



Het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en Behandeling van personenschadeclaims

door **Laurien Dufour** | advocaat bij WIJ advocaten

Onrechtmatig toegebracht letsel is – mits voldaan is aan de vijf vereisten – een onrechtmatige daad die aanspraak geeft op vergoeding van de door de benadeelde geleden schade. Als de toebrenger van het letsel een aansprakelijkheidsverzekering heeft afgesloten die dekking biedt voor de aansprakelijkheid van haar verzekerde voor het toegebrachte letsel, dan start de schadebehandeling door de aansprakelijkheidsverzekeraar (de meest voorkomende voorbeelden zijn de WAM, AVB en AVP-verzekeraars) die in de meeste gevallen snel (en in een sommige gevallen moeizaam) tot vergoeding van de geleden schade leidt.

Onrechtmatig toegebracht letsel is ook een schending van het in verschillende verdragen¹ en in de Grondwet gewaarborgde recht op leven en het recht op lichamelijke integriteit. Op 3 oktober 2017 organiseerde WIJ advocaten een seminar met prof. mr. C.C. van Dam met als thema “Doorwerking van mensenrechten in schadepreventie en schadeafwikkeling”. Van Dam besprak de invloed van het EVRM en van de United Nations Guiding Principles op het denken over schade, preventie en verzekeren in de afgelopen 25 jaar. In dit artikel bespreek ik de invloed van het EVRM op de behandeling van een personenschadeclaim door een verzekeraar.² Na kort stil te staan bij de geschiedenis van het EVRM en de ontwikkeling van de

jurisprudentie van het Europeel Hof voor de Rechten van de Mens, bespreek ik de verschillende momenten in de schadebehandeling waar het EVRM een rol kan spelen.

Achtergrond EVRM

Het EVRM is in 1950 in Rome tot stand gekomen in het kader van de in 1949 opgerichte Raad van Europa. Op dat moment waren tien landen, waaronder Nederland, lid van de Raad van Europa. Het EVRM wordt daarom ook wel het Verdrag van Rome genoemd. Het EVRM is voor Nederland in 1954 in werking getreden. In het begin had het EVRM vooral betekenis in geschillen over strafstaats- en bestuursrecht. Grappig is dat de oudste uitspraken in het tijdschrift

Verkeersrecht³ waarin een beroep werd gedaan op het EVRM strafzaken betroffen waarbij bestuurders beboet waren wegens het niet dragen van een gordel resp. een helm. De bestuurders betoogden dat de wettelijke verplichtingen een gordel in de auto te dragen en een helm op de bromfiets in strijd waren met art. 8 EVRM (recht op privéleven en gezins- en familieleven).⁴

In de jaren ‘70 kreeg het EVRM ook (veel) belang in het personen- en familie-recht en sinds de jaren ‘90 wordt in Nederlandse procedures over aansprakelijkheid en schadevergoeding steeds vaker een beroep gedaan op bepalingen uit het EVRM. Inmiddels zijn 47 landen lid van de Raad van Europa, waaronder Rusland, Turkije, Noorwegen en IJsland. De invloed van het EVRM breidt zich dus steeds verder uit.

Werking van in het EVRM gewaarborgde grondrechten

De grondrechten beschermd in het EVRM, net als in het IVBPR en het Handvest van de Grondrechten van de EU, gelden van oorsprong alleen in de verhouding tussen burger en overheid, de zogenaamde verticale werking. Grondrechten hebben in beginsel geen rechtstreekse horizontale werking, dat wil zeggen dat burgers en bedrijven, verzekerden en verzekeraars, geen

naleving van deze grondrechten van elkaar kunnen afdwingen en elkaar dus niet kunnen aanspreken tot schadevergoeding in verband met een gestelde schending van één van die rechten. Het EHRM heeft met betrekking tot verschillende grondrechten echter geoordeeld dat op de verdragssluitende staten een positieve verplichting rust om de in het EVRM gewaarborgde rechten te beschermen.⁵ Uit deze positieve verplichting voor de staten de grondrechten te beschermen, volgt de impliciete horizontale werking van de grondrechten en de verplichting voor de verdragssluitende staten tot het stellen van regels tot bescherming van de grondrechten, om die regels actief te handhaven en tot het bieden van een adequate rechtsgang in geval van schending van de grondrechten. Ik noem als voorbeeld het in art. 4 EVRM neergelegde verbod van slavernij en dwangarbeid. Dat verbod is gericht tot de verdragssluitende staten. In onder andere titel 7.10 BW is de arbeidsovereenkomst geregeld waarin voor de werkgever verplichtingen zijn neergelegd die hetzelfde doel hebben als art. 4 EVRM te weten bescherming en beloning van de werknemer. Een werknemer kan van zijn werkgever geen salaris vorderen op grond van art. 4 EVRM, maar wel op grond van de Wet minimumloon. Zo is de bescherming tegen dwangarbeid en slavernij van art. 4 EVRM vertaald in voor de nationale rechter afdwingbare wet. In art. 8 EVRM is het grondrecht op eerbiediging van privéleven neergelegd. Dat grondrecht heeft geen horizontale werking, maar de Algemene Verordening Gegevensbescherming werkt – zoals niemand kan zijn ontgaan – wel tussen particulieren en bedrijven.

Daarnaast kan via jurisprudentie of via de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW) een in het EVRM gewaarborgd grondrecht in horizontale verhoudingen komen te gelden.

Art. 2 EVRM, het recht op leven

Het EVRM bevat geen expliciete bescherming van het recht op lichamelijke of psychische integriteit (het recht om niet gekwetst te worden). Art. 2 EVRM

beschermt het recht op leven. Oorspronkelijk werd met deze bepaling bedoeld dat een verdragssluitende staat zijn burgers niet mag doden (de doodstraf na een eerlijk proces en noodtoestanden uitgezonderd). Inmiddels is deze negatieve verplichting voor de staten geëvolueerd naar een positieve verplichting: vanaf de jaren '90 baseert het EHRM op art. 2 de verplichtingen voor staten om te voorkomen dat mensen worden gedood door elkaar of door (natuur) rampen. In de jurisprudentie van het EHRM zijn veel voorbeelden te vinden over aansprakelijkheid van een staat na overlijden van een familielid door aanrijdingen⁶, door medische fouten⁷, door arbeidsongevallen/beroepsziekten⁸, door ongelukken in de (semi)openbare ruimte⁹ en door crimineel/terroristisch geweld.¹⁰ Er zijn weinig uitspraken waarin het EHRM een staat tot schadevergoeding veroordeelt in verband met toegebracht niet-dodelijk letsel. Art. 8 EVRM (recht op eerbiediging van privé leven en familie- en gezinsleven) heeft geleid tot een beperkt aantal uitspraken over onrechtmatig toegebracht (psychisch)letsel.¹¹ De rechtspraak van het EVRM over art. 2 en 8 speelt in Nederlandse letselschade-procedures steeds vaker een rol in verband met de positieve verplichting van de Nederlandse staat om het recht op leven en het recht op gezinsleven te beschermen.¹²

Dekking

Bij ontvangst van een schademelding beoordeelt de schadebehandelaar of er dekking is onder de polis. Bij de beoordeling van de dekking zal het EVRM niet snel een rol spelen omdat de dekking wordt bepaald door de inhoud van de tussen verzekeraar en verzekeringnemer gesloten verzekeringsovereenkomst en de daarop van toepassing zijnde polisvoorwaarden. Het EVRM heeft – zoals gezegd – geen rechtstreekse horizontale werking en kan dus niet met succes door een verzekeringnemer/ verzekerde tegen een verzekeraar worden ingeroepen. Om die reden speelde het EVRM ook geen enkele rol in de shaken-baby zaak¹³ (die over dekking ging van de claim van de wettelijk vertegenwoordiger van het kind onder de AVP van de vader die het kind had geschud).

De schademelding / verjaring van de vordering

Bij de beantwoording van de vraag of de gekwetste binnen de daarvoor gestelde termijn zijn vordering tegen de verzekerde heeft ingesteld, kan het EVRM wel in beeld komen via art. 6 EVRM “fair trial” en via art. 1 van het Eerste Protocol waarin het recht op eigendom wordt beschermd. Een vordering tot vergoeding van geleden schade is een vermogensrecht ('asset') en derhalve eigendom ('a possession') in de zin van de eerste zin van art. 1 Eerste Protocol dat door de overheid moet worden beschermd.¹⁴ De vrije toegang tot de rechter in de zin van art. 6 lid 1 EVRM, brengt met zich dat een benadeelde zijn legitieme vordering op de aansprakelijke aan een rechter moet kunnen voorleggen. Als een vordering al is verjaard voordat de benadeelde de mogelijkheid heeft gehad om de vordering in te stellen, bijvoorbeeld bij ziekten met een lange incubatietijd¹⁵ of schade van minderjarigen die hun ouders/voogden niet hebben verhaald binnen de daarvoor geldende verjaringstermijn¹⁶, heeft de benadeelde geen toegang gehad tot de rechter. Hoewel deze EVRM-bepalingen geen horizontale werking hebben, heeft de op de staat rustende positieve verplichting deze rechten effectief te beschermen tot rechtspraak geleid (denk aan het arrest Van Hese/De Schelde¹⁷ over doorbreking van de 30-jarige verjaringstermijn in een asbestzaak) die ertoe leidt dat De Schelde geen beroep op verjaring kan doen.

Informatie opvragen

Na de beslissing over de dekking, dient zich bij aansprakelijkheidsverzekeringen vervolgens de aansprakelijkheidsvraag aan. Voor het beantwoorden van deze vraag moet de verzekeraar soms informatie opvragen en/of onderzoek (laten) doen naar de omstandigheden waaronder de schade is toegebracht. Het onderzoeken van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis leidt in personenschadezaken eigenlijk nooit tot discussie over de privacy, behalve bij medische beroepsaansprakelijkheidszaken omdat de aangesproken zorgverlener in het kader van zijn verzwaarde stelplicht¹⁸ in het kader van zijn verweer informatie uit het patiëntendossier zal willen overleggen.¹⁹ De aansprakelijk-

heidscheppende gebeurtenis in niet-medische zaken is doorgaans een objectieve, feitelijke gebeurtenis. Dat de gekwetste informatie over die gebeurtenis dient te verstrekken om aanspraak op vergoeding van schade als gevolg van die gebeurtenis te kunnen maken, spreekt voor zich.

Het in kaart brengen van de schade die het gevolg is van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis, kan wel tot forse discussies leiden.²⁰ Sommige van die discussies zijn uitgemond in procedures waarbij met name het in art. 8 EVRM gewaarborgde recht op privacy door de gekwetste werd ingeroepen en het in art. 6 EVRM gewaarborgde fair trial door de aansprakelijkgestelde.

De gekwetste heeft op grond van art. 150 Rv stelplicht en bewijslast met betrekking tot zijn schade en het causaal verband tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de schade waarvan hij vergoeding vordert. In dat kader is het onvermijdelijk dat hij inzage verleent in medische informatie. De schadebehandelaar kan niet op een andere manier kennis nemen van de medische informatie dan via de gekwetste. Die informatieongelijkheid kan een fair trial in de weg staan. Inzicht in medische informatie van kort na de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis verleent de gekwetste doorgaans zonder discussie. Als de schadebehandelaar van mening is dat de klachten waarvoor hij vergoeding vordert niet zijn te verklaren uit de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis (het ongeval) en de schadebehandelaar heeft behoefte aan medische informatie die verder teruggaat, kan de schadeafwikkeling door die discussie ernstige vertraging oplopen.

In 2012 is de Medische Paragraaf toegevoegd aan de Gedragscode Behandeling Letselschade.²¹ Proportionaliteit en transparantie zijn de twee rode draden in deze code. Met proportionaliteit bedoelen de opstellers van de paragraaf “niet meer onderzoek, op basis van niet meer (medische) informatie, niet meer discussie, niet meer expertises, en niet meer tijdsverloop, dan in het concrete geval echt noodzakelijk is”. Alleen de medisch adviseur – met een medische beroepsgeheim die onderworpen is aan het medisch tuchtrecht²² – neemt kennis van de medische informatie van de be-

nadeelde, waardoor het recht op privacy van de benadeelde zoveel mogelijk wordt beschermd. Met transparantie wordt beoogd polarisatie tegen te gaan en vertrouwen te vergroten. De benadeelde deelt informatie over het verloop van de behandeling en re-integratie. De schadebehandelaar deelt proactief informatie over het verloop van de schadebehandeling. Beiden geven elkaar inzicht in de vraagstelling die zij aan hun medisch adviseurs voorleggen en zij leggen de medische adviezen over, waarop zij een beroep doen. De medische paragraaf is tot stand gekomen in samenwerking met vertegenwoordigers van o.a. belangenbehartigers en verzekeraars. De opstellers hebben geprobeerd een balans te vinden tussen de botsende grondrechten. Er zijn tot en met augustus 2018 nog geen uitspraken gepubliceerd over de vraag of de door de medische paragraaf geadviseerde wijze van verzameling en verwerking van medische informatie in overeenstemming is met art. 8 EVRM. Ik zie dat als een teken van het succes van de medische paragraaf. Kennelijk kunnen partijen zonder hulp van de rechter uit de voeten met de aanbevelingen van de medische paragraaf en zijn zij van mening dat de aanbevelingen recht doen aan de conflicterende grondrechten die in de schadebehandeling spelen.

Blokkeringsrecht deskundigenbericht

De benadeelde over wie een arts in het kader van een expertise een rapport schrijft, neemt als eerste kennis van het conceptrapport. De benadeelde heeft het recht het doorleiden van het concept aan de verzekeraar en het uitbrengen van het definitieve expertiserapport te blokkeren. Dit in art. 7:464 lid 2 onder b BW neergelegde blokkeringsrecht van de benadeelde volgt uit art. 8 EVRM. De Hoge Raad heeft uitgemaakt dat dit blokkeringsrecht geldt als de expertise door de rechter is gelast²³ en ook als de expertise op gezamenlijk verzoek van de schadebehandelaar en de benadeelde buiten rechte is overeengekomen.²⁴ Een benadeelde zal echter niet snel gebruik maken van zijn blokkeringsrecht, want – in rechte – zal de rechter aan het inroepen van het blokkeringsrecht de gevolgen verbinden die hij geraden acht

(art. 198 lid 3 Rv). Als de benadeelde in geval van een buitengerechtelijke expertise het conceptrapport blokkeert, zal de buitengerechtelijke fase daarmee snel eindigen. Zonder het expertise-rapport kan de benadeelde zijn schade of het causaal verband tussen zijn schade en de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis doorgaans niet bewijzen. De schadebehandelaar zal dan geen verdere voorschotten verstrekken waarna de benadeelde een procedure moet starten of erin moet berusten dat hij niet slaagt in het bewijs.

Persoonlijk onderzoek

Een in opdracht van een verzekeraar verricht persoonlijk onderzoek vormt per definitie een schending van het recht op privacy van de benadeelde.²⁵ De benadeelde kan worden geobserveerd zonder dat hij daarvan vooraf op de hoogte is gebracht, met het doel de juistheid van zijn stellingen over – doorgaans – zijn schade (zijn beperkingen) te verifiëren.

Het in art. 8 EVRM neergelegd recht op privacy is geen absoluut recht. Er kunnen omstandigheden zijn die een inbreuk rechtvaardigen. Of een rechtvaardigingsgrond zich voordoet, kan alleen in het licht van de omstandigheden van het geval worden beoordeeld door het recht op privacy af te wegen tegen de belangen die met de inbreuk kunnen worden gediend.²⁶ Een dergelijk belang van de verzekeraar bij schending is het onderkennen, voorkomen, onderzoeken en bestrijden van oneigenlijk gebruik van het recht op een verzekeringsuitkering. Het Verbond heeft met de Gedragscode Persoonlijk Onderzoek²⁷ beoogd, mede ten behoeve van de verzekerden, invulling te geven aan de afweging van de twee botsende belangen, met name door het opnemen van de verplichting voor verzekeraars tot het in acht nemen van de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit.²⁸ Niet-naleving van de Gedragscode levert een onrechtmatige daad van de verzekeraar op.²⁹ Hieruit kan niet a-contrario worden geredeneerd dat de verzekeraar altijd “goed” zit als hij de Gedragscode heeft nageleefd. De rechter zal telkens de specifieke omstandigheden en de belangen tegen elkaar moeten afwegen als een benadeelde de geoorloofdheid van een

persoonlijk onderzoek ter discussie stelt. Zo oordeelde het hof Amsterdam³⁰ recent in een geschil tussen een arbeidsongeschiktheidsverzekeraar en zijn verzekerde dat het door de verzekeraar ingestelde persoonlijk onderzoek niet onrechtmatig was en het verkrijgen bewijsmateriaal gebruikt kon worden. De verzekerde stratenmaker ontving sinds 2009 een uitkering van zijn arbeidsongeschiktheidsverzekeraar in verband met vergaande beperkingen als gevolg van lage rugklachten. De verzekeraar had op internet informatie gezien waaruit bleek dat deze verzekerde fysiek inspannende activiteiten ondernam die in tegenspraak waren met wat hij aan de door de verzekeraar ingeschakelde deskundigen over zijn beperkingen had verteld. Het hof overwoog:



“3.10 Met Aegon is het hof bovendien van oordeel dat het in de gegeven omstandigheden geen zin had om nogmaals bij [A] navraag te doen naar de omvang van diens beperkingen. [A] had immers een reeks gesprekken met de deskundigen van Aegon gevoerd waarin zijn klachten en beperkingen centraal stonden en waarin gesproken was over de omvang van zijn werkzaamheden en andere activiteiten. Aegon was dus genooddacht zich op andere wijze een beeld te vormen van de activiteiten en mogelijkheden van [A]. Naar het oordeel van het hof heeft Aegon daarbij in het kader van de proportionaliteit in redelijkheid kunnen besluiten tot de door in haar opdracht uitgevoerde observatie. Daarbij geldt dat de observatie gedurende een beperkte periode en uitsluitend vanaf de openbare weg heeft plaatsgevonden. Niet gesteld of gebleken is bovendien dat een andere methode, met een minder

vergaande inbreuk op de persoonlijke levenssfeer, dezelfde informatie had kunnen opleveren. Aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit is dan ook voldaan.

3.11 Het voorgaande leidt tot de slotsom dat Aegon een beroep kan doen op een rechtvaardigingsgrond die het onrechtmatige karakter aan de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer die het persoonlijk onderzoek met zich bracht ontnemt. Dit brengt tevens mee dat het bewijs dat uit het persoonlijk onderzoek naar voren is gekomen, door Aegon aan haar vorderingen ten grondslag gelegd kan worden. Dat geldt eveneens voor de verklaringen die [A] heeft afgelegd bij gelegenheid van het confrontatiegesprek op 15 november 2012.”

De duur van de schaderegeling

Op grond van art. 6 EVRM heeft een ieder recht op het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen en bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging op een eerlijke en openbare behandeling binnen een redelijke termijn door een onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld. In de verhouding aansprakelijkheidsverzekeraar – gekwetste kan de gekwetste die het schaderegelingstraject te lang vindt duren, geen rechtstreeks beroep op de “redelijke termijn” uit art. 6 doen. Het artikel heeft immers geen horizontale werking. In de verhouding tussen het UWV of een andere uitkeringsinstelling van overheidswege heeft dit grondrecht wel rechtstreekse werking.

In de GBL wordt gestreefd naar afronding van het schaderegelingstraject in twee jaar.³¹ Uit het rapport Diepteanalyse GBL 2014 van het Verbond van Verzekeraars blijkt dat 88,2 procent van de letselszaken, die vallen onder de aansprakelijkheidsverzekering bedrijven, binnen twee jaar wordt afgehandeld.

Van de letselsclaims ingediend onder de aansprakelijkheidsverzekering particulieren is 89,4 procent binnen twee jaar afgerond en voor verkeersletselszaken (WAM) is dat 90,9 procent. Eenderde van alle zaken met een belang van meer dan EUR 10.000 wordt echter niet binnen twee jaar afgehandeld.

Voor de gekwetste is een lange duur van het schaderegelingstraject zowel emotioneel als financieel zeer belastend.³² Reeds hierom moeten alle bij het schaderegelingstraject betrokkenen waken voor nodeloze vertraging. Vermeldenswaard in dit verband is de uitspraak van de rechtbank Zutphen van 7 november 2007³³. De Rechtbank kende een hoger bedrag aan smartengeld toe (geen EUR 10.000 maar EUR 15.000) omdat de WAM-verzekeraar gedurende lange tijd de klachten van de gekwetste niet als ongevalsgevolg had willen erkennen. Voor de verzekeraar is een lange duur van het schaderegelingstraject vooral financieel belastend: de reservering blijft staan en de ervaring leert dat de uiteindelijk te betalen schadevergoeding in het merendeel van de zaken hoger is, naarmate het schaderegelingstraject langer duurde. Ook om deze reden is het raadzaam voor verzekeraars de reactietermijnen zo kort mogelijk te houden en proactief te werk te gaan.

Volledige schadevergoeding

Tot slot sta ik stil bij de hoogte van de uiteindelijk uit te keren schadevergoeding. Het uitgangspunt in ons schadevergoedingsrecht en van art. 1 Eerste Protocol is dat geleden schade volledig wordt vergoed. De benadeelde moet worden gebracht in de situatie zoals die was geweest, in de situatie zonder de aansprakelijkheidsscheppende gebeurtenis.³⁴ Ook dit recht is niet absoluut. Regulering ervan is toegelaten wanneer dat in overeenstemming is met het algemeen belang. Art. 8:110 BW bevat een limitering van de aansprakelijkheid van de vervoerder voor schade veroorzaakt door dood of letsel van de reiziger tot in een AMvB vastgelegde bedragen. In 1991 zijn de bedragen in deze AMvB op NLG 300.000 vastgelegd. In 2008 zijn de limieten verhoogd naar EUR 1.000.000 voor personenvervoer over de weg en het lokaal- en tramspoor en naar EUR 188.000 voor personenvervoer over

het hoofdspoor. De limiet voor personenvervoer over zee of binnenwateren is niet verhoogd.³⁵

In 2004 had het hof Amsterdam³⁶ in een zaak over een treinreizigerster die bij het instappen ernstig letsel had opgelopen het beroep van NS op de limiet van NLG 300.000 naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar geoordeeld. Het hof noemde hierbij expliciet art. 1 Eerste Protocol. Voorts woog het hof mee dat bij NS al jaren voor het ongeluk bekend was dat de vertrekprocedure veiliger kon door inklembeweging aan te brengen en de conducteur ruimere bevoegdheden te geven de vertrekprocedure te onderbreken. Volgens het hof vormde het negeren van deze informatie door NS bewuste roekeloosheid waardoor NS in het licht van art. 6:248 lid 2 BW geen beroep toekwam op de toen geldende limiet van NLG 300.000. Als een wettelijke of contractuele bepaling (mogelijk) in strijd is met het EVRM, is dat een omstandigheid die gewicht toekomt bij de beantwoording van de vraag of onverkorte toepassing van die bepaling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Zo werkt het EVRM door in het burgerlijk recht. De Hoge Raad heeft op 18 mei 2018³⁷ beslist op het cassatieberoep van een man die tijdens een zeiltocht ernstig letsel had opgelopen. De verzekeraar van het schip heeft zijn schade en de schade van regresnemers tot een totaalbedrag van EUR 137.000 (NLG 300.000) voldaan. De gekwetste heeft aangevoerd dat het beroep van de verzekeraar op de limitering naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, mede in het licht van art. 1 Eerste Protocol. De Hoge Raad hecht veel waarde aan het besluit van de wetgever om de limiet voor vervoer over zee en binnenwater – in tegenstelling tot de limieten bij andere vervoerswijze – in 2008 niet te verhogen. De Hoge Raad voelt zich niet vrij om zelf een hoger bedrag vast te stellen, wel acht de Hoge Raad het niet gerechtvaardigd dat deze limiet sinds 1991 in het geheel niet is verhoogd. De Hoge Raad “verhoogt” de limiet met een jaarlijks vanaf 1992 door te voeren inflatiecorrectie en nodigt de wetgever uit om deze limiet in de AMvB ook te verhogen.

Het EVRM kan bij het vaststellen van de hoogte van de schadevergoeding ook op een andere manier een rol spelen, namelijk in de vorm van het in art. 14 EVRM neergelegde discriminatieverbod. Het discriminatieverbod is uitgewerkt in de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb). Op grond van art. 7 lid 1 sub a Awgb is het een ieder onder meer verboden onderscheid te maken bij het aanbieden van of verlenen van toegang tot goederen of diensten en bij het sluiten, uitvoeren of beëindigen van overeenkomsten ter zake indien dit gebeurt in de uitoefening van beroep of bedrijf. Dit artikel is zowel van toepassing op de schadeafwikkeling door een verzekeraar onder een firstparty verzekering (bijv. AOV of ongevallenverzekering) als onder een thirdparty verzekering (bijv. AVB, AVP of WAM). Een verzekeraar mag voor het vaststellen van de omvang van de te vergoeden schade gebruik maken van statistische gegevens. Als het gebruik van die statistische gegevens ertoe leidt dat een bepaalde groep (bijv. vrouwen, bijzienden, mensen die langer zijn dan 1,90 m etc.) nadeel daarvan ondervinden, dan levert het gebruik een indirect onderscheid op. Een indirect onderscheid is verboden, tenzij daarvoor een objectieve rechtvaardiging bestaat en het onderscheid passend en noodzakelijk is (art. 2 Awgb). In een deelgeschilbeschikking uit 2013 heeft de rechtbank Den Haag³⁸ geoordeeld dat voor de berekening van het verlies aan arbeidsvermogen kon worden uitgegaan van de redelijke verwachting dat de benadeelde (een op tienjarige leeftijd aangereden meisje van Turkse afkomst) op haar 26ste zou stoppen met haar fulltime baan om te zorgen voor de kinderen, waarna zij op haar 36ste parttime (50%) terug zou keren in haar oude beroep. Volgens de rechtbank was het een feit van algemene bekendheid dat slechts een kleine groep vrouwen na de geboorte fulltime blijft werken en niet is onderbouwd dat de benadeelde tot deze groep behoort. Op deze uitspraak is veel kritiek gekomen³⁹ omdat de rechtbank niet de statistieken met naam en bron had genoemd waarop zij de gevolgtrekking – die voor dit meisje tot een fors lagere schadevergoeding hadden geleid dan als een jongen dit ongeval was overkomen – baseerde. De ouders van

het meisje hebben vervolgens met succes een klacht ingediend tegen de verzekeraar bij het College voor de rechten van de mensen (voorheen: Commissie Gelijke Behandeling).⁴⁰ De verzekeraar maakte volgens het College een verbotsonderscheid naar geslacht door het uitgangspunt te hanteren dat het meisje kinderen zou krijgen en als gevolg daarvan zou stoppen met werken en daarna nog slechts parttime in het arbeidsproces zou terugkeren. Een pyrrus-overwinning want een uitspraak van het College heeft geen juridische kracht, zoals een rechterlijke of arbitrale uitspraak. Het oordeel is ook geen bindend advies. In de Memorie van Toelichting op de Wet is over de uitspraken te lezen:⁴¹

“Het zijn het gezag en de deskundigheid van het College die bepalend zijn voor wat de rechter, het bestuur, belanghebbenden of betrokkenen met eventuele bevindingen en aanbevelingen doen. Primair beoogt deze constructie door het geven van een gezaghebbend en deskundig advies partijen in een conflict bij elkaar te brengen.”

Conclusie

Hoewel de grondrechten gewaarborgd in het EVRM zijn bedoeld om de burger te beschermen tegen de overheid, hebben de grondrechten ook in andere verhoudingen grote betekenis gekregen, waaronder de schadebehandeling en schadeafwikkeling door een verzekeraar. Het Verbond van Verzekeraars, de Letselschaderaad, het PIV en andere organisaties hebben al jaren aandacht voor de betekenis van grondrechten bij de afwikkeling van personenschadeclaims. Zij stellen beleid op en werken dat uit in gedragsregels om de grondrechten te beschermen en waar grondrechten botsen een “fair balance” te vinden. Met dit artikel hoop ik voor iedereen die betrokken is bij het afwikkelen van personenschadeclaims de EVRM-achtergrond van de gedragscodes te hebben geschetst zodat die codes wat meer kleur en context krijgen.