



VERBOND VAN VERZEKERAARS
PLATFORM PERSONENSCHADE

PIV Bulletin

Hoe combineer je een letselschade-
vergoeding en een bijstandsuitkering?

pagina 16

Wanneer is persoonlijk
onderzoek toegestaan?

pagina 10

Voordeelsverrekening &
transitievergoeding
opnieuw onder
de aandacht!

pagina 26

#2

Voorwoord

- ▲ Straal, stof, standvastigheid

– Armand Blondeel

pagina 3-4

Leren en Inspireren

- ▲ De invloed van de (veronderstelde) verzekeringsdekking op aansprakelijkheid en draagplicht

– Aernout Santen

pagina 5-9

Achtergrond

- ▲ Persoonlijk onderzoek: wanneer mag het?

– Petra Oskam

pagina 10-15

Leren en Inspireren

- ▲ Letselschadevergoeding en bijstandsuitkering

– Mariken Peters en Jolette Derksen

pagina 16-24

Bijlage

- ▲ Literatuurverwijzing

pagina 25

Achtergrond

- ▲ Voordeelsverrekening en transitievergoeding opnieuw onder de aandacht!

– Karin Demmer en Remco Wieskamp

pagina 26-33

Interview

- ▲ Elke organisatie lijdt aan generatiediversiteit met Aart Bontekoning

– Peter van Steen

pagina 34-37

Actueel

- ▲ De Hoge Raad spreekt zich uit over aansprakelijkheid voor ongeschikte medische hulpzaken

– Lisan Homan en Stijn Könning

pagina 38-39

In 't Veld

- ▲ Arjen van Iwaarden, Programmamanager Platform Personenschade

pagina 40

Het PIV Bulletin is een uitgave van het Platform Personenschade van het Verbond van Verzekeraars over nieuws en feiten in de wereld van letselschade. Het PIV Bulletin wordt kosteloos verstrekt aan deelnemers en relaties van het Verbond. Het Platform Personenschade (voorheen stichting PIV) wil namens de verzekeringsbranche en samen met stakeholders het leed door letsel voor slachtoffers en hun naasten zoveel mogelijk beperken.

Redactie

Astrid Ales (a.s.r.)

Claire Blaauw (VvAA)

Armand Blondeel (a.s.r.) | Voorzitter

Hieron van der Hoeven (Allianz Benelux)

Astrid Klerx (redactiesecretariaat)

Linda van der Meijden (BM letselschade en juridisch advies)

Jeroen Quakkelaar (Andriessen Expertise)

Aernout Santen (Centramed)

Peter van Steen (tekstschrijver)

Ingrid Terlien (Medirisk)

Monique Volker (NN)

Redactieadres

Het PIV Bulletin wordt met veel zorg vervaardigd, en is afhankelijk van schrijvers uit de branche.

Is u iets opgevallen,

of wilt u iets schrijven?

Mail uw reactie aan:

redactiepersonenschade@verzekeraars.nl

'Richtlijnen voor schrijvers' staan op www.stichtingpiv.nl

Ontwerp en opmaak

3MegaWatt.nl

Oplage

1.800

Stichting PIV

Bordewijklaan 2

2591 XR Den Haag

(070) 333 88 75

www.stichtingpiv.nl



door Armand Blondeel
| NIVRE Register Expert

Straal, stof, standvastigheid

Love comes to you and you follow;
lose one, on to the heart of the sunrise
Sharp! Distance! How can the wind
with its arms all around me

Bizar, zo overpeins ik, terwijl ik "COVID-19-opgehoekt", vanachter mijn laptop door het raam naar buiten kijk. Tot half maart 2020 draaiden de ruitenwissers van mijn auto overuren, tijdens een weertechisch gesproken ongekennd natte en sombere start van het jaar 2020. Vervolgens, vanaf de "lockdown" van 15 maart 2020, tot inmiddels "Woningsdag" 27 april, heeft de zon vrijwel onafgebroken aan een strakblauwe lucht staan stralen. Maar niks mooie lenteritten langs weilanden vol veulens en viooltjes, olmen en ooievaars. Niet doorkruisen we de boeiende, want met bloesem bloeiende Betuwe en ook cruisen we niet onder het frisgroene bladerdak van onze in de lente weer ontwakende bossen. Nee, het is thuiswerken geblazen, als kasplantjes achter glas, met tv en sociale media als enige ruimere vensters op een stilgevallen wereld. "Kop op Nederland", lachen de lichtstralen van de zon: "haal in deze stralend sombere tijden maar eens het beste uit jezelf, ik licht jullie wel bij. Mijn stralenkrans-corona is al vanaf de start der tijden veel krachtiger dan welk vermaleddij virus dat op aarde waagt rond te waren ook." Hoop straalstroomt de thuiswerkvensters binnen.

**Lost on a wave and then after;
Dream on, on to the heart of the sunrise
Sharp! Distance!**

Stof. Berkenstuifstof verzamelt zich op onze stilstaande auto's. Prikkelende neusvleugels, een nies. Gelukkig, slechts hooikoorts, oude vijand voelt dit voorjaar als een vertrouwde, onschuldige vriend. Stof, tot nadenken ook, stuift tot in alle hoeken en kieren van de samenleving. Creativiteit wordt in vele hersenkwabben geprikkeld. We videobellen onze gespreksstof door de ether. Als een soort van surrogaatoploskoffie voor de wekelijkse huis- en kantoorbezoeken. Hulde voor degenen met schoolgaande kinderen thuis, die naast het eigen huishoudwerk en thuiswerkwerk, ook nog huiswerkouder moeten zijn. We moeten diep door het stof tijdens deze crisis, soms stiekem als hamsterende hamsters, liever als meewerkende mieren en beter nooit als lamgeslagen lemmingen. Weer lacht de zon, onze eigen ster en gemeenschappelijk bron, vanuit het hart van zijn schijnsel. Sterrenstof zijn we, collectief, de hele kosmos, niets en niemand uitgezonderd. ▲

Lost in their eyes as you hurry by; counting the broken ties they decided Love comes to you and then after; dream on, on to the heart of the sunrise

In dit bulletin sterrenstof tot nadenken over bijstand. Participeren binnen de Participatiewet. Terwijl de ganse professionele sportwereld stilligt, gaat het werk voor het sterrenteam van personenschadeprofessionals gewoon door. Uitdagende en sportieve prestaties zijn er te leveren, binnen het collectieve vangnet voor de kwetsbaren in de samenleving.

Lost on a wave that you're dreaming; dream on, on to the heart of the sunrise Sharp! Distance!

Stof tot nadenken over het bieden van persoonlijke hulp, daar waar een gerechtvaardigde persoonlijke aanspraak bestaat. Individu moet het collectief geen loer willen draaien. Gedragcodes gelden over en weer, proportioneel en subsidiair. Handel op basis van reciprociteit, is zo'n fijn verzekeringsadagium. Collectief en eendrachtig opstellen is het motto, ook in een anderhalvemetersamenleving, waarbinnen afstand, hopelijk tijdelijk, de maat is.

Straight light moving and removing; sharpness of the color sun shine Straight light searching all the meanings of the song

Stof tot nadenken over het adagium vele kleintjes maken één grote. Over dat niet elke veronderstelling ook is wat ie bij een eerste beschouwing lijkt. Dat juist in een crisistijd weer eens heel erg duidelijk wordt, dat collectieve actie en ondernemerschap, het draagvlak voor ieder individu versterkt. De kost gaat ook daarbij voor de baat uit. Ergens moet de rekening worden neergelegd. De onderlinge draagkracht is daarbij niet steeds hetzelfde. Niet alleen verzekering, maar ook verzekerbaarheid blijft onze aandacht vragen.

Long last treatment of the telling that relates to all the words sung Dreamer easy in the chair that really fits you

COVID-19 in 2020. Collectieve druk op hulpverleners in de medische zorg. Druk op het collectief van de samenleving, waarin ieder naar draagkracht en vermogen haar of zijn steentje moet bijdragen. De hele wereld die tot stilstand komt, wie had dat gedacht ooit mee te maken? Ondernemers en ondernemingen die zich staande proberen te houden en de crisis hopen te kunnen uitzitten. Werknemers die zich zorgen maken over hun baan. Overheidssteun die in de honderden miljarden gaat lopen. Het betalen van de rekening, wat uiteindelijk, voorover het geen voorlopig uitstel van betalingsverplichtingen betreft, door het collectief opgebracht zal moeten worden.

Wat een aardig bruggetje oplevert naar de laatste bijdrage in dit Bulletin, waarin het handelt over de redelijkheid van verrekening van een transitievergoeding met nettoschade wegens verlies van arbeidsvermogen.

Hoewel we niet direct levensreddend werk leveren, blijken we als vooralsnog krachtige verzekeringsindustrie maatschappelijk zeker relevant. Waar heel de wereld in transitie is, of in ieder geval lijkt te zijn, vormt onze branche een sterke wervel in de ruggengraat van de samenleving. Laten we daarbij dagelijks vooral ook met elkaar ruimte proberen te scheppen voor de nodige zonnestralen in elke zaak waarmee we als individu binnen ons sterke collectief doende zijn. Op basis van die oerdegelijke reciprociteit. Geen afstand, maar verbondenheid, genereert toegevoegde waarde. Niemand een verloren gevoel, on to the heart of the sunrise!

Love comes to you and then after; dream on, on to the heart of the sunrise Sharp! Distance! How can the wind with its arms all around me I feel lost in the city

Armand Blondeel
Voorzitter Redactieraad Platform Personenschade

Yes: Yessongs (Live): Heart of the sunrise





De invloed van de verzekeringsdekking op aansprakelijkheid en draagplicht

door Aernout Santen | Centramed

Een bijzonder fenomeen is dat het bestaan van verzekeringsdekking van invloed kan zijn op de aansprakelijkheid: wanneer de aansprakelijk gestelde partij een aansprakelijkheidsverzekering heeft (of had kunnen hebben), kan dat een overweging zijn voor de rechter om tot aansprakelijkheid te besluiten. En dat lijkt best gek; je zou menen: 'je bent aansprakelijk of je bent het niet.'¹

Aan het feitencomplex dat aan de aansprakelijkheidsvraag ten grondslag ligt verandert niets wanneer er al dan niet een verzekering is. En toch kan een partij in voorkomende gevallen juist aansprakelijk zijn omdat hij zich verzekerd heeft. Het wordt pas echt vervelend als een partij aansprakelijk wordt gehouden omdat de rechter veronderstelt dat hij verzekerd is of had kunnen zijn terwijl dat niet zo is.

Dat verzekeringseffect kan twee kanten op werken: een partij kan aansprakelijk worden gehouden omdat hij zich verzekerd heeft, maar het omgekeerde komt eveneens voor: als de schadelij-

dende partij verzekerd is kan dat van invloed zijn op zijn mogelijkheid verhaal te zoeken. Een voorbeeld daarvan geeft het Arrest Fokker-Zentveld². Vliegtuigbouwer Fokker heeft kraanmachinist Zentveld ingehuurd om tegen een bescheiden vergoeding, een uurtarief van 17,50 gulden, met een hijskraan een vliegtuigvleugel van een dekschuit naar een transportwagen te verplaatsen. Tijdens het verplaatsen breekt een bout van de kraan waardoor de vleugel valt, met een schade van 120.000 gulden tot gevolg. Bij het onderzoek naar de toedracht van het ongeval bleek dat de bout een verborgen inwendig gebrek had. De verzekeraar van Fokker

vergoedde de schade en zocht verhaal op Zentveld wegens wanprestatie.

De omvang van de wederzijdse prestaties was van invloed op het oordeel van de Hoge Raad, net als de overweging dat de gebruiker van een ondeugdelijke zaak niet voor ieder risico aansprakelijk is, maar daarnaast was een belangrijke overweging om Zentveld niet aansprakelijk te achten gelegen in de omstandigheid dat Fokker tegen de schade verzekerd was. Dat zou er namelijk blijk van geven dat op grond van de verkeersopvattingen het risico voor rekening van Fokker zou horen te komen. De Hoge Raad overweegt: dat



De verzekeringsdekking als vingervijzing voor de verkeersopvattingen.

de vraag of en in hoever de schuldenaar voor de gebreken van zodanige zaken aansprakelijk is, naar de aard van de overeenkomst, de verkeersopvattingen en de redelijkheid moet worden beantwoord; dat ook bij overeenkomsten als de onderhavige, waarbij een resultaat is toegezegd voor het bereiken waarvan de schuldenaar zich zou moeten bedienen van werktuigen, die, indien zij falen, aan de wederpartij een ernstige schade kunnen berokkenen, de aard der overeenkomst, de verkeersopvattingen of de redelijkheid kunnen meebrengen dat de schuldenaar die aantoonst dat dit falen door hem niet kon worden voorzien, niet het gevolg was van een gebrek aan zorg bij de aanschaffing, het onderhoud en de controle aan het werktuig besteed en ook overigens niet aan zijn schuld te wijten was, voor de door dat falen ontstane schade niet aansprakelijk is; dat dit in het bijzonder het geval kan zijn, indien het falen van het werktuig aan de wederpartij een schade kan berokkenen van een dergelijke omvang dat het, gezien de in verhouding daartoe geringe hoogte van de door de schuldenaar ge-

noten contraprestatie, onredelijk zou zijn de schuldenaar het risico daarvan te doen dragen; dat in dergelijke gevallen ook in de omstandigheid dat het de schuldeiser was die zich voor een dergelijke schade door verzekering had gedekt, een aanwijzing kan worden gevonden dat naar verkeersopvattingen het desbetreffende risico voor zijn rekening was.

De verzekeringsdekking als vingervijzing voor de verkeersopvattingen.

In het hangmat-arrest³ speelde de verzekeringsdekking een allesbepalende rol. Eerst kort de casus: op 13 juli 2005 is aan een jonge vrouw een ongeval overkomen. Zij hing in de tuin bij haar woning een hangmat op aan een gemetselde pilaar. Toen zij in de hangmat lag, is de pilaar kort boven de grond afgebroken en over haar heen gevallen. Zij liep hierbij een hoge complete dwarslaesie op. Verder brak zij haar kaak, neus, jukbeen, oogkas en een rib. Zij heeft na het ongeval tien weken in ziekenhuis gelegen en aansluitend tien maanden gerevali-

deerd. Ze is ernstig geïnvalideerd, voor de rest van haar leven rolstoelgebonden en volledig afhankelijk van de hulp van derden.

De vrouw en haar partner waren ten tijde van het ongeval gezamenlijk eigenaar van de woning waar het ongeval is gebeurd. Omdat zij samen met haar partner een aansprakelijkheidsverzekering (AVP) voor particulieren had afgesloten, en zo'n AVP ook dekking biedt voor letselschade onderling, sprak zij vervolgens haar partner aan in zijn hoedanigheid van (mede)bezitter van de ondeugdelijke pilaar.

Om te beginnen is het natuurlijk zo dat een zaak als deze nooit bij een rechter was gekomen wanneer er geen aansprakelijkheidsverzekering was geweest. Althans, het is zonder verzekering buitengewoon onaannemelijk dat de ene echtgenoot de andere aanspreekt tot schadevergoeding wegens het gezamenlijk bezit van een kennelijk ondeugdelijke opstal. Zo'n schadevergoedingsactie voegt niets toe aan de

vermogenspositie van de twee; er wordt wellicht wat geld verplaatst (en er gaat nog wat af, richting advocatuur) maar het gezamenlijke vermogen neemt niet toe. Dat wordt natuurlijk anders als een partij van buiten, de verzekeraar, betrokken kan worden. In de juridische verhouding ging het om een procedure tussen beide echtelieden, maar in feite was het een procedure tussen de beide echtelieden en de aansprakelijkheidsverzekeraar⁴.

Zonder verzekering was het dus nooit tot een procedure gekomen. In de procedure blijkt vervolgens dat de aanwezigheid van verzekeringsdekking ook voor de Hoge Raad reden is geweest om de reikwijdte van 6:174BW, die beoogt derden te beschermen, uit te breiden naar een bescherming voor medebezitters waarbij de overweging dat dergelijke aansprakelijkheid eenvoudig te verzekeren is, doorslaggevend lijkt. De Hoge Raad overweegt onder 4.3.5: "De bezitters van een opstal plegen zich te verzekeren tegen de risico's van de in art. 6:174 bedoelde aansprakelijkheid. Deze relatief eenvoudige verzekeringsmogelijkheid was ook voor de wetgever een niet onbelangrijk argument ten gunste van de risicoaansprakelijkheid van art. 6:174. Door [eiser 1] en de verzekeraar is niet concreet gemotiveerd aangevoerd dat in het geval een aanspraak van medebezitters op grond van art. 6:174 wordt aangenomen, daardoor wezenlijk afbreuk wordt gedaan aan de mogelijkheid tegen een relatief geringe premie de wettelijke aansprakelijkheid ter zake van schade door gebrekkige opstellen te verzekeren. Evenmin is voldoende aannemelijk geworden dat de vrees voor een onbeheersbare toename van claims als de onderhavige bewaardheid zal worden. In de polisvoorwaarden en door middel van de premiestelling zal de verzekeraar bovendien met de hier bedoelde aanspraken van medebezitters rekening kunnen houden." Er is de nodige kritiek op dit arrest geweest⁵, en deze lijn is later door de HR niet doorgetrokken voor andere kwalitatieve aansprakelijkheden.⁷

Ook de (allesbehalve) tijdelijke regeling verhaalsrechten laat zien dat het verzekerd zijn een rol speelt in de aansprake-

lijkheidsverhoudingen. Artikel 6:197 lid 2 BW regelt immers dat diverse artikelen die de consument ten dienste staan om zijn schade te verhalen, zoals bijvoorbeeld artikel 6:165 BW over de geestelijke of lichamelijke tekortkoming, artikel 6:166 BW over de groepsaansprakelijkheid of artikel 6:185 BW over de productaansprakelijkheid, wél de consument beschermen, maar niet diens gesubrogeerde verzekeraar. Waar de consument met de steun van bijvoorbeeld artikel 6:185 BW een producent had kunnen aanspreken, treedt zijn schadeverzekering niet in de rechten van 6:185 BW. De verhaal zoekende verzekeraar zal het met het gewone aansprakelijkheidsrecht moeten doen.

De billijkheids-correctie houdt in essentie in dat er meer aansprakelijkheid wordt aangenomen bij de doorgaans gemotoriseerde verkeersdeelnemer dan op grond van de causale bijdrage van partijen aan het totstandkomen van het ongeval te rechtvaardigen is.

De billijkheidscorrectie⁸ die kan worden toegepast na de vaststelling van de mate van eigen schuld van een, vaak voor de eigen schade onverzekerd, slachtoffer. De billijkheidscorrectie houdt in essentie in dat er meer aansprakelijkheid wordt aangenomen bij de doorgaans gemotoriseerde verkeersdeelnemer dan op grond van de causale bijdrage van partijen aan het totstandkomen van het ongeval te rechtvaardigen is. Deze billijkheidscorrectie kan bestaan door het feit dat er zoiets als verzekeringsdekking bestaat.

Het al dan niet verzekerd zijn kan niet alleen een rol spelen bij de uiteindelijke beoordeling van de aansprakelijkheid,

maar ook bij eerdere beslissingen die de rechter moet nemen. Vergelijkbare overwegingen zien we bij het toekennen van kosten in bijvoorbeeld het kader van een deskundigenbericht. Met enige regelmaat is te zien dat een rechter de kosten niet bij de verzoeker neerlegt, zoals de hoofdregel van Rechtsvordering bepaalt, maar beslist dat de 'gedaagde' de kosten mag betalen "omdat hij verzekerd is".

Zie bijvoorbeeld: de Rechtbank Den Haag⁹, waarin de rechtbank overwoog: "de rechtbank ziet in het feit dat het hier een medische kwestie betreft en het ziekenhuis is verzekerd tegen eventuele aansprakelijkheid aanleiding om af te wijken van het uitgangspunt van de wet, dat het voorschot op de kosten van de deskundige in beginsel door de verzoekende partij moet worden gedeponeerd". Tijdens de verzoekschrift-procedure was dit geen onderwerp van discussie geweest, het ziekenhuis was daardoor ook niet in de gelegenheid gesteld uit te leggen hoe de afgesloten aansprakelijkheidsverzekering 'werkte'. De rechter had eigener beweging besloten om de kosten maar bij het ziekenhuis te leggen omdat het ziekenhuis – naar hij meende – toch verzekerd was. Het Hof Den Haag¹⁰ draaide die beslissing terug in zijn beschikking van 11 juni 2017 waarin het Hof overwoog: "2.10 Ook de omstandigheid "dat het ziekenhuis is verzekerd tegen eventuele aansprakelijkheid" vormt – daargelaten dat [het ziekenhuis, AS] gemotiveerd heeft betwist dat het voorschot ten laste van haar verzekering zal komen – onvoldoende aanleiding voor een uitzondering op de hoofdregel. Dit geldt te meer nu aan Y een toevoeging is verleend¹¹, hetgeen met zich brengt dat aan haar geen voorschot wordt opgelegd, maar het voorschot voorlopig in debet wordt gesteld".

In een andere zaak, betreffende een schadeclaim naar aanleiding van een metaal-op-metaal-heupprothese, overwoog de rechtbank Rotterdam "Op de comparitie is vastgesteld dat [de arts, AS] in dit geval via het ziekenhuis is verzekerd voor de gestelde schade. Hij zou de schade dus niet zelf hoeven te dragen. Dit zou een argument kunnen zijn om het niet onredelijk te achten hem



de schade toe te rekenen. Daar tegenover staat dat het ziekenhuis dan een deel van de schade zou dragen, vanwege mogelijke beperkingen in de dekking en/of uitkering op grond van de polis, waaronder in elk geval het eigen risico. Los daarvan, de omstandigheid dat een partij verzekerd is tegen de nadelige gevolgen van een schadeveroorzakende gebeurtenis, speelt soms wel een rol bij aansprakelijkheidsvragen, maar het is geen regel dat afwenteling op de verzekerde partij dient plaats te vinden.¹²

Overigens is het verzekeringseffect er lang niet altijd. In de meeste gevallen zijn er geen expliciete overwegingen aan besteed, maar geenszins is uitgesloten dat het vaker een verborgen overweging is die weliswaar niet geëxpliciteerd wordt, maar wel een rol speelt.

Waarom karakter en inhoud van de verzekering relevant zijn

Dat het al dan niet verzekerd zijn van invloed kan zijn, is inmiddels wel duidelijk. Veel minder voor de hand liggend is dat ook de aard van de verzekering en de omvang van de verzekeringsdekking van belang kunnen zijn. Althans, dat een goed begrip van de verzekering, en van wat er nu wel en niet verzekerd is, van belang is. Want weliswaar gebeurt dat

niet expliciet, maar kennelijk bestaat er een soort aanname dat aansprakelijkheidsverzekeringen allemaal hetzelfde, althans vergelijkbaar zijn. De ene verzekering is echter de andere niet, en wie dat niet onderkent kan uitgaan van onjuiste aannames. En op basis van die onjuiste premissen beslissingen nemen. Wat ik in de praktijk zie is dat er veel onbekend is omtrent de aansprakelijkheidsverzekering van ziekenhuizen, en dat dat dikwijls leidt tot onjuiste aannames en beslissingen. Daarom ga ik hier in op het bijzondere karakter van de aansprakelijkheidsverzekering voor ziekenhuizen.

Bij de hiervoor genoemde zaak bij het Hof Den Haag heeft het ziekenhuis gemotiveerd betwist dat het voorschot ten laste van zijn verzekering komt. Op het eerste gezicht is dat opmerkelijk: er is een verzekering, en die is bij de zaak betrokken, maar het voorschot komt niet ten laste van de verzekering. De reden daarvoor is gelegen in het verzekeringsmodel dat voor de Nederlandse ziekenhuizen gehanteerd wordt. Het gaat hier om een verzekering volgens een 'stop loss model' met een hoog eigen behoud (eigen risico per jaar) en daardoor een relatief lage, althans lagere, premie.

In een dergelijk model gaat het ziekenhuis ervanuit dat het in een zeker jaar tenminste een bepaald bedrag aan

aansprakelijkheidsaangelegenheden zal moeten betalen. Het ziekenhuis kan dat volledige bedrag natuurlijk verzekeren, en daar premie, kosten en assurantiebelasting over betalen, maar het kan ook besluiten dat niet te doen en om dat deel van de schade voor eigen rekening te nemen.

Bij het 'stop loss model' draagt het ziekenhuis enkel dat deel van zijn risico over, dat zijn te verwachten aansprakelijkheidsrisico te boven gaat. Het is bij dit model de bedoeling dat de normaal te verwachten schadelast van het ziekenhuis voor zijn eigen risico (eigen behoud) blijft. De verzekering is er voor de uitschieters in de schadelast die het ziekenhuis niet kan of wil dragen. Het ziekenhuis weet daarmee wat het in dat jaar maximaal kwijt is aan eigen behoud en premie.

Een van de effecten daarvan is dat het overgrote deel, zo niet de volledige schadelast in een verzekeringsjaar primair door het ziekenhuis zelf wordt gedragen. Schade die boven dat eigen behoud uitkomt wordt, binnen de grenzen van de verzekeringsvoorwaarden, (secundair) gedragen door het collectief van de ziekenhuizen: de onderlinge waarborgmaatschappij zonder winstoogmerk.

Het eigen behoud van een ziekenhuis kan oplopen van enkele tonnen tot meerdere miljoenen euro's per jaar. En voor dat bedrag is het dus niet verzekerd.

Het stop-loss model maakt het karakter van de ziekenhuisaansprakelijkheidsverzekering heel anders dan dat van bijvoorbeeld een WAM-verzekering. Een WAM-verzekering kent geen eigen risico of behoud¹³ voor de verzekeringnemer, maar alleen premie. Eventuele schade aan derden wordt volledig vergoed door de verzekeraar, en niet door de verzekeringnemer die immers zijn aansprakelijkheidsrisico tegen betaling van een daarbij passende premie volledig heeft overgedragen aan de verzekeraar. In geval van een WAM-verzekering kan dan ook met recht worden gezegd dat het aansprakelijkheidsrisico verzekerd is.

In de literatuur en rechtspraak komt ook de overweging voorbij dat het niet alleen gaat om de vraag of er een verzekering is, maar dat ook relevant is of er een verzekering afgesloten had kunnen worden. De overweging daarbij is dat een partij die zich had kunnen verzekeren, maar dat niet gedaan heeft, niet op clementie hoeft te rekenen wanneer hij aansprakelijk is. Zo'n overweging is bijvoorbeeld te lezen in een vonnis van de Rechtbank Gelderland, die overweegt¹⁴: "De rechtbank acht ten slotte de over en weer opgeworpen stellingen ten aanzien van het verzekerd zijn voor deze schade niet van doorslaggevend belang. Hoewel de door het [ziekenhuis, AS] opgeworpen stelling, dat zij vanwege een overgang van verzekeraar niet verzekerd is voor deze schade, in die zin niet relevant is omdat het gaat om de vraag of het [ziekenhuis] verzekerd had kunnen zijn voor deze schade". De rechtbank veronderstelt dat het ziekenhuis verzekerd had kunnen zijn, maar dat berust op een misvatting. In de betreffende zaak viel de casus buiten dekking omdat er sprake was van een gebeurtenis die zich had voorgedaan vóór de polisin-gangsdatum en de vóórrisicotermin op een claims-made-verzekering. De ziekenhuisaansprakelijkheidsverzekering is een AVB op claims made-basis. Sinds het begin van de jaren negentig van de vorige eeuw is het niet meer mogelijk om een ziekenhuisaansprakelijkheids-verzekering op een andere basis, zoals loss-occurrence of act-committed, te verkrijgen¹⁵.

Overigens overweegt de rechtbank daarna dat "er gelet op de omstandigheden in deze zaak, waarin geen sprake is van verwijtbaar handelen van het [ziekenhuis], geen grond (is) om de schade zonder meer op haar af te wentelen als verzekerde partij (of in dit geval de partij die hiervoor verzekerd had kunnen zijn), nog daargelaten de vraag of een aansprakelijkheidsverzekering een dergelijke vergaande risicoaansprakelijkheid dekt. De rechtbank acht dit dan ook geen argument voor toerekening aan het [ziekenhuis].", waaruit blijkt dat de rechtbank wel belang hecht aan de inhoud van de verzekeringsovereenkomst.

Zo ligt ook de gedachte voor de hand dat een ziekenhuis ervoor heeft gekozen zich volgens een stop loss model te verzekeren, maar dat het zich ook op een 'gewone' manier had kunnen verzekeren, en dat die keuze dan toch maar voor rekening van het ziekenhuis moet komen. Feit is echter dat de commerciële verzekeraars zich terug getrokken hebben uit de markt voor medische aansprakelijkheid voor ziekenhuizen, dat er nog maar een beperkt aantal aanbieders van medische aansprakelijkheidsverzekeringen zijn, een nog kleiner aantal aanbieders van ziekenhuisaansprakelijkheidsverzekeringen en dat die alleen nog stop-loss-verzekeringen op claims-made-basis aanbieden. Eind vorige eeuw zijn de laatste Nederlandse commerciële verzekeraars daar mee gestopt. De enkele buitenlandse aanbieder die nog in Nederland opereert, werkt ook op claims-made-basis volgens een stop loss model. De aanname dat een ziekenhuis veel keus heeft, berust dan ook niet op een grondige kennis van de markt.

Feit is echter dat de commerciële verzekeraars zich terug getrokken hebben uit de markt voor medische aansprakelijkheid voor ziekenhuizen, dat er nog maar een beperkt aantal aanbieders van medische aansprakelijkheidsverzekeringen zijn.

Ook overigens verschilt de ziekenhuisaansprakelijkheidsverzekering van een 'gewone' schadeverzekering zoals een AVP, een AVB of een WAM-verzekering. Bij een 'gewone' schadeverzekeraar worden de premies opgebracht door een grote hoeveelheid verzekerden uit allerlei verschillende branches, waardoor uiteindelijk ook het risico wordt

gespreid over een zeer grote groep verzekerden, waarbij vele kleintjes één grote maken. Bij ziekenhuizen worden alle premies door de ziekenhuizen zelf, en niet door andere partijen, opgebracht. Op dit moment zijn er 81 algemene ziekenhuizen in Nederland en 8 UMC's. Dat is een relatief kleine groep. Via het eigen behoud en de premies worden uiteindelijk alle schades door de ziekenhuizen zelf betaald. De toegevoegde waarde van het verzekeren zit met name in het beheersbaar houden en tot op zekere (maar beperkte) hoogte spreiden van de risico's, en in (schaal)voordelen op het gebied van compliance, riskmanagement, schadebehandelingsexpertise en dergelijke.



Zeer actueel is op dit moment de vraag of schade die is veroorzaakt door ongeschikte hulpzaken op grond van artikel 6:77 BW¹⁶ aan of artsen en ziekenhuizen zou moeten worden toegerekend of niet. Een tweetal zaken betreffende implantaten liggen op dit moment bij de Hoge Raad om juist over die toerekeningsvraag een beslissing te verkrijgen¹⁷. Bij die toerekeningsbeoordeling kunnen de verkeersopvattingen en de overige omstandigheden van het geval een rol spelen. Hiervoor zagen we dat de verzekeringsdekking een vingerwijzing kan zijn voor de verkeersopvattingen, en zonder twijfel valt het aspect van de verzekeringsdekking ook onder de noemer 'overige omstandigheden' te scharen. Wat de beslissing van de Hoge Raad ook wordt, van belang is dat die gebaseerd zal zijn op de juiste feiten, ook waar het de verzekeringsaspecten betreft.¹⁸



Persoonlijk onderzoek: wanneer mag het?

door **Petra Oskam** | advocaat bij
Kennedy Van der Laan

Verzekeraars worstelen in de praktijk regelmatig met de vraag of in een concreet geval wel of niet een persoonlijk onderzoek mag worden ingesteld. In dit artikel bespreek ik drie uitspraken waarin de (on)rechtmatigheid van persoonlijk onderzoek aan bod komt en probeer ik aan de hand daarvan enig houvast te geven bij beantwoording van de vraag onder welke omstandigheden een verzekeraar tot persoonlijk onderzoek mag overgaan.

Inleiding

De Gedragscode Persoonlijk Onderzoek (GPO, 2011) bepaalt dat een persoonlijk onderzoek kan worden ingesteld als het door de verzekeraar verrichte feitenonderzoek te weinig duidelijkheid geeft of "nadat gereede twijfel is ontstaan over de juistheid of volledigheid van de resultaten van het feitenonderzoek, zodanig dat bij de verzekeraar een redelijk ver

moeden van verzekeringsfraude of andere vormen van oneigenlijk gebruik van verzekeringsproducten of diensten is ontstaan." Voorts gaat de GPO uit van de beginselen van:

- proportionaliteit: de belangen van de verzekeraar moeten worden afgewogen tegen die van de betrokkene, waarbij met name het recht op

bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de betrokkene een belangrijke rol speelt; en

- subsidiariteit: de verzekeraar moet bij het verrichten van onderzoek gebruik maken van het minst bezwarende middel. Dus: geen persoonlijk onderzoek als onderzoek door middel van een andere methode nog mogelijk is.

Verdere handvatten om de vraag te beantwoorden of in een concreet geval persoonlijk onderzoek mag worden ingesteld biedt de GPO niet. Indien ná het verrichten van persoonlijk onderzoek blijkt dat het onderzoek niet had mogen worden ingesteld, is sprake van onrechtmatig verkregen bewijs, omdat ten onrechte een inbreuk is gemaakt op het recht op privacy van de betrokkene. Hoewel in civiele procedures waarheidsvinding vooropstaat, strookt het in beginsel niet met het doel van de GPO om de verzekeraar te 'belonen' door het door middel van een onrechtmatig ingesteld persoonlijk onderzoek verkregen bewijs in haar voordeel te laten strekken, zo volgt uit een arrest van de Hoge Raad.¹

Verzekeraars worstelen in de praktijk regelmatig met de vraag of in een concreet geval wel of niet een persoonlijk onderzoek mag worden ingesteld. In dit artikel bespreek ik drie uitspraken waarin de (on)rechtmatigheid van persoonlijk onderzoek aan bod komt en probeer ik aan de hand daarvan enig houvast te geven bij beantwoording van de vraag onder welke omstandigheden een verzekeraar tot persoonlijk onderzoek mag overgaan.

Kelderluik

In een beschikking van de Rechtbank Midden-Nederland van 2 mei 2018² ging het om A, die als bedrijfsleider/barkeeper werkte in het café dat onder meer door zijn moeder werd geëxploiteerd. Op 28 juni 2008 liep hij tijdens zijn werk in het café van de keldertrap af en gleed hij uit. Hij probeerde zich met zijn linker (dominante) hand aan het kelderluik vast te houden. Het kelderluik viel vervolgens dicht, waardoor de vingers van zijn linkerhand tussen het kelderluik kwamen te zitten. De bovenste vingerkootjes van de linker ringvinger en middelvinger moesten worden geamputeerd. A had in vervolg hierop verschillende operaties en behandelingen ondergaan. Na twee jaar had het UWV hem een IVA-uitkering toegekend.

Uit een gezamenlijk overleg verrichte orthopedische expertise bleek dat A naast de fysieke beperkingen gehinderd werd door klachten van angst en passiviteit. Verzekeraar had als bedrijfsaansprakelijkheidsverzekeraar van het café aansprakelijkheid erkend. Op enig moment zag zij aanleiding voor het laten verrichten van een persoonlijk onderzoek. Over de aanleiding daarvan werd in het verslag van het onderzoek het volgende vermeld: "Vanwege het feit dat het door [verzekeraar] ingestelde feitenonderzoek geen of onvoldoende uitsluitsel gaf voor het nemen van een beslissing omtrent de ingediende schadeclaim, kreeg [naam onderzoeksbureau] de opdracht tot het verrichten van een persoonlijk onderzoek in de vorm van dynamisch observatie."

De Gedragscode Persoonlijk Onderzoek (GPO, 2011) bepaalt dat een persoonlijk onderzoek kan worden ingesteld als het door de verzekeraar verrichte feitenonderzoek te weinig duidelijkheid geeft of nadat gerede twijfel is ontstaan over de juistheid of volledigheid van de resultaten van het feitenonderzoek.

Volgens A was verzekeraar ten onrechte overgegaan tot het laten uitvoeren van persoonlijk onderzoek. Hij verzocht de rechtbank om voor recht te verklaren dat de resultaten van het onderzoek in de schaderegeling buiten beschouwing moesten worden gelaten. Uit de beschikking volgt niet wat de resultaten van het verrichte observatieonderzoek waren.

Over de aanleiding van het onderzoek stelde verzekeraar in de deelgeschilprocedure dat het feitenonderzoek onvoldoende uitsluitsel gaf voor het

nemen van een juiste beslissing en dat er gerede twijfel bestond over de resultaten van het feitenonderzoek. Zo bleek uit getuigenverklaringen van A en de café-eigenaren dat A nooit meer in het café kwam, omdat hij dit psychisch niet aan zou kunnen. Volgens een anonieme bron zou A echter wel degelijk in het café komen. Daarnaast was het, zo stelde verzekeraar, gezien de aard en ernst van het letsel – amputatie van twee vingertoppen – niet goed te begrijpen dat A volledig buiten staat zou zijn tot het verrichten van werkzaamheden. Tot slot ging A mogelijke oplossingen voor de door hem gestelde invaliditeit uit de weg. Zo presenteerde hij zich als feitelijk eenarmig, maar liet hij eenvoudig te realiseren aanpassingen van de auto niet uitvoeren, terwijl hij wel bleef autorijden.

De kantonrechter gaat bij de beoordeling van de rechtmatigheid van het persoonlijk onderzoek uit van de aanleiding die in het onderzoeksverslag wordt vermeld, namelijk dat het feitenonderzoek onvoldoende uitsluitsel zou hebben geboden. De kantonrechter meent dat verzekeraar A eerst nog nader had moeten bevragen, voordat zij eventueel tot het persoonlijk onderzoek had mogen overgaan. Volgens de kantonrechter is er "onvoldoende aanleiding om te veronderstellen (...) dat A daar dan waarschijnlijk niet juist op zou antwoorden. A heeft onweersproken gesteld dat [verzekeraar] hem slechts de algemene vraag heeft gesteld of hij nog wel eens in [het café] kwam. Hij heeft erkend dat hij hier niet altijd juist op heeft geantwoord. De kantonrechter merkt op dat het echter van belang is dat een verzekeraar duidelijke vragen stelt, waarbij de achtergrond van de vragen ook duidelijk moet zijn voor de betrokkene. Indien [verzekeraar] wilde weten of A nog in staat was om [het café] in de toekomst over te nemen of dat hij nog in staat was om daar werkzaamheden te verrichten, dan had zij daar duidelijke vragen over moeten stellen en kon zij niet volstaan met de algemene vraag of A nog wel eens in [het café] kwam." Verder is de kantonrechter van oordeel dat verzekeraar, indien zij twijfels had over de ernst van de beperkingen, daarover nadere navraag bij bijvoorbeeld de expertiserend arts had moeten doen. ■

Volgens de kantonrechter heeft verzekeraar kortom nog niet alle mogelijkheden van feitenonderzoek benut en had zij niet tot persoonlijk onderzoek mogen overgaan. De resultaten van het onderzoek moeten dan ook buiten beschouwing worden gelaten.

Overigens is daarmee nog niet gezegd dat A verzekeraar niet heeft misleid. Het verzoek van A om voor recht te verklaren dat hij verzekeraar niet heeft misleid dan wel (geen) onjuiste informatie heeft verstrekt met het doel om verzekeraar te bewegen om tot uitkering over te gaan wordt afgewezen. De kantonrechter acht zich onvoldoende voorgelicht om te kunnen oordelen of sprake is van misleiding en/of het verstrekken van onjuiste informatie.

Loslopende hond

De tweede betreft een uitspraak van het Hof Den Haag van 5 juni 2018.³ Het ging in deze zaak om een ongeval op 17 september 2004. B reed op haar scooter en werd ter hoogte van een park achternagezeten door een loslopende hond. Bij haar vlucht voor deze hond is zij met de scooter ten val gekomen, waarbij haar linker onderbeen bekneld raakte. Verzekeraar had als aansprakelijkheidsverzekeraar van de hondenbezitter aansprakelijkheid erkend. In het schaderegelingstraject betaalde verzekeraar EUR 76.530,- aan voorschotten op de schade (exclusief buitengerechtelijke kosten). Inzet van de procedure bij de rechtbank was terugvordering van de betaalde voorschotten, omdat verzekeraar stelde dat sprake was van fraude. In reconventie vorderde B schadevergoeding.

Na het ongeval klaagde B over sterk invaliderende pijnklachten aan het linkeronderbeen, waardoor zij vrijwel tot niets in staat zou zijn. De behandelend psychiater van B concludeerde dat sprake was van een sterk invaliderend pijnsyndroom. Bij een gezamenlijk verrichte neurologische expertise werd geen anatomisch substraat voor de geuite hevige pijnklachten gevonden. Bij een psychiatrische expertise werd een aanpassingsstoornis geconstateerd. Vervolgens had verzekeraar de kwestie

voorgelegd aan een neuroloog ter beoordeling. Deze concludeerde: "Op basis van het dossier, dat verslagen van vele behandelend artsen bevat als mede twee expertises, zijn er goede gronden om te kunnen spreken van een beeld passend bij simulatie."

Verzekeraar had vervolgens het observatieonderzoek laten uitvoeren. In eerste aanleg wees de rechtbank de vordering van verzekeraar af, omdat zij meende dat fraude niet was komen vast te staan. Daarbij had de rechtbank de resultaten van het door verzekeraar verrichte persoonlijk onderzoek buiten beschouwing gelaten, omdat dit ten onrechte zou zijn ingesteld. De reconventionele vordering werd toegewezen. In hoger beroep komt het Hof Den Haag tot een ander oordeel. Het hof overweegt daartoe (r.o. 3.10 en 3.11):

"Een persoonlijk onderzoek kan worden ingesteld indien "gerede twijfel is ontstaan over de juistheid of volledigheid van de resultaten van het feitenonderzoek, zodanig dat bij de verzekeraar een redelijk vermoeden van verzekeringsfraude of andere vormen van oneigenlijk gebruik van verzekeringsproducten of diensten is ontstaan" (art. 1.1 Gedragscode). Naar het oordeel van het hof kon bij [verzekeraar] in 2012 redelijkerwijs gerede twijfel bestaan over de juistheid van de door [appellante] gepresenteerde feiten. Hiervoor is het volgende redengevend:

- het verloop van de klachten ligt ver buiten de verwachtingen behorende bij het aan [appellante] overkomen ongeval;
- de klachten zijn in belangrijke mate gebaseerd op wat [appellante] daar zelf over zegt en zijn voor de betrokken artsen slechts in beperkte mate objectiveerbaar;
- de klachten zijn volgens [de adviserend arts en neuroloog] en [de neuroloog 2] niet consistent en zijn in de loop der jaren alleen maar toegenomen, hetgeen [de adviseerend arts en neuroloog] ertoe heeft gebracht te veronderstellen dat sprake zou kunnen zijn van simulatie.

Anders dan de rechtbank heeft geoordeeld, heeft [verzekeraar] niet de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit veronachtzaamd. Naar [verzekeraar] heeft aangevoerd, was het in de gegeven omstandigheden nodig vast te stellen wat de dagelijkse bezigheden en beperkingen van [appellante] waren en was het noodzakelijk om daarvoor gebruik te maken van observatieonderzoek omdat andere methoden (zoals interviews) niet tot hetzelfde resultaat zouden kunnen leiden. [Verzekeraar] heeft het onderzoek laten uitvoeren door middel van observaties (buitenshuis) waarbij gebruik is gemaakt van een camera. Nu bij [verzekeraar] het vermoeden van simulatie was gerezen, acht het hof het gebruik van deze methode geëigend."

Het hof gaat vervolgens in op de resultaten van het observatieonderzoek. Volgens [verzekeraar] zou daaruit onder meer blijken:

- dat B gekleed gaat in een strakke spijkerbroek en laarsjes, terwijl zij bij de onderzoeken had aangegeven geen kleding aan haar been te kunnen verdragen en enkel op slippers kon lopen;
- dat zij probleemloos als passagier een uur in een auto kon zitten, terwijl zij stelde grote moeite te hebben met zitten;
- dat zij moeiteloos en zonder beperkingen afstanden loopt.

Het hof concludeert uit het observatieonderzoek dat de foto's **"wel de conclusie lijken te rechtvaardigen dat sprake is van discrepanties tussen hetgeen [appellante] zegt te kunnen en hetgeen zij daadwerkelijk kan."** Het hof (r.o. 3.16) wil echter niet zover gaan dat direct kan worden geconcludeerd dat sprake is van simulatie: **"Dit betekent echter niet zonder meer dat [appellante] haar klachten en beperkingen van meet af aan heeft gesimuleerd, dan wel dat zij deze na verloop van tijd is gaan simuleren. [appellante] geeft bij memorie van antwoord ook diverse nuanceringen en verklaringen voor de observaties van het onderzoeksbureau, die het hof niet zonder meer onaanneemelijk voorkomen (...). Ook is denkbaar is dat zij wel degelijk te kampen heeft**

met de door haar gestelde klachten, maar deze als gevolg van een psychische stoornis (onbewust) groter maakt dan deze in werkelijkheid zijn."

Er wordt een comparitie gelast, tijdens welke [verzekeraar] in de gelegenheid zal worden gesteld hoe zij denkt te kunnen aantonen dat sprake is van simulatie. Voorts wordt B in het kader van haar reconventionele vordering in de gelegenheid gesteld om aannemelijk te maken dat haar schade meer bedraagt dan het reeds betaalde voorschot. De zaak kent een wat onbevredigend einde: uit de einduitspraak van 12 februari 2019 (ECLI:NL:GHDHA:2019:151) blijkt dat B geen verdere stukken ter onderbouwing van haar schade heeft overgelegd, en dat [verzekeraar] het laten doorgaan van de zitting daarom niet opportuun vond. Het hof verwerpt de grieven van [verzekeraar], voor zover deze gericht waren tegen het afwijzen van de vordering van [verzekeraar] in eerste aanleg. Verder wijst het hof de vordering van B alsnog af. Tot een inhoudelijk oordeel over de gestelde fraude komt het dus niet.

Achteropaanrijding

Een derde uitspraak waarin de rechter handvatten geeft bij beantwoording van de vraag of persoonlijk onderzoek toelaatbaar is betreft een vonnis van de Rechtbank Rotterdam van 3 juli 2019.⁴ In deze zaak ging het om een achteropaanrijding op 6 april 2012. De WAM-verzekeraar van de veroorzaker had aansprakelijkheid erkend. C stelde aan de aanrijding klachten te hebben overgehouden. In gezamenlijk overleg tussen partijen hadden een neurologische en een psychiatrische expertise plaatsgevonden. Op de vraag naar de onderlinge samenhang tussen hetgeen C zelf aan hem had verteld, het medisch dossier en zijn eigen onderzoek antwoordde de neuroloog:

"Ten aanzien van de anamnese rond dit ongeval (...) komt de anamnese overeen met de dossierbevindingen. Dit geldt niet voor hetgeen wat heeft plaatsgevonden tussen 2009 en het voorjaar 2012. Volgens het dossier is er



tot 3 weken voor het ongeval nog fysiotherapeutisch behandeld. Zij geeft aan zich daarvan niets te herinneren. Zij meldt dat zij klachtenvrij was en alleen in 2008 een periode rugklachten heeft gehad. (...) Ik stel vast dat er sprake is van inconsistenties. Het feit dat er in het dossier zo frequent melding wordt gemaakt van klachten, maakt het onwaarschijnlijk dat de klachten volledig verdwenen waren, onduidelijk is welke klachten en in welke mate van ernst deze aanwezig waren. (...)"

Ook de psychiater constateerde discrepanties en overwoog daarover:

"Problematisch is in dit geval de evidente discrepantie tussen de gegevens uit het huisartsjournal aan de ene kant en het feit dat betrokkene daarvan geen enkele bevestiging zegt te kunnen geven anderzijds. Ook de neuroloog [naam arts 1] heeft daarop gewezen. Ik vind het lastig om die discrepantie te verklaren. (...) Gelukkig hoeft dat laatste er in dit geval niet aan in de weg te staan om toch tot een inschatting te komen van relevante ongevalsgevolgen. Immers, de vraag of sprake is geweest van pre-existente depressie, angststoornis of PTSS, is alleen dan van belang, wanneer zulke aandoeningen bij betrokkene ook nu nog kunnen worden vastgesteld. (...) Nu ik bij mijn huidige onderzoek geen van

de genoemde aandoeningen meer bij betrokkene aanwezig zie, is die vraag niet meer van doorslaggevende betekenis. Op mijn vakgebied stel ik nu nog alleen [nog] een specifieke situationele fobie vast in de vorm van angst om een auto te besturen of daarin als passagier mee te rijden. Het staat wel vast dat een dergelijke angst betrokkene vóór het ongeval niet heeft verhinderd om autorijles te geven. Die specifieke angst was dus niet pre-existent, en kan nu dus wel in causaal verband met het ongeval worden gebracht. (...)"

Ook in deze zaak had de verzekeraar een observatieonderzoek laten verrichten. C, die in de procedure schadevergoeding vorderde, had zich op het standpunt gesteld dat niet was voldaan aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. De rechtbank overweegt (r.o. 4.4):

"Een persoonlijk onderzoek kan ingevolge artikel 1.1 Gedragscode Persoonlijk Onderzoek (hierna: de gedragscode) onder meer worden ingesteld als "gerede twijfel is ontstaan over de juistheid of volledigheid van de resultaten van het feitenonderzoek, zodanig dat bij de verzekeraar een redelijk vermoeden van verzekeringsfraude of andere vormen van oneigenlijk gebruik van verzekeringsproducten of diensten is ontstaan". Verzekeraar heeft als



“Een moeilijk te objectiveren klachtenpatroon dat ver buiten een normaal te verwachten klachtenpatroon ligt, in combinatie met inconsistenties in het dossier kan leiden tot een redelijk vermoeden van fraude.”

reden voor het doen uitvoeren van een persoonlijk onderzoek aangevoerd dat uit de dossiergegevens bleek dat de stellingen van [eiseres] (bijvoorbeeld over haar (medische) voorgeschiedenis) discutabel waren én dat uit feitenonderzoek (het raadplegen van openbare bronnen op internet) bleek dat [eiseres] haar bevoegdheid tot het geven van rijles had verlengd, terwijl ze kort daarvoor stelde niet eens in een auto voorin te durven zitten. Naar het oordeel van de rechtbank kon op basis hiervan bij verzekeraar in februari 2016 redelijkerwijs gerede twijfel bestaan over de juistheid van de door [eiseres] gepresenteerde feiten, en wel zodanig dat bij verzekeraar een redelijk vermoeden van verzekeringsfraude of andere vormen van oneigenlijk gebruik van verzekeringsproducten of diensten is ontstaan.”

Daaraan voegt de rechtbank toe (r.o. 4.6):

“Bij het verrichten van het persoonlijk onderzoek heeft verzekeraar de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit in acht genomen. Met [verzekeraar] is de rechtbank van oordeel dat het in de gegeven omstandigheden geen zin had om nogmaals bij [eiseres] navraag te doen naar de aanwezigheid en omvang van de op dat moment bij

haar bestaande beperkingen, nu er juist bij herhaling twijfel bestond over de juistheid van de door haar (mondeling) verstrekte informatie. [Verzekeraar] was dus genoodzaakt zich op een andere wijze een beeld te vormen van de activiteiten en mogelijkheden en beperkingen van [eiseres]. [Verzekeraar] heeft daarbij in het kader van de proportionaliteit in redelijkheid kunnen besluiten tot de in haar opdracht uitgevoerde observatie. Daarbij geldt dat het onderzoek gedurende een beperkte periode van maar 2 dagen door middel van observaties uitsluitend vanaf de openbare weg heeft plaatsgevonden. Niet gesteld of gebleken is bovendien dat een andere methode met een minder vergaande inbreuk op de persoonlijke levenssfeer dezelfde informatie had kunnen opleveren. De rechtbank acht het gebruik van deze methode dan ook geschikt. Al met al voldoet het persoonlijk onderzoek aan de daaraan te stellen eisen en kunnen de uitkomsten hiervan aan de stellingen van verzekeraar ten grondslag worden gelegd.”

Aan de uitkomsten van het observatieonderzoek verbond verzekeraar de gevolgtrekking dat C tot allerlei activiteiten in staat was, waarvan zij in het schade-regelingstraject had aangegeven deze

niet meer te kunnen. Zo bleek zij meermaals als bestuurder en rijinstructrice in een auto te hebben gezeten, waar zij gesteld had dat sprake was van een verkeersfobie. Ook bleek zij schijnbaar probleemloos te kunnen bukken, tillen en met het hoofd draaien, waar zij had gesteld daar beperkt in te zijn. C had de bevindingen uit het observatieonderzoek niet weersproken. De rechtbank concludeert dat C onrechtmatig heeft gehandeld jegens verzekeraar. Zij moet de betaalde voorschotten (EUR 15.000,-) terugbetalen, alsmede een deel van de door verzekeraar gemaakte kosten.

Beschouwing

Uit de beschikking van de Rechtbank Midden-Nederland blijkt dat de verzekeraar er verstandig aan doet om de aanleiding van persoonlijk onderzoek zorgvuldig vast te (laten) leggen in het onderzoeksverslag. In deze uitspraak gaat de kantonrechter uitsluitend uit van de daar vermelde aanleiding, en laat hij hetgeen verzekeraar als verdere aanleiding heeft gesteld in de procedure buiten beschouwing.

In de rechtspraak wordt de verzekeraar – doelend op het subsidiariteitsbeginsel – regelmatig tegengeworpen dat de verzekeraar eerst nadere vragen aan de betrokkene had moeten voorleggen, alvorens tot persoonlijk onderzoek over te gaan.⁵ Afgaand op de feiten die in de beschikking worden vermeld is het naar mijn mening discutabel dat de kantonrechter in deze zaak meent dat van de verzekeraar mocht worden verwacht dat zij betrokkene nog meer zou bevragen, alvorens eventueel tot observatieonderzoek over te gaan. Volgens de kantonrechter was er onvoldoende aanleiding om te veronderstellen dat betrokkene niet naar waarheid op nadere vragen zou antwoorden. Dit terwijl betrokkene had erkend dat hij 'niet altijd juist' had geantwoord op de vraag of hij nog weleens in het café kwam. De kantonrechter gaat er hiermee mijns inziens aan voorbij, dat een verzekeraar in grote mate afhankelijk is van de door een betrokkene zelf verstrekte informatie. Als uit feitenonderzoek duidelijk naar voren komt dat niet de waarheid is gesproken,

meen ik dat er veel voor te zeggen is om de betrokkene niet, zoals de kanton-rechter hier lijkt te doen, het voordeel van de twijfel te geven. Ook op de overweging dat verzekeraar bij twijfel over de aard en ernst van de beperkingen verdere navraag had kunnen doen bij de expertiserend arts valt naar mijn mening een en ander af te dingen. Een medisch onderzoek is immers voor een deel gebaseerd op de anamnese. Als daarover aarzelingen bestaan, lijkt het mij nog maar zeer de vraag hoe zinvol het is om nadere vragen aan de expertiserend arts te stellen. Deze is immers doorgaans niet uit op waarheidsvinding.

In de besproken zaak van het Hof Den Haag acht het hof het redengevend dat de klachten ver buiten de verwachtingen liggen, in belangrijke mate gebaseerd zijn op de anamnese en slechts in beperkte mate objectiveerbaar zijn. Hoewel het enkele feit dat sprake is van moeilijk objectiveerbaar letsel uiteraard geen reden is om een betrokkene te onderwerpen aan een persoonlijk onderzoek, zagen we in de rechtspraak al eerder dat dit anders is indien sprake is van een klachtenpatroon dat buiten de 'normale' verwachtingen ligt. Indien sprake is van een 'bizar', onlogisch klachtenpatroon, dat 'niet past binnen het algemene concept van een postwhiplashsyndroom', kan dat bijvoorbeeld een van de redenen zijn om een persoonlijk onderzoek in te stellen, zo oordeelde eerder de Rechtbank Limburg.⁶ Hierbij kan ook een rol spelen dat zich juist bij moeilijk objectiveerbaar letsel, waarbij het bestaan van klachten wordt aangenomen op basis van hetgeen de betrokkene daarover vertelt, lastig een andere vorm van controle daarop laat indenken dan heimelijke observatie.⁷ In de aan het Hof Den Haag voorgelegde zaak had een van de ingeschakelde (partij)deskundigen geopperd dat sprake zou kunnen zijn van simulatie. Het is de vraag of dit geuite vermoeden van simulatie voor het Hof Den Haag doorslaggevend was, of dat er ook zonder dit vermoeden voldoende aanleiding zou zijn geweest voor persoonlijk onderzoek. Ik zou mij kunnen voorstellen dat laatstgenoemde vraag bevestigend mag worden beantwoord, naarmate het geuite moeilijk te objectiveren klachten-

patroon verder buiten het 'normale' ligt en neigt naar het, om met de Rechtbank Limburg te spreken, 'bizarre', terwijl voorts sprake is van inconsistenties. Die combinatie kan in mijn optiek wel leiden tot een redelijk vermoeden van fraude. Voorwaarde is mijns inziens wel dat er een deskundigenrapport voorhanden is; alvorens over te gaan tot persoonlijk onderzoek moeten de klachten eerst medisch worden beoordeeld.

In de aan de Rechtbank Rotterdam voorgelegde zaak was sprake van een combinatie tussen a) nogal forse discrepanties tussen wat betrokkene vertelde over haar medische voorgeschiedenis en wat daarover uit haar medisch dossier bleek, en b) 'objectieve' informatie, afkomstig van internet, waaruit bleek dat betrokkene, ondanks de geclaimde verkeersfobie, haar bevoegdheid tot het geven

Indien de betrokkene in het feitenonderzoek aantoonbaar niet naar waarheid heeft verklaard, kan in redelijkheid niet van de verzekeraar worden verwacht dat hij van de betrouwbaarheid van de betrokkene blijft uitgaan.

van rijlessen had verlengd – een rijtest maakte daar onderdeel van uit. Ook hier komt de vraag op, of ook 'slechts' de discrepanties voldoende hadden mogen zijn om persoonlijk onderzoek. In mijn optiek zou ook die vraag bevestigend mogen worden beantwoord, als er maar 'genoeg' zaken in het dossier zitten die niet met elkaar overeenstemmen, zodanig dat fraude kan worden vermoed. Ook hier geldt dat het naar mijn mening in beginsel voor de hand ligt om eerst medisch onderzoek te laten verrichten. Afgaand op de in het vonnis vermelde informatie lijkt het mij terecht dat de Rechtbank Rotterdam – anders dan de

Rechtbank Midden-Nederland in de café-zaak – oordeelt dat het doen van verdere navraag bij betrokkene geen zin had. Vanzelfsprekend moet de verzekeraar steeds het minst bezwarende onderzoeksmiddel kiezen. Juist het vermoeden van fraude kan echter meebrengen dat verder doorvragen geen zin heeft, en zelfs het opsporen van fraude kan tegenwerken.

Aanbeveling voor de praktijk

Afgaande op de drie in dit artikel besproken uitspraken kom ik tot de volgende handvatten bij beantwoording van de vraag of persoonlijk onderzoek mag worden ingesteld. Ten eerste meen ik dat een moeilijk te objectiveren klachtenpatroon dat ver buiten een normaal te verwachten klachtenpatroon ligt, in combinatie met inconsistenties – bijvoorbeeld over de aard van de klachten en het verloop daarvan – in het dossier kan leiden tot een redelijk vermoeden van fraude. Hetzelfde geldt voor discrepanties in het dossier, zoals forse discrepanties tussen wat uit de medische voorgeschiedenis blijkt en hetgeen de betrokkene daarover naar voren brengt. Uit zorgvuldigheidsoogpunt – we moeten niet vergeten dat persoonlijk onderzoek een ultimatum remedium is – meen ik dat in beginsel niet eerder tot persoonlijk onderzoek kan worden overgegaan dan nadat medisch onderzoek heeft plaatsgevonden. Tot slot geldt uiteraard dat de verzekeraar eerst alle andere onderzoeksmogelijkheden die het feitenonderzoek biedt moet hebben benut. Ik meen dat de rechter daarin wel reëel moet zijn. Indien de betrokkene in het feitenonderzoek aantoonbaar niet naar waarheid heeft verklaard, kan in redelijkheid niet van de verzekeraar worden verwacht dat hij van de betrouwbaarheid van de betrokkene blijft uitgaan.





door Mariken Peters en Jollette Derksen
| AV&L Advocatuur en Mediation

Letselschadevergoeding en bijstandsuitkering Een problematische combinatie

Inleiding

Wanneer je als bijstandsgerechtigde een letselschadevergoeding ontvangt, leidt dat tot veel hoofdbrekens. Met de ontvangst van een letselschadeuitkering zal het vermogen in veel gevallen namelijk boven de voor de bijstandsuitkering maximale vermogensgrens uitkomen. Daarmee loopt de bijstandsgerechtigde het risico het recht op een bijstandsuitkering te verliezen. Dat dwingt hem om (een deel van) zijn letselschadevergoeding aan te wenden om in zijn levensonderhoud te kunnen voorzien. Dit terwijl de letselschadevergoeding bedoeld is om de uit het ongeval voortvloeiende geleden en toekomstige materiële en

immateriële schade te dekken. In feite betekent dit, dat de bijstandsgerechtigde nooit volledig gecompenseerd kan worden.

Niet alleen voor de benadeelde, maar ook voor verzekeraars en belangenbehartigers, levert de combinatie van letselschadevergoedingen en bijstandsuitkeringen problemen op. Want hoe waarborg je als professional dat de benadeelde de letselschadevergoeding zoveel mogelijk kan aanwenden voor herstel van schade in plaats van voor het primaire levensonderhoud?

In dit artikel behandelen wij deze vraag. Wij zullen allereerst ingaan op de toepasselijke wet- en regelgeving en de (bestuursrechtelijke) rechtspraak op dit gebied. Daarna behandelen wij het iteratie-effect. Vervolgens bespreken wij enkele 'best practices' voor de letselschadepraktijk. Ten slotte houden wij de huidige systematiek tegen het licht en beantwoorden wij de vraag of bij het oplossen van dit probleem een taak voor de Nederlandse wetgever is weggelegd.

Participatiewet

Op 1 januari 2015 werd de Participatiewet (hierna: PW) ingevoerd als vervanger van onder andere de Wet werk en bijstand (Wwb), de Wet sociale werkvoorziening (WSW) en de Wet werk en arbeidsondersteuning jonggehandicapten (Wajong). Artikel 11 PW bepaalt onder meer:

'Iedere in Nederland woonachtige Nederlander die hier te lande in zodanige omstandigheden verkeert of dreigt te geraken dat hij niet over de middelen beschikt om in de noodzakelijke kosten van bestaan te voorzien, heeft recht op bijstand van overheidswege...'

Omdat de bijstandsuitkering als laatste financieel vangnet bedoeld is en uitsluitend bestemd is voor mensen die zelf over onvoldoende middelen van bestaan beschikken, worden in de PW, via de zogenaamde middelentoets (ook wel de vermogenstoets genoemd), beperkingen gesteld aan het inkomen en vermogen en wel in artikel 19 lid 1 PW:

'Onverminderd paragraaf 2.2 heeft de alleenstaande of het gezin recht op algemene bijstand indien:

- a. het in aanmerking te nemen inkomen lager is dan de bijstandsnorm; en**
- b. er geen in aanmerking te nemen vermogen is...'**

In artikel 31 PW wordt de middelentoets nader uitgewerkt. Artikel 31 lid 1 PW stelt voorop:

'Tot de middelen worden alle vermogens- en inkomensbestanddelen gerekend waarover de alleenstaande of het gezin beschikt of redelijkerwijs kan beschikken. Tot de middelen worden mede gerekend de middelen die ten behoeve van het levensonderhoud van de belanghebbende door een niet in de bijstand begrepen persoon worden ontvangen...'

Volgens de PW hoeft de gemeente in het kader van de vermogenstoets dus niet alleen rekening te houden met reeds uitgekeerde bedragen, maar mag men ook rekening houden met eventueel nog niet betaalde maar wel opeisbare schadevergoedingsbedragen. Dit betekent dat aan het (welbewust) uitstellen of spreiden van bepaalde schadevergoedingen, zoals de vergoeding voor het smartengeld, risico's verbonden kunnen zijn. In beginsel kan de gemeente zich op het standpunt stellen dat het gaat om direct opeisbare posten en dat deze in de vermogenstoets meegenomen kunnen worden.

De bijstandsgerechtigde is blijkens art. 17 PW verplicht om de gemeente onmiddellijk en uit eigen beweging te informeren over alle feiten en omstandigheden die van invloed kunnen zijn op het recht op bijstand:

'De belanghebbende doet aan het college op verzoek of onverwijd uit eigen beweging mededeling van alle feiten en omstandigheden waarvan hem redelijkerwijs duidelijk moet zijn dat zij van invloed kunnen zijn op zijn arbeidsinschakeling of het recht op bijstand...'

De voorgaande bepaling schrijft voor dat de bijstandsgerechtigde die recht heeft op een letselschadevergoeding, de gemeente daarover direct moet informeren. Niet pas wanneer de letselschadevergoeding ontvangen is, maar in beginsel reeds op het moment waarop het recht op schadevergoeding ontstaat en in ieder geval tenminste vanaf het moment dat het eerste voorschot betaald wordt. Voldoet de bijstandsgerechtigde niet aan zijn inlichtingenplicht, dan staan daar zware sancties op, zoals intrekking en mogelijke terugvordering van de bijstandsuitkering, een boete (maximaal 150% van het benadelingsbedrag) en strafrechtelijke sancties.

Vrijstellingen middelentoets

Algemene vermogensvrijstelling

Hoe hoog het vermogen van een bijstandsgerechtigde mag zijn is vastgelegd in beleidsregels. Voor het jaar 2020 geldt dat een alleenstaande bijstandsgerechtigde een eigen vermogen van maximaal € 6.225,- mag hebben. Heeft hij of ontvangt hij meer vermogen, dan wordt de bijstandsuitkering direct gestopt. Alleenstaande ouders en gezinnen mogen in 2020 maximaal € 12.450,- aan vermogen hebben. Bezit de bijstandsgerechtigde een huis, dan mag de overwaarde in het kader van de middelentoets niet meer dan € 52.500,- zijn.

Vermogensvrijstelling voor bijzondere groepen

Naast de bovengenoemde algemene vermogensvrijstellingen heeft de wetgever in artikel 7 Regeling PW een aantal bijzondere vrijstellingen op de vermogenstoets opgenomen, waaronder vrijstellingen voor uitkeringen uit hoofde van de Uitkeringsregeling Gedupeerden Bijlmerramp, de collectieve vaststellingsovereenkomst DES, de Regeling tegemoetkoming asbestslachtoffers, de Regeling tegemoetkoming niet-loondienst-gerelateerde slachtoffers van mesothelioom, de Uitkeringsregeling Slachtoffers Legionella-epidemie, de uitkering aan oud-mijnwerkers in verband met silicose, de Tijdelijke regeling uitkeringen seksueel misbruik minderjarigen in instellingen en pleeggezinnen, de vergoeding toegekend aan slachtoffers van seksueel misbruik in de Rooms-Katholieke kerk, de Beleidsregel tegemoetkoming Q-koorts, de eenmalige compensatie in het kader van de CAF 11-zaak, de Regeling tegemoetkoming werknemers met CSE en de individuele uitkeringen van tegoeden Tweede Wereldoorlog aan Joodse, Sinti, Roma en Indische gemeenschappen.

Regeling vermogensvrijstelling bij letselschadevergoedingen

Maar hoe zit het dan met letselschadevergoedingen die niet genoemd zijn in de lijst in artikel 7 Regeling PW? Voor deze 'gewone' letselschadevergoedingen geldt – voorsnog – geen algehele

uitzondering op de vermogenstoets. De wetgever heeft het passend geacht dat de gemeenten een discretionaire bevoegdheid hebben om hun eigen beleid te bepalen. Dat blijkt uit artikel 31 lid 2 sub m PW, welk artikel als volgt luidt:

'Niet tot de middelen worden gerekend: m. giften en andere dan de in onderdeel l bedoelde vergoedingen voor materiële en immateriële schade voor zover deze naar het oordeel van het college uit een oogpunt van bijstandsverlening verantwoord zijn...'

De redactie van artikel 31 lid 2 sub m PW biedt benadeelden, hun belangenbehartigers en verzekeraars, maar ook de uitvoerende gemeenten nauwelijks houvast voor het antwoord op de vraag of en in hoeverre een letselschadevergoeding nu wel of niet meegenomen moet worden in de vermogenstoets. Het enige handvat is, dat de letselschadevergoeding kan worden vrijgelaten 'voor zover dit vanuit het oogpunt van bijstandsverlening verantwoord is', waarbij het aan het college van burgemeesters en wethouders wordt overgelaten om te beoordelen of een letselschadevergoeding aan dit criterium voldoet.

Gemeentelijk beleid

Beleidsregels

De uit artikel 31 lid 2 sub m PW voortvloeiende discretionaire bevoegdheid leidt in de praktijk tot een hoge mate van onvoorspelbaarheid van het antwoord op de vraag of de gemeente de letselschadevergoeding vrij zal laten of niet. Er valt vaak geen peil op te trekken.

Artikel 4:81 Algemene wet bestuursrecht (Awb) bepaalt dat het bestuursorgaan van de gemeente beleidsregels kan vaststellen met betrekking tot een hem toekomende of onder zijn verantwoordelijkheid uitgeoefende bevoegdheid. Als dergelijke beleidsregels zijn vastgesteld, kan de gemeente – ter motivering van het besluit – naar die beleidsregels verwijzen.

Geen beleidsregels, dan een maatwerkoplossing

Zijn er geen algemene beleidsregels geformuleerd, dan moet de gemeente een zogenaamde maatwerkoplossing bieden, waarbij zij inzichtelijk moet maken hoe zij tot haar besluit is gekomen en hoe zij daarbij invulling heeft gegeven aan een aantal basisregels uit de Awb, waaronder de regel dat de gemeente alle feiten en belangen zorgvuldig moet afwegen en geen besluiten mag nemen die voor de benadeelde onevenredig nadelige gevolgen kan hebben (art. 3:2 Awb en artikel 3:4 Awb).

De praktijk

In de praktijk blijkt een groot deel van de gemeenten weliswaar wel vaak beleidsregels voor de toepassing van de PW geformuleerd te hebben, echter daarin zijn vaak geen (concrete) beleidsregels ter zake van de verrekening van letselschadevergoedingen opgenomen. Als men op dit punt wél beleidsregels geformuleerd heeft, dan zijn die regels vaak niet erg concreet. Niet zelden komt het voor, dat in de beleidsregels de wettelijke regels letterlijk overgeschreven worden, zodat je als benadeelde en verzekeraar nog niet weet waar je aan toe bent.

De gemeenten die de moeite hebben genomen om de beleidsregels te concretiseren, houden er heel verschillende opvattingen op na ten aanzien van de vraag welk bedrag geoormerkt moet worden als 'in aanmerking te nemen vermogen'. Wij zetten de beleidsregels van een aantal gemeenten op een rij.

- De gemeente Amsterdam telt een smartengeldvergoeding tot (afgerond naar boven) zo'n € 50.000,- niet mee.
- De gemeente Utrecht kent een vrijstelling van 60% voor smartengeldvergoedingen, met een minimum van € 5.000,-.
- De gemeenten Arnhem en Eindhoven gaan bij smartengeldvergoedingen uit van 1/3 vrijstelling, 2/3 niet.
- De gemeente Hoorn hanteert eenzelfde vrijstellingsregeling, echter met een minimaal vrijgesteld bedrag van € 6.000,-.
- De gemeente Den Haag oordeelt per individueel geval welk bedrag wordt vrijgesteld en welk bedrag niet.

- De gemeente Urk heeft in haar beleidsregels bepaald dat een immateriële schadevergoeding, waarbij sprake is van blijvende invaliditeit en er geen perspectief meer is voor wat betreft het verwerven van inkomen boven bijstandsniveau, in zijn geheel niet wordt meegenomen als vermogen en dat in overige gevallen 1/3 deel van de smartengeldvergoeding wordt vrijgelaten, tenzij dit tot kennelijke onbillijkheden leidt.
- De gemeente Groningen stelt in artikel 3.12 van haar beleidsregels onder het kopje 'smartengeld' het bedrag genoemd in artikel 34 lid 2 onderdeel d PW vrij (dat is het bedrag dat men als vrij vermogen in de eigen woning mag hebben zitten) te vermeerderen met de helft van het meerdere.

Voor zover sprake is van concrete beleidsregels, wordt daarin opvallend vaak vooral aandacht besteed aan het smartengeld. Soms worden daar nog wat regels aan toegevoegd over de wijze waarop moet worden omgegaan met de vergoeding van Verlies van Arbeidsvermogen (VAV) (meestal: volledig verrekenen) en de vergoeding van onkosten (meestal: niet verrekenen als er concreet aantoonbare onkosten tegenover staan). Wij kennen echter geen praktijkvoorbeelden van gemeenten die een integraal beleid geformuleerd hebben ter zake van alle in een gemiddelde letselschadezaak voorkomende schadeposten, zoals bijvoorbeeld de vergoeding voor mantelzorg (huishoudelijke hulp en onderhoud), de vergoeding voor economische kwetsbaarheid en de afkoopsum voor toekomstige schadeposten.

Hoe dan ook, zoveel gemeenten, zoveel zinnen. Je zou een benadeelde bijna aanbevelen om te verhuizen naar een 'vrijstellingsvriendelijke' gemeente zodat hij zijn smartengeldvergoeding ten volle kan benutten. Dat er dergelijke grote verschillen zijn, lijkt ons niet wenselijk.



De lijn van de Centrale Raad van Beroep

Hoofddregel 1:

discretionaire bevoegdheid gemeente, marginale toetsing

De Centrale Raad van Beroep (CRvB), het hoogste rechtsorgaan in bestuursrechtelijke zaken, hanteert als vaste regel dat de discretionaire bevoegdheid van de gemeente met zich meebrengt dat het gemeentelijk beleid slechts marginaal getoetst kan worden.¹

Hoofddregel 2:

vergoeding van VAV wordt in beginsel niet vrijgelaten

Dat de vergoeding van VAV, voor zover het gaat om VAV geleden in de bijstandperiode, volledig verrekend kan worden met de bijstandsuitkering is logisch. Daarover worden dan ook weinig procedures gevoerd.

Wel is er soms discussie over de vraag of de vergoeding van het VAV binnen de bijstandperiode valt of daarbuiten. De CRvB toont zich daarbij soms gevoelig voor het argument dat het VAV buiten de bijstandperiode geleden is en dat

de in dat verband verstrekte vergoeding dus buiten beschouwing moet worden gelaten².

De CRvB is echter kritisch. Je moet van goeden huize komen om de vergoeding VAV geheel of deels vrijgesteld te krijgen. Meestal lukt dat niet, ook niet met het argument dat de vergoeding bestemd is om toekomstig VAV of pensioenschade te dekken³.

Hoofddregel 3:

vergoedingen waar geen kosten tegenover staan en vergoedingen voor toekomstige schade worden in beginsel niet vrijgelaten

In de praktijk worden letselschadezaken – en zeker zaken waarin discussie bestaat over onder meer de aard en ernst van het letsel, de causaliteit, de aard en omvang van diverse schadeposities – vaak niet geregeld op basis van een exacte berekening van de schade, maar op basis van een schatting al dan niet aan de hand van bepaalde normbedragen⁴. Toekomstige schades worden veelal, op basis van een weging van de goede en kwade kansen, afgedaan tegen betaling van een bedrag ineens

(de lumpsum of afkoopsom). Daar is naar burgerlijk recht niets mis mee, sterker nog, de artikelen 6:97 BW en 6:105 BW ondersteunen deze handelwijze volledig.

De invalshoek van gemeenten en de bestuursrechter (de CRvB) is echter een geheel andere. De vaste lijn in de rechtspraak van de CRvB is dat een vermogensvrijstelling niet aan de orde is, wanneer de (letsel)schadevergoeding niet gebaseerd is op concrete onkosten, maar op een schatting, op min of meer abstracte normbedragen of – daar waar het om toekomstschade gaat – op een weging van goede en kwade kansen.

Zo werd in een aantal zaken, waarin een forse vergoeding werd toegekend voor verstrekte en in de toekomst nog te verstrekken mantelzorg (huishoudelijke hulp en verlies zelfwerkzaamheid), geoordeeld dat die vergoeding in zijn geheel kon worden meegeteld bij het 'in aanmerking te nemen vermogen'⁵, mede omdat uit het onderzoek door de gemeente bleek dat de vergoeding niet daadwerkelijk aan huishoudelijke hulp of andere zorg besteed was.

Een zelfde oordeel werd geveld over de vergoeding voor economische kwetsbaarheid. Die vergoeding hoeft niet te worden vrijgesteld⁶.

Hoofdregeel 4:
vergoeding voor smartengeld kan deels worden vrijgelaten, maar de CRvB laat het percentage/bedrag aan de discretionaire bevoegdheid van het bestuursorgaan over

Uit de diverse rechtspraak van de CRvB over de al dan niet verrekening van de vergoeding van de immateriële schade blijkt, dat de CRvB geen principieel oordeel wenst te vellen over de vraag welk percentage of bedrag van de letselschadevergoeding vrijgelaten moet worden en welk percentage verrekend dient te worden. De CRvB keurt in de praktijk vrijwel ieder beleid goed⁷.

Gemeenten die geen beleidsregels hebben, willen nog wel eens stellen dat uit de rechtspraak van de CRvB zou blijken dat voor het smartengeld als regel geldt dat 1/3 wordt vrijgelaten en 2/3 niet. De rechtbank Oost-Brabant heeft daar in 2016⁸ over gezegd, dat die redenering niet opgaat. Als het besluit niet gebaseerd is op door het bestuursorgaan vastgestelde beleidsregels, dan dient maatwerk geleverd te worden. Men kan in het kader van dit maatwerk niet volstaan met enkele verwijzing naar een vermeende lijn in de rechtspraak van de CRvB. De rechtbank Oost-Brabant constateert in dit verband dat de CRvB in een uitspraak van 2014⁹ zelf uitdrukkelijk geoordeeld heeft dat men niet beoogd heeft een algemene regel te geven voor een redelijke verdeling van het vrij te laten en het niet vrij te laten deel van de immateriële schadevergoeding.

Hoofdregeel 5:
middelen-/vermogenstoets mag met terugwerkende kracht worden toegepast

Uit vaste jurisprudentie van de CRvB blijkt dat, indien een recht op schadevergoeding ontstaat door een ongeval, de daaruit voortvloeiende schadevergoedingsaanspraken worden toegerekend aan de periode die aanvangt op de datum van het ongeval. Dit is slechts anders indien er voldoende en op concrete en verifieerbare gronden, redenen zijn

om aan te nemen dat die aanspraken aan een andere, buiten de bijstandspe-riode gelegen, periode moeten worden toegerekend¹⁰.

Dit betekent dat, zodra een letselschadevergoeding (bijvoorbeeld in de vorm van een lumpsum/afkoopsom) wordt afgesproken en vergoed, de gemeente de middelen-/vermogenstoets met terugwerkende kracht tot datum ongeval mag toepassen. In de praktijk leidt dat met enige regelmaat tot intrekking en terugvordering van de – soms over een periode van vele jaren – ontvangen bijstandsuitkering. Voor het slachtoffer dat daar geen rekening mee heeft gehouden, is dat bijzonder zuur. Hier ligt een belangrijke taak voor de belangenbehartiger en de verzekeraar, om teleurstellingen achteraf te voorkomen.

Als de aansprakelijkheidsverzekeraar bereid is om de schade, die de benadeelde door de intrekking of weigering van zijn uitkering lijdt, conform een aantal uitspraken¹³ te vergoeden, dan lopen benadeelde en aansprakelijkheidsverzekeraar het risico dat er een eindeloze vicieuze cirkel ontstaat.

Het is voor de letselschadeprofessionals belangrijk om te weten, dat de gemeente – ook bij een door de bijstandsge-rechtigde zelf verzochte beëindiging van de uitkering – een zogenaamd mutatie-onderzoek zal verrichten. In dat onderzoek zal de gehele financiële positie van de benadeelde aan de orde komen. De gemeente kan en zal inzage wensen in alle ins en outs van de schaderegeling en veelal ook in de financiële administratie van de benadeelde. Vaak worden in dat verband de kopieën van de ban-

kafschriften over de hele periode vanaf datum ongeval gevorderd. Constateert de gemeente in het kader van het onderzoek dat er een schadevergoedings-actie loopt, dan wel dat er schadevergoedingsbedragen zijn of zullen worden betaald, dan mag de gemeente op basis van de rechtspraak van de CRvB dus met terugwerkende kracht beoordelen of de benadeelde überhaupt ooit recht op een bijstandsuitkering had. Zo niet, dan volgt terugvordering. Als de gemeente onregelmatigheden constateert, zoals de onterechte verzwijging van voorschotten of overige informatie, dan komen daar nog een boete en mogelijke strafrechtelijke sancties bovenop.

Een uitzondering op de regel van 'toetsing met terugwerkende kracht' is wellicht te vinden in twee uitspraken van de CRvB¹¹. Daarin werd bepaald dat het college van B&W in het kader van de middelen-/vermogenstoets pas rekening mag houden met het smartengeld vanaf het moment waarop de benadeelde de beschikking daarover heeft gekregen. Echter, in een andere uitspraak¹² lijkt de CRvB ook voor het smartengeld de hoofdregeel (terugwerkende kracht) toe te passen.

Iteratie-effect

Het is niet eenvoudig om tot een adequate letselschaderegeling te komen, wanneer het slachtoffer een bijstandsuitkering heeft. Daar waar een benadeelde zonder bijstandsuitkering de vergoeding volledig aan kan wenden voor het doel waar de vergoeding voor bestemd is (onkosten, mantelzorg, smartengeld etc.), moet bij een benadeelde met een bijstandsuitkering steeds rekening gehouden worden met een al dan niet tijdelijke intrekking of weigering van de uitkering op grond van de vermogens-/middelentoets. Bovendien moet rekening gehouden worden met een terugvordering met terugwerkende kracht, mogelijk zelfs tot de datum van het ongeval.

Als de aansprakelijkheidsverzekeraar bereid is om de schade, die de benadeelde door de intrekking of weigering van zijn uitkering lijdt, conform een aantal uitspraken¹³ te vergoeden, dan lopen

benadeelde en aansprakelijkheidsverzekeraar het risico dat er een eindeloze vicieuze cirkel ontstaat. De financiële compensatie door de verzekeraar wordt namelijk weer verrekend met de bijstandsuitkering. De verzekeraar vult het financiële gat weer aan. En vervolgens begint dezelfde riedel weer van voren af aan. Dat noemt men ook wel het iteratie-effect (het herhalings-effect). Een relatief kleine schade kan op die manier in theorie tot enorme proporties opgeblazen worden, tenzij met de gemeente tot andere afspraken te komen is.

Helaas blijkt in de praktijk dat niet iedere gemeente tot het maken van redelijke afspraken bereid is. Die gemeenten wijzen dan vaak op artikel 15 PW en stellen dat de vergoeding en aanvullingen door de aansprakelijkheidsverzekeraar aan te merken is/zijn als voorliggende voorziening. Een discutabel standpunt, maar helaas wel (soms) de praktijk. Vooralsnog is niet bekend hoe de CRvB hier tegenover staat.

Best practices

De vraag rijst hoe men, binnen de kaders van de PW, tot een oplossing kan komen, waarin zoveel mogelijk recht gedaan wordt aan het recht van het slachtoffer op een zo volledig mogelijke en redelijke vergoeding van zijn schade.

Om deze vraag te beantwoorden, houden wij u een aantal 'best practices' voor.

Best practice 1: **ken het vrijstellingenbeleid van de gemeente**

De eerste 'best practice' is een open deur, maar wel erg belangrijk. Zorg dat u bekend bent met het vrijstellingenbeleid van de betrokken gemeente en deel dit beleid met de betrokken partijen in de letselschadezaak. Zo weten alle belanghebbenden op voorhand wat zij kunnen verwachten. Het beleid is – vaak met enig zoekwerk – soms terug te vinden op de websites van gemeenten. Is het beleid niet vindbaar op internet, dan kan overwogen worden om een WOB-verzoek in te dienen bij de desbetreffende gemeente om het vrijstellingenbeleid op te vragen. Doe dit in

het kader van de geheimhoudingsplicht anoniem zonder de NAW-gegevens van het slachtoffer te noemen. Voor een geldig WOB-verzoek is het prijsgeven van de personalia van betrokkene niet noodzakelijk.

Best practice 2: **voer (tijdig) overleg met de gemeente**

Het voeren van overleg met de betrokken gemeente is een tweede best practice.

De gemeente moet tijdig – dat wil zeggen zo snel mogelijk na het ongeval, althans na de erkenning van de aansprakelijkheid – op de hoogte gebracht worden van het ongeval en het feit dat een schadeclaim is ingediend. Strikt genomen is dit de verantwoordelijkheid van de benadeelde, maar het kan geen kwaad om in de gaten te houden of aan deze plicht voldaan is. Soms is het, als belangenbehartiger, goed om de communicatie zelf ter hand te nemen. Immers, het is voor de benadeelde en de gemeenteambtenaar ingewikkelde materie en dat vergt enige professionele uitleg. Zorg ook dat er goede werkafspraken gemaakt zijn of worden met de gemeente over de informatievoorziening gedurende het schaderegelingstraject.

Zodra er voorschotten betaald worden, moet de gemeente daarover zeker geïnformeerd worden en dient ook aangegeven te worden waar de voorschotten voor bestemd zijn. Dat vergt een behoorlijke administratie van de onkosten (laat de benadeelde de facturen, bonnetjes en betalingsbewijzen bewaren!) en een goede specificatie van de voorschotten.

Zijn partijen eenmaal toe aan het sluiten van een vaststellingsovereenkomst, dan zullen zij zoveel mogelijk willen weten wat de financiële gevolgen zijn van die vaststellingsovereenkomst.

Pols of de gemeente open staat voor een overleg over de vaststellingsovereenkomst. Kan de gemeente op voorhand een indicatie geven van de te verwachten gevolgen van de vaststellingsovereenkomst (bijvoorbeeld: terugvordering (deel) bijstandsuitkering)? Is de gemeente bereid tot het maken van

afspraken over het al dan niet vrijlaten van bepaalde vergoedingen? En staat de gemeente open voor een afkoop van het iteratie-effect?

Best practice 3: **maak gebruik van de speciale regelingen voor ouderen**

Voor oudere arbeidsongeschikten (minimaal 55 jaar) bestaan enkele bijzondere inkomensvoorzieningen. Dit zijn de Inkomensvoorziening Oudere Werklozen (IOW), de Inkomensvoorziening voor Oudere en gedeeltelijk Arbeidsongeschikte Werknemers (IOAW) en de Inkomensvoorziening Ouderen en Gedeeltelijk Zelfstandigen (IAOZ). De IOW en IOAW kennen geen vermogenstoets en IAOZ een afwijkende vermogenstoets.

Dit betekent dat een benadeelde, die gebruik kan maken van een van de hiervoor genoemde regelingen, zijn recht op een uitkering niet – of in het geval van de IAOZ minder snel – zal verliezen door ontvangst van een letselschadevergoeding. Zoek bij een arbeidsongeschikte benadeelde ouder dan 55 jaar daarom uit of hij of zij gebruik kan maken van deze regelingen. Zo kan een beroep op de PW, met bijbehorende moeilijkheden, voorkomen worden.

Best practice 4: **specificeer de schadevergoeding en onderbouw die specificatie**

Naast kennis van de wet- en regelgeving en het overleggen met de gemeente, kunnen belangenbehartigers en verzekeraars ook in de schaderegeling maatregelen nemen om verrekening en stopzetting van de bijstandsuitkering waar mogelijk te voorkomen. Het duidelijk specificeren van schadeposten in de vaststellingsovereenkomst of in een bijlage bij de vaststellingsovereenkomst is een dergelijke maatregel. Specificeren kan bij een lumpsum-vergoeding voorkomen dat achteraf discussie ontstaat over de samenstelling van die lumpsum-vergoeding.

Specificeer daarom welk deel van de schadevergoeding bedoeld is voor aantoonbare onkosten, benoem die kosten en bewaar de facturen van de aantoonbare kosten (gemeenten kunnen hiernaar vragen). Specificeer op welke

periode het verlies van arbeidsvermogen ziet door het verlies van arbeidsvermogen en de pensioenschade uit te splitsen en benoem uitdrukkelijk welk deel van de vergoeding bedoeld is voor immateriële schade.

Het specificeren maakt het achteraf toetsen van de schadevergoeding voor derde partijen (zoals gemeenten en rechters) gemakkelijker. Het niet uitsplitsen van schadeposten in de vaststellingsovereenkomst kan tot gevolg hebben dat schadeposten die vrijgelaten hadden kunnen worden, toch aangemerkt worden als vermogen. Dit gebeurde bijvoorbeeld in een uitspraak van de CRvB van 2006.¹⁴ Omdat uit niets bleek dat een deel van het verlies van arbeidsvermogen bedoeld was voor pensioenopbouw, werd de vergoeding bedoeld voor pensioenopbouw niet vrijgelaten.

Wees er wel alert op dat gemeenten en rechters uw specificatie kritisch zullen beoordelen. Het is dus niet zo dat, wanneer benadeelde en verzekeraar het eens zijn over een bepaalde uitsplitsing van de schadeposten, de gemeente en de rechter die uitsplitsing klakkeloos voor waar aannemen.

Best practice 5: **kies voor een alternatieve benadering van bepaalde schadeposten**

Ook kunnen belangenbehartigers en verzekeraars voor een alternatieve benadering kiezen bij het afwickelen van de schadeposten huishoudelijke hulp, verlies van zelfwerkzaamheid en verpleging/verzorging.

Zoals eerder al werd aangegeven, is de lijn van de CRvB dat de abstracte vergoedingen voor mantelzorg, waar professionals in de letselschadepraktijk graag mee werken, meegenomen moeten worden in de middelen-/vermogenstoets. In ieder geval voor zover de vergoeding(en) de algemene vermogensgrens te boven gaan.

Om ervoor te zorgen dat de benadeelde toch de benodigde hulp krijgt, kan gedacht worden aan het aanbieden van hulp in natura (bijvoorbeeld via Metzorg,

de Letselschadehulpdienst etc.), zodat het inschakelen van een huishoudelijke hulp of mantelzorger niet via de benadeelde verloopt.

Wil de benadeelde toch zelf een huishoudelijke hulp of mantelzorger inschakelen, dan kan ervoor gekozen worden om (rekening houdend met fiscale en overige regels) direct aan de dienstverlener te betalen of om een professionele dienstverlener in te schakelen, die werkt op basis van facturen. Door voor deze (alternatieve) benaderingen te kiezen worden ook de schadeposten huishoudelijke hulp, mantelzorg en verlies van zelfwerkzaamheid zoveel mogelijk buiten de middelentoets gehouden.

Best practice 6: **kies voor periodieke afwikkeling**

Daarnaast kunnen partijen kiezen voor een periodieke afwikkeling in plaats van een lump sum/afkoopsom ineens. Met het periodiek afwickelen van de zaak loopt de benadeelde minder risico op terugvordering van reeds ontvangen bijstandsuitkeringen. Het iteratie-effect wordt beperkt. En het heeft ook voordelen in de sfeer van de fiscale toeslagen (huurtoeslag, zorgtoeslag, kindgebonden budget) en de Box III-heffing.

Er kleven echter ook nadelen en risico's aan deze wijze van afwikkeling. Het slachtoffer krijgt op deze manier niet de zekerheid en rust, die men wellicht graag zou willen hebben. De gemeente zou de periodieke betalingen aan kunnen merken als 'inkomen'. De gemeente zou – in theorie – zelfs kunnen stellen dat periodieke afwikkeling van schadeposten, die normaliter in één keer worden betaald, zoals het smartengeld, aan te merken is als een bewuste 'ontduiking' van de regels uit de PW. Met een beroep op de uit artikel 31 PW voortvloeiende regel dat tot de in aanmerking te nemen middelen niet alleen de vermogensbestanddelen behoren waarover de bijstandsgerechtigde beschikt, maar ook de vermogensbestanddelen waarover hij zou kunnen beschikken, zou de gemeente alsnog tot stopzetting van de bijstandsuitkering kunnen komen.

Het is aan de belangenbehartiger om hier alert op te zijn en om, indien een periodieke betaling wordt afgesproken, de nodige waarborgen voor de benadeelde in te bouwen.

Best practice 7: **re-integratie van de benadeelde**

Maar de aanpak die wellicht het meest lonend is, is het wegblijven of uittreden uit de bijstand. Door te voorkomen dat een benadeelde in de bijstand belandt of door een benadeelde vanuit de bijstand aan betaald werk te helpen, is een benadeelde voor het primaire levensonderhoud niet (langer) afhankelijk van een bijstandsuitkering.

Het voldoende bevoorschotten van de zelfstandige die zonder inkomen komt te zitten of de inschakeling van een arbeidsdeskundige om de benadeelde weer aan het werk te krijgen, zijn voorbeelden van maatregelen die gedurende de schaderegeling genomen kunnen worden om te waarborgen dat de benadeelde zijn letselschadevergoeding kan inzetten voor herstel van schade in plaats van zijn primaire levensonderhoud.

Hierbij wordt nogmaals gewaarschuwd voor het feit dat, indien het de bijstandsgerechtigde lukt om uit de bijstand te raken, de gemeente de bevoegdheid heeft om met terugwerkende kracht tot de datum van het ongeval te toetsen of de bijstandsgerechtigde überhaupt ooit recht had op een uitkering. Zo niet, dan kan de genoten uitkering worden teruggevorderd.

De 'don'ts

Wat in ieder geval niet helpt is het zwijgen van zaken voor de gemeente, het contant of op andermans rekening ontvangen van voorschotten of van de letselschadevergoeding etc. Dit zal worden aangemerkt als uitkeringsfraude en kan leiden tot bestuursrechtelijke maatregelen (terugvordering onterecht ontvangen uitkering, eventueel onder oplegging van een bestuursrechtelijke boete). In ernstige gevallen, dat wil zeggen bij een benadelingsbedrag van € 50.000,- of meer¹⁵, kunnen ook strafrechtelijke maatregelen worden genomen (boete, taakstraf of zelfs



Het huidige systeem voor 'gewone' letselschadeslachtoffers, die niet behoren tot een van de door de wetgever uitgezonderde categorieën, pakt onrechtvaardig en onredelijk uit.

gevangenisstraf).¹⁶ In de Aanwijzing sociale verzekeringsfraude, worden enkele uitzonderingen op de regel genoemd. Onder bijzondere omstandigheden (herhaling van overtredingen, fraude gepleegd in georganiseerd verband etc.) wordt ook tot strafrechtelijke vervolging overgegaan bij een benadelingsbedrag lager dan € 50.000,-.

Wat ook niet werkt, is het versneld opmaken van de letselschadevergoeding en vervolgens alsnog aanvragen van een bijstandsuitkering. De meeste gemeenten kennen een goed omschreven interingsbeleid, dat inhoudt dat de aspirant-bijstandsgerechtigde, vanaf het moment waarop hij kan bevroeden dat hij aanspraak zal moeten maken op een bijstandsuitkering, met niet meer dan 150% van de bijstandsnorm mag interen op zijn vermogen. Dit wordt door de gemeente gecontroleerd aan de hand van de bankafschriften vanaf de datum van het ongeval. Is sprake van een bovenmatig uitgavenpatroon in de fase voor het aanvragen van de bijstandsuitkering, dan wordt de uitkering geweigerd.

Kritiek op de huidige systematiek

De wetgever heeft er tot nu toe welbewust voor gekozen om de gemeenten in het kader van de toepassing van de middel-/vermogenstoets een grote mate van beleidsvrijheid te geven. Die discretionaire bevoegdheid leidt ertoe dat het gevoerde beleid slechts marginaal (lees: nauwelijks) getoetst wordt door de rechter. Dat is ook de vaste lijn van de CRvB.

De wetgever heeft bij de formulering van de PW in het geheel geen rekening gehouden met de belangen van de 'gewone' letselschadeslachtoffers en de verzekeraars. Alleen voor zeer specifieke groepen van benadeelden zijn uitzonderingen op de middelen-/vermogenstoets gemaakt. Alle andere slachtoffers moeten er maar op vertrouwen dat de gemeenten een zorgvuldig en goed afgewogen beleid hebben of ambtenaren in dienst hebben die over voldoende kennis van zaken beschikken om tot adequate maatwerkoplossingen te komen.

En daar gaat het vaak mis. De ervaring leert dat de gemiddelde gemeente-ambtenaar niet bekend is met de ins en outs van de letselschaderegeling. Dat leidt tot – ons inziens – onwenselijke situaties waarin vergoedingen, die bijvoorbeeld bestemd zijn ter bestrijding van toekomstige onkosten en ter compensatie voor de mantelzorgers, zonder meer tot het 'in aanmerking te nemen vermogen' worden gerekend en feitelijk dus moeten worden aangewend voor de bestrijding van de kosten van het primaire levensonderhoud. Daarmee schiet de letselschadevergoeding haar doel voorbij. Het bijstandsgerechtigde slachtoffer krijgt al snel het idee dat hij niets aan de schadevergoeding heeft, immers hij moet alles, althans een groot deel voor zijn gevoel 'inleveren' bij de gemeente. Dat leidt vaak tot onbegrip en gevoelens van onrechtvaardigheid.

De vraag rijst of het feit dat de gemeente eenzijdig, zonder van te voren vastgesteld normenkader en bovendien zonder al te veel rechterlijke controle kan bepalen, dat de benadeelde moet interen op zijn schadevergoeding, alvorens in aanmerking te komen voor een bijstandsuitkering, te rijmen is: 

- 1^e met het beginsel uit art. 3.4 Awb, inhoudende dat de belanghebbende geen onevenredig nadeel mag ondervinden van een gemeentelijk besluit en;
- 2^e met artikel 1 van het Protocol bij het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, welk artikel bepaalt dat iedere persoon recht heeft op het ongestoord genot van zijn eigendom (waar ook vermogensrechten onder begrepen worden) en dat aan niemand zijn eigendom zal worden ontnomen behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet.

Wellicht zou daar tegenin gebracht kunnen worden, dat door de gemeenten gehandeld wordt uit het algemeen belang – het voorzichtig omgaan met publieke middelen – en dat dit de 'rechtvaardigingsgrond' is om de benadeelde in te laten teren op zijn letselschadevergoeding. Maar als dat zo is, dan is het de vraag waarom de wetgever het in de in artikel 7 Regeling PW genoemde situaties dan wél verantwoord vindt om de 'laatste-vangnet-gedachte' van de bijstandsuitkering los te laten. Ook in die situaties gaat het niet zelden om zeer aanzienlijke vergoedingen en tegemoetkomingen.

Wij zijn van mening dat het huidige systeem voor 'gewone' letselschadeslachtoffers, dat wil zeggen: letselschadeslachtoffers die niet behoren tot een van de door de wetgever uitgezonderde categorieën, onrechtvaardig en onredelijk uitpakt. Zij worden afhankelijk van het – veelal non existente – beleid van hun gemeente en, als dat beleid ontbreekt, van de individuele opvattingen van de behandelend gemeenteambtenaar. Dat leidt tot grote rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid tussen burgers.

Waar een DES-slachtoffer, een slachtoffer van de RKK of een Q-koorts-slachtoffer de gehele vergoeding mag behouden, geldt dat niet voor een verkeersslachtoffer met een dwarslaesie, een ernstig hersenletsel of ander ernstig letsel. Waar men in de ene gemeente de vergoeding grotendeels mag behouden, is dat in een andere gemeente mogelijk geheel anders. Het is aan een gemiddeld

letselschadeslachtoffer niet goed uit te leggen.

Het systeem werkt bovendien onduidelijk van de PW door het slachtoffer in de hand. Verzekeraars werken daar – gelukkig – niet aan mee. Zij zullen geen contante betalingen aan benadeelden doen of bedragen op andermans rekening storten. Maar als de verzekeraar voorschotten of een lumpsum-vergoedingen op de derdengeldrekening van de belangenbehartiger stort, heeft de verzekeraar er geen zicht op wat er daarna mee gebeurt. Men mag dan slechts hopen, dat de benadeelde een goede belangenbehartiger heeft, die zich niet laat verleiden tot illegaal gedrag.

De overheidswetgever zou moeten ingrijpen om de hiervoor gememoreerde nadelige effecten van het huidige systeem voor letselschadeslachtoffers uit de wereld te helpen.

Is er een rol voor de wetgever weggelegd

Ons antwoord hierop is volmondig: ja. De overheidswetgever zou moeten ingrijpen om de hiervoor gememoreerde nadelige effecten van het huidige systeem voor letselschadeslachtoffers uit de wereld te helpen.

Waar het mogelijk is om voor specifieke groepen van slachtoffers uitzonderingen te maken op de middelen-/vermogensstoets, valt niet in te zien waarom dat niet ook voor 'gewone' letselschadeslachtoffers (en nabestaanden in het geval van overlijdensschade) zou kunnen gelden. Wellicht met de nuance dat de vergoeding voor VAV niet uitgesloten hoeft te worden van de middelentoets.

Het mogelijk aan te voeren financiële contra-argument ('het wordt te duur') gaat niet op. Het gaat om een relatief beperkte groep van bijstandsgerechtigden. Het vrijstellen van de aan hen toegekende letselschadevergoedingen zal – zo vermoeden wij – geen of nauwelijks effect hebben op de algemene middelen.

Daarbij valt nog te bedenken dat, datgene wat in de huidige regeling mogelijk 'bespaard' wordt op de algemene middelen, aan de andere kant via verzekeringspremies alsnog ten laste komt van de maatschappij.

Minister de Jonge van Volksgezondheid en Sport heeft in een Kamerbrief van 13 juli 2018²⁷, die ging over het vrijstellen van letselschadevergoedingen in het kader van de VIB (vermogensinkomens-bijtelling) in het kader van de Wmo en de Wlz, onder meer overwogen dat soortgelijke vermogensgerelateerde vraagstukken spelen in het kader van de PW en in het kader van de fiscale toeslagen. Hij beloofde in die brief dat het kabinet die problematiek 'meer integraal' wil bezien, ook in het kader van een meer verdiepende analyse.

Wij begrijpen dat, gezien de momenteel aan de orde zijnde coronacrisis, andere zaken prioriteit hebben voor het kabinet. Tegelijkertijd spreken wij de hoop uit dat, zodra de rust enigszins teruggekeerd is, gevolg gegeven wordt aan de in 2018 gedane toezegging en dat dit leidt tot een in bijvoorbeeld artikel 7 Regeling PW op te nemen uitzonderingspositie voor alle letsel- en overlijdensschadevergoedingen, ongeacht de oorzaak van het letsel.



| Leren en inspireren

De invloed van de verzekeringsdekking op aansprakelijkheid en draagplicht (p.5-9)

- 1 "Logischerwijze is de aansprakelijkheidsverzekering een gevolg van aansprakelijkheid, niet andersom... Haftung und Haftpflichtversicherung stehen im Verhältnis von Grund und Folge", in: Mr. T. Hartlief en mr. R.P.J.L. Tjittes: de invloed van verzekeringen op de civiele aansprakelijkheid, preadvies uitgebracht voor de vereniging van burgerlijk recht, Koninklijke Vermande 1990
- 2 ECLI:NL:HR:1968:AB6963
- 3 ECLI:NL:HR:2010:BM6095
- 4 Wat de merkwaardige situatie oplevert dat beide procespartijen eenzelfde doel nastreven: zij willen allebei dat de gedaagde aansprakelijk is, want in dat geval wordt aan hen een schadevergoeding verstrekt door een derde partij.
- 5 Zie bijvoorbeeld (al voorafgaand aan het arrest!) mw. mr. F. Leopold, Aansprakelijkheid bij medebezit: een 'relatief' complex vraagstuk TVP 2009, nummer 2.
- 6 Mr. M.F. Lameris, Relativiteit en medebezit, PIV-bulletin december 2010
- 7 Geen aansprakelijkheid voor medebezit dieren: ECLI:NL:HR:2016:162
- 8 Begonnen met 'Ebele Dillema' ECLI:NL:PHR:1978:AC6323
- 9 Beschikking 22 maart 2017 rekestnummer C/09/520209 / HA RK 16-525 (zie ook volgende noot)
- 10 <https://www.letselschademagazine.nl/2017/hof-den-haag-110717>
- 11 Kennelijk heeft dus ook de toevoeging een rol gespeeld.
- 12 ECLI:NL:RBROT:2015:6179
- 13 Heel soms een klein eigen risico per schade. 4 ECLI:NL:RBGEL:2018:3115
- 15 Veel meer over deze verzekeringsvormen in "De Algemene Aansprakelijkheidsverzekering" van prof. mr. J.H. Wansink
- 16 Artikel 77: Wordt bij de uitvoering van een verbintenis gebruik gemaakt van een zaak die daartoe ongeschikt is, dan wordt de tekortkoming die daardoor ontstaat de schuldenaar toegerekend, tenzij dit, gelet op inhoud en strekking van de rechtshandeling waaruit de verbintenis voortspuit, de in het verkeer geldende opvattingen en de overige omstandigheden van het geval, onredelijk zou zijn.
- 17 De 'Miragelplombe'-zaak in Cassatie, en een 'PIP-implantaten'-zaak met prejudiciële vragen.
- 18 Zie ook het artikel "ongeschikte medische hulpzaken, het laatste woord is aan de Hoge Raad" in dit bulletin, van Margot van Beurden en Petra Klein Gunnewiek.

| Achtergrond

Persoonlijk onderzoek: wanneer mag het? (p.10-15)

- 1 Hoge Raad 18 april 2014 r.o. 5.4.2 (ECLI:NL:HR:2014:942).
- 2 ECLI:NL:RBMNE:2018:1792.
- 3 ECLI:NL:GHDHA:2018:1281.
- 4 ECLI:NL:RBROT:2019:5421.
- 5 Zie bijv. Rechtbank Amsterdam 2 januari 2014, JA 2014/33.
- 6 Rechtbank Limburg 30 november 2016 (ECLI:NL:RBLIM:2016:10506).
- 7 Zie Rechtbank Noord-Holland 16 juni 2014 (zaaknr. C/16423025/ HA RK 16-215 (niet gepubliceerd)).

| Leren en inspireren

Letselschadevergoeding en bijstandsuitkering (p.16-24)

- 1 Zie bijvoorbeeld CRvB 24 mei 2015, ECLI:NL:CRVB:2016:2305 en CRvB 19 november 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:3737.
- 2 Zie bijvoorbeeld CRvB 20 september 2005, ECLI:NL:CRVB:2005:AU3195.
- 3 Zie bijvoorbeeld: CRvB 4 juli 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:A3565 en CRvB 11 november 2008, ECLI:NL:2008:BG4110.
- 4 Zoals de normbedragen van de Letselschaderaad uit de diverse richtlijnen, waaronder de richtlijn Ziekenhuis- en Revalidatiedaggeldvergoeding, de richtlijn Kilometervergoeding, de richtlijn Zelfwerkzaamheid, de Richtlijn Huishoudelijke Hulp en de richtlijn Studievertraging
- 5 Zie bijvoorbeeld CRvB 4 juli 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AY3565 en CRvB 24 november 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:4190.
- 6 Zie CRvB 13 maart 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BW0444).
- 7 Zoals bijvoorbeeld in CRvB 17 mei 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BQ5236 (van het smartengeld van € 55.000,- werd 60% vrijgelaten), CRvB 4 juli 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:AY3565 (van het smartengeld van € 79.000,- werd 60% vrijgelaten), CRvB 20 september 2005, ECLI:NL:CRVB:2005:AU3195 (het smartengeld en de vergoeding van onkosten werden volledig vrijgelaten, de rest niet), CRvB 13 september 2005, ECLI:NL:CRVB:2005:AU3208 (van het smartengeld van € 23.000,- werd 1/3 vrijgesteld), CRvB 22 februari 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BP5677 (van een vergoeding voor een onterechte detentie van € 34.000,- werd 1/3 buiten beschouwing gelaten), CRvB 14 juli 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:2292 (van het smartengeld van € 38.8000,- werd 1/3 vrijgesteld) en CRvB 24 mei 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:2305 (het smartengeld bedroeg € 32.000,-, waarvan 1/3 werd vrijgesteld).
- 8 Zie rechtbank Oost-Brabant 30 november 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:6641
- 9 Zie CRvB 25 november 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:3892.
- 10 Zie CRvB 4 maart 2003, LJN AF6329, CRvB 17 mei 2011, LJN BQ5236 en CRvB 26 juni 2013, CRvB:2013:750.
- 11 Zie CRvB 6 juli 1999, ECLI:NL:1999:ZB8390 en van 26 juni 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:750.
- 12 Zie CRvB 17 mei 2011, LJN BQ5236
- 13 Zie in dit verband ook rechtbank Zeeland-West-Brabant 16 april 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:4520 en – indirect – Hof den Haag 30 mei 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1409 bevestigd door HR 12 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1903. Uit deze uitspraken zou kunnen worden afgeleid dat het verlies van de bijstandsuitkering, als gevolg van de uitbetaling van de letselschadevergoeding, in beginsel voor rekening en risico van de aansprakelijke partij en diens verzekeraar komt. Zie over dit onderwerp ook: A.S. Oude Hergelink en M.F. Vermaat, 'Bijstand als Schadepest', TVP 2015, nr. 1, pag 1-7
- 14 Zie CRvB 4 juli 2006, ECLI:NL:CRVB:2006:A3565.
- 15 Zie in dit verband de Aanwijzing sociale verzekeringsfraude, wetten.overheid.nl/BWBR0037704/2016-04-01
- 16 Zie in dit verband ook de Richtlijn voor strafvordering sociale zekerheidsfraude (2016R002)
- 17 Kamerbrief d.d. 13 juli 2018 over maatregel vermogen uit letselschade uitkering en bepaling eigen bijdrage Wlz of Wmo 2015

| Achtergrond

De voordeelsverrekening en de transitievergoeding: opnieuw onder de aandacht! (p.26-33)

- 1 1 HR 8 november 2019, NJB2019/2500
- 2 E. Verhulp, Tekst & Commentaar BW bij artikel 7:673
- 3 Memorie van Toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 2013-14, 33 818, nr. 3 p. 38
- 4 HR 17 april 2020, JAR 2020/18 m.nt J. Dop
- 5 HR 8 november 2019, NJB2019/2500
- 6 Parlementaire Geschiedenis Boek 6 (Inv. 3,5 en 6), blz. 1308 en 1309
- 7 HR 1 oktober 2010, NJ 2013/81 (Verhaeg, Jenniskens)
- 8 HR 17 december 1976, NJ 1977/351 m.nt. A.R. Bloembergen (Van den Endt/Bongaerts)
- 9 HR 8 juli 2016, NJ2017/262
- 10 Rb Den Haag 16 april 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:3830 (X/Vialis)
- 11 HR 20 april 2018, NJ2019/69 m.nt. B. Barentsen
- 12 CRvB d.d. 22 februari 2011, ECLI:NL:CRVB2011:BP5959 en CRvB d.d. 22 november 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:4529
- 13 Zie o.a. Rb. Oost Brabant 18 april 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:2225 en Rb. Noord-Holland 4 oktober 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:8308
- 14 Rb Den Haag 16 april 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:3830 (X/Vialis)
- 15 HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1483 (TenneT/ABB)
- 16 HR 20 april 2018, NJ 2019/69 m.nt. B. Barentsen

| Interview

Elke organisatie lijdt aan generatiediversiteit (p.34-37)

- 1 A.C. Bontekoning, Generaties in Organisaties, proefschrift Universiteit van Tilburg, 2007, te downloaden van www.aartbontekoning.com.

| Actueel

De Hoge Raad spreekt zich uit over aansprakelijkheid voor ongeschikte medische hulpzaken (p.38-39)

- 1 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 27 november 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:10336.
- 2 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 27 augustus 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3188.
- 3 Hoge Raad 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1082.
- 4 Hoge Raad 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1090.



door Karin Demmer en Remco Wieskamp

| Nivre register-expert bij Andriessen Expertise B.V.

De voordeelsverrekening en de transitievergoeding: opnieuw onder de aandacht!

Regelmatig vindt er in het kader van letsel-schadezaken een discussie plaats tussen de verzekeraar en de belangenbehartiger over de vraag of een door het slachtoffer verkregen transitievergoeding verrekend mag worden met de door hem of haar te verkrijgen schadevergoeding vanwege het verlies aan verdienvermogen. Het antwoord op deze vraag is niet eenduidig te geven en is vaak sterk afhankelijk van de specifieke casus. Met dit artikel beogen wij u te voorzien van handvatten om dit vraagstuk op te lossen.

Het artikel starten wij met een casus ter introductie van het dilemma. Hierna frissen wij uw geheugen op met als doel u nader te informeren over de achtergronden van de transitievergoeding. Daarna zullen wij u informeren hoe u als schadebehandelaar of belangenbehartiger eenvoudig de hoogte van deze vergoeding kunt berekenen. Vervolgens bespreken wij de standaard-jurisprudentie ten aanzien van verrekening in het kader van letsel-schadezaken. Hierna bespreken wij een naar onze mening relevante uitspraak van de Rechtbank Den Haag d.d. 16 april 2019 waarin specifiek uiteen wordt gezet welke omstandigheden een rol kunnen spelen bij de vraag of verrekening van de transitievergoeding met de letsel-schadevergoeding is geoorloofd.

Eveneens zullen wij met u stilstaan bij de inwerkingtreding van de regeling Compensatie Transitievergoeding en het Xella-arrest¹, gewezen op 8 november 2019. Tot slot zullen wij nog enkele dilemma's aangaande dit onderwerp aan u voorleggen inclusief onze visie hierop.

Casus

Stelt u zich voor, werknemer X overkomt op 1 januari 2019 een ongeval. Hij wordt in privétijd van achteren aangereden. Door het ongeval loopt werknemer X letsel op. Hij heeft te kampen met niet-objectiveerbare klachten aan zijn nek en rug. Werknemer X heeft in het verleden al vaker problemen gekend aan zijn rug waardoor hij ook kortdurend enkele weken arbeidsongeschikt is geweest in 2017 en 2018. Het herstel van werknemer X wil niet vlotten en werknemer X stelt niet meer in staat te zijn om zijn kantoorfunctie uit te voeren. De re-integratie in het kader van het 1^e spoor en 2^e spoor heeft niet tot een tastbaar resultaat geleid. Werknemer X blijft volledig arbeidsongeschikt. Werknemer X wordt gekeurd door het UWV en wordt voor minder dan 35% arbeidsongeschikt verklaard.

Op 1 januari 2021 besluit de werkgever om de arbeidsrelatie met werknemer X te beëindigen nu het ontslagverbod bij ziekte niet langer geldt. Werknemer X ontvangt een transitievergoeding van twee maandsalarissen als compensatie voor de zes jaar die hij voor het bedrijf heeft gewerkt. Werknemer X heeft na het ongeval de verzekeraar van het motorvoertuig dat hem aanreed aansprakelijk gesteld.

De aansprakelijkheid is erkend. In het dossier is een discussie gerezen over de causaliteit tussen de door betrokkene ervaren klachten, beperkingen en het ongeval dat hem overkwam. Er is ook discussie over de vraag of betrokkene door dit ongeval niet in staat is om te werken. Met het ontslag van betrokkene gloort een nieuwe discussie, namelijk de vraag of de transitievergoeding verrekend dient te worden met het door betrokkene geleden verlies aan verdienvermogen tot op dat moment.

Transitievergoeding

Wanneer de arbeidsovereenkomst door of vanwege de werkgever wordt beëindigd, ontstaat voor de werknemer het recht op een transitievergoeding. Dit recht is vastgelegd in artikel 7:673 van het BW. Het vervangt de onder het oude recht geldende ontslagvergoedingen voortkomend uit artikel 7:681 BW en 7:685 BW.

Voor wie is de transitievergoeding?

Voorheen bestond het recht op een transitievergoeding enkel voor werknemers met een dienstverband langer dan twee jaar. Sinds 1 januari 2020 is de Wet Arbeidsmarkt in Balans zodanig gewijzigd dat het recht op een transitievergoeding al ontstaat nadat de werknemer slechts één dag heeft gewerkt.

Welke uitzonderingen zijn er?

In een aantal situaties bestaat er geen recht op een transitievergoeding. Denk hierbij aan de volgende situaties:

- Het ontslag is het gevolg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer;
- De werknemer is bij zijn ontslag nog geen 18 jaar en zijn dienstverband omvat gemiddeld niet meer dan 12 uren.
- Ontslag wegens en na het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd.
- De werkgever is failliet, heeft surseance van betaling of op hem is de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing.
- In een CAO is opgenomen dat in geval van bedrijfseconomische redenen voor het ontslag kan worden afgeweken van de transitievergoeding. In de CAO moet dan wel een voorziening zijn opgenomen die bijdraagt aan het beperken van de werkloosheid of er moet sprake zijn van een andere redelijke financiële vergoeding, of een voorziening die bestaat uit een combinatie van beide.
- Het tijdelijke contract loopt af en de werkgever en de werknemer spreken bij voorbaat af dat het contract binnen ten hoogste zes maanden wordt voortgezet en het nieuwe contract tussentijds kan worden opgezegd.

Hoe hoog is de vergoeding?

De hoogte van de transitievergoeding wordt forfaitair vastgesteld. Een werknemer heeft thans recht op een derde bruto maandsalaris per gewerkt jaar bij een dienstverband dat maximaal tien jaar heeft geduurd. Werknemers met een dienstverband dat langer loopt dan tien jaar, hebben na het 10^e dienstjaar recht op een vergoeding van een half maandsalaris per gewerkt dienstjaar. In de nieuwe regeling hebben werknemers die ouder zijn dan 50 recht op vergoeding van een heel maandsalaris per gewerkt dienstjaar. Kleinere werkgevers met minder dan vijftientig personen hoeven niet te voldoen aan deze extra vergoedingsplicht.² Op de website van de Rijksoverheid (www.rekenhulp-transitievergoeding.nl) kunt u bepalen of er een recht bestaat op een transitievergoeding en wat de hoogte van deze transitievergoeding is.

Welke doelen streeft de transitievergoeding na?

Werknemers hadden voor het intreden van de Wet Werk en Zekerheid in beginsel geen recht op een ontslagvergoeding bij een ontslag via de ontslagprocedure bij het UWV. Met de komst van de transitievergoeding heeft iedere werknemer voortaan het recht op een vergoeding wanneer hij of zij onvrijwillig wordt ontslagen, waardoor meer rechtsgelijkheid wordt gecreëerd in het duale ontslagstelsel. De uniforme berekening van de transitievergoeding moet ook leiden tot lagere ontslagkosten doordat de transitievergoeding gemaximaliseerd is. Daarnaast hebben de wijzigingen in de Wet Werk en Zekerheid en later de Wet Arbeidsmarkt in Balans beoogd om de groeiende kloof tussen flexibele werknemers en werknemers in vaste dienst te verkleinen. De transitievergoeding beoogt daarnaast bij te dragen aan de groeiende vraag op de arbeidsmarkt naar employability en bevordering van de transitie van werknemers.

Verder heeft transitievergoeding als doel het bieden van een financiële compensatie voor de ex-werknemer na het verkregen ontslag.³ In de jurisprudentie en literatuur is men vooralsnog verdeeld over de vraag wat de wetgever met compensatie voor ogen heeft gehad. ■

Voorstelbaar is dat de wetgever met de woorden compensatie heeft bedoeld op het wegvallen van inkomsten uit loondienst die ertoe kunnen leiden dat het besteedbaar inkomen lager uitvalt omdat de mogelijk te verkrijgen ziekte-wetuitkering, werkloosheidswetuitkering of bijstandsuitkering lager uitvalt. Dat blijft vooralsnog onduidelijk nu de wetgever in de parlementaire geschiedenis opmerkt dat de transitievergoeding niet beschouwd dient te worden als een aanvullende inkomensvoorziening bij werkloosheid. Binnen de kaders van de ontbindingsprocedure conform artikel 7:671 BW heeft de wetgever meer expliciet aangegeven wat hem voor ogen heeft gestaan met de compensatie van de werknemer.

Op grond van artikel 7:671b lid 8 onder c en g BW staat het de rechter vrij om een werknemer een vergoeding toe te kennen die mede toeziet op de vervanging van loon.

Tot slot geldt dat de transitievergoeding is verschuldigd ongeacht of de werknemer na het eindigen van de arbeidsrelatie werkloos is, blijvend arbeidsongeschikt is of aansluitend een andere arbeidsovereenkomst aangaat. Ook is belangrijk te vermelden dat de werknemer niet verplicht kan worden de vergoeding aan te wenden voor scholing en outplacement.

Transitievergoeding bij herplaatsing met minder salaris tot gevolg?

Binnen letselschadezaken komt het dikwijls voor dat slachtoffers als gevolg van blijvende klachten en beperkingen na een ongeval intern worden herplaatst in een lager ingeschaalde functie waarbij zij minder uren werken en minder salaris ontvangen dan voorheen. Recentelijk heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 17 april 2020⁴ geoordeeld dat er geen recht op een transitievergoeding ontstaat in deze situatie. Een herplaatsing kan niet een op een gelijk worden gesteld met de (gedeeltelijke) beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Wordt een werknemer echter in staat geacht om zijn eigen werkzaamheden te hervatten, zij het niet voor het aantal uren waarvoor hij of zij oorspronkelijk is aangenomen, dan kan er gedeeltelijk ontslag plaatsvinden.

In die situaties ontstaat er wel een recht op een transitievergoeding naar rato. Die transitievergoeding is mogelijkwerwijs te verrekenen met het verlies aan verdienvermogen. Het bovenstaande betekent dat het resultaat van de re-integratie en de wijze waarop het oorspronkelijke dienstverband na de re-integratie wordt voortgezet of (deels) beëindigd van invloed is op het verkrijgen van een transitievergoeding.

Voorheen bestond het recht op een transitievergoeding enkel voor werknemers met een dienstverband langer dan twee jaar. Sinds 1 januari 2020 is de Wet Arbeidsmarkt in Balans zodanig gewijzigd dat het recht op een transitievergoeding al ontstaat nadat de werknemer slechts één dag heeft gewerkt.

Compensatieregeling transitievergoeding bij langdurige arbeidsongeschiktheid

Per 1 april 2020 kunnen werkgevers een beroep doen op de compensatieregeling transitievergoeding, indien de werknemer is ontslagen wegens langdurige ziekte. De werkgever kan het verzoek bij het UWV indienen voor een transitievergoeding die hij na 1 juli 2015 aan een werknemer heeft betaald, nadat de arbeidsovereenkomst na een langdurige periode van minimaal twee jaar arbeidsongeschiktheid werd beëindigd. Een werkgever kan pas aanspraak maken op de compensatie van de transitievergoeding nadat deze ook daadwerkelijk is betaald aan de werknemer. De compensatie is nooit hoger dan de transitievergoeding waarop de werknemer recht zou hebben gehad, nadat het recht op doorbetaling van het loon na twee jaar ziekte is beëindigd. Heeft

de werkgever er nadien voor gekozen om het dienstverband slapend te houden, dan ontstaat er voor haar geen recht op compensatie van de transitievergoeding over deze aanvullende periode. Binnen de regeling worden werkgeverslasten niet gecompenseerd en zal de compensatie nooit hoger zijn dan het bruto salaris dat in de periode van ziekte aan de arbeidsongeschikte werknemer is uitgekeerd.

Doel van de regeling

Met deze regeling wordt beoogd werkgevers te stimuleren om zogenaamde slapende dienstverbanden te beëindigen. Dit zijn dienstverbanden waarbij de arbeidsovereenkomst in stand wordt gehouden, maar er niet langer een verplichting bestaat om aan de langdurig arbeidsongeschikte werknemer salaris uit te keren. Dergelijke dienstverbanden werden in het verleden veelal slapend gehouden om daarmee te voorkomen dat een transitievergoeding aan de werknemer uitgekeerd moest worden.

Xella-arrest

De Hoge Raad heeft dus onlangs in het zogenaamde Xella-arrest⁵ geoordeeld dat een werkgever verplicht is om in het kader van het goed werkgeverschap een slapend dienstverband te beëindigen onder betaling van de wettelijke transitievergoeding. Daarmee is het doel van de compensatieregeling om slapende dienstverbanden te voorkomen inmiddels binnen de jurisprudentie vorm gegeven.

Belang voor de letselschadebranche?

Het recente arrest van de Hoge Raad en de inwerkingtreding van de compensatieregeling transitievergoeding kunnen ertoe leiden dat ook de verrekening van de transitievergoeding in letselschadezaken meer aandacht krijgt, wanneer werknemers die zich thans in een letselschadeprocedure bevinden gaan aansturen op de beëindiging van hun slapend dienstverband. De drempel om een transitievergoeding uit te keren aan werknemers die langer dan twee jaar ziek in dienst zijn, is met deze regeling weggenomen. Compensatie kan aan de orde zijn nadat de arbeidsrelatie is beëindigd en de

transitievergoeding is uitgekeerd aan de werknemer. Wanneer er op dat moment nog een letselschadezaak loopt waarbij het slachtoffer verlies aan verdienvermogen claimt, zal het vraagstuk van de verrekening aan bod komen.

Verder is het relevant om op te merken dat een uitgekeerde transitievergoeding niet verhaalbaar is op grond van artikel 6:107a BW nu het hier geen naar tijd-ruimte vastgesteld loon betreft.

Regres door het UWV in situaties waarin er geen sprake is van een regresverbod op grond van artikel 7:962 lid 3 BW lijkt ook niet mogelijk nu in de Wet Compensatie Transitievergoeding geen regresbepaling als zodanig is opgenomen.

Maar hoe zit het ook alweer met het verrekenen van opgekomen voordelen bij de bepaling van een schadevergoeding? En welke aspecten zijn bij de verrekening van de transitievergoeding van belang?

Voordeelverrekening in algemene zin

In artikel 6:100 BW is bepaald dat als eenzelfde gebeurtenis voor een benadeelde naast schade ook voordeel oplevert, dit voordeel bij de vaststelling van de schade in mindering moet worden gebracht, voor zover dit redelijk is. Bij de vraag wat redelijk is, heeft de rechter een ruime beoordelingsvrijheid⁶, waarbij onder andere gekeken moet worden naar de feitelijke omstandigheden van het geval.

Op 1 oktober 2010⁷ heeft de Hoge Raad verder invulling aan dit wetsartikel gegeven, door een zestal gezichtspunten te geven ter beoordeling of verrekening in geval van letselschade redelijk is of niet. De gezichtspunten zien toe op het voordeel dat al dan niet opkomt uit een (andere) verzekeringsuitkering. Volgens de Hoge Raad moet het volgende in aanmerking worden genomen:

- Van verrekening zal in 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 voordeelstoe-rekening beroept, aansprakelijk is;
- Geschiedt de uitkering ingevolge een schadeverzekering, dan zal verrekening in beginsel op haar plaats zijn. De verzekeraar kan immers regres plegen

op de aansprakelijke partij, die de last van deze uitkering dan dus draagt;

- Geschiedt de uitkering op grond van een sommenverzekering, die door de benadeelde zelf is gesloten en betaald, dan komt verrekening in het algemeen niet in aanmerking, nu het bestaan van een zodanig verzekering een aangelegenheid is die de schadeplichtige niet aangaat. Mocht verrekening toch redelijk worden geacht, dan moet dit beperkt worden, met het oog op de premies die in de loop der tijd voor de verzekering zijn betaald;
- Als de premie voor de sommenverzekering door de aansprakelijke persoon is betaald, dan kan daarin aanleiding worden gevonden om wél tot verrekening over te gaan, met name indien jegens de benadeelde geen verplichting bestond tot het sluiten van een dergelijke verzekering;
- Indien de aansprakelijkheid is gedekt door een verzekering, dan zal verrekening van een uitkering ingevolge een sommenverzekering in het algemeen niet in overeenstemming met de redelijkheid zijn;
- Voor verrekening bestaat in het algemeen eerder aanleiding indien sprake is van een risicoaansprakelijkheid, dan bij schuldaansprakelijkheid. Ook de mate van verwijtbaarheid kan een rol spelen.

Samenvattend

Om aan een verrekening van het voordeel toe te kunnen komen, dient allereerst bepaald te worden of de uitkering ertoe strekt dezelfde schade te vergoeden, als die waarvoor de aansprakelijke partij wordt aangesproken. Zo niet, dan kan in beginsel geen verrekening plaatsvinden. De rechter dient voor elke schadepost afzonderlijk te beoordelen of verrekening redelijk is.⁸

Uitgangspunt is dat verrekening bij een uitkering uit een schadeverzekering in beginsel op haar plaats is, ook omdat de verzekeraar van deze schade-uitkering immers regres kan plegen op de aansprakelijke partij, die dus de uiteindelijke last van de uitkering draagt. Bij geen verrekening wordt de benadeelde tweemaal gecompenseerd en betaalt de aansprakelijke partij als het ware dubbel.

De uitkeringen uit een sommenverzekering komen in beginsel niet voor verrekening in aanmerking, tenzij de aansprakelijke partij deze verzekering (al dan niet onverplicht) heeft afgesloten én de premie heeft betaald óf tenzij er omstandigheden zijn die voldoende reden geven om verrekening toch redelijk te achten.

Voor verrekening in algemene zin dient er een conditio sine qua non-verband te bestaan tussen de normschending en de gestelde voordelen, in die zin dat in de omstandigheden van het geval, sprake is van een voordeel dat zonder de normschending niet zou zijn opgekomen.⁹

Dit zijn dus in een notendop de algemene regels voor het verrekenen van opgekomen voordeel uit een andere verzekeringsuitkering. Hoe zit het met het verrekenen van het geldelijke voordeel dat een transitievergoeding met zich meebrengt?

Rechtbank Den Haag d.d. 16 april 2019 – X/Vialis

Voor een antwoord op die vraag, dus of een transitievergoeding mag worden verrekend, verwijzen we naar de lagere rechtspraak. In 2019 laat de Rechtbank Den Haag¹⁰ zich voor het eerst in een deelgeschil uit over het verrekenen van de transitievergoeding met de schadevergoeding, in dit geval specifiek toezien op het verlies van arbeidsvermogen. In casu is de werknemer een arbeidsongeval overkomen, met letsel en arbeidsongeschiktheid tot gevolg. De werkgever wordt aansprakelijk geacht en de zaak wordt behandeld door diens aansprakelijkheidsverzekeraar.

In eerste instantie wordt de werknemer ondanks zijn letsel binnen twee jaar weer volledig hersteld gemeld. Na tweeëneenhalf jaar valt hij echter toch weer volledig uit en nog eens twee jaar van arbeidsongeschiktheid later, krijgt hij dus uiteindelijk na bijna zeseneenhalf jaar na ongeval, een WGA-uitkering toegewezen. Bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst krijgt benadeelde een transitievergoeding van de werkgever, conform de geldende regels, van € 77.000,- bruto. De aansprakelijkheidsverzekeraar van de werkgever wil deze



Wanneer de arbeidsovereenkomst door of vanwege de werkgever wordt beëindigd, ontstaat voor de werknemer het recht op een transitievergoeding.

transitievergoeding mee laten wegen bij de bepaling van de hoogte van de schadevergoeding voortvloeiend uit het arbeidsongeval, met in het bijzonder de post verlies aan verdienvermogen.

Bezwaren benadeelde

Benadeelde is het daar niet mee eens en verzoekt de rechtbank primair om voor recht te verklaren dat een conditione-qua-non-verband ontbreekt tussen de transitievergoeding en het ongeval, waardoor (subsidiar verzoek) het niet redelijk is om de transitievergoeding in mindering te brengen op de schadevergoeding. Hier legt hij onder andere aan ten grondslag dat niet de initiële ziekmelding heeft geleid tot de beëindiging van het dienstverband, maar dat er ook diverse reorganisaties zijn geweest, waardoor niet is uitgesloten dat het dienstverband ook zonder ongeval zou zijn beëindigd en hij een transitievergoeding zou hebben gekregen. Daarnaast stelt hij zich op het standpunt dat zijn schade niet is verminderd

door de transitievergoeding, noch dat sprake is van een voordeel dat verrekenend moet worden. Het betreft namelijk een eenmalige uitkering, gerelateerd aan de duur van het dienstverband, ongeacht of inkomensschade wordt geleden. Ook zou de aansprakelijkheidsverzekeraar niet mogen profiteren van een verrekening. De werkgever zelf kan namelijk voor een compensatie van de transitievergoeding aankloppen bij het UWV, terwijl het UWV op zijn beurt geen verhaalsrecht heeft op de aansprakelijke partij. Het regresrecht van het UWV op een aansprakelijke werkgever bij een arbeidsongeval is immers beperkt. Ook vindt benadeelde het verrekenen dus niet redelijk, temeer omdat het ongeval zowel fysiek als psychisch voor hem voor diverse gevolgen heeft gezorgd.

Oordeel rechtbank over het feitelijke causale verband

De rechtbank gaat niet mee in de argumenten van benadeelde en stelt allereerst vast dat er wél een feitelijk

causaal verband is tussen het ongeval en de beëindiging van het dienstverband en de daarmee ontvangen transitievergoeding. Niet is gesteld of gebleken dat het dienstverband uitsluitend vanwege de reorganisatie is beëindigd. Het ongeval en de daardoor opgetreden arbeidsongeschiktheid zijn juist een noodzakelijke voorwaarde geweest voor het beëindigen van het dienstverband. Daarnaast hebben partijen onderhandeld over het verlies aan verdienvermogen wegens de arbeidsongeschiktheid dóór het ongeval, ook ná het moment van de beëindiging van het dienstverband. Oftewel, benadeelde heeft gesteld dat hij verlies aan verdienvermogen lijdt, omdat hij door het ongeval arbeidsongeschikt is geraakt en uiteindelijk een uitkering ontvangt. Hij vordert een schadevergoeding van de aansprakelijke partij voor het verschil in inkomen. Dit impliceert dus dat ook betrokkene wel degelijk de oorzaak van het beëindigen van het dienstverband wijt aan de arbeidsongeschiktheid en het ongeval.

Mag de transitievergoeding verrekend worden?

Om te kunnen bepalen of het al dan niet redelijk is om de transitievergoeding te verrekenen, omdat de schade van benadeelde door de transitievergoeding zou zijn verminderd, kan volgens de rechtbank twee wegen worden bewandeld. Enerzijds kan bij het bepalen van de omvang van de schade (conform de artikelen 6:95-6:97 BW) een vergelijking worden gemaakt tussen de hypothetische situatie zonder ongeval en de werkelijke toestand mét transitievergoeding. Anderzijds, kan de weg van de voordeelstoerekening (artikel 6:100 BW) worden bewandeld. In beide benaderingen gaat het er uiteindelijk om dat beoordeeld moet worden welke nadelen en welke voordelen in zodanig verband staan met het ongeval, dat zij redelijkerwijs als een gevolg van het ongeval aan de aansprakelijke partij kunnen worden toegerekend. Welke weg wordt bewandeld, maakt derhalve niet uit, zo lang in beide benaderingen de wijze waarop de rechtbank toepassing geeft aan de in artikel 6:98 BW besloten maatstaf, maar controleerbaar is voor partijen en derden.

De omstandigheden die van belang zijn bij de bepaling of verrekening al dan niet redelijk is, zijn onder andere de aard van de aansprakelijkheid en van de schade. In geval van schuld aansprakelijkheid zal er eerder aanleiding zijn voor toerekening van een schadepost en dus minder snel voor het verrekenen van voordeel. Hetzelfde geldt voor letselschade ten opzichte van zaak- en vermogensschade.

Ook de voorzienbaarheid en de aard van het voordeel speelt een rol. De beëindiging van de arbeidsovereenkomst en dus het recht op de transitievergoeding zijn een redelijkerwijs te verwachten gevolg van het ongeval. De transitievergoeding is een tegemoetkoming in de financieel nadelige gevolgen van de beëindiging van het dienstverband, en daarmee dekte deze dus ook (deels) het verlies aan verdienvermogen. De aard van de transitievergoeding komt derhalve overeen met de aard van de schadevergoeding bestaande uit verlies aan verdienvermogen wegens arbeidsongeschiktheid door

het ongeval. Dit blijkt ook onder meer uit het arrest van de Hoge Raad d.d. 20 april 2018 dat hierna de revue zal passeren.

De rechtbank concludeert dat de transitievergoeding als schadebepalende factor bij de afwikkeling dient te worden betrokken en als voordeel in mindering moet worden gebracht op de geleden schade.

Sidestep:

De aard van het voordeel

Dat de transitievergoeding beoogt om een financiële tegemoetkoming te bieden voor de nadelige gevolgen van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst volgt naar onze mening mede uit het arrest van de Hoge Raad van 20 april 2018¹¹. In rechtsoverweging 3.3.8 van dit arrest overweegt de Hoge Raad dat de compensatie voor het ontslag moet worden gezien in verband met de omstandigheid dat de werknemer in kwestie nog aangewezen is op het verrichten van arbeid om te kunnen voorzien in zijn levensonderhoud. De Hoge Raad oordeelt vervolgens dat de transitievergoeding vanuit die gedachte ook het wegvallen van het voor zijn levensonderhoud benodigde inkomen uit arbeid compenseert. Vanuit die redenering lijkt het dan ook redelijk om te veronderstellen dat dit deel van de compensatie, hetgeen via de transitievergoeding wordt geboden, naar haar aard vergelijkbaar is met het verlies aan arbeidsvermogen dat via de schadevergoedingsplicht wordt vergoed.

Een ander argument om de stelling dat de transitievergoeding mede tot doel heeft het compenseren van inkomensverlies kracht bij te zetten kan worden gevonden in de jurisprudentie op het vlak van het sociaal zekerheidsrecht. Door de Centrale Raad van Beroep is ondermeer bij uitspraken van 22 februari 2011 en 22 november 2016¹² bevestigd dat een ontslagvergoeding, destijds verkregen onder het oude recht, dient te worden aangemerkt als inkomen in de zin van artikel 32 van de Participatiewet. In de lagere rechtspraak¹³ is men nadien tot de conclusie gekomen dat het feit dat de transitievergoeding in de plaats is getreden voor de Kantonrechtters-formule, er niet toe hoeft te leiden dat

er nu een ander beoordelingskader gehanteerd dient te worden. In de lagere rechtspraak op dit vlak wordt de transitievergoeding veelal beschouwd als compensatie van het inkomen om te voorzien in de noodzakelijke kosten van het levensonderhoud na het eindigen van de arbeidsrelatie.

Dat doel is naar onze mening gelijk aan het doel dat schuilt achter de vergoeding van het verlies aan verdienvermogen door de aansprakelijke partij. Het gevolg van het bovenstaande is dat in het kader van de Participatiewet onder de huidige jurisprudentie een transitievergoeding met recht mag worden gekort op een door een werknemer te verkrijgen bijstandsuitkering.

Stof tot nadenken

Profijt van de werkgever?

Opmerkelijk in de uitspraak van de Rechtbank Den Haag is de overweging dat de werkgever geen profijt heeft van de verrekening, zoals door benadeelde wel wordt gesteld. De Rechtbank Den Haag oordeelt dus dat werkgevers naar verwachting geen profijt zullen hebben van de compensatieregeling, hoewel de financiële last van de transitievergoeding uiteindelijk niet meer bij de werkgever en aansprakelijke partij ligt, maar bij het UWV. Deze opvatting van de rechtbank delen wij derhalve niet volledig. Wij zijn van mening dat werkgevers in specifieke gevallen wel degelijk profijt kunnen hebben van de compensatieregeling. Hierbij denken wij aan de situatie waarin de werkgever op grond van bijvoorbeeld artikel 7:658 BW aansprakelijk is. Wanneer de langdurige arbeidsongeschiktheid van een werknemer en daardoor het uiteindelijk beëindigen van het dienstverband het gevolg is van het doen of nalaten van de werkgever, dan is het naar onze opvatting niet redelijk en billijk om die werkgever alsnog een verzoek tot compensatie van de door hem betaalde transitievergoeding in te laten dienen. Zeker wanneer deze werkgever in kwestie een hoog eigen risico heeft afgesloten bij zijn wettelijke aansprakelijkheidsverzekeraar, ligt het risico van profijt voor die werkgever op de loer. Immers wanneer de

transitievergoeding (deels) verrekend dient te worden met de schadevergoeding van de werknemer, wordt de hoogte van de uit te keren schadevergoeding lager, met als gevolg dat het eigen risico minder wordt aangetast. Als de werkgever vervolgens ook nog voor een groot deel van de transitievergoeding gecompenseerd kan worden door het UWV, is er sprake van profijt, als dus het causale verband tussen het ongeval en de transitievergoeding een gegeven is. Zodoende pleiten wij er in ieder geval voor om een werkgever die aansprakelijk is op grond van artikel 7:658 BW geen mogelijkheid te bieden tot compensatie van de betaalde transitievergoeding. Dit sluit aan bij het subrogatieverbod op grond van artikel 7:962 lid 3 BW waarbij de aansprakelijke werkgever ook geen recht toekomt op loonregres op grond van artikel 6:107a BW de situatie waarin zij zelf aansprakelijk is.

Paradox, wat als het causaal verband niet vaststaat?

De benadeelde in de uitspraak X/Vialis⁴ noemt ook de diverse reorganisaties als oorzaak naast de arbeidsongeschiktheid voor het ontbinden van het dienstverband. De rechtbank parkeert dit argument met de opmerking dat dit irrelevant is, nu niet is gesteld of gebleken dat het dienstverband uitsluitend vanwege die reorganisatie is beëindigd. Maar wat als ook de aansprakelijke partij diezelfde ongevalsvreemde factoren aangrijpt als argument om het gestelde verlies aan verdienvermogen niet of niet volledig te vergoeden? Blijft het dan wel redelijk om de transitievergoeding te verrekenen?

Teruggrijpend op de basisregels uit het arrest TenneT/ABB¹⁵ volgt dat voor verrekening in algemene zin er een conditio sine qua non-verband dient te bestaan tussen de normschending en de gestelde voordelen, in die zin dat in de omstandigheden van het geval, sprake is van een voordeel dat zonder de normschending niet zou zijn opgekomen. Op grond van artikel 150 Rechtsvordering zal de partij die zich beroept op verrekening, het bewijs moeten leveren waaruit volgt dat verrekening in het specifieke geval verdedigbaar is. Wanneer het beëindigen van het dienstverband en dus het verkrijgen van

de transitievergoeding voort kan komen uit meerdere oorzaken dan zal dit bewijs minder makkelijk te leveren zijn. Mede gezien de verstrekende gevolgen van verrekening voor de benadeelde partij, die immers ook niet volledig vergoed wordt in zijn gemis aan inkomen, zijn wij van mening dat er in die gevallen geen verrekening of slechts een gedeeltelijke verrekening zou mogen plaatsvinden.

In het verlengde van het bovenstaande willen wij ook benadrukken dat er soms een paradox kan ontstaan bij de stelling dat de transitievergoeding verrekend dient te worden met de schade, wanneer in hetzelfde dossier de aanhoudende arbeidsongeschiktheid wordt betwist. Wanneer de werknemer namelijk na twee jaar ziekte in verband met zijn voortdurende arbeidsongeschiktheid wordt ontslagen, is het lastig te betogen dat er een causale relatie is tussen deze voortdurende arbeidsongeschiktheid door een overkomen ongeval met het ontslag en verkrijging van de transitievergoeding tot gevolg, wanneer eerder het standpunt werd ingenomen dat deze causale relatie ontbrak tussen het ongeval en de arbeidsongeschiktheid. Dit betekent dat een ingenomen standpunt over de causaliteit op een later moment in het dossier als een boemrang terug kan komen wanneer wordt gepoogd de verkregen transitievergoeding te verrekenen met het verlies aan verdienvermogen.

Benadering ex. artikel 6:95-6:97 BW of artikel 6:100 BW?

In zijn uitspraak van 16 april 2019 vermeldt de Rechtbank Rotterdam dat het in de specifieke casus die hij behandelt, niet relevant is of er wordt gekozen om via de weg van de artikelen 6:95-6:97 BW of artikel 6:100 BW te komen tot de vraag of het verrekenen van de transitievergoeding met het verlies aan verdienvermogen redelijk is. Die visie delen wij niet geheel. Er is in onze beleving namelijk wel een belangrijk verschil in de benadering. De route via artikel 6:95-6:97 BW ziet erop toe een vergelijk te maken tussen de hypothetische situatie met en zonder ongeval. Het verschil leidt tot een begroting van de (vorderbare) schade. Wanneer je die benadering kiest, zou men ons inziens

kunnen concluderen dat er na de ontvangst van de transitievergoeding, minder tot wellicht geen verlies aan verdienvermogen resteert. De transitievergoeding is namelijk een vergoeding die aan de heffing van inkomstenbelasting onderhevig is en is zodoende te beschouwen als inkomen. De vergoeding kan ook worden meegenomen bij het bepalen van het verlies aan verdienvermogen. De Hoge Raad¹⁶ oordeelde immers al (zie hierboven) dat de transitievergoeding ook het wegvallen van het voor het levensonderhoud benodigde inkomen uit arbeid compenseert. Aan het verkrijgen van de transitievergoeding aan sich ligt wellicht geen arbeidscapaciteit ten grondslag, maar het recht op de vergoeding komt wel voort uit de arbeidsovereenkomst en de hoogte is mede afhankelijk van de omvang van de reeds verrichte arbeid.

Op de vraag of het ontvangen van de transitievergoeding ook kan worden aangemerkt als een vergoeding wegens de aantasting van de arbeidscapaciteit, dient ons inziens bevestigend te worden beantwoord.

Hierdoor is het mogelijk dat er in de vergelijking tussen het inkomen voor en na het ongeval geen verschil ontstaat, het is zelfs mogelijk dat een betrokkene meer inkomen heeft genoten. Een benadering via de route van artikel 6:100 BW ziet toe op het vraagstuk van de voordeelsverrekening. Bij het hanteren van die route gelden opnieuw de spelregels zoals die zijn voortgekomen uit het arrest van de Hoge Raad TenneT/ABB. Teruggrijpend op dit arrest volgt dat voor verrekening in algemene zin er een conditio sine qua non-verband dient te bestaan tussen de normschending en de gestelde voordelen, in die zin dat in de omstandigheden van het geval, sprake is van een voordeel dat zonder de normschending niet zou zijn opgekomen. Dit alles leidt er ons inziens in beginsel toe dat verrekening via de route van artikel 6:100 BW aan strengere eisen is onderworpen. Er is dus wel degelijk een verschil in de wijze van benadering zo menen wij.



Is de grondslag van de aansprakelijkheid van belang bij de beoordeling van verrekening?

In de casus van X/Vialis was de werkgever ook de aansprakelijke partij. De vraag rijst of het bij het vraagstuk van de verrekening nog verschil maakt of de werkgever en de aansprakelijke partij een en dezelfde zijn, of dat iedere aansprakelijke partij zich kan beroepen op verrekening van de transitievergoeding? En moet er dan nog onderscheid worden gemaakt bij aansprakelijkheid op grond van schuld of risicoaansprakelijkheid. Ons inziens zou de grond van aansprakelijkheid geen rol moeten spelen bij de beantwoording op de vraag of verrekening redelijk is, als de weg van 6:95 – 6:97 BW wordt bewandeld. Bij vergelijking van de hypothetische situatie zonder ongeval met de werkelijke situatie na ongeval, kan de transitievergoeding simpelweg niet genegeerd worden, ook niet als de transitievergoeding niét door de aansprakelijke partij wordt betaald.

Is de houding van de werkgever en/of diens verzekeraar relevant voor verrekening?

In dit artikel is toegelicht wat het doel is van de transitievergoeding en wat onder compensatie voor de werknemer wordt verstaan. De werknemer wordt door de

vergoeding ook deels de mogelijkheid geboden om zijn positie in de arbeidsmarkt te verbeteren en een transitie naar een andere functie zo te vergemakkelijken. Hij kan echter niet verplicht worden om het bedrag hiervoor aan te wenden. In menig letselschadezaak wordt door de aansprakelijke partij of diens verzekeraar geïnvesteerd in deze transitie, door bijvoorbeeld een arbeidsdeskundige in te schakelen of een omscholingstraject te bekostigen. In dat geval hoeft de werknemer dus zijn transitievergoeding hiervoor ook niet aan te spreken en ons inziens is dit dus een reden te meer dat verrekening redelijk is. Maar wat als de aansprakelijke partij nou weigert om kosten te maken om een benadeelde te helpen zijn weg te vinden op de arbeidsmarkt, waardoor hij of zij deze kosten wellicht toch weer zelf moet dragen? Pleit dit ervoor om verrekening niet of niet geheel plaats te laten vinden? Ons inziens zal in beginsel de verrekening redelijk blijven, mits is voldaan aan de vereisten zoals door de Rechtbank Den Haag zijn geschetst. Indien benadeelde van mening is dat hij kosten moet maken ter re-integratie, die hij zonder ongeval niet zou hebben gemaakt, ligt het op zijn weg deze kosten inzichtelijk te maken en te onderbouwen, conform de algemene regels van de bewijslast. Met de verdere vaststelling van de schade, kan met deze kosten vervolgens weer rekening worden gehouden.

Verrekening met het smartengeld?

De rechtbank neemt aan dat het voordeel mag worden verrekend, omdat de aard van de transitievergoeding en de schadevergoeding overeenkomen. Vanuit de praktijk doemen geluiden op dat volledige verrekening niet redelijk zou zijn, omdat de aard van de transitievergoeding deels ook een immaterieel karakter kent. Maar als een beroep wordt gedaan op dit immateriële karakter, zou je de transitievergoeding voor dat deel dan juist weer niet mogen verrekenen met het smartengeld? Weliswaar ziet het immateriële karakter enkel op het smart dat het beëindigen van het dienstverband met zich mee brengt en is het leed van het letsel in die zin vermoedelijk breder, maar anderzijds speelt de

eventuele arbeidsongeschiktheid en het al dan niet verliezen van een baan wel een rol bij de vaststelling van de hoogte van de smartengeldvergoeding. En als het conditio sine qua non-verband tussen het ongevalsletsel en de arbeidsongeschiktheid en daardoor beëindiging van het dienstverband een gegeven is, kun je dan het smart van het verliezen van dat dienstverband nog wel los zien van het ongeval?

Tot slot

Wij sluiten af door op te merken dat er nog altijd geen eenduidig antwoord is te geven op de vraag of het verrekenen van een verkregen transitievergoeding met het verlies aan verdienvermogen geoorloofd is. Het antwoord op deze vraag verschilt per casus. De gezichtspunten uit de arresten van de Hoge Raad ten aanzien van voordeelsverrekening en de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 16 april 2019 geven ons handvatten. Met de uitbreiding van het recht op een transitievergoeding dat sinds dit jaar al na één werkdag ontstaat, een mogelijke periode van economische tegenspoed met wellicht meer ontslagen in het verschiet, is het onze verwachting dat er in de nabije toekomst meer aandacht zal komen voor de verrekening van de transitievergoeding binnen letselschadezaken. Wij hopen dat ons artikel voor u handvatten biedt om het vraagstuk rondom de verrekening te beslechten. Tot slot willen wij meegeven dat verrekening, hoewel daar soms op juridische gronden legitieme redenen voor zijn aan te dragen, een verregaand middel is. De invloed hiervan moet niet onderschat worden en kan de schaderegeling als geheel betreffen. Hierdoor zult u zich los van de rationele argumenten alsnog moeten afvragen of het in alle kwesties gewenst is om over te gaan tot verrekening, zeker bij een beperkte hoogte van de transitievergoeding, want gedane zaken nemen weliswaar geen keer maar kunnen u nog een letselschadezaak lang blijven achtervolgen.





dr. Aart Bontekoning | zelfstandig organisatieadviseur
op het gebied van generatiediversiteit

“Elke organisatie lijdt aan generatiediversiteit”

Interview met Aart Bontekoning

door Peter van Steen

In de generatiediversiteit in onze organisaties schuilt een blinde vlek. Procedures, werkprocessen, overlegplatformen en samenwerkingsvormen die vorige generaties ontwikkelden, hebben een uiterste houdbaarheidsdatum. De instandhouding ervan daarna is ongezond voor mensen en slecht voor organisaties. Oudere generaties beseffen vaak niet dat de jongste generatie de updates bij zich draagt en bij het updaten zelf hun steun nodig heeft. Dit stelt dr. Aart Bontekoning, zelfstandig organisatieadviseur op het gebied van generatiediversiteit. Onderdelen van zijn theorie raken vergrijzende verzekeringsmaatschappijen, advocatenkantoren en bureaus van belangenbehartigers, maar ook de letselschadebehandeling op zich.

Onze organisaties worden momenteel door vijf generaties bevolkt: de idealistische en gedreven protestgeneratie (geboren tussen 1940 en 1955), de verbindende en bescheiden procesgeoriënteerde generatie (1955-1970), de pragmatische op snel resultaat gerichte generatie (1970-1985), de authentieke grenzeloos actieve internetgeneratie (1985-2000) en de bewuste generatie (2000-2015). Aart Bontekoning onderzocht hoe de vele vergrijzende organisaties generatiediversiteit kunnen benutten om bij de tijd te blijven. De coronacrisis en de economische crisis als gevolg daarvan maken zijn werk extra actueel.

“De belangstelling voor het onderwerp generatiediversiteit heeft alles met de vergrijzing te maken. Meer en meer komt men tot het besef dat die vergrijzing nog lang niet op een hoogtepunt is, maar de komende twintig, dertig jaar nog doorgaat.”

Aart Bontekoning

Organisatiepsycholoog

Aart Bontekoning (1949) trad al meteen na zijn middelbare schoolperiode, op zijn achttiende, in dienst van de politie. Hij deed er uitvoerend werk en bekleedde diverse managementfuncties, tot hij bemerkte veranderingsprocessen interessanter te vinden. Hij ging organisatiepsychologie studeren en daarna bij een klein organisatieadviesbureau werken om het vak in zijn vingers te krijgen. In die periode ontdekte hij dat bij zijn klanten jongeren in dienst kwamen, die binnen die organisaties in 'no time' al hun energie kwijt waren. Samen met een aantal van die jongeren is hij toen gaan nadenken over wat er dan precies gebeurde en wat je eraan zou kunnen doen.

“Wie al twintig jaar op een bepaalde manier heeft vergaderd, heeft niet in de gaten dat die manier energie wegneemt. Dan worden er eigenlijk alleen maar dingen herhaald.”

Aart Bontekoning

Evolutie van gedrag

Zijn visie hierop ging verder dan een praktische aanpak en raakte als het ware 'de evolutie van gedrag', de evolutie die bij elke wisseling van generatie noodzakelijk is om bij de tijd te blijven en de wereld gezond te houden. Deze fascinatie leidde uiteindelijk tot een promotie op een proefschrift over generaties in organisaties.¹ “Ik wilde heel grondig weten waar ik het over had en dat is goed uitgekapt”, aldus Aart Bontekoning. “De belangstelling voor het onderwerp generatiediversiteit heeft alles met de vergrijzing te maken. Meer en meer komt men tot het besef dat die vergrijzing nog lang niet op een hoogtepunt is, maar de komende twintig, dertig jaar nog doorgaat. Pas dan komt er een piek en vlakt het wat af. Vanuit dat generatieperspectief is het natuurlijk razend interessant om na te gaan hoe een organisatie de kwaliteiten van de jongere en de oudere generaties kan gebruiken om bij de tijd en daarmee ook economisch gezond te blijven.”

Verouderde sociale processen

Volgens Aart Bontekoning raken jongeren binnen organisaties hun energie vooral kwijt aan de verouderde sociale processen in die organisaties. Hiermee bedoelt hij de ingesloten procedures, werkprocessen, overlegplatformen, samenwerkingsvormen en culturen die inmiddels zijn verouderd en door de oudere generaties op de automatische piloot worden herhaald. Al die processen zijn slechts beperkt houdbaar en daarom is het goed ruimte geven aan nieuwe prikkels, verversingen en moderniseringsring. Dit is niet eenvoudig, omdat de oudste generatie binnen vergrijzende organisaties altijd de grootste is en de jongste de kleinste.

Vragen en alternatieven

“Wie al twintig jaar op een bepaalde manier heeft vergaderd, heeft niet in de gaten dat die manier energie wegneemt. Ik zie het meteen wanneer bijvoorbeeld in een projectvergadering de energie heel laag is. Dan worden er eigenlijk alleen maar dingen herhaald. Jongeren die de organisatie binnenkomen, die soms hartstikke jong zijn, willen daar niet in meegaan. Die gaan er vragen over stellen en komen met alternatieven, maar dan valt het niet altijd mee gehoord te worden.” Volgens Bontekoning zit de generatiekloof vooral daarin, dat jongeren niet hebben geleerd om met ouderen goed samen te werken. Samenwerking is pas succesvol als beide generaties er positieve energie van krijgen, in plaats van aanpassingsproblemen, ontevreden gevoelens of een burn-out.

Houdbaarheidsdatum verstreken

De situatie is in de ene organisatie erger dan in de andere. Sommige organisaties zijn in de afgelopen jaren in staat geweest op dit gebied sneller te veranderen dan andere. De meeste hebben bijvoorbeeld al wel afscheid genomen van de energieverslindende traditionele 'polderachtige' manier van vergaderen. De tussen 1940 en 1955 geboren protestgeneratie wist zich daar vanuit de medezeggenschapscultuur in de jaren zeventig lange tijd aan vast te houden. Voor dat sociale proces was de houdbaarheidsdatum al even verstreken en zijn jongeren in staat geweest nieuwe werkvormen van overleg binnen organisaties ingevoerd te krijgen. De coronaperiode kan wat dat betreft een punt op de i hebben gezet.

Steun van ervaren collega's

Organisaties doen er daarom goed aan, aldus Aart Bontekoning, de jongere generatie voorop te laten lopen, met name de jongeren met de beste inzichten. Het is buitengewoon belangrijk dat deze jongeren alle steun van de meer ervaren collega's krijgen. Bontekoning: "Jongeren zien heel goed wat er verouderd is en waar de updates zitten, maar slagen er nooit in die te realiseren zonder steun en kennis van ervaren collega's. Die jongeren vormen een heel kleine minderheid ten opzichte van de nog steeds groeiende groep vijftigplussers, zestigplussers en zeventigplussers. Ze hebben daarom die steun meer dan ooit nodig." Het gaat erom dat ouderen tot het inzicht komen dat processen anders, leuker, handiger kunnen verlopen dan ze gewend zijn. Ze moeten ervaren dat ze iets zinvols doen en daardoor energie krijgen.

"Het nieuwe werken was zo'n top-down ingevoerde verandering. Zoiets mislukt dan, omdat de manier waarop die verandering werd ingevoerd, op zich ook verouderd is. Jongeren mogen daar dan over meepraten, maar 'meepraten' is ook een proces van de vorige eeuw."

Aart Bontekoning

Top-down veranderen

Een sociaal proces dat echter veel lastiger kan worden vernieuwd, aldus Aart Bontekoning, is het 'top down'-management bij de aansturing van veranderingen. Dit kroonjuweel van de huidige oudste generatie is in de meeste organisaties nog niet uit handen gegeven aan jongere generaties. Bontekoning: "Het top-down veranderen is diepgeworteld. Dat doen we al decennia zo en we zijn daardoor gewend naar de top te kijken als er wat moet worden veranderd. Het nieuwe werken was zo'n top-down ingevoerde verandering. Zoiets mislukt dan, omdat de manier waarop die verandering werd ingevoerd, op zich ook verouderd is. Ook binnen de verzekeringsbranche zie je bijvoorbeeld IT-processen helemaal verkeerd lopen omdat de besluitvorming in die processen van de vorige eeuw is. Jongeren mogen daar dan over meepraten, maar 'meepraten' is op zich ook een proces van de vorige eeuw. Jongeren zien zelf hoe het beter kan en willen daar zelf mee aan de slag, samen met ervaren collega's, zonder op directieven van bovenaf te wachten."

Goud waard

"Jongeren werken graag samen met de mastodonten in een organisatie. Soms ontstaat er een kloof, wanneer de mastodont gestrest raakt, bakkig wordt en zich dan plotseling autoritair opstelt. Jongeren durven dan niets meer in te brengen, wat slecht voor het team is. Maar mastodonten die voor vernieuwingen openstaan, zijn goud waard. Is de koppeling van een jonkie aan een ervaren rot in orde, dan gebeurt er iets aan twee kanten: de jongere krijgt zelfvertrouwen en de oudere leert dat zaken anders kunnen, met allerlei voordelen als gevolg daarvan. Het lijkt om kleine dingen te gaan, maar als er in die dingen veel veroudering zit, wordt het een dooie bende."

Over cultuur discussiëren

Het beeld dat alleen de jongeren de vernieuwers zijn en dat de ouderen enkel aan verouderde patronen willen vasthouden, is natuurlijk te gegeneraliseerd. Veel ouderen zijn juist helemaal klaar met die verouderde patronen zodra jongeren hun de ogen hebben geopend. Dan zien ze ook hoe energieverslindend bijvoorbeeld de wekelijkse vergadering op vrijdagmiddag is. Aart Bontekoning maakte het mee dat jongeren op een kantoor hem vertelden dat de ouderen maar niet wilden veranderen. "Ik vroeg hun dat te herhalen waar de ouderen bij waren. Dat durfden ze niet eens! Toen ik het de ouderen vertelde, vonden die dat belachelijk. Ze wilden wel degelijk ook dingen veranderen. Alleen hadden ze dat aangepakt door een discussie over de bedrijfscultuur te organiseren. Maar ja, zo'n discussie haalt bij de jongeren weer alle energie weg. Zo kom je dan niet verder..."

Parallellie met ouderschap

Aart Bontekoning heeft in zijn onderzoek naar de kracht van generatiediversiteit in organisaties naar parallellen en tegenstrijdigheden gezocht ten opzichte van de samenwerking tussen ouders en kinderen thuis. Hij ontdekte dat Nederlandse ouders – in andere landen kan de situatie heel anders zijn – zich in de interactie met hun kinderen anders opstellen dan hun eigen ouders vroeger deden. Opnieuw generaliserend kun je bijvoorbeeld stellen dat de ouders van de verbindende generatie (1955-1970) jegens hun kinderen een gesloten relatie hadden. De verbindende generatie zelf streeft daarentegen naar een open relatie met hun kinderen van de internetgeneratie (1985-2000). En zo kun je ook stellen dat leden van de verbindende generatie hun ouders als autoriteit zagen, maar die positie niet ten opzichte van hun eigen kinderen willen innemen. Nu stimuleren ouders dat hun kinderen zich kritisch opstellen, zelf op onderzoek uitgaan en hun eigen weg vinden.

“Dat jongeren egoïstisch zijn, is een groot misverstand. In contacten met anderen willen ze vooral zichzelf zijn en willen ze dat de ander ook zichzelf is. Wanneer ze iemand helpen, willen ze duidelijk weten of de ander daar blij mee is. Hun werk moet zinvol zijn en tegelijkertijd moet ook het bedrijf waar ze werken, zinvol zijn.”

Aart Bontekoning

Knop niet omzetten

“Het lijkt erop dat vernieuwing als natuurlijk proces bij generatiewisselingen thuis beter tot zijn recht komt dan op het werk”, zegt Bontekoning. “Kinderen moeten thuis vooral zichzelf zijn, maar dat geldt niet per se voor jongeren op het werk. Al wanneer die senioren in hun auto stappen om naar het werk te gaan, veranderen velen in een meer gesloten en hiërarchisch denkend type. Zij kunnen veel beter die knop niet omzetten en in de thuisstand laten staan, want die stand is meer eigentijds. Kinderen lokken thuis meer eigentijds gedrag uit, maar jongeren op het werk slagen daar veel minder goed in. Mensen accepteren het wanneer hun kind zegt: jullie moeten met elkaar gaan praten, want er gaat iets niet goed. Maar ze accepteren het niet wanneer een pas aangenomen jongere op het werk zegt: beste directie, jullie moeten nu gaan praten, want er moet hier het een en ander worden veranderd.”

In de letselschadebehandeling

Binnen organisaties in de letselschadebranche – verzekeringsmaatschappijen, advocatenkantoren, bureaus van belangenbehartigers – zal de generatiediversiteit zich ongetwijfeld in dezelfde gedaante manifesteren als hierboven is beschreven. Daarnaast doen zich in de letselschadebehandeling zelf uiteraard ook generatieconflicten voor, wanneer ouderen jonge slachtoffers of wanneer jongeren oude slachtoffers bijstaan. Aart Bontekoning heeft hier geen studie naar verricht, maar kan zich voorstellen dat jongeren helemaal op hulp aan het slachtoffer zijn gericht, en daar ook meteen respons op willen ontvangen, terwijl ouderen die niet met hun tijd zijn meegegaan, vooral ook hun directe meerderen willen behagen.

Zinvol bezig zijn

“Jongeren willen niets liever dan iemand helpen”, zegt Aart Bontekoning. “Dat jongeren egoïstisch zijn, is een groot misverstand. In contacten met anderen willen ze vooral zichzelf zijn en willen ze dat de ander ook zichzelf is. Wanneer ze iemand helpen, willen ze duidelijk weten of de ander daar blij mee is. Ouderen zijn vaker gesloten, voelen zich blij, maar laten daar aan de buitenkant niets van merken. Jongeren vragen dan door, want ze moeten het gevoel hebben dat ze zinvol bezig zijn. Hun werk moet zinvol zijn en tegelijkertijd moet ook het bedrijf waar ze werken, zinvol zijn en het beste voor hebben met de mensen in de wereld. Senioren die nog in de oude stand staan, zijn zich ervan bewust dat het bedrijf waar ze werken, winstgevend moet zijn en dat de continuïteit van het bedrijf belangrijk is. Dit spreekt de meeste jongeren echt niet aan.”

Grotere overlevingskansen

De protestgeneratie wilde meepraten, terwijl de jongere generaties vooral willen meedoen. De protestgeneratie kwam in opstand, terwijl de jongere generaties opstaan om aan de slag te gaan. “Benut die kracht van jongere generaties om gedateerde processen te updaten”, zegt Aart Bontekoning tot slot. “Dat is in het belang van iedereen. Onder de druk van de coronacrisis en de economische crisis daarna is het voor vergrijzende organisaties een nog veel grotere uitdaging geworden om vitaal, gezond en bij de tijd te blijven. Bedrijven die bij de tijd zijn, hebben een veel grotere overlevingskansen. Bedrijven die gedateerd zijn, gaan ons nu enorm in de weg zitten. Het is daarom beangstigend dat de kracht van jongeren in de meeste organisaties zwaar wordt ondermijnd – niet omdat ouderen niet willen veranderen, maar omdat zij deze nieuwe en energieopwekkende mogelijkheid van veranderen niet onderkennen. Het is belangrijk dat zij inzien dat het verversen van sociale processen ertoe leidt dat ook zij energie krijgen in plaats van energie verliezen.”



De Hoge Raad spreekt zich uit over aansprakelijkheid voor ongeschikte medische hulpzaken

door Lisan Homan en Stijn Könning | advocaat bij Van Benthem & Keulen B.V.

De vraag of schade ontstaan na gebruik van een ongeschikte medische hulpzaak wel of niet voor rekening van arts en ziekenhuis dient te komen, houdt de gemoederen al enige tijd flink bezig. In de lagere rechtspraak, bij de rechtbanken en de gerechtshoven, werd daar verschillend over geoordeeld.

In de afgelopen jaren zijn er rondom dit vraagstuk twee zaken aan de Hoge Raad voorgelegd. In de eerste zaak ging het om cassatie na een arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden ('de Miragelplombe')¹ en in de tweede zaak betrof het prejudiciële vragen gesteld door het Gerechtshof Den Bosch ('het PIP-implantaat')². Op 19 juni 2020 heeft de Hoge Raad zich in beide kwesties uitgesproken.

De zaak van de Miragelplombe³ draaide om een hulpzaak die bij oogchirurgie veel werd gebruikt. Achteraf was gebleken dat de plombe na verloop van tijd bij sommige patiënten van samenstelling veranderde en leidde tot complicaties, op grond waarvan de feitenrechters van oordeel waren dat sprake was van een ongeschikte hulpzaak in de zin van artikel 6:77 BW.

De Hoge Raad oordeelde anders en achtte het van doorslaggevend belang dat deze medische hulpzaak ten tijde van het gebruik 'state of the art' was. Hoewel dit begrip in het arrest niet nader werd gedefinieerd, lijkt te worden bedoeld dat de hulpzaak volgens de destijds heersende medische inzichten geschikt werd geacht voor het doel waarvoor deze werd gebruikt. De Hoge Raad kwam tot het oordeel dat het enkele feit dat naderhand is gebleken dat de plombe niet langer geschikt was voor de betreffende behandeling, niet met zich brengt dat het gebruik van die zaak als tekortkoming moet worden aangemerkt. Aan toepassing van artikel 6:77 BW wordt dan niet toegekomen.



Lisan Homan



Stijn Könning

Het lijkt erop dat de Hoge Raad met dit oordeel risicoaansprakelijkheid voor ongeschikte hulpzaken grotendeels buiten toepassing heeft verklaard voor het medisch aansprakelijkheidsrecht. De kern van risicoaansprakelijkheid is immers dat de aangesproken partij geen verwijt kan worden gemaakt maar op basis van een bepaalde hoedanigheid toch aansprakelijk kan worden gehouden. Door bij de beoordeling of sprake is van een ongeschikte hulpzaak aansluiting te zoeken bij de vraag of het hulpmiddel state of the art was, wordt verwijtbaarheid ineens een voorwaarde voor toepassing van het artikel. Indien binnen de geneeskundige behandelrelatie gebruik wordt gemaakt van een hulpzaak die door de medische wereld onvoldoende geschikt wordt geacht (niet state of the art), zal veelal sprake zijn van een 'directe' tekortkoming doordat niet wordt gehandeld als goed hulpverlener. In dat geval heeft men het leerstuk van art. 6:77 BW niet nodig.

Uit de beantwoording van de overige prejudiciële vragen in de zaak van de PIP-implantaten blijkt dat men ook in dat geval niet tot vestiging van aansprakelijkheid komt op grond van artikel 6:77 BW. De Hoge Raad concludeerde namelijk dat toerekening van de gebrekkige hulpzaak aan de zorgverlener niet redelijk was. Daarbij waren de volgende omstandigheden van belang: er was sprake van groot-schalige en ernstige fraude bij de productie; de hulpverlener had daardoor geen grotere deskundigheid over de hulpzaak; de hulpverlener kon schade slechts beperkt verzekeren en voor de hulpverlener bestond geen mogelijkheid om regres op de producent te nemen nu deze failliet was. Ook merkte de Hoge Raad nog op dat de aanwezigheid van een CE-keurmerk niet relevant is voor de beoordeling of toerekening redelijk is, nu alle medische hulpmiddelen van een CE-keurmerk voorzien dienen te zijn. Ook in dit uitzonderlijke geval komt men bij gebreke van toerekenbaarheid dus niet tot aansprakelijkheid.

De in de rechtspraak verwachte catalogus van omstandigheden die relevant zijn voor de vraag of toerekening aan de zorgverlener redelijk is, is er weliswaar niet gekomen, maar de Hoge Raad somt toch enkele relevante omstandigheden op. Nu deze omstandigheden echter zeer specifiek betrekking hebben op de omstandigheden rondom de PIP-implantaten, is het maar de vraag of deze opsomming zich leent voor bredere toepassing.

Vanuit de rechtspraak bestond al enige tijd het verlangen naar duidelijkheid over de toerekening van gebrekkige hulpzaken aan de arts en het ziekenhuis. Met de arresten van 19 juni 2020 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat het leerstuk van artikel 6:77 BW slechts een (zeer) beperkte rol heeft in het medisch aansprakelijkheidsrecht. Voor het vestigen van aansprakelijkheid op deze grond dient het hulpmiddel volgens de destijds heersende leer niet state of the art te zijn en ook toerekenbaarheid wordt niet eenvoudig aangenomen. Daarmee heeft de Hoge Raad duidelijkheid geboden en zal de praktijk moeten uitwijzen of het voldoende is om de discussie definitief te beslechten.



Toch zijn er uitzonderingssituaties denkbaar, bijvoorbeeld wanneer de producent fraudeert door zijn implantaten te vullen met industriële siliconengel. Hoewel de hulpverleners pas later van die fraude op de hoogte waren, waren de implantaten al op het moment van gebruik volgens de op dat moment heersende medische inzichten ongeschikt. Bovendien voldeden de implantaten ook niet aan de wettelijke normen. De implantaten waren dus op het moment van gebruik al niet state of the art, zo oordeelde de Hoge Raad in de zaak van de PIP-implantaten.⁴



Even voorstellen... Programmamanager voor het Platform Personenschade

Beste lezers van het PIV-bulletin,

Op 1 januari 2020 is het PIV geïntegreerd in het Verbond en worden de activiteiten van het PIV voortgezet door het Platform Personenschade. Om de integratie van PIV en het Verbond van Verzekeraars te voltooien in het overgangsjaar 2020, en een bijdrage te leveren aan het verbeteren van de Letselschade-behandeling in Nederland is naarstig gezocht naar een Programmamanager en in mijn persoon is die gevonden.

Op 1 april jl. ben ik begonnen en het zal u niet verbazen als ik zeg dat het een bijzondere start is geweest. Tot op heden, – het is 5 juni als ik dit schrijf –, ben ik nog niet in het Verbondsgebouw geweest. Ook de komende weken bewonder ik mijn collega's en anderen enkel als pixels op een scherm. Niet altijd optimaal maar wel bijzonder hoe we toch voor elkaar krijgen alles min of meer 'gewoon' door te laten gaan. Een positieve constatering niet alleen voor onszelf maar ook voor slachtoffers, en ik moet mij wel heel erg vergissen als niet een aantal van onze huidige ervaringen ook toekomst-fast zullen blijken te zijn en onze manier van werken zullen gaan beïnvloeden.

Zonder de lezer al te zeer te vermoeien met mijn verleden wil ik toch iets van mijn cv noemen. Na een aantal zeer leerzame jaren in de advocatuur heb ik de overstap gemaakt naar een verzekeraar in het noorden des lands en daar ben ik geïnfecteerd geraakt met het letselvirus. Ook bij mijn daaropvolgende werkgever – gevestigd in het midden des lands – ben ik steeds nauw betrokken geweest bij de letselschaderegeling al ben ik daar de laatste jaren vooral actief geweest in de buitenlandschadeafwikkeling. Geheel terzijde merk ik daarover op dat het buitenland voor onze nationale letselschaderegeling als inspiratie kan dienen om tot verbetering te komen.

En nu dus bij het Verbond. Ik vrees dat er voor het letselvirus voor mij nog geen vaccin gevonden is en eigenlijk ben ik daar ook niet naar op zoek. Onze taak als letselbranche is een wezenlijke. We zijn er om de balans in het leven van het slachtoffer te herstellen. Dat is belangrijk en geeft voldoening. Ik lever daar graag een bijdrage aan.

