ diploma’s). Resultaat na de interventie: Nadia is een eigen schoonheidssalon begonnen en het dossier kon worden gesloten.”*



Kortere doorlooptijden en hogere klanttevredenheid

De praktijk wijst uit dat dit herstel significante voordelen biedt voor alle betrokkenen in het letselschadeproces. Een slachtoffer kan weer verder. De andere betrokken binnen het letselschadeproces hebben te maken met een positieve draai binnen dat proces. Door directer en anders om te gaan met slachtoffers heeft de gehele letselketen profijt. Iedereen vanuit eigen competenties en krachten. Wuring: *“Letselschadeslachtoffers gaan gebukt onder onze onzekerheden over toekomst. Met het geven van individuele, persoonlijke aandacht en feedback kun je samen met het slachtoffer deze onzekerheden benoemen en aanpakken. Onzekerheden brengen emoties met zich mee: vaak negatief. Door duidelijkheid te scheppen creëer je positieve gevoelens. Hierdoor kan het slachtoffer meer inhoudelijk in gesprek gaan met betrokkenen binnen zijn eigen letselschadeproces. Belangrijk is dat alle stakeholders binnen dit letselschadeproces onderling nauw samenwerken en dat is ook wat er gebeurt. Lijnen worden korter en de communicatie directer - en dat merkt het slachtoffer ook. Dat maakt uiteindelijk het hele proces overzichtelijker en efficiënter. Als alle partijen goed samenwerken en het slachtoffer echt centraal staat, zijn kortere doorlooptijden en hogere klanttevredenheid een vanzelfsprekend gevolg.”*

Slachtoffer aan het woord

Een jonge vrouw van 21 jaar over haar herstelcoachings-traject: *“Het voelde alsof door het ongeluk mijn hele wereld was geruïneerd, ik wist niet meer wat te doen. Mijn droom was van kinds af aan al een baan bij Defensie. Die droom was weg! De herstelcoach was de eerste die écht naar mij luisterde. Zij gaf mij vertrouwen, waardoor ik open kon zijn over mijn eigen verhaal en mijn emoties. Dat gaf mij het gevoel dat ik er niet alleen voor stond. Samen met haar heb ik de knop om weten te zetten om mezelf stap voor stap weer te herpakken. De betrokkenheid die zij toonde, had ik op dat moment heel hard nodig. Ik heb beter inzicht gekregen in wat ik kan en wat ik wil met mijn leven. Dat heeft ertoe geleid dat ik nu een andere opleiding volg, Outdoor en Adventure. Ik kan nu veel beter voor mezelf opkomen en heb meer drive voor de toekomst dan ik ooit gehad heb. Herstelcoaching heeft mij vooruit geholpen. Ik heb nog een weg te gaan, maar ik kom er wel. Ik wens ieder slachtoffer van een ongeval datgene wat ik heb gekregen. Het geeft namelijk al verlichting als je weet dat je ergens 24 uur per dag terecht kunt om zelf aan je herstel te werken.”*

The GOOD (*chance*) The BAD (*chance*) and The UGLY (*truth*) (De Buigbare Perceptie II)

Voor u ligt het eerste nummer van het PIV Bulletin, in 2014. Met daarin een verslag van het Lustrumsymposium van de LSA. Op dit symposium heeft LSA voorzitter mr. Joost Wildeboer vanuit het perspectief van de LSA-advocaten teruggeblikt op 25 jaar letselschadeadvocatuur en vooruitgeblikt op wat de komende 25 jaren wellicht zullen gaan brengen. Met zijn kijk op de zaken kun je het eens of oneens zijn. Duidelijk is dat verleden, heden en toekomst worden geregeerd door verandering. Ten goede of ten kwade. Net als in de afgelopen 25 jaar het geval was, zullen advocaten en verzekeraars het met die goede of kwade werkelijkheid moeten doen. Aan beide zijden valt ongetwijfeld nog genoeg bij te buigen aan ieders perceptie omtrent hoe het belang van de schadelijdende partij – dat immers centraal staat – het best wordt gediend. Misschien een schone gedachte om over en weer, voor het werken aan een schone toekomst, ook de lezing “*Werken met moed en vertrouwen*”, die mr. L. Verheij – president van het Gerechtshof Den Haag – op 22 november 2013 op de Letselschade Raadsdag gaf, nog eens door te nemen?

Voorts bieden wij u in dit bulletin enkele al dan niet verboden vruchten uit de tuin van goed en kwaad aan, met betrekking tot grondrechten rond medische aansprakelijkheid en medische machtigingen. Een uitgelezen kans om met een opgeschoonde blik op ‘De Waarheid’ tot voortschrijdend inzicht te geraken. Hoe buigzaam is úw perceptie?

Ook kunt u een bijdrage lezen over het vervolg op wat een van de standaardarresten van ons letselschadevakgebied genoemd kan worden: Hoge Raad ZA/De Greef deel 2. De kijk op wat als een goede of als een kwade kans beschouwd moet worden, blijkt met het voortschrijden van tijd aan voortschrijdend inzicht onderhevig. Om een (voor welke partij dan ook) ongemakkelijke waarheid in de toekomst te vermijden, lijkt (samen)werken met moed en vertrouwen toch de sleutel om tot snellere wederzijds aanvaardbare oplossingen te komen.

Een goed adagium lijkt aldus te zijn: beter een goede gezamenlijke oplossing, dan een slechte verliezer. Verzekeren heeft met kansenweging te maken maar is naar haar aard geen loterij. Toch vallen de laatste tijd vanuit het loterijfront toch ook nuttige analogieën met ons vakgebied te destilleren. De winnaar van Miljoenenjacht die een claim indient tegen Endemol, omdat hij bij een bod van de bank van € 125.000, per ongeluk op de stopknop drukte. Hoewel hij zich aanvankelijk sportief bij de spelregels neerlegde, heeft hij samen met zijn advocaat nu de website www.rechttopmiljoenen.nl opgericht. De media berichtten dat de speler de € 5.000.000 die in zijn koffertje zat is misgelopen. Een blik op de stand van zaken ten tijde van de abusievelijke druk op die vermaledijde stopknop leert echter, dat bij het wegspelen van de verkeerde overige koffers, door de speler evengoed een veel lager bod van de bank geaccepteerd had kunnen worden. Een en ander had dus ook nog tot een onaangenamere waarheid dan ‘slechts’ één en een kwart euroton kunnen leiden. Ook in dit geval zouden alle partijen het meest gebaat zijn geweest bij het tonen van moed en vertrouwen. Spelleidster Linda de Mol wist dat deze speler een vergissing beging, maar liet de beslissing over het wel of niet doorspelen over aan de notaris. Zonder oog te tonen voor de context van het gebeurde, koos de notaris voor regels zijn regels, in plaats van handelen naar de geest van het reglement. Hij durfde het niet aan om eenmalig een goed gemotiveerde uitzondering toe te laten.

Ik waag me niet aan een voorspelling van de uitkomst van die aangespannen rechtszaak. De winnaar van de Oudejaarsloterij 2004 zorgde onbedoeld al wel eens voor een ongelukkig precedent. Zijn om enkele minuten voor Nieuwjaar 2005 gewonnen miljoenenprijs, werd door de inspecteur nog in belastingjaar 2004 *rücksichtslos* belast in Box 3, omdat het goede of kwade kansenlootje formeel gesproken nou eenmaal nog net in het oude jaar veel geld waard was geworden. Da’s toch kassa voor de belastingdienst, bij 1,2 % belastingdruk over al die miljoenen! Ongeacht het evidente feit dat de winnaar in die paar minuten 2004 natuurlijk geen eurocent opbrengst uit sparen en beleggen had kunnen genereren. Geen schoolvoorbeeld van een belastinginspecteur die werkt met moed en vertrouwen. *Ugly truth* voor de pragmatici onder ons, alsmede voor de overigens nog steeds plotsklaps zeer vermogende winnaar, maar in november 2010 stelde de belastingkamer van het Hof Den Bosch de

inspecteur in het formele gelijk. Pleister op de wonde voor wie van goede kansen houdt: in januari 2014 heeft de rechtbank in Amsterdam bepaald dat pokeren voortaan geen kansspel meer is maar een behendigheids spel. De rechter kwam tot dit voortschrijdend inzicht, op basis van de enorme ontwikkeling die het pokerspel de afgelopen jaren kennelijk heeft doorgemaakt. Dat is dan eigenlijk ook wel weer een hart onder de riem van de pokeraars aan de onderhandelingstafel.

Tot slot maak ik van de gelegenheid gebruik, om nog even terug te blikken op de eerste dag van mijn kerstvakantie 2013. Goede kans om uit te rusten van het werk, dacht ik. Maar bij het openslaan van de ochtendkrant schreeuwde een kwade krantenkop dat de Haagse rechtbank zich schuldig maakte aan discriminatie. Het gaat hier om de zaak: Rechtbank Den Haag 23 juli 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:9276. Na het lezen van het artikel werd duidelijk, dat het verhaal in de krant vooral wordt belicht vanuit de perceptie van de familie van de verondersteld gedupeerde procespartij. What's new in the media? Wat wel opvalt, is dat zo'n letselschadezaak net zo'n cascade aan "Twitter Twitter Chitter Chatter" op de moderne Social Media oplevert, als pak 'm beet de zaak rond het geldkoffertje uit het tv-spelletje. Dezelfde koppen duiken ook op: "Vrouw krijgt 70.000 in plaats van 550.000 euro". Wie googelt op "rechter weegt culturele achtergrond mee bij letselschade" krijgt voldoende kansen om al die goede en kwade kritieken te lezen.

Nu is het, kennelijk, een tijdsbeeld, dat iedereen z'n *fifteen seconds of fame* mag pakken in cyberspace. Liefst door zo ongenueanceerd mogelijk een eenzijdige mening te verkondigen. Ik denk dat personen die zich met het letselschadevak bezig houden, er echter goed aan doen om omzichtig met dergelijke berichtgeving in de media om te gaan. Het mediabelang is immers niet per definitie gelijk aan het in zijn totaliteit afgewogen belang van een zaak waarover wordt bericht. Wie met enige kennis van letselschaderegeling de beschikking van de rechtbank leest, ziet dat de totale context van de zaak veel genuanceerder ligt, dan waar in de media de nadruk op wordt gelegd. De rechter heeft wel degelijk een gemotiveerde uitspraak gewezen, met weging van alle relevante feiten en omstandigheden van de casus, in onderling verband en samenhang beschouwd. Rekening houdend met de door beide procespartijen over en weer in het geding gebrachte onderbouwing. Ook zal een behandelaar van letselschadezaken zich te allen tijde realiseren dat de uitspraak geen inzage biedt in alle onderliggende processtukken, op grond waarvan procespartijen hun debat over de concrete persoonlijke omstandigheden van de betrokkene hebben gevoerd. De uitspraak biedt geen grondslag voor de conclusie dat de rechter hier een fout zou hebben gemaakt. De door de aansprakelijke verzekeraar ingebrachte weren zijn niet integraal gehonoreerd. Duidelijk is wel, dat de rechter de over en weer ingebrachte stellingen tegen elkaar heeft afgewogen en op basis daarvan een gemotiveerde beslissing heeft genomen.

Een retorische vraag die opkomt, is waarom een zaak van 23 juli 2013, pas vijf maanden later, op de dag voor Kerstmis, zoveel aandacht in de media krijgt? Waar de president van het Haagse Gerechtshof eind 2013 spreekt over werken met moed en vertrouwen, wordt er door een Haagse advocaat vlak voor Kerst publiekelijk, zelfs met naam en toenaam, op de persoon van een Haagse rechter gespeeld. Er is geen sport die het toelaat om op de man te spelen. Dergelijke sportiviteit wordt ook in de uitoefening van het letselschadevak gewaardeerd. Het blijft steeds een kwestie van goed gemotiveerd goede en kwade kansen tegen elkaar afwegen. De rechter is de onpartijdige scheidsrechter die onbevooroordeeld boven de partijen staat. "Dit is mijn uitspraak, daar zult u het mee moeten doen.", zegt de rijdende rechter dan, om maar eens in mediasferen te blijven. Zonder respect te tonen voor de onpartijdige beslisser, is er een goede kans dat we op een kwade dag in een 'Ugly Truth' belanden. En zo'n toekomst zullen noch de LSA/ASP, noch het PIV zich wensen!

Armand Blondeel, voorzitter Redactieraad PIV-Bulletin

*Extreme: Three Sides to Every Story:
Yours, Mine & The Truth: Hole Hearted: "If I'm not blind why can't I see,
that a circle won't fit where a square should be?"*

> Activiteitenagenda

Personenschade – 2014

2014-03-03	<i>Pensioeneffecten bij personenschaderegeling</i> Wetgeving omtrent pensioenen en AOW, de diverse pensioenen vormen, de pensioenopbouw mogelijkheden voor zelfstandig ondernemers en maakt een en ander ook helder met rekenvoorbeelden	Lauman Expertise
2014-02-019	<i>Medische kennis voor juristen</i> Traumatologie, neurochirurgie, MRI-scans en CT -scans, medische expertise en FML	Studiecentrum Kerckebosch
2014-03-20	Actualiteiten verzekeringsrecht	Studiecentrum Kerckebosch
2014-03-28	<i>PIV Jaarconferentie 2014</i> Wie gelooft in privacy, gelooft in sprookjes!	Studiecentrum Kerckebosch
2014-04-02	<i>Studieweekend Letselschade</i> In Italië	Studiecentrum Kerckebosch
2014-04-03	<i>Masterclass</i> Slachtoffer centraal, maar je moet er niet omheen lopen	Cunningham Lindsey
2014-04-16	<i>Werkgeversaansprakelijkheid</i>	Wolters Kluwer
2014-05-06	<i>Werkgeversaansprakelijkheid</i>	Wolters Kluwer
2014-05-07	Masterclass	Studiecentrum Kerckebosch
2014-05-09	<i>Insurance Cycle Tour 2014</i> De opbrengsten gaan naar de Leontien Foundation	CED/Ard Korevaar Personenschade
2014-05-15	<i>Case management bij letselschade A° 2014</i> Case management in het kader van slachtofferbegeleiding en beheer van letselschade	ACT-Desiron
2014-05-19	<i>Masterclass</i> Reputatieschade	EMN Academy
2014-12-04	<i>Masterclass</i> Risicoaansprakelijkheid	Studiecentrum Kerckebosch

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

Redactiesecretaris

Mevrouw J. (Jenny) M. Polman, Stichting PIV

Postbus 93450

2509 AL Den Haag

Telefoon: 070 333 88 73

Telefax: 070 333 88 33

e-mail: j.polman@verzekeraars.nl

Website: www.stichtingpiv.nl

M.m.v. drs. P. (Peter) J.M. van Steen, tekstschrijver

en John Körver, cartoonist

Creatie & realisatie: QuantesArtoos, Rijswijk