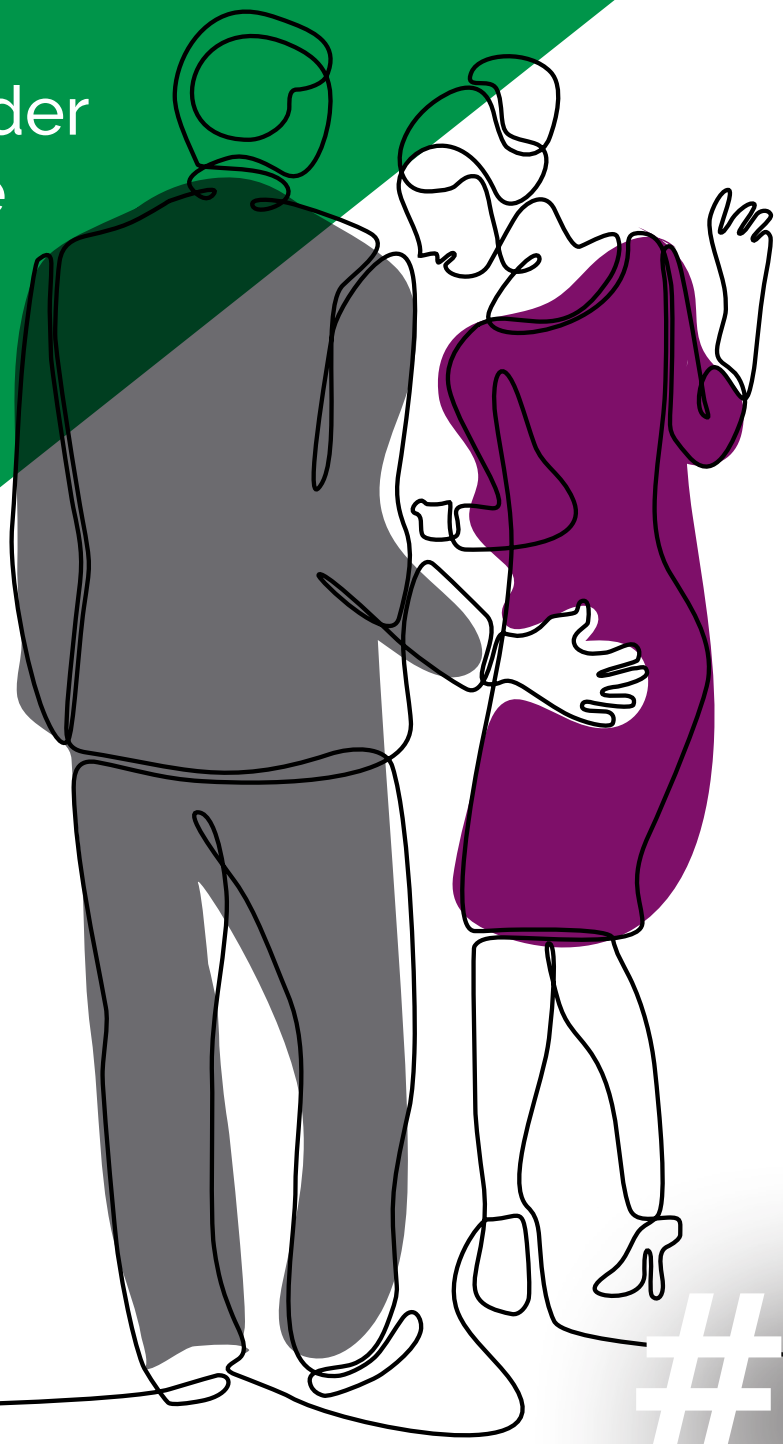
VERBOND VAN VERZEKERAARS
PLATFORM PERSONENSCHADE

PPS Bulletin

Wanneer aansprakelijk voor seksueel wangedrag op de werkvloer?
pagina 18

Het juridisch kader van shockshade
pagina 26

‘De waarheid’ in het recht
pagina 36



#1

Inhoud

Voorwoord
◢ Schijnbare Tijdgeest
– Armand Blondeel
pagina 3-5

Interview
◢ met Arlette Schijns – "Leer in het aansprakelijkheidsrecht van andere compensatiesystemen!"
pagina 6-12

Bijlage
◢ Literatuurverwijzing
pagina 13-14

Interview
◢ met Meint Wichers en Bianca Dorré –
De branche is een beroepsopleiding rijker
pagina 15-17

Jurisprudentie
◢ Werkgeversaansprakelijkheid voor seksueel wangedrag op de werkvloer?
– Chris van Dijk en Tim Nelissen
pagina 18-25

Jurisprudentie
◢ Het vereiste van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld
– Nikki Nuijten en Petra klein Gunnewiek
pagina 26-31

Opinie
◢ Vergoeding van kosten van ongereguleerde belangenbehartigers
– Petra Oskam
pagina 32-35

Jurisprudentie
◢ "De Waarheid"
– Rob Meelker
pagina 36-43

Column
◢ In het verleden behaalde resultaten…
– J.J.H. van Rossum
pagina 44-45

Jurisprudentie
◢ De Wet Affectieschade – hoe staat het ermee?
– Annerie Joxhorst
pagina 46-53

Ten slotte
◢ Altijd up-to-date met collegereeks Actualiteiten Personenschade
pagina 54

Colofon

Het PPS Bulletin is een uitgave van het Platform Personenschade van het Verbond van Verzekeraars over nieuws en feiten in de wereld van letselschade. Het PPS Bulletin wordt kosteloos verstrekt aan deelnemers en relaties van het Verbond.
Het Platform Personenschade 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.)
Leonore Beij (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 PPS 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.platformpersonenschade.verzekeraars.nl

Ontwerp en opmaak
3MegaWatt.nl

Webadres PPS bulletin
platformpersonenschade.verzekeraars.nl

Aanmelden voor abonnement
redactiepersonenschade@verzekeraars.nl

Platform Personenschade
Bordewijklaan 2
2591 XR Den Haag
(070) 333 88 75

www.platformpersonenschade.verzekeraars.nl

door Armand Blondeel
| NIVRE Register Expert

Schijnbare Tijdgeest

**And if there is no room upon the hill,
And if your head explodes with dark forebodings too,
I'll see you on the dark side of the moon.**

In die kunstig met Art Deco schilderingen versierde tramlijn 16, die me naar een voor mij nog onbekende bestemming in Den Haag vervoerde, had ik nog geen idee van wat de bedoeling van deze exercitie was. In de aanloop naar de tramrit had een eigenzinnige dame erop gestaan, dat op dit specifieke tijdstip een huisbezoek zou plaatsvinden. Het eerste huisbezoek in ruim twee jaar, eerdere gesprekken hadden vanwege de maatschappelijke Covid-problematiek via MS Teams plaatsgevonden.

And if the cloud bursts thunder in your ear, You shout and no one seems to hear,

And if the band you're in starts playing different tunes, I'll see you on the dark side of the moon.

Wie schetste mijn verbazing toen na mijn aanbellen, de jonge dame die in de deuropening verscheen, mij bevestigde dat ze niet haar moeder hoefde te roepen, omdat zij zelf het slachtoffer in kwestie was. Heel bijzonder, tijdens de eerdere digitale ontmoetingen op mijn laptop had ik een totaal andere verschijning gezien. “Dat was een Avatar van me. Zoals u weet heb ik een Masteropleiding kunstgeschiedenis voltooid. Dat heeft mij geleerd van het leven een kunst te maken, naar de geest van de tijd waarin ik leef. De tijdgeest van mijn generatie kent een nieuwe uitdaging, we leven in een Multiversum. De klassieke fysieke wereld en de meer ongrijpbare kunstwereld, komen nu ook tot uiting in een digitale wereld waarin alles wat je maar wilt laten zien mogelijk is”. “U bent dus een soort van Master of the Universe?”, wierp ik op. “Of, en tag me voor deze vrijpostigheid alstublieft niet met een #Meetoo, aan de andere kant van het spectrum net zo goed een Digitale Trol?” Zij glimlachte slechts en gunde me op haar laptop een inkijk in de wonderlijke wereld van influencers,

instagrammers, YouTubers en Juicekanalen. Tik Tok, wat vliegt de tijd. “Veel vlot en vluchtig werk, dat wel”, liet ik me ontvallen. “Dat is van alle tijden”, riposteerde zij, “het is maar wat je ziet, wilt zien en ook wat gezien wil worden.” “Klinkt Mystiek”, mompelde ik nog wat na.

All that you touch; And all that you see;
Is all your life will ever be

All that you taste, all you feel; And all that you love; And all that you hate;
All you distrust, all you save

“Weet u, het opgelopen letsel waarvoor aansprakelijkheid is erkend, is inmiddels hersteld. Ik wil deze zaak echter niet afronden dan na een echte ontmoeting, ook buiten cyberspace. Mijn periode van beperkingen en revalideren naar aanleiding van het opgelopen letsel heeft me ook het nodige opgeleverd. Ik was toch al veel op mezelf aangewezen tijdens de lockdowns. Als influencer genereerde ik vanwege mijn beperkingen veel aandacht en medeleven en dus ook veel hits en bekijks van volgers over heel de wereld die ook veelal aan huis gebonden waren. Bizar genoeg heeft me dat, omdat ik erg veel volgers heb, in financiële zin geen windeieren gelegd, elke hit is ping ping immers.
Ik heb mijn creatieve grenzen verlegd en ben er door lockdowns en letsel achter gekomen dat ik een betere balans wil vinden. De mens is een sociaal wezen dat in onderlinge verbondenheid wil voelen, beleven en delen. Jullie van de verzekering hebben me na het ongeval in dat kader veel fijne hulp en aandacht geboden. Volgt u mij naar een plaats die laat zien dat deze waarden voor elke generatie opnieuw gelden.”

And all that you give; And all that you deal;
And all that you buy, beg, borrow or steal

And all you create; And all you destroy;
And all that you do; And all that you say

En zo kwam ik in die tram lijn 16 terecht, die stopte voor het Kunstmuseum Den Haag. Eenmaal binnen, leer ik over Alphonse Mucha, een Tsjechische kunstenaar die op tweede kerstdag 1894 het geluk heeft dat de beroemde actrice Sarah Bernhardt dringend verlegen is om een affiche voor haar toneelstuk Gismonde. “De rest is kunstgeschiedenis”, vertelde mijn gesprekspartner en wij liepen door de vele zalen van het museum, waar het prachtige, weelderige en kleurrijke werk van Mucha is tentoongesteld. “Alles vanwege die ’chance meeting’ op tweede kerstdag. Er ontstond een hechte samenwerking tussen de beroemde actrice Sarah Bernhardt en Alphonse Mucha. Dankzij haar roem en sterke financiële positie kreeg zo ook het talent van Mucha de kans zich te ontplooien. Tot groot genoegen van de burgerij: de posters van Gismonde waren zo populair in hun tijd, dat ze door de Parijzenaren van de abri’s werden gejat. Parijs was op dat moment een stad die na een diepe crisis vrijwel opnieuw werd opgebouwd en ingericht, naar moderne maatstaven.
Art Deco, Art Nouveau was tijdens die ’fin de siècle’ de uiting van een hang naar nieuwe geestelijke ruimte en vrijheid. Gustave Eiffel bouwde zijn Eiffeltoren en Alphonse Mucha zorgde voor zwierige en krullende decoraties die de maatschappij een boost(erprik) gaven. Dat wil ik ook, als kunstkenner en ‘contemporary internet artist’ en daar draagt ook u een steen aan bij, wanneer u de kracht van het kapitaal vanuit verzekeringen op een deugdelijke en creatieve wijze aanwendt en inzet!”

We praatten nog wat over de opkomst van kunst, steeds nadat een grote crisis heeft plaatsgevonden en ook de grote cycli van vernietiging en herstel waarin de mensheid steeds vervalt. De Art Nouveau ontstond uit een zucht naar kleur en fleur na de voor Frankrijk verwoestende Frans-Duitse oorlog. Aansluitend rees er dus een modern Parijs uit de as op en liet het de donkerste middeleeuwse stadstructuur voorgoed achter zich. Gelukkig waren die onbevangen en opgewekte Europeanen van die tijd zich nog niet bewust van het volgende naderende onheil, dat hen in de volgende eeuw weer te wachten stond.

In het museum liepen we ondertussen een zaal in die werken toonde van eind jaren zestig van de 20e eeuw. De popcultuur omarmde toen het werk van de na twee wereldoorlogen in vergetelheid geraakte kunstenaar Mucha. Alle grote bands van die tijd, van Rolling Stones tot Led Zeppelin en van Procol Harum tot Pink Floyd, sierden hun albumhoezen en de posters waarop hun concerten werden aangekondigd, in fraaie Art Nouveau / Art Deco vormgeving. De jeugd omarmde de lichtheid van de Kunst en zette zich af tegen oorlog en tegen verstikkende maatschappelijke conventies en dwangbuizen, wat zich uitte in opgetogen Flower Power.

And all that you eat; And everyone you meet; And all that you slight;

And everyone you fight

Het was al donker toen we het museum uitliepen en tramlijn 16 opzochten. “Die tijdsloten hè?” zei mijn gesprekspartner. “De Mucha tentoonstelling is zó populair dat het lastig was om nog een geschikt tijdslot te reserveren”. “Ik ben blij en dankbaar dat het gelukt is” vulde ik aan.

Het was een heldere avond, volle maan. “Bent u bekend met het fenomeen synchrone rotatie?” vroeg mijn gastvrouw. “U bedoelt, dat de kosmische dans van zon en maan zodanig is, dat we vanaf de aarde altijd dezelfde kant van de maan zien? Het mannetje van de maan dat met zijn grote kraterogen op ons neerkijkt?” “Ja, precies dat fenomeen. Ik zie dat als een kosmische knipoog van de grote ontwerper van het heelal. Het is toch heel bijzonder dat onze krachtbron de zon ons ’s nachts, in feite van om een hoekje, tóch licht weet te geven, tijdens nachten waarin een totale duisternis ons anders te veel zou dreigen te worden?”

“Het plaatst die maan anderzijds wel in een bijzonder perspectief feitelijk”, piekerde ik. “Waarom daar zo somber naar kijken?“ vroeg de mij vergezellende kunstenares zich af. “De maan doet naast haar genoemde functie als zonnespiegel nog ontelbaar veel andere goede dingen hoor! Denk aan haar invloed op luchtstromen en getijden en op ons tijdstelsel op aarde waardoor wij in een gestructureerd besef van tijd kunnen leven. Zo donker is ze niet en het licht van de zon dat zij de aarde teruggeeft, is serener dan dat van de zon zelf. Vindt u de gedachte niet aantrekkelijk, dat wat onzichtbaar en donker is, toch licht kan zijn? Zelfs de voor ons oog altijd verborgen achterkant van de maan maakt daar een onmisbaar deel van uit.” “Zoals een Avatar Master van het jonge Metaversum nu kan kiezen om in het donker te blijven, of licht uit te stralen naar zijn of haar – genderneutrale – volgers. Tredend uit het moeras van een mondiale pandemie en hopend op gezond en verlicht verstand op het helaas wederom in oorlogsgeweld vervallende wereldtoneel.”

“Lichtpunten”, besloten we ons gesprek, toen deze wonderlijke ontmoeting tot een einde was gekomen. “Energie uitstralen en lichtpuntpunten delen, dat is de kunst. En na een periode van crisis en onderwaardering van Kunst, weer aandacht voor een Opleving van de Kunst, de lichte kant van het leven. Toepasbaar in alle denkbare facetten en in de uitoefening van alle beroepen.
“Mucha”, muchas gracias, mademoiselle Gismonde 2.0.”

**And all that is now; And all that is gone;
And all that's to come;**

**And everything under the sun is in tune,
But the sun is eclipsed by the moon...**

**"There is no dark side in the moon really.
Matter of fact, it's all dark."**

Armand Blondeel
Voorzitter Redactieraad Platform Personenschade

Met dank aan de inspirerende durfals Alfons Mucha, Sarah Bernhardt, Pink Floyd (Dark side of the Moon: Speak to me; Breathe; The Great Gig in the Sky; Brain Damage; Eclipse) en alle anderen die bereid zijn om tijdloze Art Nouveau–talenten in te zetten tijdens de hun gegeven tijd van leven.

Arlette Schijns | advocaat en voorzitter van de Commissie Schadefonds Geweldsmisdrijven

“Leer in het aansprakelijkheids-recht van andere compensatiesystemen!”

Interview met Arlette Schijns

Arlette Schijns, advocaat bij Beer advocaten en promovenda aan de VU, is per 1 maart 2022 benoemd tot voorzitter van de Commissie Schadefonds Geweldsmisdrijven. Zij was het afgelopen jaar al vicevoorzitter van deze commissie. Het Schadefonds Geweldsmisdrijven, een zelfstandig onderdeel van het ministerie van Justitie en Veiligheid, is ingesteld om slachtoffers van geweldsmisdrijven en ook naasten en nabestaanden financieel tegemoet te komen. De commissie stelt het beleid voor de uitkeringen vast, dat door een bureau met ongeveer honderd medewerkers wordt uitgevoerd, en beslist in bezwaar.

Kan een schadefonds zoals het Schadefonds Geweldsmisdrijven meer voor slachtoffers betekenen dan het aansprakelijkheidsrecht? Is ook een schadefonds denkbaar, in de plaats van het aansprakelijkheidsrecht, voor slachtoffers van verkeersongevallen, bedrijfsongevallen en medische fouten? Een gesprek met Arlette Schijns over de twee juridische compensatiesystemen waarop haar werk is gebaseerd, enerzijds als advocaat en anderzijds als voorzitter van de commissie.

"Ik zie de verschillende compensatiesystemen zoals het aansprakelijkheidsrecht, het Schadefonds en een afwikkeling via directe verzekeringen als complementaire systemen met eigen sterke en zwakke punten. Welk systeem het meest geschikt is, zal afhangen van de behoeften van het individuele slachtoffer."

Arlette Schijns

"Ik zie de verschillende compensatiesystemen zoals het aansprakelijkheidsrecht, het Schadefonds en een afwikkeling via directe verzekeringen als complementaire systemen met eigen sterke en zwakke punten. Welk systeem het meest geschikt is, zal afhangen van de behoeften van het individuele slachtoffer," stelt Arlette Schijns voorop. Zij legt uit dat een slachtoffer dat primair behoefte heeft aan een snelle, zij het niet volledige, compensatie van schade beter af zal zijn bij een schadefonds of een directe verzekering. Een slachtoffer dat graag wil dat een gezaghebbende derde de waarheid rondom het ongeval of misdrijf vaststelt, en de aansprakelijke partij ter verantwoording wil roepen, vindt juist in het aansprakelijkheidsrecht een krachtig instrument. Schijns: "De praktijk van het Schadefonds Geweldsmisdrijven laat zien dat de verschillende systemen elkaar inderdaad aanvullen. Het Schadefonds is al lang niet meer slechts het 'vangnet' dat het bij de oprichting in de jaren zeventig was, vanuit de gedachte dat we als samenleving een slachtoffer niet in de kou moeten laten staan wanneer de dader niet bekend is of wanneer er geen strafproces komt. In de loop van de jaren heeft het Schadefonds zich tot een volwaardig systeem ontwikkeld náást het aansprakelijkheidsrecht, waarbij de nadruk ligt op het bieden van erkenning aan het slachtoffer. Dat is ook wat je nu inderdaad ziet, dat slachtoffers naar het Schadefonds Geweldsmisdrijven gaan en tegelijk ook hun schadeclaim in een strafproces indienen." Complementaire systemen dus, maar dat wil natuurlijk niet zeggen dat de twee systemen, het aansprakelijkheidsrecht en een schadefonds, gelijkwaardig zijn. In het gesprek hierna betoogt Arlette Schijns, dat het aansprakelijkheidsrecht meer mogelijkheden tot 'corrective justice' biedt, dus genoegdoening van de kant van de dader zelf, dan een schadefonds. Bij een schadefonds blijft de dader buiten beeld, er vindt geen regres plaats. Ondervonden tekortkomingen van het aansprakelijkheidsrecht hebben volgens haar niet zozeer met het systeem zelf te maken, maar met de wijze waarop er – bij de afwikkeling van letselschades – mee wordt omgegaan. Wel zou er, zo betoogt ze, meer normering kunnen plaatsvinden en daarvoor biedt een schadefonds mogelijk meer ruimte dan het aansprakelijkheidsrecht. Andere voordelen van schadefondsen zijn dat ze een snellere compensatie en mogelijkheden tot maatwerk bieden, al naargelang de behoeften van slachtoffers.

"In de loop van de jaren heeft het Schadefonds zich tot een volwaardig systeem ontwikkeld náást het aansprakelijkheidsrecht, waarbij de nadruk ligt op het bieden van erkenning aan het slachtoffer. "

Arlette Schijns

Ter verantwoording roepen

Het aansprakelijkheidsrecht heeft dus om te beginnen slachtoffers nog wel het een en ander meer te bieden dan waartoe een schadefonds in staat is, ook waar het niet alleen om de materiële behoefte van de schadecompensatie gaat. Arlette Schijns geeft als voorbeeld de tijdelijke regeling financiële tegemoetkoming voor slachtoffers van geweld in de jeugdzorg, een regeling die door het Schadefonds Geweldsmisdrijven wordt uitgevoerd. Ze zegt: "Veel slachtoffers die een vergoeding krijgen, hoor je daarna toch nog zeggen dat ze degene die hun dat heeft aangedaan, dus de dader of de jeugdzorginstelling, ter verantwoording willen roepen. Datzelfde geluid was er na de compensatieregeling wegens het misbruik in de Rooms-Katholieke Kerk. Slachtoffers waren blij met de geboden erkenning, maar sommigen van hen bleven met een onbevredigd rechtvaardigheidsgevoel zitten, omdat de individuele personen die de misdrijven hadden begaan of organisaties die verantwoordelijkheid namens de overheid droegen, niet direct ter verantwoording werden geroepen. Bij deze compensatieregelingen moet worden bedacht dat het ter verantwoording roepen van de daders

"Een slachtoffer dat wil dat de dader zich verantwoordt en de compensatie zelf betaalt, heeft weinig of niets aan een afwikkeling van de schade via een fonds of een eigen verzekering. Het slachtoffer zal daarvoor een beroep op het aansprakelijkheidsrecht moeten doen."

Arlette Schijns

via het aansprakelijkheidsrecht lastig was vanwege al verstreken verjaringstermijnen. De boodschap is dat het voor slachtoffers vaak belangrijk is om genoegdoening van de kant van de dader of daders te ontvangen. Ons West-Europese aansprakelijkheidsrecht is geënt op de rechtvaardigheidstheorie van 'corrective justice'. Dat is precies de reden waarom het aansprakelijkheidsrecht een belangrijk systeem is voor slachtoffers die op zoek zijn naar genoegdoening door de dader. In een ander compensatiesysteem dan het aansprakelijkheidsrecht, zoals het Schadefonds, maar ook in het geval van afwikkeling van schade via een first party-verzekering, kan men die stap niet maken, omdat de aansprakelijke partijen in die systemen buiten beeld blijven. Een slachtoffer dat wil dat de dader zich verantwoordt en de compensatie zelf betaalt, heeft weinig of niets aan een afwikkeling van de schade via een fonds of een eigen verzekering. Het slachtoffer zal daarvoor een beroep op het aansprakelijkheidsrecht moeten doen. Daarnaast biedt het aansprakelijkheidsrecht aan slachtoffers de mogelijkheid zelf invloed uit te oefenen op de oplossing van het conflict. Als partijen er niet uitkomen, kunnen zij zelf immers een dagvaarding indienen en een procedure starten tegen de aansprakelijke partij, of een vordering indienen in het strafproces."

"Laat je het slachtoffer en de aansprakelijke partij in een heel vroeg stadium met elkaar praten, dan denk ik dat partijen er veel sneller uitkomen, omdat het slachtoffer zich dan al gezien en gehoord voelt en zich misschien ook flexibeler opstelt als het om schadevergoeding gaat."

Arlette Schijns

Mediation in een vroeg stadium

In het verlengde hiervan stipt Arlette Schijns het belang van contact tussen het slachtoffer en de aansprakelijke partij aan. In dat contact kan dan ook ruimte zijn voor het tonen van berouw door de dader en kan er bij het slachtoffer een vergevingsproces op gang komen. Arlette Schijns: "Als je de verschillende compensatiesystemen met elkaar vergelijkt, dan heeft het aansprakelijkheidsrecht ook in dat opzicht veel potentie. Deze potentie wordt echter in civielrechtelijke zaken vaak niet benut. Dat heeft ermee te maken dat de verzekeraar van de aansprakelijke partij in een vroeg stadium de afwikkeling op zich neemt. Er vindt vanaf dan geen contact meer plaats tussen dader en slachtoffer. Juist dat contact kan heilzaam werken voor de verwerking van het gebeurde bij zowel slachtoffer als dader. Op dit punt kan lering worden getrokken uit de afwikkeling van misdrijven via het strafproces, waar in een vroeg stadium al ruimte wordt geboden voor een gesprek tussen slachtoffer en dader. Nu al zie je dat de officier van justitie bij verkeersmisdrijven die strafrechtelijk worden vervolgd, soms al in een heel vroeg stadium mediation aanbiedt. Ik maak het geregeld mee dat nabestaanden die kort na het ongeval nog tot op de bodem een schadevergoeding van de dader wilden hebben, na zo'n mediationgesprek vinden dat het geen opzet was en dat de dader die ochtend ook niet was opgestaan met het idee iemand dood te willen rijden, en dus niet zwaarder gestraft hoeft te worden dan nodig is. Zo'n mediationgesprek kan dus aan het begin van de schadeafwikkeling heel veel goed doen en is gemakkelijk in het aansprakelijkheidsrecht in te bouwen. Laat je het slachtoffer en de aansprakelijke partij in een heel vroeg stadium met elkaar praten, dan denk ik dat partijen er veel sneller uitkomen, omdat het slachtoffer zich dan al gezien en gehoord voelt en zich misschien ook flexibeler opstelt als het om schadevergoeding gaat. Bij de compensatiesystemen van een schadefonds en afwikkeling via first party-verzekeringen ontbreekt de mogelijkheid van een gesprek met de dader, omdat de aansprakelijke partij buiten beeld blijft."

“Laten we niet vergeten dat het aansprakelijkheidsrecht, en het bijbehorende procesrecht, een krachtig instrument is als het gaat om waarheidsvinding en het ter verantwoording roepen van de aansprakelijke partij. Het aansprakelijkheidsrecht voorziet daarmee in een aantal belangrijke behoeften van slachtoffers.”

Misverstand

Discussies over mogelijke tekortkomingen van het aansprakelijkheidsrecht wil Arlette Schijns nuanceren. “Er wordt in de letselschadepraktijk te vaak alleen in negatieve zin over het aansprakelijkheidsrecht gesproken. Dat is mijns inziens onterecht. Die negatieve discussie over het aansprakelijkheidsrecht vind je ook niet terug bij conflicten tussen zakelijke partijen, waar men er prima mee uit de voeten kan. Laten we niet vergeten dat het aansprakelijkheidsrecht, en het bijbehorende procesrecht, een krachtig instrument is als het gaat om waarheidsvinding en het ter verantwoording roepen van de aansprakelijke partij. Het aansprakelijkheidsrecht voorziet daarmee in een aantal belangrijke behoeften van slachtoffers. Waar het echter aankomt op de schadeafwikkeling, daar zit in de letselschadepraktijk een belangrijk knelpunt. Dat vindt onder meer zijn oorzaak in de verharde cultuur die is ontstaan tussen de aansprakelijkgestelde partij en de afwikkelende verzekeraar aan de ene kant en de belangenbehartiger van de schadelijdende partij aan de andere kant, over onder meer het causaal verband en de omvang van de schadevergoeding. Voor slachtoffers en nabestaanden kan de toonzetting en de lange duur van de afwikkeling beschadigend werken. Het is echter een misverstand dat je bij een afwikkeling buiten het aansprakelijkheidsrecht die discussie tussen partijen niet meer zou hebben. Bij bijvoorbeeld een directe verzekering zoals de verzekeraars die nu bij verkeersongevallen willen, kan evengoed de vraag worden gesteld of iemands totale schade wel door het verkeersongeval is veroorzaakt. En wanneer een verzekerde bij zo’n first party-systeem een beroep op zijn verzekering doet, kan ook discussie ontstaan of de schade wel onder de dekking van de verzekering valt, zoals we nu vaak bij arbeidsongeschiktheidsverzekeringen zien. In die zin zal ieder systeem zijn gebreken kennen. We moeten daarom niet te snel denken dat het aansprakelijkheidsrecht niet meer werkt en dat in een ander systeem alles wordt opgelost.”

“Ik zou graag een oproep willen doen aan de advocatuur en de verzekeraars om het conflict niet te ‘kapen’ van de partijen die een conflict met elkaar hebben. Luister naar hun wederzijdse behoeften en faciliteer dat in een vroeg stadium, bijvoorbeeld door een gesprek tussen beide partijen tot stand te brengen.”

Arlette Schijns

Leren van andere compensatiesystemen

Volgens Arlette Schijns biedt het aansprakelijkheidsrecht veel potentie voor letselschadeslachtoffers en hun nabestaanden, maar zou het goed zijn bij de afwikkeling via het aansprakelijkheidsrecht, verworvenheden uit de andere compensatiesystemen te incorporeren. Ze zegt: “Zojuist noemde ik al het voorbeeld van mediation in het strafproces. In de civiele letselschadepraktijk wordt mediation of een herstelgesprek nog steeds als ultimum remedium ingezet, en vooral gebruikt als partijen na jaren van juridisch gevecht er echt niet meer uitkomen. De tendens in het strafrecht is om mediation en herstelrecht

"Ik denk dat heel veel slachtoffers het prima zouden vinden als ze niet eenop de komma nauwkeurige schadevergoeding krijgen, maar zonder jarenlang juridisch getouwtrek een bedrag waarmee ze in staat zijn hun leven verder op te pakken."

Arlette Schijns

aan de voorkant toe te passen, dus niet als laatste optie." Schijns pleit ervoor het herstelrecht ook in de civiele afwikkeling van letselschade een veel prominentere rol te laten spelen, door in een vroeg stadium het slachtoffer en de aangesproken partij onder begeleiding van een professional met elkaar te laten praten. "Ik zie bij de hoorzittingen bij het Schadefonds Geweldsmisdrijven hoe belangrijk het voor een slachtoffer is om zijn verhaal te vertellen en te ervaren dat dat verhaal ook is aangekomen bij de persoon die namens de overheid en de samenleving als geheel het leed aanhoort en invoelt. Door ruimte te maken voor het verhaal van slachtoffers bieden we hun een vorm van erkenning. Mensen zeggen dan wel eens, dat het in al die jaren de eerste keer was dat zij zich gehoord en gezien voelden. Dat heeft mij de ogen wel geopend. Ik vind dat dit eigenlijk niets met het systeem van afwikkeling heeft te maken. Je kunt zo'n gesprek ook in het aansprakelijkheidsrecht inbedden. Ik zou graag een oproep willen doen aan de advocatuur en de verzekeraars om het conflict niet te 'kapen' van de partijen die een conflict met elkaar hebben. Luister naar hun wederzijdse behoeften en faciliteer dat in een vroeg stadium, bijvoorbeeld door een gesprek tussen beide partijen tot stand te brengen. Dat zal de verdere schadeafwikkeling wezenlijk ten goede komen."

"Zo zou je in zo'n fonds de scherpe kantjes van het aansprakelijkheidsrecht af kunnen halen. Ook kun je dan gemakkelijker met een genormeerde schadevergoeding werken."

Arlette Schijns

Angel uit de afwikkeling

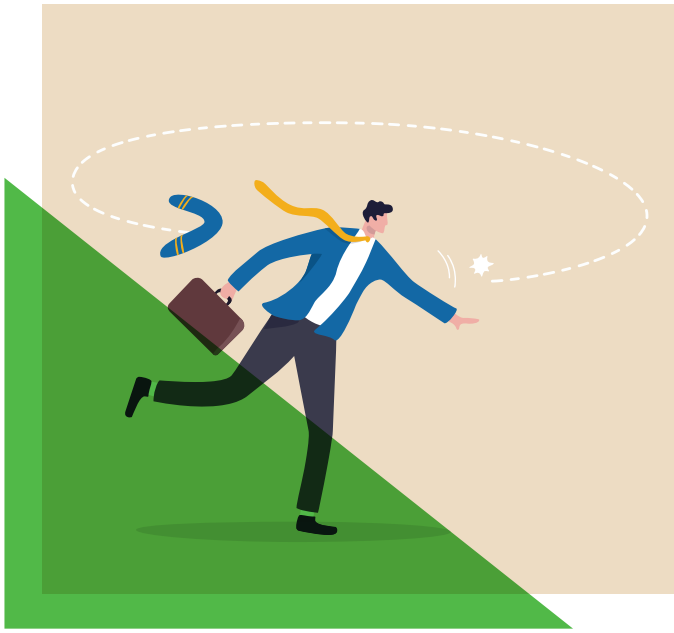
Een ander element waardoor het systeem van een schadefonds goed functioneert, is dat het met genormeerde schadebedragen werkt. Zo werkt het Schadefonds Geweldsmisdrijven al jaren met letselcategorieën, met vaste bedragen per categorie. Arlette Schijns: "De toekenning van een tegemoetkoming uit het Schadefonds verloopt daardoor veel sneller dan via het aansprakelijkheidsrecht, namelijk zo'n twaalf weken na de aanvraag. Daar staat natuurlijk wel tegenover dat het bedrag dat het slachtoffer ontvangt, geen volledige vergoeding is van de geleden schade, wat wel het uitgangspunt is bij een afwikkeling via het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. Slachtoffers die een volledige schadevergoeding willen via een concrete begroting van de daadwerkelijk geleden schade, moeten daarom die mogelijkheid blijven houden. Er zijn echter ook heel veel slachtoffers die helemaal niet het onderste uit de kan willen hebben, maar hun leven weer op de rit willen krijgen zonder daar een hele lange strijd voor te hoeven voeren. Voor die groep slachtoffers zou een normering van de schade heel welkom zijn. Ik denk dat heel veel slachtoffers het prima zouden vinden als ze niet een op de komma nauwkeurige schadevergoeding krijgen, maar zonder jarenlang juridisch getouwtrek een bedrag waarmee ze in staat zijn hun leven verder op te pakken."

Fonds voor letselschadeslachtoffers

De gedetailleerde normering door het Schadefonds Geweldsmisdrijven is op een zogenoemde letsellijst gebaseerd. Bij letsels in categorie 1, de lichtste categorie, wordt 1.000 euro uitgekeerd; bij letsels in categorie 6, de zwaarste categorie, bedraagt de uitkering 35.000 euro. Naasten en nabestaanden ontvangen altijd een vaste uitkering van momenteel 5.000 euro. Is zo'n schadefonds ook voor slachtoffers van verkeersongevallen en bedrijfsongevallen denkbaar? Dit fonds zou dan kunnen worden gevuld, niet vanuit de staatskas zoals het Schadefonds Geweldsmisdrijven, maar door de gezamenlijke verzekeraars net zoals het Waarborgfonds Motorverkeer. Arlette Schijns ziet de voordelen daar wel van in, maar heeft tegelijkertijd een aantal bedenkingen. Allereerst wijst ze op het gemis van de eerdergenoemde 'corrective justice'. "Bouw je die niet in, dan zal het voor veel slachtoffers niet bevredigend zijn wanneer we het aansprakelijkheidsrecht helemaal aan de kant zouden zetten en letselschades alleen maar via fondsen, first party-verzekeringen of no fault-systemen zouden gaan afwikkelen. Daarnaast moet je natuurlijk altijd een beleid hebben, een kader, waaraan je kunt toetsen of een bepaalde aanvraag wel of niet wordt gehonoreerd. Waaraan ga je dan toet-

"Al die verschillende compensatie-systemen hebben wel iets te bieden, maar het is nodig om afhankelijk van de behoefte van het slachtoffer het best passende systeem te kiezen en zo maatwerk te bieden."

Arlette Schijns



sen bij een fonds voor verkeersongevallen? Wanneer dat kader dan nog steeds is of er een aansprakelijke partij voor het ongeval is en of er een causaal verband tussen de schade en het ongeval bestaat, dan haal je als het ware de discussiepunten van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht via de achterdeur weer binnen in dat fonds. Dat zou dus geen oplossing zijn, behalve als het toetsingskader verschuift van 'bewijzen' naar 'aannemelijk maken', zoals ook bij het Schadefonds Geweldsmisdrijven het geval is. Zo zou je in zo'n fonds de scherpe kantjes van het aansprakelijkheidsrecht af kunnen halen. Ook kun je dan gemakkelijker met een genormeerde schadevergoeding werken. Dat maakt de toekenning veel gemakkelijker en je kunt de compensatie veel sneller uitkeren. Voor het slachtoffer zou compensatie via de route van een fonds dus veel voordelen kunnen hebben."

"Nabestaanden van zo'n moord kunnen zo heel gemakkelijk en veilig een tegemoetkoming in de schade krijgen. Voor een ander slachtoffer zal het weer belangrijker zijn dat de aansprakelijke partij verantwoording aflegt ten overstaan van een gezaghebbende derde."

Arlette Schijns

Angst voor repercussies

Arlette Schijns doet momenteel promotieonderzoek aan de VU naar de compensatie van misdrijfschade. Haar initiële vraagstelling was of een systeem denkbaar is, analoog aan de schadeafwikkeling conform de Wet Aansprakelijkheidsverzekering Motorrijtuigen, waarin aansprakelijkheidsverzekeraars zich niet op de opzetclausule kunnen beroepen nadat een verzekerde met opzet jegens een ander geweld heeft gebruikt. Uiteraard zal de verzekeraar in zo'n systeem wel verhaal op de dader moeten kunnen nemen, want het principe dat de dader betaalt zou moeten worden gehandhaafd. "Ik ben in de laatste fase van het onderzoek", vertelt zij, "en ik onderzoek nu welk compensatiesysteem van de verschillende systemen die we hebben – het aansprakelijkheidsrecht, het strafproces, verzekeringen en het Schadefonds Geweldsmisdrijven – slachtoffers het beste biedt, dus het meest aan hun behoeften tegemoetkomt. Al die verschillende compensatiesystemen hebben wel iets te bieden, maar het is nodig om afhankelijk van de behoefte van het slachtoffer het best passende systeem te kiezen en zo maatwerk te bieden. Neem bijvoorbeeld de nabestaanden van een slachtoffer waarvan wordt vermoed dat het in opdracht van verdachte Ridouan Taghi werd vermoord. Het is voorstelbaar dat die nabestaanden uit angst voor repercussies geen vordering tot schadevergoeding durven in te dienen in een strafproces tegen de verdachte, en de verdachte ook niet via de civiele rechter durven aan te spreken. In dat geval is het compensatiesysteem van het Schadefonds Geweldsmisdrijven natuurlijk het meest geschikte systeem, want daarbij blijft de dader helemaal buiten beeld en verneemt deze ook niet dat er een tegemoetkoming bij het Schadefonds is aangevraagd. Nabestaanden van zo'n moord kunnen zo heel gemakkelijk en veilig een tegemoetkoming in de schade krijgen. Voor een ander slachtoffer zal het weer belangrijker zijn dat de aansprakelijke partij verantwoording aflegt ten overstaan van een gezaghebbende derde. Voor dat slachtoffer kan het aansprakelijkheidsrecht uitkomst bieden. Op zo'n manier is het heel interessant om die verschillende systemen met elkaar te vergelijken en de voor- en nadelen ervan te beoordelen."

Nabestaanden van de MH17-ramp

Arlette Schijns staat in haar praktijk als advocaat de nabestaanden van de MH17-ramp bij. Veel van de hierboven besproken onderwerpen vallen in deze zaak samen. Ze zegt: “De verdachten, die nu in het strafproces worden vervolgd, en ook de Russische Federatie, die bij het neerhalen van de MH17 evident ook een rol heeft gespeeld, geven helemaal niet thuis, blijven hun betrokkenheid ontkennen en staan de waarheidsvinding in de weg door het onderzoek tegen te werken met het verstrekken van desinformatie. Dat maakt dat de nabestaanden van de slachtoffers met procedures helemaal tot het gaatje willen gaan om de waarheid vastgesteld te krijgen en daarmee gerechtigheid voor hun dierbaren te bewerkstelligen. De opstelling van de Russische Federatie en de verdachten compliceert daarnaast bij veel nabestaanden de rouwverwerking. Tijdens de spreekrechtdagen in september 2021 werd pijnlijk duidelijk hoe intens en diep het verdriet bij veel nabestaanden nog steeds is. Het is nog onderwerp van wetenschappelijk onderzoek, maar ik ben er nu al van overtuigd dat de opstelling van de aansprakelijke partijen in die complexe rouwverwerking een belangrijke rol speelt. De nabestaanden van de MH17-slachtoffers kunnen geen aanspraak op het Schadefonds Geweldsmisdrijven maken, omdat het misdrijf buiten Nederland heeft plaatsgevonden. Als dat anders was geweest, dan zouden zij daardoor geholpen zijn geweest door de namens de samenleving geboden erkenning, zij het ten dele. Belangrijker voor veel nabestaanden dan een financiële tegemoetkoming door de Nederlandse overheid is immers dat de daders zich voor de rechter verantwoorden. Ook is voor hen belangrijk dat de genoegdoening van de kant van de Russische Federatie en de daders komt, volgens het principe ‘de dader betaalt’. Misschien kun je in het algemeen wel stellen dat het voor slachtoffers van misdrijven belangrijker is dat de dader op grond van het aansprakelijkheidsrecht door een gezaghebbende autoriteit als schuldige wordt aangewezen en genoegdoening betaalt, dan voor slachtoffers van medische fouten en verkeersongevallen, waarbij er helemaal geen opzet in het spel is. Dat zou een mooi onderwerp zij voor nader onderzoek.”

> “Ik wil er dus voor pleiten in het civiele aansprakelijkheidsrecht niet alleen aan juridische knoppen te draaien als het om veranderingen gaat, maar vooral na te gaan hoe we het proces voor beide partijen menselijker kunnen maken, en meer regie kunnen geven aan zowel het slachtoffer als de aangesproken partij om hun conflict op te lossen.”
>
> **Arlette Schijns**

Menselijker en meer regie aan het slachtoffer

Vindt de afwikkeling toch binnen het aansprakelijkheidsrecht plaats, dan moet er, meer dan nu het geval is, voor worden gezorgd dat het slachtoffer zich gehoord en gezien voelt, én meer regie heeft over het tempo en het proces. Arlette Schijns tot slot: “Tijdens het strafproces in de MH17-zaak maakten ongeveer honderd mensen gebruik van het spreekrecht. De strafrechter deed dat heel goed door na ieder verhaal een paar punten te benoemen die indruk hadden gemaakt. Veel nabestaanden zeiden achteraf dat ze zich toen pas gezien en gehoord voelden. In het civiele recht mis ik dat element van erkenning bieden, dat kunnen wij civilisten leren van het MH17-strafproces en ook van de ervaringen bij het Schadefonds Geweldsmisdrijven. Als we ook in onze civiele schadeafwikkeling een moment inbouwen om slachtoffers hun verhaal te laten doen, en in het verlengde daarvan het gesprek met de aangesproken partij aan te gaan, dan zou dat de afwikkeling ten goede komen. Ik ben er bovendien van overtuigd dat niet alleen het slachtoffer daar baat bij heeft. Ook de chirurg die na een gemaakte fout een gesprek heeft met de patiënt waarin beiden kunnen vertellen wat het gebeurde voor hen heeft betekend, zal op deze manier beter in staat zijn de draad van zijn leven op te pakken. Ik wil er dus voor pleiten in het civiele aansprakelijkheidsrecht niet alleen aan juridische knoppen te draaien als het om veranderingen gaat, maar vooral na te gaan hoe we het proces voor beide partijen menselijker kunnen maken, en meer regie kunnen geven aan zowel het slachtoffer als de aangesproken partij om hun conflict op te lossen.”

Bijlage Literatuurverwijzing

| Jurisprudentie
Werkgeversaansprakelijkheid voor seksueel wangedrag op de werkvloer? (p.18-25)

1 Zie E.H. Damen & R. Schepers, 'Gordijnen dicht en de deur op slot': een jaar #MeToo in het arbeidsrecht, AR 2019/2 en daarin besproken uitspraken.
2 Hoge Raad 11 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6657.
3 HR 11-11-2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5223
4 Zie E.H. Damen & R. Schepers, 'Gordijnen dicht en de deur op slot': een jaar #MeToo in het arbeidsrecht, AR 2019/2 en daar besproken uitspraken.
5 Rechtbank Amsterdam 24 maart 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:1776, RAR 2021/103.
6 Dat op de werkgever een plicht kan rusten om onderzoek te doen naar seksuele intimidatie, bleek eerder uit Kantonrechter Maastricht 12 juli 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:6664 en Kantonrechter Utrecht 27 juni 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:2885. Ook is al eerder geoordeeld dat onvoldoende onderzoek kan leiden tot de conclusie dat sprake is van ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever, zie Kantonrechter Alkmaar 31 oktober 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:9753.
7 Gerechtshof Amsterdam 16 maart 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:755.
8 Zie bijv. Hoge Raad 6 april 2018 ECLI:NL:HR:2018:536
9 Hoge Raad 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1721 en Hoge Raad 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1717.
10 Gerechtshof Amsterdam 16 maart 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:755.
11 Zie bijv. Hoge Raad 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1345
12 Vgl. Hoge Raad 9 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD3985
13 Hoge Raad 30 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ6020; zie ook PG boek 6 blz. 714
14 Zie ook A-G Spier, 3.9.1 van zijn conclusie bij HR 30 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ6020.
15 Hof Amsterdam 11 augustus 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3301
16 Zie voor een aardige categorisering van de diverse fouten en art. 6:170 BW U.B. Miranda, 'Vaststelling van het functionele verband bij opzettelijk onrechtmatig gedrag: een heikele taak van de rechter', SR 2007, 21.

| Jurisprudentie
Het vereiste van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld (p.26-31)

1 HR 9 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF4606.
2 HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1519 (Blauw oog)
3 HR 28 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:793 (EBI)
4 HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7721 (Oudejaarsrellen), HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, (Wrongful life).
5 HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356 (Taxibus)
6 HR 29 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:1024.
7 HR 29 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:1024, m.nt. Lindenbergh.
8 Conclusie A-G Hofstee 3 november 2021, ECLI:NL:PHR:2021:1029.
9 HR 12 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:904.
10 HR 29 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:1024, m.nt. Lindenbergh, L. Kock , 'Geestelijk letsel naar objectieve maatstaven; een in de psychiatrie erkend ziektebeeld is niet vereist, TVP 2021, afl. 4, p. 115-121.
11 HR 28 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:793 (Overzichtsarrest).
12 O.a. Rb. Rotterdam 24 mei 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:4283, Rb. Midden-Nederland 3 juli 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:2520, Rb. Amsterdam 23 december 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:6643.
13 HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1947.
14 Hof Den Haag 17 december 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2423.
15 Hoge Raad 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1947.
16 Conclusie A-G Hofstee 3 november 2021, ECLI:NL:PHR:2021:1029.
17 HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8583 (Vilt).
18 Conclusie A-G's Spronken en Lindenbergh 22 februari 2022, ECLI:NL:PHR:2022:166.

| Opinie
Vergoeding van kosten van ongereguleerde belangenbehartigers (p.32-35)

1 Hoge Raad 28 januari 2022, ECLI:NL:HR:2022:81
2 In PPS-Bulletin 2021/3 pleitte mijn kantoorgenoot mr. Chr. H. van Dijk ervoor om het beroep van belangenbehartiger te beschermen: zie Chr. H. van Dijk, De ramp na de ramp die te vermijden valt, PPS-Bulletin 2021/3.
3 Zie bijv. https://www.letselschade.nu/verzekeraars/unive-gaat-bgk-tarieven-differentieren-op-basis-van-kwaliteit/.
4 Zie bijv. Rechtbank Rotterdam 20 maart 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:2346, 5.6; Rechtbank Midden-Nederland 25 maart 2020, ECLI:RBMNE:2020:1205, r.o. 2.22; Rechtbank Oost-Brabant 16 maart 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:1553, r.o. 3.20; Rechtbank Midden-Nederland 22 januari 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:706, r.o. 2.46, Rechtbank Gelderland 30 januari 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:1341, r.o. 4.11, Rechtbank Noord-Nederland 5 juli 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:2730, r.o. 4.10 tot en met 4.12, Rechtbank Midden-Nederland d.d. 17 maart 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:2414.

| Jurisprudentie
"De Waarheid" (p.36-43)

1 Titel IX Meineed, Titel X Valsheid in muntspeciën en munt- en bankbiljetten, Titel XI Valsheid in zegels en merken, Titel XII Valsheid met geschriften, gegevens en biometrische kenmerken.
2 Deze op de herstelfunctie van het hoger beroep gebaseerde stelling heeft vaak wel succes. Voor een voorbeeld met zeer verstrekkende consequenties uit de personenschadepraktijk, zie HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:273, NJ 2017/115 (Poolmolen).
3 ECLI:NL:GHAMS:2015:85
4 Cursivering van mij, RM.
5 Voorstanders van de op maat afgestemde genuanceerde benadering zijn bijvoorbeeld Chr. Van Dijk en M.J.F. Hiel, in AV&S 2017-12, "Wat voor sancties passen bij de frauderende claimant'
6 Privacybescherming op grond van de AVG en de Grondwet en bijvoorbeeld de eisen uit hoofde van de Gedragscode Persoonlijk Onderzoek brengen hier – terechte - drempels aan.

Bijlage Literatuurverwijzing vervolg

| Jurisprudentie
De Wet Affectieschade – hoe staat het ermee? (p.46-53)

1 Hoge Raad 28 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:793, rechtsoverweging 2.4.6.
2 Verbond van Verzekeraars, Circulaire MSS-2018-11, 13 april 2018 / https://www.verzekeraars.nl/publicaties/actueel/verbond-blij-met-nieuwe-wet-affectieschade
3 Dit is geen uitputtend overzicht sinds de inwerkingtreding, maar een verwijzing naar enkele recente (2021 en 2022) uitspraken die belangrijk en interessant zijn. Ik verwijs voor andere overzichten van uitspraken graag naar: A.M. Overheul, 'Vergoeding van shockschade sinds de invoering van de Wet affectieschade', TVP 2021/1 & C. van der Roest & J.G. Keijzer, 'De wet affectieschade in de praktijk', TVP 2020/2.
4 Wanneer sprake is van een misdrijf is het bedrag in alle gevallen € 2.500,- hoger.
5 Kamerstukken II, vergaderjaar 2014-2015, 34 257, nr. 3 Memorie van Toelichting, pagina 16.
6 Hierbij ga ik er vanuit dat sprake is van aansprakelijkheid van een derde, uiteraard is dit hoe dan ook de eerste hobbel die genomen moet worden.
7 Kamerstukken II, vergaderjaar 2014-2015, 34 257, nr. 3 Memorie van Toelichting, pagina 12.
8 Guides to the Evaluation of Permanent Impairment van de American Medical Association (AMA Guides).
9 De wetgever noemt (Kamerstukken II, vergaderjaar 2014-2015, 34 257, nr. 3 Memorie van Toelichting, pagina 13)
   - ernstige karakter- en gedragsveranderingen;
   - het algeheel verlies van het vermogen tot spreken;
   - ernstige afasie;
   - ernstige aantastingen van de geheugenfunctie;
   - ernstig of algeheel functieverlies van zintuigen;
   - een ernstige verstoring van de mogelijkheid om lichamelijk contact te hebben (zoals bij derdegraads brandwonden over een groot deel van het lichaamsoppervlak of ernstige verlittekening van grote delen van in dit verband belangrijke delen van het lichaam, zoals het gelaat en de hals);
   - gevallen waarin het slachtoffer door het gebeuren volledig of nagenoeg volledig afhankelijk wordt van zodanig intensieve hulp en zorg dat de mogelijkheid van het onderhouden van een privéleven ernstig wordt verstoord; en tot slot
   - zeer ernstig en blijvend medisch objectiveerbaar psychisch letsel.
10 Hoge Raad, 30 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1750, r.o. 2.4.
11 Rechtbank Rotterdam, 24 februari 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:1352
12 Rechtbank Rotterdam, 17 februari 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:1177, r.o. 7.4.
13 Zie bijvoorbeeld: Rechtbank Overijssel, 21 januari 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:158, r.o. 8.4 & Rechtbank Midden-Nederland, 11 januari 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:42 r.o. 11.2.3. & Rechtbank Den Haag, 22 oktober 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:11497, r.o. 7.4.
14 Kamerstukken II, vergaderjaar 2014-2015, 34 257, nr. 3 Memorie van Toelichting, pagina 13.
15 Kamerstukken II, vergaderjaar 2014-2015, 34 257, nr. 3 Memorie van Toelichting, pagina 15.
16 Kamerstukken II, vergaderjaar 2014-2015, 34 257, nr. 3 Memorie van Toelichting, pagina 15.
17 Gerechtshof Amsterdam, 14 februari 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:331
18 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 28 september 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:2934 & Gerechtshof Amsterdam 8 juli 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:2001 & Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 26 maart 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:2890.
19 Rechtbank Amsterdam, 17 februari 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:615 & Rechtbank Rotterdam, 16 februari 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:1284 & Rechtbank Zeeland-West-Brabant, 21 januari 2022, ECLI:NL:RBZWB:2022:216 & Rechtbank Rotterdam, 20 januari 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:300 & Rechtbank Overijssel, 23 december 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:4823 & Rechtbank Amsterdam, 11 november 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6434 & Rechtbank Amsterdam, 04 november 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:6332
20 Zie bijv. ook: Rechtbank Rotterdam, 01 februari 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:634 r.o. 7.3
21 Rechtbank Noord-Holland, 06 januari 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:41.
22 Rechtbank Overijssel, 23 december 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:4823
23 Rechtbank Noord-Holland, 24 december 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:11942
24 Rechtbank Amsterdam, 17 december 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:7378
25 Rechtbank Den Haag, 04 november 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:11984
26 Rechtbank Amsterdam, 20 augustus 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:4349
27 Rechtbank Den Haag, 28 oktober 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:11794
28 Kamerstukken II, vergaderjaar 2014-2015, 34 257, nr. 3 Memorie van Toelichting, pagina 15.
29 Rechtbank Gelderland, 04 mei 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:2436
30 Vergelijkbaar wordt geoordeeld door de Rechtbank Gelderland op 6 april 2021 ECLI:NL:RBGEL:2021:1987.
31 Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 28 september 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:2934
32 Rechtbank Amsterdam, 03 februari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:362 r.o. 10.3.
33 Zie bijv. Rechtbank Noord-Holland 7 februari 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:853 & Rechtbank Rotterdam 30 november 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:11776 r.o. 8.4. en wat ouder Rechtbank Rotterdam 23 december 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:10334 & Rechtbank Midden-Nederland 22 augustus 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:3892.
34 Zie bijv. Rechtbank Midden-Nederland 08 februari 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:427 & Rechtbank Noord-Holland 06 juli 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:5549 & Rechtbank Den Haag, 04 juni 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5626
35 Rechtbank Rotterdam 24 februari 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:1352
36 Rechtbank Midden-Nederland 08 februari 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:427, r.o. 9.3
37 Rechtbank Noord-Holland 7 februari 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:853 r.o. 7.1 e.v.
38 Rechtbank Rotterdam 23 december 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:10334
39 C. van der Roest en J.G. Keizer, "De Wet Affectieschade in de praktijk; duidelijke afbakening of onsmakelijke discussies?" Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade, 2020, nummer 2, p. 49.
40 MvT, Kamerstukken II 2014/15, 34 257, nr. 3, p. 18.
41 Hoge Raad 28 mei 2019 ECLI:NL:HR:2019:793, rechtsoverweging 2.4.7., Conclusie AG Harteveld 11 januari 2022, ECLI:NL:PHR:2022:16 en zie recent nog bijv. Gerechtshof Amsterdam 4 februari 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:317 & Gerechtshof Den Haag 23 juli 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:1399
42 Zie: A.M. Overheul, 'Vergoeding van shockschade sinds de invoering van de Wet affectieschade', TVP 2021/1 & C. van der Roest & J.G. Keijzer, 'De wet affectieschade in de praktijk', TVP 2020/2 & S.D. Lindenbergh, "Affectieschade' en 'shockschade', onderscheid, samenloop, vooruitblik', TVP 2018/4.
43 HR 22 februari 2002 ECLI:NL:HR:2002:AD5356, NJ 2002/240, m.nt. J.B.M. Vranken (Taxibus) &
44 Conclusie AG's Spronken en Lindenbergh, Parket bij de Hoge Raad 22 februari 2022, ECLI:NL:PHR:2022:166. Zie ook het artikel van mr. P.J. klein Gunnewiek en mr. N.J.I.A Nuijten in dit bulletin.
45 Idem, r.o. 4.4.29. met verwijzing naar: Bijv. hof 's-Hertogenbosch 26 augustus 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:2964, JA 2014/120 & Rechtbank Amsterdam 19 juli 2000, ECLI:NL:RBAMS:2000:AA6551; Rechtbank Middelburg 25 juni 2003, ECLI:NL:RBMID:2003:AH9234 & Rechtbank Haarlem 23 juli 2007, ECLI:NL:RBHAA:2003:AE6438; Hof 's-Hertogenbosch 7 juli 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:2026.
46 Conclusie AG's Spronken en Lindenbergh, Parket bij de Hoge Raad 22 februari 2022, ECLI:NL:PHR:2022:166, r.o. 4.9.3.
47 Rechtbank Zeeland-West-Brabant 27 januari 2021, ECLI:NL:RBZWB:2021:280, r.o. 7.4.1.
48 A.M. Overheul, 'Vergoeding van shockschade sinds de invoering van de Wet affectieschade', TVP 2021/1
49 Rechtbank Noord-Nederland 8 juli 2020, ECLI:NL:RBNNE:2020:2387.
50 Rechtbank Amsterdam, 22 april 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:1982
51 Rechtbank Midden-Nederland 2 maart 2022 ECLI:NL:RBMNE:2022:805.

Meint Wichers en Bianca Dorré

Beroepsopleiding Personenschade leerjaar 1

De branche is een beroepsopleiding rijker

Interview met Meint Wichers en Bianca Dorré

Na een introductiebijeenkomst in januari is in februari 2022 de Beroepsopleiding Personenschade leerjaar 1 van start gegaan. Deze opleiding is een initiatief van meer dan twintig organisaties, waaronder verzekeraars, belangenbehartigers, expertisebureaus en herstelgerichte dienstverleners. De opleiding wordt aangeboden door de Stichting Beroeps-opleiding Personenschade, terwijl het programmamanagement in handen is van Q-Consult Insurance. Een gesprek over de opleiding met Meint Wichers, voorzitter van de stichting, en Bianca Dorré, consultant bij Q-Consult Insurance.

"In de markt bestond al langer behoefte aan een nieuwe opleiding", vertelt Meint Wichers, "vooral doordat verschillende partijen tegen dezelfde knelpunten aanliepen: schaarste in de branche waardoor het moeilijk is mensen aan te nemen, een te beperkt aanbod om voldoende mensen te kunnen opleiden, de opleidingen die er zijn, hebben vaak een te specifieke invalshoek en we zagen ook wel ruimte voor kwaliteitsverbetering in de breedte. In dit geval was het Q-Consult Insurance die deze behoeften bij de verschillende marktpartijen opmerkte en het initiatief nam om deze partijen bij elkaar te brengen. Daar lag het vertrekpunt. Vervolgens zijn partijen benaderd met de vraag of zij wilden meewerken en zo kwamen we tot zo'n twintig participanten die achter het idee stonden om vanuit verschillende invalshoeken mee te denken en zo gezamenlijk een opleiding te ontwikkelen." De participanten – 'grondleggers' worden zij genoemd – zijn: Aegon, Allianz, a.s.r., Asselbergs & Klinkhamer Advocaten, Athenos, De Goudse, DEKRA, Flyct, Hofmans Letselschade, JBL&G, Justiz, Kracht! Letselschade, LetselVerhalen, Mooyman & Partners, Nationale-Nederlanden, Nostimos, Raasveld Expertise, Radar, TVM, Unigarant, Univé en Wijs Letselschade. "Zij zagen het zitten om met menskracht en financiële middelen een gat in de markt te vullen, door een opleiding over vier assen te ontwikkelen: inhoud, kwaliteit, kosten en beschikbaarheid. Op die gebieden willen we topkwaliteit leveren. Daar wilden ze graag aan meewerken", aldus Meint Wichers.

"We willen bij kandidaat-deelnemers het gevoel hebben dat ze er echt voor willen gaan en bereid zijn naast hun werk deze investering te doen. De intakegesprekken krijgen een vervolg in de coachingsgesprekken door het hele jaar heen. "

Bianca Dorré

Zorgvuldige intake

De Beroepsopleiding Personenschade leerjaar 1 is bedoeld voor medewerkers in de personenschade met hbo of wo als denk- en werkniveau, die de opleiding licht letsel succesvol hebben afgerond, over kennis van medische aspecten beschikken en minimaal anderhalf jaar werkervaring in de letselschadebehandeling hebben. Bianca Dorré: "We zoeken mensen die wel de eerste stappen in het letselschadevak hebben gezet, maar zich daar echt in willen bekwamen en in willen verdiepen. We voeren daarom met kandidaat-deelnemers zorgvuldige intakegesprekken, waarin we vragen naar hun ambities, naar wat ze willen leren, wat ze aan kennis meebrengen, waar ze misschien onzeker over zijn en hoe we hen daarbij kunnen helpen. We willen bij kandidaat-deelnemers het gevoel hebben dat ze er echt voor willen gaan en bereid zijn naast hun werk deze investering te doen. De intakegesprekken krijgen een vervolg in de coachingsgesprekken door het hele jaar heen. Wanneer we in het begin merken dat iemand het er maar bij doet of onvoldoende commitment heeft, gaan we met hem of haar in gesprek of de opleiding bijvoorbeeld misschien te vroeg komt."

Programma

Het eerste leerjaar bestaat de opleiding uit negentien les- of praktijkdagen van gemiddeld acht uur, twee intervisiebijeenkomsten en twee individuele coachingsgesprekken met iedere deelnemer. Het jaar wordt afgesloten met een examendag met drie onderdelen: dossieraudit, onderhandelingsgesprek en een openboekexamen, met tot slot een diploma-uitreiking. Het eerste leerjaar is rondom zeven thema's opgebouwd: 1) dossierbeheer en communicatie, 2) aansprakelijkheid en behandeling, 3) schade, 4) regelingen en convenanten, 5) proces- en bewijsrecht en alternatieve geschillenbeslechting, 6) derden, regres en regresnemers, en 7) zelfstandigen, rekenen en overlijdensschade. De docenten – juridisch adviseurs, letselschadeadvocaten, mediators, experts, een herstelcoach, een personenschadebehandelaar – hebben allen jarenlange werkervaring. Ook is bijzondere aandacht besteed aan de didactische en opleidingskundige kwaliteit van de opleiding. Daartoe is Rianka Rijnhout, universitair hoofddocent aan Universiteit Utrecht, bij de ontwikkeling van de opleiding betrokken geweest.

Kruisbestuiving

Bijzonder aan de opleiding is, dat alle disciplines in de branche – verzekeraars, advocaten, letselschadebureaus, herstelgerichte dienstverleners – aan de ontwikkeling ervan hebben meegewerkt en ook zo veel mogelijk in de deelnemersgroepen worden vertegenwoordigd. "Het is de bedoeling dat de deelnemers bij elkaar intervisiegroepen gaan beleggen", legt Bianca Dorré uit. "Ook hebben we naar een evenredige verdeling van disciplines in de groep gestreefd, zodat het mogelijk is duo's te vormen die in heel nauw overleg met elkaar een fictieve casus gaan behandelen om op die manier begrip voor en helderheid over elkaars rollen te krijgen. Zo moet het mogelijk zijn om elkaars standpunten beter te leren begrijpen, terwijl de focus uiteraard op het slachtoffer wordt gehouden. Deze manier van werken hebben we in alle onderdelen geïntegreerd. We hopen dat die 'community'-vorming niet alleen in de opleiding gaat plaatsvinden, maar ook straks in de praktijk, zodat er een effect van kruisbestuiving zal optreden."

Leeromgeving online

"Die disciplinaire groepsdynamiek is absoluut vernieuwend", vult Meint Wichers aan. "De uitdaging om de behandeling van letselschades vanuit het perspectief van de andere partij te bezien, vind ik heel belangrijk. Vernieuwend is daarnaast de online leeromgeving van de opleiding. Docenten en deelnemers kunnen daarop inloggen en onderling contact met elkaar leggen, lesmateriaal downloaden, gemaakte opdrachten uploaden, een letseldossier opbouwen enzovoort. De deelnemers kunnen die online leeromgeving ook gebruiken om vooraf de lessen voor te bereiden en achteraf lesstof terug te zoeken, dus als naslagwerk." Bianca Dorré: "Door de lesstof niet in een syllabus te presenteren, maar online, kunnen we veel gemakkelijker op actuele ontwikkelingen en veranderingen in de praktijk inspelen. De docenten kunnen daar direct in de lessen rekening mee houden. Het is een heel gebruiksvriendelijk systeem, waar veel onderwijsinstellingen mee werken, maar dan specifiek ingericht voor onze opleiding."

> "Die disciplinaire groepsdynamiek is absoluut vernieuwend. De uitdaging om de behandeling van letselschades vanuit het perspectief van de andere partij te bezien, vind ik heel belangrijk."
>
> **Meint Wichers**

Registratie en erkenning

De Stichting Beroepsopleiding Personenschade is inmiddels, na een kwaliteitsaudit, geregistreerd door het Centraal Register Kort Beroepsonderwijs (CRKBO). Deze registratie is een voorwaarde om deelnemers aan de opleiding voor btw-vrijstelling in aanmerking te laten komen. De stichting streeft daarnaast naar een spoedige erkenning als vaktechnische opleiding door het NIVRE. Meint Wichers: "We zijn daarover druk in gesprek met het NIVRE. Al in het voorbereidingsjaar hebben we ons bij het NIVRE gepresenteerd en hebben we laten weten dat we voor die erkenning in aanmerking willen komen. Naar ons idee hebben we een raamwerk neergezet dat een op een aansluit bij de eisen die het NIVRE aan een vaktechnische opleiding stelt. Belangrijk is nog te benadrukken dat onze beroepsopleiding meer is dan een basisopleiding. We hebben voor een opleiding gekozen waar je een heel jaar mee bezig bent, maar dan voldoe je wel aan alle eisen die het NIVRE aan registerexperts stelt." De Stichting Beroepsopleiding Personenschade hoopt ook erkenning door De Letselschade Raad te krijgen. Wichers: "Ook met De Letselschade Raad zijn we hierover in gesprek. De Letselschade Raad streeft naar een verbetering van het hele letselschadeproces en we hopen dat wij daar een rol in kunnen spelen. De Letselschade Raad heeft inmiddels laten weten in ieder geval onder de indruk te zijn van wat we tot nu toe hebben neergezet."

Positieve evaluaties

Op maandag 7 februari ging een eerste groep met veertien deelnemers met de opleiding van start. In deze groep zijn verzekeraars, expertisebureaus en belangenbehartigers vertegenwoordigd, waarbij de grondleggers van de opleiding voorrang kregen. De bijeenkomsten vinden op wisselende locaties plaats, doorgaans bij een van de grondleggers. Voor de eerste lesdag gingen zij naar Flyct in Capelle aan den IJssel. "De evaluaties van deze eerste lesdag waren heel positief", vertelt Bianca Dorré. "De deelnemers zijn zowel over de docenten als over de inhoud heel enthousiast. Ook vinden ze de interactie met de verschillende disciplines ontzettend leerzaam en prettig. Tijdens de introductiebijeenkomst en de eerste lesdag is tussen de deelnemers al een vertrouwelijke band gecreëerd en dat wordt als heel positief ervaren."

Toekomstplannen

Omdat de Beroepsopleiding Personenschade als het gezamenlijke product van een groep grondleggers kan worden gezien, is ervoor gekozen een stichting de juridische eigenaar ervan te laten zijn. Deze stichting exploiteert de opleiding zonder winstoogmerk. Het bestuur ervan bestaat uit voorzitter Meint Wichers (afdelingsmanager personenschade bij Univé), secretaris Gert-Jan Mijnen (manager personenschade bij De Goudse), penningmeester Mireille Hengeveld (manager operations bij DEKRA Claims en Expertise) en bestuurslid Tessa 's Gravemade (algemeen directeur bij Flyct). De Stichting Beroepsopleiding Personenschade wil in juni 2022 een tweede groep met leerjaar 1 laten starten en onderzoekt momenteel al de mogelijkheden voor een derde groep. Bovendien richt de stichting zich op de ontwikkeling van beroepsopleidingen rond licht letsel en zwaar letsel. Meint Wichers tot slot: "We hebben ervoor gekozen ons eerst op middelzwaar letsel te concentreren, omdat daaraan bij de grondleggers de meeste behoefte bestond. Toch willen we ook kijken wat we voor de beginnende mensen in de letselschadebranche kunnen betekenen en we willen een leertraject over de zware of zwaardere impactschades neerzetten. Daarnaast willen we nog op specifieke terreinen inzoomen, zoals de herstelgerichte dienstverlening en de arbeidskundige aspecten, en daar modules over laten ontwikkelen. Het is dus echt de bedoeling dat we een zeer uitgebreid pakket gaan aanbieden."

door Chris van Dijk
| advocaat en partner bij Kennedy Van der Laan
en Tim Nelissen
| advocaat bij Kennedy Van der Laan

Werkgeversaansprake-lijkheid voor seksueel wangedrag op de werkvloer?

Het #MeToo schandaal heeft de afgelopen tijd in Nederland weer volop de aandacht. Binnen een aantal bekende organisaties lijkt sprake te zijn geweest van seksuele intimidatie of seksueel grensoverschrijdend gedrag. In het oog springend zijn de aantijgingen tegen het televisieprogramma The Voice en tegen een directeur bij Ajax. Maar ook op de 'gewone' werkvloer krijgen werknemers te maken met deze problematiek, die nogal eens in de hand wordt gewerkt door de hiërarchische verhoudingen op de werkvloer. Voor werkgevers moet dit dan ook een thema zijn dat hoog op de agenda staat.

Dat benadeelden van seksuele intimidatie of seksueel grensoverschrijdend gedrag (verder tezamen 'seksuele intimidatie') de rechter weten te vinden, blijkt vooral uit rechtspraak in het arbeidsrecht.[1] Slachtoffers spreken maar zelden hun werkgevers aan voor schade die (mede) is ontstaan door omstandigheden die voor rekening van de werkgever komen. Desalniettemin blijkt een aanspraak niet altijd kansloos. De vooral arbeidsrechtelijke uitspraken laten bijvoorbeeld zien dat van de werkgever het een en ander mag worden verwacht aangaande de werksfeer, de mogelijkheid om (onafhankelijk) een klacht in te kunnen dienen en de nazorg bij zo'n klacht.

In dit artikel bespreken wij de twee mogelijke grondslagen voor een slachtoffer om een (schade)vergoeding te vorderen van zijn werkgever als gevolg van seksuele intimidatie op de werkvloer. Het gaat hier om art. 7:658 BW (werkgeversaansprakelijkheid) en art. 6:170 BW (aansprakelijkheid voor ondergeschikten). Wij sluiten af met een conclusie.

Schending van de veiligheidsverplichtingen van de werkgever

Kort gezegd moet een werknemer ingevolge art. 7:658 BW bewijzen dat hij schade heeft opgelopen in de uitoefening van zijn werkzaamheden. Als de werknemer daarin slaagt, rust op grond van art. 7:658 lid 2 BW vervolgens de bewijslast op de werkgever, die zal moeten aantonen dat hij zijn veiligheidsverplichtingen is nagekomen, er geen causaal verband bestaat tussen de schending daarvan en de gezondheidsschade of dat sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer. De omvang van de zorgplicht wordt in elk geval (mede) bepaald door hetgeen op grond van de regelgeving op het terrein van de arbeidsomstandigheden van de werkgever gevergd wordt. Een werkgever kan op grond van art. 7:658 BW ook aansprakelijk zijn voor (in het kader van seksuele intimidatie vooral relevante) psychische schade.[2] Hoewel bij art. 7:658 BW sprake is van schuldaansprakelijkheid kan, gelet op de ruime strekking van de zorgplicht, niet snel worden aangenomen dat de werkgever aan zijn zorgplicht heeft voldaan en niet aansprakelijk is.[3]

Zoals gezegd bieden vooral arbeidsrechtelijke uitspraken aanknopingspunten voor het antwoord op de vraag wat zoal van de werkgever mag worden verwacht.[4]

Slachtoffers spreken maar zelden hun werkgevers aan voor schade die (mede) is ontstaan door omstandigheden die voor rekening van de werkgever komen. Desalniettemin blijkt een aanspraak niet altijd kansloos. De vooral arbeidsrechtelijke uitspraken laten bijvoorbeeld zien dat van de werkgever het een en ander mag worden verwacht [...].

In een beschikking van Rechtbank Amsterdam van 24 maart 2021[5] ging het om een organisatie waarin voornamelijk mannen werkzaam waren. Een van de schaarse vrouwelijke collega's stelt dat er tijdens haar dienstverband sprake is geweest van seksuele intimidatie (waaronder een poging tot verkrachting) en discriminatie wegens geslacht. In eerste instantie wordt geprobeerd om overeenstemming te bereiken over een minnelijke oplossing inclusief uitdiensttreding. Als dat niet lukt, verzoekt de werkneemster ontbinding van de arbeidsovereenkomst als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten door de werkgever en maakt zij aanspraak op een billijke vergoeding. Ook verzoekt zij om een schadevergoeding wegens ongelijke behandeling in de zin van art. 7:646 BW.

De kantonrechter gaat eerst in op de vraag of een billijke vergoeding kan worden toegekend. De relevante norm is neergelegd in art. 7:671c lid 2 sub b BW en eist dat de ontbinding van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever. Dat is een hoge drempel: uit de wetsgeschiedenis blijkt dat van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten slechts sprake is in uitzonderlijke gevallen, bijvoorbeeld als een werkgever grovelijk de verplichtingen niet nakomt die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst en er als gevolg daarvan een verstoorde arbeidsverhouding ontstaat. Ondanks dit zware vereiste meent de kantonrechter dat daar in deze zaak aan is voldaan. Volgens de kantonrechter is de werkgever tekortgeschoten in haar verplichting om als werkgever zorg te dragen voor een veilige werkomgeving waarin vrouwelijke en mannelijke collega's zich op gelijke voet kunnen ontplooien.

"Gebleken is dat de sfeer op met name de handelsvloer van [het bedrijf] en de wijze van onderlinge omgang tussen de traders tijdens en buiten werkuren, bijzonder is te noemen, in ieder geval in de ogen van een buitenstaander. De bedrijfscultuur kan worden omschreven als hard en competitief. De jonge, nagenoeg uitsluitend mannelijke traders werken in een high energy omgeving en presteren dagelijks onder grote druk teneinde financieel resultaat te behalen. De risico's zijn groot, de beloning hoog. Naar de kantonrechter begrijpt worden bij wijze van uitlaatklep op de werkvloer niet alleen losse omgangsvormen getolereerd, maar wordt ook grensoverschrijdend gedrag toegestaan dat in een andere omgeving naar tegenwoordige maatstaven ondenkbaar moet worden geacht. Een voorbeeld daarvan zijn de op de zitting door de gemachtigde van [het bedrijf] gedemonstreerde trade sounds, waarbij bij het behalen van een bepaald

handelsresultaat een kort popmuziekfragment wordt afgespeeld, veelal met een seksuele lading zoals Jerk it out, Sexylady en Bitch2. Ook heeft [het bedrijf] niet weersproken dat in de traderwereld bepaalde gebaren met een seksuele connotatie niet ongebruikelijk zijn. Verder is gebleken dat in verschillende WhatsApp groepsapps met collega's seksueel geladen uitingen en afbeeldingen van schaars geklede dames werden gedeeld. Er zijn verschillende voorbeelden gegeven waaruit blijkt dat een en ander niet aan de aandacht van het (hogere) management kan zijn ontsnapt. Dat is bijvoorbeeld zo geweest bij de onderwerpkeuze van een aantal morning markets, waarmee de traders onderling hun vaardigheden oefenen. Daarbij werd op een fictieve markt gehandeld in bijvoorbeeld dick pics, het salaris van vrouwelijke pornosterren en de duurste beha."

Naast (en vermoedelijk verband houdend met) deze werksfeer kreeg de vrouwelijke collega te maken met seksuele en vrouwonvriendelijke opmerkingen en toespelingen. Dat heeft ertoe geleid dat zij uit angst niet meer meeging op bedrijfsuitjes. De kantonrechter verwijt de werkgever te veel begrip te hebben getoond voor de mannelijke 'cultuur' en niet voldoende te hebben ondernomen om de situatie van de vrouwelijke collega te verbeteren. Volgens de kantonrechter heeft de werkgever zich onvoldoende ingespannen om ervoor te zorgen dat (ook) vrouwelijke collega's binnen een prettige sfeer hun werk kunnen doen.

Van belang is dat de werkgever van deze problematiek op de hoogte was: het wangedrag is door verschillende vrouwelijke collega's aangekaart bij leidinggevenden en in de organisatie. Opvallend is dat binnen de organisatie lange tijd geen procedure bestond voor het indienen van een klacht. Ook was er geen vertrouwenspersoon aangesteld. Daar komt nog bij dat de werkgever (toen eenmaal was besloten extern onderzoek te laten doen naar de misstanden) slechts één incident heeft laten onderzoeken. De vrouwonvriendelijke bedrijfscultuur is in dat onderzoek helemaal niet meegenomen.[6]

Al met al concludeert de kantonrechter dat de werkgever ernstig verwijtbaar heeft gehandeld. Omdat dat handelen tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst heeft geleid, is het aan de oud-werknemer een billijke vergoeding verschuldigd. De additionele schadevergoeding voor ongelijke behandeling wordt afgewezen omdat de voormalige werkneemster onvoldoende heeft onderbouwd dat zij promotie heeft misgelopen.

Kort gezegd wordt van de werkgever verwacht dat de organisatie zo is ingericht dat slachtoffers veilig en onafhankelijk kunnen klagen en dat er daadkrachtig wordt opgetreden als er sprake is van een (vermoeden van) seksuele intimidatie.

Vooral interessant om te zien is op welke gronden de kantonrechter oordeelt dat er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen door de werkgever. Kort gezegd wordt van de werkgever verwacht dat de organisatie zo is ingericht dat slachtoffers veilig en onafhankelijk kunnen klagen en dat er daadkrachtig wordt opgetreden als er sprake is van een (vermoeden van) seksuele intimidatie. De plicht die op de werkgever rust is daarmee zowel preventief als repressief van aard. Interessant is om te zien hoe de overwegingen van de kantonrechter zich verhouden tot een beoordeling van werkgeversaansprakelijkheid ex. art. 7:658 BW.

In een zaak waarover het hof Den Haag op 16 maart 2021 oordeelde stelt een 18-jarige vrouw een angstpsychose te hebben gekregen als gevolg van seksuele intimidatie op de werkvloer.[7] De benadeelde stelt de werkgever aansprakelijk voor daaruit voortvloeiende schade op grond van (onder meer) art. 7:658 BW.

Zoals hierboven aangestipt, wordt van de werknemer verlangd dat deze stelt en zo nodig bewijst dat hij of zij lijdt aan psychische aandoeningen en beperkingen, en bovendien dat deze zijn opgelopen in de uitoefening van de werkzaamheden (het vereiste van causaal verband). Het slachtoffer zal dit verband aannemelijk moeten maken met objectieve aanwijzingen. Daarin wordt het slachtoffer enigszins tegemoet gekomen door de in art. 7:658 lid 2 BW besloten liggende arbeidsrechtelijke omkeringsregel: als het slachtoffer stelt en zo nodig bewijst dat zij werkzaamheden heeft moeten verrichten onder omstandigheden die schadelijk 'kunnen' zijn geweest voor haar gezondheid en dat haar gezondheidsklachten hierdoor 'kunnen' zijn veroorzaakt, wordt het vermoeden dat de gezondheidsschade is veroorzaakt door de omstandigheden waarin het slachtoffer haar werkzaamheden heeft verricht, aangenomen. Voor dat vermoeden is geen plaats als het causaal verband tussen de geleden schade en de uitoefening van de werkzaamheden te onzeker of te onbepaald is.[8] Overigens is het zo dat de werkgever dit vermoeden kan ontzenuwen, zonder dat sprake is van omkering van de bewijslast.[9]

In eerste aanleg concludeert de kantonrechter dat benadeelde niet aannemelijk heeft kunnen maken dat de door haar geleden schade is opgelopen in de uitoefening van haar werkzaamheden. Bovendien is niet gebleken van een zorgplichtschending door haar werkgever. In hoger beroep komt het Hof Amsterdam[10] tot een ander oordeel en doet uit de doeken hoe de zorgplicht van de werkgever in het kader van seksuele intimidatie kan worden ingevuld.

“Nu vaststaat dat [appellante] in de uitoefening van haar werkzaamheden schade heeft geleden waarvan zij op grond van artikel 7:658 BW vergoeding vordert, kan [het bedrijf] zich, op grond van lid 2 van dat artikel, van aansprakelijkheid voor die schade bevrijden door te stellen en zo nodig te bewijzen dat zij de in lid 1 van dat artikel genoemde zorgplicht is nagekomen. Van belang in het kader van deze zorgplicht is dat de werkgever op grond van artikel 3 lid 2 Arbeidsomstandighedenwet (hierna: Arbowet) binnen het algemene arbeidsomstandighedenbeleid een beleid dient te voeren gericht op voorkoming, en indien dat niet mogelijk is, beperking van psychosociale arbeidsbelasting (waaronder krachtens artikel 1 lid 3 sub e Arbowet seksuele intimidatie valt). Artikel 5 lid 1 Arbowet bepaalt in dat kader dat de werkgever in een risico-inventarisatie en evaluatie (hierna: RI&E) schriftelijk vastlegt welke risico’s de arbeid voor de werknemers met zich brengt. In een plan van aanpak, dat is gebaseerd op de RI&E, moeten vervolgens maatregelen worden opgenomen ter voorkoming van die risico’s, waaronder seksuele intimidatie (artikel 5 lid 3 Arbowet). De werkgever dient deze acties aantoonbaar uit te voeren en toe te zien op naleving door de medewerkers van de instructies en voorschriften, die erop gericht zijn het risico op (onder meer) seksuele intimidatie te voorkomen of beperken.”

Vaststaat dat het bedrijf in 2016 niet beschikte over een schriftelijke RI&E en een plan van aanpak. Tijdens de mondelinge behandeling in hoger beroep heeft het bedrijf erkend dat het in april 2016 niet aan de arboregels voldeed. Volgens het bedrijf was een regeling in 2016 ‘latent aanwezig’ en was er tijdens personeelsbijeenkomsten en vergaderingen van het MT en afdelingshoofden aandacht aan besteed. Eerst met ingang van 1 februari 2017 heeft het bedrijf in het personeelsreglement een ‘Klachtenregeling ongewenst gedrag’ (met als bijlage een klachtenprocedure ongewenst gedrag) opgenomen. Volgens deze klachtenregeling kan een medewerker die met ongewenst gedrag wordt geconfronteerd zich wenden tot de vertrouwenspersonen. Eerst wordt gekeken of de klacht in informele zin kan worden opgelost. Eventueel kan onderzoek nodig zijn en een beroep worden gedaan op een klachtencommissie ongewenst gedrag. Wat daar ook van zij, vaststaat dat het bedrijf in 2016

niet heeft gehandeld volgens de in 2017 opgenomen Klachtenregeling ongewenst gedrag en de klachtenprocedure, hetgeen door het bedrijf tijdens de mondelinge behandeling in hoger beroep ook is erkend. Het hof stelt op grond hiervan vast dat het bedrijf in ieder geval niet heeft voldaan aan – wat het hof zal noemen – haar formele zorgplicht op grond van de Arbowet.

In deze overwegingen komt het hof tot de conclusie dat op werkgevers een formele zorgplicht rust. De grondslag daarvan wordt in dit geval in de Arbowet gevonden. Concreet betekent dit dat er niet alleen een (klachten)regeling moet zijn voor het aankaarten van seksuele intimidatie, maar dat de werkgever verplicht is toe te zien op een correcte naleving daarvan. In dit geval wordt de schending van de formele zorgplicht geweten aan het feit dat de werkgever niet heeft gehandeld volgens de (blijkbaar pas later schriftelijk ingevoerde) klachtenprocedure. Daaruit zou kunnen worden afgeleid dat voor een schending van de formele zorgplicht niet voldoende is het enkele feit dat een (klachten) regeling ontbreekt.
Ook in het vervolg van de uitspraak ligt de nadruk op het handelen van de werkgever (of het gebrek daaraan). Uit de overwegingen van het hof blijkt dat de werkgever er verstandig aan doet klachten over seksuele intimidatie door een (intern of extern) vertrouwenspersoon of een onafhankelijke klachtencommissie te laten onderzoeken. Aan de hand van de uitkomst daarvan kan de werkgever beoordelen of en welke maatregelen passend zijn. In dit geval had de werkgever besloten dat een gesprek met de dader en een aantal officiële waarschuwingen afdoende waren. Daar kon het hof geen begrip voor opbrengen.

"[Het bedrijf] vond verder onderzoek niet aangewezen vanwege de betwisting door [X] en het feit dat 'niemand anders heeft gezien dat er sprake zou zijn van (seksuele) intimidatie'. Het hof deelt dit standpunt niet. Dat niemand anders had gezien dat sprake zou zijn van (seksuele) intimidatie disculpeert [het bedrijf] niet, nu het algemeen bekend is dat (seksuele) intimidatie veelal heimelijk plaatsvindt. [Het bedrijf] stelt dat zij [X] in de periode vanaf april 2016 nadrukkelijk in de gaten is gaan houden en dat het niet is gebleken dat [X] zich tot november 2016 intimiderend heeft gedragen. Zulks heeft evenwel niet verhinderd dat er in november 2016 vervolgens weer heel feitelijke klachten over seksuele intimidatie door [X] door [appellante] zijn ingediend. Dit heeft geleid tot een dag schorsing van [X] gedurende een onderzoek, welke schorsing een dag later is omgezet in een officiële waarschuwing en een dreiging met ontslag op staande voet."

Het hof meent dat deze maatregelen van de werkgever onvoldoende zijn

en concludeert dat ook niet is voldaan aan de materiële zorgplicht die op een werkgever rust.

"Het had evenwel op de weg van [het bedrijf] gelegen om zeker bij hernieuwde klachten over seksuele intimidatie door [X] binnen een tijdsbestek van zeven maanden adequaat onderzoek te doen, hetgeen [het bedrijf] wederom heeft nagelaten. 'Diepgaand onderzoek' van een dag volstaat in dat kader allerminst. Het hof oordeelt dan ook dat [het bedrijf] ook niet heeft voldaan aan haar materiële zorgplicht, waarmee vaststaat dat [het bedrijf] haar zorgplicht op grond van 7:658 lid 1 BW niet is nagekomen. Bij dit alles merkt het hof nog op dat niet is gesteld of gebleken dat [appellante] en/of de andere jonge werkneemsters opzettelijk onjuiste mededelingen over (het gedrag van) [X] heeft/hebben gedaan en/of het gedrag van [X] (steeds) verkeerd heeft/hebben geïnterpreteerd."

De conclusie is dat benadeelde schade heeft geleden in de uitoefening van haar werkzaamheden. Omdat de werkgever niet heeft aangetoond de op hem rustende zorgplicht te zijn nagekomen, is het verplicht de materiële en immateriële schade van benadeelde te vergoeden.

Globaal kan worden gezegd dat de werkgever in allebei de hierboven besproken uitspraken de inrichting van zijn organisatie niet voldoende op orde had wat betreft het kunnen instellen van een klacht wegens seksuele intimidatie. Ook kan worden volgehouden dat de werkgevers in beide gevallen tekort zijn geschoten in hun handelen naar aanleiding van binnengekomen klachten.

Op één punt bestaat echter een verschil: in de zaak die speelde voor de kantonrechter was sprake van een sfeer op de werkvloer waarin seksuele intimidatie in de hand werd gewerkt. Uit de overwegingen van de kantonrechter kan worden afgeleid dat de werkgever ook daar verantwoordelijkheid voor draagt. Dat lijkt ons terecht. Een civielrechtelijke aansprakelijkstelling zou in die zaak waarschijnlijk eveneens een goede kans van slagen hebben gehad.

Het vorenstaande brengt met zich dat van de werkgever het nodige mag worden verwacht ten aanzien van het creëren van een veilige werksfeer. Hij dient actief op te treden tegen een bedrijfscultuur waarin seksuele intimidatie kan ontstaan of blijft voortduren. Voorts moet hij zorgvuldig omgaan met een vermoeden van seksuele intimidatie en het in dat kader uitgevoerde onderzoek.

"Zijn de ondergeschikte en degene in wiens dienst hij stond, beiden voor de schade aansprakelijk, dan behoeftde ondergeschikte in hun onderlinge verhouding niet in de schadevergoeding bij te dragen, tenzij de schade een gevolg is van zijn opzet of bewuste roekeloosheid."

Aangezien art. 7:658 BW een schuldaansprakelijkheid behelst zal een slachtoffer dit artikel vaak niet in stelling kunnen brengen tegen zijn werkgever. De seksuele intimidatie vindt immers vaak buiten de schijnwerpers plaats zonder dat de werkgever ervan op de hoogte is of kan zijn. Dan treft de werkgever die ook voldoende zorg heeft gedragen voor de arbeidsomstandigheden geen verwijt. De vraag is of het slachtoffer in dat geval baat heeft bij art. 6:170 BW, dat immers een risicoaansprakelijkheid van de werkgever inhoudt. Die vraag behandelen wij in de volgende paragraaf.

Aansprakelijkheid voor de fout van de ondergeschikte

In art. 6:170 BW is bepaald dat degene in wiens dienst de ondergeschikte zijn taak vervult aansprakelijk is voor schade aan een derde toegebracht door een fout van de ondergeschikte, indien de kans op de fout door de opdracht tot het verrichten van deze taak is vergroot en degene in wiens dienst de ondergeschikte stond uit hoofde van hun desbetreffende rechtsbetrekking zeggenschap had over de gedragingen waarin de fout was gelegen. Met andere woorden: er moet sprake zijn van functioneel verband. Indien aan deze voorwaarden is voldaan is 'de werkgever' risicoaansprakelijk. Wij zetten dit woord tussen aanhalingstekens omdat het bij dit artikel niet alleen gaat om de dienstbetrekking uit arbeidsovereenkomst.[11] Ondergeschiktheid dient ruim te worden opgevat, doorslaggevend is of sprake is van een juridische gezagsverhouding. Het derde lid van art. 6:170 BW bepaalt voorts: "Zijn de ondergeschikte en degene in wiens dienst hij stond, beiden voor de schade aansprakelijk, dan behoeft de ondergeschikte in hun onderlinge verhouding niet in de schadevergoeding bij te dragen, tenzij de schade een gevolg is van zijn opzet of bewuste roekeloosheid." Art. 6:170 BW kan jegens de werkgever ook in stelling worden gebracht door een werknemer die schade lijdt door gedrag van een collega-werknemer.[12]

De vraag of in een concreet geval sprake is van functioneel verband levert doorgaans veel discussie op. Ook in het kader van seksuele intimidatie zal dit vereiste vermoedelijk de doorslag geven voor het al dan niet aannemen van aansprakelijkheid ex. art. 6:170 BW. Daarom gaan wij hieronder nader in op de reikwijdte van het functionele verband.

In het arrest Groot Kievitsdal heeft de Hoge Raad overwogen dat in de beoordeling van het vereiste van functioneel verband alle ter zake dienende omstandigheden van het geval moeten worden betrokken. Onder meer noemt de Hoge Raad omstandigheden als het tijdstip waarop en de plaats waar de

gedraging is verricht, de aard van die gedraging en de eventueel geschapen gelegenheid die verband houdt met de dienstbetrekking. Ook kan relevant zijn of een leidinggevende een verwijt valt te maken ten aanzien van de fout van de ondergeschikte. In deze zaak ging het om een bedrijfsuitje in het partycentrum Groot Kievitsdal, waarbij de directeur van het bedrijf met zijn ondergeschikten en levenspartners binnen aan het (gas)barbecueën was. Er werd flink gedronken en na het eten gooiden twee werknemers die bij de directeur aan tafel zaten lampolie op het nog hete barbecuerooster. Hierdoor ontstond brand en brandde Groot Kievitsdal geheel af. De directeur had niet preventief opgetreden, maar juist een 'duit in het zakje' gedaan door deel te nemen aan het elkaar 'opjuinen' om olie op de barbecue te gooien. Die omstandigheden nam het hof mee in haar beoordeling. De Hoge Raad liet het oordeel van het hof dat aansprakelijkheid bestond op de voet van art. 6:170 BW in stand.

Dat functioneel verband ruim moet worden uitgelegd blijkt ook uit een uitspraak van de Hoge Raad van 30 oktober 2009.[13] Hierin ging het om een medewerker van de gemeente Utrecht, die tijdens een werkpauze zittend op een stoel zodanig door een collega van achteren in de greep werd genomen dat hij enige tijd met zijn volle gewicht aan zijn nek in diens armen bleef hangen. Voor de gevolgen hiervan sprak hij de gemeente ex art. 6:170 lid 1 BW aan. De rechtbank nam aansprakelijkheid van de gemeente op die grondslag aan. Zij achtte daarbij van belang: a) dat de greep plaatsvond binnen de 'werksfeer' van de gemeente, immers tijdens een pauze in een ruimte die door de gemeente daartoe was ingericht en die werd gebruikt door personeelsleden een dienst van de gemeente, en die vanaf de werkplaats binnendoor bereikbaar is, alsmede dat deze ruimte in dit geval gelegenheid voor collega's bood om te stoeien, b) dat de greep in de visie van [de desbetreffende medewerker] en de gemeente zich afspeelde in de werksituatie omdat volgens hen sprake was van collegiaal stoeien, c) dat een zeker verband bestaat tussen de werksfeer en de reden waarom [de desbetreffende medewerker] een greep toepaste, nu vaststaat dat [de desbetreffende medewerker] op het moment dat hij de greep toepaste, zei: 'Als pa zegt dat je blijft zitten, doe dit ook' en 'Heb jij een andere baas ofzo' waarmee hij schertsenderwijs bedoelde te refereren aan een door hem ten opzichte van [het slachtoffer] in te nemen bevoorrechte positie gezien zijn senioriteit en hij verwees naar het recente verleden waarin [het slachtoffer] in dienst was van een uitzendbureau en d) dat de greep werd toegepast in een werkkring waarbinnen volgens de afgelegde getuigenverklaringen een collegiale stoeipartij als normaal werd beschouwd. Het hof dacht daar anders over en vond dat geen sprake was van een aan de dader gegeven opdracht 'tot het verrichten van een bepaalde taak die de kans op de fout objectief (volgens statistische ervaringsregels) heeft vergroot'. De Hoge Raad casseerde omdat het hof zich beperkt had tot een beantwoording van de vraag of de kans op de fout is vergroot door een opdracht aan de werknemer tot het verrichten van een 'bepaalde taak'. Aan de hand van alle terzake dienende omstandigheden moest worden onderzocht of tussen de fout van de betrokken werknemer en diens werk in dienstbetrekking een zodanig verband bestond dat zijn werkgever voor de daardoor veroorzaakte schade aansprakelijk was. Het hof had alle omstandigheden die de rechtbank noemt in zijn oordeel moeten betrekken.

Hoewel het criterium functioneel verband ruim moet worden opgevat kan het uiteraard ook niet grenzeloos worden opgevat omdat het dan – bij gebleken ondergeschiktheid – geen onderscheidende rol meer zou spelen in art. 6:170 BW. Zo zal in een geval dat een werknemer zijn voorman doodschiet, omdat hij meent dat deze verantwoordelijk is voor zijn ontslag, geen aansprakelijkheid worden aangenomen. Wij zouden menen dat het bij functioneel verband moet gaan om fouten die door de omstandigheden van de werksfeer worden veroorzaakt, in de hand gewerkt of tenminste waarschijnlijker gemaakt.[14] Of daarvan sprake is hangt – zoals blijkt uit de overwegingen van de Hoge Raad – van alle omstandigheden van het geval af. Zowel de genoemde omstandigheden in de stoeiende werknemers-zaak als de omstandigheden in de zaak Groot Kievitsdal voldeden aan dit criterium.

Een voorbeeld waarbij de rechter (aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval) oordeelde dat geen sprake was van functioneel verband met het werk is een uitspraak van Hof Amsterdam van 11 augustus 2015.[15] Het betrof een ruzie tussen een schoonmaker en de assistent-regiomanager van een schoonmaakbedrijf. Na afloop van het werk moest een aantal werknemers van het schoonmaakbedrijf met een bedrijfsbusje naar huis teruggebracht worden. De betreffende schoonmaker bevond zich in het bedrijfsbusje en heeft een aantal keer op de claxon gedrukt, omdat hij vond dat het vertrek van het busje te lang op zich liet wachten. Daarop is de assistent-regiomanager naar hem toegelopen en heeft hem tweemaal op het hoofd/rechteroor geslagen. De politierechter heeft de assistent-regiomanager veroordeelt wegens mishandeling. Vervolgens heeft de schoonmaker het schoonmaakbedrijf aangesproken tot schadevergoeding. Het hof overwoog:

"Gesteld noch gebleken is dat Z X heeft mishandeld om redenen die verband hielden met of inherent waren aan de uitvoering van de door Y aan hen opgedragen werkzaamheden of daarin hun aanleiding vonden. (...) zijn er geen aanwijzingen dat tussen X en Z reeds op dat moment een slechte verstandhouding bestond. (...) Het incident heeft zich buiten werktijd en niet op de werkvloer voorgedaan. Dat door of ingevolge zijn dienstbetrekking aan Z gelegenheid is geschapen tot de fout de mishandeling van X, kan (...) niet worden gezegd en dat Z daarbij gebruik heeft gemaakt van hem door de werkgever ter beschikking staande middelen evenmin. Naar het oordeel van het hof kan de vordering van X ook niet op de aansprakelijkheid van Y voor ondergeschikten worden gebaseerd."

Uitgaande van deze feiten lijkt ons deze uitspraak juist, omdat moet worden aangenomen dat geen sprake was van fouten die door de omstandigheden van de werksfeer werden veroorzaakt, in de hand gewerkt of tenminste waarschijnlijker gemaakt.

Op grond van het vorenstaande menen wij dat een werkgever op de voet van art. 6:170 BW in beginsel niet aansprakelijk is voor seksuele intimidatie door een van zijn werknemers jegens een andere werknemer als hij daarvan niet heeft geweten of hoeven weten en de kans ook niet vergroot is door de werksfeer, zoals in het hiervoor besproken geval van [het tradersbedrijf] wél het geval lijkt te zijn geweest. Als uitgangspunt is de kans op de seksuele intimidatie in die gevallen niet vergroot door de verrichting van de opgedragen taak of door het dienstverband.[16]

Hoewel het criterium functioneel verband ruim moet worden opgevat kan het uiteraard ook niet grenzeloos worden opgevat omdat het dan– bij gebleken ondergeschiktheid – geen onderscheidende rol meer zou spelen in art. 6:170 BW.

Dekkingsperikelen

In AVB-polissen maken verzekeraars regelmatig van de mogelijkheid gebruik om een clausule voor seksuele intimidatie in de polis op te nemen. Daarin wordt doorgaans uitgesloten van dekking aansprakelijkheid voor schade die wordt veroorzaakt door of voortvloeit uit seksuele gedragingen van welke aard dan ook. Op basis van een dergelijke clausule is de aansprakelijkheid van de werkgever op grond van art. 7:658 BW niet gedekt. Zelfs in het geval dat de clausule een insluiting bevat voor het handelen van ondergeschikten ontbreekt veelal dekking, omdat aan die insluiting vaak de voorwaarde wordt gekoppeld dat de verzekerde zelf (vaak de werkgever) in dat verband geen verwijt treft.
De strekking lijkt te zijn om voor de werkgever kenbare seksuele gedragingen van dekking uit te sluiten.

Conclusies

Artikel 7:658 BW kan onder omstandigheden een goede grondslag zijn voor aansprakelijkheid van de werkgever bij seksuele intimidatie. Dat kan allereerst het geval zijn als de werkgever een werksfeer laat voortbestaan waarin dit normaal wordt gevonden. Daarnaast zal de werkgever aansprakelijk kunnen zijn als hij wist of kon weten van de seksuele intimidatie maar niets of onvoldoende deed om dit te doen stoppen. Ook kan aansprakelijkheid bestaan als hij geen interne of externe vertrouwenspersoon heeft of na gebleken seksuele intimidatie geen deugdelijk onderzoek laat uitvoeren door bijvoorbeeld een onafhankelijke klachtencommissie.

Aansprakelijkheid op grond van art. 6:170 BW voor seksuele intimidatie lijkt alleen mogelijk als de seksuele intimidatie door de omstandigheden van de werksfeer is veroorzaakt, in de hand gewerkt of tenminste waarschijnlijker gemaakt. Als de werkgever niet van de seksuele intimidatie afwist en ook niet hoefde te weten, zal een vordering op deze grondslag niet snel slagen.

Het lijkt niet vergezocht te vermoeden dat slachtoffers van seksuele intimidatie vaker het aansprakelijkheidsrecht zullen beproeven om een vergoeding te krijgen van hun werkgever. Het is dan ook onze verwachting dat de (verzekerings)praktijk daar de komende tijd meer van gaat zien. Daarom doen verzekeraars er goed aan erover na te denken in hoeverre zij daarvoor dekking willen geven.

door Nikki Nuijten en Petra klein Gunnewiek
| advocaten bij Van Benthem & Keulen in Utrecht

Het vereiste van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld
De Hoge Raad heeft duidelijkheid gegeven

Shockschade (en de daarvoor geldende voorwaarden) moet worden onderscheiden van alle andere schade die het gevolg is van een aantasting in de persoon op andere wijze.

In het arrest van 29 juni 2021 besliste de Hoge Raad, over de vergoeding van immateriële schade wegens een aantasting in de persoon op andere wijze, dat het vereiste 'geestelijk letsel naar objectieve maatstaven' niet betekent dat sprake hoeft te zijn van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld. Dit arrest zorgde voor onduidelijkheid over de vergoeding van shockschade. Was deze verduidelijking en eigenlijk versoepeling van de bewijslast voor een benadeelde ook van toepassing op het leerstuk van de shockschade? Deze grondslag voor vergoeding van schade valt immers ook onder aantasting in de persoon op andere wijze, zoals opgenomen in art. 6:106 aanhef en onder b BW. De onzekerheid was echter van korte duur, want bij arrest van 24 december 2021 kreeg de Hoge Raad alweer een kans om duidelijkheid te geven en daarvan is gebruik gemaakt.

In deze bijdrage wordt het juridisch kader geschetst aan de hand van jurisprudentie van de Hoge Raad en worden de twee recente arresten besproken en geduid.

Juridisch kader

Op grond van art. 6:106 aanhef en onder b BW heeft een slachtoffer recht op immateriële schadevergoeding, ook wel smartengeld genoemd, wanneer sprake is van een aantasting in de persoon. Daaronder valt de situatie waarbij een slachtoffer lichamelijk letsel oploopt, in zijn eer of goede naam is geschaad, of 'op andere wijze' in zijn persoon is aangetast. De persoonsaantasting op andere wijze biedt een vangnet voor immateriële schade die geen verband houdt met lichamelijk letsel of aantasting van de eer of goede naam.

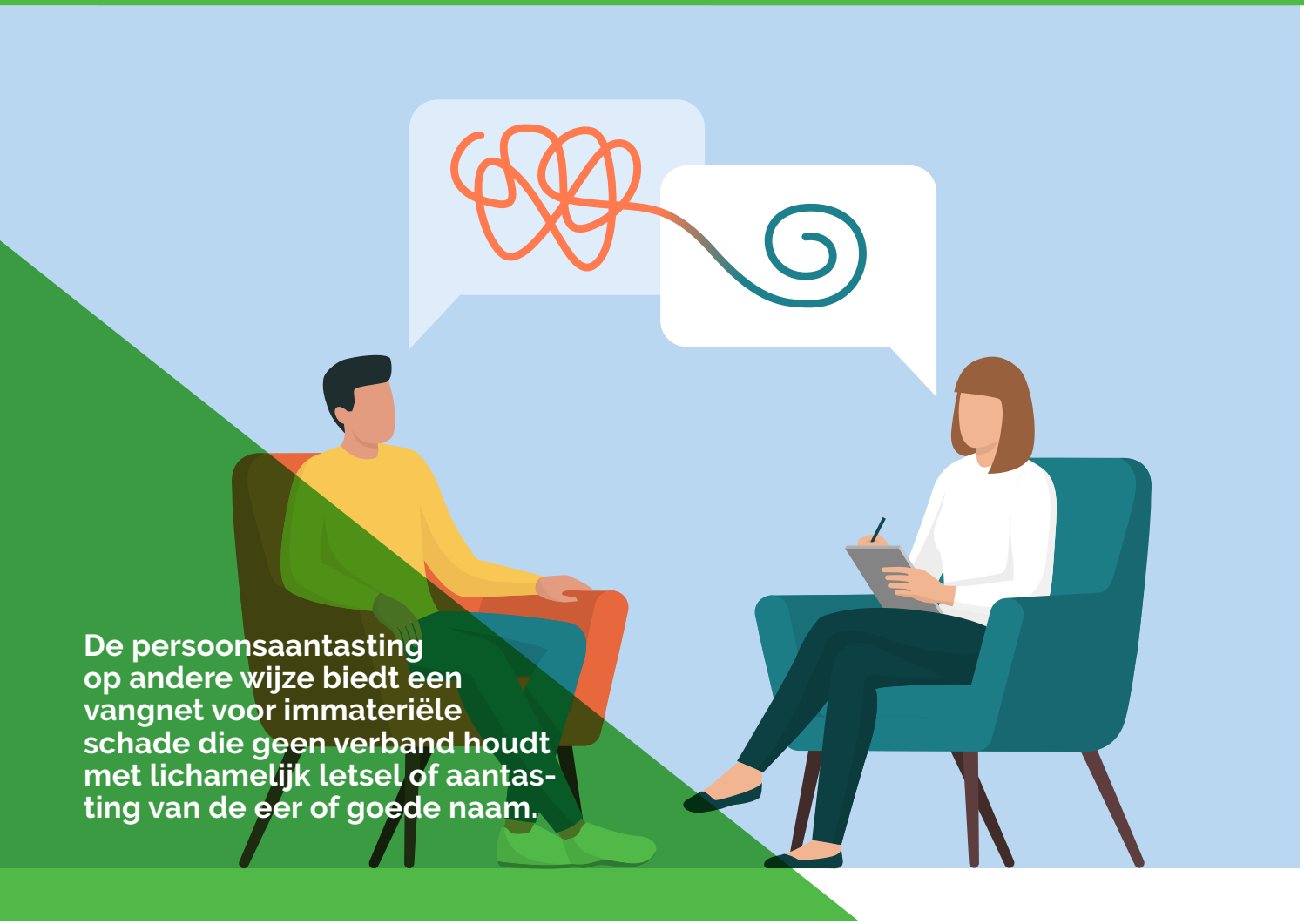
De voorwaarden waaraan moet worden voldaan wil sprake zijn van een aantasting in de persoon op andere wijze in de zin van art. 6:106 aanhef en onder b BW, zijn in het laatste decennium door de Hoge Raad beetje bij beetje versoepeld. Van een persoonsaantasting op andere wijze is in ieder geval sprake bij geestelijk letsel, maar een meer of minder sterk psychisch onbehagen of een zich gekwetst voelen is daarvoor onvoldoende. Vereist is dat uit voldoende concrete gegevens volgt dat in verband met de omstandigheden van het geval een psychische beschadiging is ontstaan, waartoe nodig is dat naar objectieve maatstaven het bestaan van geestelijk letsel is vastgesteld.[1] Dit criterium is later, met het Blauw oog-arrest in 2012, door de Hoge Raad uitgebreid: kan geen geestelijk letsel worden vastgesteld, dan kan alsnog sprake zijn van de bedoelde aantasting wanneer de aard en de ernst van de normschending en de gevolgen daarvan meebrengen dat sprake is van de persoonsaantasting op andere wijze. Wel moet dan met concrete gegevens worden onderbouwd dat sprake is van een persoonsaantasting.[2] En met het EBI-arrest in 2019 werd het toetsingskader verder uitgebreid: de aard en ernst van de normschending kunnen meebrengen dat de (in dit verband relevante) nadelige gevolgen daarvan voor het slachtoffer zo voor de hand liggen, dat zonder (nadere) onderbouwing kan worden aangenomen dat sprake is van een aantasting in de persoon op andere wijze.[3] In lijn met de arresten Oudejaarsrellen en Wrongful life concludeerde de Hoge Raad dat van een aantasting in de persoon op andere wijze als bedoeld in art. 6:106 lid 1 sub b BW, niet reeds sprake is bij de enkele schending van een fundamenteel recht.[4]

Hoewel shockschade valt onder de meer brede aanduiding van aantasting in de persoon op andere wijze heeft de Hoge Raad zich ten aanzien van deze categorie reeds in 2002 in het Taxibus-arrest uitgelaten over de omstandigheden waaronder aanspraak kan worden gemaakt op vergoeding van schade.

Shockschade is (schade door) het geestelijk letsel dat iemand oploopt door een hevige emotionele schok als gevolg van het waarnemen van, of confrontatie met (de ernstige gevolgen van) een ongeval of misdrijf dat een ander is overkomen. In het Taxibus-arrest is bepaald dat wanneer hiervan sprake is, niet alleen onrechtmatig is gehandeld jegens het directe slachtoffer, maar ook jegens het 'shockschadeslachtoffer'. Er bestaat dan aanspraak op schadevergoeding wegens aantasting in de persoon mits het bestaan van geestelijk letsel in rechte kan worden vastgesteld, wat in het algemeen slechts het geval is bij een in de psychiatrie erkend ziektebeeld.[5] Is voldaan aan deze voorwaarden dan ontstaat bovendien niet alleen aanspraak op vergoeding van immateriële schade als bedoeld in 6:106, maar komt ook materiële schade (zoals bijvoorbeeld kosten van psychische behandeling en verlies aan arbeidsvermogen) voor vergoeding in aanmerking. Shockschade is daarmee geen schadepost, vergelijkbaar met smartengeld, maar een titel die verplicht de letselschade in de ruimste zin van het woord te vergoeden. De Hoge Raad heeft in 2021 twee arresten gewezen waarin deze toetsingskaders centraal stonden.

Hoge Raad 29 juni 2021[6]

Op 29 juni 2021 heeft de Hoge Raad de voorwaarden voor een beroep op smartengeld wegens persoonsaantasting op andere wijze verder uitgewerkt, of – volgens de literatuur – weer nader versoepeld. Het ging in deze zaak om een gewapende overval op een supermarkt waarbij een geldbedrag uit de kassalade



De persoonsaantasting op andere wijze biedt een vangnet voor immateriële schade die geen verband houdt met lichamelijk letsel of aantasting van de eer of goede naam.

werd meegenomen. Meerdere medewerkers waren zowel woordelijk als met een vuurwapen bedreigd en in de strafzaak hebben twee medewerkers zich gevoegd door een vordering benadeelde partij in te dienen. Een van de medewerkers was naar aanleiding van de overval gezien door een traumabehandelaar, door wie was vastgesteld dat hij lijdt aan PTSS-achtige klachten, zoals onder meer intrusies (herbelevingen), concentratiestoornissen en slaapproblemen. De traumabehandelaar heeft EMDR-therapie toegepast en in totaal hebben elf therapiesessies plaatsgevonden. Door het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden werd een bedrag van € 2.605 toegewezen, waarvan € 2.500,00 aan immateriële schade wegens aantasting in de persoon op andere wijze. Tegen dit oordeel werd cassatie ingesteld omdat niet zou zijn voldaan aan de 'objectieve maatstaf' die nodig is voor de vaststelling van geestelijk letsel. Zo was onduidelijk wat de deskundigheid van de traumabehandelaar was, of deze een BIG-registratie had en of een traumabehandelaar überhaupt is opgeleid om psychiatrische stoornissen vast te stellen.

In zijn arrest van 29 juni 2021 spreekt de Hoge Raad zich uit over de vereiste 'objectieve maatstaven' voor het vaststellen van geestelijk letsel. Volgens de Hoge Raad houdt dit niet in dat daarvan slechts sprake is wanneer het gaat om een in de psychiatrie erkend ziektebeeld. Evenmin houdt dit vereiste in dat het geestelijk letsel slechts door een psychiater of psycholoog kan worden vastgesteld. De Hoge Raad oordeelde vervolgens dat gelet op de aard en ernst van de normschending en de nadelige gevolgen daarvan voor de supermarktmedeweker, het oordeel van het hof, dat sprake is van een aantasting in de persoon op andere wijze, niet onbegrijpelijk is. Hierop lijkt de Hoge Raad de zaak af te doen.

Koerswijziging?

Na dit arrest werd in de praktijk gesuggereerd dat de Hoge Raad met deze beslissing is teruggekomen op zijn eerdere rechtspraak dat voor een aantasting in de persoon op andere wijze niet meer vereist is dat voor geestelijk letsel sprake is van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld. Zo schrijft Lindenbergh in zijn noot onder dit arrest: 'Het arrest is opmerkelijk, omdat de Hoge Raad nogal expliciet afstand lijkt te nemen van de in de praktijk volgens mij heersende gedachte dat voor geestelijk letsel, wil dat kwalificeren als persoonsaantasting in de zin van art. 6:106 BW, nodig is dat sprake is van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld dat door een psychiater of daartoe gekwalificeerde psycholoog is vastgesteld. Het arrest heeft om die reden in de praktijk direct aandacht getrokken; er werd zelfs getwitterd dat de Hoge Raad 'om' zou zijn gegaan. Het arrest is ook opmerkelijk omdat de Hoge Raad de bewuste

overweging niet motiveert, hetgeen voor de praktijk allerlei vragen oproept die in nieuwe rechtspraak zullen moeten worden beantwoord.'[7] Ook ontstond na dit arrest al snel de vraag of dit oordeel ook betekende dat voor een vergoeding wegens shockschade (ook) geen psychiatrisch erkend ziektebeeld meer is vereist.[8]

Voor de vraag of de Hoge Raad 'om' is gegaan, is van belang te realiseren dat de Hoge Raad zich tot zijn oordeel van 29 juni 2021 niet eerder nadrukkelijk heeft uitgesproken over de invulling van het bestaan van geestelijk letsel naar objectieve maatstaven. Wel zijn er uitspraken van de Hoge Raad verschenen, waarbij aan de hand van het oordeel over de beslissing van de gerechtshoven, kan worden afgeleid dat een in de psychiatrie erkend ziektebeeld niet als minimumvereiste geldt wanneer het aankomt op de uitleg van 'geestelijk letsel vastgesteld naar objectieve maatstaven'. Zo werd de beslissing van Gerechtshof Den Haag waarbij immateriële schadevergoeding werd toegekend aan een slachtoffer die kampte met psychische klachten na een bedreiging met een vuurwapen, en in welk kader de huisarts schriftelijk verklaarde dat het slachtoffer drie keer had gesproken met de POH-GGZ en daarna was doorverwezen voor EMDR-therapie, door de Hoge Raad in stand gelaten.[9] Er lijkt aldus eerder sprake te zijn van de situatie dat het begrip 'geestelijk letsel naar objectieve maatstaven' in de praktijk op een manier is ingevuld, en de Hoge Raad dit nu bijstelt en aangeeft wat in ieder geval niet hieronder moet worden verstaan. Immers, het blijft nog steeds gissen wat volgens de Hoge Raad wel als ondergrens kan gelden voor het vaststellen van geestelijk letsel naar objectieve maatstaven. In de literatuur riep het arrest ook op dit vlak de nodige vragen op.[10]

Wel is duidelijk waar de ontstane verwarring vandaan komt. Voor de toewijzing van vergoeding van shockschade – dat valt onder de noemer aantasting in de persoon op andere wijze – stelde de Hoge Raad immers eerder wél de expliciete eis dat sprake moet zijn van een psychiatrisch erkend ziektebeeld. En daarmee ontstond ook direct onduidelijkheid over de voorwaarden voor de vergoeding wegens shockschade. Bedoelde de Hoge Raad nu dat (ook) voor een vergoeding van shockschade niet (langer) is vereist dat het geestelijk letsel wordt gekwalificeerd als een erkend psychiatrisch ziektebeeld?

De onzekerheid die ontstond naar aanleiding van het arrest van 29 juni 2021 werd gevoed door de eerdere uitspraak van 28 mei 2019 van de Hoge Raad.[11] Daarin maakte de Hoge Raad een uitgebreid overzicht van het juridisch kader

Shockschade is (schade door) het geestelijk letsel dat iemand oploopt door een hevige emotionele schok als gevolg van het waarnemen van, of confrontatie met (de ernstige gevolgen van) een ongeval of misdrijf dat een ander is overkomen.

bij een vordering benadeelde partij. De rechtsregels over de vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon op andere wijze, inclusief shockschade werden herhaald. Daarbij viel op dat de Hoge Raad bij het uiteenzetten van shockschade, de eis 'dat het geestelijk letsel in rechte moet kunnen worden vastgesteld, waarvan in beginsel slechts sprake is bij een in de psychiatrie erkend ziektebeeld', had weggelaten. Ook werd steeds vaker in de lagere rechtspraak vergoeding voor shockschade toegewezen, terwijl geen psychiatrisch erkend ziektebeeld was vastgesteld.[12]

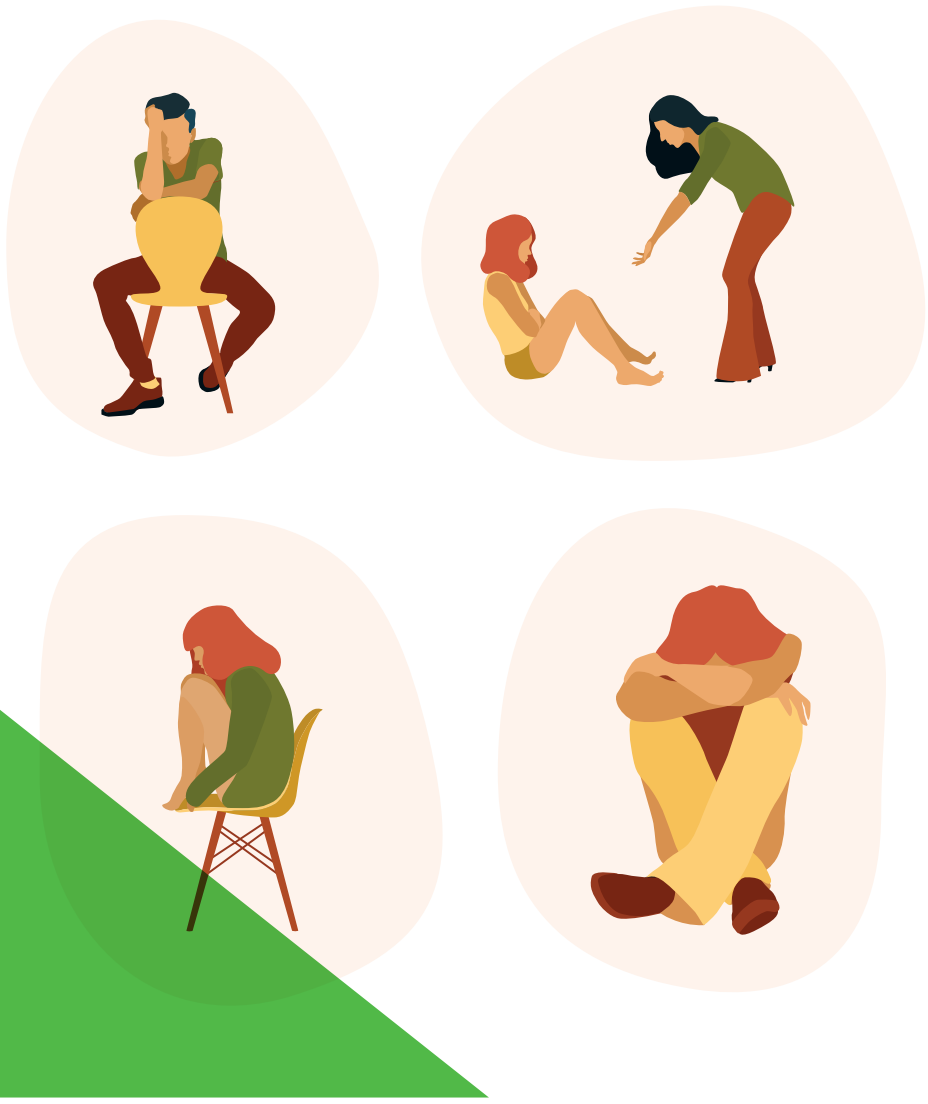
Shockschade

Met het arrest van de Hoge Raad van 24 december 2021 is (snel) een eind gekomen aan de ontstane onzekerheid.[13] De daaraan voorafgaande procedure bij het hof laat – ironisch genoeg – nog eens zien dat verwarring bestaat over de wijze waarop shockschade zich verhoudt tot een aantasting in de persoon op andere wijze.

Het gaat om een strafzaak waarbij een vader, die zijn 10-jarige zoon door wurging om het leven had gebracht, wordt veroordeeld voor moord. De moeder heeft zich gevoegd in de strafzaak en naast vergoeding voor de kosten van de lijkbezorging vordert zij een bedrag van € 45.000 aan immateriële schadevergoeding. Er zou sprake zijn van shockschade en zij doet een beroep op aantasting in de persoon op andere wijze in de zin van art. 6:106 aanhef en onder b BW. Zij is getraumatiseerd door de confrontatie met haar zoontje in het mortuarium met daarbij het letsel in zijn hals. Uit de stukken in de procedure volgt dat een psycholoog heeft aangegeven een ernstig getraumatiseerde vrouw te zien, maar een diagnose werd niet gesteld. Een vervolgafspraak bij de psycholoog vond wegens drukte en ziekte geen doorgang en tot slot had de huisarts verklaard dat de moeder bij de POH-GGZ is geweest in verband met de verwerking. De moeder voert daarnaast aan dat een aantasting in de persoon kan worden aangenomen, omdat de aard en de ernst van de normschending meebrengen dat de relevante nadelige gevolgen van het strafbare feit voor haar zo voor de hand liggen.

Gerechtshof Den Haag 17 december 2020[14]

Bij de beoordeling van een vergoeding wegens shockschade stelt Gerechtshof Den Haag in de hiervoor beschreven casus het volgende toetsingskader voorop: 'Voorwaarde voor toewijzing van 'shockschade' is dat wordt vastgesteld dat de benadeelde partij geestelijk letsel heeft opgelopen. Degene die zich hierop beroept, zal voldoende concrete gegevens moeten aanvoeren waaruit



kan volgen dat in verband met de omstandigheden van het geval psychische schade is ontstaan. Daartoe is vereist dat naar objectieve maatstaven het bestaan van geestelijk letsel kan worden vastgesteld.' Vervolgens beslist het hof dat op basis van de overgelegde documenten niet kon worden vastgesteld dat sprake is van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld, waardoor niet is voldaan aan de voorwaarden voor vergoeding wegens shockschade. Ook oordeelde het hof dat in geval van shockschade de 'uitzondering', dat door de aard en ernst van de normschending de nadelige gevolgen zo voor de hand liggen, niet wordt aanvaard.

Deze overwegingen bezien lijkt het erop dat ook het hof in de war is geraakt. Enerzijds wordt de afzonderlijke positie van shockschade onder de noemer aantasting in de persoon op andere wijze erkend, maar anderzijds wordt als voorwaarde voor toewijzing van shockschade gehanteerd dat het geestelijk letsel naar objectieve maatstaven moet kunnen worden vastgesteld. En dit criterium zien we juist terug als onderdeel van het toetsingskader bij een persoonsaantasting op andere wijze. In de daadwerkelijke beoordeling wordt overigens wel getoetst aan de in het Taxibusje-arrest geformuleerde eis van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld, zodat het uiteindelijk toch klopt.

Hoge Raad 24 december 2021[15]

Nadat cassatieberoep is ingesteld gaat aan het oordeel van de Hoge Raad vooraf de conclusie van A-G Hofstee waarin de Hoge Raad nadrukkelijk is gevraagd om opheldering te geven. Is er nu sprake van een zekere koerswijziging voor de vaststelling van het bestaan van geestelijk letsel naar objectieve maatstaven, en hoe verhoudt het oordeel van 29 juni 2021 zich ten opzichte van shockschade?[16]

Aan dit verzoek wordt gehoor gegeven. In de beslissing van 24 december 2021 oordeelde de Hoge Raad nadrukkelijk dat de eis dat voor vergoeding van shockschade in het algemeen sprake moet zijn van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld, niet is gewijzigd door het arrest van de Hoge Raad van 29 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:1024'. Daaraan voegt de Hoge Raad toe dat het in dat arrest niet ging over shockschade, maar de eerste alinea van het onder 4.5.1 weergegeven citaat bedoelde aantasting in de persoon op andere wijze, bestaande uit geestelijk letsel van de persoon die zelf het slachtoffer is van het tenlastegelegde feit. Deze eerste alinea van rechtsoverweging 4.5.1 blijkt – na bestudering – de uiteenzetting van de voorwaarden waaronder sprake kan zijn van een aantasting in de persoon op andere wijze. In de tweede alinea wordt shockschade uitgelegd.

Er bestaat dus een verschil in de beoordeling van enerzijds shockschade en anderzijds alle andere schade die het gevolg is van een aantasting in de persoon op andere wijze als bedoeld in artikel 6:106, aanhef en onder b, BW. Door de Hoge Raad wordt dit verschil expliciet erkend. Dit verschil zou erin zijn gelegen dat bij vergoeding van shockschade de aansprakelijkheid niet alleen berust op een onrechtmatige daad van de veroorzaker van het ongeval of misdrijf jegens de persoon die daardoor gewond is geraakt of is overleden, maar ook jegens het slachtoffer bij wie door het waarnemen daarvan of door de confrontatie ervan, een hevige emotionele schok teweeg is gebracht. De wegens schending van deze norm op grond van art. 6:106 aanhef en onder b BW te vergoeden schade is beperkt tot (de gevolgen van) het uit de emotionele schok voortvloeiende geestelijk letsel wanneer dit voldoet aan de uit vaste rechtspraak (sinds het Taxibus-arrest uit 2002) voortvloeiende eisen, aldus de Hoge Raad. Volgens de Hoge Raad mocht het hof

dan ook terecht concluderen dat bij de moeder niet is komen vast te staan dat sprake is van een psychiatrisch erkend ziektebeeld, voortvloeiend uit een hevige emotionele schok door de directe confrontatie met de ernstige gevolgen van het strafbare feit.

Naar ons idee doet het beknopte oordeel van de Hoge Raad het voorkomen alsof het onderscheid tussen shockschade enerzijds en de overige schade waardoor sprake is van een aantasting in de persoon op andere wijze (voor hem) altijd al duidelijk was. Gelet op zijn eerdere beslissingen is dit wellicht ook het geval. Zonder dit onderscheid zou het gevolg zijn dat vergoeding van shockschade ook kan worden toegewezen wanneer geen geestelijk letsel kan worden vastgesteld, maar (bijvoorbeeld) de aard en de ernst van de normschending en de gevolgen daarvan een persoonsaantasting op andere wijze meebrengen. Dit terwijl geestelijk letsel een vereiste is om aan te nemen dat jegens het shockschadeslachtoffer onrechtmatig is gehandeld: het maakt deel uit van de voorwaarden om vast te stellen dat jegens deze persoon is voldaan aan de relativiteitseis. Vermoedelijk heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 24 december 2021 dit ook bedoeld, al had dit wat ons betreft duidelijker kunnen worden uitgelegd. De uitkomst van het arrest is naar onze mening begrijpelijk en in juridische zin correct, met name ook gelet op het oordeel van de Hoge Raad in het Vilt-arrest van 9 oktober 2009,[17] dat de aard of ernst van de normschending (zoals opzet) geen 'afzwakking' toelaat wat betreft het vereiste van waarneming van het ongeval of directe confrontatie met de ernstige gevolgen.

Conclusie

De conclusie die uit het arrest van 24 december 2021 kan worden getrokken is dat er een onderscheid bestaat in de beoordeling van enerzijds de shockschade en anderzijds alle andere schade die het gevolg is van een aantasting in de persoon op andere wijze. Dit komt er concreet op neer dat wanneer immateriële (en materiële) schadevergoeding wordt gevorderd door een persoon die is geconfronteerd met een traumatische gebeurtenis waardoor een ander is overleden of gewond is geraakt, vereist blijft dat het bestaan van geestelijk letsel in rechte kan worden vastgesteld, wat in het algemeen slechts het geval is bij een in de psychiatrie erkend ziektebeeld. Dus het slachtoffer moet kunnen aantonen dat een deskundige op het gebied van geestelijk letsel vanuit diens discipline een diagnose heeft gesteld.

De conclusie die uit het arrest van 24 december 2021 kan worden getrokken is dat er een onderscheid bestaat in de beoordeling van enerzijds de shockschade en anderzijds alle andere schade die het gevolg is van een aantasting in de persoon op andere wijze.

Wordt immateriële schadevergoeding gevorderd door een persoon wegens een aantasting in de persoon op andere wijze, niet-zijnde shockschade, dan hoeft niet per se sprake te zijn van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld en ook is niet per definitie vereist is dat het geestelijk letsel door een psychiater of psycholoog is vastgesteld. In dat geval is zelfs mogelijk dat zonder onderbouwing een persoonsaantasting wordt aangenomen omdat de aard en ernst van de normschending meebrengt dat de nadelige gevolgen daarvan voor het slachtoffer zo voor de hand liggen.

Afsluitende opmerking

Op 22 februari 2022 is in een strafzaak in cassatie een conclusie van A-G Spronken (sectie straf) en A-G Lindenbergh (sectie civiel) beschikbaar gekomen waarin de cassatieklachten van de verdachte en de benadeelde partij zijn beoordeeld.[18] Daarnaast doen de A-G's aanbevelingen voor de hervorming van het recht op vergoeding wegens shockschade. Kort gezegd stellen zij voor een toetsingskader te formuleren dat is gebaseerd op de volgende vooropstellingen en uitgangspunten: (i) met de aansprakelijkheid voor de schadeveroorzakende gebeurtenis is de grondslag voor aansprakelijkheid gegeven; (ii) de wijze van betrokkenheid bij die gebeurtenis is geen afzonderlijk 'vereiste', maar een belangrijke indicatie voor het bestaan van schade en causaal verband; (iii) voor vergoeding van vermogensschade gelden geen bijzondere nadere vereisten; (iv) voor vergoeding van ander nadeel is nodig dat sprake is van geestelijk letsel in de vorm van een door een gekwalificeerde deskundige vastgesteld in de psychiatrie erkend ziektebeeld; (v) de bevindingen daarover van deskundigen zijn maatgevend voor de omvang van het smartengeld; (vi) en hoewel de schade dikwijls mede zijn oorzaak zal vinden in de kwetsing of het overlijden van een naaste, hoeft de wettelijke regeling inzake derdenschade niet in de weg te staan van een aanspraak op volledige vergoeding van de aldus geleden eigen personenschade, maar is er daarnaast geen plaats voor forfaitaire vergoeding van 'affectieschade'.

Wij kijken met belangstelling uit naar het arrest van de Hoge Raad, dat voorlopig is bepaald op 12 april 2022. Zal de Hoge Raad de aanbevelingen van de A-G's volgen? In een volgende editie van PSS Bulletin komen wij daarop terug.

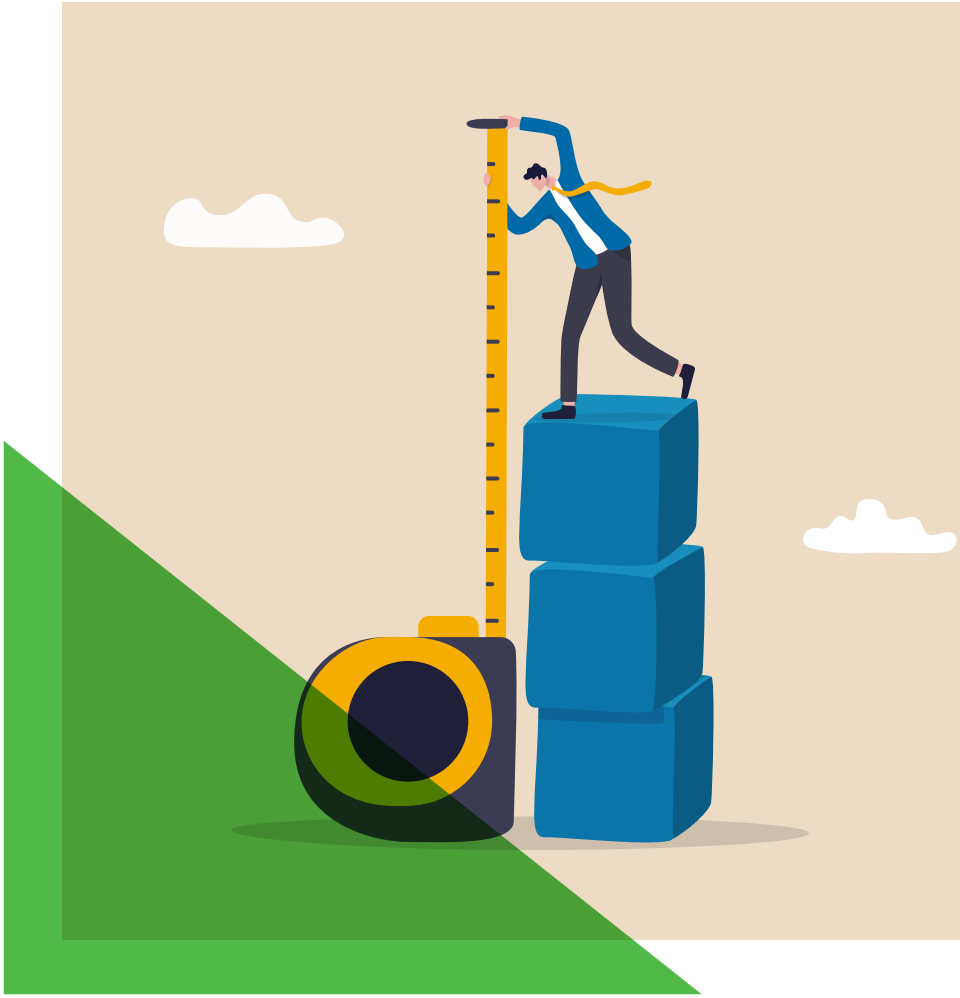
Vergoeding van kosten van ongereguleerde belangenbehartigers

door Petra Oskam
| advocaat bij Kennedy Van der Laan

Op 28 januari 2022 wees de Hoge Raad een arrest[1] over een door Achmea in diverse polisvoorwaarden gehanteerd beding over de vergoeding van de kosten van een door een verzekerde ingeschakelde contra-expert. Dit beding bepaalt dat de redelijke kosten van de door de verzekerde ingeschakelde contra-expert alleen voor vergoeding in aanmerking komen als, kort gezegd, het om een NIVRE-expert gaat of een expert die bij een vergelijkbare beroeps-organisatie is ingeschreven.

In de personenschadebranche zijn zowel georganiseerde als ongeorganiseerde belangenbehartigers actief. Het Nationaal Keurmerk Letselschade beoogt het kaf van het koren te scheiden en een overzicht te bieden van de belangenbehartigers die aantoonbaar kwaliteit leveren. Het is de wens dat professionele verwijzende partijen (zullen gaan) verwijzen naar keurmerkhoudende organisaties of naar gespecialiseerde (LSA- en/of ASP-)advocaten. Dit alles ter bescherming van het slachtoffer, dat zich in een kwetsbare positie bevindt. Dat laat echter onverlet dat het beroep van belangenbehartiger niet gereguleerd is en dat iedereen, ook zonder enige aantoonbare kennis of kwalificatie, zich als belangenbehartiger in de personenschadebranche kan begeven.[2] Bij het bepalen van de redelijke omvang van de buitengerechtelijke kosten is de specialisatie van de belangenbehartiger relevant. Diverse verzekeraars hanteren een beleid waarin de hoogte van het te vergoeden uurtarief afhankelijk is van de kwaliteit van de belangenbehartiger.[3] Hoewel voornoemde uitspraak van de Hoge Raad geen betrekking heeft op de in letselschadezaken te vergoeden buitengerechtelijke kosten, bevat de uitspraak wel interessante overwegingen die ook – naar analogie – toepasbaar zijn

in letselschadezaken. Ik bespreek hierna de uitspraak van de Hoge Raad en sta daarna stil bij de relevantie van de overwegingen van de Hoge Raad bij het bepalen van de redelijke omvang van buitengerechtelijke kosten in letselschadezaken.



Uitspraak Hoge Raad

In de uitspraak van de Hoge Raad gaat het, voor zover relevant voor de parallel die ik wil trekken met letselschadezaken, om het volgende feitencomplex. Ombudsman Schadeverzekeringen Nederland (OSN), een stichting die het behartigen en beschermen van de belangen van verzekerden beoogt, startte een procedure tegen Achmea. OSN beoogde een aantal bedingen die Achmea in de bij verschillende schadeverzekeringsproducten gehanteerde polisvoorwaarden hanteert onredelijk bezwarend te laten verklaren in de zin van artikel 6:240 BW. Deze bedingen zijn niet alle exact hetzelfde geformuleerd, maar komen op het volgende neer. De redelijke kosten van de door de verzekerde ingeschakelde contra-expert komen alleen voor vergoeding door Achmea in aanmerking, als de contra-expert is ingeschreven i) in het register van het NIVRE of ii) bij een vergelijkbare beroepsorganisatie, die a) zich aan de Gedragscode schade-expertise-organisaties van het Verbond van Verzekeraars houdt en b) in haar statuten en reglementen een duidelijke klacht- en tuchtprocedure en eisen voor permanente opleiding voor experts heeft opgenomen. Volgens Achmea bevatten deze bedingen kwaliteitseisen die ook in het belang van haar verzekerden zijn.

In de door Achmea in cassatie bestreden uitspraak van het hof werden de vorderingen van OSN toegewezen voor zover deze betrekking hebben op de in het beding gestelde eisen aan de contra-expert en aan de organisatie waarbij deze moet zijn aangesloten. Het volgende was daartoe redengevend. Op grond van artikel 7:959 lid 1 BW moet de verzekeraar de redelijke kosten voor het vaststellen van de schade vergoeden. Of in een concreet geval de kosten van de expert vergoed moeten worden, en zo ja, voor welk bedrag, wordt bepaald aan de hand van de dubbele redelijkheidstoets van artikel 6:96 BW. Zowel het inschakelen van de expert als de omvang van diens kosten dienen daarbij redelijk te zijn. Volgens het hof is het inderdaad, zoals ook Achmea betoogt, in het belang van verzekerden dat een contra-expert aan bepaalde kwaliteitseisen voldoet. Maar, zo overweegt het hof, het is niet uitgesloten dat een contra-expert die niet aan de door Achmea gestelde voorwaarden voldoet, toch in staat is om een kwalitatief goede contra-expertise uit te voeren (r.o. 3.8). Volgens het hof heeft een verzekerde in beginsel dan ook de vrijheid om een eigen deskundige te kiezen, **"mits die persoon naar objectieve maatstaven redelijkerwijs in staat moet worden geacht een deskundig advies uit te brengen."**

De door Achmea gehanteerde bedingen zijn dan ook in strijd met artikel 7:959 lid 1 BW, voor zover daarin is bepaald dat alleen kosten die zijn gemaakt voor contra-experts die aan de eisen uit de polisvoorwaarden voldoen, voor vergoeding in aanmerking komen. Over het door Achmea in de procedure naar voren gebrachte argument, dat zij niet ten nadele van verzekerden is afgeweken van het in artikel 7:959 lid 1 BW bepaalde, overwoog het hof dat het op zichzelf juist is dat de kwaliteitseisen in het belang van de verzekerde kunnen zijn. Tot op zekere hoogte waarborgen deze eisen dat een expert daadwerkelijk deskundig is. Zekerheid geven die eisen echter niet, en bovendien beperken die eisen de keuzevrijheid.

De Hoge Raad verwierp de tegen voornoemde oordelen van het hof gerichte cassatieklachten. De Hoge Raad overwoog het volgende (r.o. 3.2.4):

"Een beperking van de mogelijkheid van de verzekerde om voor rekening van de verzekeraar een eigen expert

Aan welke minimumvereisten moet een belangenbehartiger voldoen om in staat moet worden geacht een deskundig advies uit te brengen?

in te schakelen, is in strijd met art. 7:959 lid 1 BW als die beperking verder gaat dan uit de dubbele redelijkheidstoets volgt. Dat geldt ook als deze beperking erop is gericht de verzekerde te beschermen door de kwaliteit van de ingeschakelde experts te waarborgen. Indien verzekeraars verzekerden in dit opzicht richting willen geven en zekerheid willen bieden, kunnen zij in de voorwaarden opnemen dat zij vergoeding van expertisekosten niet zullen weigeren op gronden die verband houden met de ingeschakelde expert als de verzekerde een expert heeft ingeschakeld die aan bepaalde voorwaarden voldoet, en dat de vergoeding van de kosten van een expert die niet aan die voorwaarden voldoet ervan afhangt of het inschakelen van die expert in het concrete geval redelijk is."

Achmea mag kortom in haar polisvoorwaarden aan het vergoeden van de kosten van een contra-expert niet de voorwaarde stellen dat deze experts zijn ingeschreven bij het NIVRE of, kort gezegd, een vergelijkbare organisatie. Dit arrest ziet op in polisvoorwaarden gestelde eisen, en is daarom niet één op één toepasbaar in personenschadezaken. Toch is er een parallel te trekken die ik hierna aan de orde stel.

Welke betekenis heeft deze uitspraak voor de personenschadebranche?

Zoals ik in de inleiding opmerkte, maken diverse verzekeraars voor de vraag naar de (dubbel) redelijke omvang van door belangenbehartigers in personenschadezaken in rekening gebrachte kosten onderscheid naar kwaliteit. Ook in procedures wordt dit onderscheid gemaakt. Een gespecialiseerde belangenbehartiger komt een hoger uurtarief toe dan een niet-gespecialiseerde belangenbehartiger.[4] Het beroep van belangenbehartiger is echter niet beschermd. Dit terwijl het ter bescherming van het slachtoffer – dat doorgaans geen kennis heeft van de personenschadebranche – wel wenselijk kan zijn dat hij zich laat bijstaan door een gespecialiseerde of gereguleerde

belangenbehartiger, die onderworpen is aan tucht- of klachtrecht en aan wie opleidings- en nascholingseisen worden gesteld. De vraag kan worden gesteld of aansprakelijke verzekeraars in het belang van het slachtoffer kunnen 'afdwingen' dat een slachtoffer zich laat bijstaan door een dergelijke gespecialiseerde belangenbehartiger, door het standpunt in te nemen dat de kosten van niet gespecialiseerde of gereguleerde belangenbehartigers niet voor vergoeding in aanmerking komen.

Anders dan in voornoemde uitspraak gaat het in letselschadezaken om de rechtsverhouding tussen de benadeelde (vaak: niet verzekerde) enerzijds en de aansprakelijke verzekeraar anderzijds. In die rechtsverhouding is artikel 7:959 BW niet aan de orde. Wel wordt ook in die rechtsverhouding de omvang van de buitengerechtelijke kosten bepaald aan de hand van de dubbele redelijkheidstoets van artikel 6:96 BW. Als voornoemde uitspraak naar analogie wordt toegepast op personenschadezaken, lijkt de in de vorige alinea gestelde vraag ontkennend te moeten worden beantwoord: de benadeelde heeft ten aanzien van de in te schakelen belangenbehartiger keuzevrijheid, en mag zich ook laten bijstaan door een ongeorganiseerde belangenbehartiger – zonder dat dit op straffe van het voor eigen rekening blijven van de gemaakte kosten wordt tegengeworpen door de verzekeraar. Het hof overweegt echter ook, en die overwegingen blijven staan in cassatie, dat een verzekerde in beginsel de vrijheid heeft om een eigen deskundige te kiezen **"mits die persoon naar objectieve maatstaven redelijkerwijs in staat moet worden geacht een deskundig advies uit te brengen."**

Als de verzekerde een deskundige kiest die niet in staat moet worden geacht om een deskundig advies uit te brengen, komen diens kosten, zo volgt uit deze overweging, in beginsel binnen het toetsingskader van artikel 7:959 BW jo. artikel 6:96 BW niet voor vergoeding in aanmerking. Relevant is ook de volgende overweging van de Hoge Raad (r.o. 3.2.4):

"Indien verzekeraars verzekerden in dit opzicht richting willen geven en zekerheid willen bieden, kunnen zij in de voorwaarden opnemen dat zij vergoeding van expertisekosten niet zullen weigeren op gronden die verband houden met de ingeschakelde expert als de verzekerde een expert heeft ingeschakeld die aan bepaalde voorwaarden voldoet, en dat de vergoeding van de kosten van een expert die niet aan die voorwaarden voldoet ervan afhangt of het inschakelen van die expert in het concrete geval redelijk is."

Ook niet-georganiseerde experts kunnen onder omstandigheden in staat worden geacht om een deskundig advies uit te brengen. Het is op grond van artikel 150 Rv aan het slachtoffer om de dubbele redelijkheid van de gemaakte kosten aan te tonen.

Deze overwegingen bieden perspectief: kennelijk mogen er binnen het kader van de dubbele redelijkheidstoets wel bepaalde voorwaarden aan de expert worden gesteld. Vraag is wel hoever deze voorwaarden mogen gaan. Aan welke minimumvereisten moet een belangenbehartiger voldoen om te kunnen kwalificeren als een persoon die naar objectieve maatstaven redelijkerwijs in staat moet worden geacht een deskundig advies uit te brengen? Uit het hier besproken arrest volgt dat de Hoge Raad inschrijving bij het NIVRE of een vergelijkbare organisatie niet noodzakelijk vindt om aan deze minimumvereisten te voldoen. Met andere woorden: ook niet-georganiseerde experts kunnen onder omstandigheden in staat worden geacht om een deskundig advies uit te brengen. Het is op grond van artikel 150 Rv aan het slachtoffer om de dubbele redelijkheid van de gemaakte kosten aan te tonen. Het slachtoffer zal ten aanzien van de vraag of het redelijk was om deze belangenbehartiger in te schakelen, moeten aantonen dat de belangenbehartiger naar objectieve maatstaven in staat moet worden geacht om deskundige bijstand te verlenen. Hoewel het beroep van belangenbehartiger in letselschadezaken niet beschermd is, zijn er intussen meerdere organisaties en kwaliteitsverenigingen waarbij belangenbehartigers zich kunnen aansluiten, zoals het NIVRE, het NKL, de LSA en de ASP. Naarmate meer belangenbehartigers zijn aangesloten bij dergelijke organisaties en kwaliteitsverenigingen, wordt het mijns inziens steeds minder goed houdbaar om succesvol te betogen dat ook ongereguleerde belangenbehartigers aan de te stellen kwaliteitseisen voldoen. Om welke reden immers sluiten zij zich niet aan, en zijn zij – kennelijk – niet genegen om zich te onderwerpen aan tucht- of klachtrecht en aan verplichte opleidings- en nascholingseisen? Goede voorlichting aan slachtoffers is daarbij mijns inziens essentieel. Het slachtoffer moet aan het begin van het schaderegelingsproces niet alleen goed worden geïnformeerd over de mogelijkheid van het inschakelen van een belangenbehartiger, maar ook over het onderscheid tussen gespecialiseerde of georganiseerde belangenbehartigers en belangenbehartigers die wel aan kwaliteitseisen voldoen en onderworpen zijn aan tucht- of klachtrecht. Op die manier kunnen verzekeraars eraan meewerken dat misstanden zoveel mogelijk worden voorkomen.

“De Waarheid”

door Rob Meelker
| advocaat en partner bij Marree + Dijxhoorn

In zijn algemeenheid kan gesteld worden dat de waarheid een groot goed is, dat bescherming verdient en ondersteuning, aangezien dat in ieders belang is. In het recht is dat op diverse plaatsen erkend. Zo zijn in het Wetboek van Strafrecht meerdere bepalingen opgenomen die tot doel hebben waarheids-schendingen tegen te gaan.[1]

Verzekeraars hebben de ervaring dat sommigen de waarheid wat minder hoog in hun vaandel hebben staan bij het sluiten van een verzekering of erna, om een uitkering of voorzieningen te krijgen op grond van de verzekering. De wetgever heeft onderkend dat het van belang is hiertegen een dam op te kunnen werpen. Dat is voor de aanvraag-fase van de verzekering gebeurd in art. 7:928 BW. Hierin is de mededelingsplicht van de aspirant-verzekeringnemer op-genomen. Artikel 7:930 BW vermeldt de sancties op schending van de mede-delingsplicht in deze fase. Is er een verzekering afgesloten en verwezenlijkt zich het risico waarvoor de verzekering beoogt dekking te bieden, dan is artikel 7:941 BW bepalend. Artikel 7:941 lid 2 BW luidt:

“De verzekeringnemer en de tot uitkering gerechtigde zijn verplicht binnen redelijke termijn de verzekeraar alle inlichtingen en bescheiden te verschaffen welke voor deze van belang zijn om zijn uitke-ringsplicht te beoordelen.”

In artikel 7:942 lid 5 BW is de straf op schending van deze mededelingsplicht opgenomen voor het geval de waarheid geweld wordt aangedaan. Lid 5 luidt:

“Het recht op uitkering vervalt indien de verzeke-ringnemer of de tot uitkering gerechtigde een verplichting als bedoeld in de leden 1 en 2 niet is nagekomen met het opzet de verzekeraar te misleiden, behoudens voor zover deze misleiding het ver-val van het recht op uitkering niet rechtvaardigt.”

In en buiten een contractuele relatie

In de relatie met de eigen verzekerde heeft de verzekeraar dus mogelijkheden om degene die de waarheid geweld aandoet daar niet van te laten profiteren. Verzekeraars hebben dit veelal in hun voorwaarden ook nog eens uitdrukkelijk vermeld. Als aanvullende sanctie is in geval van opzettelijke misleiding in veel verzekeringsvoorwaarden opgenomen dat betrokkene zal worden vermeld in het interne en externe verwijzingsregister. Is er geen contractuele relatie, dan zijn de mogelijkheden om voor het geschil relevante waarheidsschendingen als beperking of drempel voor een vordering aan te voeren beperkter, zoals HR 6 juli 2018, leert. In die zaak ging het om een vordering tot schadevergoeding van een beweerdelijk slachtoffer op de WAM-verzekeraar van de veroorzaker van een aanrijding. Gedurende de behandeling van de vordering bleek de benadeelde zelf een valse verklaring te hebben afgelegd en daarnaast enkele getuigen te hebben aangezet tot hetzelfde. Hoewel enkele strafrechtelijke veroordelingen wegens meineed volgden, had de WAM-verzekeraar geen succes met diens pleidooi voor een analoge toepassing van art. 7:941 lid 5 BW. De HR vond dat vanwege het bijzondere karakter van de WAM en de verstrekkende sanctie van art. 7:941 lid 5 BW geen analoge toepassing kon plaatsvinden. Daarvoor was naar het oordeel van de HR een uitdrukkelijke wetsbepaling nodig en die was er niet. De HR vond het niet bij zijn rechtsvormende taak horen hier wat aan te doen. Dit laat hij over aan de wetgever.

Casus

In de hierna te bespreken zaak NJ 2021/275 werd door de bedrogen partij beroep gedaan op schending van de waarheidsplicht van art. 21 Rv. In dit geval bleek dat geen verkeerde keuze van deze partij. De hierna te bespreken uitspraak bevat procesrechtelijk interessante en leerzame aspecten, maar die behandel ik niet.

De feiten

Eiser is sinds 2007 eigenaar van een bedrijfsloods, welke was onderverdeeld in diverse bedrijfsruimtes die eiser aan meerdere particulieren verhuurde voor opslag. Via zijn tussenpersoon sloot eiser in 2007 voor de loods een brandverzekering af. Na een inspectie eiste de verzekeraar preventiemaatregelen, welke eiser niet wilde. De verzekeraar beëindigde daarop schriftelijk de verzekeringsovereenkomst per 1 juni 2014. Eiser heeft zijn tussenpersoon daarna opgedragen de loods bij een andere verzekeraar te verzekeren. Dat lukte de tussenpersoon. Dekking werd verkregen voor onder meer brand- en bedrijfsschade per 1 juni 2014. In het aanvraagformulier dat aan de tweede verzekeraar was gezonden is de vraag **"Is u of een andere kandidaat-verzekerde ooit een verzekering, van welke aard dan ook, geweigerd of opgezegd?"** ontkennend beantwoord. Op 3 juni 2014, aldus twee dagen na de ingangsdatum van de verzekering, ontmantelde de politie een hennepkwekerij in de loods. Op diezelfde dag stuurde eiser een e-mailbericht aan familie, vrienden en buren, waarin hij meedeelde dat die dag in de loods een hennepkwekerij was ontdekt. Ook de tussenpersoon zond hij die e-mail. Op 27 augustus 2014 brandde de loods vervolgens volledig af. Eiser claimde daarop bij de verzekeraar vergoeding onder de brand- en bedrijfsschadeverzekering.

In de relatie met de eigen verzekerde heeft de verzekeraar dus mogelijkheden om degene die de waarheid geweld aandoet daar niet van te laten profiteren. Verzekeraars hebben dit veelal in hun voorwaarden vermeld.

Afwijzing

De verzekeraar wees de claim af. Zij motiveerde de afwijzing onder meer met de mededeling dat eiser haar onjuist had geïnformeerd bij het aangaan van de verzekering door de vraag naar opzegging door een andere verzekeraar ontkennend te beantwoorden. Ook had de verzekeraar geconstateerd dat eiser als verdachte was aangemerkt door de politie in verband met de hennepkwekerij en op 3 juni 2014 daarvoor was aangehouden. De partner van eiser stuurde destijds een e-mailbericht aan de relaties van eiser, waarin werd aangegeven dat eiser een hennepkwekerij hield in de hoop uit financiële nood te komen. Over de ontmanteling van de hennepkwekerij had eiser, aldus nog steeds de verzekeraar, verklaard dat hij pas circa 2 à 2,5 week voorafgaande aan de ontmanteling wist van een hennepkwekerij, nadat hij de ruimte aan een onbekende zou hebben verhuurd. De aanleg van de hennepkwekerij zou eiser hebben gedoogd en eiser had daarvoor een vergoeding ontvangen.
De verzekeraar concludeerde dat de eerste verklaring van eiser dat hij geen betrokkenheid had bij de hennepkwekerij en daarom geen verdiensten heeft gehad, tegenstrijdig was met zijn tweede verklaring waarin eiser had aangegeven voor het gedogen van de hennepkwekerij een vergoeding te ontvangen. Aangezien ook de risicoverzwaring niet was doorgegeven aan de verzekeraar beëindigde deze de verzekering onmiddellijk.

Zorgplicht

Eiser stelde daarop de tussenpersoon aansprakelijk wegens toerekenbaar tekortschieten in de op hem rustende zorgplicht ten aanzien van de door eiser afgesloten verzekering. Het advies om de verzekering bij de tweede verzekeraar af te sluiten was niet goed volgens eiser, omdat de tussenpersoon wist dat aan die verzekering geen dekking zou kunnen worden ontleend zolang door eiser geen aanpassingen aan de technische installatie zouden worden doorgevoerd. Ook was op het aanvraagformulier door de tussenpersoon ten

onrechte vermeld dat eiser nooit een verzekering was geweigerd of was opgezegd. De tussenpersoon wees de vordering af, waarop eiser bij de rechtbank op deze grondslag schadevergoeding van de tussenpersoon vorderde.

Rechtbank

De rechtbank oordeelde bij tussenvonnis van 3 februari 2016 onder meer dat de tussenpersoon zijn zorgplicht tegenover eiser heeft geschonden door hem te adviseren de verzekering bij de tweede verzekeraar af te sluiten en het aanvraagformulier in te laten vullen zoals hij heeft gedaan. De rechtbank heeft eiser toegelaten te bewijzen dat hij de loods elders tegen brandschade had kunnen verzekeren, terwijl daarbij bekend zou zijn gemaakt dat de vorige verzekeraar de verzekering heeft beëindigd omdat er een hennepkwekerij in de loods heeft gezeten. Eiser legde daarop een door een andere verzekeraar uitgebrachte offerte tot verzekering van de loods over. De rechtbank oordeelde bij tussenvonnis dat eiser met deze offerte het bewijs had geleverd dat het mogelijk zou zijn geweest de loods elders tegen brandschade te verzekeren.

Onjuist voorgesteld

De tussenpersoon verzocht de rechtbank terug te komen op de beslissing in het vonnis dat hij in zijn zorgplicht tegenover eiser te kort is geschoten. De tussenpersoon motiveerde dat verzoek door te vermelden dat eiser de feiten onjuist had voorgesteld. Eiser had namelijk niet de begeleidende brieven bij de offerte in het geding gebracht. Uit die brieven blijkt dat het slechts om een indicatieve offerte ging en dat pas na ontvangst van een inspectierapport zou worden beoordeeld of de desbetreffende verzekeraar de verzekeringsaanvraag wel of niet zou accepteren. De tussenpersoon stelde ook dat eiser in strijd met art. 21 Rv. had gehandeld. Hij verzocht de rechtbank daaraan consequenties te verbinden. Eiser heeft daarop gereageerd (vermoedelijk ontkennend en betwistend, uit de publicatie blijkt hieromtrent niets, toevoeging RM) en toegelicht dat zijn schade in geval van verzekering bij de desbetreffende verzekeraar op basis van herbouwwaarde € 452.281,97 zou bedragen. Uitgaande van verkoopwaarde bedroeg deze schade € 219.500,00.

Tussenvonnis

Bij tussenvonnis van 7 december 2016 oordeelde de rechtbank dat geen grond bestond om terug te komen van de bindende eindbeslissing in het tussenvonnis van 20 juli 2016. De tussenpersoon kreeg de gelegenheid om nog een akte te nemen. De tussenpersoon heeft in de daarna genomen akte de rechtbank nogmaals gevraagd om terug te komen van de bindende eindbeslissing, dan wel om hem verlof te geven voor het tussentijds instellen van hoger beroep. De tussenpersoon motiveerde dit door te stellen dat hij bekend was geworden met nieuwe feiten.

Nieuwe feiten

Nadat de hennepplantage door de politie was aangetroffen, werd eiser strafrechtelijk vervolgd. Bij vonnis van 3 oktober 2016 van de strafkamer van Rechtbank Noord-Holland werd eiser veroordeeld voor het opzettelijk telen van 90 hennepplanten in de loods en het illegaal aftappen van stroom. Daarbij werd bewezen verklaard dat eiser een hennepkwekerij in de loods had opgericht. Uit het strafvonnis blijkt dat eiser de hem ten laste gelegde feiten had bekend. In een krantenartikel over de strafzaak is te lezen dat eiser had verklaard dat hij aan de expert van de brandverzekering had gezegd dat iemand anders dan hijzelf de oprichter van de kwekerij was, omdat hij bang was dat de verzekering niet zou uitkeren bij een bekentenis.

Eindvonnis

Op 18 oktober 2017 wees de rechtbank het eindvonnis in deze zaak, waarin de vorderingen van eiser werden afgewezen. De rechtbank overwoog onder andere dat vaststaat dat eiser zelf de kwekerij heeft opgericht en dat eiser in de procedure tot en met het tussenvonnis van 6 december hiermee strijdige stellingen heeft ingenomen. Bij dagvaarding had eiser gesteld dat onjuist is dat hij op enigerlei wijze betrokken was bij de hennepkwekerij, maar dat hij pas kort voordat de politie de kwekerij oprolde ermee bekend werd dat een van zijn huurders een hennepkwekerij had en hij die huurder toen heeft meegedeeld deze zo spoedig mogelijk te verwijderen. Dat levert volgens de rechtbank schending van de waarheidsplicht op. De betrokkenheid van eiser bij de hennepkwekerij vond de rechtbank een feit dat van belang is voor de beslissing van de onderhavige zaak. De rechtbank benoemde drie punten waarvoor dit van belang is: 1) het verweer van de tussenpersoon betreffende eigen schuld bij eiser, 2) het causale verband tussen de schending van de zorgplicht door de tussenpersoon en de door eiser als gevolg daarvan geleden schade en 3) de bewijsopdracht die de rechtbank aan eiser had gegeven, omdat die bewijsopdracht was gebaseerd op de tot dan toe ingenomen stellingen van eiser. Zou eiser naar waarheid hebben verklaard dan had dat volgens de rechtbank tot een andere bewijsopdracht inzake de verzekerbaarheid van de loods bij een andere verzekeraar geleid. De rechtbank vond dat eiser wederom zijn betrokkenheid bij de hennepkwekerij had verhuld. Eiser had de verzekeraar geantwoord dat bij controle er hennep is ontdekt en hij daar verantwoordelijk voor is omdat het zijn schuur is. Met dit antwoord heeft eiser niet dezelfde informatie verstrekt als in de strafzaak naar voren is gekomen, namelijk dat hij zelf de kwekerij in zijn loods heeft opgericht. Volgens de rechtbank is eiser zich kennelijk bewust geweest van de relevantie van zijn eigen betrokkenheid bij de kwekerij voor de oude en de nieuwe verzekeraar. Zoals blijkt uit de verklaring van eiser weergegeven in het door de tussenpersoon genoemde krantenartikel, heeft hij welbewust gekozen voor de leugen van een derde partij (in de onderhavige procedure ene huurder) als oprichter van de kwekerij, juist vanwege mogelijke gevolgen van zijn eigen betrokkenheid voor de verzekering. In r.o. 2.9 concludeert de rechtbank

dat eiser door zijn waarheidsplicht te schenden de rechtbank niet in staat heeft gesteld op grond van juiste feiten tot een beoordeling te komen van het geschil en van de punten betreffende eigen schuld en het causale verband. De rechtbank vond bij de aard en ernst van de schending van art. 21 Rv passen dat zijn vordering werd afgewezen.

Hoger beroep

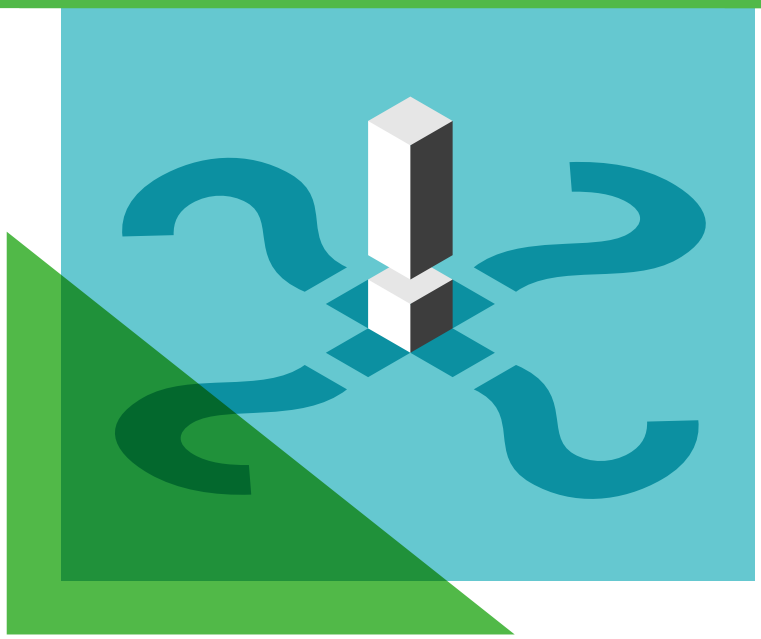
Eiser stelde hoger beroep in en voerde vijf grieven aan. In de publicatie van het arrest worden twee van de vijf grieven door het hof besproken.

Eerste grief

De eerste grief komt erop neer dat de rechtbank volgens eiser ten onrechte is teruggekomen op bindende eindbeslissingen. [Eiser stelde in dat kader onder meer dat hij geen onwaarheid heeft gesproken over zijn betrokkenheid – hij had al erkend de hennepkwekerij te hebben gedoogd in ruil voor een vergoeding – maar slechts over de mate van zijn betrokkenheid.] Het hof oordeelde dat deze grief faalt. Evenals de rechtbank is het hof van oordeel dat de informatie die na de eerdere tussenvonnissen door de tussenpersoon in het geding is gebracht omtrent eiser (het zelf oprichten van de hennepkwekerij en het zelf illegaal aftappen van stroom) van belang is voor de beoordeling van het geschil. Eiser heeft dit zowel aan de tussenpersoon – die zijn verweer daarop mede had kunnen afstemmen – als aan de desbetreffende verzekeraar – die bij de beantwoording van de vraag of het risico voor haar verzekerbaar was daarmee rekening had kunnen houden – als aan de rechtbank onthouden. Er is geen enkel aanknopingspunt om te kunnen veronderstellen dat eiser op enig moment zelf uit eigen vrije wil openheid van zaken heeft willen geven. Dat eiser stelt dat achteraf wel te hebben gewild, lijkt met name voort te vloeien uit het feit dat hij daarmee nog een kans heeft om de geleden schade vergoed te krijgen (van de tussenpersoon). Het hof onderschrijft het oordeel van de rechtbank dat sprake is van een (ernstige) schending door eiser van artikel 21 Rv. Het terugkomen op bindende eindbeslissingen acht het hof een begrijpelijk en toelaatbaar gevolg dat de rechtbank aan schending van art. 21 Rv had verbonden.

Tweede grief

Met de tweede grief had eiser ook geen succes. Volgens grief 2 heeft de rechtbank ten onrechte geoordeeld dat eiser de op hem rustende waarheidsplicht heeft geschonden en daaraan ten onrechte het gevolg verbonden dat zijn vorderingen dienen te worden afgewezen. Eiser stelde in dit verband dat de herkansingsfunctie van het hoger beroep hem de mogelijkheid biedt het eerdere verzuim (schending van artikel 21 Rv) te herstellen.[2] Het hof oordeelde dat eiser niet heeft voldaan aan de op hem uit hoofde van artikel 21 Rv rustende waarheids- en volledigheidsplicht. De rechtbank heeft daaraan het gevolg kunnen verbinden dat de vorderingen dienen te worden afgewezen. Het hof ziet geen aanleiding aan de vastgestelde schending een ander gevolg te verbinden dan de rechtbank heeft gedaan. Ook het hof meent dat er sprake is van een ernstige schending van de waarheidsplicht, omdat het feiten betreft die van wezenlijk belang zijn voor de beoordeling van de gegrondheid van de aanspraken van eiser. Het achterhouden daarvan past niet bij een deugdelijke en integere procesvoering. De omstandigheid dat eiser inmiddels tot inkeer zou



zijn gekomen en door dit gevolg zwaar wordt getroffen, maakt dit niet anders. Het argument dat het hoger beroep herstel van een dergelijk verzuim mogelijk zou maken, wordt door het hof evenmin onderschreven. Zoals het hof reeds oordeelde in een arrest van 13 januari 2015,[3] is artikel 21 Rv ingevoerd als uitvloeisel van een al langer bestaande ontwikkeling waarin van procespartijen wordt verlangd dat zij zich (in elk stadium van de procedure) onthouden van onwaarheid en onvolledigheid. De herstelfunctie van het hoger beroep gaat daarbij niet zover dat een partij, die in eerste aanleg weloverwogen en doelbewust relevante informatie achterhoudt om ten koste van haar wederpartij een schadevergoeding toegewezen te krijgen, de gelegenheid zou moeten krijgen om na ontdekking daarvan haar vorderingen ter zake aan te passen. Een andersluidend oordeel zou er ook toe leiden dat partijen in feite risicoloos, zonder enige belemmering of sanctie (voor de beoordeling van het geschil relevante) onwaarheden zouden kunnen debiteren en ook ongestraft de rechter op het verkeerde been zouden mogen zetten. Het hof bekrachtigde het vonnis van de rechtbank en veroordeelde eiser in de kosten van het hoger beroep.

Cassatie

Eiser stelde cassatie in. Hij beriep zich (weer) op de herstelfunctie van het hoger beroep. Hij stelde onder meer dat voor de herkansings- of herstelfunctie van het hoger beroep naleving van de waarheidsplicht geen absoluut vereiste is. De schending van de waarheidsplicht noopt volgens eiser niet tot de vergaande sanctie welke het hof daaraan had verbonden. Eiser citeerde daarvoor delen uit de parlementaire geschiedenis. In het tweede onderdeel van het cassatiemiddel betoogde eiser dat het hof andere sancties had kunnen opleggen, welke voor eiser minder bezwaarlijk waren geweest.

Conclusie van de advocaat-generaal

A-G mr. R.H. de Bock gaat vanaf randnummer 3.2. in op de waarheidsplicht van art. 21 Rv en sluit af in randnummer 3.26, waarna zij de cassatiemiddelen bespreekt en concludeert dat alle klachten falen. Haar conclusie is de moeite van het lezen meer dan waard. Het voert voor deze bijdrage te ver haar conclusie integraal weer te geven, maar enkele delen verdienen het volledig weergegeven te worden: zie de kadertekst bij dit artikel. De A-G geeft aldus duidelijk het grote belang aan van de verplichting om de waarheid te spreken. Over de sanctie op het nakomen van deze plicht heeft zij een genuanceerde visie, waarbij zij zich uiteraard ook baseert op de parlementaire geschiedenis, zoals blijkt uit het navolgende citaat daaruit:

"Wel is het natuurlijk zo dat de nalatige partij ook processueel moet kunnen worden 'afgerekend' op zijn gedrag. Artikel 1.3.3 [art. 21 Rv, A-G] biedt daartoe ook ruimte. Zo zal de rechter de bewijslast van de nalatige partij kunnen verzwaren, of die partij bij de beslissing over de proceskosten de rekening voor zijn gedrag presenteren. Ook kan de rechter, wanneer de onjuistheid of onvolledigheid van de stellingen is gebleken en de nalatige partij zijn stellingen wenst uit te breiden met nieuwe feiten, deze buiten beschouwing laten wegens strijd met de goede procesorde. (...)"

Dat brengt de A-G tot het hierna vermelde overzicht van mogelijke sancties op schending van de waarheidsplicht:

3.22 – (i) niet-beoordelen van de vordering (door niet-ontvankelijkverklaring of door direct integraal af- of toewijzen); (ii) benoemen van de schending; (iii) waardering/uitleg van stellingen en stukken (het in meer of mindere mate diskwalificeren daarvan); (iv) afwijken van een processuele hoofdregel (zoals ten aanzien van stelplicht en bewijslast, de tweeconclusieregel en de 'in beginsel strakke regel' voor eiswijzigingen in hoger beroep, en de herkansingsfunctie van het hoger beroep); (v) schatting door de rechter (schade, draagkracht); (vi) meewegen in belangenafweging; (vii) toewijzen verzocht dwangmiddel; (viii) proceskostenveroordeling; en (ix) aangifte doen.

3.23 – Gelet op de rechterlijke vrijheid zijn andere gevolgtrekkingen niet uitgesloten, evenmin als een combinatie van verschillende van de genoemde gevolgtrekkingen.

Haar genuanceerde visie is mede gebaseerd op rechtspraak van de HR over 'de geraden gevolgtrekking' bij schending van art. 21 Rv:

- Het staat de rechter vrij om aan schending van art. 21 Rv ambtshalve de gevolgen te verbinden die hij geraden acht, ook indien partijen daarover niet specifiek hebben gedebatteerd.
- De rechter is niet verplicht om gebruik te maken van zijn discretionaire bevoegdheid, en kan dus ook beslissen

om aan schending van art. 21 Rv geen gevolgtrekkingen te verbinden.
- De beslissing om al dan niet gebruik te maken van de bevoegdheid uit art. 21 Rv kan in cassatie niet op juistheid worden getoetst.
- Indien de rechter gevolgen verbindt aan schending van art. 21 Rv, dienen die in overeenstemming te zijn met de aard en ernst van de schending van de verplichting.

De cassatiemiddelen falen volgens de A-G allemaal. De A-G meent dat het hof duidelijk heeft vermeld in zijn uitspraak dat het gaat om een ernstige schending, welke schending feiten betreft die volgens het hof van wezenlijk belang zijn.[4]

De Hoge Raad

De HR schaart zich achter het hof met de volgende twee overwegingen.
3.2 – Voor zover de klachten van de onderdelen I en II inhouden dat het hof ervan is uitgegaan dat bij een schending van de waarheids- en volledigheidsplicht van art. 21 Rv per definitie geen ruimte meer bestaat voor de herstel- en herkansingsfunctie van het hoger beroep, of dat het hof heeft miskend dat ook andere, minder vergaande sancties mogelijk waren dan ontzegging van de vordering, missen zij feitelijke grondslag. Die klachten kunnen derhalve in zoverre niet tot cassatie leiden.
3.3 – Ook voor het overige treffen de hiervoor in 3.1 weergegeven klachten geen doel. Het hof heeft, zoals het moest doen, beoordeeld welke gevolgtrekking het in hoger beroep geraden achtte in het licht van de aard en ernst van de schending van waarheids- en volledigheidsplicht en de overige omstandigheden van het geval.

De HR wees erop dat het oordeel van het hof, dat er sprake was en een ernstige schending van de waarheidsplicht gebaseerd was op feiten die van wezenlijk belang zijn voor de beoordeling van de gegrondheid van de vordering van eiser. Daarbij heeft het hof in aanmerking genomen enerzijds dat eiser zwaar getroffen wordt door de ontzegging van zijn vordering en anderzijds dat eiser weloverwogen en doelbewust relevante informatie heeft achtergehouden om ten koste van zijn wederpartij een schadevergoeding van meer dan € 400.000 toegewezen te krijgen. Tot slot heeft het hof blijkens de slotzin van rov. 3.7 nog van belang geacht dat als de schending van de waarheidsplicht in een geval als dit niet streng gesanctioneerd zou worden, dat door procespartijen als een vrijbrief zou kunnen worden ervaren om te pogen door middel van onwaarheden de wederpartij en de rechter op het verkeerde been te zetten, in de hoop er met een lichte sanctie vanaf te komen als de onwaarheden onverhoopt aan het licht zouden komen. Door op grond van deze omstandigheden, evenals de rechtbank, ontzegging van de vorderingen op haar plaats te achten en niet te volstaan met een lichtere sanctie, heeft het hof geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Zijn oordeel behoefde ook geen nadere motivering. De overige cassatieklachten wijst de HR af op art. 81 R.O.

Het is niet te rechtvaardigen dat zonder contractuele relatie onwaar over daarvoor relevante omstandigheden zou mogen worden verklaard of mogen worden verzwegen, met als gevolg dat ten onrechte voordeel wordt verkregen.

Commentaar

Het is uiteraard alleen maar toe te juichen dat de rechters die over deze zaak moesten oordelen korte metten hebben gemaakt met de schending van de waarheidsplicht door de schadevergoeding eisende partij. Deze uitspraken maken duidelijk dat het manipuleren van de waarheid geen loterij zonder nieten is. De ferme reactie van de feitenrechters in dit dossier hangt mogelijk samen met het feit dat de rechter zelf ook werd bedrogen en niet alleen de wederpartij. Er was immers aan eiser een bewijsopdracht verstrekt met betrekking tot het kunnen sluiten van een verzekering op basis van de door eiser in strijd met de waarheid geschetste feiten. Vervolgens had eiser daar mee gesjoemeld door in rechte geen volledige openheid te verschaffen over de reactie van de desbetreffende verzekeraar. Populair gezegd: de rechtbank voelde zich bedonderd.

Het navolgende beperkt zich tot de relatie tussen de aansprakelijkheidsverzekeraar en de claimant. Uit het besproken arrest volgt dat beroep op schending van de waarheids- en volledigheidsplicht van art. 21 Rv een probaat middel kan zijn om dit aan te pakken. In het besproken geval gaat het om een gerechtelijke procedure, waarin art. 21 Rv geldt en waarin de eiser zowel informatie achterhield, als in strijd met de waarheid had verklaard. Betekent dit dan dat je buiten de rechtszaal risicoloos wel informatie mag achterhouden en wel in strijd met de waarheid mag verklaren? Mij lijkt dat een onhoudbaar standpunt. Ik vermag niet in te zien waarom de norm van art. 21 Rv in het buitengerechtelijk traject geen toepassing zou kunnen vinden. Zoals A-G De Bock aangeeft is het belang dat de waarheid boven tafel komt groot. Ook in het buitengerechtelijk traject geldt dat. Uiteraard is dit beperkt tot voor de vordering(en) relevante informatie. Er wordt dan door de claimant met de leugen c.q. het bedrog een onrechtmatige daad gepleegd tegenover de verzekeraar. Er is sprake van een handelen in strijd met hetgeen betrokkene naar maatschappelijke opvattingen betaamt. De aangesproken verzekeraar lijdt daardoor schade. Die schade omvat onder meer ten onrechte gedane betalingen, onnodige behandelingskosten en onderzoekskosten om de fraude te ontdekken. De toepasselijke norm hierbij is dat het niet de bedoeling is dat partijen in feite risicoloos, zonder enige belemmering of sanctie (voor de beoordeling van het geschil relevante) onwaarheden zouden kunnen debiteren en ook ongestraft de wederpartij op het verkeerde been zouden mogen zetten.

Gesteld kan worden dat in de besproken procedure er een contractuele relatie tussen partijen was en dat dit verschil maakt ten opzichte van de buitencontractuele relatie. Ik deel die mening niet waar het gaat om de waarheids- en volledigheidsplicht. Het is niet te rechtvaardigen dat zonder contractuele relatie onwaar over daarvoor relevante omstandigheden zou mogen worden verklaard of mogen worden verzwegen, met als gevolg dat ten onrechte voordeel wordt verkregen.

Een belangrijke vraag is of, en zo ja, hoe er genuanceerd gereageerd moet worden op vastgesteld bedrog en of onwaar verklaren. Uit de conclusie van A-G De Bock blijkt dat wanneer er sprake is van schending van de waarheidsplicht daarop zeer genuanceerd kan worden gereageerd, naar gelang de ernst die – uiteindelijk – de rechter daaraan verbindt. A-G De Bock meent dat de rechter daardoor maatwerk kan leveren. De door A-G De Bock gepropageerde opvatting is in overeenstemming met de heersende opvatting en vindt steun in de parlementaire geschiedenis op art. 21 Rv.[5] Het past ook bij het regime dat we kennen van art. 7:930 BW, waarin zelfs bij opzettelijke misleiding het gevolg niet algeheel verval van het recht op uitkering hoeft te zijn. Niet een alles of niets stelsel, ongeacht de ernst van de (waarheids)schending maar een genuanceerde, op het concrete geval afgestemde reactie.

Hierover kan anders gedacht kan worden. Ik ben geen voorstander van een genuanceerde, op de ernst en aard van de schending afgemeten sanctie. De rechtspraktijk is mijns inziens hier meer gebaat bij een 'hard and fast rule'. Het belang om naar waarheid te verklaren rechtvaardigt dat. Zoals de A-G met juistheid heeft opgemerkt is de verplichting om naar waarheid te verklaren niet de geringste verplichting die ons recht kent. Dat grote, veel (indien niet alles) overstijgende belang vereist en rechtvaardigt naar mijn mening een harde sanctie als algehele afwijzing van de vordering met veroordeling van de waarheidsplicht schendende partij in de werkelijke kosten van diens wederpartij. Tegelijkertijd komt dat de voorspelbaarheid van de rechterlijke beslissing op dit punt ten goede.

Leugen of bedrog is mijns inziens niet te nuanceren: dat wordt wel of niet gedaan. En waarom zou het veranderen van een 0 in een 9 bij een nota met een schadebedrag van 100 euro (wordt dus ten onrechte 199 euro, een toename van 99 procent) minder erg zijn dan het plaatsen van een 1 op een nota met een bedrag van 100.000 euro (wordt dus ten onrechte 110.000 euro, een toename van "slechts" 10 procent)? Of luidt het oordeel juist omgekeerd vanwege het verschil in geld: 99 euro of 10.000 euro? Wie kan dit verschil rechtvaardigen? Zou het voor de sanctie uit moeten maken dat de aanspraak op schadevergoeding voortspruit uit schuldaansprakelijkheid of uit risicoaansprakelijkheid? Maakt het verschil dat de verzwegen omstandigheid betrekking heeft op de materiële schade bij een claimant met letselschade of dat deze een omstandigheid betreffende de letselschade zelf is? Moet de aard en ernst van letsel meespelen? Denk hierbij aan de claimant met een hoge dwarslaesie die dezelfde relevante omstandigheid verzwijgt als de claimant wiens letsel beperkt is gebleven tot de amputatie van het bovenste kootje van de pink. Worden zij verschillend gestraft? Moet er sprake zijn van een grondig en structureel onwaarheid verklaren, c.q. achterhouden van relevantie informatie, alvorens er gestraft kan worden?

In hoeverre weegt bij dit alles mee dat de aansprakelijkheidsverzekeraar zich door de onrechtmatige daad van zijn verzekerde ineens met een voor hem tot dan volledig onbekende persoon gesteld ziet? Mogelijkheden om een onjuiste of opzettelijk valse voorstelling van zaken tegen te gaan heeft de aansprakelijkgestelde verzekeraar nauwelijks.[6] De benadeelde hoeft niet eerst een vragenlijst en een gezondheidsverkla-

ring in te vullen zoals die bij een arbeidsongeschiktheidsverzekering gebruikelijk is. De aansprakelijkheidsverzekeraar kan daardoor het op zijn bordje terechtgekomen risico niet goed beoordelen. Hij moet afgaan op de juistheid van de informatie die de claimant hem verstrekt. Die afhankelijke positie rechtvaardigt mijns inziens dat de eis geldt dat de claimant naar waarheid verklaart. En dat wanneer dat niet gebeurt er een harde en duidelijke sanctie volgt bestaande uit algehele afwijzing van de vordering.
Zoals reeds opgemerkt, de heersende opvatting is een andere. Omwille van de hanteerbaarheid en voorspelbaarheid zou een overzicht waarin dat duidelijk wordt aangegeven wat de bedrogen en of met onwaarheid geconfronteerde aansprakelijkheidsverzekeraar mag doen, zeer welkom zijn. De conclusie van A-G De bock biedt mijns inziens daarvoor een aanzet.

De conclusie van advocaat-generaal R.H. de Bock (een selectie)

3.4 – Art. 21 Rv is de meest beeldende illustratie van de centrale plaats die waarheidsvinding in het burgerlijk procesrecht inneemt. Het grote belang van waarheidsvinding komt ook naar voren in andere procesrechtelijke bepalingen, zoals de getuigplicht, de onderzoeksbevoegdheden van de rechter en de vrije bewijsleer.
3.5 – Het algemene belang dat in civiele procedures de materiële waarheid wordt achterhaald, is uitdrukkelijk onderkend tijdens de parlementaire behandeling van de herziening van het burgerlijk procesrecht.
3.8 – Naleving van de waarheids- en volledigheidsplicht dient een algemeen maatschappelijk belang. Dat is het algemene maatschappelijke belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, ten dienste van een goede rechtsbedeling. Dat belang is zwaarwegend. Aan het maatschappelijke belang dat een rechterlijke beslissing zoveel mogelijk berust op een correcte en volledige vaststelling van de feiten, zijn drie aspecten te onderscheiden. In de eerste plaats is dat nodig om de beslissing inhoudelijk rechtvaardig te doen zijn, want een beslissing die berust op een onjuiste feitelijke grondslag zal als onrechtvaardig worden ervaren. In de tweede plaats is een correcte feitenvaststelling noodzakelijk om materiële rechten te verwezenlijken. In de derde plaats is de tenuitvoerlegging van rechterlijke uitspraken moeilijk te legitimeren als niet gestreefd wordt naar een beslissing die zoveel mogelijk is gebaseerd op wat werkelijk is voorgevallen. Daarnaast kan als ratio van de waarheidsplicht ook nog genoemd worden het meer praktische maatschappelijk belang, dat bestaat uit een rechtmatige en efficiënte inzet van publieke middelen.
3.9 – Naast de bescherming van voornoemde algemene, maatschappelijke belangen, dient de bevoegdheid om schending van de waarheids- en volledigheidsplicht te sanctioneren ook ter bescherming van het processuele belang van de wederpartij. Procederen is kostbaar en het dient te worden voorkomen dat schending van de waarheidsplicht door de ene partij leidt tot extra kosten, tijd en moeite bij de wederpartij. Schending van art. 21 Rv schaadt de wederpartij in haar procesbelang en dat is in strijd met de goede procesorde.
3.11 – De precieze omvang van de uit art. 21 Rv voortvloeiende verplichtingen is niet exact aan te geven. Wel staat buiten kijf dat partijen in elk geval (i) nooit feiten mogen stellen waarvan zij weten dat die feiten niet juist zijn of niet juist kunnen zijn, (ii) geen feiten mogen ontkennen waarvan zij weten dat die juist zijn, en (iii) geen feiten mogen achterhouden waardoor de rechter (en de wederpartij) op het verkeerde been wordt gezet. Onder dit laatste valt ook het geval dat een partij slechts een deel van het verhaal vertelt en enkel de daarbij behorende stukken overlegt. De verplichting tot volledigheid is immers een belangrijk aspect van de waarheidsplicht.
3.12 – Opzet is niet vereist om een schending van de waarheids- en volledigheidsplicht aan te nemen; het gaat er om of een partij een bepaald feit en de relevantie daarvan kende of had behoren te kennen. Van partijen mag immers worden verwacht dat zij zich hebben verdiept in het geschil, in de context van hun zaak en in de vraag of de feiten, zoals die hun voor ogen staan, kloppen en volledig zijn.
3.14 – Ook volgt uit het voorgaande dat er gradaties zijn in de aard en ernst van de schending van de waarheids- en volledigheidsplicht. Dat blijkt ook uit de rechtspraak van de Hoge Raad, waarin is overwogen dat de rechter rekening moet houden met de aard en ernst van de schending bij zijn beslissing om al dan niet een gevolgtrekking te verbinden aan de schending, en bij het bepalen van de inhoud van die geraden gevolgtrekking.
3.15 – Ten slotte moet voor ogen worden gehouden dat vertrouwen in de eerlijkheid en oprechtheid van de procespartijen essentieel is voor het functioneren van het civiele procesrecht. De rechter is immers feitelijk niet in staat om iedere stelling van een procespartij en elk bewijsmiddel steeds op juistheid en volledigheid te toetsen. Ook van een partij kan in redelijkheid niet worden gevergd dat zij de juistheid van elke stelling van de wederpartij verifieert, of van elk bewijsstuk de authenticiteit controleert. Schending van de waarheidsplicht raakt daarmee uiteindelijk de basis van de procedure.

In het verleden behaalde resultaten...

door drs. J.J.H. van Rossum FFP
| senior rekenkundig expert bij Sedgwick

'In het verleden behaalde resultaten bieden geen garantie voor de toekomst.' Nog niet zo lang geleden hoorden wij deze uitspraak regelmatig langskomen. Bij de aanschaf van een financieel product werd hiermee gewaarschuwd voor al te positieve verwachtingen gebaseerd op eerdere rendementen. Het geeft aan dat het verleden niet altijd een goede voorspeller van de toekomst is.
Dat ook rekenrentes uit het verleden niet automatisch een garantie voor de toekomst bieden, is in de afgelopen periode pijnlijk duidelijk geworden. De huidige spaarrente is nagenoeg nihil en in sommige gevallen zelfs negatief, terwijl we op basis van bijvoorbeeld de gemiddelde 10 jaarsrente op een staatsobligatie anders zouden mogen verwachten. Wat dat betreft is een duidelijke parallel te trekken tussen het rendement van een belegging enerzijds en de rente op een spaarrekening anderzijds. Beide zijn ongewis en kunnen niet automatisch op voorgaande gemiddelden worden gebaseerd. Diegenen die vroeger bij de statistiekles goed hebben opgelet, weten dat de betrouwbaarheid van uitspraken over de toekomst overigens wel toeneemt wanneer van gemiddelde rendementen over langere tijdsperioden wordt uitgegaan.

> **'In het verleden behaalde resultaten bieden geen garantie voor de toekomst.'**

Dit brengt me bij het vraagstuk van het kapitaliseren van letselschade-uitkeringen, ofwel het hete hangijzer van de rekenrente. Eerder werd in een rechterlijke uitspraak aangegeven dat de hoogte van deze rekenrente niet door de waan van de dag zou mogen worden bepaald. Feit is echter wel dat wij in deze huidige waan met een extreem lage spaarrente te maken hebben. Op het moment dat letselschadeslachtoffers hun schade-uitkering ontvangen, worden zij direct met deze realiteit geconfronteerd. Niettemin ziet deze uitkering dikwijls op een langere periode waarin de spaarrente alsnog kan gaan stijgen.

Op dit moment kunnen we zelfs al constateren dat als gevolg van de toenemende economische vraag de prijzen van grondstoffen, diensten en producten stijgen, ofwel inflatie. Een hogere inflatie betekent doorgaans ook een hogere (spaar) rente.

Als we het over de spaarrente uit het verleden hebben, moeten we ook constateren dat deze door het opkoopprogramma van de Europese Centrale Bank (ECB) kunstmatig is beïnvloed. De ECB heeft uitgerekend dat dit opkoopprogramma de rente met 1,6 procent kan laten dalen. Wanneer deze interventie wordt afgebouwd, zal de rente straks weer gaan stijgen. Dit bevestigt wederom dat de spaarrente uit het verleden (en het heden) niet automatisch een garantie voor de toekomst is. Zo hebben diverse economen al de verwachting uitgesproken dat de kapitaalmarktrente tussen medio 2023 en 2024 met 1 procent stijgt.

Indien een schade-uitkering met een te hoge rekenrente wordt gekapitaliseerd, betekent dit dat het bedrag niet toereikend is om in de toekomst alle schade te kunnen dekken. Omgekeerd is het ook zo dat bij een te lage rekenrente feitelijk teveel wordt uitgekeerd.

Dit brengt mij op een ander onderwerp: de fiscale schade. Deze wordt aan de hand van een stapsgewijze afname van het kapitaal berekend, maar wat als dit kapitaal opeens in één keer wordt aangewend? Dan is er zomaar veel minder fiscale schade aan de orde. Ook dan is er dus feitelijk te veel uitgekeerd.

Bovendien wordt ook hier de schade berekend aan de hand van de huidige wetgeving. Voor diegenen die het regeerakkoord goed hebben doorgelezen is het inmiddels duidelijk dat in de toekomst de belastingheffing in box III aangepast zal worden. Het voornemen is om hierbij meer en beter aan te sluiten bij de feitelijke rente op dat moment. Dit voornemen is overigens inmiddels al ingehaald door de realiteit: de belastingdienst heeft zeer onlangs besloten 'tot nader order' geen belastingaanslagen en beschikkingen op te leggen die gebaseerd zijn op de heffing in box III. Aanleiding is het arrest van de Hoge Raad van december vorig jaar (https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2021:1963). Hierin werd gesteld dat het sinds 2017 geldende box III-stelsel in strijd is met het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. De belastingheffing zou hierbij niet gebaseerd mogen zijn op fictieve rendementen die voortkomen uit eveneens fictieve beleggingen. Verder gaf de Hoge Raad aan dat de gedupeerden 'rechtsherstel' zouden moeten krijgen. Ook hier geldt dus de mogelijkheid dat de huidige fiscale schade die berekend én uitgekeerd is, aanmerkelijk hoger kan zijn dan de feitelijke fiscale schade. Meer in het algemeen kan gesteld worden, dat de fiscale schade die op dit moment volgens de huidige fiscale wetgeving berekend wordt, per definitie niet de feitelijke schade dekt. Er is immers al aangegeven dat het huidige box III-stelsel op de schop gaat.

> **'Let op: de huidige lage rente en de huidige fiscale wetgeving bieden geen zekerheid voor de toekomst….'**

Bij de afwikkeling van een letselschade-uitkering hebben partijen in die zin dus met diverse goede en kwade kansen te maken. Wie in de toekomst kan kijken, weet wat de spaarrente doet, hoe belanghebbenden de schade-uitkering hebben aangewend, hoe de nieuwe heffing in box III eruitziet en welke feitelijke schade ontstaat. Helaas zijn er nog geen goed werkende glazen bollen voorhanden. We zullen dus toch met deze onzekerheid moeten omgaan. Tenminste, wanneer de wens bestaat om in één keer af te wikkelen. Voor een periodieke afwikkeling hebben we namelijk geen glazen bol nodig. Hierbij wordt gekeken naar de feitelijke schade die in enig jaar optreedt. De verzekeraar zal hierbij doorgaans een rendement op het (nog niet uitgekeerde) kapitaal kunnen maken, dat hoger ligt dan het rendement waarmee zou worden gekapitaliseerd. Voor een verzekeraar zou dit kunnen pleiten om op basis van een periodieke uitkering af te wikkelen, in plaats van een contante waarde uit te keren die op een (te) lage rekenrente en te hoge fiscale schade is gebaseerd.

Wij kunnen dus concluderen dat het vraagstuk van de rekenrente niet eenvoudig is en door onzekerheden en onduidelijkheden wordt omgeven. Het valt dan ook te prijzen dat er nu over een eenduidige richtlijn voor de hoogte van de rekenrente wordt nagedacht. Onlangs is door twee overlegorganen van rechters gezamenlijk een notitie met aanbevelingen voor de rekenrente opgesteld. Zonder hierbij een waardeoordeel over de voorgestelde hoogtes van de rente te geven, kan met dit initiatief in elk geval meer duidelijkheid en ook richting worden gebracht in de discussies over de rekenrente. Wél zou ik er voorstander van zijn de berekening van deze contante waarde voortaan van een soort van bijsluiter te laten vergezellen. De eerdere boodschap over de in het verleden behaalde resultaten zou ik dan graag willen aanpassen. Deze nieuwe bijsluiter luidt dan 'Let op: de huidige lage rente en de huidige fiscale wetgeving bieden geen zekerheid voor de toekomst….'

P.s. In deze bijsluiter zou ook nog een verwijzing naar de inflatie kunnen worden gemaakt. Dit onderwerp parkeer ik graag voor mijn volgende column.

De Wet Affectieschade – hoe staat het ermee?

door Annerie Joxhorst
| advocaat bij Lauxtermann Advocaten

In het (toen nog) PIV-bulletin van december 2018 heb ik een vooruitblik gegeven op de aanstaande Wet Affectieschade. Op 1 januari 2019 is deze wet van kracht gegaan en inmiddels zijn wij drie jaar verder. Tijd voor een tussenstand.

Onder affectieschade wordt verstaan: schade in verband met het verdriet om het overlijden of het door ernstig en blijvend letsel gekwetst raken van een naaste, aldus de Hoge Raad.[1] De vergoeding van affectieschade heeft een symbolisch karakter, omdat dit geen compensatie kan bieden voor het verdriet van de naaste. Dit laat onverlet dat affectieschadevorderingen op een schadedossier wel een behoorlijke impact kan hebben. Eerder heeft het Data Analytics Centre van het Verbond van Verzekeraars de verwachting uitgesproken dat de schadelast door deze wet voor verzekeraars met 3% zal stijgen en voor medische aansprakelijkheidsverzekeraars zelfs met circa 15%.[2] Voor zover ik heb kunnen nagaan, zijn geen recente cijfers beschikbaar en is nog niet duidelijk of deze stijging daadwerkelijk heeft plaatsgevonden. Bij de evaluatie van de wet over twee jaar wordt dit vast meegenomen.

Het Verbond van Verzekeraars heeft daarnaast een enquête gehouden onder haar leden over hoe affectieschade in de praktijk uitpakt. De resultaten hiervan zijn nog niet bekend. Ik kan mij voorstellen dat in de praktijk niet direct duidelijk is hoe alle vereisten moeten worden toegepast. Navraag bij een verzekeraar leert in ieder geval dat geworsteld wordt met claims van broers/zussen en overige gerechtigden (de 'sub-g' categorie, zie ook hierna). Eveneens blijkt de mate van eigen schuld bij de gekwetste en/of eigen schuld bij degene die de affectieschade vordert, niet altijd even makkelijk toe te passen.

In dit artikel ga ik in op een aantal recente uitspraken.[3] Hoe wordt over de diverse eisen voor affectieschade geoordeeld? Waar wordt mee geworsteld? Wat is de discussie? Hoe ga je om met samenloop tussen een vergoeding voor affectieschade en shockschade?
Wat in de rechtspraak opvalt is dat de meeste uitspraken afkomstig zijn van strafrechters. Ook de uitspraken die ik in dit artikel aanhaal zijn allemaal afkomstig van strafrechters. Behoudens het hogere bedrag vanwege ernstig en blijvend letsel c.q. overlijden door een misdrijf[4], zou het voor de toekenning van affectieschade overigens niet moeten uitmaken of het wordt toegekend door een strafrechter of een civiele rechter. De beoordeling dient op dezelfde wijze plaats te vinden. Op voorhand kan al wel worden geconstateerd dat strafrechters vorderingen vaak niet-ontvankelijk

verklaren, omdat nader onderzoek een te grote belasting zou zijn voor het strafproces. Strafrechters verwijzen veelal naar de civiele rechter. Civiele uitspraken zijn er echter nauwelijks. De stap naar de civiele rechter is kennelijk toch te groot. Dit is jammer, omdat de rechtspraak hiermee alsnog geen handvatten biedt hoe om te gaan met de diverse vereisten. Het in de praktijk bieden van richtsnoeren was wel waar de wetgever op had gehoopt.[5] Dit neemt niet weg dat een aantal strafrechters de beoordeling wel hebben 'aangedurfd' en dit voor interessante informatie heeft gezorgd.

Maar eerst: hoe zit het ook alweer?

Artikelen 6:107 en 6:108 BW bieden de grondslag voor een vaste kring van personen om aanspraak te maken op affectieschade. Voor vergoeding is vereist dat men één van de lid 2 genoemde naaste is en dat sprake is van ernstig en blijvend letsel bij een gekwetste dan wel van overlijden. Daarnaast moet een nauwe relatie bestaan tussen de gekwetste c.q. overledene en de naaste.[6]
Uit het Besluit vergoeding Affectieschade volgt dat de bedragen variëren tussen € 12.500,- en € 20.000,-. Deze bedragen worden periodiek herijkt.
De eerste herijking geschiedt na de evaluatie van de wet. Hierbij wordt de prijsontwikkeling meegewogen. Gelet op de huidige inflatie is de kans groot dat de bedragen over twee jaar naar boven worden bijgesteld.

Jurisprudentie

(II) Ernstig en blijvend letsel

'Blijvend' letsel wordt in de Memorie van Toelichting omschreven als letsel waarbij het vooruitzicht ontbreekt dat de gevolgen na verloop van tijd verminderen.[7] Om de praktijk enige handvatten te geven, wordt expliciet vermeld dat het moet gaan om medisch objectiveerbaar letsel én om een zeer bijzondere ernst van letsel. Voor lichamelijk letsel geldt, dat bij een blijvende functiestoornis van 70% of hoger conform de AMA-guides[8] sprake zal zijn van ernstig en blijvend letsel. De wetgever heeft onderkend dat zich gevallen kunnen voordoen waarbij weliswaar geen sprake is van het voornoemde percentage, maar dat een combinatie van factoren alsnog maakt dat gesproken kan worden van ernstig en blijvend letsel. De wetgever denkt hierbij bijvoorbeeld aan ernstige karakter- en gedragsveranderingen of bijvoorbeeld ernstig of algeheel functieverlies van zintuigen.[9] Volgens de wetgever zou in veel gevallen genoegzaam duidelijk zijn of aan het vereiste van ernstig en blijvend letsel is voldaan, behoudens enkele grensgevallen. Het tegenovergestelde blijkt uit de rechtspraak.

De Hoge Raad heeft in haar arrest van 30 november 2021 de maatstaf gegeven voor dit vereiste:

Of een naaste aanspraak kan maken op vergoeding van affectieschade wegens "ernstig en blijvend letsel" van de gekwetste als bedoeld in artikel 6:107 BW hangt in belangrijke mate af van de mate van de blijvende functiestoornis bij de gekwetste, waarbij – volgens de hiervoor weergegeven wetsgeschiedenis – "een zeer bijzondere ernst van letsel" is vereist. De wetgever heeft daarbij als indicatie genoemd dat in geval van lichamelijk letsel bij een – aan de hand van de AMA-guides vastgestelde – blijvende functiestoornis van 70% of meer in ieder geval sprake is van "ernstig en blijvend letsel". In het bijzonder in die gevallen waarin niet kan worden vastgesteld dat sprake is van een dergelijke hoge en blijvende functiestoornis, kan de rechter ook anderszins de invloed van het letsel op het leven van de gekwetste en de naaste betrekken bij zijn beoordeling of een naaste aanspraak kan maken op een vergoeding als bedoeld in artikel 6:107 BW.[10]

Een opvallende uitspraak in dit verband is een van de Rechtbank Rotterdam van 24 februari 2022.[11] Hier was € 17.500,- voor de vergoeding van affectieschade gevorderd. De rechtbank overweegt dat bij de gekwetste nog geen sprake was van een medische eindtoestand. Er was aldus niet bekend of sprake was van een functiestoornis van 70% of meer die blijvend was. Nu ernstig en blijvend letsel een vereiste is voor toewijzing van affectieschade, zou de vordering door de rechtbank moeten worden afgewe-

Er is gekozen voor een beperking tot personen die geacht worden een zeer nauwe band met de gekwetste te hebben.

zen dan wel niet-ontvankelijk worden verklaard. Desalniettemin overwoog de rechtbank dat in dit geval evident sprake is van blijvend letsel, hetgeen van invloed is op het leven van de naaste. Om deze reden wordt naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid een bedrag toegewezen van € 5.000,-. Voor het overige, en ik neem aan dat hiermee dan het resterende bedrag van € 12.500,- wordt bedoeld, wordt de naaste niet-ontvankelijk verklaard, omdat de medische eindtoestand nog niet is bekend. Nader onderzoek hierna zou een onevenredige belasting van het strafproces vormen. Mijns inziens heeft de Rechtbank Rotterdam hier een onjuiste toepassing gegeven aan de wet. De rechtbank had de naaste in zijn hele vordering niet-ontvankelijk moeten verklaren. Wat gebeurt er als het letsel uiteindelijk toch niet ernstig en blijvend is? Moet de naaste het bedrag dan terugbetalen? Dit lijkt mij onwenselijk. Stel dat de naaste het bedrag van € 5.000,- wel mag houden maar het resterende deel niet meer kan vorderen/krijgt, omdat (toch) geen sprake is van ernstig en blijvend letsel, dan lijkt hiermee de bedoeling van de wetgever met genormeerde bedragen ondergraven, te weten geen onderscheid te maken tussen ernstig en nog ernstiger letsel. Mijns inziens is deze uitspraak aldus niet in lijn met het door de Hoge Raad geformuleerde criterium. Deze uitspraak is bovendien opmerkelijk gezien een uitspraak van dezelfde rechtbank van 17 februari 2022 waarin werd overwogen dat de naaste niet in aanmerking komt voor vergoeding van affectieschade als "niet vaststaat dat het letsel van de gekwetste zodanig ernstig en blijvend is".[12] Dit is dan wel weer in lijn met het arrest van de Hoge Raad. De wetgever heeft onderkend dat ook (alleen) psychisch letsel zou kunnen worden gekwalificeerd als 'ernstig en blijvend' letsel op grond waarvan vergoeding van affectieschade aan de naaste mogelijk zou zijn. Een zaak waarin dit aan de orde was ben ik in mijn zoektocht echter niet tegen gekomen.

Al met al, kan ten aanzien van het vereiste 'ernstig en blijvend letsel' worden geconcludeerd dat bij het nog niet bereiken van een medische eindsituatie nog niet gesproken kan worden van blijvend letsel. Als wel sprake is van een medische eindsituatie dan dient te worden voldaan aan het hiervoor geciteerde criterium van de Hoge Raad. In de lagere rechtspraak wordt deze maatstaf over het algemeen (wél) goed toegepast en leidt dit niet tot aanzienlijke problemen.[13]

(III) Kring van gerechtigden

Artikel 6:107 lid 2 BW, respectievelijk artikel 6:108 lid 4 BW bepalen de kring van personen die recht hebben op een vergoeding van affectieschade. Er is gekozen voor een beperking tot personen die geacht worden een zeer nauwe band met de gekwetste te hebben.[14] De gedachte hierachter is dat de zeer nauwe band tussen naasten en de gekwetste/overledene niet slechts meebrengt dat zij hun verdriet moeten dragen, maar ook dat zij hun leven opnieuw moeten inrichten. De wet noemt in ieder geval de echtgenoot/partner/levensgezel, de ouder van een gekwetst kind, het kind van een gekwetste ouder, degene die duurzaam in gezinsverband de zorg voor de gekwetste had of die door de gekwetste verzorgd werd en als laatste de zogenoemde sub g-categorie; degene die een zodanig nauwe persoonlijke betrekking hadden dat zij als naasten worden gezien. Deze laatste categorie betreft een hardheidsclausule. Met sub g. wordt beoogd om in zeer sprekende gevallen toch ruimte te bieden voor een vergoeding van affectieschade. De omstandigheden van het geval zijn hiervoor bepalend.[15]

Volgens de wetgever leidt alleen een toekomstbestendige relatie tot een ingrijpende ommezwaai in het leven van de naaste bij letsel of overlijden. Als voorbeeld worden broers en zussen genoemd die langdurig samenwonen en voor elkaar zorgen of een langdurige, hechte Latrelatie.[16] In mijn eerdere artikel merkte ik op dat mijns inziens ook de broertjes en/of zusjes van een gekwetste of overleden minderjarig kind gerechtigd zouden kunnen zijn indien zij nog in gezinsverband samenwonen. Juist voor hen kan het ernstige letsel of het overlijden van een broer/zus sterk ingrijpen op hun leven.

De wetgever heeft onderkend dat sub g. in de praktijk discussie kan opleveren, ook wat betreft het bewijs. Hoe bewijs je een nauwe affectieve relatie? Hoe wordt hiermee omgegaan door rechters? En vallen jonge broertjes en/of zusjes inderdaad onder sub g.?

In een recent arrest van het hof Amsterdam van 14 februari 2022 werd geoordeeld dat door de volwassen zus van de overledene geen aanspraak kon worden gemaakt op affectieschade.[17] Hoewel het hof ziet dat de dood van haar broer de zus diep heeft getroffen, was geen sprake van een specifieke zorgrelatie en/of samenwonen. De verhouding tussen hen week dan ook niet sterk af van een relatie die in het algemeen geldt voor volwassen kinderen uit één gezin. Anderszins was noch gesteld noch gebleken. In drie andere zaken van verschillende gerechtshoven uit 2021 werd de vordering van een broer en/of zus eveneens afgewezen of niet-ontvankelijk verklaard met min of meer vergelijkbare overwegingen.[18]

Volgens de wetgever leidt alleen een toekomstbestendige relatie tot een ingrijpende ommezwaai in het leven van de naaste bij letsel of overlijden. Als voorbeeld worden broers en zussen genoemd die langdurig samenwonen en voor elkaar zorgen of een langdurige, hechte Latrelatie.

In de lagere rechtspraak is weliswaar een meer wisselend beeld te zien, maar in het overgrote deel wordt de vordering van broer(s) en/of zus(sen) niet-ontvankelijk verklaard met soortgelijke overwegingen als die van de diversen gerechtshoven.[19] Het door de wetgever gegeven voorbeeld van broers en/of zussen die langdurig samenwonen en voor elkaar zorgen, lijkt aldus geen voorbeeld meer te zijn, maar eerder een criterium om als broer of zus in aanmerking te komen voor vergoeding van affectieschade. Wel wordt in vrijwel alle gevallen de vordering niet-ontvankelijk verklaard. Hiermee laat de strafrechter (veelal expliciet) de mogelijkheid open dat de vordering wordt aangebracht bij de civiele rechter. Opvallend genoeg zijn er nog geen civiele uitspraken over deze hardheidsclausule.

Hoewel het overgrote deel van affectieschadevorderingen niet wordt toegewezen, is er een aantal (strafrecht)uitspraken waarin de rechter anders oordeelde.[20] Zoals de Rechtbank Noord-Holland op 6 januari 2022.[21] Ter zitting had de zus van de gekwetste gesteld dat zij een zeer nauwe persoonlijke relatie hadden. Nu deze stellingen niet werden weersproken, heeft de rechtbank de affectieschade toegewezen. Gelet op de bedoeling van de wetgever om enkel toepassing te geven aan sub g. in zeer bijzondere omstandigheden, lijkt mij dit te kort door de bocht. Mogelijk speelde hier een grote rol dat de verdediging de stellingen niet had weersproken, terwijl dit mogelijk toch vrij makkelijk had gekund.

Eveneens noemenswaardig is de uitspraak van de Rechtbank Den Haag van 4 november 2021. In dit gezin waren vier kinderen, twee zussen en twee broers. Eén van de broers is overleden door een misdrijf. De jongere en de oudere zus kregen hun vordering toegewezen. De broer van de gekwetste niet. De jongere zus woonde nog thuis en hoewel de gekwetste niet meer thuis woonde, kwam hij wel vaak thuis. Zij had een goede band met hem en deden veel dingen samen. De oudere zus was de peetmoeder van de gekwetste en zij zagen elkaar veel bij haar gezin thuis. Zij trad op als verzorger en regelde veel praktische zaken voor hem. Voor beide zussen was dit voldoende om een nauwe affectie relatie aan te nemen. De broer van de gekwetste woonde weliswaar niet meer thuis, maar zij hadden als broers een goede band, deden veel samen en hij hielp hem met technische dingen voor zijn bijbaan. Dit was dan weer onvoldoende om een nauwe affectieve relatie aan te nemen. Mijns inziens een niet te volgen onderscheid tussen de zussen en de broer, met name tussende uitwonende broer en het inwonende jongere zusje. Dit enkele aspect

zou geen verschil moeten maken, nu de gekwetste niet meer thuis woonde. Of een broer of zus in gezinsverband samenwonen lijkt aldus niet uit te maken voor toewijzing van affectieschade. In bijvoorbeeld de uitspraak van de Rechtbank Overijssel was de gekwetste veertien jaar oud en haar jongere broer had vergoeding van affectieschade verzocht, hetgeen niet toewijsbaar werd geacht.[22] Mijn verwachting in mijn artikel uit december 2018 dat juist inwonende broer(s) en/of zus(sen) een beroep konden doen op sub g. lijkt aldus niet uit te zijn uitgekomen. Ik sluit niet uit dat het in deze zaak ook aan onderbouwing schortte. De impact op het leven is immers groot bij ernstig en blijvend letsel of overlijden van een eveneens inwonende broer of zus. Anderzijds kan worden geconcludeerd dat de rechtspraak streng is en zolang geen sprake is van zorgtaken náást samenwonen, komt een broer of zus niet voor affectieschade in aanmerking.

Zoals uit het voorgaande blijkt, gaat het in de rechtspraak meestal over broers of zussen die een beroep doen op sub g. Maar uiteraard zijn broers en zussen niet de enige die hierop een beroep doen.

De Rechtbank Noord-Holland heeft ten aanzien van uitwonende stiefkinderen overwogen dat zij niet onder de kring van gerechtigden vallen, maar wel een beroep kunnen doen op sub g.[23] Stiefouders en stiefkinderen vallen onder sub e. en f. voor zover sprake is van duurzame zorg in gezinsverband. Het lijkt mij juist dat voor uitwonende stiefkinderen niet meer kan worden gezegd dat de stiefouder ten tijde van het overlijden duurzaam in gezinsverband de zorg over hen had en dat zij bijgevolg niet meer vallen onder sub e. en f. De rechtbank was echter van oordeel dat de twee stiefkinderen alsnog een beroep konden doen op sub g. nu zij al van jongs af aan door hun stiefvader werden grootgebracht en hem als hun vader beschouwden.

Voor een (inwonende) schoonzoon[24], een zwager die enkele zorgtaken op zich nam[25] en een stiefbroer[26] bood het beroep op sub g. geen soelaas. Voor iemand met een knipperlichtrelatie dan weer wel.[27] Hoewel de gestelde naaste en de gekwetste uit elkaar waren, hebben zij dertien jaar samengewoond en zagen zij elkaar veel vanwege hun werk en katten. Zij hebben naar elkaar geappt dat de kans aanwezig was dat ze weer bij elkaar zouden komen en waren kort voor het overlijden nog samen op vakantie geweest met de ouders van de gekwetste. Dit was voldoende voor een nauwe affectieve relatie. Een oordeel waar ik toch mijn vraagtekens bij plaats, nu zij op het moment van overlijden simpelweg geen relatie hadden en niet samen woonden. Wat maakt dit dan anders dan bijvoorbeeld heel goede vrienden? Ik vraag het mij af.

Anderzijds kan worden geconcludeerd dat de rechtspraak streng is en zolang geen sprake is van zorgtaken náást samenwonen, komt een broer of zus niet voor affectieschade in aanmerking.

Vergoeding affectieschade onredelijk?

Stel, een echtgenoot maakt aanspraak op affectieschade wegens ernstig en blijvend letsel van zijn echtgenote, maar deze echtgenoot is reeds vóór het ongeval met de noorderzon vertrokken. De wetgever achtte dit een voorbeeld waarin een vergoeding van affectieschade naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou kunnen zijn.[28] Met een beroep op artikel 6:2 lid 2 BW kan een dergelijke vordering in die gevallen worden afgewezen. In een uitspraak van de Rechtbank Gelderland van 4 mei 2020, betoogde de verdediging dat hiervan sprake was, omdat al jaren geen contact meer was tussen de gekwetste, diens dochter en diens moeder.[29] De rechtbank stelt vast dat het moet gaan om zeer uitzonderlijke omstandigheden om affectieschade op deze grond af te wijzen en dat daar in casu geen sprake van was.

De rechtbank overweegt daartoe dat de schadeveroorzakende gebeurtenis ervoor heeft gezorgd dat het herstellen van de band met de gekwetste ook nimmer meer mogelijk is in de toekomst. Tussen een kind en een ouder bestaat een onvoorwaardelijke (bloed)band en dat maakt dat het verlies van een ouder pijn doet, of er nou wel of geen of minder contact is."[30]

Voor de moeder geldt hetzelfde. De rechtbank acht het dan ook aanvaardbaar om affectieschade toe te wijzen. Het hof Den Bosch heeft vergelijkbaar overwogen ten aanzien van een moeder en zoon die elkaar de laatste jaren voor zijn overlijden niet meer zagen.[31] Anders overwoog de Rechtbank Amsterdam in haar uitspraak van 3 februari 2021. De gestelde naaste in die zaak was de biologische vader van de gekwetste dochter. Nergens bleek echter uit dat zij met haar biologische vader was opgegroeid en dat hij een affectieve relatie had met haar. De overgelegde foto's zijn niet voldoende. Het was zelfs niet duidelijk of de dochter wist dat de gestelde naaste haar vader was. Gelet op het feit dat de rechtbank onvoldoende duidelijk is of er een band was tussen vader en dochter, wordt hij niet-ontvankelijk verklaard in zijn vordering.[32] Ik sluit niet uit dat de Rechtbank Gelderland anders over deze vordering zou hebben geoordeeld gelet op haar overwegingen.

Eigen schuld

Affectieschade is een zelfstandige aanspraak van de naasten en nabestaanden, die is afgeleid van de aansprakelijkheid jegens de primair gekwetste. Lid 5 van artikel 6:107 en 108 BW bepaalt dat de aangesprokene tot de vergoeding van affectieschade hetzelfde verweer kan voeren als dat hem jegens de gekwetste ten dienste staat c.q. zou hebben gestaan. De eventuele percentages werken door in de bedragen ter vergoeding van de affectieschade. In een aantal uitspraken is dit ook

gebeurd[33], maar vaak ook niet.[34] Zo deed de verdediging in de eerder genoemde zaak van de Rechtbank Rotterdam van 24 februari 2022 een beroep op eigen schuld, maar is de rechtbank hier niet op ingegaan[35] In een andere zaak van de Rechtbank Midden-Nederland betoogde de verdediging hetzelfde, maar nu het beroep op noodweer niet slaagde, kon ook het beroep op eigen schuld niet slagen.[36] De Rechtbank Noord-Holland matigde de affectieschade dan weer wel wegens eigen schuld van de gekwetste. De gekwetste bleek zelf ook geen goede intenties te hebben gehad bij een gesprek met de verdachte, nu hij de verdachte klem had gereden en met een mes had achtervolgd.[37] Opvallend genoeg doet de verdediging in deze zaak zelf geen beroep op eigen schuld, maar refereert zich aan het oordeel van de rechter. Desalniettemin matigde de rechtbank (ambtshalve) beide gevorderde bedragen van € 20.000,- en € 17.500,- naar € 8.500,-. Het is merkwaardig dat de rechter dit op eigen houtje heeft gedaan, nu de gewone stelplicht en bewijslast voor deze vordering geldt. Dat deze vordering in een strafprocedure aan de orde komt, maakt dit niet anders. Eveneens is opvallend dat geen mate van eigen schuld is vastgesteld, maar het bedrag zonder verdere toelichting is teruggebracht naar € 8.500,-. Dit is een matiging van meer dan 50%. Hoewel de gekwetste een groot aandeel leek te hebben gehad in de steekpartij, wordt op geen enkele manier onderbouwd waarom zijn aandeel groter zou zijn dan dat van de verdachte.

In een uitspraak die kort na de inwerkingtreding van de Wet affectieschade is gewezen, werd ook de gerechtigde zelf eigen schuld verweten.[38] Hij had een groot aandeel in het gebeuren waardoor zijn broer (de gekwetste) is overleden. De rechtbank kwam tot het oordeel dat hij als broer wel voor vergoeding van affectieschade in aanmerking kwam nu zij in gezinsverband woonde, maar dat het bedrag moest worden verminderd wegens eigen schuld van hemzelf (en dus niet van de gekwetste). In de literatuur is eerder opgemerkt dat het in mindering brengen van eigen schuld van de naaste voor de hand ligt, gelet op het zelfstandige karakter van de vordering.[39] Ik kan mij hierin vinden, nu de gerechtigde zelf heeft bijgedragen aan het ontstaan van de schade. Het zou dan wrang zijn als hij wel het volle bedrag aan affectieschade zou kunnen vorderen. In de Memorie van Toelichting wordt bovendien overwogen: **'eventuele medeschuld van de naaste aan het letsel in diens relatie tot de aansprakelijke persoon, kan als "eigen schuld" in de zin van artikel 6:101 BW worden aangemerkt'.[40]**

Gebeurtenis voor 2019?

De wet is op 1 januari 2019 in werking getreden en heeft geen terugwerkende kracht. Dit betekent dat de wet alleen van toepassing is op schadeveroorzakende gebeurtenissen die plaatsvonden op of na 1 januari 2019. Heeft de gebeurtenis voor deze datum plaatsgevonden? Dan blijkt uit de rechtspraak dat de rechter de vordering voor affectieschade consequent afwijst.[41]

Samenloop met shockschade

Tot slot nog een opmerking over de samenloop met shockschade. Affectieschade en shockschade zijn twee verschillende leerstukken en in de literatuur wordt aangenomen dat deze vorderingen met elkaar cumuleren.[42] Zoals hiervoor opgemerkt is affectieschade een zelfstandige aanspraak, maar deze aanspraak is afgeleid van de aansprakelijkheid jegens de gekwetste (art. 6:107 of 6:108 BW). Shockschade is een aanspraak op grond van een jegens hem of haar gepleegde onrechtmatige daad (art. 6:162 BW). De confrontatie met een schokkende gebeurtenis waarbij een ander letsel oploopt, kan ook jegens

De discussie gaat voornamelijk over de vraag of, en zo ja voor hoeveel, shockschade naast affectieschade nog voor vergoeding in aanmerking komt.

de geconfronteerde een zelfstandige onrechtmatige daad opleveren (Taxi-bus-arrest).[43] Dit kan aldus tot gevolg hebben dat iemand zowel een vordering vanwege affectieschade heeft als een vordering vanwege shockschade. Recent hebben A-G's Spronken en Lindenbergh een lezenswaardige conclusie geschreven waarin zij deze problematiek aanstipt.[44] Zij merken in de eerste plaats op dat de Hoge Raad in 2002 de 'opdracht' heeft meegegeven dat onderscheid moet worden gemaakt tussen **"het verdriet van de getroffene dat een gevolg is van de dood van haar kind, ter zake waarvan haar geen vergoeding kan worden toegekend [AJ: thans dus wel op grond van affectieschade], en haar leed dat veroorzaakt wordt door het geestelijk letsel als gevolg van de confrontatie met het ongeval ter zake waarvan haar wel een schadevergoeding toekomt."**

Hoewel met de komst van affectieschade voor beide een vergoeding kan worden toegekend, dient alsnog het onderscheid te worden gemaakt. Voor vergoeding van zowel shockschade als affectieschade is slechts plaats als voldaan is aan de specifieke vereisten. Voor shockschade is het enkele verdriet bijvoorbeeld niet voldoende, terwijl affectieschade bij ernstig en blijvend letsel of overlijden aan de gerechtigde wordt toegekend juist vanwege dat verdriet. Spronken en Lindenbergh merken op dat de civiele rechter bij samenloop tussen affectieschade en shockschade nog wel eens een deskundige heeft benoemd om het onderscheid te onderzoeken, dan wel dat van een 50/50 verdeling wordt uitgegaan of dat eenvoudigweg een bedrag naar billijkheid als shockschade wordt toegewezen.[45] Lindenberg en Spronken willen een nieuwe weg in slaan. Zij pleiten er – kort gezegd – voor, dat in gevallen waarin aan iemand smartengeld wordt toegekend wegens shockschade, diegene geen aanspraak meer kan maken op affectieschade.

"De wettelijke (forfaitaire) vergoeding wegens 'affectieschade' (op grond van art. 6:107 lid 1 onder b BW, resp. art. 6:108 lid 3 BW) wordt aldus door de (concrete) vergoeding wegens geestelijk letsel geabsorbeerd."[46]

Een interessante gedachtegang. Hopelijk weten wij op korte termijn of de Hoge Raad dit gaat volgen, hetgeen weer een hele nieuwe dimensie zou geven aan de vergoeding van affectieschade.

Spronken en Lindenbergh hebben dit idee waarschijnlijk niet opgedaan in de huidige rechtspraak. Zoals zij (ook) constateren wordt in (recente) uitspraken van de strafrechter doorgaans geen aandacht besteed aan de samenloop tussen affectieschade en shockschade. Shockschadevergoedingen worden zonder omhaal toegewezen naast affectieschade. Wel kan de toewijzing

van één van de vorderingen een matigend effect hebben op de ander, maar dat hoeft niet altijd.

In een vrij recente uitspraak van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant werd de door ouders gevorderde affectieschade vanwege het overlijden van hun dochter door een misdrijf geheel toegewezen.[47] Eveneens werd de shockschade voor beide ouders toegewezen nu zij hun dochter onder andere hebben moet identificeren en daarbij geconfronteerd werden met de gevolgen van het misdrijf. Ruimte voor matiging was er niet volgens de rechtbank. Opvallend in deze uitspraak is dat uit de medische informatie bleek dat voornamelijk sprake was van een persisterende complexe rouwstoornis en (slechts) in enige mate van een posttraumatische stressstoornis. De vraag kan aldus worden gesteld of het psychisch onbehagen niet vooral voortkomt uit verdriet in plaats van de daadwerkelijke confrontatie met de gevolgen van het misdrijf. De strafrechter lijkt hier wel heel gemakkelijk aan voorbij te zijn gegaan door óók (de gehele vordering) shockschade toe te wijzen naast affectieschade.

Voornoemde uitspraak lijkt bovendien niet in lijn met eerdere uitspraken over samenloop. Overheul heeft in 2021 een artikel geschreven waarin zij diverse uitspraken op dit punt onder de loep heeft genomen.[48] Zij constateerde dat de toegewezen vergoeding van smartengeld wegens shockschade op basis van billijkheid veelal lager is dan gevorderd. Overigens heeft zij niet kunnen opmaken of dit te maken heeft met de in die zaken toegewezen affectieschadevergoeding, behoudens (toen nog) één uitspraak. De Rechtbank Noord-Nederland heeft op 8 juli 2020 overwogen dat **"de toewijzing van de affectieschade aan de moeder een matigende werking [heeft] op het bedrag aan shockschade".**[49] Na het verschijnen van het artikel van Overheul heeft de Rechtbank Amsterdam op 22 april 2021 overwogen dat de vergoeding van de materiële schade én de affectieschade op grond van artikel 6:109 BW wordt gematigd, omdat toekenning van de gehele schadevergoeding, in combinatie met de toekenning van shockschade, in de gegeven omstandigheden tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden.[50] Het bijzondere hieraan is dat de vergoeding van affectieschade wordt gematigd en niet het bedrag voor shockschade.

De Rechtbank Zeeland-West-Brabant lijkt met de samenloop tussen affectieschade en shockschade aldus minder moeite te hebben. Sterker nog, door deze rechtbank wordt benadrukt dat geen bedrag het verdriet kan compenseren en dat bij het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding voor shockschade in het bijzonder rekening is gehouden met onder andere de affectieve relatie. Iets waar juist de affectieschade voor bedoeld is. Deze uitspraak lijkt in schril contrast te staan met een zeer recente uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland waarin de vergoeding voor shockschade werd afgewezen voor een vader die in het ziekenhuis geconfronteerd werd met zijn overleden baby die GHB binnen had gekregen toen zij onder de hoede was van de moeder. Ondanks reanimatie heeft vader moeten beslissen de beademing te stoppen.[51] De 'directe confrontatie' was echter niet direct genoeg, aldus de rechtbank. De vordering voor affectieschade werd wel zonder discussie aan de vader toegewezen. Dat affectieschade wel is toegewezen, heeft wellicht invloed gehad op het afwijzen van de shockschade.

De wetgever achtte het wenselijk dat de praktijk en de rechtspraak enige ruimte zou worden gelaten om richtsnoeren te gaan vormen. Ten aanzien van ernstig en blijvend letsel heeft de Hoge Raad een duidelijk criterium geformuleerd, dat meestal op de juiste wijze wordt toegepast door lagere rechters.

Duidelijk is dat bij samenloop de discussie niet lijkt te zitten in de vergoeding van affectieschade. Het genormeerde bedrag wordt meestal (behoudens de hiervoor genoemde uitspraak van de Rechtbank Noord-Holland) 'gewoon' toegewezen. De discussie gaat voornamelijk over de vraag of, en zo ja voor hoeveel, shockschade naast affectieschade nog voor vergoeding in aanmerking komt. Hoewel dit aldus niet direct ziet op affectieschade, bestaat onderling wel degelijk samenhang en is de discussie actueel.

Afronding

Bij aanvang van de wet was nog niet duidelijk wat precies 'ernstig en blijvend letsel' inhield en welke 'naasten' onder sub g. vielen. De wetgever achtte het wenselijk dat de praktijk en de rechtspraak enige ruimte zou worden gelaten om richtsnoeren te gaan vormen. Ten aanzien van ernstig en blijvend letsel heeft de Hoge Raad een duidelijk criterium geformuleerd, dat meestal op de juiste wijze wordt toegepast door lagere rechters. Wat betreft sub g. beginnen de contouren van het kader zich weliswaar te vormen, maar wie nu exact een beroep kan doen op sub g. én wanneer is vooralsnog niet helder. De lagere rechtspraak is op dat punt verdeeld. De ene rechtbank is beduidend soepeler dan de ander. De gerechtshoven lijken dan wel weer een stuk strenger. Het is wachten op een arrest van de Hoge Raad over sub-g. Ook de discussie over samenloop is interessant om te volgen.

Zoals aan het begin reeds is opgemerkt, wordt over twee jaar de wet geëvalueerd. Daarnaast heeft het Verbond van Verzekeraars een enquête gehouden onder haar leden. De resultaten hiervan worden vermoedelijk dit jaar bekend. Tegen die tijd kom ik graag bij u terug met een 'terugblik op vijf jaar affectieschade'.

Ten slotte...

Chris van Dijk
| advocaat en partner
bij Kennedy Van der Laan

Altijd up-to-date met collegereeks Actualiteiten Personenschade

Ook in 2022 organiseert het platform Personenschade de collegereeks Actualiteiten Personenschade.
In vijf online sessies brengt Chris van Dijk (advocaat bij Kennedy van der Laan) letselschadebehandelaars, juristen en advocaten op de hoogte van actuele jurisprudentie en ontwikkelingen op het gebied van personenschade.

Permanente educatie

Voor het live deelnemen aan de collegereeks kent het NIVRE per college 1 PE-punt toe. Bij aanmelding kan je aangeven dat je hiervoor een certificaat van deelname wilt ontvangen.

Data

De eerste twee colleges zijn reeds aangeboden. De overige drie colleges in deze reeks vinden plaats op:
Dinsdag 7 juni - 10:00 tot 11:00 uur
Dinsdag 13 september - 10:00 tot 11:00 uur
Dinsdag 1 november – 10:00 tot 11:00 uur

Inschrijven

Wil jij er zeker van zijn dat je op de hoogte bent van actuele jurisprudentie en ontwikkelingen op het gebied van personenschade? Schrijf je dan in voor de colleges deze collegereeks. Op de website van het Verbond van Verzekeraars vind je bij Activiteiten Academy meer informatie over deelname, kosten, inschrijven en de toekenning van PE-punten.

© Verbond van Verzekeraars – Platform Personenschade