



Personenschade Instituut
van Verzekeraars
Expertise in letselschade

PIV Bulletin

PGB-inkomen als 'gederfd levensonderhoud'

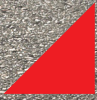
pagina 24

Verjaring verzekeringsvorderingen

pagina 11

Smartengeld Arrest

pagina 5



Creëer
je eigen
toekomst

#1

Voorwoord

▲ Druk! – Armand Blondeel

pagina 3-4

Jurisprudentie

▲ Smartengeld arrest

– Rob Meelker

pagina 5-10

▲ Verjaring verzekeringsvorderingen

– Sanne de Nijs

pagina 11-12

Actueel

▲ Verslag erkenning van aansprakelijkheid en... verzekering!

– Maxime Willemse en Lorien Scholte

pagina 13-15

▲ 30e LSA Symposium:

Uw plicht, onze zorg in de letselschadepraktijk

– Peter van Steen

pagina 16-23

Opinie

▲ PGB-inkomen als 'gederfd levensonderhoud'

– Oswald Nunes en Maurice Mooibroek

pagina 24-28

PIV Promotie

▲ Basiscursus Wet Vergoeding Affectieschade

pagina 29

In het veld

▲ Jeroen Quakkelaar

pagina 30

Bijlage

▲ Literatuurverwijzing

pagina 31

Het PIV Bulletin is een uitgave van het PIV over nieuws en feiten in de wereld van letselschade.

Het PIV Bulletin wordt kosteloos verstrekt aan deelnemers en relaties van het PIV. Het PIV (Personenschade Instituut van Verzekeraars) is het Personenschade Instituut dat in 1998 is opgericht voor en van verzekeraars. Het PIV wil samen met haar deelnemers het leed door letsel voor slachtoffers en hun naasten zoveel mogelijk beperken.

Redactie

Armand Blondeel (a.s.r.) | Voorzitter
Hieron van der Hoeven (Allianz Benelux)
Astrid Ales (a.s.r.)
Rob de Groot (NN)
Edwin Lantinga (Medirisk)
Linda van der Meijden
(Nh1816 Verzekeringen)
Aernout Santen (Centramed)
J. Quakkelaar (Andriessen Expertise)

Redactieadres

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

Is u iets opgevallen,
of wilt u iets schrijven?

Mail uw reactie aan:

stichtingpiv@verzekeraars.nl

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

Ontwerp en opmaak

3MegaWatt.nl

Oplage

1.200

Stichting PIV

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

www.stichtingpiv.nl



door **Armand Blondeel**
| NIVRE Register Expert

Druk!

Please allow us to introduce ourselves;
We're persons of health and taste
We've been around for a long, long year;
to let no man's soul to waste

Ze hadden het druk, drukker dan druk, maar daar waren het dan ook drukkers voor, de heren Lindenbaum en Cohen. Zij hebben in hun tijd veel drukwerk geleverd, zonder te bevroeden dat hun handelen binnen de waan van de alledaagse drukte van het vroeg Twintigste Eeuwsche economische verkeer, zou leiden tot een nieuwe door de Hoge Raad gegeven blauwdruk. Het aansprakelijkheidsrecht in Nederland onderging exact een eeuw geleden een indrukwekkende verandering. Sinds 31-01-1919 is niet alleen handelen in Strijd met de Wet Onrechtmatig, maar ook handelen in strijd met de Zorgvuldigheid in het Maatschappelijk Verkeer. In feite plukt onze gehele drukke personenschade branche honderd jaar later nog steeds de vruchten van deze verruiming van het onrechtmatigheidscriterium. Dit standaardarrest over Onrechtmatige Daad werd op diverse plaatsen passend herdacht (google het maar eens), en op 31-01-2019 kreeg het een moderne juridische vindplaats toegewezen: ECLI:NL:HR:1919:AG1776

1919: een compleet andere tijd:
“I stuck around St. Petersburg;
When I saw it was a time for a change
Killed the czar and his ministers;
Anastasia screamed in vain”

2019 We hebben het druk, drukker dan druk. Drukwerk is aan het verdwijnen, druk met werken blijft bestaan, al is het tegenwoordig vaak digitaal. Het PIV blijft voorlopig op gezette tijden uw PIV Bulletin gewoon ook fysiek drukken, naast een digitale versie en het online PIV Kennisnet, dat vinden wij wel zo Zorgvuldig, ook als in het Maatschappelijke Verkeer de scheidslijn tussen Fysiek en Virtueel steeds meer diffuus wordt. De tijd schrijdt voort, de ontwikkelingen staan niet stil en daarbij staat uw PIV dan weer even stil, tijdens de PIV Jaarconferentie met als leidraad: Creëer je eigen toekomst. Oftewel, zoals Doc Brown in de Jaren '80 al adviseerde aan Marty McFly in de Back tot he Future trilogie: “Your future is whatever you make it, so make it a good one”. Op naar 2119.

I watched with glee;
While your kings and queens;
Fought for ten decades;
For the gods they made

Het is ongelooflijk wat er in een eeuw allemaal passeert en wat er tegelijkertijd ook hetzelfde kan blijven. Het zit allemaal in de natuur van de mens en het spel dat hij speelt. Sinds 1919 heeft het Recht zich verder ontwikkeld en is de Zorgvuldigheidsnorm nader ingevuld. Wat doe je dan als vakblad, je wijst nog eens op een aantal nadrukkelijke pareltjes aan die ketting van immer voortschrijdende rechtsontwikkeling: Het Kelderluik-arrest uit 1965, dat ons de Kelderluik-criteria bracht. Een cabaretseke werkelijkheid als door Youp van 't Hek bedacht: "een medewerker van Coca-Cola laat een luik openstaan waar een onoplettende ander dan in lazert". Een Zwiepande Tak-arrest uit 1994 en een Sjouwende Zusjes-arrest uit het jaar 2000, waarin we zien dat niet alle ogenschijnlijke onzorgvuldigheid ook rechtens onrechtmatig is, maar ook een "Osvoetje" kan zijn. Voortschrijdende inzichten op het snijvlak tussen een gebeurtenis die een warm medeleven rechtvaardigt en een aansprakelijkheidsscheppende gebeurtenis, zoals Raadsheer Rieme-Jan Tjittes het naar aanleiding van het laatstgenoemde arrest zo treffend wist te verwoorden.

Lees vooral ook (weer) eens die diverse andere mooie conclusies en annotaties bij de standaardarresten van Aansprakelijkheids- en Verzekeringsrecht die honderd jaar zorgvuldigheidsnorm ons heeft gebracht. Van iconen zoals Bloembergen, Brunner en De Vries Lentsch-Kostense, om de causale context binnen 100 jaar rechtsvorming weer eens helder op het netvlies te hebben. En ook de wetgever laat zich qua voortschrijdende inzichten omtrent zaken als Zorgvuldigheidsnormering en Kringen van Gerechtigden niet onbetuigd, getuige de introductie per 01-01-2019 van de Wet Affectieschade, waaraan wij in het vorige PIV Bulletin nog uitvoerig aandacht hebben besteed. De Rechtsontwikkeling staat niet stil en wij als claimbehandelaren meanderen mee in dat steeds schuivend perspectief.

Pleased to meet you;
Hope you guess my name;
But what's puzzling us;
Is the nature of our game
Just as every cop is a criminal;
And all the sinners saints;
As heads is tails;
Just call it Lucifer;
'cause we're in need of
some restrain

What's New en, vooral,
What will be New de
komende eeuw?

Om elke kromming van de stroom een nieuwe ontmoeting. Als een rollende steen maken wij kennis met mensen die in de eerste plaats ons pad liever niet hadden gekruist. Maar vanuit de verbintenis uit onrechtmatige daad volgt onherroepelijk een traject, vaak moeizaam van start, vanwege een context van schuld en boete. Gelukkig zijn we allen, halend en betalend, professionals die zich dienen te realiseren dat we handelen binnen de contouren van een sociaal vangnet, gecreëerd door het collectief van verzekerden. Ook dat collectief is gegroeid tijdens de achterliggende eeuw. Groot genoeg lijkt het om een helpende hand uit te steken naar wie die handreiking behoeft en verdient.

So if we meet,
let's have some courtesy;
Have some sympathy,
and some taste
Use all your well-learned politesse;
Or let's lay our souls to waste,
mm yeah

Ondanks al ons drukke werk hebben we rond het hierboven aangehaalde eeuwfeest toch weer een drukwerk voor u gereed weten te krijgen. Zorgvuldig samengesteld uit onderwerpen die alle aan de invulling van de zorgvuldigheidsnorm raken: een verslag van een symposium over erkenning van aansprakelijkheid en verzekering; een verslag van een symposium over zorgplicht; de bespreking van de context van jurisprudentie op het gebied van zorgvuldige schadeafwikkeling; een verhandeling over een zorgvuldige bepaling van de kring van vorderingsgerechtigden.

Enfin, What's New en, vooral, What will be New de komende eeuw?

Vrij naar het Vrije Gedachtegoed van Rolling Stones Mick Jagger & Keith Richards, toen zij "Sympathy for the Devil" componeerden.

Armand Blondeel





Smartengeld wegens onrechtmatige schadeafwikkeling

door Mr. J.R.(ob). Meelker

| advocaat verzekerings- en aansprakelijkheidsrecht

Om deze zaak te kunnen bespreken in dit blad heb ik het arrest van het hof dat uit 26 pagina's bestaat, samengevat. Het arrest is gewezen in hoger beroep op twee beschikkingen in deelgeschil. Het hof gaat op heel veel aspecten in. De geïnteresseerde lezer adviseer ik daarom het volledige arrest te lezen.

Het gaat om het volgende:

Op 28 juni 1999 heeft een aanrijding plaatsgevonden. Een bij Aegon verzekerde auto botste tegen de achterzijde van de auto waarin zich benadeelde bevond, tezamen met zijn echtgenote en zijn moeder.

Omstreeks december 1999 heeft benadeelde, verder ook wel te noemen: de man zich gewend tot een advocaat. De advocaat heeft Aegon aansprakelijk gesteld voor het letsel dat de echtgenote door de aanrijding had opgelopen. Zij raakte volledig arbeidsongeschikt. Aegon heeft de aansprakelijkheid erkend. Deze schade is geregeld in een vaststellingsovereenkomst van 5 december 2005. De echtgenote ontving in totaal € 135.554,56 aan schadevergoeding tegen finale kwijting.

Op 26 juli 2002 heeft de man na toename van zijn klachten en nadat de zaak 9 maanden had stilgelegen wegens ziekte van zijn toenmalige advocaat, Aegon aansprakelijk gesteld voor zijn schade als gevolg van de aanrijding van 28 juni 1999.

Ten tijde van het ongeval werkte de man op de boerderij die zijn ouders in 1978 hadden aangekocht. Het betrof een klein gemengd bedrijf dat op biologisch-dynamische grondslag werd gevoerd, zoveel mogelijk zonder machines. Met de verkregen melk werd in eigen beheer zuivel geproduceerd, dat samen met het na de slacht verkregen vlees in de boerderijwinkel werd verkocht.

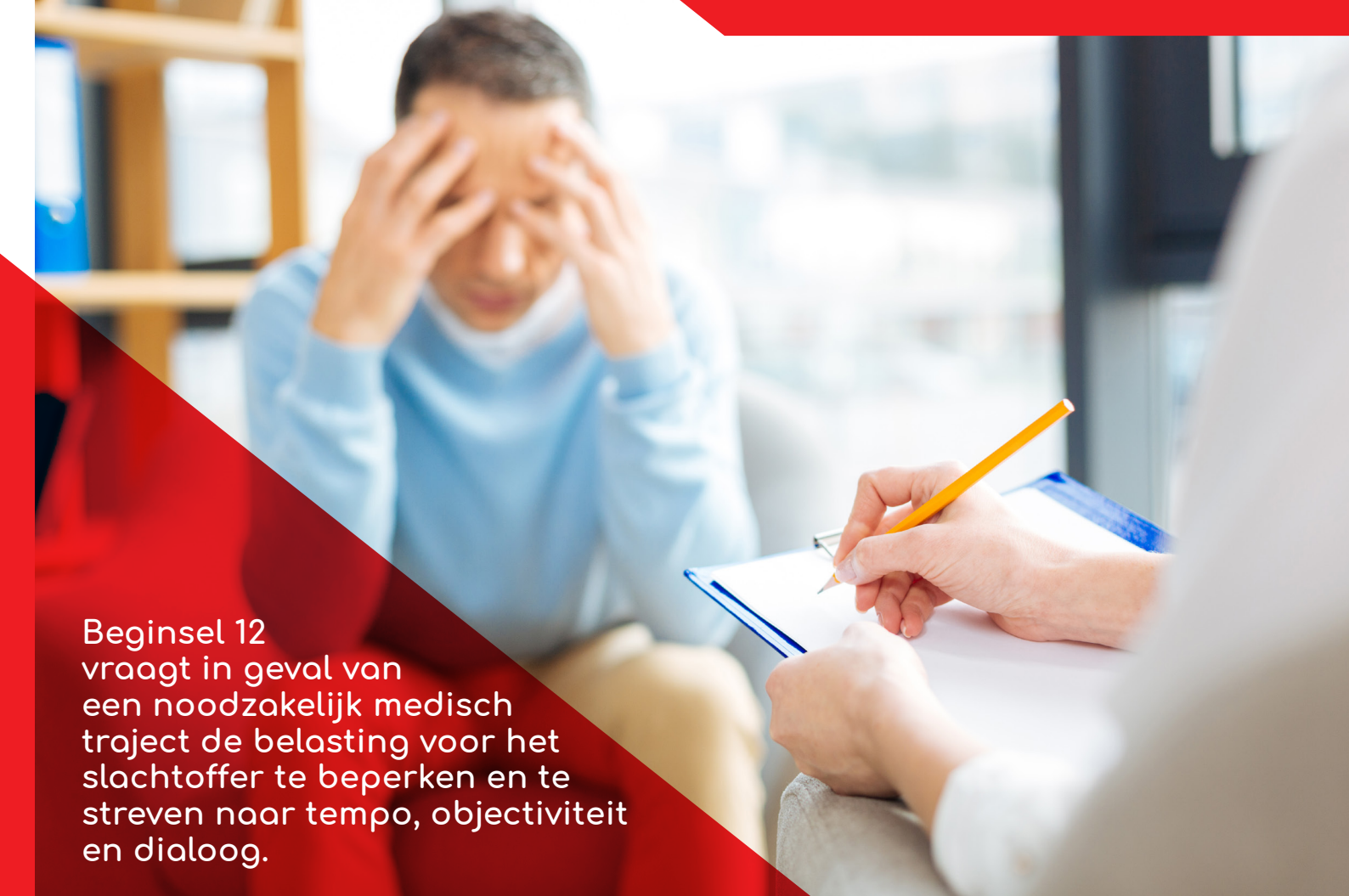
Vanaf 10 april 2003 (jawel, na de aanrijding) heeft de man een deel van het bedrijf overgenomen. Hij heeft deze onderneming ondergebracht in een

vennootschap onder firma, waarvan zijn echtgenote medevennoot is geworden. Op grond van de vennootschapsovereenkomst deelt ieder voor 50% in het resultaat.

In 2004 is de opzet van het bedrijf veranderd. In 2004 en 2005 is in dat kader aanzienlijk geïnvesteerd, deels in machines, deels in nieuwbouw (€ 280.000,-) Hiervoor werd geld geleend. Daarnaast is de uitkering van Aegon aan de vrouw (deels) ingebracht. De nieuwbouw omvatte ook een horeca-faciliteit voor de ontvangst van groepen in verband met het plan naast de boerderij een biologisch-dynamisch centrum te realiseren om voorlichting te geven.

Van 27 november 2006 tot 9 februari 2007 is de man opgenomen geweest vanwege depressieve klachten en impulsieve suïcidale uitingen. Gedurende het jaar daarna heeft hij ambulante psychiatrische behandeling gehad.

Met het bedrijf ging het niet goed. Het bedrijf verkreeg surseance van betaling in 2009. Tijdens deze surseance is de onderneming geherfinancierd met twee leningen. **In het najaar van 2009** is door een gedeeltelijke uitbetaling aan schuldeisers de surseance beëindigd.



Beginsel 12
vraagt in geval van
een noodzakelijk medisch
traject de belasting voor het
slachtoffer te beperken en te
streven naar tempo, objectiviteit
en dialoog.

In 2014 heeft de man het bedrijf beëindigd.

Een arbeidsdeskundig onderzoek, een bedrijfseconomisch onderzoek, een neurologisch onderzoek en een psychiatrisch onderzoek zijn verricht. De neuroloog concludeerde tot een post whiplash syndroom met belemmeringen bij het verrichten van zware nek en schouder belastende activiteiten, die bovendien langdurig volgehouden en chronisch herhaald moeten worden.

De psychiater concludeerde:

“Ook in de eerdere periode van 2006-2007 waarbij er toch forse gedragsonregelingen zijn geweest met suïcidale uitingen, geeft de tot nu toe beschikbare informatie aan dat er eerder sprake is van een aanpassingsstoornis met depressieve kenmerken dan een echte depressie in engere zin.

Het lijkt er meer op dat de gehele situatie bestaande uit de ernstige klachten van zijn echtgenote, de belasting die het runnen van het bedrijf in combinatie met de ervaren klachten met zich bracht, de financiële problematiek als gevolg hiervan, een cumulatie te zien heeft gegeven, die maakte dat betrokkene “er geen gat meer in zag”. Dit leidde tot de suïcidale uitingen die terecht serieus zijn genomen waarvoor betrokkene intensieve hulp heeft gehad in de vorm van een geprotaheerde opname (...)”

De psychiater vermeldt dat de man voor het ongeval milde klachten op psychiatrisch vlak heeft gehad en dat er aanwijzingen zijn dat hij

voordien stemmingsproblematiek had. De psychiater schrijft: “Niettemin lijkt er bij betrokkene, met deze persoonlijkheidsstructuur, sprake van redelijk goed geadapteerd functioneren tot aan het ongeval. Er zijn geen doorslaggevende overwegingen die het aannemelijk maken dat de premorbide problematiek een doorslaggevende rol speelt”.

Het hof neemt dit over.

De man vorderde € 85.000,- smartengeld wegens secundaire victimisatie. Volgens de man was er sprake van onrechtmatige schadeafwikkeling door Aegon. De rechtbank had deze vordering afgewezen.

Ter beoordeling van die stelling zet het hof de correspondentie op een rij. Het hof noteerde 43 acties in de periode van

Vermeldenswaard is dat op 14 september 2010 Aegon schriftelijk had voorgesteld de zaak af te kopen tegen betaling van een lumpsum ad € 150.000,-.

december 1999 tot en met 1 november 2013. Daarvan betreffen er 7 betalingen van een voorschot.

Vermeldenswaard is dat op 14 september 2010 Aegon schriftelijk had voorgesteld de zaak af te kopen tegen betaling van een lumpsum ad € 150.000,-.

Het hof merkt op dat uit de lange reeks van correspondentie een beeld rijst van een bijzonder stroperig letselschade dossier.

Vervolgens noemt het hof de beginselen 11 en 12 van de Gedragscode Behandeling Letselschade. Beginsel 11 houdt in dat na erkenning van aansprakelijkheid voorschotten worden betaald en onbetwiste delen van de gevorderde vergoeding worden uitgekeerd. Beginsel 12 vraagt in geval van een noodzakelijk medisch traject de belasting voor het slachtoffer te beperken en te streven naar tempo, objectiviteit en dialoog.

Het hof stelt dat voor de beoordeling of de wijze van behandelen van dit dossier door Aegon onrechtmatig is ten opzichte van de man niet met de maatstaven van nu (2018) op de afwikkeling van deze letselschadezaak mag worden teruggekeken. Leidend moet zijn wat de gebruikelijke gang van zaken indertijd was bij de afwikkeling van dit soort gecompliceerde letselschadezaken. Daarbij moet ook rekening worden gehouden met de invoering van de GBL in 2006, die toen in ieder geval ook voor Aegon als leidraad voor de afwikkeling van de onderhavige zaak gold.

Het hof weegt in het nadeel van de man mee dat hij pas drie jaar na het ongeval

Aegon aansprakelijk heeft gesteld. Het hof vermeldt dat uit de correspondentie blijkt dat de schadebehandeling door de opvolgende advocaten van de man niet steeds voortvarend is geweest, hetgeen niet aan Aegon kan worden tegengeworpen. De trage verstrekking van medische en financiële informatie tezamen met de niet ongebruikelijke slepende discussies over de persoon van de te benoemen deskundigen benoemt het hof ook.

Leidend moet zijn wat de gebruikelijke gang van zaken indertijd was bij de afwikkeling van dit soort gecompliceerde letselschadezaken. Daarbij moet ook rekening worden gehouden met de invoering van de GBL in 2006, die toen in ieder geval ook voor Aegon als leidraad voor de afwikkeling van de onderhavige zaak gold.

Toch wijst het hof de vordering niet af. Het hof rekent het Aegon aan dat een plotselinge koerswijziging lijkt te zijn ingezet met de komst van een nieuwe schaderegelaar, kenbaar uit een brief van 21 augustus 2007. Nadat vanaf half 2006 was gediscussieerd over de persoon van de arbeidsdeskundige werd in die brief voor het eerst het standpunt ingenomen dat voor de inschakeling van een dergelijke deskundige een beperkingenprofiel onmisbaar is, terwijl die eis in de voorafgaande correspondentie (6 brieven over en weer gedurende een jaar) niet werd gesteld.

In de brief van 21 augustus 2007 en daarop volgende brieven namens Aegon werd de medische causaliteit in twijfel getrokken door de door Aegon ingeschakelde medisch adviseur, die

de diagnose onvoldoende onderbouwd achtte. Diezelfde medisch adviseur achtte echter in zijn brief van 6 juni 2005 de diagnose wel onderbouwd.

Deze koerswijzigingen hebben volgens het hof de toch al niet voortvarend gevoerde onderhandelingen nog verder vertraagd en gecompliceerd. Het hof vindt het dan begrijpelijk dat de man hierdoor niet alleen gefrustreerd is geraakt, maar dat zijn toch al fragiele psychische toestand waarmee Aegon bekend was hierdoor is verslechterd. Hierbij betreft het hof dat de bevoorschotting pas in 2010 op gang is gekomen.

Het hof acht op grond van al deze feiten en omstandigheden de wijze van behandeling van dit dossier door Aegon onzorgvuldig en daarmee onrechtmatig tegenover de man. Het hof acht het aan nemelijk dat de man hierdoor immateriële schade heeft opgelopen. Het hof stelt deze schade vast op € 10.000,-.

Commentaar

Onzorgvuldige schadeafwikkeling is in de literatuur door meerdere schrijvers besproken.¹ Het verschuldigd worden van wettelijke rente is te zien als eerste civielrechtelijke sanctie. Wie afwikkeling vertraagt krijgt de rekening daarvoor gepresenteerd in de vorm van de wettelijke rente. Dat gaat een aantal schrijvers niet ver genoeg, wanneer het gaat om schadeafwikkeling door de verzekeraar van de aansprakelijke partij. Geopperd is een sanctie daarop te gieten in de vorm van een verhoging van het smartengeld of in een veroordeling in de werkelijke proceskosten die zijn gemaakt door het slachtoffer. Duidelijk mag zijn dat een verhoging van het smartengeld buiten rechte kan, terwijl een veroordeling in de werkelijke proceskosten alleen in rechte kan. Dit vergt dat het slachtoffer procedeert tegen de verzekeraar. Dat laatste is nogal een beperking van de mogelijkheid om onrechtmatige schadeafwikkeling af te straffen.

In deze zaak is het hof op voorzet van de man meegegaan in toekenning van een smartengeld. Daarmee lijkt het hof

Het oordeel van het hof begint met een overweging die alleen maar kan worden toegejuicht en inhoudt: oordeel niet naar de normen van nu over gedragingen uit het verleden.

verder te gaan dan in de literatuur is bepleit, aangezien daar de oplossing vooral werd gezocht in een ophoging van het smartengeld en niet zo zeer in toekenning van een specifiek smartengeld. Dogmatisch valt de toekenning van smartengeld in geval van onrechtmatige schadeafwikkeling wel te begrijpen. Naast compensatie voor ondervonden leed heeft smartengeld ook een genoegdoeningsfunctie. Het slachtoffer ervaart genoegdoening en erkenning doordat hem smartengeld ten laste van de dader wordt toegekend. Voorts is in het algemeen voorstelbaar dat een onrechtmatige schadeafwikkeling een zelfstandige oorzaak van leed vormt voor het slachtoffer.

Tegen deze achtergrond is het oordeel van het hof dat Aegon in dit geval onrechtmatig handelde en daardoor schade heeft veroorzaakt een begrijpelijk en rechtvaardig oordeel.

De met het arrest gepubliceerde informatie laat mijns inziens ruimte voor twijfel en vragen. Ik licht dit toe:

Het oordeel van het hof begint met een overweging die alleen maar kan worden toegejuicht en inhoudt: oordeel niet naar de normen van nu over gedragingen uit het verleden.

Vervolgens komt er een overweging, die ik niet kleurloos kan noemen:

“Naar de ervaring van dit hof was een dergelijke trage afhandeling door verzekeraars echter niet ongebruikelijk voor dit soort zaken in de periode tot 2006.”

Het zijn in de ogen van het hof kennelijk de verzekeraars die als enige verantwoordelijk zijn voor het tempo van afwikkeling en dus als enige daarop invloed hebben. Het hof noemt immers enkel en alleen de verzekeraars. Dat lijkt

mij een nogal eenzijdig, gegeneraliseerd en populistisch beeld. Het is een beeld dat niet juist kan zijn, omdat het impliceert dat de verzekeraar de baas is, alsof de wensen van het slachtoffer en de deskundigen aan diens zijde hierin geen rol spelen, als of deze partijen krachteloos en met lege handen staan ten aanzien van ongewenste vertraging. Dat is uiteraard niet zo. Daar komt nog bij dat in dit concrete geval het hof zelf meerdere factoren noemt aan de zijde van het slachtoffer die, terughoudend geformuleerd, het tempo van afwickelen niet hebben bevorderd.

Ronduit opvallend daarbij is dat het hof voorbij gaat aan het feit dat Aegon al op 1 september 2010 een afwikkelingsvoorstel ad € 150.000,- had gedaan. Dat de man dat aanbod niet pakte, waardoor maar niet afgewikkeld werd rekent het hof hem niet aan. Uit het arrest blijkt niet wat de onderbouwing van dit voorstel is, noch welke van de door de man tot dan gevorderde schadeposten hierin waren verdisconteerd. Achteraf oordelend is deze beslissing van de man juist gebleken, maar als het gaat om vlot afwickelen is hier wel een kans door de man gemist.

Het hof heeft diverse concreet benoemde tot vertraging leidende c.q. bijdragende omstandigheden in haar afweging betrokken. Ik loop ze langs:

Het hof overweegt dat in het nadeel van de man weegt dat hij pas drie jaar na het ongeval Aegon aansprakelijk stelde, waardoor bij Aegon de twijfel werd gevoed over het causaal verband tussen de klachten van de man en het ongeval. Op welke wijze het hof dat weegt blijkt niet uit de uitspraak en dat valt vanuit de behoefte van de praktijk te kunnen beschikken over begrijpelijke en toepasbare richtlijnen te betreuren. De man had dit verklaard door op te merken dat het letsel van zijn echtgenote ernstiger leek en hij zich daarom op haar herstel heeft gericht. Het hof acht dit wel begrijpelijk van de man. Het lijkt er op dat in de visie van het hof deze verklaring de vertragende omstandigheid neutraliseert, maar zeker durf ik dat niet te





concluderen. De betekenis van deze twee omstandigheden (late aansprakelijkstelling en verklaring daarvoor) is mij daardoor niet helder. In ieder lijkt mij duidelijk dat het feit dat de man 3 jaar heeft gewacht met het aansprakelijk stellen van Aegon, buiten de invloedssfeer van Aegon ligt.

Het hof overweegt tevens dat uit de opgesomde correspondentie blijkt dat de schadebehandeling door de opvolgende advocaten van de man niet steeds voortvarend is geweest, hetgeen niet aan Aegon kan worden tegengeworpen. Dat is een omstandigheid die kennelijk in het nadeel van de man weegt. Het hof knoopt daar in haar arrest echter geen duidelijke consequentie aan. Er is bijvoorbeeld geen chronologische uitsplitsing gemaakt van de periode c.q. duur van de vertraging die uit deze omstandigheid voortvloeit. Hoe deze omstandigheid is verdisconteerd is hierdoor door mij niet vast te stellen.

Ook merkt het hof op dat slepende discussies over de persoon van de als deskundigen te benoemen neuroloog en arbeidskundigen in letselschadezaken helaas niet ongebruikelijk waren en zijn, zeker indien het letsel een postwhiplash-syndroom betreft. Het hof volstaat slechts met deze constatering. Of en hoe dit meeweegt komt in de uitspraak niet tot uiting.

Wel rekent het hof de plotselinge koerswijziging die werd ingezet met de brief

van 21 augustus 2007 Aegon zwaar aan. De koerswijziging bestaat er uit dat voorafgaand aan het voorgenomen arbeidsdeskundig onderzoek een beperkingenprofiel wordt verlangd. Iets wat voordien in de correspondentie niet aan de orde was geweest. Dit oordeel van het hof is moeilijk te volgen. Er zijn een aantal bezwaren aan te voeren:

Het is alleszins gebruikelijk en ook wenselijk dat een arbeidsdeskundige alvorens diens werkzaamheden te starten de beschikking heeft over een beperkingenprofiel. Vooral als de opdracht luidt om vast te stellen in welke mate betrokkene beperkt is zijn beroep uit te oefenen, op welke wijze in de door de beperkingen veroorzaakte (taken) uitval kan worden voorzien en wat de restcapaciteit van betrokkene is. Bij gebreke van een beperkingenprofiel kan de arbeidsdeskundige de belastbaarheid uitsluitend weergeven op basis van de door betrokkene aangegeven beperkingen. Dat kan een betrokkene doorgaans zelf ook wel, daar is geen arbeidsdeskundige voor nodig. Ik vermag niet in te zien dat Aegon hier onrechtmatig handelde door een beperkingenprofiel te verlangen. Integendeel. Je zou zelfs kunnen stellen dat de belangenbehartiger een beroepsfout maakt door niet te vragen om een beperkingenprofiel. Juist bij een zelfstandig ondernemer is dit een belangrijk onderdeel van de beoordeling van zijn –eventueel: gedeeltelijke– arbeidsongeschiktheid. Vergelijk de vaststelling van de (mate van) arbeidsongeschiktheid in de particuliere AOV en in het sociale verzekeringsstelsel.

Het hof heeft moeite met deze wijziging van koers door Aegon. Afgezet tegen het Poolmolen-arrest is dat een moeilijk te begrijpen verwijt.² Zoals bekend had het slachtoffer in die zaak 23,5 jaar(!) consistent gesteld dat hij in de situatie zonder ongeval de exploitatie van de Poolmolen zou hebben voortgezet tot aan zijn pensionering. In hoger beroep, na een eerder tussenarrest, wijzigde hij deze stelling plotseling. De nieuwe stelling luidde dat hij na 3 jaar de exploitatie zou hebben gestaakt en dan op Hbo-niveau een betaalde baan zou hebben gevonden. De HR vond die koerswijziging acceptabel, want eigen

aan de herstelfunctie die hoger beroep in ons rechtssysteem heeft.

Ook rekent het hof Aegon aan dat in 3 brieven in 2007 de medische causaliteit in twijfel wordt getrokken door de medisch adviseur. De medisch adviseur acht de diagnose onvoldoende onderbouwd. Het hof wijst er op dat diezelfde medisch adviseur in 2005 de diagnose wel voldoende onderbouwd achtte. Het hof heeft de betreffende overwegingen van de medisch adviseur niet weergegeven, waardoor we het moeten doen met deze algemene kwalificatie. Of en in hoeverre er feiten in het dossier zijn bijgekomen sedert 2005 die maken dat de medisch adviseur later de causaliteit wel in twijfel kon trekken, is aldus niet door de lezer vast te stellen.

Als gevolg van voortschrijdend inzicht kan een wijziging als deze zich voordoen. Dat verdient geen schoonheidsprijs, maar om dat onzorgvuldig te achten en wel zodanig dat het kwalificeert als onrechtmatig gedrag, vraagt toch wel om meer inzicht in de gedachtegang (...)

In zijn algemeenheid kan als gevolg van voortschrijdend inzicht een wijziging als deze zich voordoen. Dat verdient geen schoonheidsprijs, maar om dat onzorgvuldig te achten en wel zodanig dat het kwalificeert als onrechtmatig gedrag, vraagt toch wel om meer inzicht in de gedachtegang dan het hof hier laat zien. Bovendien laat zich de vraag stellen of net zo streng wordt geoordeeld over een dergelijke wijziging van standpunt, als dat aan de zijde van de man gebeurt. Mogelijk speelt hier een rol dat de

Het hof maakt in haar arrest voor mij niet duidelijk of en op welke wijze zij deze regels van ons hoogste rechtscollege in dit geval heeft toegepast. Dat maakt het arrest op dit onderdeel moeilijk te begrijpen.

Nederlandse Vereniging voor Neurologie de richtlijn voor de vaststelling van blijvende invaliditeit voor whiplash in 2007 wijzigde? Het is helaas niet vast te stellen, omdat het hof hierover geen verdere inhoudelijke overwegingen heeft gegeven.

Een ander probleem dat ik heb met het oordeel van het hof, is dat het hof niet heeft vastgesteld dat de man immateriële schade heeft geleden. Nu lijkt mij dat ook niet doenlijk, gelet op de door het hof geciteerde diagnose van de psychiater. Deze luidt:

“Het lijkt er meer op dat de gehele situatie bestaande uit de ernstige klachten van zijn echtgenote, de belasting die het runnen van het bedrijf in combinatie met de ervaren klachten met zich bracht, de financiële problematiek als gevolg hiervan, een cumulatieve te zien heeft gegeven, die maakte dat betrokkene “er geen gat meer in zag”.

De psychiater heeft aldus niet (vast)gesteld dat als gevolg van de Aegon verweten koerswijzigingen de psychische problematiek bij de man is ontstaan.

In de publicatie van het arrest grijpt het hof dan ook niet terug op de rapportage van de deskundige, de psychiater. In die zin is er geen motivering van het oordeel dat Aegon onrechtmatig handelde. Uit

het arrest blijkt niet van een diagnose op psychiatrisch gebied. Gelet op het arrest Bos-Ontvanger is dat toch wel een vereiste.³ In die zaak claimde Bos immateriële schadevergoeding vanwege de door hem ondervonden gevolgen van een door de Ontvanger onterecht gelegd beslag. Het hof had ten aanzien van Bos overwogen dat in de regel in dit soort gevallen sprake zal zijn van een meer of minder sterk psychisch onbehagen, maar vond dat Bos er niet in was geslaagd aannemelijk te maken dat hij zodanig onder het optreden van de ontvanger had geleden, dat er sprake was van geestelijk letsel. Ik wijs er op dat Bos vanwege de spanningen die het optreden van de Ontvanger bij hem opriepen, enkele malen opgenomen was geweest in een psychiatrisch ziekenhuis. Hij had zelfs meer dan eens gepoogd zelfmoord te plegen. Aan Bos werd geen immateriële schadevergoeding toegekend en de HR vond dat een begrijpelijk oordeel van het hof.

In het Taxibus-arrest stelde de HR als eis dat er sprake moet zijn van geestelijk letsel, hetgeen in het algemeen slechts het geval zal zijn indien sprake is van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld.⁴ Het hof maakt in haar arrest voor mij niet duidelijk of en op welke wijze zij deze regels van ons hoogste rechtscollege in dit geval heeft toegepast. Dat maakt het arrest op dit onderdeel moeilijk te begrijpen. Mogelijk is dat anders wanneer we inzage zouden hebben gekregen in dezelfde stukken als het hof kreeg te zien.

In ieder geval is dit arrest vanwege de vragen die het onbeantwoord laat tezamen met de voor kritiek vatbare overwegingen, voor de rechtspraak mijns inziens niet te beschouwen als een aanwinst. In die zin is het arrest toch een beetje als een gemiste kans te beschouwen. En dat is jammer, want dat het hof hier knopen heeft gehakt in dit geschil is weliswaar haar (vaak: ondankbare) taak, maar verdient wel respect. Dat geldt wat mij betreft des te sterker nu het hof zich heeft gewaagd aan een beslissing op een nog onontgonnen gebied, namelijk dat van de civielrechtelijke sanctie op ongewenst gedrag in een letselschadezaak.

Recent heeft de HR in een andere context daarover geoordeeld in zijn arrest van 6 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1103, RvdW 2018/1433. In die zaak ging het om de vraag of aan de WAM verzekeraar beroep toekomt op art. 7:941 lid 5 BW tegenover de benadeelde partij die de opzet heeft de verzekeraar te misleiden. De HR zag daarvoor geen ruimte, onder meer omdat voor deze civielrechtelijke sanctie geen uitdrukkelijke wettelijke basis bestond.⁵ Het hof durft hier verder te gaan dan de HR, dat is wel gebleken. Het zou mooi geweest zijn als het hof regels had kunnen geven voor de beoordeling die zich niet beperken tot slechts de aansprakelijke verzekeraar, maar in gelijke mate opgaan voor de belangenbehartiger. Dan komt er op dit deel-terrein daadwerkelijk vooruitgang en evenwichtigheid.





Overgangsartikelen bij verjaring van verzekeringsvorderingen

door **Sanne de Nijs**

| advocaat bij Bosselaar en Strengers Advocaten

In PIV Bulletin 3, juni 2017, is aandacht besteed aan het door het Hof Amsterdam na verwijzing¹ gewezen arrest van 14 februari 2017². Het hof overwoog in die uitspraak dat onmiddellijke werking van het verjaringsregime, zoals dat in 2006 is ingevoerd, tot een enorme administratieve en financiële last voor de verzekeraars zou leiden en oordeelde op basis daarvan dat de onmiddellijke werking van het nieuwe verjaringsregime buiten toepassing moest blijven. Verzekerde heeft tegen dit oordeel van het hof cassatie ingesteld. Bij arrest van 18 mei 2018 heeft de Hoge Raad³ het oordeel van het Hof Amsterdam bekrachtigd. Om de serie af te ronden wordt in deze bijdrage kort ingegaan op deze afsluitende uitspraak van de Hoge Raad.

Casus

In de onderhavige kwestie tussen Allianz Nederland Schadeverzekering ('Allianz') en haar verzekerde bestond discussie over de vraag of Allianz gehouden was dekking te verlenen onder de woonhuisverzekering, voor schade die verzekerde door brand had geleden. Allianz heeft bij brief van 13 mei 2004 dekking geweigerd omdat (onder meer)

sprake zou zijn van merkelijke schuld van de verzekerde (in de zin van artikel 294 WvK (oud)). In 2005 hebben Allianz en verzekerde gecorrespondeerd over de omvang van de schade. Bij brief van 2 juli 2009 heeft verzekerde opnieuw aanspraak gemaakt op uitkering uit hoofde van de woonhuisverzekering. Allianz heeft zich er vervolgens op beroepen dat de vordering van verzekerde is verjaard.

Verjaringsregime

Op deze casus is het verjaringsregime van toepassing zoals dat gold van 1 januari 2006 tot 1 juli 2010. Op grond van het toen geldende artikel 7:942 BW verjaarde een verzekeringsclaim 3 jaar na de dag dat de tot uitkering gerechtigde met de opeisbaarheid van de claim bekend was geworden. Na de aanspraak ging niet automatisch een nieuwe verjaringstermijn lopen. Pas nadat de verzekeraar de aanspraak ofwel had erkend, ofwel op de juiste wijze had afgewezen, ging een nieuwe verjaringstermijn, van slechts 6 maanden, lopen. De verzekeraar diende de aanspraak bij aangetekende brief af te wijzen. In deze brief moest bovendien ondubbelzinnig worden medegedeeld dat de aanspraak werd afgewezen en moest ondubbelzinnig worden gewezen op het rechtsgevolg dat de vordering na 6 maanden zou verjaren.

Opgemerkt wordt dat het verjaringsregime in 2010 wederom is gewijzigd. Op grond van het thans geldende artikel 7:942 BW verjaart een rechtsvordering tegen de verzekeraar tot het doen van een uitkering 3 jaar na de dag dat de tot uitkering gerechtigde met de opeisbaarheid van de vordering bekend was geworden. Deze verjaringstermijn wordt

gestuit door een schriftelijke aanspraak op uitkering. Daarna begint pas weer een nieuwe termijn van 3 jaar te lopen, wanneer de verzekeraar hetzij de aanspraak erkent, hetzij ondubbelzinnig heeft medegedeeld de aanspraak af te wijzen. De eis dat moet worden afgewezen bij aangetekende brief is komen te vervallen en de verjaringstermijn na de ondubbelzinnige afwijzing is thans 3 jaar in plaats van 6 maanden.

Onmiddellijke werking?

Het verjaringsregime zoals dat in deze kwestie gold is ingevoerd per 1 januari 2006. Op grond van artikel 68a lid 1 Ow NBW had dit artikel onmiddellijke werking. Deze onmiddellijke werking bracht mee dat na een tijdige aanspraak op uitkering alleen een nieuwe verjaringsstermijn ging lopen als de verzekeraar deze aanspraak bij aangetekende brief, ondubbelzinnig afwees, waarbij bovendien ondubbelzinnig werd gewezen op de verjaringstermijn van 6 maanden.



Het Hof Den Haag⁴ oordeelde dat verzekerde na 31 december 2005 geen schriftelijke aanspraak op uitkering had gemaakt, zodat niet aan de orde was of Allianz die aanspraak had afgewezen conform de eigen van artikel 7:942 BW (oud). Vervolgens oordeelde het Hof Den Haag dat de op 1 januari 2006 nog lopende (contractuele) verjaringstermijn was voltooid op het moment dat verzekerde op 2 juli 2009 opnieuw aanspraak maakte op uitkering.

In de eerste Hoge Raad uitspraak⁵ werd overwogen dat het Hof Den Haag niet had vastgesteld dat Allianz op de voorgeschreven wijze de aanspraak op uitkering had afgewezen (Allianz had ook niet op de voorgeschreven wijze afgewezen). Daarom was het volgens de Hoge Raad zonder nadere motivering onbegrijpelijk dat het Hof Den Haag had geoordeeld dat de op 1 januari 2006 nog lopende contractuele verjaringsstermijn was voltooid op het moment dat verzekerde op 2 juli 2009 opnieuw aanspraak maakte op uitkering. De Hoge Raad verwees de zaak naar het Hof Amsterdam, om te oordelen over de door het Hof Den Haag in het midden gelaten stellingen, waaronder het beroep van Allianz op artikel 75 Ow NBW.

Op grond van de overwegingen van de Hoge Raad zou geconcludeerd kunnen worden dat verzekeraars die voor 1 januari 2006 een aanspraak op uitkering hadden afgewezen (maar niet conform de per 1 januari 2006 geldende eisen) en waarvan de toen geldende (al dan niet contractuele) verjaringstermijn op 1 januari 2006 nog niet was voltooid, alsnog zouden moeten afwijzen conform de eisen van artikel 7:942 BW (oud). Zouden zij dat niet doen, dan zou geen verjaringstermijn lopen.

Allianz heeft – na verwijzing – onbetwist gesteld dat dit betekende dat zij ongeveer 2,5 miljoen aangetekende brieven aan verzekerden met een nog niet verjaarde reeds afgewezen schadeclaim diende te sturen, om er zeker van te zijn dat alsnog een verjaringstermijn zou gaan lopen. Dat zou Allianz miljoenen hebben gekost en bovendien op praktische bezwaren stuiten.

Allianz deed daarom een beroep op artikel 75 Ow NBW en stelde dat de onmiddellijke werking van artikel 68 Ow NBW buiten toepassing diende te blijven. Artikel 75 Ow NBW bepaalt dat de overgangswet buiten toepassing blijft in zaken van overgangsrecht, indien de gelijkenis met zulke gevallen daartoe noopt of indien de toepassing onder de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

Het Hof Amsterdam oordeelde, na verwijzing, dat onmiddellijke werking van artikel 7:942 (oud) BW onder de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn en daarom buiten toepassing moet blijven. Het beroep van Allianz op verjaring werd derhalve alsnog gehonoreerd en de vorderingen van verzekerde werden afgewezen.⁶

De Hoge Raad

De Hoge Raad laat het oordeel van het Hof Amsterdam in stand. De Hoge Raad overweegt daartoe dat de maatstaf van artikel 75 Ow NBW noopt tot terughoudendheid en dat de wetgever daarmee een beperkte mogelijkheid in het leven heeft willen roepen om te kunnen afwijken van het uitgangspunt van onmiddellijke werking. Voorts vraagt de Hoge Raad zich af of de wetgever zich ervan bewust is geweest dat onmiddellijke werking ertoe leidt dat in alle gevallen waarin op enig tijdstip voor 1 januari 2006 aanspraak op uitkering is gemaakt, alleen dan een verjaringsstermijn is aangevangen indien de verzekeraar die aanspraak heeft afgewezen of alsnog afwijst op de in artikel 7:942 lid 2 BW (oud) voorziene wijze. De overweging van het Hof Amsterdam dat de rechtsbescherming van de verzekerde die hiermee is beoogd niet opweegt tegen de omvangrijke administratieve en financiële gevolgen daarvan voor Allianz wordt door de Hoge Raad in stand gehouden. De Hoge Raad concludeert dan ook dat het Hof Amsterdam terecht heeft geoordeeld dat onmiddellijke werking van artikel 7:942 BW (oud) in een geval als het onderhavige naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Het cassatieberoep van de verzekerde wordt verworpen. Daarmee komt een einde aan deze langlopende procedure en deze serie over overgangsartikelen bij verjaring van verzekeringsvorderingen. De uitkomst zal voor verzekeraars een opluchting zijn.



Erkenning van aansprakelijkheid en... verzekering!

door Maxime Willemse
en Lorien Scholte



Op 4 december 2018 organiseerde de Erasmus School of Law ter gelegenheid van haar 10-jarig bestaan van de masteropleiding Aansprakelijkheid en Verzekering een symposium.¹ Het symposium stond in het teken van erkenning van aansprakelijkheid en verzekering.

Inleiding

De dagvoorzitter was professor Van Tiggele.² Zij opende het symposium met een weergave van de verhouding tussen aansprakelijkheid en verzekering. Daarbij wees ze op art. 7:953 BW het verbod tot erkenning van aansprakelijkheid, waarin ook de nuance ligt besloten dat bepaalde erkenningen zijn toegestaan. Het is de vraag waar precies de grens ligt. Om het thema verder aan de orde te brengen, werd een filmpje afgespeeld waaruit naar voren kwam dat ook in de medische sfeer het onderscheid tussen een fout en een complicatie niet altijd even makkelijk te maken is.³ Na het filmpje werd kort een aantal actualiteiten omtrent openheid van zaken in de medische wereld aangestipt. Vervolgens werd de eerste spreker, professor Hartlief, geïntroduceerd met een blik op het verleden.⁴ Terug naar de tijd waarin Hartlief en Lindenbergh samen in Leiden discussieerden over de vraag: "Erkenning van aansprakelijkheid. Wat is dat eigenlijk?"

Erkenning van aansprakelijkheid. Wat is dat eigenlijk?

Professor Hartlief startte zijn betoog met het onder de aandacht brengen van twee gevallen waarbij ter discussie stond of aansprakelijkheid was erkend. Erkenning van aansprakelijkheid is volgens Hartlief gevoelige en lastige materie aangezien je te maken hebt met verschillende partijen die elk hun eigen behoeften hebben. Het gaat dan om het slachtoffer, de laedens en de verzekeraar. Of je aansprakelijk bent, wordt uiteindelijk in rechte vastgesteld, als het daarop aankomt door de rechter. Hartlief stelde zichzelf de vraag of erkenning van aansprakelijkheid van invloed is op het aansprakelijkheidsoordeel. Als deze vraag bevestigend zou moeten worden beantwoord, zou dit volgens hem te vergaande gevolgen hebben. Stel, dat de erkenning wel van invloed zou zijn op het aansprakelijkheidsoordeel dan is de vervolgvraag of je ook kan terugkomen op die erkenning. Aan de hand van jurisprudentie en literatuur probeerde hij op deze vraag een antwoord te formuleren. Er zijn daarbij volgens hem drie arresten die nog steeds sterk het debat bepalen, te weten: OHRA/Goilo, Peters/Van Elswijk en Crals/Maastricht.⁵ Voordat op deze arresten werd ingegaan nam Hartlief het publiek mee in de visie van Brunner.⁶ Brunner stelde zich de vraag of een verzekeraar eerst dekking kon aanvaarden en vervolgens hierop kon terugkomen door de dekking alsnog af te wijzen. Zijn visie kan ter inspiratie dienen voor wat erkenning van aansprakelijkheid is. Het antwoord op de vraag of je kan terugkomen op erkenning van aansprakelijkheid hangt volgens Brunner af van de duiding. Een verzekerde zal doorgaans niet vragen om de vrijblijvende mening van de verzekeraar, maar veeleer geïnteresseerd zijn in het rechtsgevolg. Het gaat er dan om of je de erkenning mocht opvatten als een wilsverklaring met een op

dat rechtsgevolg gerichte wil.⁷ Als dat zo is dan hebben we te maken met een rechtshandeling. Volgens Brunner gaat het daarbij om een tweezijdige rechtshandeling die kan worden gekwalificeerd als een vaststellingsovereenkomst. Ook Asser, die bij de onderbouwing van zijn visie aansluiting zoekt bij Heemskerk, is van mening dat een dergelijke rechtshandeling grote gelijkenis vertoont met een vaststellingsovereenkomst.⁸ Mendel denkt daar echter anders over en vindt het meer een eenzijdig gerichte rechtshandeling, maar zegt verder niets over de inhoud.⁹ De kwalificatie van de rechtshandeling kan van betekenis zijn bij de beantwoording van de vraag of je eventueel op de erkenning terug kan komen. Een vaststellingsovereenkomst kan immers niet zomaar wegens dwaling worden vernietigd.¹⁰ De erkenning van aansprakelijkheid kan dus 'als aan de vereisten is voldaan' als een (eenzijdige/meerzijdige) rechtshandeling worden gekwalificeerd. Echter, de afwijzing van aansprakelijkheid moet gezien worden als een feitelijk handelen van de verzekeraar en niet echt als een rechtshandeling. Dit kan anders zijn als, zoals in het arrest OHRA/Goilo de afwijzing moet worden opgevat als een eigenlijke toezegging.¹¹ Dit is het geval als je kan aantonen dat de grond voor afwijzing zich niet heeft voorgedaan. Na deze contourenschets werd aan de hand van de rechtspraak het een en ander nader toegelicht. Hartlief sloot af met de conclusie dat de stand van de wetenschap nog niet veel verder is dan waar deze 20 jaar geleden was.

Aansprakelijkheid, erkenning en de inbedding ervan in het medische

Na professor Hartlief was het de beurt aan professor Legemaate.¹² Hij haakte aan bij Casper uit het filmpje dat werd getoond tijdens de inleiding van het symposium. Legemaate sprak over de actualiteiten op het gebied van medische aansprakelijkheid. Hij schetste een aantal belangrijke ontwikkelingen die zich de afgelopen jaren hebben voorgedaan, zoals de totstandkoming van de GOMA.¹³ In de GOMA is meer openheid voor artsen gecreëerd om te praten over fouten. Iedere fout is een incident, maar niet ieder incident is een fout. Legemaate ging in op de verplichtingen van de arts in het geval dat zich een incident heeft voorgedaan. Bij een incident dient de arts onder andere melding van het incident te doen bij het kwaliteitskanaal en de patiënt over het incident in te lichten. Het melden van een incident is in de relatie tussen de arts en het ziekenhuis 'blame-free', maar dit geldt niet in de relatie tussen de arts en de patiënt. Dit heeft ermee te maken dat aan een patiënt geen rechten mogen worden ontnomen. Een interessante invalshoek die Legemaate vervolgens aanstipte, was dat verzekeraars vanuit coulantie weleens uitkeringen doen aan patiënten waarbij zich een incident heeft voorgedaan. Ondanks dat dit geen



erkenning van aansprakelijkheid inhoudt, voelt het voor een arts vaak wel alsof hij een fout heeft gemaakt. Daarnaast wees hij op de mogelijkheid uit de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz) om een geschil voor te leggen aan de Geschillencommissie in plaats van aan de rechter. Legemaate is van mening dat hierbij mogelijk meer waarborgen moeten komen. Momenteel is er voor de Geschillencommissie geen belangenbehartiger nodig en doet een patiënt als hij naar de Geschillencommissie gaat, afstand van een aantal rechten. Hiermee sloot hij zijn betoog af. Door het publiek werden hierna nog enkele opmerkingen gemaakt. Zo was bij iemand het beeld ontstaan naar aanleiding van het 'foutenfestival voor jonge dokters', waar de gelegenheid werd gecreëerd om openlijk over fouten te praten, dat dit maatschappelijk gezien niet in goede aarde viel. Het was volgens een organisatie van dokters niet wenselijk dat dokters met elkaar openlijk over hun fouten spraken. Legemaate reageerde hierop dat het maatschappelijke component lastig blijft, maar dat in de relatie tussen arts en patiënt al wel een hoop is bereikt.

De driehoeksverhouding benadeelde-verzekerde-verzekeraar

Na de pauze opende promovenda Ruitenbeek-Bart haar betoog met de schaderegelingsdriehoek waarbij de formule 'A+V=U' werd geïntroduceerd.¹⁴ Vervolgens werd ingegaan op de erkenning van aansprakelijkheid binnen deze schaderegelingsdriehoek. Dit werd als eerste benaderd vanuit het recht en daarna vanuit de praktijk. Vooral het praktijkgedeelte bevatte een aantal nieuwe inzichten. Ruitenbeek-Bart heeft door middel van interviews geprobeerd de ervaringen van verschillende partijen in medische aansprakelijkheidszaken en verkeersaansprakelijkheidszaken in kaart te brengen. Allereerst werd de erkenning van aansprakelijkheid vanuit het perspectief van de aansprakelijkheidsverzekeraar besproken. Daarna werd ingezoomd op het perspectief van de aansprakelijke partij. Uit de interviews kon worden afgeleid dat er bij medische aansprakelijkheidszaken meer betrokkenheid was

tussen de veroorzaker en de benadeelde dan in verkeersaansprakelijkheidszaken. Bij verkeersaansprakelijkheidszaken voelden de veroorzakers van een ongeval zich vaak niet echt ter verantwoording geroepen. Het is de aansprakelijkheidsverzekeraar die voornamelijk zorgdraagt voor de afwikkeling van de schade. Pas bij een eventuele strafzaak werden de geïnterviewden voor hun gevoel geconfronteerd met de gevolgen van hun handelen. Dit leidde bij Ruitenbeek-Bart vooral in het kader van verkeersaansprakelijkheidszaken tot de vraag waar de aangesproken verzekerde is gebleven bij de afwikkeling van de schade. Zij sloot haar betoog dan ook af met de vraag: "Adam, waar ben je?". Deze vraag vormde aanleiding voor een discussie. Professor Van Tiggele stelde precies te weten waar Adam is gebleven en vroeg naar de strekking van het betoog. Ruitenbeek-Bart liet weten dat het haar vooral te doen is geweest om ervaringen van aangesproken partijen in beeld te brengen en dan voornamelijk de psychologische kant. Professor Van Tiggele merkte daarnaast op dat bij medische aansprakelijkheidszaken een arts het tuchtrecht vaak als negatief ervaart, maar dat uit het betoog van Ruitenbeek-Bart blijkt juist dat veroorzakers van verkeersongevallen het strafrecht vaak positief ervaren, omdat ze dan iets van de gevolgen merken. Uit het publiek kwam hiervoor een mogelijke verklaring. In medische aansprakelijkheidszaken bestaat er vaak al een relatie tussen de arts en zijn patiënt. Deze relatie is er bij een verkeersongeval meestal niet. Dit leidt ertoe dat in medische aansprakelijkheidszaken sowieso al meer betrokkenheid is. Ruitenbeek-Bart nuanceerde deze visie met het voorbeeld dat een arts op de eerste hulp ook geen vertrouwensrelatie heeft met zijn patiënt en dat het ook je buurman kan zijn die je aanrijdt. De relatie ontstaat volgens haar (mede) door het ongeval.

Erkenning van aansprakelijkheid en beroepszieken

Professor Lindenberg sloot het symposium af met een overzicht van de ontwikkelingen in het kader van de afwikkeling van beroepsziektenclaims.¹⁵ Daarbij vertelde hij dat ook nu nog het bewijs van beroepsziekten een lijdensweg is. Ten tijde van het symposium was net de onderzoeksfase naar de knelpunten en kansen voor een gedragscode voor beroepsziekten afgerond. De knelpunten kunnen worden gevonden in de (multi)causaliteit, fact-finding, battle of experts en voorinvestering. De kansen zijn onder andere gelegen in het ontwerpen van een stappenplan waarin zou moeten worden opgenomen hoe men met dit soort zaken moet omgaan. Het onderzoek bevindt zich op dit moment in de ontwerpfase. Er vindt in 2019 een verdere verkenning plaats, waar de mogelijke kansen liggen. De verwachting is dat dit in 2020 zal resulteren in de formulering van een gedragscode. Iedereen is uitgenodigd om mee te denken.



Afsluiting

Aan het eind van het symposium kon conclusie worden getrokken dat er nog een hoop onduidelijkheden zijn omtrent het dagthema erkenning van aansprakelijkheid... en verzekering! De tijd zal het leren hoe de erkenning als rechtshandeling moet worden gekwalificeerd en waar de grenzen liggen tussen het erkennen van aansprakelijkheid en het erkennen van fouten. Hierbij moeten de belangen en ervaringen van betrokken partijen niet uit het oog worden verloren.





Uw plicht, onze zorg in de letselschadepraktijk

30e LSA Symposium

door Peter van Steen

Het dertigste LSA Symposion, op vrijdag 25 januari 2019 in de Van Nelle Fabriek in Rotterdam, stond in het teken van de zorgplicht. Dit veelzijdige thema werd vanuit verschillende disciplines belicht, in presentaties door een hoogleraar Privaatrecht, een hoogleraar Burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht, een promovenda Burgerlijk recht, een raadsheer, een pastoor, een oud-anesthesioloog en een advocaat. Hoe zit het met de zorgplicht binnen deze disciplines? Hoe zit het met de zorgplicht van de overheid? En zorgvuldig procederen, hoe doe je dat? De circa 500 deelnemers werden in het industriële monument in Rotterdam, een UNESCO-werelderfgoed, actief bij de discussies betrokken door dagvoorzitter en televisiepresentatrice Astrid Joosten.

Het thema van de dag werd ingeleid door de voorzitter van LSA, mr. Armin Vosselman. "Zorgplicht is een thema dat u natuurlijk allen aangaat", aldus Vosselman. "Elke dag weer staat u, als een bekwaam letselschadespecialist, stil bij alles wat u doet of u redelijk handelend te werk gaat. Het thema zorgplicht kent vele gedaanten. We zullen het gaan hebben over de zorgplicht van advocaten, rechters en deskundigen, maar ook over de zorgplicht ten opzichte van elkaar. Ook de vereniging LSA heeft een zorgplicht. We hebben de zorg voor de kwaliteit van onze leden en willen graag, als het gaat om kwaliteit, een standaard blijven. Daarnaast hebben we een zorgplicht ten aanzien van de positie van onze vereniging. Als vereniging LSA hebben we bijvoorbeeld met andere maatschappelijke partijen samengewerkt, om ervoor te zorgen dat er een regeling zou komen voor nabestaanden en naasten van slachtoffers. En dat is gelukt, met de invoering van de wet Affectieschade per 1 januari 2019. Zo gaat zorgplicht ons allen aan!"



Armin
Vorsselman



Siewert
Lindenberg

Risico van onsmakelijke procespraktijken

Ook prof. mr. Siewert Lindenberg, hoogleraar Privaatrecht aan de Erasmus Universiteit in Rotterdam, refereerde aan de wet Affectieschade, maar dan om enkele punten van zorg daaromtrent te uiten. “De wet kent openingen en die gaan vragen oproepen”, aldus Lindenberg. “We hebben het criterium ‘ernstig en blijvend letsel’, dat wil zeggen 70 procent blijvende invaliditeit, maar de toelichting hierbij geeft enige ruimte om daar toch iets meer bij te betrekken. Dat gaat spanning opleveren, want de rechter moet oordelen of het een ernstig en blijvend letsel is of niet. De rechter kan niet, zoals in Frankrijk en België, vinden dat het letsel niet zo ernstig is en daarom de kring van gerechtigden kleiner maken of de vergoeding verlagen. Het is alles of niets. Het is onvermijdelijk dat u die spanning gaat verkennen, u gaat daarover procederen en dat mag, maar u hebt, denk ik, wel een gezamenlijke

wet geëvalueerd. Een van de grootste bedenkingen erbij was het risico van onsmakelijke procespraktijken. Blijkt dat straks schering en inslag te zijn, dan weet ik niet hoe dat gaat aflopen.”

Noblesse oblige

Lindenberg bracht nog een andere zorg te berde, namelijk omtrent de buitengerechtelijke kosten. “U hebt allemaal samen de zorg voor een behoorlijk beeld van de letselschadeadvocaat. Noblesse oblige! De buitengerechtelijke kosten zijn uw grootste zorg en ook wel een zorg van mij. Er is heel veel debat over, onder meer over de PIV-staffel, in deelgeschillen en daarbuiten. Er gaat veel aandacht, tijd en geld naar uit. Deelgeschillen enkel over de buitengerechtelijke kosten zijn geen uitzondering meer. In 2015 hebben we samen met Noorse en Engelse onderzoekers de culturen van letselschadeafwikkeling onderzocht. Met name het Engelse onderzoek vond ik heel interessant. Engeland is toch wel het Amerika van Europa geweest, met over-commercialisering en exorbitante transactiekosten, die uiteindelijk tot wettelijk ingrijpen hebben geleid en tot het opdrogen van een groot deel van de letselschadepraktijk. Ik hoop niet dat dit uw voorland is, maar de wijze waarop met buitengerechtelijke kosten wordt omgegaan, roept wel vragen op. Moet je bijvoorbeeld in dat debat over buitengerechtelijke kosten niet iets meer doen met de economische wetmatigheid dat er een harde relatie is tussen het belang van de zaak en de vergoeding van de kosten?”

Het belang van mediation

Prof. mr. Carla Klaassen, hoogleraar Burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht aan de Radboud Universiteit in Nijmegen, besprak in haar presentatie de zorgplicht in het proces en het zorgvuldig procederen. “De eerste vraag is dan wanneer je naar de rechter stapt en wanneer andere routes zijn aangewezen”, aldus Klaassen. “Een procedure is ‘ultimum remedium’, maar ik meen dat er nog steeds zaken bij de rechter terechtkomen die men naar mijn mening beter langs een andere route had kunnen oplossen. Dan denk ik in het bijzonder aan mediation. Ik vind dat in letselschadezaken nog steeds te weinig gebruik van mediation wordt gemaakt, terwijl het terrein van letselschades

We hebben het criterium ‘ernstig en blijvend letsel’, dat wil zeggen 70 procent blijvende invaliditeit, maar de toelichting hierbij geeft enige ruimte om daar toch iets meer bij te betrekken. Dat gaat spanning opleveren, want de rechter moet oordelen of het een ernstig en blijvend letsel is of niet.

Siewert Lindenberg | hoogleraar Privaatrecht aan de Erasmus School of Law

verantwoordelijkheid voor de rechtsontwikkeling. Het maximale financiële bedrag is naar mijn mening niet steeds per definitie het belang van uw cliënt. Ik vind het interessant na te gaan of partijen hun krachten kunnen bundelen, om samen te kijken welke vragen in dit verband echt belangrijk zijn. Ik weet dat het PIV ervoor openstaat om relevante vragen, eventueel losgekoppeld van de dossiers, als prejudiciële vragen aan de Hoge Raad voor te leggen. Dat geeft de mogelijkheid om dat overwogen en fatsoenlijk te doen. Want let op: over vijf jaar wordt de



Astrid Joosten

Een procedure is 'ultimum remedium', maar ik meen dat er nog steeds zaken bij de rechter terechtkomen die men naar mijn mening beter langs een andere route had kunnen oplossen. Dan denk ik in het bijzonder aan mediation.

Prof. mr. Carla Klaassen | hoogleraar Burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht aan de Radboud Universiteit in Nijmegen

bij uitstek een terrein is waarop mediation voordelen kan bieden. Immers, letselschadeslachtoffers hebben weliswaar behoefte aan financiële genoegdoening, maar ook een grote behoefte aan erkenning van hun situatie, duidelijkheid en praktische oplossingen op korte termijn. We weten allemaal dat procedures over letselschadezaken nog steeds lang kunnen duren en voor slachtoffers emotioneel belastend kunnen zijn. Voor die emoties is meestal weinig ruimte, hoe empathisch de rechter zich ook opstelt, omdat de insteek toch in de regel een financiële vordering is waarover moet worden geoordeeld. Juist in mediation

De kern van zorgvuldig procederen is wat mij betreft in de eerste plaats wederzijds respect.

Prof. mr. Carla Klaassen | hoogleraar Burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht aan de Radboud Universiteit in Nijmegen

kan dat anders zijn en kunnen de emotionele aspecten van een zaak meer aandacht krijgen. Een ander voordeel van mediation is, dat men eerder toekomt aan het nadenken over andersoortige oplossingen dan, oneerbiedig gezegd, een zak geld. Die andere praktische oplossingen komen wellicht meer tegemoet aan de behoeften van slachtoffers. Overigens kan mediation niet alleen voor slachtoffers een aantrekkelijke oplossing zijn, maar ook voor verzekeraars, omdat mediation in het algemeen sneller tot een uitkomst leidt en in de regel goedkoper dan een

procedure is. Een lastig punt voor u als letselschadeadvocaat is wellicht dat mediation voor uw kantoor minder oplevert. Ik hoop echter dat u zich door uw gedragsregels zult laten leiden, waarin is vastgelegd dat uitsluitend het belang van uw cliënt de wijze moet bepalen waarop u zaken behandelt."

Kern van zorgvuldig procederen

"De kern van zorgvuldig procederen", aldus Carla Klaassen, "is wat mij betreft in de eerste plaats wederzijds respect. Een verzekeraar of een verzekeringsadvocaat wint echt niets door de klachten van een slachtoffer of de situatie waarin het slachtoffer is terechtgekomen, te bagateliseren. Andersom dragen snedige, stigmatiserende opmerkingen over een vermeend trainerende verzekeraar evenmin iets bij. In de tweede plaats vereist zorgvuldigheid dat goed moet worden gekeken of een slachtoffer op de langere termijn wel gediend is met zo'n zak geld. Wij zijn als juristen traditioneel erg geneigd om een zaak vanuit een financieel belang in te steken. We stellen vast welke mogelijkheden voor het slachtoffer verloren zijn gegaan, plakken daar een prijskaartje op en gaan daarover eventueel procederen. Is het slachtoffer niet meer gebaat bij een emotioneel minder belastende route die wellicht eerder tot een oplossing leidt? Niet alleen het starten van een procedure dient naar mijn mening 'ultimum remedium' te zijn, maar in zekere zin ook het voortzetten ervan, al dan niet in appel. Een zorgvuldig procederend advocaat dient tussentijds regelmatig met zijn cliënt af te stemmen, of dat nu de verzekeraar is of het slachtoffer, of zij nog wel op de goede weg zijn. Ik roep u daarom op regelmatig te herijken of tussentijds schikkingsoverleg of misschien een tussentijdse mediationpoging niet verstandig zou zijn."

Zorgplicht van de aansprakelijke partij

De zorgplicht van en voor de aansprakelijke partij was het onderwerp van mr. Femke Ruitenbeek-Bart, promovenda Burgerlijk recht aan de Erasmus Universiteit in Rotterdam. Over het eerste aspect, de zorgplicht van de aansprakelijke partij, zei Ruitenbeek dat de invulling daarvan voor de hand ligt: de aansprakelijke moet de toegebrachte schade vergoeden (en daarnaast de schade beperken en



Carla Klaassen



Femke
Ruitenbeek-Bart

Bestaat er überhaupt zoiets als een zorgplicht van de aansprakelijke partij in het schaderegelingsproces? Wat verwachten we daarin van de aansprakelijke partij? Op het eerste gezicht niet zo veel.

mr. Femke Ruitenbeek-Bart | promovenda Burgerlijk recht aan de Erasmus Universiteit in Rotterdam

de schade herstellen). “Maar deze materiële of substantiële verplichtingen uit aansprakelijkheid zeggen nog niet veel over wat van de aansprakelijke partij wordt verwacht in het proces van nakoming daarvan”, aldus Ruitenbeek. “Bestaat er überhaupt zoiets als een zorgplicht van de aansprakelijke partij in het schaderegelingsproces? Wat verwachten we daarin van de aansprakelijke partij? Op het eerste gezicht niet zo veel. Want in de praktijk ligt de nakoming van die materiële verplichtingen bij de aansprakelijkheidsverzekeraar, zeker nu schadevergoeding nog altijd de dominante vorm van genoegdoening is. Van die verzekeraar mogen we een zorgvuldige schaderegeling verwachten, aldus onder meer de GBL en de GOMA. Zo beschouwd lijkt ‘melding doen aan de verzekeraar’ de enige zorgverplichting te zijn die ten aanzien van het proces van schaderegeling op de aangesproken partij rust.” Femke Ruitenbeek plaatste echter een belangrijke

Maar vandaag is vooral de vraag of de zorgen van de arts ook de zorgen van u als letselschade-professional zijn. Ik denk bijvoorbeeld aan de beschuldigende toonzetting in communicatie. Is dat echt altijd nodig?

mr. Femke Ruitenbeek-Bart | promovenda Burgerlijk recht aan de Erasmus Universiteit in Rotterdam

kanttekening bij deze constatering, namelijk ten aanzien van de gang van zaken in de medische wereld. Ze zei: “De medische tuchtrechter ziet in de schaderegeling in ieder geval wel een rol weggelegd voor de aangesproken arts. Wat dat betreft moeten we ons afvragen waarin de nazorgplicht van de arts eigenlijk zijn grond vindt. Dan valt direct op dat tussen een aangesproken arts en een benadeelde patiënt al een rechtsverhouding bestond: de geneeskundige behandelovereenkomst. En vanwege die behandelovereenkomst rustte er ook al een bijzondere zorgplicht op de arts jegens de patiënt. Bij aanwezigheid van zo’n pre-existente zorgplicht is de stap niet zo groot om ook een post-delictuele zorgplicht aan te nemen, voor het geval in de context van die behandelovereenkomst onverhoopt letsel ontstaat.”

Zorgplicht voor de aansprakelijke partij

Ook voor het tweede deel van haar presentatie, de zorgplicht voor de aansprakelijke partij, nam Femke Ruitenbeek het medische domein als haar vertrekpunt. Ze zei: “Met de term ‘second victim’ wordt daar uitdrukking gegeven aan de impact die medische incidenten en calamiteiten op zorgverleners kunnen hebben. Artsen krijgen te kampen met slapeloosheid, verlies van zelfvertrouwen en andere psychische moeiten. Dat kan tot uitval van het werk leiden, soms zelfs definitief. Daarnaast zetten medische claims de relatie met de patiënt onder druk. In de behandelrelatie hebben arts en patiënt een parallel belang: verbetering van de gezondheid van de patiënt. In het claimtraject komen zij ineens tegenover elkaar te staan. Dat is moeilijk, ook voor de arts. Ook het claimtraject wordt als een belasting ervaren, als een soort zwaard van Damocles. Het duurt lang en het kost veel tijd om overal op te reageren. Artsen weten dat het erbij hoort, maar het is waardevolle tijd die zij liever aan de echte patiëntenzorg besteden.” Volgens Femke Ruitenbeek wordt op verschillende manieren gezorgd voor artsen die een fout hebben gemaakt, bijvoorbeeld in de vorm van ‘peer support’ (collegiale ondersteuning met aandacht voor de persoonlijke impact van een incident) en juridische bijstand vanuit het ziekenhuis. “Maar vandaag is vooral de vraag of de zorgen van de arts ook de zorgen van u als letselschade-professional zijn.

Iedere rechter of raadsheer zal zeggen dat de kwaliteit van de uitspraak belangrijker is dan de snelheid van de uitspraak. Ik denk dat u het daarmee eens zult zijn. Niemand zit natuurlijk op een zesjesvonnis of -arrest te wachten.

mr. Renate Dozy | seniorraadsheer aan het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Ik denk bijvoorbeeld aan de beschuldigende toonzetting in communicatie. Is dat echt altijd nodig? Of de gang naar de tuchtrechter: het vermoeden is dat het tuchtrecht ook wel als katalysator voor het claimtraject wordt ingezet. Zouden letselschadeprofessionals zich wellicht meer rekenschap moeten geven van de enorme impact die zo'n tuchtzaak op de arts heeft? Recht doen aan de benadeelde, zonder de aansprakelijke partij tekort te doen, klinkt als een utopie, maar is volgens mij pas écht zorgvuldig schade afwikkelen."

U kunt ons, de rechters, helpen door uw stukken beknopt te houden. Ik zou in dat kader de stelling willen verdedigen dat uw processtukken niet langer dan dertig pagina's mogen zijn. [...] 'Kill your darlings', is het devies.

mr. Renate Dozy | seniorraadsheer aan het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Zorgplicht van de rechter

"Toen ik als spreker voor dit onderwerp werd benaderd", aldus mr. Renate Dozy, seniorraadsheer aan het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, "heb ik mij even de wenkbrauwen gefronst: heeft de rechter een zorgplicht? En zo ja, wat houdt die zorgplicht dan in? Het eerste prangende punt dat mij te binnen schoot is snelheid, een heikel onderwerp, want snel is de rechtspraak bepaald niet, met

dikke dossiers die moeten worden doorgeploegd en lange wachttijden voor zittingen. En met een beetje geluk, voor zowel procespartijen als de rechter, kan na de zitting een eindbeslissing worden gegeven, waarop partijen dan wel weer veel en veel te lang moeten wachten. Op dit onderdeel krijgt de rechtspraak een dikke onvoldoende. Hoe komt dat? Iedere rechter of raadsheer zal zeggen dat de kwaliteit van de uitspraak belangrijker is dan de snelheid van de uitspraak. Ik denk dat u het daarmee eens zult zijn. Niemand zit natuurlijk op een zesjesvonnis of -arrest te wachten."

Maximaal dertig pagina's

"In een ideale juridische wereld zouden kwaliteit en snelheid hand in hand moeten gaan", vervolgde Renate Dozy, "maar dat is nu eenmaal niet de realiteit. Hoe komt het nu, dat u zo lang op een uitspraak moet wachten? En wat kunt u eraan doen? Als open deur meld ik, dat het schrijven van een uitspraak een arbeidsintensieve klus is, zeker als er zoals bij alle meervoudige beslissingen nog twee kritische collegae meelesen. Schrijven van uitspraken is bij uitstek ambachtelijk werk. We kennen geen standaardbeslissingen, in ieder geval niet in letselschadezaken, want iedere zaak is toch weer anders. U hebt wellicht geen idee hoeveel tijd wij soms kwijt zijn aan de oeverloze schadeposten zoals de berekening van de buitengerechterlijke kosten, de ingangsdatum van de wettelijke rente of de hoogte van de reiskosten. Schade moet concreet worden begroot, maar als het kan maken wij dankbaar gebruik van de standaarden en richtlijnen van De Letselschade Raad. En wat u eraan kunt doen? U kunt ons, de rechters, helpen door uw stukken beknopt te houden. Ik zou in dat kader de stelling willen verdedigen dat uw processtukken niet langer dan dertig pagina's mogen zijn. Hebt u meer bladzijden nodig, dan zult u moeten schrappen door te analyseren wat nu echt de kernpunten zijn. 'Kill your darlings', is het devies. Hetzelfde geldt voor de hoeveelheid producties en de omvang daarvan. Beperk u!"



Renate Dozy



Sjaak de Boer

Samenwerking tussen rechter en advocaat

Renate Dozy sloot af met een 'statement' over de samenwerking tussen rechter en advocaat in complexe letselschadezaken. "Een effectieve, snelle en rechtvaardige afdoening van complexe letselschadezaken vergt samenwerking tussen rechter en advocaat, in het bijzonder als het om het deskundigentraject gaat. Die samenwerking kan ter zitting het beste uit de verf komen, hetgeen betekent dat voorafgaand aan de zitting al moet zijn

En het ergste van alles is dat na het deskundigenbericht een contra-expertise volgt. Dan belanden we in 'the battle of experts', want welke deskundige moet de rechter nu volgen?

mr. Renate Dozy | seniorraadsheer aan het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

nagedacht over het aantal en de volgorde van de deskundigen en over de te stellen vragen. Dat vergt ook regievoering vooraf door de rechter, door voorafgaand aan de zitting een agenda te versturen, waarop ook advocaten hun agendapunten kunnen inbrengen." Volgens Dozy is de trend zichtbaar dat er veel te veel geruzie is omtrent de

Wie wil zorgen, zoekt naar een bepaalde passie, een bepaalde begeestering om datgene te bereiken wat je graag wilt bereiken – niet alleen voor degene voor wie je zorgt, maar ook voor jezelf. Daarom staat de mens centraal in onze zorg. Zorg voor het leven begint bij de waardigheid van het leven.

fr. Sjaak de Boer PH.D. | pastoor aan de RK Church of Our Saviour in Den Haag en lid van de raad van toezicht van Cordaid van Slachtofferhulp Nederland

persoon van de deskundige en het rapport, zeker als de uitkomst niet welgevallig is. "Een heel vervelend neven-effect is", zo zei ze, "dat vele medici huiverig zijn om in een civiele zaak te rapporteren. Ze kennen de arena niet waarin om het gelijk wordt gevochten, ze worden soms onbeschoft door advocaten benaderd en als klap op de vuurpijl moet de medicus zich nog voor de tuchtrechter verantwoorden. En het ergste van alles is dat na het deskundigenbericht een contra-expertise volgt. Dan belanden we in 'the battle of experts', want welke deskundige moet de rechter nu volgen? Daarom stel ik voor dat het commentaar door andere experts alleen nog in de conceptfase mogelijk is. Daarna is het klaar – en mag u nog een akte na deskundigenbericht nemen."

Zorg vanuit een begeestering

Een geheel andere visie op zorg en zorgplicht kregen de aanwezigen voorgelegd door fr. Sjaak de Boer PH.D., pastoor aan de RK Church of Our Saviour in Den Haag en onder meer lid van de raad van toezicht van Cordaid. De Boer betoogde dat werkelijke zorg uit de vrije wil voortkomt en niet door regels wordt opgelegd. "Zorg is geen verplichting", zei hij. "Zorg wordt ons niet opgedragen. Het verschil van kwaliteit in zorg zit hem vaak in de persoonlijke keuze om iets tot stand te willen brengen. Wie wil zorgen, zoekt naar een bepaalde passie, een bepaalde begeestering om datgene te bereiken wat je graag wilt bereiken – niet alleen voor degene voor wie je zorgt, maar ook voor jezelf. Daarom staat de mens centraal in onze zorg. Zorg voor het leven begint bij de waardigheid van het leven." Volgens Sjaak de Boer is zorg altijd een zaak van hier en nu, niet van het verleden of de toekomst. Hij zei: "Verzekerd zijn is een luxe die we van de wieg tot het graf willen. Daarna kan niemand de toekomst meer verzekeren en daarom verkoopt 'het eeuwig leven' nog steeds goed. Maar het gaat over het hier en nu. Als je nu geen leven hebt, of als er niemand voor je zorgt, dan is de belofte op een beter leven na de dood een politiek spel om de noodlijdende de mond te snoeren. 'Berust er maar in, want later komt het goed.' Zo is armoede en lijden lang letterlijk doodgezwegen of kregen deze begrippen een louterende betekenis. Een zorgstelsel heeft te maken met het mensbeeld en de waardigheid die wij nu aan het leven geven. Dat is in veel landen nog een luxe."



Hans Knappe



Geert-Jan Knoops

We kennen het principe van 'just culture'. Dat betekent dat je rekening houdt met het feit dat fouten maken een onveranderbaar kenmerk van de mens is. Het blijft echter belangrijk dat systeemfouten worden opgezocht en dat er open en transparant wordt gerapporteerd.

Prof. dr. em. Hans Knappe | voorzitter van de Kamer Onafhankelijk Onderzoek Inzake Medisch Handelen en Medische Aansprakelijkheid binnen (NVMSR)

Zorg om de Aarde

Sjaak de Boer zei vooral veel waarde te hechten aan de zorg om onze planeet, de Aarde. Helaas heeft de Aarde veel te lijden gehad, maar De Boer had ook goed nieuws te melden. Hij verwees wat dat betreft naar de acht millenniumdoelstellingen van de Verenigde Naties. Het streven daarnaar heeft al tot veel successen geleid. Het aantal mensen onder de armoedegrens van 1,25 dollar per dag is meer dan gehalveerd. Meer dan 90 procent van de kinderen heeft toegang tot basisonderwijs. Het aantal meisjes in een school is met een kwart toegenomen, het aantal vrouwen in de politiek is verdubbeld. De kindersterfte is gehalveerd: van 90 tot 43 op elke duizend geborenen. Ook de moedersterfte is gehalveerd en inmiddels kiest 64 procent van de vrouwen voor een vorm van geboortebepanking. Het aantal hiv-infecties is met 40 procent afgenomen en het aantal malaria-besmettingen met 20 procent. Een kwart van het oppervlaktewater is op de een of andere manier beschermd en meer dan de helft van de wereldbevolking heeft toegang tot leidingwater. Tot slot zijn er mondiale samenwerkingsverbanden ten aanzien van bijvoorbeeld 'fair trade', microkredieten, handelsvrijheden en schuldenlastverlichting. "Het succes is natuurlijk zeer relatief", aldus Sjaak de Boer, "maar de wereld staat er beter voor dan twintig jaar geleden."

Focus op samenwerking en veiligheid

Prof. dr. em. Hans Knappe, is voorzitter van de Kamer Onafhankelijk Onderzoek Inzake Medisch Handelen en Medische Aansprakelijkheid binnen de Nederlandse Vereniging voor Medische Specialistische Rapportage (NVMSR). Knappe schetste aan de hand van voorbeelden enkele indrukwekkende ontwikkelingen die zich in de laatste decennia hebben voorgedaan ten aanzien van patiëntveiligheid. "Niet alles wat mis is gegaan, is fout gedaan", zei hij. "In het in 1999 verschenen boek 'To err is human' is vastgesteld dat in de Verenigde Staten toentertijd minstens 44.000 patiënten per jaar in ziekenhuizen overleden, als gevolg van medische incidenten die men had kunnen voorkomen. Dat waren meer doden dan door verkeersongevallen in de Verenigde Staten, door borstkanker en door aids. De gedachte dat er zo veel misgaat terwijl heel veel medewerkers in de gezondheidszorg dagelijks naar hun werk gaan om hun werk zo goed mogelijk te doen, heeft ons geleerd dat we veel meer op patiëntveiligheid moeten letten." Dit inzicht heeft onder meer geleid tot de 'Helsinki declaration on patiënt safety in anaesthesiology', waarvan Knappe de initiatiefnemer was. Deze verklaring is inmiddels over de hele wereld geaccepteerd. Knappe: "We moeten ons echt focussen op samenwerking en veiligheid. Een goede specialist betekent niet alles. Een goede uitkomst wordt door goed teamwork veroorzaakt. En een team van deskundigen betekent nog niet dat er een deskundig team is."

Beter 'safe' dan 'sorry'

Volgens Hans Knappe is het aantal vermijdbare incidenten in de gezondheidszorg sterk afgenomen door technologie, het inbrengen van veiligheidssystemen en ook, met name de laatste jaren, door het bevorderen van de veiligheids-cultuur. "Daarbij is het altijd belangrijk om je op leren te richten in plaats van op schuld. Bovendien moet de kwaliteit van de organisatie boven individuele voorkeuren staan en is objectieve vastlegging belangrijk. We kennen het principe van 'just culture'. Dat betekent dat je rekening houdt met het feit dat fouten maken een onveranderbaar kenmerk van de mens is. Het blijft echter belangrijk dat systeemfouten worden opgezocht en dat er open en transparant wordt gerapporteerd. Natuurlijk, grove

nalatigheid blijft strafbaar en het is natuurlijk beter 'safe' te zijn dan 'sorry' te zeggen." Knappe sloot zijn presentatie af met de constatering dat "de geneeskunde veranderd is, van 'blame and shame' naar een lerende omgeving in een open cultuur, waarin mensen bereid zijn zich toetsbaar op te stellen. In dit kader is een zorgvuldig uitgevoerd en kwalitatief hoogwaardig onafhankelijk onderzoek bij een aansprakelijkstelling door een patiënt of een tuchtzaak een duidelijke zorgplicht. Om dergelijk onderzoek goed uit te voeren, is een disciplineoverstijgende opleiding zoals de NVMSR sinds kort aanbiedt, een voorwaarde."

Zorgplicht van de overheid

De laatste spreker tijdens het LSA Symposium was prof. mr. dr. Geert-Jan Knoops, advocaat, lead counsel voor het Internationaal Strafhof in Den Haag en bijzonder hoogleraar Politiek van het internationaal recht aan de Universiteit van Amsterdam. Knoops besprak de zorgplicht van de overheid aan de hand van twee casussen, het mortierongeval in Mali waarbij twee



cartoon door Hans-Jan Rijbering

der Nederlanden oplevert wanneer de aanbevelingen met betrekking tot die twee ongevallen niet worden nagekomen. Ook die kwestie ligt open, bij mijn weten zijn daar nog geen uitspraken over gedaan. Het OVV-rapport betekent voor de kwestie Mali in ieder geval wel degelijk dat de Staat der Nederlanden kan worden aangesproken. Alleen de vraag of de rapportage in zijn geheel kan worden ingebracht, moet voor dit moment ontkennend worden beantwoord."

Principiële vraag

"Het is dus een principiële vraag", aldus Knoops, "of een rapportage van de OVV een rol moet kunnen spelen als een document met bewijskracht, in zowel een civiele als een strafrechtelijke procedure, in be- dan wel ontlastende zin." De vraag werd aan de aanwezigen voorgelegd, die met hun smartphones hun ideeën daaromtrent kenbaar konden maken. De meesten beantwoordden deze vraag positief, maar Geert-Jan Knoops stelde zich meer genuanceerd op. "Ik wil een onderscheid maken", zei hij. "Voor civiele zaken kan ik me voorstellen dat zo'n rapportage inderdaad een belangrijk bewijsmiddel voor de eisende of gedaagde partij zal zijn. In strafzaken ligt dat lastiger. Zonder in details te treden, mag het OM zo'n rapport in het huidige systeem niet in belastende zin gebruiken, als het rapport belastend zou zijn. Voor strafzaken zou ik een voorkeur hebben om het bij het huidige systeem te laten."

Nadat cartoonist Hans-Jan Rijbering nog zijn getekende visie op de dag had gegeven, was het tijd voor de borrel, waarbij natuurlijk werd getoost en geproost op de jarige vereniging van letselschadeadvocaten, maar waarbij daarnaast vooral ook ieders zorgplicht voor een veilige thuiskomst in het winterse weer in acht werd genomen.



Het is dus een principiële vraag of een rapportage van de OVV een rol moet kunnen spelen als een document met bewijskracht, in zowel een civiele als een strafrechtelijke procedure, in be- dan wel ontlastende zin.

Prof. mr. dr. Geert-Jan Knoops | lead counsel voor het Internationaal Strafhof in Den Haag en hoogleraar Politiek van het internationaal recht aan de Universiteit van Amsterdam

militairen omkwamen en één ernstig gewond raakte, en een schietongeval in Ossendrecht waarbij een instructeur in opleiding om het leven kwam. Daarbij besprak hij met name in hoeverre de rapportages van de Onderzoeksraad voor veiligheid (OVV) bewijskracht hebben in civiele en strafrechtelijke procedures. "De implicaties voor de letselschadepraktijk van dit hele leerstuk zijn niet in alle opzichten al in jurisprudentie uitgekristalliseerd", aldus Knoops. "In de eerste plaats is het natuurlijk de vraag in hoeverre de aanbevelingen van de OVV voor de Staat der Nederlanden bindend zijn. In de kwestie Ossendrecht heeft de Staat op grond van de bevindingen van de OVV de aansprakelijkheid erkend. En in wezen heeft de Staat ook in de zaak Mali de aansprakelijkheid min of meer erkend door het aftreden van de minister van Defensie destijds en het feit dat men in onderhandeling is gegaan met de nabestaanden van dat mortierongeval. De tweede vraag is of het een zelfstandige aansprakelijkheid voor de Staat



door Oswald Nunes (li.)
en Maurice Mooibroek (re.)
| advocaten bij KBS Advocaten

Kan PGB-inkomen van nabestaande(n) als ‘gederfd levensonderhoud’ in de zin van artikel 6:108 BW gelden?

Inleiding

Wanneer een persoon overlijdt ten gevolge van een gebeurtenis waarvoor een ander jegens hem aansprakelijk is, dan dient die ander op grond van artikel 6:108 BW (ook) de schade van nabestaanden te vergoeden.

Bij de afwikkeling van schade op grond van artikel 6:108 BW rijst zo nu en dan de vraag of een nabestaande ook aanspraak kan maken op vergoeding van inkomsten, die zijn weggefallen doordat hij/zij met de overledene een overeenkomst tot hulpverlening op basis van een Persoonsgebonden Budget (PGB) had. Komt deze schade als ‘gederfd levensonderhoud’ voor vergoeding in aanmerking?

In dit artikel gaan wij op deze vraag in met als doel een bijdrage aan de discussie

over dit onderwerp te leveren. Wij behandelen achtereenvolgens de inhoud en de achtergrond van artikel 6:108 BW, het begrip ‘levensonderhoud’, de vraag of inkomsten uit PGB-hulpverlening als zodanig kunnen gelden, de betekenis van het begrip relativiteit en ten slotte de verhouding tot het EVRM.

Artikel 6:108 BW

Hoe zit het ook al weer? In artikel 6:108, lid 1 BW is bepaald dat een verplichting tot vergoeding bestaat van schade door het derven van levensonderhoud aan:

a. de echtgenoot, geregistreerde partner en de minderjarige kinderen van de overledene, tot ten minste het bedrag van het hun

krachtens de wet verschuldigde levensonderhoud;

- b. andere bloed- of aanverwanten van de overledene, mits deze reeds ten tijde van het overlijden geheel of ten dele in hun levensonderhoud voorzag of daartoe krachtens rechterlijke uitspraak verplicht was;
- c. degenen die reeds vóór de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid rust met de overledene in gezinsverband samenwoonden en in wier levensonderhoud hij geheel of voor een groot deel voorzag, voor zover aannemelijk

- is dat een en ander zonder het overlijden zou zijn voortgezet en zij redelijkerwijze niet voldoende in hun levensonderhoud kunnen voorzien;
- d. degene die met de overledene in gezinsverband samenwoonde en in wiens levensonderhoud de overledene bijdroeg door het doen van de gemeenschappelijke huishouding, voor zover hij schade lijdt doordat na het overlijden op andere wijze in de gang van deze huishouding moet worden voorzien.

Deze opsomming is limitatief. Dat wil zeggen: de personen aan wie bij aansprakelijkheid wegens iemands overlijden een vordering tot schadevergoeding wegens het derven van levensonderhoud toekomt, zijn uitputtend in dit artikel benoemd.¹ Het limitatieve stelsel brengt ook met zich mee dat toekenning van een vergoeding van andere schade dan in artikel 6:108 BW genoemd niet mogelijk is.²

De vraag of de gemiste inkomsten uit weggefallen PGB-hulpverlening voor vergoeding in aanmerking komen ziet enkel op de kring van personen als bedoeld sub a en sub b. Vergoeding van deze schade op basis van sub c is per definitie uitgesloten, nu deze personen (als voormalige PGB-hulpverleners) voldoende in hun levensonderhoud kunnen voorzien. Ook de personen als bedoeld sub d zijn uitgesloten, nu de schade niet ziet op gemeenschappelijke huishouding.

De limitatieve opsomming in artikel 6:108 BW steunt op de gedachte van de wetgever dat een grens gesteld moet worden aan de anders onafzienbare omvang van de schadevergoedingsverplichting.³ Voor de beperking is nog een aantal argumenten te geven:

- I. zonder beperking wordt een claimcultuur bevorderd;
- II. zonder beperking komt de verzekeraarbaarheid van schade in het gedrang;
- III. openbreken van de systematiek van 6:108 BW zorgt voor een ongewenst 'domino effect'; te weten de invloed van vergoeding van bepaalde schadeposten van derden kan een verstrekkender reikwijdte hebben dan slechts het leerstuk van schade van derden;
- VI. de rechtszekerheid is gediend met artikel 6:108 BW: op voorhand helderheid over de vergoedbaarheid van schadeposten van derden in plaats van een onrechtmatige daadsvordering aan derden geven waarbij het vervolgens aan individuele rechters is welke schade in welke omvang moet worden vergoed. Dat laatste zou verschillende uitkomsten in de hand werken, hetgeen door de wetgever onwenselijk wordt geacht.⁴

PGB

Voor een goed begrip van hetgeen wij verder bespreken, is noodzakelijk ook beknopt stil te staan bij de vraag wat een Persoonsgebonden Budget (PGB) is.

Wanneer een persoon door ziekte, handicap of ouderdom zorg nodig heeft, kan degene in aanmerking komen voor een PGB. Een PGB is mogelijk op grond van de Wet langdurige zorg, de Zorgverzekeringswet, de Wet maatschappelijke ondersteuning en de Jeugdwet.

Met een PGB kan de persoon zelf zijn zorgverlener(s) kiezen en zorg inkopen. In de praktijk komt het regelmatig voor dat de benodigde zorg (al dan niet gedeeltelijk) wordt ingekocht bij niet formele zorgverleners zoals familieleden, die zich daarmee aldus feitelijk een inkomen verschaffen. Genoemde wetgeving staat een dergelijke gang van zaken binnen bepaalde voorwaarden toe. Mantelzorgers kunnen dus uit PGB betaald krijgen, als zij de hulp verlenen waarvoor het PGB bedoeld is. Overigens kan het enkele feit dat reeds mantelzorg wordt verleend ook aanleiding kan zijn om een PGB-aanvraag af te wijzen.⁵

Het begrip 'levensonderhoud'

Uit literatuur, parlementaire geschiedenis en rechtspraak volgt dat het begrip 'levensonderhoud' uit artikel 6:108 BW ruim dient te worden opgevat.

In de literatuur bestaat communis opinio dat onder levensonderhoud kan worden verstaan het verlenen van geldelijke steun (levensonderhoud financieel) en het verlenen van diensten of verstrekking in natura. Anders dan in de oude regeling (art. 1406 BW (oud)), geldt thans niet meer de voorwaarde dat dit voorzien in het levensonderhoud moet geschieden uit de arbeid van de overledene.⁶ Zie daarvoor ook de parlementaire geschiedenis:

"Ten aanzien van degenen die schade lijden door het derven van levensonderhoud, heeft het ontwerp een ander systeem gevolgd dan dat van de geldende wet. Volgens art. 1406 B.W. hebben alleen de overblijvende echtgenoot, de kinderen en de ouders een vordering en deze vordering is onderworpen aan de voorwaarde dat zij reeds tijdens het leven van het slachtoffer – en wel door zijn arbeid – werden onderhouden. Het ontwerp stelt zich op het standpunt, dat de belangen van al degenen die volgens de wet in aanmerking komen door de overledene te worden onderhouden, moeten worden beschermd, doch niet van allen in dezelfde mate. [...]"⁷

Wat betreft de echtgenoot/geregistreerde partner en de minderjarige kinderen wordt het schadebedrag vastgesteld conform de letterlijke tekst van artikel 6:108 lid 1 sub a BW: 'tenminste het bedrag van het hun krachtens de wet verschuldigde levensonderhoud'. Het gaat er dus niet om of de overledene daadwerkelijk onderhoud verschaftte. Ook



Wanneer een persoon door ziekte, handicap of ouderdom zorg nodig heeft, kan degene in aanmerking komen voor een PGB.

geldt dat wanneer de overledene meer dan het krachtens de wet verschuldigde levensonderhoud verstrekke, deze nabestaanden ook van dit meerdere vergoeding kunnen vorderen. De omvang van dit meerdere wordt hier bepaald door 'hetgeen de overledene tijdens zijn leven aan de nabestaande(n) aan levensonderhoud feitelijk placht te verstrekken'.⁸

In het arrest Bolink/Philip Morris heeft de Hoge Raad geoordeeld dat onder 'hetgeen de overledene feitelijk aan de nabestaande placht te verstrekken' niet uitsluitend financiële bijdragen moeten worden begrepen, doch ook bijdragen van andere aard, zoals het verrichten van huishoudelijke taken en het leveren van een bijdrage aan de opvoeding van minderjarige kinderen.⁹

Bij de kring van personen als bedoeld in artikel 6:108 lid 1 sub b BW geldt het minimum van het krachtens de wet verschuldigd levensonderhoud niet, omdat zij personen zijn jegens wie de

overledene geen wettelijke verplichting tot het verstrekken van levensonderhoud heeft, zoals bijvoorbeeld broers en zusters.¹⁰ Ten aanzien van deze personen gaat het om het feitelijk verschafte levensonderhoud door de overledene. Ook hierbij kan worden verondersteld dat het niet uitsluitend om financiële bijdragen gaat doch ook om bijdragen van een andere aard, zoals bedoeld in het zojuist genoemde Bolink/Philip Morris arrest.

Inkomsten uit PGB-hulpverlening als 'levensonderhoud'?

Hoewel de (ruime) uitleg van het begrip 'levensonderhoud' ruimte kan bieden voor de opvatting dat het wegvallen van inkomen uit PGB-arbeid bij de nabestaande als gederfd levensonderhoud kan worden gevorderd, lijkt de ratio van artikel 6:108 BW een andere visie te behelzen.

De nabestaande die PGB-hulp verleende aan de overledene, deed dat krachtens een tussen hen (mondeling of schriftelijk) gesloten zorgovereenkomst. Op grond van die overeenkomst werd de nabestaande ook door de overledene betaald. Een zorgovereenkomst is te duiden als een arbeidsovereenkomst met een bijzonder karakter en is een wederkerige overeenkomst.¹¹

Ten aanzien van deze verhouding tussen zorgverlener en zorginkoper kan worden gesteld dat de PGB-budgethouder niet als verstrekker van levensonderhoud geldt, doch als werkgever, en de nabestaande als werknemer. Hierbij is de hoedanigheid van nabestaande van de overleden PGB-budgethouder niet bepalend voor een eventueel vorderingsrecht. Het werknemerschap prevaleert hier boven de familierechtelijke relatie. Noch uit de rechtspraak, noch uit de parlementaire geschiedenis noch uit de literatuur blijkt (duidelijk) dat de aanspraken ex artikel 6:108 BW ook zien op de verhouding werkgever-werknemer.

Uit rechtspraak, parlementaire geschiedenis en literatuur valt af te leiden, dat artikel 6:108 BW bescherming beoogt te bieden aan nabestaanden wegens het wegvallen van de kostwinner. Derhalve geeft het artikel aan nabestaanden louter aanspraken tot een 'kostwinningsvergoeding'. Zo gaat Schneider ervan uit dat (de berekeningssystematiek op grond van) art. 6:108 BW is gebaseerd op het wegvallen van de kostwinner.¹²

De Hoge Raad overwoog al in 1963 dat de voorloper van art. 6:108 BW – art. 1406 BW (oud) – ziet op een in beginsel volledige vergoeding van de door het wegvallen van een kostwinner veroorzaakte schade.¹³ Weliswaar besliste de Hoge Raad in 1981 dat ook arbeid van de niet daadwerkelijke kostwinner onder de bescherming van art. 1406 BW (oud) viel, doch dit laat onverlet dat het hier ging om een persoon die bij ontbreken van een handicap wel potentieel kostwinner was (het ging om huishoudelijke arbeid van een niet-werkende moeder voor haar minderjarige kinderen).¹⁴

Gesteld kan worden dat deze overwegingen van de Hoge Raad ook toepassing kunnen hebben op (de ratio van) het huidige art. 6:108 BW. Ten opzichte van art. 1406 BW (oud) heeft art. 6:108 BW immers alleen de kring van personen uitgebreid die een aanspraak hebben op grond van derving van levensonderhoud. Slechts het vereiste dat het levensonderhoud door arbeid van het slachtoffer diende te worden verstrekt is komen te vervallen.¹⁵

Kennelijk niet vervallen is de gedachte dat nabestaanden beschermd dienen te worden tegen het wegvallen van een persoon die de hoedanigheid van (potentiële) kostwinner heeft. Kostwinner is de

“persoon die voor anderen, met name voor gezin of familie, door zijn of haar arbeid het levensonderhoud verdient of moet verdienen”.¹⁶

De overledene met een PGB ‘verdiende’ geen levensonderhoud, noch was hij daartoe potentieel in staat. Door zijn ge-

zondheidssituatie had hij recht op zorg, die hij in PGB-vorm bij de nabestaande inkocht. De inkomsten die de nabestaande daarbij kreeg, staan niet in verband met onrechtmatig handelen van de aansprakelijke partij: de nabestaande heeft er zelf voor gekozen de overledene te verzorgen en is verder niet de mogelijkheid ontnomen thans aan iemand anders, een derde, op basis van een nieuw af te sluiten zorg/arbeids-overeenkomst PGB-hulp te verlenen.

De aanspraak die een nabestaande op grond van het wegvallen van de zorgovereenkomst met de overledene meent te hebben, vloeit derhalve voort uit een (rechts)verhouding die artikel 6:108 BW niet beoogt te beschermen. De inkomensschade van de nabestaande betreft in dat kader derhalve overige materiële schade, die niet voor vergoeding in aanmerking komt. Zie in dat kader ook Rijnhout in haar proefschrift over de vergoeding van schade van derden in personenschadezaken. Na een vergelijking van het Nederlandse schadevergoedingsrecht met verschillende buitenlandse rechtssystemen merkt zij op dat

“alleen in Frankrijk [...] andere schadeposten (kosten voor een gepland huwelijk en soms eigen inkomensschade) [lijken te] worden vergoed.”¹⁷

Deze conclusie sluit aan bij een overweging van de Rechtbank Breda in 2007 (inzake de vraag of een uitkering al dan niet terecht was beëindigd) dat het PGB-budget niet is bedoeld om te voorzien in het levensonderhoud van degene aan wie het budget is toegekend.¹⁸

Overigens zij opgemerkt, dat de vraag óf de inkomsten uit PGB-hulpverlening als ‘levensonderhoud’ kunnen worden beschouwd en derhalve op grond van artikel 6:108 BW een aanspraak op schadevergoeding uit inkomstenderving oplevert, nog los staat van de vraag welke omvang die aanspraak precies heeft. Hierbij spelen zowel de draagkracht die de overledene, ware hij blijven leven, in de toekomst vermoedelijk zou hebben gehad,¹⁹ als de behoefte van de nabestaande(n) een rol.²⁰

Dit aspect laten wij vooralsnog buiten beschouwing.

Beschermt de (vermeend) geschonden norm tegen PGB-schade?

Bij de vraag of nabestaanden een recht op vergoeding van PGB-schade te geven, komt ook betekenis toe aan het relativiteitsvereiste. Dit betreft de vraag of de geschonden norm het doel en de strekking heeft om tegen de geleden schade te beschermen. Volgens de Hoge Raad komt het bij de beantwoording hiervan aan op drie aspecten: tot welke personen, tot welke schade en tot welke wijzen van ontstaan van schade de beoogde bescherming van de norm zich uitstrekt.²¹

In artikel 6:108 BW is in ieder geval het persoonsgebonden en het schadegebonden element van de relativiteit wetmatig vastgelegd. Een vordering van een nabestaande uit onrechtmatige daad jegens de aansprakelijke partij, die strekt tot vergoeding van schade die in artikel 6:108 BW niet expliciet wordt genoemd heeft daarmee geen kans van slagen.²²

In lijn hiermee kan bij medische aansprakelijkheid de stelling worden ingenomen dat de (vermeende) geschonden norm (de professionele standaard, artikel 7:453 BW) geen bescherming beoogt te bieden tegen het verlies van (arbeids-)inkomsten door nabestaanden, zoals vanwege het wegvallen van de PGB-budgethouder. Deze norm ziet er immers slechts op dat een hulpverlener zijn medisch handelen afstemt op (een goede zorg voor) de gezondheid van de patiënt. Niet op de zakelijke belangen van de patiënt (of diens nabestaanden). Om die reden werd door de Rechtbank Arnhem een schadevergoedingsvordering van erven afgewezen, die was gebaseerd op de omstandigheid dat de overledene door een doctor's delay korter in de gelegenheid was gesteld om zijn zakelijke belangen in een VOF gunstig te verkopen.²³

Mede gelet op het beginsel in het aansprakelijkheidsrecht dat ieder zijn eigen schade draagt en dat uitzonderingen

op die regel restrictief dienen te worden toegepast, is het dan bepleitbaar dat de gevorderde (gederfde) inkomsten uit PGB-hulpverlening niet op grond van artikel 6:108 BW voor vergoeding in aanmerking komen.

Verhouding tot het EVRM

Zoals hiervoor toegelicht, limiteert het wettelijke systeem van artikel 6:107 en 6:108 BW de schadevergoedingsplicht jegens derden, zoals nabestaanden, en is op grond daarvan de conclusie bepleitbaar dat gedderfde inkomsten uit PGB-hulpverlening niet voor vergoeding in aanmerking komen. Met deze uitkomst, zou een nabestaande kunnen stellen dat het Nederlandse recht strijdig is met het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: EVRM) en de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM). Dergelijk internationaal recht heeft interne en rechtstreekse werking in de Nederlandse rechtsorde en heeft voorrang boven het nationale recht.²⁴

Ter toelichting zou de nabestaande dan wellicht wijzen op artikel 2 EVRM. In dit artikel is voor een Verdragsstaat de positieve verplichting vastgelegd om voldoende stappen te ondernemen om het leven van burgers te beschermen. Verdragsstaten zijn niet alleen verplicht te helpen voorkomen dat een inbreuk wordt gemaakt op artikel 2 EVRM, maar ook dienen zij ervoor te zorgen dat indien een inbreuk heeft plaatsgevonden de inbreukmaker wordt opgespoord en bestraft. Bij een niet-opzettelijke inbreuk van het recht op leven kan worden volstaan met het aan de nabestaanden ter beschikking stellen van civielrechtelijke, administratieve of tuchtrechtelijke remedies.²⁵

De fundamentele rechten die in het EVRM worden genoemd (zoals in artikel 2 EVRM) werken in beginsel alleen in de verticale verhoudingen tussen Verdragsstaat en burger. Verdragsstaten zijn echter op grond van artikel 13 EVRM verplicht om in hun rechtsstelsel een voldoende effectieve remedie op te nemen om schending van de in de artikelen genoemde fundamentele

rechten te voorkomen. In dit verband zou de nabestaande kunnen betogen dat de vergoeding van eigen inkomensschade vanwege het wegvallen van het PGB onderdeel is (of zou moeten zijn) van die voldoende effectieve remedie.

Een nabestaande kan besluiten een vordering met bovenstaande strekking voor te leggen aan het EHRM, dat op basis van artikel 41 EVRM zelf een schadevergoedingsverplichting kan opleggen. Relevant hierbij is dat het EHRM heeft bepaald dat bij materiële schade een 'clear causal link' moet bestaan tussen de schending van artikel 2 EVRM en de verwezenlijkte schade. Onder dit criterium kunnen volgens de huidige jurisprudentie van het EHRM het verlies van levensonderhoud, alsook begrafeniskosten voor vergoeding in aanmerking komen. Het verlies aan (eigen) inkomsten van de nabestaande is hierbij niet per definitie uitgesloten.²⁶

Met deze uitkomst, zou een nabestaande kunnen stellen dat het Nederlandse recht strijdig is met het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens.

Niettemin achten wij niet aannemelijk dat het EHRM jegens een (private) aansprakelijke partij een vergoedingsplicht zal aanvaarden ter zake van (eigen) inkomensschade van een nabestaande. Ten aanzien van de vergoedingsmogelijkheden voor geleden (eigen) inkomensschade in geval van overlijden in een privaatrechtelijke context bestaat tussen Verdragsstaten immers diversiteit.²⁷ Onder die omstandigheden is niet waarschijnlijk dat het EHRM een absolute verplichting tot vergoeding van dergelijke schade zal aannemen.²⁸ Onzeker is bovendien dat ingeval van PGB-schade – naar zijn aard nog altijd verplaatste

schade – altijd een 'clear causal link' met het overlijden van de direct gekwetste aanwezig zal zijn.

Ten slotte rijst de vraag of het inkomstenverlies van de nabestaande strijd oplevert met artikel 1 van het Eerste Protocol EVRM (recht op ongestoord genot van eigendom). Dat lijkt ons niet het geval. De beperkte vergoedingsplicht van artikel 6:108 BW bestaat immers in het algemeen belang (ter voorkoming van een onafzienbare omvang van de schadeplicht, zie hiervoor), is voorzien bij de wet (immers vastgelegd in genoemde bepaling) en is niet in strijd met algemene beginselen van internationaal recht. Toekomstige vorderingen zoals hier aan de orde – inkomstenverlies door de nabestaande(n) van de overledene – vallen ook niet onder het begrip 'eigendom' zoals door het EHRM gebezigd. Immers, dan dient sprake te zijn van 'gewettigde verwachtingen'.²⁹ Zoals hiervoor toegelicht, geven het bestaande recht en de gestelde (wettelijke) voorwaarden aan nabestaanden echter geen aanspraak op verhaal van eigen inkomstenverlies.

Conclusie(s)

Bij gebrek aan specifieke jurisprudentie en literatuur die op de onderhavige problematiek ziet, lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat de aanspraak die een nabestaande op grond van het wegvallen van de PGB-zorgovereenkomst met de overledene meent te hebben, voortvloeit uit een arbeidsrechtelijke en niet uit een familierechtelijke (rechts)verhouding. Alleen de laatst genoemde verhouding wordt door artikel 6:108 BW beschermd. De overledene valt in deze situatie niet te beschouwen als een 'verschaffer van levensonderhoud', althans kostwinner, in de zin van artikel 6:108 BW. Een nabestaande zoals genoemd in artikel 6:108 BW lijkt dan ook geen vordering tegen de aansprakelijke partij te kunnen instellen wegens het derven van levensonderhoud door het wegvallen van de overeenkomst met de overleden PGB-houder. Wellicht biedt jurisprudentie die op dit terrein nog zal moeten worden gevormd meer duidelijkheid over dit onderwerp.

Basiscursus Wet Vergoeding Affectieschade

Op 1 januari 2019 is de Wet Vergoeding Affectieschade in werking getreden. De invoering van deze wet brengt vraagstukken met zich mee waar je nu direct in de praktijk mee aan de slag moet. Weet je hoe je moet omgaan met deze wet? Wat adviseer je benadeelden? Weet je het verschil tussen affectieschade en shockschade? Stel je de claim in of wacht je even?

Nabestaanden van overleden slachtoffers en naasten van slachtoffers met ernstig en blijvend letsel door bijvoorbeeld een verkeersongeluk, medische fout, bedrijfsongeval of geweldsmisdrijf hebben door de Wet Vergoeding Affectieschade recht op een tegemoetkoming voor het door hen geleden immateriële nadeel.

Op donderdag 11 april biedt OSR Juridische Opleidingen de Basiscursus Wet Vergoeding Affectieschade; Smartengeld voor naasten en nabestaanden, om je helemaal op de hoogte te stellen van deze nieuwe wetgeving.

Tijdens de cursus wordt deze wet uitgelegd aan de hand van cases, waarna de docent mr. Eva Deen, jurist gespecialiseerd in het gezondheids- en personenschaderecht, ingaat op praktijkvoorbeelden. In de afsluitende discussie staan jouw praktijkvragen centraal zodat je de volgende dag meteen aan de slag kunt om de opgedane kennis toe te passen.

Wil jij helemaal op de hoogte zijn van de Wet Vergoeding Affectieschade? Schrijf je dan in voor de cursus bij OSR Juridische Opleidingen:
osr.nl/cursusaanbod/basiscursus_wet_vergoeding_affectieschade_smartengeld_voor_naasten_en_nabestaanden-2019-04-11

Hopelijk tot dan!



Wil jij helemaal op de hoogte zijn van de Wet Vergoeding Affectieschade? **Schrijf je dan in voor de cursus bij OSR Juridische Opleidingen.**



Begin dit jaar ben ik toegetreden tot de redactie van het PIV Bulletin. Zoals te doen gebruikelijk hoort daar een korte introductie bij.

Ik heb mijn eerste stappen op het vakgebied van de letselschade gezet bij een rechtsbijstandsverzekeraar, als belangenbehartiger. Al snel had ik belangstelling voor de letselschadeadvocatuur, waardoor ik in 1999 als stagiaire in de advocatuur begon. De letselschadedossiers behandelde ik onder begeleiding van een patroon, die tevens letselschadeadvocaat was. De mix van een algemene praktijk met letselschade was – ook achteraf gezien – erg nuttig. Het verschaft een brede kijk op de problematiek waarmee rechtzoekenden te maken krijgen. Nog steeds kijk ik op die tijd terug als zeer leerzaam. Met name de strafrechtpraktijk, waar het bezoeken van cliënten in een penitentiare inrichting onderdeel van was, het behandelen van familierechtssdossiers en faillissementen beleefde ik als spannend en echt advocatuurlijk. Ondanks dat had ik sterk de behoefte om een praktijk met volledige aandacht voor de letselschade te voeren. Aldus vertrok ik naar een letselschadekantoor, waar ik mij volledig kon toelleggen op de behandeling van letselschadezaken.

In 2013 besloot ik het letselschadevak in de expertisebranche voort te zetten. Bij Andriessen Expertise voer ik een brede praktijk en ben ik tevens lid van het Management Team. Naast de werkzaamheden als (Nivre) expert, ben ik als assessor betrokken bij de leergang zwaar letsel in het kader van de opleiding tot register-expert. Ook vind ik het leuk om periodiek te publiceren en deel uit te maken van een redactie. Ik maakte eerder deel uit van de redactie van het blad Letsel & Schade. Dit bracht mij ertoe om aan te sluiten bij de redactie van het PIV Bulletin.

De redactie van het PIV Bulletin werkt aan een themanummer dat betrekking heeft op aspecten van de arbeidsmarkt, opleiding en ontwikkeling. Al enige tijd bestaat er branche-breed grote behoefte aan gekwalificeerd personeel en dat is merkbaar. Er staat veel druk op het werven, opleiden en behouden van (jonge) letselschadespecialisten. Reden genoeg om daar aandacht aan te geven.

Het opleiden in brede zin en (laten) ontwikkelen van startende letselschadespecialisten beschouw ik als een belangrijke verantwoordelijkheid van de partijen in de letselschadebranche. En dat begint in de praktijk. Zo is bij Andriessen Expertise het initiatief genomen om een academie te starten, de Andriessen Academie. Een smeltkroes en een structuur voor het delen van ervaring, het geven van vakinhoudelijk onderwijs en het organiseren van (externe) themabijeenkomsten. Juist het delen van de ruime ervaring van de eigen experts en doorgeven daarvan aan de junioren is bij uitstek een taak die thuishoort bij de praktijk waar daadwerkelijk de letselschadedossiers worden behandeld. De problematiek die in een dossier speelt staat niet op zichzelf en valt dus niet te benaderen vanuit één (vakinhoudelijk) perspectief, maar is onderdeel van een integrale visie op de behandeling en afwikkeling van het dossier. En de bron van die kennis en ervaring ligt in de letselschadepraktijk.

Ik rond af met een voor redactieleden toepasselijk (en herkenbaar) citaat van de Franse filosoof, theoloog en wiskundige Blaise Pascal uit de zeventiende eeuw: "Je voudrais avoir écrit une lettre plus courte, mais je n'en ai pas le temps."



**"Je voudrais avoir écrit
une lettre plus courte,
mais je n'en ai pas
le temps."**

citaat van de Franse filosoof, theoloog en wiskundige Blaise Pascal

| Jurisprudentie

Smartengeld wegens onrechtmatige schadeafwikkeling (p5-10)

- 1 Zie voor een overzicht en korte bespreking Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX (2012) 338.
- 2 HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:1197, NJ 2017/115 (Poolmolen).
- 3 HR13 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1608, NJ 1997/336.
- 4 HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356, NJ 2002/240.
- 5 Het arrest is besproken in het vorige nummer van PIV-Bulletin door Chr. Van Dijk, onder de titel "Loont fraude?".

| Jurisprudentie

Overgangsartikelen bij verjaring van verzekeringsvorderingen (p.11-12)

- 1 ECLI:NL:HR:2015:3618
- 2 ECLI:NL:GHAMS:2017:460
- 3 ECLI:NL:HR:2018:726
- 4 ECLI:NL:GHDHA:2014:4597
- 5 ECLI:NL:HR:2015:3618, r.o. 3.4.2.
- 6 ECLI:NL:GHAMS:2017:460

| Actueel

Erkenning van aansprakelijkheid en... verzekering! (p13-15)

- 1 Zie www.masteraansprakelijkhedenverzekering.nl.
- 2 Hoogleraar verzekeringsrecht Radboud Universiteit Nijmegen, tevens verbonden aan het Verzekeringsinstituut, Erasmus School of Law.
- 3 Draadstaal – Medische fouten (geraadpleegd via www.youtube.nl).
- 4 Hoogleraar privaatrecht aan de Universiteit van Maastricht, Advocaat-Generaal Hoge Raad der Nederlanden.
- 5 HR 3 februari 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB8306, NJ 1990/476, (OHRA/Gailo); HR 27 april 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4799, NJ 1984/789, m.nt. W.H. Heemskerk (Peters/Van Elswijk); HR 10 januari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0470, NJ 1992/6060, m.nt. M.M. Mendel (Crals/Maastricht).
- 6 C.J.H. Brunner, 'Rechtsgevolgen van aanvaarding of afwijzing van dekking', in: H.Th. Bouma e.a., In volle verzekerdheid (Van Wassenae van Catwijk-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 213-219.
- 7 Art. 3:33 jo 3:35 BW.
- 8 HR 27 april 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4799, NJ 1984/789, m.nt. W.H. Heemskerk (Peters/Van Elswijk).
- 9 HR 10 januari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0470, NJ 1992/6060, m.nt. M.M. Mendel (Crals/Maastricht).
- 10 HR 15 november 1985, ECLI:HR:1985:AC4400, NJ 1986/228, m.nt. Van der Grinten (Eabele Dillema II).
- 11 HR 3 februari 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB8306, NJ 1990/476, (OHRA/Gailo), r.o. 3.5.2.
- 12 Hoogleraar Gezondheidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam.
- 13 GOMA: Gedragscode Openheid medische incidenten; betere afwikkeling Medische Aansprakelijkheid.
- 14 Promovenda sectie Burgerlijk Recht aan de Erasmus School of Law; In de formule 'A+V=U' staat A voor de aangesproken verzekerde, V voor de aansprakelijkheidsverzekeraar en U voor de benadeelde.
- 15 Hoogleraar Privaatrecht aan de Erasmus School of Law.

| Opinie

Kan PGB-inkomen van nabestaande(n) als 'gederfd levensonderhoud' in de zin van artikel 6:108 BW gelden? (p.24-28)

- 1 MvA II, Parl. Gesch. BW Boek 6, p. 396/7.
- 2 HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8583, NJ 2010/387 (K./Reaal).
- 3 Conclusie A-G Langemeijer voor HR 10 januari 1958, NJ 1958, 79 (Van Hoofd/Gebroeders van der Plas). Het ging hier om artikel 1407 Oud BW, de voorloper van het huidige artikel 6:108 BW.
- 4 R. Rijnhout, Schadevergoeding voor derden in personenschadezaken, Den Haag: Bju 2012, p. 325 e.v.
- 5 Vgl. voor wat betreft een Wmo-PGB CRvB 6 september 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:3209.
- 6 Handboek Personenschade (losbl.) 3050-20, Lindenberg & Van der Zalm, Schadevergoeding: personenschade (Mon. BW nr. B37) 2015/31 en 35.
- 7 T.M., Parl. Gesch. BW Boek 6, p. 394.
- 8 Vgl. MvA II, Parl. Gesch. BW Boek 6, p. 397.
- 9 HR 10 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG8781.
- 10 MvA II, Parl. Gesch. BW Boek 6, p. 398.
- 11 Hof Arnhem-Leeuwarden 25 februari 2014, ECLI:NL:G-HARL:2014:1387, r.o. 4.5. Overigens is een PGB-zorgovereenkomst niet altijd ook een arbeidsovereenkomst, bijvoorbeeld indien de gezagsverhouding tussen budgethouder en zorgverlener ontbreekt. Vgl. Hof Den Haag 18 december 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3418.
- 12 A.M. Schneider, 'Reactie op C. Visser, Rekenen wij correct?', VR 2008, p. 309.
- 13 HR 8 maart 1963, NJ 1963/317 (HB).
- 14 HR 5 juni 1981, NJ 1982, 221.
- 15 Zie de bij noot 6 weergegeven passage uit de parlementaire geschiedenis.
- 16 C.A. den Boon en D. Geeraerts [hoofdred.], Van Dale Groot woordenboek van de Nederlandse taal, Utrecht 2005: Van Dale Lexicografie.
- 17 R. Rijnhout, Schadevergoeding voor derden in personenschadezaken, Den Haag: Bju 2012, p. 208.
- 18 Rb. Breda 2 februari 2007, ECLI:NL:RB-BRE:2007:AZ8523, r.o. 2.5.
- 19 Eindverslag I, Parl. Gesch. BW Boek 6, p. 404.
- 20 HR 4 februari 2000, NJ 2000, 600.
- 21 HR 7 mei 2004, NJ 2006, 281.
- 22 Zie ook HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240.
- 23 Rb. Arnhem 29 december 2004, ECLI:NL:RBARN:2004:AS5643.
- 24 Artikelen 93 en 94 Grondwet.
- 25 Bijv. EHRM 30 november 2004, no. 48939/99 (Öneryildiz v. Turkey).
- 26 EHRM 30 november 2004, no. 48939/99 (Öneryildiz v. Turkey) en EHRM 15 december 2009, no. 4314/02 (Kalender c. Turkey).
- 27 Zie R. Rijnhout, Schadevergoeding voor derden in personenschadezaken, Den Haag: Bju 2012, p. 43 e.v.
- 28 Vgl. EHRM 7 juli 2009, nr. 58447/00 (Zavoloka/Letland), waarin het EHRM om geen absolute verplichting tot de vergoeding van immorele schade wilde aannemen, omdat er tussen Verdragsstaten in dat verband 'grote diversiteit' bestond.
- 29 Kamerstukken II 2012/2013, 33 400-XV, nr. 7.



Wil jij helemaal op
de hoogte zijn van
de Wet Vergoeding
Affectieschade?



Schrijf je dan in
voor de Basiscursus
Wet Vergoeding
Affectieschade
op 11 april 2019 bij
OSR Juridische
Opleidingen.