

Pagina 1  
Duel of Duet

Pagina 8  
Verrekening voordeel bij AOV

Pagina 13  
Reactie advocatentrio op artikel GVR van Blondeel

Pagina 15  
De waarde van smartengeld

november 2012



Liever dansmuziek dan wapen gekletter

Rb. Den Haag toonzetter ... ?

À contre-cœur voor de cri de cœur ...

Meer dan een sluitpost ...

Twee verhalen

## Duel of duet<sup>1</sup>

Met een eindarrest van het Hof Leeuwarden van 22 november 2011<sup>3</sup> kwam een einde aan een langsepende procedure. R, die toen net was begonnen met zijn heao accountancy was in 1978 op 23 jarige leeftijd betrokken bij een auto-ongeval. Hij had whiplashachtige klachten ontwikkeld. Nadat een poging om de schade in der minne te regelen was mislukt, was hij een procedure begonnen tegen de voor het ongeval aansprakelijke WAM-verzekeraar. Toen het arrest werd gewezen, was R 56 jaar oud. Sinds het ongeluk had hij niet gewerkt. Wel was hij erin geslaagd om in 2008 - 30 jaar na het ongeval - het theoretisch deel van het RA-examen te behalen.

De Rechtbank Groningen had de verzekeraar veroordeeld tot betaling van een bedrag van ruim € 600.000 in hoofdsom. Aan het eindvonnis van de rechtbank waren enkele arresten van het hof in tussentijds appel en een arrest van de Hoge Raad voorafgegaan. Er waren minimaal vijf deskundigen benoemd. In appel wees het hof nog € 32.500 extra toe in verband met de kosten van psychologische behandelingen. Gelet op het procesverloop zal de totale schadelast voor de verzekeraar al snel € 1.000.000 hebben bedragen. De schadelast van R wordt treffend beschreven in een rapport van maart 1994 (we zijn dan, na vijftien jaar, ongeveer halverwege de schadeafwikkeling)<sup>4</sup>: “We hebben thans te doen met een 38-jarige Surinaamse man die sedert een ongeval op 23-jarige leeftijd niet in staat is geble-

Mr. H. de Hek<sup>2</sup>



ken zijn studie-, werk- en levensprogramma wederom in enige mate te hervatten. Hij is volkomen gefixeerd geraakt in alles wat hij niet meer kan, alle toekomstverwachtingen die hij niet gerealiseerd heeft en de erbij behorende forse emotionele ontstemmingen gepaard met droefheid, schuld, schaamte, boosheid, agressie, vertwijfeling, wrok, verlies e.d. Zijn niet-aflatend klaagpatroon is gebaseerd op pijnen en onvermogen op velerlei gebied. Soms rancuneus, dan weer religieusberustend reagerend op zijn ervaren onmacht (“ik ben geen man meer!”), maar nimmer loskomend van de problemen die hij op een deerniswekkende en nogal dramatisch aandoende wijze beleeft. Dit verhaal speelt dus al 15 jaren!!!”

Het dossier bood geen enkele grond voor de verwachting dat deze situatie in 2011 - 17 jaar na het rapport - zou zijn verbeterd.

(vervolg op pagina 4) >

## "Reflex en Reflectie"

Zaterdag 9 juni 2012 was de aftrap van wat voor Nederland een heerlijke sportzomer moest gaan worden. In de 24e minuut van de voetbalwedstrijd Nederland-Denemarken trapte de Deen Michael Krohn-Dehli de bal echter zodanig, dat de reflexen van Oranjedoelman Maarten Stekelenburg tekortschoten om een nederlaag voor Nederland te voorkomen. In een terugblik terug op een voor Oranje mislukt EK zei Maarten: *"op het WK twee jaar eerder (waarin - op een magistrale reflex van Iker Casillas na - alles meezat voor Oranje), was die bal tegen mijn scheenbeen aangekomen"*. Of je hebt het niet in de hand (of voet), wat een reflex precies doet. Enfin, de conclusie over het EK 2012 kan voor het Nederlands Elftal kort zijn: een team dat Vorm op de bank houdt, wordt geen wereldkampioen.

Gelukkig werd de Oranje sportzomer later nog gered door andere sporthelden zoals Ranomi, Marianne en Epke, die hun reflexen wel op orde hadden. Laatstgenoemde zelfs met drie reflexen op rij. Reflexen met illustere namen als Cassina, Kovacs en Kolman, niemand die zo'n combinatie kan evenaren. Zelfs het hyperenthousiaste verslag van turncommentator Hans van Zetten werd een hit op YouTube.

Zoals Gerard Cox al zong, is voor je 't weet heel die zomer al weer lang voorbij en ben je de kopij voor het PIV-Bulletin aan het doornemen. Bij het artikel Duel of Duet van mr. B. de Hek gingen mijn gedachten even terug naar zijn voordracht op het PIV Jaarcongres van 30 maart 2012. Mijn reflexmatige gedachte was toen, dat de raadsheer wel heel erg een appel met een peer aan het vergelijken was. Ik vond het nogal duidelijk waarom een persoonlijkheid als beroepspianiste Ana meer bereid is tot walsen als Assepoester op weg naar het bal dan R, die jarenlang met zijn advocaat van tussenvonnissen naar tussenarrest hoppend, de weerbarstige Rutger Hauer/Derk de Lintachtige tango uit Soldaat van Oranje, nabootste. *It takes two ...* Het aardige is, dat na bezinking, bezinning en reflectie, bij mij het inzicht volgde, dat het verhaal van mr. De Hek toch ook juist lijkt te willen benadrukken dat er een constructieve gezamenlijke inspanning van beide partijen verlangd mag worden. Van de verzekeraar mag naar zijn visie na een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis empathie en faciliteren worden verwacht. Van de benadeelde en diens belangenbehartiger aan de andere kant, gedurende het schaderegelingstraject echter ook realiteitszin. Gezamenlijk streven naar werkbare oplossingen dus. Het is niet voor niets dat de appel vaak symbool staat voor gevaarlijk of giftig fruit, dat tot honderd jaar slapen of zelfs een complete zondeval kan leiden. Verzekeraars mogen dan volgens mij op hun beurt van rechters vragen om bij hun oordeel voor de zure appel wat strenger te zijn dan voor de zoete peer. Waarbij ik tot slot ook nog wel aandacht wil vragen voor de historische context van beide zaken. Het ongeval dat aan R overkwam, had aanvang in een totaal ander tijdsbeeld dan de zaak van Ana, die in een veel recenter verleden plaatsvond.

Ook in dit bulletin een reactie van LSA-zijde op mijn eerdere bijdrage GVR. In de eerste plaats vind ik het fijn dat de meesters Pelckmans, Wildeboer en Zwagerman de handschoen ruitelijk opnemen. Ook het hoofdstuk buitengerechtigde kosten (BGK) zal immers liefst als een goed sprookje naar een happy end gedragen moeten worden en dat kan alleen als we over en weer van elkaar weten waarom we erover denken zoals we erover denken. Hoewel ik zeker de indruk heb dat de heren na een primaire reflex, het meeste gif uit hun penpunten hebben trachten te zuigen, borrelt bij mij meteen de vraag op, waarom zij zich zo persoonlijk als advocaten aangevallen lijken te voelen. Het geeft zo'n 'hullie/zullie' gevoel, dat ik nu juist heb bedoeld te vermijden.

Een belangrijk knelpunt dat in de reactie aan de oppervlakte komt, is wat mij betreft toch de gebondenheid aan advocatenregels, waarmee advocaten zich steeds weer menen te moeten onderscheiden van andere betrokkenen in de letselschaderegeling. Bij het kennismaken van de uitspraak van de tuchtrechter in de zaak van Bram Moszkowicz, dinsdag 30 oktober 2012, vielen mij wat dat betreft enkele analogieën op. Jort Kelder, de grote antagonist van

Moszkowicz in medialand, verweet Moszkowicz een gebrek aan zelfkritiek. *“Daar moet hij [Moszkowicz, AB] zich op bezinnen. Niet weer naar anderen wijzen, net zolang tot hij weer bij de Jodenvervolging uitkomt, zoals hij altijd doet”*. De analogie waar ik op doel ligt voor de goede orde niet in verondersteld abject gedrag van de advocaat, maar in het niet te counteren slotargument, waarmee alle verdere discussie wordt gesmoord: als de letselschadeadvocaat zich erop blijft beroepen dat zijn visie onherroepelijk is in het belang van ‘het slachtoffer’, blijft het BGK-karretje vastlopen in de modder. Een analogie die in het verlengde hiervan ligt, is het aannemen van grote sommen contant geld, dat Moszkowicz verdedigde met het argument dat hij dat juist in het belang van de privacy van zijn cliënten zou doen. In de eerste plaats is het dan vreemd dat juist meerdere van die cliënten tegen hem in het geweer zijn gekomen. Voorts is het duidelijk, dat de tuchtrechter ook andere motieven voor het aannemen van contant geld niet uitsluit. De aandachtige volgers van deze zaak, hebben waargenomen dat ook een vooraanstaand LSA-lid in de tuchtraad zitting had. Dit geeft hoop, dat partijen in de letselschadebranche uiteindelijk samen tot een aanvaardbare oplossing van de BGK-problematiek zullen komen.

Voor wat betreft mijn referte aan de sociale functie van het verzekeringsrecht herhaal ik dat alle redelijke toerekenbare schade uiteindelijk toch zal moeten worden opgebracht door het collectief van premiebetalers. Een zich werkelijk cynisch opstellende verkeringsbranche zal eenvoudig kunnen stellen dat we de premies maar moeten verhogen. Maar ik denk dat daarvoor in het huidige tijdsgewricht waarin de politiek de assurantiebelasting al verhoogt en de zorgpremies voor maatschappelijke onrust zorgen, niet veel maatschappelijk draagvlak zal zijn. We werken binnen het verzekeringsrecht met volumes en de wet van de grote getallen. De PIV Staffel is ook niet ontstaan als een soort van *dictum* dat door verzekeraars wordt opgelegd. Het is de resultante van volumeonderzoek, wat de BGK dus meetbaar maakt. Het grote probleem schuilt immers in de open norm waarmee de wetgever ons confronteert. Het spanningsveld blijft dat de belangenbehartiger van mening is dat hij redelijk werkt en zijn nota's dus niet gekort moeten worden, de verzekeraar kan daar met kritische blik anders naar kijken en niet alles willen betalen.

Andere actuele lezenswaardige stukken buiten dit bulletin op het gebied van BGK zijn te vinden in AMplus nummer 10, 20 oktober 2012, p. 11-13 waarin Yme Drost in een interview oordelen en vooroordelen de revue laat passeren. Nuttig ter verdere reflectie in de branche. Ook AM 3 november 2012, p. 11 bevat een interessant bericht, over de collectieve actie van diverse NLE kantoren tegen NH 1816, wat betreft redelijke vergoeding van BGK. NH directeur Lex Verëll geeft als weerwoord zijn visie over wat er wringt. Interessant om te zien wat straks de uitspraak zal zijn. Temeer ook omdat het hier een actie betreft van belangenbehartigers die de PIV-Overeenkomst buitengerechtelijke kosten wél zien als potentieel instrument om de BGK-discussie te tackelen. Wordt vervolgd ...

De reflex projecteert het eigen primaire standpunt prima op het eigen netvlies. Een beiderzijdse reflex reflecteert een hinderlijke schittering op het wegdek die tegenliggers verblindt, waardoor zij op ramkoers komen te liggen. Wederzijdse reflectie levert hopelijk het kompas om tijdig bij te kunnen sturen.

Armand Blondeel, voorzitter Redactieraad PIV-Bulletin

*“... The reflex is an only child, he's waiting in the park  
The reflex is in charge of finding treasure in the dark  
And watching over lucky clover isn't that bizarre  
Every little thing the reflex does  
Leaves you answered with a question mark ...”  
(Duran Duran: “The Reflex”)*

- > Het geschil tussen R en de verzekeraar is het prototype van een gevecht tussen een slachtoffer en een verzekeraar. Een juridische strijd met alles erop en eraan. Met recht een duel.

Ongeveer vijftien jaar geleden bezocht ik - ik was toen nog advocaat - met een schaderegelaar een van mijn cliënten, Ana. Zij was beroeps pianiste. Ana had vast werk bij een gezelschap in Amsterdam en werkte daarnaast als pianiste in diverse hotels. Bij een auto-ongeluk had zij de bekende nek- en schouderklachten opgelopen. De klachten hielden aan en ook nu, na zes maanden, was ze er niet vanaf. Haar vaste werk had zij, met veel pijn en moeite, weer opgepakt. Ze wilde dat per se niet kwijt. Het lukte haar niet om

's avonds in hotels te spelen. Ik was benieuwd hoe de schaderegelaar zou reageren. Ik kende hem als straight maar niet onredelijk, wel een beetje zuinig. De schaderegelaar reageerde opmerkelijk mild. Hij nam het verhaal van Ana over, accepteerde dat zij niet in staat was om in hotels te spelen en stelde een adequate voorschotregeling voor. Daarmee waren de kosten van huishoudelijke hulp en de gedeelde inkomsten gedekt. Met die regeling kreeg Ana de gelegenheid zich te concentreren op haar vaste werk. Bovendien kon zij met behulp van een in musici gespecialiseerde fysiotherapeut werken aan een andere, minder belastende houding voor de piano.

Op deze wijze werkten verzekeraar en slachtoffer samen in het schaderegelingstraject. Juridisch was het allemaal niet zo interessant, effectief des te meer. Dit duet, want dat was het, kostte deze verzekeraar heel wat minder dan de verzekeraar in de zaak van R en Ana was er na afloop van het schaderegelingstraject heel wat beter aan toe dan R.

### Waar zit het verschil?

De vraag rijst hoe het is te verklaren dat de ene zaak geweldig uit de hand kon lopen, terwijl de andere zaak betrekkelijk rimpelloos was verlopen. Het is een vraag die een veel wijdere strekking heeft, omdat jaarlijks duizenden van dit soort schadezaken ontstaan, waarin sprake is van medisch niet objectiveerbaar letsel. Als we weten waarom het bij R mis ging en bij Ana niet, is dat misschien relevante informatie voor al die andere zaken.

Ik zoek het antwoord op die vraag niet in eerste instantie in de juridische sfeer, maar in twee maatschappelijke ontwikkelingen<sup>5</sup> die bij de afwikkeling van letselschades een potentiële bron van conflicten vormen. Het betreft enerzijds de nadruk op autonomie en authenticiteit en anderzijds een technisch-reductionistische visie op de werkelijkheid.

### Respect

De actie van de schoonmakers eind 2011 kan bijna niemand zijn ontgaan. De schoonmakers eisen meer loon, meer tijd om hun werk op een goede manier te kunnen doen, een betere ziekteregeling, etc. Toch is hun motto niet "*we willen meer geld*", maar "*we willen respect*". Onder dat motto demonstreren ze, staken ze en bezetten ze gebouwen. Met dit motto appelleren ze, heel tactisch, aan

een diepgevoelde behoefte van de moderne westerse mens<sup>6</sup>. We vinden het heel belangrijk, zelfs essentieel, dat we gerespecteerd worden. Maar, wat is daarvoor nodig en wat is respect?

Respect omvat (in elk geval) drie elementen, noties. De eerste notie is die van de autonomie of zelfbeschikking. We willen in staat zijn om ons leven in te richten naar onze eigen keuzes, zonder inmenging van anderen of van oorzaken die van buitenaf komen<sup>7</sup>. Bij deze notie zijn overigens wel kanttekeningen te plaatsen: want is het leven wel zo maakbaar en zijn we echt zo onafhankelijk van anderen?

Hoe dan ook, de notie van autonomie is diep geworteld en gaat hand in hand met een tweede notie: de gedachte dat iedereen speciale, eigen talenten heeft en in staat is om zijn/haar unieke zelf te ontwikkelen. Het is het oude romantische ideaal, dat een paar eeuwen terug op formule is gebracht door Rousseau<sup>8</sup>, maar dat hoogst actueel is. Facebook en Twitter bestaan bij de gratie van miljoenen unieke mensen, die anderen een (opgepoetste) indruk willen geven van hun unieke leven, belevenissen en meningen<sup>9</sup>. Ook dit ideaal van authenticiteit of uniciteit mag best wat worden gerelativeerd: wie op een zaterdagmiddag in de file voor de Ikea staat of in een winkelstraat de mensen observeert, die van de ene geketende winkel naar de andere lopen, op zoek naar de gadgets die anderen ook willen hebben, komt niet spontaan op de gedachte dat dit allemaal unieke mensen zijn.

De beide noties - autonomie en authenticiteit - worden gecombineerd door de notie van erkenning en waardering<sup>10</sup>. We willen door anderen erkend worden in onze autonomie en uniciteit. Dat kan zelfs dwingende vormen aannemen, wanneer we - als 'Dikke Ikken'<sup>11</sup> - respect eisen.

Wie als professional betrokken is bij de schadeafwikkeling, is geneigd scherp te stellen op de ernst van het letsel, liefst zo concreet mogelijk. Maar een ongeval met letsel leidt op zijn minst ook tot een forse kras op het moderne zelfbeeld, dat hiervoor in houtskoollijnen is geschetst. Door dat ongeluk blijkt het slachtoffer minder onafhankelijk te zijn dan hij wilde zijn. Mogelijk wordt hij zelfs afhankelijk van anderen en wellicht is hij niet meer in staat om zelf zijn unieke levensplan te bepalen. Het ligt voor de hand dat dit grote invloed heeft op de gevoelens van het slachtoffer. Het is dan ook niet verwonderlijk dat een slachtoffer behoefte heeft aan compensatie voor het, in zijn beleving, ernstig geschonden respect. Waar in het schaderegelingsproces dat respect niet wordt hersteld, is de kans groot dat de schaderegeling ontspoot. Dat is één reden waarom de nadruk op autonomie en authenticiteit van belang is bij de schaderegeling<sup>12</sup>.

Er is nog een reden. Daarvoor moeten we terug naar de eerder genoemde Rousseau, die heeft benadrukt dat de mens, zoals die echt is, goed is. Het zijn de omstandigheden die voor narigheid zorgen. Een mens is, als hij maar zichzelf kan zijn, veel mooier dan hij er lijkt uit te zien. In zijn aardige boek over Rousseau heeft Maarten Doorman

er op gewezen dat dit verlangen naar echtheid heel dicht bij ijdelheid ligt, bij de wens de zaken mooier voor te stellen dan ze zijn<sup>13</sup>. Iets van die ijdelheid, in elk geval van de verleiding van die ijdelheid, kan zichtbaar worden bij het slachtoffer. Dat is, geconfronteerd met de nare werkelijkheid, nog al eens geneigd om de hypothetische situatie zonder ongeval wat op te poetsen: “als het ongeluk niet was gebeurd, ...”.

### Reductie

In de wetenschap wordt in een razendsnel tempo vooruitgang gemaakt. Die vooruitgang gaat gepaard met een technisch wereldbeeld. De werkelijkheid wordt als het ware gezien als een technisch geheel, dat door de techniek is te verbeteren. Het gevaar bestaat dat wat niet binnen dat technische wereldbeeld past, niet telt of wordt vergeten. In dat geval wordt het wereldbeeld ook reductionistisch. De Brits/Poolse socioloog Zygmunt Bauman heeft de moderniteit omschreven als een rationele onttovering van de wereld die alles wat niet in de moderne rationele orde past, probeert weg te zuiveren<sup>14</sup>. Voor het ambivalente, het subjectieve is dan geen plaats meer.

Deze ontwikkeling is ook zichtbaar in de medische wetenschap: wat niet (al dan niet met technische hulpmiddelen) gezien of verklaard kan worden, telt niet mee. Pijn, ziekte en dood worden zo geobjectiveerd en tot technisch beheersbare realiteiten gemaakt.<sup>15</sup> In de multidisciplinaire richtlijn over Somatisch Onvoldoende Verklaarde Lichamelijke Klachten (richtlijn SOLK) wordt deze benadering omschreven als een “*eenzijdige reductionistische (patho)fysiologische benadering*”<sup>16</sup>.

Een aantal medisch adviseurs van verzekeraars, en in hun voetspoor die verzekeraars - of is het andersom, omdat je vaak krijgt wat je zoekt, lijkt tegen de heersende biopsychosociale benadering in de medische wetenschap in nog steeds geporteerd van deze (strikt biomedische)benadering.

### Clash

Het laat zich raden wat er gebeurt wanneer iemand na een ongeval klachten ontwikkelt die niet zijn terug te voeren op objectiveerbaar letsel en met deze klachten te biecht moet bij een verzekeraar die ‘de objectieve waarheid en niets dan de objectieve waarheid’ wil. Er ontstaat een botsing, soms met een impact die groter is dan die van de eerste botsing.

De verzekeraar erkent de klachten van het slachtoffer niet. Die zijn niet medisch objectiveerbaar, maar alleen gebaseerd op de ‘subjectieve beleving’ van het slachtoffer. Het slachtoffer, dat zoals is aangegeven, op zoek is naar erkenning en respect, voelt zich miskend door de verzekeraar wanneer die niet van het bestaan van de klachten wil uitgaan. Het ligt voor de hand dat het slachtoffer meer gefocust raakt op zijn klachten, “*die de verzekeraar maar niet wil zien maar die hij terdege voelt*”. Wanneer de verzekeraar dan ook nog weinig oog lijkt te hebben voor de persoonlijke situatie van het slachtoffer - de menselijke kant - en zich formeel en terughoudend opstelt, bijvoorbeeld in de bevoorschotting, is het drama compleet. Alle ingrediënten

voor een duel zijn dan aanwezig. In dat duel draait het om de vraag: “*Heeft ‘ie wat of heeft ‘ie niets?’*” en zo ja, *Komt dat door het ongeval?* Bij het antwoord op die vraag spelen de medische deskundigen een cruciale rol. Er ontstaat een volgende fase in het duel, nu met de medisch adviseurs als secondanten, een fase die ook wel wordt aangeduid als *the battle between the experts*. In deze fase debatteren partijen, gesouffleerd door hun medisch adviseurs, over de te benoemen deskundige en de vraagstelling. Als uiteindelijk een deskundige benoemd is, maakt diens rapport doorgaans geen einde aan de discussie. Het wordt door één van partijen aangevochten, of verschillend geïnterpreteerd.

Het zou te eenzijdig zijn de oorzaak van de clash alleen te zoeken bij verzekeraars met een eendimensionale visie op objectiveerbaarheid. De clash kan ook veroorzaakt, of verergerd, worden door slachtoffers, die - daarin niet of onvoldoende gecorrigeerd door hun belangenbehartigers - een weinig realistisch beeld hebben van hun situatie zonder het ongeval, hun echte zelf (als die Boze buitenwereld er niet zou zijn geweest).

In de zaak van R zijn deze beide kanten zichtbaar. Enerzijds is er de kant van de verzekeraar, die het bestaan van de niet objectiveerbare klachten en het verband tussen deze klachten en het ongeval ter discussie stelt. Anderzijds is er de kant van R, die denkt dat ‘zijn hypothetische zelf’ wel hoogleraar accountancy zou zijn geworden, als de omstandigheden maar niet zo beroerd zouden zijn geweest. Het gevolg is een schadeproces van 30 jaar, met aan het einde van de rit twee verliezers. Een verzekeraar met een forse schadelast in een zaak die enkele decennia ‘in de boeken heeft gestaan’ en een slachtoffer, dat voor de confrontatie met ‘zijn echte zelf’ aangewezen is op jarenlange psychologische hulp (op kosten van de verzekeraar - dat dan weer wel)<sup>17</sup>.

### Pianoloopje

Wat is nu het geheim van de schadeafwikkeling die ogenschijnlijk soepel, als een pianoloopje, verloopt, zoals bij Ana? Ogenscheinlijk, want net als bij een pianoloopje lijkt het gemakkelijker dan het is, zeker als het ook nog *quatre-mains* gespeeld moet worden. Ik noem vier aspecten, die oefening van beide partijen en hun belangenbehartigers vragen.

Het lijkt een open deur, na wat hiervoor is betoogd. Het is essentieel dat een verzekeraar respect toont voor het slachtoffer. Het is niet voor niets dat het begrip respect terugkomt in Beginsel 1 van de GBL, in de kernwaarden ‘het slachtoffer centraal’ en ‘respectvol met elkaar omgaan’. Wat betekent dat concreet voor een verzekeraar bij de behandeling van een schadezaak?

*De eerste oefening: drie mogelijke concretisering:*

- Betuig medeleven met het slachtoffer voor de gevolgen van het ongeval. En als dat mogelijk is: zorg dat de verzekerde zelf excuses maakt, als hij dat nog niet heeft gedaan. Door excuses te maken wordt het slachtoffer erkend in wat hem is overkomen<sup>18</sup>;
- Zorg voor persoonlijk contact tussen het slachtoffer en de schaderegelaar, met zo mogelijk tenminste één bezoek



> aan het slachtoffer thuis. Mensen die elkaar geregeld zien, zijn geneigd elkaar hoffelijker te bejegenen. Ontmoeting voorkomt bovendien onjuiste beeldvorming en schept ruimte voor empathie. Wie iemand ongelukkig door het huis heeft zien stumperen, ziet niet maar een “niet objectiveerbaar letsel in een menselijk lichaam”, maar een persoon die het zwaar heeft. Met het persoonlijk contact krijgt de verzekeraar een gezicht. Dat kan het voor het slachtoffer gemakkelijker maken om lastige beslissingen van zo’n verzekeraar te accepteren. Heel terecht dringen diverse beginselen van de GBL aan op persoonlijk contact, waarbij aandacht wordt gegeven aan de situatie van het slachtoffer<sup>19</sup>.

In de zaak van Ana waren de paar ‘thuisbezoeken’ van de schaderegelaar het scharnier van het schaderegelingsproces. Er ontstond wederzijds begrip en vertrouwen, waardoor bijna als vanzelf voor de verzekeraar duidelijk was wat nodig was en voor Ana wat in redelijkheid gevraagd kon worden. Die situatie was zonder persoonlijk contact niet ontstaan.

- Reageer vlot op verzoeken en mededelingen van het slachtoffer en zorg voor een adequate bevoorschotting. Ook deze wenken zijn al geïmplementeerd in de GBL<sup>20</sup>, en terecht. Daarmee geeft verzekeraar het signaal af dat hij de zaak van het slachtoffer, en daarmee het slachtoffer zelf, serieus neemt.

#### *De tweede oefening: mijd zo veel mogelijk het gevecht over de medische causaliteit*

Zoals hiervoor is aangegeven, leidt het betwisten van het causaal verband tussen klachten en ongeval in veel gevallen tot een gevoel van miskenning bij het slachtoffer. Een verzekeraar doet er dan ook verstandig aan hier omzichtig te opereren. Het onderwerp ligt gevoelig.

Daar komt bij dat het, gelet op de hoofdlijn in de rechtspraak van de feitenrechters, op dit onderwerp niet gemakkelijk scoren is voor een verzekeraar<sup>21</sup>. De meeste hoven lijken in whiplashzaken aansluiting te zoeken bij het arrest Zwolsche Algemeene/De Greef<sup>22</sup>. Dat betekent - kort weergegeven<sup>23</sup> - dat het enkele feit dat klachten ‘subjectief’ zijn - in die zin dat geen (neurologisch) ‘substraat’ kan worden vastgesteld - niet betekent dat de klachten niet in aanmerking worden genomen. Doorslaggevend is of in juridische zin, dus niet in medische zin, objectief kan worden vastgesteld dat de klachten niet gesimuleerd zijn. Als dat het geval is, is voor het bewijs van causaal verband tussen het ontstaan van de klachten en het ongeval geen specifieke medische verklaring nodig, tenminste wanneer de klachten voor het ongeval niet bestonden en een alternatieve verklaring voor de klachten ontbreekt.

Voor een verzekeraar valt er, kortom, vooral veel te verliezen en maar weinig te winnen met het in twijfel trekken van klachten en causaliteit. Alle reden dus om het gevecht, dat langzamerhand een achterhoedegevecht lijkt te worden, te mijden.

Dat betekent niet dat het helemaal geen zin heeft de klachten van de benadeelde in kaart te brengen. Natuurlijk moet dat gebeuren, en liefst zo nauwkeurig mogelijk.

Maar dan wel om het bestaan van die klachten objectief

vast te stellen, niet om een sluitende medische verklaring voor de klachten te vinden.

#### *De derde oefening: schep ruimte voor herstel*

Toen ik als advocaat contact had met slachtoffers van ongevallen, viel mij steeds weer op hoeveel druk er, zeker de eerste maanden na het ongeval, op een slachtoffer ligt. Er is allereerst het letsel zelf en de pijn en last die dat geeft. Dan is er de onzekerheid over het herstel. Zal het letsel blijvend zijn of niet? Daar komen dan de financiële gevolgen bij. Extra kosten die gemaakt worden, soms inkomsten die worden gemist. En ten slotte nog de onzekerheid over de financiële situatie in de toekomst. De houding van de verzekeraar in die maanden is cruciaal. De verzekeraar kan, bijvoorbeeld door de causaliteitsvraag te stellen en door te wachten met bevoorschotten, de druk vergroten. Je hoeft geen medicus zijn om te voorspellen dat in situaties waarin een verband bestaat tussen de klachten en de emotionele situatie van het slachtoffer, de kans groot is dat die druk zich vertaalt in een heftiger beleving van de klachten.

Het is op zich begrijpelijk dat een verzekeraar in de eerste fase voorzichtig is, zowel met het erkennen van aansprakelijkheid en causaliteit tussen klachten en ongeval als met bevoorschotting. Toch lijkt een al te terughoudende benadering van de verzekeraar in veel gevallen zowel voor de verzekeraar als voor het slachtoffer nadelig. Er is veel voor te zeggen om in de eerste periode na het ongeval een situatie te creëren waarin het slachtoffer alleen maar als slachtoffer wordt erkend en de ruimte krijgt, ook financieel door middel van een adequate bevoorschotting, om met hulp van de verzekeraar aan herstel en re-integratie te werken. Een dergelijke benadering, die bijvoorbeeld in het project Pandora is geïmplementeerd<sup>24</sup>, respecteert het slachtoffer als persoon. Daardoor wordt het slachtoffer de ruimte geboden om zich in te spannen zijn schade te beperken. En dat is ook in het belang van de verzekeraar.

#### *De vierde oefening: hypothetische realiteit is geen virtuele realiteit*

Om de schade na een ongeval te kunnen begroten, moet een vergelijking worden gemaakt tussen de feitelijke situatie en de hypothetische situatie zonder ongeval. Bij die vergelijking komt het volgens de Hoge Raad<sup>25</sup> aan op een redelijke verwachting over toekomstige ontwikkelingen. Dat de verwachting redelijk moet zijn, betekent onder meer dat wanneer ik in het werkelijke leven voorafgaand aan het ongeval iets niet gepresteerd heb, ik dat ook in de hypothetische situatie niet presteer. Het betekent ook dat wie psychisch kwetsbaar is, dat ook is in de hypothetische situatie. Het feit dat iemand vanwege niet objectiveerbaar letsel is uitgevallen, kan al een aanwijzing vormen voor die kwetsbaarheid. Een aanwijzing dus: niet meer en op zichzelf onvoldoende, maar mogelijk in combinatie met meer gegevens wel een reden voor verder onderzoek.

Deze - realistische - benadering van de hypothetische situatie schuurt met de hierboven beschreven notie van authenticiteit en het bijbehorende positieve, wat ijdele



zelfbeeld. Het is in het schaderegelingsproces de kunst om dat zelfbeeld wat bij te buigen. Het gaat om de hypothetische situatie van het echte leven van het slachtoffer, niet van het leven volgens diens Facebook en al helemaal niet van dat van "Second Life". Dat vraagt tact en invoelingsvermogen van de schaderegelaar en realiteitszin van de belangenbehartiger. Als die vermogens ontbreken, zal het slachtoffer zich weggezet voelen als een kneus of de verzekeraar het slachtoffer als een 'rupsje nooit genoeg' beschouwen.

### Twee verhalen, één happy end

De zaken van R en Ana vormen illustraties van twee types schadeafwikkeling. Eén waarin wel geoefend is, en één waarin beide partijen dat niet (voldoende) lijken te hebben gedaan<sup>26</sup>. Het zal duidelijk zijn welk type mijn voorkeur heeft. Wat mij betreft slaan verzekeraars en belangenbehartigers aan het oefenen. Wanneer dat gebeurt, zal er dan bij de schadeafwikkeling vast nog wel eens een notie/noot gemist worden of een onbedoelde dissonant klinken. Maar toch zit in deze oefeningen echt muziek<sup>27</sup>.

<sup>1</sup> Dit artikel is een bewerking van de voordracht onder deze titel, gehouden op het jaarcongres van het PIV op 30 maart 2012. Dat congres had als thema "een andere toon".

<sup>2</sup> Bert de Hek is senior raadsheer bij het Gerechtshof te Leeuwarden. Dit artikel is op persoonlijke titel geschreven.

<sup>3</sup> Hof Leeuwarden, 22 november 2011, LJN BU5282.

<sup>4</sup> Deze passage wordt geciteerd in het op rechtspraak.nl gepubliceerde arrest van het hof.

<sup>5</sup> Ik noem er hier maar twee. Drie andere ontwikkelingen (individualisering, subjectivering en intensivering van het leven) heb ik uitgewerkt in het artikel "Whiplash - observaties van een rechter", TVP 2011, p. 37 e.v.

<sup>6</sup> Bij die behoefte past natuurlijk een aparte dag. De 2e donderdag van november is ugeroepen tot "dag van het respect".

<sup>7</sup> De filosoof I. Berlin heeft dat mooi op formule gebracht: "Ik wil dat mijn leven en mijn beslissingen van mijzelf afhangen, niet van om het even welke krachten van buitenaf. Ik wil het instrument zijn van mijn, niet van andermans wilshandelingen. Ik wil een subject zijn, geen object; ik wil worden bewogen door redenen, door bewuste bedoelingen die van mij zijn en niet door oorzaken die mij als het ware van buitenaf overvallen", I. Berlin, Twee opvattingen van vrijheid, Amsterdam 1996, p. 25.

<sup>8</sup> Zie voor een uitwerking: Maarten Doorman, Rousseau en ik, Amsterdam 2012.

<sup>9</sup> Zie over het realiteitsgehalte van Facebook: Stine Jensen, Echte vrienden (m.nt. p. 19-51), Lemniscaat 2011.

<sup>10</sup> In het voorgaande is, heel beknopt, de visie van Charles Taylor op de ontwikkeling van het moderne zelfbeeld weergegeven. Zie zijn *Bronnen van het zelf*, Amsterdam 2009 (2e druk).

<sup>11</sup> De term is van Harry Kunneman, *Voorbij het dikke-ik*, Amsterdam 2005.

<sup>12</sup> Niet alleen bij de schaderegeling trouwens. De behoefte aan een spreekrecht van het slachtoffer in strafzaken - denk aan de strafzaak in de grote Amsterdamse zedenzaak - kan deels verklaard worden uit de behoefte aan ideële compensatie voor het geschonden respect.

<sup>13</sup> M. Doorman, t.a.p., p. 39.

<sup>14</sup> Ik ontleen deze omschrijving aan de inleiding van Willem Schinkel in het boek van Z. Bauman, *Vloeibare tijden*, Zoetermeer 2011 (2e druk), p. 7.

<sup>15</sup> Vgl. voor een beschrijving van deze tendens: H. Achterhuis, *De markt van ziekte, welzijn en geluk*, Baarn 1988 (11e druk).

<sup>16</sup> Vgl. par. 2.2. van de richtlijn. Zie ook de richtlijn STECR uit 2006, die tegenover het biomedische model opteert voor een biopsychosociale benadering (p. 48, 49).

<sup>17</sup> Ik baseer me bij dit oordeel alleen op de informatie uit het dossier. Welke standpunten in de buitengerechtelijke fase zijn ingenomen en welke concessies daar mogelijk zijn gedaan, kan ik niet beoordelen.

<sup>18</sup> Vgl. Over de betekenis van excuses voor het slachtoffer onder meer: A.J. Akkermans e.a. WPNR 2008, p. 778 e.v., J.L. Smeehuijzen, NTBR 2011, p. 29 e.v. Voor meer vindplaatsen: de voetnoten 17 en 18 van het in voetnoot 5 genoemde artikel in TVP.

<sup>19</sup> Vgl. de (toelichting op de) beginselen 2 en 6.

<sup>20</sup> Vgl. de (toelichting op de) beginselen 1 en 11.

<sup>21</sup> Vgl. het uitputtende rechtspraakoverzicht van Kolder in TVP 2011, p. 1-27. Zie ook Schijns, *PIV-Bulletin* 2012, 1, p. 13 e.v., die concludeert dat het Hof Arnhem de lijn van de hoven te Den Bosch en Leeuwarden (min of meer) lijkt te volgen.

<sup>22</sup> HR 8 juni 2001, NJ 2001, 433.

<sup>23</sup> Zie voor een uitvoeriger beschrijving de hiervoor in de noten 5 en 21 vermelde artikelen van De Hek, Kolder en Schijns.

<sup>24</sup> Vgl. F. Th. Peters, TVP 2009, p. 63-67, F.L.M. van Steen, *PIV-Bulletin* juni 2010, p. 21-23 en H.M. Storm, TVP 2011, p. 87.

<sup>25</sup> Zie HR 15 mei 1998, NJ 1998, 624 (Vehof/Helvetia), HR 14 januari 2000, NJ 2000, 437 (Van Sas/Interpolis) en HR 13 december 2002, NJ 2003, 212 (B./Olifiers).

<sup>26</sup> Zie noot 17.

<sup>27</sup> Een - toegegeven: wat gemakkelijke - verwijzing naar het thema van de PIV Jaarconferentie 2012.

De Rechtbank Den Haag lijkt uitsluitsel te geven

# Verrekening van voordeel bij de arbeidsongeschiktheidsverzekering



Mevrouw mr. L. van den  
Ham-Leerkes  
Nysingh Advocaten

**“Heeft een zelfde gebeurtenis voor de benadeelde naast schade tevens voordeel opgeleverd, dan moet, voor zover dit redelijk is, dit voordeel bij de vaststelling van de te vergoeden schade in rekening worden gebracht”, aldus art. 6:100 BW. Met andere woorden, de schade die de benadeelde heeft geleden dient volledig vergoed te worden, maar de benadeelde mag tegelijkertijd niet verrijkt worden door die schadevergoeding. Wordt de benadeelde wel verrijkt, dan wordt het verkregen voordeel, voor zover dit redelijk is, bij de vaststelling van de schade in mindering gebracht.**

De vraag die menigeen de weg naar de rechter heeft doen bewandelen is of de aansprakelijke partij de uitkeringen die de benadeelde uit hoofde van een arbeidsongeschiktheidsverzekering ontvangt als gevolg van de schadeveroorzakende gebeurtenis op grond van art. 6:100 BW mag verrekenen met de te betalen schadevergoeding. Een vraag die, gezien de forse bedragen die met dergelijke verzekeringen gemoeid kunnen zijn, zowel voor benadeelden als voor aansprakelijken en hun verzekeraars van wezenlijk belang is. Recent kreeg de Rechtbank Den Haag deze vraag voorgelegd in twee nagenoeg identieke zaken<sup>1</sup> en heeft daarover geoordeeld in het licht van de uitspraak van de Hoge Raad van 1 oktober 2010<sup>2</sup>.

## Arbeidsongeschiktheidsverzekering: schade- of sommenverzekering?

Aanvankelijk was de lijn in de jurisprudentie<sup>3</sup> helder: in geval van letselschade mochten uitkeringen uit sommenverzekeringen, in tegenstelling tot uitkeringen uit schadeverzekeringen, niet verrekend worden met de aan de gelaedeerde uit te keren schadevergoeding. Hoewel uit de parlementaire behandeling<sup>4</sup> van art. 6:100 BW blijkt dat van dat standpunt enige afstand is genomen, spitste de discussie in de rechtspraak zich in beginsel vooral toe op

de vraag of een arbeidsongeschiktheidsverzekering een schade- dan wel sommenverzekering is. Omdat het karakter van een arbeidsongeschiktheidsverzekering veelal niet eenduidig is, is het antwoord op die vraag niet te geven, maar hangt de beoordeling van het karakter van een dergelijke verzekering af van de feiten en omstandigheden van het geval. De Hoge Raad betitelde in 2003<sup>5</sup> de arbeidsongeschiktheidsverzekering nog als schadeverzekering en had daarmee het daarvoor geldende uitgangspunt verlaten. Toch kan (weer) als uitgangspunt worden genomen dat de ‘klassieke arbeidsongeschiktheidsverzekering’ - de verzekering die tot doel heeft een periodieke uitkering te verlenen bij verlies van arbeidsvermogen van de verzekerde ten gevolge van zijn arbeidsongeschiktheid, waarbij de hoogte van zijn inkomen geen rol speelt - te kwalificeren is als een sommenverzekering. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 3 oktober 2008<sup>6</sup> aan de hand van de in die uitspraak geformuleerde criteria, de vraag of de klassieke arbeidsongeschiktheidsverzekering als sommenverzekering te gelden heeft, bevestigend beantwoord. Echter, met beantwoording van het vraagstuk wat betreft het rechtskarakter van de (klassieke) arbeidsongeschiktheidsverzekering is de vraag naar de mogelijkheid van voordeelsverrekening in geval van uitkeringen krachtens een dergelijke arbeidsongeschiktheidsverzekering, nog niet onomwonden beantwoord. Eerder al werd zowel in de parlementaire behandeling<sup>7</sup> als in de (lagere) rechtspraak<sup>8</sup> voor die mogelijkheid de deur open gezet. De vraag of dat na de uitspraak van de Hoge Raad van 1 oktober 2010<sup>9</sup> het geval zou blijven, hield de rechtspraak sindsdien bezig. Wellicht is met de twee op elkaar volgende uitspraken van de Rechtbank Den Haag<sup>10</sup> de koers bepaald.

## Lijn in de jurisprudentie

Ofschoon de Hoge Raad in 1969<sup>11</sup> oordeelde dat in geval van sommenverzekeringen voordeelsverrekening niet aan de orde was, oordeelde de Rechtbank Arnhem in 2006<sup>12</sup> anders. In de zaak die de Rechtbank Arnhem werd voorgelegd deed zich het geval voor dat een gelaedeerde die betrokken was geraakt bij een verkeersongeval van Univé (als WAM-verzekeraar van de veroorzaker van het ongeval) schade-uitkeringen ontving. Tevens verkreeg de gelaedeerde, omdat zij door het ongeval arbeidsongeschikt was geworden, uitkeringen uit hoofde van een door haar afgesloten arbeidsongeschiktheidsverzekering. Aan de rechtbank werd de vraag voorgelegd of in een dergelijk geval de uitkeringen die de gelaedeerde ontving op basis van de arbeidsongeschiktheidsverzekering verrekend mochten worden met de schade-uitkeringen. De rechtbank overwoog te dien aanzien als volgt: “*Hoewel strikt genomen*



sprake is van een sommenverzekering, heeft zij wel degelijk de strekking de inkomensschade van [eiseres] bij arbeidsongeschiktheid te vergoeden. Naar het oordeel van de rechtbank kan het afsluiten van een dergelijke verzekering niet worden gezien als een 'zuiver individuele en persoonlijke beslissing', met de strekking de verzekerde een som uit te keren in geval het verzekerde risico zich verwezenlijkt, bedoeld om hem bijvoorbeeld een extraatje te verschaffen. Voordeelsverrekening op basis van artikel 6:100 BW is dus op zijn plaats."

Tot eenzelfde oordeel kwam zowel het Gerechtshof Arnhem als het Gerechtshof Amsterdam op 4 november 2008<sup>13</sup>. Op deze dag wezen beide hoven arrest over de verrekening van een uitkering uit hoofde van een particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering bij letselschade. Het Hof Arnhem en het Hof Amsterdam kwamen - beide echter via een andere weg - tot de slotsom dat de uitkeringen uit hoofde van de arbeidsongeschiktheidsverzekering in mindering mochten worden gebracht op de schadevergoeding die de aansprakelijke partij moest betalen. In de zaak die ter beoordeling aan het Hof Amsterdam voorlag deed zich het geval voor dat een fout tijdens een hartoperatie leidde tot een infarct bij de patiënt met blijvend neurologisch letsel en arbeidsongeschiktheid tot gevolg. De aansprakelijkheid werd erkend en het ziekenhuis ging over tot het betalen van voorschotten op de schadevergoeding. De patiënt ontving daarnaast uitkeringen uit hoofde van zijn arbeidsongeschiktheidsverzekering. Het ziekenhuis betoogde daaropvolgend dat die uitkeringen de schade van de patiënt deden verminderen zodat de verzekeringsuitkeringen in mindering moesten worden gebracht op de door haar te betalen schadevergoeding. Het Hof Amsterdam volgde het ziekenhuis in haar redenering. In het licht van het arrest van de Hoge Raad van 3 (en 17<sup>14</sup>) oktober 2008, is het opmerkelijk dat het Hof Amsterdam oordeelde dat onderhavige arbeidsongeschiktheidsverzekering als schadeverzekering moest worden aangemerkt, waarvan "niet in geschil is dat uitkeringen krachtens schadeverzekeringen de schade doen verminderen en daarmee de aanspraak van de gelaedeerde op de laedens in zoverre tenietdoen. Dat betekent dat het hof aan beoordeling van hetgeen (benadeelde) heeft aangevoerd in het kader van de in art. 6:100 BW bedoelde redelijkheidstoets niet toekomt." Wervelman<sup>15</sup> merkt over de uitspraak van het Hof Amsterdam op dat "ofschoon op zichzelf wel de vraag rijst of het arrest van het Hof Amsterdam in cassatie stand zou hebben gehouden gelet op de arresten van de Hoge Raad van 3 en 17 oktober 2008 waarin hij de daar in het geding zijnde AOV beide keren aanmerkte als sommenverzekering, is er tot zover - voor wat betreft de voordeelsverrekening - niet zo heel veel nieuws onder de zon." Het Hof Arnhem komt evenwel tot dezelfde slotsom als het Hof Amsterdam, maar overweegt anders. Net als de Rechtbank Arnhem in 2006 verlaat ook het Hof Arnhem het uitgangspunt dat alleen in geval van uitkeringen uit hoofde van een schadeverzekering verrekening van voordeel aan de orde is. Het Hof Arnhem maakt gebruik van de ruimte die art. 6:100 BW biedt om de door de gelaedeerde genoten arbeidsonge-

schiktheidsuitkeringen bij wijze van opgekomen voordeel te verrekenen met de door de WA-verzekeraar betaalde schade-uitkeringen. Het hof laat daarbij echter in het midden wat het rechtskarakter van een dergelijke arbeidsongeschiktheidsverzekering is. Daartoe acht het hof redengevend dat "zelfs als het een sommenverzekering betreft, het in de gegeven omstandigheden redelijk is de uit deze verzekering volgende uitkering als door [benadeelde] genoten voordeel in mindering te laten strekken op de door Achmea te betalen vergoeding, nu het hier gaat om een periodieke uitkering die op grond van de hiervoor onder 5.7 omschreven kenmerken moet worden aangemerkt als een vergoeding voor inkomensschade."

Met beide arresten is echter - vooral vanwege de verschillende benaderingswijze - nog geen eenduidig antwoord gekomen op de vraag of uitkeringen uit hoofde van een (klassieke) arbeidsongeschiktheidsverzekering in mindering behoren te komen op de schade die door de aansprakelijke partij wordt uitgekeerd. Wervelman<sup>16</sup> heeft zich dan ook afgevraagd welke koers zal worden gevaren na het wijzen van het arrest van het Hof Arnhem van 4 november 2008. In ieder geval geeft hij aan: "Eerlijk gezegd zou het mij niet verbazen als de door het Hof Arnhem ingeslagen weg bijval gaat vinden. (...) In de situatie dat het dan - in de woorden van het Hof Arnhem in zijn arrest van 4 november 2008 - gaat om vergoeding van inkomensschade, ligt het mijns inziens inderdaad voor de hand die uitkering in mindering te brengen op het gevorderde verlies van arbeidsvermogen." Volgens Wervelman echter wel "in die zin dat verrekening in beginsel niet aan de orde is bij uitkeringen uit hoofde van een verzekering waarbij het "onverschillig is of, en in hoeverre, met de uitkering schade wordt vergoed", zoals art. 7:964 BW de sommenverzekering omschrijft." Daarbij is het volgens Wervelman niet van belang wie de desbetreffende verzekering heeft afgesloten, omdat het gaat om de vraag wat met de bewuste uitkering beoogd is.

### Hoge Raad 1 oktober 2010

Ruim een half jaar na het verschijnen van het artikel van Wervelman in TVP 2010, nr. 1<sup>17</sup> heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 1 oktober 2010<sup>18</sup> (opnieuw) uitsluitel gegeven over de vraag of voordeelsverrekening bij sommenverzekeringen mogelijk is. Oordeelde de Hoge Raad in zijn arrest van 28 november 1969<sup>19</sup> nog dat uitkeringen uit hoofde van sommenverzekeringen bij de vergoeding van letselschade niet mogen worden verrekend, in zijn arrest van 1 oktober 2010 (dat overigens betrekking had op een collectieve ongevallenverzekering) verlaat de Hoge Raad dat uitgangspunt. In meer algemene zin formuleert de Hoge Raad zes gezichtspunten aan de hand waarvan de vraag of voordeelsverrekening in geval van uitkeringen krachtens sommenverzekering aan de orde is beantwoord moet worden en biedt hij de rechter meer vrijheid om te beoordelen of verrekening in een concreet geval redelijk is of niet. Kort gezegd dient volgens de Hoge Raad in geval van letselschade en voordeel dat bestaat uit een verzekeringsuitkering, bij toepassing van art. 6:100 BW de volgende criteria in aanmerking te worden genomen:

(a) van verrekening zal over het algemeen alleen dan sprake

- > kunnen zijn, indien de uitkering ertoe strekt dezelfde schade te vergoeden als die waarvoor de partij die zich op de voordeelsverrekening beroept, aansprakelijk is;
- (b) geschiedt de uitkering ingevolge een schadeverzekering, dan zal verrekening in beginsel op haar plaats zijn;
- (c) geschiedt de uitkering op grond van een sommenverzekering die door de benadeelde zelf (of door een ander, buiten de sfeer van de aansprakelijke persoon) is gesloten en betaald, dan komt verrekening in het algemeen niet in aanmerking;
- (d) is de premie voor de sommenverzekering door de aansprakelijke persoon betaald, dan kan daarin aanleiding worden gevonden wel tot verrekening over te gaan, vooral indien jegens de benadeelde geen verplichting bestond tot het sluiten van de verzekering of tot betaling van de premie;
- (e) is de aansprakelijkheid gedekt door een verzekering, dan zal verrekening van een uitkering ingevolge een sommenverzekering in het algemeen niet in overeenstemming met de redelijkheid zijn; en
- (f) voor verrekening bestaat in het algemeen eerder aanleiding indien sprake is van een risicoaansprakelijkheid dan wanneer de aansprakelijkheid is gebaseerd op schuld. Voorts kan de rechter betekenis toekennen aan de mate van verwijtbaarheid in die zin dat voor verrekening eerder grond bestaat naarmate de aansprakelijke persoon minder verwijt van het schade brengende feit kan worden gemaakt.

Hoewel de Hoge Raad met deze zes gezichtspunten handvatten heeft aangereikt voor beantwoording van de vraag wanneer in geval van een sommenverzekering voordeel verrekend mag worden, geven de geformuleerde gezichtspunten nog geen eenduidig antwoord op de vraag of uitkeringen uit hoofde van een klassieke arbeidsongeschiktheidsverzekering in geval van letsel verrekend mogen worden met de uit te keren schadevergoeding. Met name door de woorden ‘in beginsel’ en ‘in het algemeen’ die de Hoge Raad veelvuldig hanteert bij de geformuleerde richtlijnen, bestaat er genoeg ruimte voor discussie daarover. Bolt<sup>20</sup> lijkt vooralsnog weinig ruimte te zien voor verrekening en merkt op: “voor uitkeringen uit sommenverzekering stelt de Hoge Raad zich in de volgende richtlijnen zo terughoudend op dat het nauwelijks voorstelbaar is dat ze ook voor toerekening in aanmerking kunnen komen als ze er niet toe strekken om de ontstane schade goed te maken.” Bolt stelt concluderend dat “de mogelijkheden om uitkeringen uit sommenverzekeringen toe te rekenen wel eens minder ver kunnen gaan dan in een deel van de lagere rechtspraak werd aangenomen.” Wervelman<sup>21</sup>, in zelfde zin maar optimistischer, stelt dat de Hoge Raad met zijn arrest van 1 oktober 2010 de deur openzet voor verrekening in geval van sommenverzekeringen. Volgens Wervelman betreffen het dan vooral gevallen waarin sprake is van “periodieke uitkeringen die als inkomensschade kunnen worden gezien”, waarbij hij opmerkt dat het vooral uit wethistorisch oogpunt te bepleiten is “dat een uitkering uit hoofde van een particuliere arbeidsongeschiktheids-

verzekering, met een karakter om in enigerlei opzicht inkomensschade te vergoeden, in mindering mag worden gebracht op het van de aansprakelijke partij gevorderde verlies van arbeidsvermogen.” Dat is dan overigens ook direct de begrenzing die Wervelman wil aangeven. In het PIV-Bulletin van december 2010<sup>22</sup> merkt hij echter wel op dat de klassieke variant van de particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering doorgaans wordt afgesloten door een zelfstandige, die zelf zijn premie voldoet. In die situatie, waarin kan worden aangenomen dat het gaat om een ‘zui-  
ver individuele en persoonlijke beslissing, komt gelet op het derde gezichtspunt verrekening dan dus in het algemeen niet aan de orde, aldus Wervelman. In hoeverre de (lagere) rechter bij zijn afweging daaraan bijzonder gewicht toekent is de vraag, maar geldt evenzeer voor het vijfde gezichtspunt, dat verrekening in beginsel niet redelijk acht in het geval dat de aansprakelijkheid gedekt is door verzekering. Mijns inziens terecht vraagt Bolt<sup>23</sup> zich van dat punt af “of daarmee aan het al dan niet verzekerd zijn van de aansprakelijke persoon niet een te vergaande invloed op de vaststelling van de schadevergoeding wordt toegekend.” De enkele grond dat de aansprakelijke persoon verzekerd is, zou de vraag of verrekening toegestaan is volgens Bolt niet van bevestigend naar ontkennend moeten laten doorslaan. Volgens Bolt is immers helder “dat de positie van de benadeelde door het verzekerd zijn van de schade aan de kant van de aansprakelijke persoon geen wijziging ondergaat.” De Hoge Raad daarentegen meent dat profijt van de aansprakelijkheidsverzekeraar in beginsel niet aan de orde kan zijn. Omdat in veel gevallen de aansprakelijkheid gedekt zal zijn door een verzekering, zal bij strikte toepassing van de vijfde richtlijn door de rechter daardoor de voordeelsverrekening in geval van een sommenverzekering mogelijkwijs beperkt blijven tot een gering aantal gevallen. Of dit koudwatervrees is of een terechte voorspellende gedachte, zal de (lagere) rechtspraak, met de zes gezichtspunten in de hand, moeten uitwijzen.

### Rechtbank Den Haag 6 juli 2012

De Rechtbank Den Haag heeft onlangs het antwoord gegeven op de vraag of de rechtspraak met de door de Hoge Raad in 2010 geformuleerde criteria ruimte ziet voor verrekening van voordeel in het geval van uitkering uit hoofde van een klassieke arbeidsongeschiktheidsverzekering. In twee zaken<sup>24</sup> die voor wat betreft het feitencomplex veel verwantschap vertoonden oordeelde de Rechtbank Den Haag dat de uitkeringen uit hoofde van de (klassieke) arbeidsongeschiktheidsverzekering die de benadeelde had ontvangen, in mindering mochten worden gebracht op de schadevergoeding die de WAM-verzekeraar diende uit te keren.

In de zaak die leidde tot de uitspraak van 6 juli 2012 was sprake van een zelfstandig ondernemster die uit hoofde van een door haar afgesloten arbeidsongeschiktheidsverzekering vaste maandelijkse termijnen kreeg uitgekeerd, nadat zij door een ongeval volledig arbeidsongeschikt was geraakt. Achmea, WAM-verzekeraar van de aansprakelijke

partij, keerde (in verband met een eigen schuld percentage van 25%) 75% van de schade uit. De vraag die voorlag was of Achmea de uitkeringen uit hoofde van de arbeidsongeschiktheidsverzekering in mindering mocht brengen op de door haar uit te keren schade. Hoewel de rechtbank - in lijn met de uitspraak van de Hoge Raad van 3 en 17 oktober 2008<sup>25</sup> - de arbeidsongeschiktheidsverzekering kwalificeert als een sommenverzekering is de rechtbank van oordeel dat de uitkering uit hoofde van die arbeidsongeschiktheidsverzekering strekt tot vergoeding van inkomensschade, zodat verrekening redelijk is. De rechtbank overweegt daartoe als volgt: *“Uit het arrest van de Hoge Raad van 1 oktober 2010 (...) komt naar voren dat verrekening in het algemeen aan de orde kan zijn wanneer dezelfde schade wordt vergoed, als die waarvoor de partij die zich op de voordeelsverrekening beroept aansprakelijk is. Terughoudendheid dient alleen te worden betracht in gevallen waarin schade is verzekerd, die rechtens of in de praktijk niet voor volledige vergoeding in aanmerking komt. De rechtbank is van oordeel dat de uitkering uit hoofde van de AOV strekt tot vergoeding van inkomensschade. (...) Derving van inkomen is schade die rechtens voor volledige vergoeding in aanmerking komt en derhalve geen componenten bevat die pleiten voor terughoudendheid in het kader van de verrekening. (...) Nu aan de randvoorwaarden voor verrekening is voldaan, dient te worden beoordeeld of de onderhavige uitkering voor verrekening (...) in aanmerking komt, waarbij de rechtbank eerdergenoemd arrest van de Hoge Raad tot uitgangspunt neemt. (...) De rechtbank is (...) van oordeel dat het in het onderhavige geval redelijk is om tot verrekening over te gaan. De rechtbank neemt daarbij in overweging dat sprake is van een arbeidsongeschiktheidsverzekering die voorziet in een periodieke uitkering die strekt tot vergoeding van inkomensschade (...), welke inkomensschade in het onderhavige geval ook daadwerkelijk (...) is geleden. Tevens hecht de rechtbank belang aan het feit dat de wetgever bij de beantwoording van de vraag of verrekening op zijn plaats is als een factor van bijzonder gewicht heeft aangemerkt de mate waarin de betrokken sommenverzekering voorziet in een periodieke uitkering ter compensatie van inkomensderving.”*


De rechtbank kiest er aldus niet voor de zes gezichtspunten één voor één na te lopen en haar afweging op basis daarvan nader toe te lichten. De rechtbank acht voor haar oordeel dat voordeelsverrekening redelijk is kennelijk van doorslaggevend belang dat, hoewel sprake is van een sommenverzekering en geen schadeverzekering, deze verzekering voorziet in een periodieke uitkering die strekt tot vergoeding van inkomensschade. Merkte Bolt<sup>26</sup> eerder nog op dat de Hoge Raad niet voor niets voorop heeft gesteld dat uitkeringen uit sommenverzekeringen die van de zijde van de benadeelde zijn afgesloten niet voor toerekening in aanmerking kwamen, in onderhavige kwestie achtte de rechtbank dat gegeven blijkbaar van ondergeschikt belang. De rechtbank wijdt daar in het geheel geen overweging aan. Dat geldt evenzeer voor het vijfde gezichtspunt, waarvan Bolt aangaf dat mogelijk teveel gewicht zou worden toegekend aan het al dan niet verzekerd zijn van de aan-

sprakelijke partij. Ook aan dat punt hecht de rechtbank blijkbaar niet veel waarde en laat zij onbesproken. Dat in onderhavige kwestie sprake was van een schuldaansprakelijkheid en geen risicoaansprakelijkheid maakte haar oordeel evenmin anders. De rechtbank heeft de zes gezichtspunten niet onafhankelijk van elkaar tegen het licht gehouden, maar heeft aan de strekking van onderhavige verzekering bijzonder gewicht toegekend. Zoals Rijnhout<sup>27</sup> ook al aangaf is een oordeel over de redelijkheid *“geen kwestie van afvinken, maar van argumenteren en (uiteindelijk) beslissen welk argument doorslaggevend is. Helder moet zijn welke weging heeft plaatsgevonden en aan welke omstandigheid meer of zelfs doorslaggevend betekenis wordt toegekend.”* In die lijn heeft de rechtbank ook geoordeeld en haar afweging gemotiveerd.

Overigens komt de rechtbank niet toe aan een oordeel over de verrekening van de door de benadeelde betaalde premies, maar merkt de rechtbank daarvan wel op *“dat de Hoge Raad in voornoemd arrest uitdrukkelijk op het oog heeft de premies die “in de loop der tijd” voor de verzekering zijn betaald.”* Wat de rechtbank (met verwijzing naar de Hoge Raad) bedoelt met ‘in de loop der tijd’ wordt niet duidelijk. De Rechtbank Arnhem oordeelde in 2006 dat alleen de betaalde premie over het jaar waarin het ongeval zich heeft voorgedaan van het voordeel moest worden afgetrokken. Daarentegen was het Hof Amsterdam<sup>28</sup> van oordeel dat de betaalde premie niet in mindering strekte op het verrekende voordeel, omdat de benadeelde die premies ook zou hebben betaald indien de kunstfout zich niet had voorgedaan. Mijns inziens is het redelijk (een deel van) de betaalde premie te verrekenen - de aansprakelijkheidsverzekeraar heeft daar in zekere zin immers ook het profijt van - maar dient wel een rol te spelen dat voor de betaalde premie ook risico voor de benadeelde is afgedicht waardoor de premie (ook in het verleden) niet voor niets is betaald. Om die reden zou mijns inziens een grens kunnen worden gesteld aan de premie die op het verrekende voordeel in mindering moet worden gebracht. Of dat beperkt moet blijven tot enkel de premie die in het schadelijdende jaar is betaald, zal de rechter moeten beoordelen. De Hoge Raad lijkt met de aanduiding *“in de loop der tijd”* meer te bedoelen dan alleen het jaar van het ongeval en daarmee niet de lijn die de Rechtbank Arnhem in 2006 heeft uitgezet, te volgen. Alhoewel elke grens een arbitrair karakter draagt, zou ik menen dat de redelijkheid behoort mee te brengen dat de betaalde premie over een periode van meer dan vijf jaar voor het ongeval in elk geval niet in mindering komt op het verrekende voordeel, waarbij voorts geldt dat indien ook een ander risico zich heeft verwezenlijkt de in dat verband betaalde premie evenmin in mindering kan worden gebracht.

In dit verband is overigens ook vermeldenswaardig dat de rechtbank op het genoten voordeel (dat verrekend mag worden) in mindering brengt het deel van de schade dat vanwege eigen schuld van de benadeelde door de aansprakelijkheidsverzekeraar niet wordt gedekt. Dat doet volgens de rechtbank recht aan het door de Hoge Raad geventi-

- > leerde uitgangspunt “dat de aansprakelijke persoon niet het profijt mag hebben van een door of ten behoeve van de benadeelde afgesloten verzekering, zolang een deel van de schade waarvoor die verzekering beoogd een uitkering te verstrekken, niet is vergoed.”

Al met al (in meerdere opzichten) een uitspraak die wat betreft voordeelverrekening bij de klassieke arbeidsongeschiktheidsverzekering, met de gezichtspunten van de Hoge Raad in het achterhoofd, van belang is voor de rechtspraak en wel eens de toon kan hebben gezet. 

<sup>1</sup> Rb. Den Haag 27 juni 2012, LJN BX2018 en Rb. Den Haag 6 juli 2012, LJN BX2021.

<sup>2</sup> HR 1 oktober 2010, VR 2011, 24.

<sup>3</sup> HR 28 november 1969, NJ 1970, 172.

<sup>4</sup> MvA I, Parl. Gesch. InvW 6, p. 1308/9.

<sup>5</sup> HR 6 juni 2003, NJ 2004, 670.

<sup>6</sup> HR 3 oktober 2008, NJ 2009, 80. Zie voor eenzelfde oordeel ook: HR 17 oktober 2008, RvdW 2008, 961.

<sup>7</sup> MvA I, Parl. Gesch. InvW 6, p. 1308/9.

<sup>8</sup> Vgl. Rb. Zutphen 7 februari 2002, LJN AD9173; Rb. Arnhem 7 juni 2006, LJN AY0497.

<sup>9</sup> HR 1 oktober 2010, VR 2011, 24.

<sup>10</sup> Rb. Den Haag 27 juni 2012, LJN BX2018 en Rb. Den Haag 6 juli 2012, LJN BX2021.

<sup>11</sup> HR 28 november 1969, NJ 1970, 172.

<sup>12</sup> Rb. Arnhem 7 juni 2006, LJN AY0497.

<sup>13</sup> Hof Arnhem 4 november 2008, RAV 2009, 6 en Hof Amsterdam 4 november 2008, zaaknr. 106.004.001.

<sup>14</sup> HR 17 oktober 2008, RvdW 2008, 961.

<sup>15</sup> Mr. E.J. Wervelman, “Voordeelsverrekening ex art. 6:100 BW van uitkering uit hoofde van particuliere AOV bij letselschade”, *PIV-Bulletin* 2009, 4.

<sup>16</sup> Mr. E.J. Wervelman, “Voordeelsverrekening ex art. 6:100 BW van uitkering uit hoofde van particuliere AOV bij letselschade”, *PIV-Bulletin* 2009, 4 en Mr. E.J. Wervelman, “Voordeelsverrekening bij letselschade van uitkeringen uit hoofde van particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen”, *TVP* 2010, 1.

<sup>17</sup> Mr. E.J. Wervelman, “Voordeelsverrekening bij letselschade van uitkeringen uit hoofde van particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen”, *TVP* 2010, 1.

<sup>18</sup> HR 1 oktober 2010, VR 2011, 24.

<sup>19</sup> HR 28 november 1969, NJ 1970, 172.

<sup>20</sup> Mr. A.T. Bolt, “Uitkeringen uit verzekering, wat doen we er mee? Een beschouwing naar aanleiding van HR 1 oktober 2010, LJN BM7808”, *AV&S* 2011, afl. 2.

<sup>21</sup> Mr. E.J. Wervelman, “Voordeelsverrekening bij letselschade”, *TVP* 2010, nr. 4.

<sup>22</sup> Mr. E.J. Wervelman, “Voordeelverrekening bij sommenverzekeringen”, *PIV-Bulletin* 2010, 8.

<sup>23</sup> Mr. A.T. Bolt, “Uitkeringen uit verzekering, wat doen we er mee? Een beschouwing naar aanleiding van HR 1 oktober 2010, LJN BM7808”, *AV&S* 2011, afl. 2.

<sup>24</sup> Rb. Den Haag 27 juni 2012, LJN BX2018 en Rb. Den Haag 6 juli 2012, LJN BX2021.

<sup>25</sup> HR 3 oktober 2008, NJ 2009, 80 en HR 17 oktober 2008, *RvdW* 2008, 961.

<sup>26</sup> Mr. A.T. Bolt, “Uitkeringen uit verzekering, wat doen we er mee? Een beschouwing naar aanleiding van HR 1 oktober 2010, LJN BM 7808”, *AV&S* 2011, afl. 2.

<sup>27</sup> Mr. R. Rijnhout, “Kroniek AV&S Schadevergoedingsrecht”, *AV&S* 2012, nr. 4.

<sup>28</sup> Hof Amsterdam 4 november 2008, zaaknr. 106.004.001.



# Reactie op bijdrage A.F.J. Blondeel, GVR, in PIV-Bulletin 2012, 3



Mr. Joost Wildeboer (LSA), mr. Marco Zwagerman (ASP) en mr. Henri Pelckmans (WAA)

**De *cri de cœur* van Armand Blondeel in het PIV-Bulletin van april 2012 is helder: laten we nu voor eens en altijd een einde maken aan de almaar de kop opstekende door iedereen als vervelend ervaren BGK discussie op dossier niveau.**

Als BGK commissie van LSA/ASP/WAA kunnen we die handschoen niet onaangeroerd laten liggen. Want dat er ons een handschoen voor de voeten geworpen wordt, is duidelijk. We zouden ons als advocaten immers moeten bezinnen op onze positie binnen de 'letselschademarkt' en wel 'binnen de sociale functie van het verzekeringrecht'.

Blondeel geeft daarbij ook nog wat vingerwijzingen hoe een advocaat zou moeten manoeuvreren. Ons doel zou niet alleen positioneel onderhandelen moeten zijn, maar ook het gezamenlijk werken aan een wederzijds aanvaardbare oplossing voor letselschadezaken.

Laat er geen enkel misverstand over bestaan: een letselschade advocaat heeft maar één belang te dienen en dat is dat van zijn cliënt. Een advocaat zal in beginsel altijd een buitengerechtelijke oplossing nastreven, op basis van overleg met (de verzekeraar van) de aansprakelijke partij. Maar als een buitengerechtelijke oplossing in het belang van de cliënt niet lukt, zal de advocaat de weg naar de rechter kiezen. Een wederzijds aanvaardbare oplossing is natuurlijk mooi, maar kan nooit het ultieme doel zijn van de advocaat. Dat is alleen een *voor zijn cliënt* aanvaardbaar eindresultaat.

Art. 6:96 BW is niet bedoeld om rechtshulp te financieren, het is - anders dan Blondeel blijkbaar ingang wil doen vinden - zeker geen subsidie waar verzekeraars in hun voordeel sociaal maatschappelijke verwachtingen op kunnen bouwen, ook niet in feitelijke zin. Met het artikel wordt slechts vastgelegd dat redelijke kosten van rechtsbijstand ook een schadepost vormen van het slachtoffer, naast andere schadeposten. En meer moet er niet in worden gelezen.

Onnodig is de onderliggende teneur van het stuk van Blondeel, waar hij advocaten lijkt aan te wijzen als belangrijkste schuldige voor de voortgaande BGK discussies op dossierniveau, als hij suggereert dat zij niet willen helpen om het vraagstuk van een redelijke begroting van BGK naar een goed einde te varen (zie slot van zijn bijdrage).

In het najaar van 2010 waren LSA, ASP en WAA de initiatiefnemers tot overleg met de verzekeraars verenigd in het PIV over normering van BGK, juist om vervelende en weer BGK kostende discussies als door Blondeel genoemd te voorkomen. Zij hebben aan het PIV toen een normering op uurtariefbasis voorgesteld met een marge van een totaal aan kosten waarbinnen over de redelijkheid van de kosten behoudens evidente onredelijkheid niet gediscussieerd zou hoeven te worden. Het PIV bleek na interne discussie bereid om een door LSA/ASP/WAA voorgestelde normering op uurtariefbasis te aanvaarden. In vervolg overleg bleek dat partijen op het gebied van de omvang van acceptabel geachte - te normeren - uurtarieven helemaal niet zo ver uit elkaar lagen, en bij door onderhandelen er vast wel uit zouden zijn gekomen. Verzekeraars wilden echter per se vast houden aan de PIV-staffelbedragen als bovengrens van de hiervoor bedoelde marge, met als voor de hand liggende consequentie dat er in beginsel dus ook niet meer dan die bedragen zou worden betaald. Want zou dat wel gebeuren, zo werd gezegd, dan zou het PIV gedonder krijgen met de intekenaars (niet advocaten) op de PIV-Overeenkomst buitengerechtelijke kosten (BGK).

Deze opstelling van verzekeraars zou in de praktijk gaan betekenen dat zij aan gespecialiseerde letselschade advocaten wel minder zouden gaan betalen dan de PIV-staffelbedragen indien op genormeerde uurtariefbasis minder zou zijn te declareren dan de PIV-staffelbedragen, maar dat zij daar tegenover niet meer dan die PIV-staffelbedragen zouden (willen) betalen als declaraties op genormeerde uurtariefbasis daarboven uit zouden stijgen.



> Het is voor verzekeraars dan van twee walletjes willen eten. Dat door verzekeraars - gezien de twee walletjes: oneigenlijk - vasthouden aan de PIV-staffelbedragen als top van de hiervoor bedoelde marge vormde het breekpunt in de onderhandelingen. Dat breekpunt kwam van verzekeraars, niet van de kant van de advocaten. Blijkbaar was Blondeel ten tijde van het schrijven van zijn artikel niet op de hoogte van dit normeringsinitiatief van de gespecialiseerde letselschade advocatuur, en als hij dat wel was, heeft hij niet of onvoldoende geweten van de inhoud van de onderhandelingen. Want anders had hij zich over de rol van de letselschade advocatuur in zijn artikel wel genuanceerder uitgedrukt. De lezers van het PIV-Bulletin weten nu in ieder geval beter.

Terzijde over de PIV-Overeenkomst BGK vanuit verzekeraarsoptiek is de PIV-staffel natuurlijk een verdedigbaar instrument om de buitengerechtigde kosten mee te begroten. Het maakt dit schadeonderdeel voorspel- en beheersbaar. Als het echter al zo is dat de PIV-staffel, toegepast op een zeer groot aantal zaken, voor schade expertise bureaus gemiddeld genomen redelijk uitpakt, wil dat niet zeggen dat dit op dossier niveau voor advocaten ook zo is. Soms is het nu eenmaal nodig, bijvoorbeeld uit schade beperkend oogpunt, in een individuele zaak veel

tijd te investeren. Het is dan niet redelijk die tijd, die per saldo zorgt voor een lagere schadelast, via de PIV-staffel voor rekening te laten komen van de advocaat. En het is niet zo dat een advocaat dossiers waarin veel tijd gestoken is, kan 'compenseren' door dossiers waarin met een geringe tijdsbesteding een hoge vergoeding wordt bewerkstelligd. Lang niet alle advocaten hebben praktijken met gemiddelde zaken waarin het via vaste totaalhonoraria per zaak gemiddeld wel goed komt. En tenslotte maar niet onbelangrijk: een advocaat is het gedragsrechtelijk ook niet toegestaan om zijn beloning vast te stellen op een percentage of deel van de opbrengst van een zaak. Het zijn een paar redenen waarom de PIV-staffel voor advocaten dus geen maatstaf *kan* zijn.

Wat de toekomst betreft: de BGK werkgroep LSA/ASP/WAA schuift met de verzekeraars verenigd in het PIV onmiddellijk weer aan tafel, als die verzekeraars het er onderling dan over eens zijn geworden dat de sleutel van een oplossing van de BGK problematiek in verhouding tot de advocatuur ligt bij henzelf, door binnen een normering op basis van uurtarieven niet meer krampachtig vast te houden aan de PIV-staffelbedragen als uiteindelijk toch maar het slot op de deur.

---

## Naschrift

In de reactie van de heren Wildeboer, Zwagerman en Pelckmans wordt uitvoerig gerefereerd aan de - overigens informele - gesprekken met een PIV-delegatie over een mogelijke normering van de BGK, waartoe zij ruim twee jaar geleden een eerste voorstel gedaan hebben.

Zij geven echter op een belangrijk punt het verloop van deze gesprekken niet goed weer.

LSA, ASP en WAA willen dat verzekeraars de omvang van de gevorderde BGK slechts zeer marginaal toetsen, wanneer deze niet uitkomen boven een bepaalde marge ten opzichte van de PIV-staffel. Daarbij vergeten zij te melden dat zij deze marge wel zeer ruim zagen (soms wel zelfs meer dan 50%).

Wanneer verzekeraars hiermee akkoord zouden gaan, leggen ze een bom onder hun eigen PIV-staffel. Dat is niet aan de deelnemers van de PIV-Overeenkomst BGK uit te leggen. Immers, dat zou pas van twee walletjes eten betekenen!

Onze delegatie heeft toen inderdaad gesteld dat de grens van de bedoelde marge niet hoger kan zijn dan de bedragen van de PIV-staffel.

Kennelijk is dat door de heren niet helemaal goed begrepen, daar zij er in hun reactie van uitgaan dat verzekeraars nooit meer willen betalen dan de PIV-staffelbedragen. Zij noemen dat zelfs het slot op de deur.

Dat is echter een misvatting; boven deze staffelbedragen geldt de normale tweede redelijkheidstoets, die er wel degelijk toe kan leiden dat er in bepaalde gevallen meer vergoed wordt, hetgeen in de praktijk regelmatig het geval is.

Terecht stellen de heren dat deze discussie voor verzekeraars een breekpunt was. Dat breekpunt ligt volgens mij echter veel dieper. Advocaten gaan ervan uit dat zij per definitie een hoger uurtarief kunnen rekenen - en daarmee dus namens het slachtoffer een hogere vergoeding voor BGK - dan niet-advocaten. Zij halen daar allerlei argumenten bij, zoals hun opleiding personenschade van de Grotius Academie en hun tuchtrecht.

Het PIV is echter van mening dat het in de meeste zaken bij de redelijkheidstoets van de BGK en meer in het bijzonder het gehanteerde uurtarief eerder gaat om de zwaarte van de zaak dan om de persoon van de belangenbehartiger. Als LSA, ASP en WAA dat ook zouden inzien, is er wel degelijk een sleutel voor een oplossing van de BGK-problematiek voorhanden.

Theo Kremer, directeur Stichting PIV

# De waarde van smartengeld



Mr. A. Kolder  
Houkes c.s. Advocaten/Docent en  
Onderzoeker RuG

Elk jaar organiseert de vakgroep Privaatrecht & Notarieel Recht van de Rijksuniversiteit Groningen (RuG) een letselschadecongres. Dit jaar werd het congres georganiseerd in samenwerking met het juridisch vakblad Verkeersrecht. Het thema van het congres op 8 oktober 2012 was: smartengeld. Ook nu reisde een gemengd gezelschap van advocaten, letselschadespecialisten, verzekeraars, rechters, wetenschappers en studenten af naar Groningen.

Met het congres werd getracht een bijdrage te leveren aan het debat over mogelijke ontwikkelingen en verbeteringen op het gebied van het toekennen van smartengeld (art. 6:106 BW) in civielrechtelijke overlijdens- en letselschadezaken. Temeer nu smartengeld enerzijds door slachtoffers, naasten en nabestaanden als een belangrijke erkenning van aangedaan leed wordt beschouwd, maar anderzijds in de praktijk veelal slechts als sluitpost fungeert en qua vergoeding (sniveau) sprake (b)lijkt te zijn van 'stilstaand water'.

In zijn openingswoord wees prof. mr. N. Frenk<sup>1</sup> op het stagneren van de hoogte van de in de Nederlandse rechtspraktijk toegekende smartengeldbedragen. Hiermee loopt Nederland niet in de pas met de ons omringende landen. Ondanks dat volgens Frenk de rechtspraak van de Hoge Raad tot nu toe niet bemoedigend is om dit patroon te (kunnen) doorbreken, pleitte hij - nu zijns inziens het casatiesysteem daaraan niet in de weg staat - voor een meer sturende rol van de Hoge Raad.

Prof. mr. C.C. van Dam<sup>2</sup> stond stil bij smartengeld in internationaal perspectief. Hij ging allereerst in op de problemen van de *begroting* van smartengeld in individuele gevallen. Vooral stond Van Dam in dat kader stil bij de daartoe in Engeland door een speciale commissie opgestelde *Guidelines General Damages*<sup>3</sup>, waarin een overzicht is opgenomen van bedragen per soort letsel. In deze guidelines worden bandbreedtes en gezichtspunten gegeven, aan de hand waarvan in het concrete geval kan worden bepaald of men zich moet richten op het gebied boven- of juist onderin de betreffende bandbreedte. Periodiek worden de (hoogtes van) aangegeven bedragen opnieuw tegen het licht gehouden. De guidelines beogen de consistentie ingeval van gelijksoortige letsels te bewaken en een hulpmiddel te bieden voor de praktijkjurist. Wellicht kan men hieraan in Nederland inspiratie ontleen, aldus Van Dam. Ook stond Van Dam stil bij de hoogte van smartengeldbedragen: in tegenstelling tot het buitenland blijkt in ons land geen sprake te zijn van een intrinsieke stijging. Van Dam ziet als een reden daarvoor dat in Nederland het door de Hoge Raad gegeven toetsingskader (vergelijkbare gevallen, maximaal toegekende bedragen, buitenland niet beslissend, geldontwaardiging<sup>4</sup> te beperkt is, omdat daarin vooral het gezichtspunt ontbreekt van (zich wijzigende) *maatschappelijke*

*opvattingen* over wat een passende vergoeding is. Net als Frenk pleitte Van Dam voor een minder marginale toetsing door de Hoge Raad. Voorts ziet hij een grotere rol weggelegd voor feitenrechters en advocaten: zij dienen het onderwerp smartengeld een prominenter onderdeel van het juridisch debat te maken.

Prof. mr. A.J. Verheij<sup>5</sup> wijdde zijn bijdrage aan de functie van smartengeld. Hij hield het publiek daartoe twee mogelijke benaderingen voor, een zogenoemde *rights based*- (schending van een *fundamenteel recht als zodanig* geeft aanspraak op smartengeld) en een *damaged based*-benadering (smartengeld ter compensatie van *de gevolgen* van een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis). Verheij wees erop dat in letselschadezaken doorgaans sprake is van een *damaged based*-benadering; enkel vergoeding bij aantoonbaar schadelijke gevolgen. Verheij noemde ter illustratie het leerstuk van shockschade, waar voor een succesvolle claim van geestelijk letsel (een in de psychiatrie erkend ziektebeeld) sprake moet zijn. Verheij vroeg zich af of een *rights based* benadering misschien wenselijker zou zijn, omdat dan moeilijke vraagstukken als bijvoorbeeld het onderscheid tussen het verdriet (affectieschade komt niet voor vergoeding in aanmerking) en de schok worden voorkomen. Verheij meent dat het bij shockschade wellicht beter is de focus te leggen op een rechtsinbreuk (aantasting *family life*, art. 8 EVRM) dan op de emotionele gevolgen. En waar de Nederlandse wetgever een vergoeding van affectieschade (nog) niet mogelijk heeft gemaakt, wijst hij ook daar op de mogelijkheid van een *rights based*-benadering: degene wiens fundamentele recht op *family life* wordt verstoord door het overlijden of door de ernstige verwonding van een naaste heeft recht op vergoeding van immateriële schade. De focus ligt daarbij op de rechtsinbreuk als zodanig en niet op de emotionele impact bij naasten en nabestaanden. Met zijn referaat gaf Verheij een boeiende alternatieve kijk op de mogelijkheden die het recht zou kunnen bieden bij een aanspraak op smartengeld.

Mr. Chr.H. van Dijk<sup>6</sup> stond stil bij de rol van de advocaat ten aanzien van de aanspraak op smartengeld. Van Dijk vergeleek de ontwikkeling van de smartengeldbedragen in Nederland eveneens met stilstaand water; er zit geen of nauwelijks beweging in. Volgens Van Dijk vinden tussen de belangenbehartiger en verzekeraar dikwijls weinig verheffende discussies plaats: doorgaans is enkel sprake van verwijzing naar nummers uit het Smartengeldboek van de ANWB, waar vaak essentiële informatie ontbreekt om een goede vergelijking te kunnen maken. Er moet meer gemotiveerd en gepersonaliseerd worden, aldus Van Dijk. Hij meent dat (de rechter) meer inzicht in het leven van het slachtoffer gegeven moet worden; het gaat om 'het verhaal' achter de zaak. Niet 'wegkijken' van het leed, maar juist illustreren door middel van bijvoorbeeld foto- of

- > videomateriaal. Op die manier is volgens Van Dijk moeilijker aan het leed 'te ontsnappen' dan wanneer enkel een 'droge' beschrijving van de situatie op papier wordt gezet.

Prof. mr. G. de Groot<sup>7</sup> stond stil bij de rol van de rechter op het gebied van smartengeld. Ook volgens haar wordt smartengeld vaak maar als 'restpost' beschouwd en gaat in een procedure (veel) meer aandacht uit naar bijvoorbeeld een schadepost als het verlies van verdienvermogen. Bovendien is volgens haar het onderwerp vooral ter beoordeling van de feitenrechter, omdat de Hoge Raad zich terzake (tot nu toe) terughoudend opstelt. De rechter baseert zich volgens De Groot bij het beoordelen van de hoogte van het bedrag in het concrete geval voor een (groot) deel - met in achtname van de juridische kaders en gekoppeld aan kennis en ervaring - op intuïtie. Dit omdat objectieve aanknopingspunten ontbreken. Wel wordt voor (in ieder geval) de bandbreedte het Smartengeldboek van de ANWB geraadpleegd. Omdat daarin enkel rechterlijke uitspraken staan, waarvan het vermoeden rijst dat deze niet representatief zijn voor de gehele markt, bestaat volgens De Groot eveneens behoefte aan informatie over de toekenning van smartengeld in het minnelijke traject. De indruk is namelijk dat de daarin toegekende bedragen hoger liggen. Ook De Groot wijst er net als Van Dijk op dat 'het verhaal' van het slachtoffer ten overstaan van de rechter goed/beter verteld moet worden, bijvoorbeeld ter zitting (mede) door het slachtoffer zelf: niet kan worden volstaan met het enkel opnoemen van (nummers van) vergelijkbare gevallen uit het Smartengeldboek van de ANWB. Tot slot stond De Groot nog stil bij verwachtingen en behoeftes van slachtoffers. Zij maakte daarbij onderscheid tussen distributieve (uitkomst) en procedurele (hoe is de behandeling/bejegening) rechtvaardigheid. Gelet op dit onderscheid wees De Groot er op dat niet enkel aandacht uit moet gaan naar de vraag of bedragen omhoog moeten, maar ook hoe het slachtoffer in een letselschadezaak wordt behandeld/bejegend.

Na de bijdragen van de sprekers vond onder leiding van mr. J. Sap<sup>8</sup> een paneldiscussie plaats. Panelleden waren mw. mr. G.M. van Wassenaer<sup>9</sup>, mr. F.Th. Kremer<sup>10</sup> en mr. A.H. Sas<sup>11</sup>. Het debat werd gevoerd mede aan de hand van door de sprekers en panelleden zelf ingebrachte stellingen. In dat kader wees Sas op het spanningsveld tussen de behoefte aan een vlotte regeling van zaken enerzijds en anderzijds de wens van een op maat gesneden vergoeding. Hij opperde bedragen tot op zekere hoogte te normeren. Van Wassenaer pleitte ervoor ook te kijken naar hoe mogelijk nog levensvreugde aan het slachtoffer kan worden teruggegeven: welke concrete bestedingen zijn mogelijk om het leven van een slachtoffer te veraangename? Kremer meende dat de hulp voor een betere begroting van smartengeld niet uit de hoek van de Hoge Raad zal moeten komen. Hij ziet meer in zelfregulering middels projecten van partijen als de ASP, het PIV en De Letselschade Raad. In de loop van het congres vond ook de presentatie van het nieuwste Smartengeldboek 2012 (18e druk) van de ANWB plaats. Nadat mr. M. Schoonderwaldt<sup>12</sup> erop had gewezen dat nu ook een *online*-editie beschikbaar is, overhandigde hij Frenk het eerste exemplaar van de papieren uitgave. Het congres maakte duidelijk dat fundamentele herbezinning op het huidige civielrechtelijke systeem van aanspraak op smartengeld op zijn plaats is. Wat is (zijn) heden ten dage eigenlijk de functie(s) van smartengeld? Moeten de smartengeldbedragen omhoog, en zo ja, waarom en hoe? Is het huidige gesloten stelsel van aanspraak op smartengeld nog wel toereikend (o.a. geen affectieschade vergoed), of is uitbreiding gewenst? Dagvoorzitter prof. mr. F.T. Oldenhuis<sup>13</sup> rondde af met de constatering dat men het er in alle geledingen van de letselschadebranche in ieder geval hartgrondig over eens is, dat het smartengeld niet langer als afrondings- c.q. sluitpost moet fungeren.

<sup>1</sup> Raadadviseur Directie Wetgeving van het Ministerie van Veiligheid en Justitie, tevens bijzonder hoogleraar aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht Vrije Universiteit Amsterdam.

<sup>2</sup> Honorair hoogleraar Europees privaatrecht Universiteit Utrecht, tevens visiting professor King's College London en Queen Mary, University of London.

<sup>3</sup> Judicial Studies Board, Guidelines for the Assessment of General Damages in Personal Injury Cases, 11th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2012).

<sup>4</sup> HR 8 juli 1992, NJ 1992, 714 (AMC/O) en HR 17 november 2000, NJ 2001, 215 (Druifff/Bouw).

<sup>5</sup> Hoogleraar privaatrecht Rijksuniversiteit Groningen.

<sup>6</sup> Advocaat Kennedy Van der Laan Advocaten, Amsterdam.

<sup>7</sup> Raadsheer Hoge Raad der Nederlanden, tevens bijzonder hoogleraar rechtspraak en conflictoplossing Vrije Universiteit Amsterdam.

<sup>8</sup> Vicepresident Rechtbank Utrecht.

<sup>9</sup> Advocaat Beer advocaten, Amsterdam.

<sup>10</sup> Directeur Stichting Personenschade Instituut van Verzekeraars.

<sup>11</sup> Beleidsmedewerker juridische zaken Slachtofferhulp Nederland.

<sup>12</sup> Manager front office legal affairs ANWB.

<sup>13</sup> Universitair hoofddocent vakgroep Privaatrecht en Notarieel recht, tevens bijzonder hoogleraar religie en recht Rijksuniversiteit Groningen.

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: Quantes, Rijswijk