

Pagina 1

Wat is redelijk in het kader van buitengerechtelijke kosten?

Pagina 7

Culturen van letselschade-afwikkeling: ervaringen in Engeland, Noorwegen en Nederland

Pagina 10

Kansschade: wat zou er zijn gebeurd als de arts...?

Pagina 12

Hoge Raad 23 december 2016: een voorbehoud van behoorlijk lange duur

Pagina 15

Trajecten met één medisch adviseur zijn sneller en goedkoper

Pagina 18

Wie eist bewijst, wie stelt krijgt geld

Pagina 22

Beleidsregels van de Autoriteit Persoonsgegevens

februari 2017



BGK –
Wat is redelijk?

Letselschadeafwikkeling –
Wat doen de bureaus?

Kansschade –
Wat als....?

Voorbehoud –
Wat is oud?

Medisch adviseur(s) –
Wat is teveel?

Letselschadeafwikkeling –
Wat zijn de spelregels?

Persoonsgegevens –
Wat mag je weten?

Wat is redelijk in het kader van buitengerechtelijke kosten?

Wat is “redelijk”? De Van Dale zegt het volgende hierover¹:

- “1. Met rede begaafd;= verstandelijk
2. Rechtvaardig, billijk: dat zijn redelijke voorstellen
3. Tamelijk: redelijk goed
4. Tamelijk groot, tamelijk goed enz.: een redelijk inkomen”

In de juridische verhouding tussen aansprakelijk gestelde partij en de benadeelde partij zal naar onze mening de tweede definitie aan de orde zijn, hoewel cynici zullen opmerken dat de vierde definitie ook toepasselijk is in veel gevallen.

De vraag wat als redelijk kan worden beschouwd is een tijdsgebonden vraag. Hof Amsterdam, te kennen uit HR 26 maart 1976, overwoog in een verkeerszaak:²

” dat Yvonne klaarblijkelijk - aan de rand van het struikgewas gekomen - zonder zich te vergewissen of over het fietspad verkeer naderde, hardlopend het fietspad is gaan oversteken, acht het Hof een **ernstige fout**, die ook valt toe te rekenen aan een zesjarig kind, waarvan gesteld noch gebleken is dat haar verkeersopvoeding ten achter is gebleven bij hetgeen in dit opzicht gewoonlijk aan een kind van die leeftijd wordt bijgebracht, waaronder - naar van algemene bekendheid is - ook de regel behoort dat een kind, staande op een veilige plaats, niet moet weghollen als er verkeer nadert.”³

Het betrof in voornoemde uitspraak een aanrijding met een auto. De Hoge Raad verwierp het beroep op overmacht van de automobilist nu deze over het



Nicolien Verhoeks en
Rob Meelker, Marree &
Dijxhoorn Advocaten

fietspad reed en verwees de zaak naar een ander hof, maar liet het oordeel van het hof dat het kind een fout had gemaakt intact. Het verwijzingshof kreeg de opdracht van de Hoge Raad de fout van het kind in de verhouding tot die van de automobilist te waarderen. Hoe redelijk is dat? Klaarblijkelijk werd dit in 1976 een redelijke benadering gevonden. Dit is nogal een groot contrast met het arrest van de Hoge Raad van 1 juni 1990, waarin eigen schuld van een kind jonger dan 14 jaar in geval van een aanrijding met een auto door de Hoge Raad met het billijkheidsargument werd afgeschaft (*Ingrid Kolkman*).⁴ De meesten van ons zullen de overwegingen in het arrest van

- > Ingrid Kolkman als redelijker ervaren dan de geciteerde overweging van het Hof Amsterdam over het verkeersgedrag van Yvonne Calis als zesjarig kind. Onze conclusie is dat redelijkheid een door het moment ingekleurd begrip is, zoals deze art. 185 WvW jurisprudentie laat zien.

De buitengerechtelijke kosten zijn een terugkerend debat in letselschadezaken. Het is een onderwerp waarover veel wordt geschreven. Zie bijvoorbeeld Letsel & Schade 2016/4 waarin aan dit onderwerp een heel themanummer is gewijd. De discussie gaat in de meeste gevallen over de vraag of de gedeclareerde kosten voor verrichte werkzaamheden van de belangenbehartiger wel redelijk zijn. Die vraag moet in iedere zaak waarin een belangenbehartiger actief is, gesteld en beantwoord worden vanwege de tekst van art. 6:96 lid 2 sub b en sub c BW. Echter, de tekst van art. 6:96 lid 2 BW geeft geen handvatten voor beantwoording van de vraag wat een redelijk uurtarief is en welke omvang van de werkzaamheden redelijk is. De rechtspraak loopt op dit punt, vanwege de casuïstiek, erg uiteen.⁵

Redelijkheidstoets

Redelijke kosten die een benadeelde maakt ter vaststelling van zijn schade en ter vaststelling van aansprakelijkheid kunnen voor vergoeding in aanmerking komen. Ook redelijke kosten die zijn gemaakt ter verkrijging van voldoening buiten rechte kunnen worden vergoed. De grondslag hiervoor is sinds 1992 opgenomen in art. 6:96 lid 2 onder b en c BW. In 1987 oordeelde de Hoge Raad in het Drenth-arrest dat kosten van rechtsbijstand kunnen worden vergoed.⁶ De Hoge Raad anticipeerde aldus op het in 1992 ingevoerde art. 6:96 BW.

Voor de vraag of de gemaakte buitengerechtelijke kosten die door de belangenbehartiger in rekening worden gebracht redelijk zijn, worden deze kosten getoetst aan de zogenoemde dubbele redelijkheidstoets. De eerste redelijkheidstoets ziet op de vraag of het noodzakelijk is om een deskundige belangenbehartiger in te schakelen.⁷ Deze vraag zal in het algemeen niet tot veel discussie leiden op het moment dat er een ongeval heeft plaatsgevonden en er daardoor letselschade is ontstaan. De gewonde kan te maken krijgen met moeilijke vragen betreffende aansprakelijkheid, oorzakelijk verband en de schadeomvang. Als dan aan de zijde van de aansprakelijke partij één of meer deskundigen optreden zal de inschakeling daarvan door de benadeelde al snel redelijk (kunnen) worden geacht, aldus de Hoge Raad in het Drenth arrest.⁸

In het geval van een verhaalsrecht voor loonschade ex art. 6:107a lid 2 BW is het niet zonder meer redelijk om rechtsbijstand in te schakelen indien de aansprakelijkheid is erkend. In situaties waarin tussen partijen geen discussie bestaat over de uitgangspunten voor de berekening, zoals de vraag over de causaliteit, het tijdsvlak waarin loonschade is geleden en de eventuele reïntegratiehandelingen, ligt het niet voor de hand om de loonschade door een rechtsbijstandverlener af te laten wikkelen.⁹ In dat geval kan het inschake-

len van een deskundige de eerste redelijkheidstoets mogelijk niet doorstaan.

Bij de beoordeling of de gemaakte buitengerechtelijke kosten de tweede redelijkheidstoets kunnen doorstaan dient de omvang van de schade van benadeelde als één van de in aanmerking te nemen aspecten te worden meegewogen.¹⁰ Daarnaast is van belang of met betrekking tot het causaliteitsvraagstuk discussie heeft plaatsgevonden. In dat geval is het redelijk dat de tussenkomst van een advocaat op dit punt tijd heeft gekost.¹¹

Ter beperking van het onderwerp (wij schrijven niet een themanummer) behandelen wij de meest voorkomende situatie, dat wil zeggen de situatie waarin aansprakelijkheid is erkend jegens de benadeelde. De te verrichten werkzaamheden hebben daardoor slechts nog betrekking op het vaststellen (van de omvang) van de schade. Wij achten dat een voor de beoordeling van de redelijkheid van de gedeclareerde werkzaamheden belangrijke constatering. Onzes inziens brengt dat onvermijdelijk met zich dat de te vergoeden werkzaamheden gericht moeten zijn op het vaststellen van schade en een zichtbare en daarmee meetbare bijdrage moeten leveren aan de schadevaststelling. Dat is eigen aan de aard van de nog te verrichten werkzaamheden in de situatie dat de aansprakelijkheid al is erkend. Daarnaast menen wij dat verwacht mag worden dat er sprake is van toegevoegde waarde middels de inzet van de professionele belangenbehartiger. Het Hof Den Bosch oordeelde dat bij de beoordeling of de gemaakte buitengerechtelijke kosten redelijk waren onder andere van belang was dat niet was gebleken dat tijdens de belangenbehartiging door advocatenkantoor belangrijke vooruitgang was geboekt in de schaderegeling. Het ging daarbij om een overgenomen dossier.¹² Ons inziens een terecht gezichtspunt bij de beoordeling van hetgeen redelijk is, omdat de advocaat immers van het verlenen van rechtsbijstand zijn respectievelijk haar beroep heeft gemaakt. In dat opzicht verschilt de professionele rechtsbijstandverlener niet van andere vrije beroepsbeoefenaren. Het past ook binnen de professionele standaard en bij hetgeen verwacht mag worden van een deskundige. Zo dient getoetst te worden of de verrichte werkzaamheden redelijkerwijs noodzakelijk waren om vergoeding van de geleden schade te verkrijgen van de aansprakelijke partij.¹³

A-G Bloembergen heeft in zijn conclusie inzake het arrest Smit/De Moor betoogd dat bij de beoordeling van wat redelijk is, rekening moet worden gehouden met de bij het gegeven geval betrokken maatschappelijke en persoonlijke belangen.¹⁴ Het ligt op de weg van benadeelde (en zijn rechtshulpverleners) ervoor zorg te dragen dat de kosten niet te hoog oplopen, door bijvoorbeeld geen of een minder dure rechtshulpverlener in te schakelen of door de hulp in tijd of omvang binnen de perken te houden. Daarbij valt volgens Bloembergen ook te denken aan het tijdig treffen van een schikking. Voor deze visie van Bloembergen valt veel te zeggen. Ook het Hof Den Bosch oordeelde dat het de taak is van de belangenbehartiger om de besteden tijd niet verder te laten oplopen dan redelijkerwijs noodzakelijk

is, in het geval waarbij 75% van de tijd werd besteed aan communicatie met benadeelde, dossierstudie en intern overleg en slechts 25% van de tijd werd besteed aan overleg met de aansprakelijke partij en het daadwerkelijk vaststellen van de schade.¹⁵ Wij zouden daar aan toe willen voegen dat de deskundigheid tot uiting moet komen in de verrichte werkzaamheden en dat dit niet beperkt is tot de door Bloembergen aangestipte onderdelen daarvan.

Weliswaar is *condicio sine qua non*-verband de minimumeis die de Hoge Raad stelt in haar uitspraak in Bravenboer-London en mag de uitkomst van die werkzaamheden zijn dat er geen schade is,¹⁶ maar dat doet aan het voorgaande niet af. Immers, gaat het om de vraag wat redelijk is. Aan de andere kant van het spectrum staat de beslissing dat de kosten van rechtsbijstand in een redelijke verhouding moeten staan tot de omvang van de schade, zoals geoordeeld in het arrest Smit-De Moor.¹⁷ Daarmee zijn wel enkele grenzen door de Hoge Raad getrokken, maar dit geeft de praktijk nog niet veel houvast om te kunnen bepalen in welk geval de gedeclareerde werkzaamheden en het daarvoor gevorderde tarief redelijk zijn. Met dit artikel willen wij een aanzet geven om daar meer houvast bij te krijgen. Eerst benoemen we onder andere de factoren en de ontwikkelingen.

Het tarief van de belangenbehartiger komt tot stand in een vrije markt. Er is geen prijsmaatregel door de overheid uitgevaardigd waarin de maximale hoogte van het uurtarief van een belangenbehartiger is vastgelegd. Zo bezien is *the sky the limit* en zou je kunnen zeggen dat in ons land dan zeer schappelijke uurtarieven worden gevraagd door belangenbehartigers. Die markt is wat betreft de prijsvorming bijzonder te noemen. De prijs is namelijk niet aan het mechanisme van vraag en aanbod onderworpen. Hoewel het aantal gewonden en doden als gevolg van een ongeval waarvoor een aansprakelijke valt aan te wijzen, door de jaren heen een dalende tendens kent, zijn de uurtarieven van belangenbehartigers daarentegen niet gedaald.

In de reclame-uitingen van belangenbehartigers is de prijs voor hun diensten geen prominente rol toebedeeld. “*Een eerste adviesgesprek, desgewenst bij u thuis, is kosteloos*”, aldus de wervende tekst op een website van een letselschade-advocatenkantoor. Een letselschadebureau heeft op de website vermeld: “*Na analyse van een ervaren letselschadespecialist ontvangt u kosteloos advies m.b.t. schadevergoeding*”. Deze twee uitingen zijn statistisch niet representatief, maar wie de tijd neemt om meer websites van aanbieders van rechtshulp in geval van letselschade in ogenschouw te nemen krijgt zelden een andere boodschap te zien. Gek genoeg staat dat eerste en tevens onvermijdelijke, noodzakelijke en redelijk te achten intakegesprek vaak wel op de declaratie die de aansprakelijke (verzekeraar) wordt gepresenteerd. Wat daar verder ook van zij, duidelijk is waar te nemen dat de prijs voor de werkzaamheden geen issue is. Dat is ook begrijpelijk, omdat degene die in de meeste gevallen de rekening betaalt, de aansprakelijkheidsverzekeraar, niet betrokken is bij het maken van afspraken over tarieven en de daarvoor te verlenen diensten.¹⁸

Concurrentie heeft op veel markten tot prijsdalingen geleid. Een prominent voorbeeld daarvan zijn de tarieven van vliegzeinen. Hoe anders is dat op de letselschademarkt. De concurrentie daar uit zich in enerzijds drempelverlagende kosteloze huisbezoeken ongeacht de afstand en gratis eerste adviezen en anderzijds in het schermen met maximale vergoedingen. Maar daar blijft het dan ook wel bij. Ook de groei in het aantal aanbieders sinds 1987 heeft niet geleid tot prijsdaling.¹⁹

Zoals reeds opgemerkt, de prijs voor hulp bij letselschade is geen issue. Er is in de gevraagde prijs dan ook weinig verschil waar te nemen, ongeacht wie de dienst levert: LSA advocaat of een medewerker van een schaderegelingsbureau. De behandelaar bij een letselschadebureau kan daardoor een zelfde uurprijs verlangen als de LSA advocaat. Overigens is deze redenering ook om te keren. Als puur wordt gekeken naar de aard van de werkzaamheden (het vaststellen van schade) valt die gelijke prijs nog te begrijpen ook. Het vaststellen van schade bij letsel is nu eenmaal geen kunstje dat uitsluitend goed kan worden gedaan door een LSA advocaat.²⁰ Dat is anders in het geval er geprocedeerd moet worden over de schadeomvang.

De schadeomvang is van belang voor beoordeling van de vraag wat redelijk gemaakte buitengerechtelijke kosten zijn, de Hoge Raad in Smit-De Moor is daarover duidelijk. Bij de bepaling hiervan biedt de PIV-staffel een *handvat* bij het vaststellen of de kosten redelijk zijn, aldus een recente uitspraak van de Rechtbank Noord-Nederland.²¹ Dat is ook het geval indien de PIV-overeenkomst BGK is afgesloten. Volgens de rechtbank is de PIV-staffel *niet beslissend* voor de vraag of de buitengerechtelijke kosten redelijk zijn.²² Wel zal de belangenbehartiger die met gevorderde bedrag aan buitengerechtelijke kosten uitkomt boven hetgeen staat vermeld in de PIV-staffel en in de jurisprudentie/doctrine, moeten stellen en zonodig moeten bewijzen, dat het gevorderde bedrag wordt gerechtvaardigd door de complexiteit, de moeilijkheidsgraad van het dossier, de lange duur van het dossier, etc. In de uitspraak van de Rechtbank Noord-Nederland verricht de kantonrechter een jurisprudentieonderzoek, waarbij de conclusie wordt getrokken dat zowel in grote als in kleine zaken de buitengerechtelijke kosten naar percentage liggen tussen de 2,5% en 48% van het toegewezen bedrag aan schade. Dat de kantonrechter dit onderzoek verricht geeft onzes inziens ook aan hoe er in de rechtspraak mee wordt geworsteld met beantwoording van de vraag wat als redelijk kan worden beschouwd.

Tussentijdse bevoorschotting

Het is inmiddels vaste praktijk dat tussentijds voorschotten worden betaald aan de belangenbehartiger terzake de buitengerechtelijke kosten.²³ Dit met als doel tijdens de schadeafwikkeling discussie te vermijden over de tussentijdse bevoorschotting en de redelijkheid van de gemaakte buitengerechtelijke kosten en aldus voortgang in de schadevaststelling te behouden.

> Bij de eindafwikkeling vindt in dit werkmodel de toetsing plaats van de redelijkheid van de verrichte werkzaamheden. Daarvoor pleit dat op dat moment ook duidelijk is of er schade is geleden en welke omvang de totale schade van de benadeelde heeft. Zo kan de norm uit het Smit-De Moor arrest op correcte wijze toepassing vinden, terwijl de norm uit het Bravenboer arrest niet wordt genegeerd. Zowel de aansprakelijke partij als de belangenbehartiger kan zijn rechten en wren inzake de redelijkheidstoetsing veilig stellen door dat uitdrukkelijk in de eerste correspondentie over dit onderwerp aan te geven. Het is naar onze mening dan ook ronduit ongelukkig te noemen dat uit enkele uitspraken van rechtbanken lijkt te volgen dat elke declaratie van de belangenbehartiger moet worden bekritiseerd bij gebreke waarvan het recht om dat te doen verwerkt is.²⁴ In een markt waar het gaat om grote volumes is dat niet erg praktisch. Bovendien zet die eis de voortgang onder druk en leidt dit tot verscherping van verhoudingen op een moment dat dit nog helemaal niet nodig is.

Wij pleiten ervoor dat de aansprakelijke partij de voorschotbetaling berekent op basis van het aantal gedeclareerde uren aan werkzaamheden. Voordeel hiervan is dat het verschil tussen gedeclareerde werkzaamheden en betaalde werkzaamheden overzichtelijk en goed bepaalbaar is. Een ander voordeel is dat de liquiditeit van de rechtshulpverlener niet onder druk komt te staan. Er is immers tijdens de continuïteit van de schadevaststelling ook continuïteit in de geldstroom. De rechtshulpverlener kan daarnaast de declaratie voor eerst inrichten op het voorschottarief, dat BTW afdracht scheelt. Wordt aan het einde van het schaderegelingstraject vastgesteld dat een nabetaling moet volgen, dan is daarvoor eenvoudig een slotdeclaratie op te stellen, die dan zonder enige discussie voldaan moet worden. Het past dan wel om in die situatie waarin aanvullend betaald wordt, dat bedrag met wettelijke rente te verhogen, aangezien de betaling vertraagd heeft plaatsgevonden.

Tarief

Welk tarief is redelijk? Kijkend naar de markt van rechtsbijstandverleners zou je kunnen kiezen voor het gemiddelde van de laagste en de hoogste prijs, waarbij vermoedelijk de laagste prijs bestaat uit de premie voor een rechtsbijstandverzekering en de hoogste prijs wordt gevormd door het hoogste uurtarief dat in een letselschade zaak door een rechter is toegewezen. Je hebt dan in ieder geval een grofmazig bepaalde 'marktprijs'. Deze benadering doet echter ons inziens geen recht aan de realiteit dat advocatenkantoren als gevolg van hun kennisintensieve bedrijfsvoering met relatief hoge kosten hebben te maken. Jurisprudentie en literatuur zullen bijgehouden moeten worden, dat is eigen aan het beroep van advocaat.²⁵ Daarnaast zijn er uiteraard kosten voor huisvesting, verzekeringen en vervoer.²⁶ Daarbij speelt mee dat advocatenkantoren veelal uit een gering aantal fee earners bestaan, waardoor er nauwelijks schaalvoordelen te behalen zijn. Ten opzichte van hun leveranciers hebben die advocatenkantoren geen onderhandelingspositie, omdat hun leveranciers veel grotere partijen zijn. Het zal duidelijk zijn dat het uurtarief al vrij

snel een behoorlijke omvang heeft.²⁷ Daar komt bij dat ook het debiteurenrisico en de administratieve ondersteuning van de advocaat in dit tarief is verdisconteerd. Een aparte rekening voor de secretariële werkzaamheden, zoals een enkele medisch specialist wel eens heeft gedaan, is niet gebruikelijk, het betoog van Blondeel en Santen ten spijt. Een eventuele kantoorkostenopslag is onzes inziens niet te rechtvaardigen. Daarmee is er tevens (een begin van) een verklaring gegeven voor het feit dat de uurtarieven van advocaten niet erg uiteenlopen.

In het door Santen geproduceerde overzicht is te zien dat de tarieven variëren van € 135,- tot € 290,-, waarmee het gemiddelde tarief uitkomt op € 212,50.²⁸ Het lijkt ons dan passend uit te gaan voor de bevoorschotting van € 200,- omdat het hoogste tarief van € 290,- exceptioneel is. De rechtbank die dit toewees vond dat in zekere zin ook, maar omdat de verweerster hiertegen geen verweer had gericht, wees de rechtbank dit uurtarief toe.²⁹ Wij merken daarbij op dat onzes inziens de deskundige behandeling van letselschade wel enige ervaring en kennis van zaken vereist. Het tarief voor de jongste advocaat-stagiaire doet daar geen recht aan.

Het weigeren om tussentijdse declaraties te voldoen zijdens de verzekeraar kan desalniettemin gerechtvaardigd zijn, indien daar redenen voor zijn gezien de omstandigheden.³⁰ Daarbij spelen de volgende omstandigheden een rol:

- de omvang van de al gemaakte buitenrechtelijke kosten;
- de dubbele kosten die zijn ontstaan tijdens de schadeafwikkeling;
- de verhouding van de omvang van de kosten tot de omvang van de gestelde schade;
- en de situatie dat de voorschotten de geleden schade van benadeelde (gaan) overtreffen.

Wij zijn er voorstander van dat de aansprakelijke partij hiermee terughoudend omgaat en dit beperkt tot uitzonderlijke gevallen. Het moet dan gaan om een duidelijk signaal aan de belangenbehartiger dat de grenzen van de redelijkheid met die specifieke werkwijze worden overschreden.

Het komt voor dat de advocaat van benadeelde het niet aanvaardbaar vindt om te wachten tot de eindafwikkeling van de zaak, met als argument dat de kosten voor de benadeelde te zeer oplopen en aldus in feite voorgefinancierd moeten worden.³¹ Wij menen dat dit argument in de hiervoor door ons vermelde werkwijze van bevoorschotting geen zwaarwegend gewicht toekomt. Het verschil tussen het tarief waarvan de advocaat vindt dat zijn dienst waard is en het verschil met het bedrag dat hij bij wijze van voorschot ontvangt is daarvoor te gering. Naar onze mening is het voor beide partijen beter om dit debat te verplaatsen naar de eindafwikkeling. Allereerst omdat een tussentijds geschil over dit onderwerp de verdere minnelijke regeling niet positief beïnvloedt. Kritiek op verricht werk en kritiek op de daarvoor gevraagde prijs wordt vaak als op de persoon gerichte kritiek opgevat. Het belang van de rechtshulpverlener op betaling van zijn declaratie komt dan op de voorgrond te staan en het belang op schadevaststelling en

(daarmee voortgang in de verstrekking van (tussentijdse)) schadevergoeding aan de benadeelde wordt daaraan ondergeschikt gemaakt. Daarbij komt dat bij de eindafwikkeling pas duidelijk is wat de uiteindelijke omvang van de schade van de benadeelde is. Dit is volgens de rechtspraak een punt dat bij de vraag of de gemaakte buitengerechtelijke kosten in redelijkheid zijn gemaakt moet worden betrokken.³²

Kan de discussie tussen partijen niet worden verplaatst tot de eindafwikkeling van de zaak, dan is het mogelijk om het verzochte bedrag aan buitengerechtelijke kosten in een deelgeschilprocedure voor te leggen. Ex. art. 1019w Rv kan een verzoek tot toekenning van een (aanvullend) voorschot op de buitengerechtelijke kosten in beginsel in deelgeschil worden behandeld. Wel is het op grond van art. 1019z Rv vereist dat de beslissing kan bijdragen aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst. Daarvoor moet de investering in tijd, geld en moeite worden afgewogen tegen het belang en de bijdrage die de verzochte beslissing aan totstandkoming van een minnelijke regeling kan leveren. Kortom, in elke zaak dient die afweging plaats te vinden.

Voor de inhoudelijke afweging zal het bijvoorbeeld van belang zijn of het geschil enkel ziet op de declaratie van de advocaat of dat er ook andere verzoeken in de deelgeschilprocedure worden voorgelegd. Ook de hoogte van de openstaande declaratie en de vraag of de aansprakelijke partij al een definitief standpunt hierover heeft ingenomen kunnen van belang zijn. Daarbij dient te worden gekeken of het geschil een obstakel vormt in het onderhandelings-traject met benadeelde en hoe ver partijen al zijn in het bereiken van een minnelijke regeling.³³ Maakt een advocaat onnodig of onterecht een deelgeschil aanhangig, dan komen deze gemaakte kosten niet voor vergoeding in aanmerking.³⁴ Leent het geschil zich mogelijk niet voor een deelgeschilprocedure, dan kan het geschil aan de bodemrechter worden voorgelegd.

Deskundigheid

Wat wij missen in de beoordeling bij de vraag of de gevorderde kosten in redelijkheid zijn gemaakt is de vraag naar de deskundigheid. Tot nog toe lijkt het daarvoor voldoende te zijn dat de belangenbehartiger een al dan niet bij wet erkende titel voert en er zijn beroep van heeft gemaakt letselschade te verhalen. Dat komt ons wel erg gemakkelijk voor. De inhoudelijke kwaliteit van de geleverde dienst is wat ons betreft wel te beoordelen en daar mogen ook eisen aan worden gesteld.³⁵ Deskundigheid houdt immers in dat er verstand van zaken is. Dat wordt gestaafd door de verrichte werkzaamheden. Dat betekent dat die werkzaamheden doelgericht moeten zijn, en betrekking moeten hebben op / bestaan uit het vaststellen en aantonen van de schade. In zijn algemeenheid brengt dat met zich dat de aansprakelijke partij niet zou hoeven te vragen om voor de schadevaststelling relevante informatie, omdat de deskundige belangenbehartiger daarin voorziet. Dat is toegevoegde waarde. Volgens de Rechtbank Gelderland kan de opstelling van partijen van invloed zijn op de redelijkheid van buitengerechtelijke kosten.³⁶ In dit kader kan ons inziens worden

gedacht aan de weigerachtige houding om informatie te verstrekken die noodzakelijk is ter vaststelling van de schade van benadeelde. Efficiënt werken is ook een uiting van deskundigheid. Het gedurende tientallen minuten blijven verkeren in een telefoonmenu van een verzekeraar past naar onze mening niet in het streven naar efficiëntie.³⁷ Als er na 5 minuten niet het gewenste telefonisch contact ontstaat, ligt het voor de hand op andere wijze contact te zoeken, bijvoorbeeld door het sturen van een e-mail, wat veelal niet veel tijd kost. Veelvuldige dossierstudie past in zijn algemeenheid niet bij efficiënt werken. Echter moet hier wel genuanceerd worden: dossierstudie zal noodzakelijk zijn, indien het betreffende dossier om verklaarbare redenen lang stil heeft gelegen.

Over literatuur- en jurisprudentiestudie kan verschillend worden gedacht. Enerzijds kan worden gesteld dat dit vanwege de dynamiek van het (deel)onderwerp noodzakelijk is om actuele voor de schadevaststelling relevante inzichten in te brengen, anderzijds kan ook gesteld worden dat de daarvoor noodzakelijk tijd geacht wordt in het uurtarief te zijn begrepen. Overigens is die inbreng van actuele en voor het (deel) onderwerp relevante literatuur en jurisprudentie vast te stellen, doordat daarop beroep wordt gedaan of naar wordt verwezen.

In de praktijk komt het voor dat de werkzaamheden van de belangenbehartiger zijn beperkt tot het doorsturen van berichten en soms ook berekeningen van diens cliënt, dan wel van het doorsturen van medische informatie. Dan vervult de belangenbehartiger eerder een postbusfunctie, waardoor onzes inziens het (hoge) deskundigentarief niet wordt gerechtvaardigd. Ook het Hof Den Bosch achtte dit punt van belang, doordat de brieven door de belangenbehartiger slechts werden doorgestuurd en het inhoudelijke debat werd gevoerd door de medici in plaats van de advocaat.³⁸

Toegevoegde waarde bestaat er ook uit dat de belangenbehartiger de benadeelde goed informeert in de zin dat aan een reëel verwachtingspatroon wordt gewerkt. Wij hebben er begrip voor dat de benadeelde behoefte heeft aan uitleg over de gang van zaken door de belangenbehartiger en dat dit tijd vergt. Daar staat tegenover dat in het huidige internet tijdperk dit tijdsbeslag wel met een korrel zout kan worden genomen, gezien de veelheid aan informatie over de stappen / fases in het schaderegelingsproces welke op de website van de eigen belangenbehartiger staat vermeld en waarvan dus te allen tijde kennis kan worden genomen door de benadeelde.

Afronding

Kortom, de vraag welke buitengerechtelijke kosten als redelijk kunnen worden beschouwd is een tijdsgebonden vraag en de rechtspraak loopt op dit punt vanwege de casuïstiek erg uiteen. Voor de beoordeling hetgeen redelijk is zullen onzes inziens de werkzaamheden gericht moeten zijn op een daadwerkelijke vaststelling van de schade en ook een meetbare en toegevoegde bijdrage moeten leveren aan deze vaststelling. Van een professionele belangenbehartiger

> die zich immers deskundige mag noemen mag dan ook deskundigheid worden verwacht bij de werkzaamheden die gericht zijn op het vaststellen van schade. Wat wij over het algemeen missen in de beoordeling bij de vraag of de gevorderde kosten in redelijkheid zijn gemaakt is deze vraag naar deskundigheid. Van de verzekeraar kan terecht worden verlangd dat zij de kosten van rechtsbijstand betaalt omdat benadeelde ongewild door de aansprakelijkheid-scheppende gebeurtenis in een positie is komen te verkeren, waardoor hij deze kosten moet maken. De verzekeraar – en benadeelde – mag onzes inziens daarentegen deze deskundigheid in de werkzaamheden terugzien, zodat het uiteindelijk tarief van de belangenbehartiger en de omvang van de verrichte werkzaamheden ook gerechtvaardigd zijn en deze kosten zonder discussie kunnen worden voldaan.



¹ Gratis Woordenboek Van Dale, <http://www.vandale.nl-opzoeken?pattern=redelijk&lang=nn>, geraadpleegd op 21-1-2017.

² HR 26 maart 1976, NJ 1976/393, ECLI:NL:HR:1976:AB6023 (Yvonne Calis).

³ Accentuering van de schrijvers van dit artikel.

⁴ HR 1 juni 1990, NJ 1991/720, ECLI:NL:HR:1990:AB7631 (Ingrid Kolkman).

⁵ Zie voor een beklopt overzicht inzake tarieven en tijdbesteding, mr. A.E. Santen in PIV-Bulletin 2016/4, p. 14 e.v., 'Mag het een onsje minder zijn? Toewijzingen BGK door deelgeschilrechters.'

⁶ HR 3 april 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5568, NJ 1988/275 (L&L/Drenth).

⁷ Rechtbank Breda 23 november 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BU6810.

⁸ In de dagelijkse praktijk lijkt iedereen ervan uit te gaan dat aan de zijde van verzekeraars immer deskundigen aan het werk zijn, waardoor het dus gerechtvaardigd is dat de benadeelde zich ook van deskundige bijstand voorziet.

⁹ Rb Gelderland 29 april 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:2471.

¹⁰ Rb Oost-Brabant 19 juli 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:3870.

¹¹ Rb Midden-Nederland 7 september 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5344.

¹² Hof 's-Hertogenbosch 11 september 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX8695.

¹³ Hof 's-Hertogenbosch 11 september 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX8695.

¹⁴ HR 9 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1578, NJ 1995/250 (Smit/De Moor);

¹⁵ Rb Breda 23 november 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BU6810.

¹⁶ HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7423, NJ 2005/50; HR 13 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:586, NJ 2015/145 (Mark Four Enterprises/Apotex Nederland); Rb Limburg 3 september 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:11335.

¹⁷ HR 9 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1578, NJ 1995/250.

¹⁸ Zo ook mr. A.F.J. Blondeel en mr. A.E. Santen, 30 jaar redelijkheid bij de BGK: enkele overwegingen van de verzekeraars, L&S 2016/4; mrs. J.G. Keizer, C.C.J. de Koning, E.F. Klungers en J.F. Roth, Buitengerechtelijke kosten, een terugkerende discussie in letselschadezaken, L&S 2016/4, p. 65.

¹⁹ In verzekeraarskringen is het arrest London & Lancashire-Drenth (NJ 1988/275) ook wel het werkgelegenheidsarrest genoemd. Voor

1987 waren er niet veel professionele belangenbehartigers voor benadeelden met personenschade.

²⁰ In gelijke zin mrs. J.G. Keizer, C.C.J. de Koning, E.F. Klungers en J.F. Roth in Buitengerechtelijke kosten, een terugkerende discussie in letselschadezaken, L&S 2016/4, p. 63.

²¹ Rb Noord-Nederland 24 juni 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3120; zie ook Rb Gelderland 10 december 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:8267; Hof 's-Hertogenbosch 11 september 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX8695.

²² Rb Noord-Nederland 24 juni 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:3120; zie ook Hof 's-Hertogenbosch d.d. 11 september 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX8695.

²³ De door mrs. J.G. Keizer, C.C.J. de Koning, E.F. Klungers en J.F. Roth bepleite oplossing in 'Buitengerechtelijke kosten, een terugkerende discussie in letselschadezaken', L&S 2016/4, p. 68, bestaat dus al en wordt ook breed toegepast. Slechts ontbreekt instemming van de advocaat met het voorschottarief.

²⁴ Bijvoorbeeld rechtbank Den Haag 17 augustus 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX8037, waarin wel sprake was van enkele bijzondere omstandigheden die dit oordeel begrijpelijk maken. Echter in gelijke zin oordeelde in een niet-letselschadezaak de Rechtbank Amsterdam op 15 december 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:8713, NJF 2015/77.

²⁵ Sommige advocaten hebben wel gekscherend opgemerkt dat zij voor een heel groot deel werken voor bedrijven als Kluwer en SDU.

²⁶ Hieronder vallen niet alleen de verplichte beroepsaansprakelijkheidsverzekering, maar bijv. ook pensioenverzekeringen.

²⁷ Zie hiervoor ook mrs. J.G. Keizer, C.C.J. de Koning, E.F. Klungers en J.F. Roth in 'Buitengerechtelijke kosten, een terugkerende discussie in letselschadezaken, L&S 2016/4, p. 66.

²⁸ Mr. A.E. Santen, PIV-Bulletin 2016/4, p. 13 e.v., 'Mag het een onsje minder zijn? Toewijzingen BGK door deelgeschillenrechters.'

²⁹ Rechtbank Rotterdam 24 november 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:8640, r.o. 4.14: "Het door mr. Carels gehanteerde uurtarief ligt iets hoger dan het tarief dat doorgaans in deelgeschilprocedures aanvaardbaar wordt geacht in de begroting van de buitengerechtelijke kosten. Nu Erasmus MC echter geen verweer heeft gericht tegen de hoogte hiervan, zal van het opgegeven uurtarief worden uitgegaan."

³⁰ RvT Schadeverzekeringsbedrijf 9 januari 1995, nr. III-95/6, VR 1995/193.

³¹ Zie in deze zin mrs. J.G. Keizer, C.C.J. de Koning, E.F. Klungers en J.F. Roth in Buitengerechtelijke kosten, een terugkerende discussie in letselschadezaken, L&S 2016/4, p. 68.

³² Rb Gelderland 29 april 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:2471; Rb Gelderland 10 december 2005, ECLI:NL:RBGEL:2015:8267.

³³ Rb Rotterdam 8 december 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:9274.

³⁴ Rb Rotterdam 8 december 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:9274.

³⁵ Dat kwaliteit wel wordt verlangd en het gebrek daaraan ook wel wordt waargenomen door rechters, blijkt uit de door Engelhard en Lindenberg geciteerde verklaring (NL07), in 'Culturen van schade-afwikkeling', mr. E.S. Engelhard en prof. mr. S. D. Lindenberg, TVP 2016/4, p. 90. Overigens wordt daar ook het eigen financiële belang van rechtshulpverleners als versturende factor gesignaleerd.

³⁶ Rb Gelderland 10 december 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:8267.

³⁷ Rb Noord-Holland 24 november 2016, zaaknr. C/15/243608 / HA RK 16/85 (gepubliceerd op letselschademagazine.nl).

³⁸ Hof 's-Hertogenbosch 11 september 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX8695.

Culturen van letselschadeafwikkeling: ervaringen in Engeland, Noorwegen en Nederland

PvS

Onder de vlag van het European Institute for Tort Law (vergelijkend aansprakelijkheidsrecht) in Wenen is in de afgelopen jaren sociaalwetenschappelijk onderzoek verricht naar de manier waarop letselschades worden afgewikkeld in drie Europese jurisdicties: Engeland (en Wales), Noorwegen en Nederland. Op 6 december 2016 werd tijdens het jaarlijkse symposium van de Erasmus School of Law op de uitkomsten van dit onderzoek ingegaan. Voor de pauze brachten Evelien Engelhard en Siewert Lindenbergh de resultaten over het voetlicht en na de pauze werd daar door Arno Akkermans en Cees van Dam op gereflecteerd. Een en ander werd door Mop van Tiggele in goede banen geleid.

Het symposium van de Erasmus School of Law vindt plaats in het kader van de masteropleiding Aansprakelijkheid en Verzekering. Volgens dagvoorzitter prof. mr. Mop van Tiggele, hoogleraar Verzekeringsrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en aan de Radboud Universiteit Nijmegen, zijn in de afgelopen acht jaar A- en V-onderwerpen steeds mooi afgewisseld, en zou deze keer een V-onderwerp aan de beurt zijn, “maar dat is het niet geworden”, zo lichtte zij toe. “Het onderzoek naar de cultuurverschillen is zo bijzonder, dat we daar dit jaar dit podium gewoon voor moesten gebruiken. Bovendien is het mooi om te zien, dat A en V wel degelijk goed met elkaar samengaan.” In haar welkomstwoord ging Van Tiggele vervolgens in op de keuze in het onderzoek voor Engeland, Noorwegen en Nederland. Deze keuze is met name geïnspireerd door de uiteenlopende rechtsstelsels in deze landen: in Engeland ‘common law’ (een rechtsstelsel ontstaan vanuit het gewoonterecht, waarin jurisprudentie leidend is), in Nederland

‘civil law’ (het privaatrecht zoals dat uit het Romeinse recht is voortgekomen) en in Noorwegen een mengvorm met sociale zekerheid. Ook het vermogen van de beoogde respondenten om zich in het Engels uit te drukken was leidend bij de keuze voor de drie landen. Per land werden 25 tot 30 personen geïnterviewd. In Nederland ging het om vier slachtofferadvocaten, vier medewerkers van rechtsbijstand-verzekeraars, vier advocaten van verzekeraars, vijf rechters, acht verzekeraars of schadebehandelaren voor verzekeraars en betrokkenen van De Letselschade Raad en het PIV. “We vinden het mooi dat een groot aantal geïnterviewden hier vandaag aanwezig is”, aldus Mop van Tiggele.

‘The law in action’

Na de inleiding was het woord aan Evelien Engelhard, promovenda bij de sectie burgerlijk recht van de Erasmus School of Law. Zij doet onderzoek naar verbeterinitiatieven voor de afwikkeling van letselschade in verschillende landen, waaronder ook Engeland en Nederland, maar ook Ierland en de Verenigde Staten. “Mijn onderzoek ziet alleen op de verbeterinitiatieven zelf”, aldus Engelhard, “terwijl het onderzoek dat we vandaag hier presenteren, meer ziet op een rechtscultuur, een proces. Het onderzoek is opgezet om een indruk te krijgen van de wijze waarop het recht in de letselschadepraktijk functioneert. Het kan worden getypeerd als rechtsvergelijkend onderzoek naar de toepassing van formele regels en rechtsbeginselen in de praktijk, in plaats van onderzoek naar deze regels en beginselen zelf. In die zin is het dus meer een procesvergelijkend onderzoek. Wel degelijk wordt ook nagegaan welke juridische aspecten problematisch zijn bij de afwikkeling van personenschades, maar het gaat er vooral om hoe de processen in de praktijk verlopen en hoe die per land verschillen. Uiteindelijk was het doel het verschil tussen ‘the law in the books’ en ‘the law in action’ in de letselschadepraktijk bloot te leggen en de factoren te identificeren die daarop invloed hebben.” Evelien Engelhard legde uit dat de resultaten van de interviews aan de hand van een aantal centrale thema’s waren geanalyseerd, te weten de relevantie of irrelevantie van rechtsregels, de invloed van kwaliteit, kennis, scholing en financiële belangen, het gebruik van strategieën en tactieken, de adequaatheid van compensatie en de betekenis van efficiëntie en eerlijkheid in het proces. In het symposium ging het vooral over drie iets anders geformuleerde thema’s, namelijk de beslissende factoren voor de uitkomst, de spanning tussen financiering en kwaliteit en de door partijen gehanteerde strategieën. Daarbij nam Evelien Engelhard de Nederlandse praktijk voor haar rekening en besprak prof. mr. Siewert Lindenbergh, hoogleraar Privaatrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam, de situatie in Noorwegen en Engeland.



> Goed overleg

“Noorwegen is op dit vlak interessant”, aldus Lindenberg, “omdat de jurisdictie op het gebied van personenschade een verplichte verzekering kent voor eigenlijk de belangrijkste gebieden: verkeer, arbeid en medische aansprakelijkheid. Dit is allemaal door verzekering afgedekt, in zowel een third party als een first partymodel. Dit betekent dat de schade primair door de verzekeraar wordt afgewikkeld op wie de aanspraak bestaat en daar komt vaak niet eens een belangenbehartiger bij kijken. Dat gebeurt daar kennelijk in goed overleg. En is er al eens een geschil, dan wordt dat niet door de rechter behandeld, maar door geschilbeslechting bij zogenoemde ‘financial dispute resolution boards’ of ‘patient injury compensation boards’. In feite zijn dat een soort geschillencommissies zoals wij die ook wel in Nederland zien opkomen. Hoogst zelden komt een zaak in Noorwegen bij de rechter.”

Overcommercialisering

Heel anders is de situatie in Engeland. Lindenberg: “In Engeland kennen ze ‘common law’, dus dat is een ander model dan hier op het continent. Toch kun je zeggen dat dit niet het grootste verschil met het Nederlandse recht op dit gebied is. Natuurlijk zijn er wel wat andere regels, maar ‘in the end’ pakken die vaak op dezelfde manier uit. Wel anders is, dat in Engeland een soort overcommercialisering heeft plaatsgevonden, met uit de pan gerezen proceskosten. Een van de grote problemen in Engeland was dat de kosten van de claims, met name de whiplashclaims, ver de waarde ervan overstegen. Interessant is dan nog dat het in Engeland bij whiplashclaims niet zozeer om het verlies van arbeidsvermogen gaat, maar vooral om smartengeld, zo’n vijf à tien-duizend pond. Maar de kosten van dergelijke claims hadden de neiging om dit bedrag met een factor twee, drie en soms vier te overstijgen.” Deze situatie, zo legde Lindenberg uit, heeft in Engeland tot serieuze maatregelen in het civiele procesrecht geleid. Deze moeten ervoor zorgen dat lage claims nooit bij de rechter en de iets hogere claims alleen voor een snelle behandeling bij de rechter komen. Bij de echt hoge claims kan dan nog de strijd worden aangegaan. “Deze maatregelen hebben een enorme invloed op de branche gehad”, aldus Lindenberg. “Engeland had een forse personenschade-industrie en veel kantoren die op de oude wijze van procesvoering en oude kostenmodellen waren gebaseerd, zijn toen omgevallen.” Ten tijde van het onderzoek naar cultuurverschillen moesten deze maatregelen nog worden geïmplementeerd of ze moesten nog landen. De uitkomsten van de interviews zullen daardoor zeker zijn gekleurd.

Behoed voor afglijden

Lindenberg kwam tot de slotconclusie dat op basis van de observaties in het onderzoek de Engelse cultuur als de meest en de Noorse als de minst strijdlustige en gecommercialiseerde kan worden gezien. Nederland lijkt zich daartussenin te bevinden, zodat het verschil met Engeland niet enkel door het onderscheid tussen ‘common law’ en ‘civil law’ lijkt te kunnen worden verklaard. De Nederlandse praktijk neigt wel meer naar de Engelse dan naar de Noorse. Het lijkt er niettemin op dat de pogingen van de Nederlandse stakeholders in de afgelopen decennia om met elkaar in gesprek

te blijven, zowel in individuele dossiers als – via overlegorganen en overleginitiatieven – in dossieroverstijgende discussiepunten, de Nederlandse praktijk hebben behoeft voor een ‘afglijden naar Engelse toestanden’. De Noorse praktijk verschilt aanzienlijk van de Engelse en de Nederlandse. Verklaringen daarvoor kunnen worden gezocht in de omvang van het land en van de juridische gemeenschap (die in Noorwegen veel kleiner is dan in Engeland en Nederland), de rol van publieke organen, het vertrouwen in de overheid en het verschil in welvaart. Door dit laatste is het Noorse sociaal zekerheidsstelsel genereus en is er minder aanleiding om extra geld bij een wederpartij te bevechten.

Waardevol voor de samenleving

Na een pauze werd tijdens het symposium op de gepresenteerde onderzoeksuitkomsten gereflecteerd door prof. dr. mr. Arno Akkermans, hoogleraar Privaatrecht aan de VU in Amsterdam, en prof. dr. Cees van Dam, hoogleraar International Business and Human Rights aan de Rotterdam School of Management, hoogleraar Europees vergelijkend aansprakelijkheidsrecht aan de Universiteit Maastricht en ‘visiting professor’ aan King’s College in Londen. Arno Akkermans begon met te benadrukken dat dit type onderzoek – ‘the law in books’ versus ‘the law in action’ – zeer welkom is. “Ik ben heel blij dat steeds meer mensen dit gaan doen”, zo zei hij. “Er is een ontwikkeling in de rechtswetenschap gaande waarbij we meer doen dan alleen maar in de boeken kijken en meer gevoelig worden voor hoe het recht in de praktijk uitwerkt. Ik ervaar deze ontwikkeling als een vrij natuurlijke, die je ook in andere disciplines ziet. Het is gewoon een verrijking om ook een ander type onderzoek te doen. Ik heb echt het gevoel dat we daarmee een meerwaarde voor de samenleving kunnen realiseren. Dit type onderzoek laat ons beter zien wat het recht voor burgers en rechtzoekenden betekent en hoe we het systeem waardevoller voor de samenleving kunnen laten zijn.”

Niet vrolijk

Arno Akkermans gaf vervolgens te kennen blij te zijn dat de Engelse praktijk niet de Nederlandse is. “Die Engelsen, daar word ik niet vrolijk van”, zei hij. “Iemand vroeg me eens waarom ik me met letselschade ben gaan bezighouden. Ik denk dat een van de redenen is, dat er enerzijds veel echte menselijke belangen mee gemoeid zijn en anderzijds ik sterk het gevoel heb dat er nog veel verbeteringen mogelijk zijn. Het is een terrein waarop je je nuttig kunt maken. Ik wil niet overdreven idealistisch over de situatie in Nederland doen, maar als ik het citaat lees van een Engelse advocaat die voor verzekeringsmaatschappijen optreedt, namelijk ‘take your usual robust approach’, dus pak het op de gebruikelijke robuuste manier aan, dan denk ik dat wij dat in Nederland echt niet willen. Misschien zit voor mij de grootste pijn nog wel in het woordje ‘usual’. Wij willen niet dat in de dramatiek van bijvoorbeeld een verkeersongeval de zaak, ‘zoals gewoonlijk’, robuust wordt aangepakt. Ik snap wel dat zich meningsverschillen voordoen, belangentegenstellingen, het gaat tenslotte om geld, en dat er af en toe een noodzaak is om robuust tegen elkaar te doen, maar dat wordt dan toch

echt als een noodzakelijk kwaad gezien. Wat mij betreft zou dat toch een uitzondering moeten blijven.”

Systemen versus culturen

Cees van Dam ging in zijn reflectie in op het onderscheid tussen rechtssystemen en het onderscheid tussen rechtsculturen. “Het eerste wordt vaak overschat en het tweede wordt vaak onderschat”, zei hij. “Dat komt volgens mij ook in dit onderzoek tot uitdrukking. Het onderscheid tussen ‘common law’ en ‘civil law’ wordt in de rechtswetenschap belangrijk gevonden. Het is ook belangrijk, maar niet zozeer inhoudelijk. De regels lijken veel op elkaar. Zowel Engeland als Nederland is veel op foutaansprakelijkheid georiënteerd. Maar Nederland heeft ook een behoorlijk aantal regels van risicoaansprakelijkheid en Engeland nauwelijks. In Engeland houden ze niet van risicoaansprakelijkheid. Dus er zijn wel verschillen in regels, maar het zijn vooral verschillen in perspectief, in cultuur en in politiek. Er is bijvoorbeeld een verschil in de samenstelling van de rechterlijke macht. The House of Lords en het Supreme Court werken op grond van ‘common law’, met precedents, een strak systeem waar je niet van kunt afwijken. Je moet zoeken naar hoe het vroeger was en dat hou je min of meer vast. Maar in feite is dat nu niet meer zo. Het Supreme Court kan van de eigen precedents afwijken, dus er is voldoende flexibiliteit in het systeem, maar in de meeste gevallen wil men dat gewoon niet. Het zijn conservatieve mensen. De relatie tussen de cultuur en de keuzes die worden gemaakt, op een politiek niveau en ook op een laag daaronder, geven aan waarin we van elkaar verschillen en verklaren uiteindelijk ook waarom die verschillen er zijn. Het is niet zo belangrijk of het om ‘common law’ of ‘civil law’ gaat. Rechtscultuur is belangrijker.”

Indringende oproep

Van Dam had tot slot nog een indringende oproep aan de branche, enigszins losstaand van het besproken onderzoek, om het maatschappelijk verantwoord ondernemen ook van toepassing te laten zijn op de behandeling van personen-



Fotografie: Erasmus School of Law ©

schade. Hij zei: “Veel banken en verzekeraars hebben een beleid ontwikkeld voor maatschappelijk verantwoord ondernemen. In mijn ogen kan er een spanningsveld ontstaan tussen de normen die een verzekeraar bijvoorbeeld bedrijven oplegt waarin wordt geïnvesteerd en de normen die deze verzekeraar in het dagelijkse werk hanteert. Neem de eisen van redelijkheid en billijkheid. Wat verstaan we daar precies onder? Een verzekeraar zal die anders benaderen dan een letselschadeadvocaat. Uiteindelijk gaat het erom welke keuzes je maakt. Wil je een inactieve onderneming zijn of wil je aan de andere kant van het spectrum zitten en een proactieve onderneming zijn? Deze vragen zijn ook belangrijk voor de wijze waarop je onderhandelingen in de personenschadebehandeling insteekt. Het gaat niet om een businessmodel, het gaat er niet om dat je zo min mogelijk geld uitgeeft. Iemand die door een verkeersongeluk gewond is geraakt, heeft met een inbreuk op een van zijn fundamentele mensenrechten te maken. Het gaat erom dat die rechten worden hersteld en dat je daar op een goede, sociale manier mee bezig bent. Dat is de manier om de ethiek in ondernemingen terug te brengen!”

Kansschade: wat zou er zijn gebeurd als de arts...?

Kansschade is niet het meest eenvoudige leerstuk dat ons Nederlands recht te bieden heeft. Dit leerstuk kan worden toegepast in situaties waarin onzeker is of en in hoeverre een op zichzelf vaststaande tekortkoming of onrechtmatige daad ook tot schade heeft geleid. Het standaardvoorbeeld is dat van de advocaat die heeft verzuimd om tijdig hoger beroep in te stellen¹ of dat van de belastingadviseur die onjuist heeft geadviseerd.² Vaststaat dat deze advocaat/belastingadviseur een norm heeft geschonden, maar of dit ook tot schade heeft geleid, zal altijd onzeker zijn. Het enige dat wel zeker is, is dat een kans op een betere uitkomst verloren is gegaan. Mocht blijken dat dit een reële (lees: een niet zeer kleine) kans is, dan kan het leerstuk van de kansschade een instrument zijn voor de vaststelling van de schade.

Medische aansprakelijkheid

Ook in kwesties van medische aansprakelijkheid komt het geregeld voor dat onzeker is of, en zo ja in hoeverre, een medische fout tot schade heeft geleid. Niet zozeer in situaties waar de gevolgen evident zijn, zoals bijvoorbeeld het per abuis afzetten van het verkeerde been, maar meer in situaties waarbij de juiste diagnose niet tijdig is gesteld of de juiste medische ingreep niet tijdig heeft plaatsgevonden. Stel dat deze fouten niet zouden zijn gemaakt: wat zou er dan – hypothetisch gezien – zijn gebeurd? Had de patiënt dan geen of mogelijk minder gezondheidsschade gehad? Of was het denkbaar dat de gezondheidsschade dan ook (volledig) zou zijn ingetreden?

Vanwege de complexe medische materie zijn dit soort vragen vaak niet eenduidig te beantwoorden. De leer van de kansschade kan dan in dat soort gevallen uitkomst bieden, mits blijkt dat in de hypothetische situatie zonder medische fout een reële kans op een beter (behandel)resultaat zou hebben bestaan.³

De vraag is alleen: waar moet in de hypothetische situatie van worden uitgegaan om uiteindelijk deze kans te kunnen bepalen c.q. inschatten? Weliswaar is bekend dat het een vaststelling betreft aan de hand van een schatting van de goede en kwade kansen,⁴ maar deze regel biedt de (rechts) praktijk weinig houvast. Wat is immers het uitgangspunt? Moet worden uitgegaan van de meest optimale behandeling die had kunnen plaatsvinden of wordt genoegen genomen met de situatie waarin aan de standaard(norm) zou zijn voldaan? Of moet worden ingeschat wat de behandelend hulpverlener zelf feitelijk zou hebben gedaan als hij de medische fout niet had gemaakt? Met het arrest van 23 december 2016⁵ heeft de Hoge Raad hierin meer duidelijk gegeven.

De (trieste) feiten

In mei 1996 werd een tweeling - twee meisjes - te vroeg

August de Hoogh,
KBS Advocaten



geboren. Eén van hen overleed in de eerste week na de geboorte. Het andere meisje onderging vrijwel direct na de geboorte een buikoperatie. Nadien bleek dat de bloedcirculatie in haar rechter been onvoldoende was en dat er necrose was ontstaan. Uiteindelijk moest haar rechter voetje worden geamputeerd. Op 25 juni 1996 is het meisje ook gecontroleerd door de oogarts op de aanwezigheid van netvliesloslating (“retinopathy of the premature” kortweg “ROP”). Omdat haar pupillen op dat moment niet (meer) wijd waren, mislukte het onderzoek. Twee weken later, op 9 juli 1996, volgde een tweede controle bij de oogarts. Op dat moment werd netvliesloslating geconstateerd. De operatie van een dag later mocht echter niet meer baten. De netvliesloslating zette door en het meisje werd volledig blind. De ouders en het meisje hielden het ziekenhuis aansprakelijk voor de schade als gevolg van deze blindheid. Het ziekenhuis zou hebben nagelaten het meisje tijdig te controleren op netvliesloslating en daarvoor niet tijdig hebben behandeld.

De rechtbank wees de vorderingen af. De rechtbank overwoog dat de tweede controle van 9 juli 1996 weliswaar te laat plaatsvond, maar niet kon worden geconcludeerd dat als gevolg van deze vertraging de schade daadwerkelijk was opgetreden. Eén van de benoemde deskundigen had namelijk geoordeeld dat, na het mislukte onderzoek van 25 juni 1996, een redelijk bekwaam en redelijk handelend oogarts het meisje op 2 juli 1996 opnieuw zou hebben gecontroleerd. Als dat zou zijn gebeurd, dan zou diezelfde redelijk bekwaam en redelijk handelend oogarts een vervolgcontrole op een termijn van een week hebben bepaald. Zo zou – in de hypothetische situatie – weer zijn uitgekomen op 9 juli 1996 en zou de behandeling dus omstreeks hetzelfde moment hebben plaatsgevonden. Volgens de deskundige, en in het voetspoor daarvan de rechtbank, was er dan ook geen kans op een beter resultaat verloren gegaan.

In appel vond het Gerechtshof Den Haag dit een juiste redenering. Hoewel het hof moest vaststellen dat mogelijk wel sprake is van enig kansverlies als zou worden uitgegaan van een optimale behandeling, benadrukte hij dat bij de

beoordeling de enige norm waaraan getoetst moet worden, die van de redelijk handelend en redelijk bekwaam oogarts is. De optimale behandeling was dus verder niet relevant, aldus het hof.

De ouders en het meisje gingen in cassatie. En met succes.

Overwegingen Hoge Raad

Om het leerstuk van de kansschade te kunnen toepassen, benadrukte de Hoge Raad nog maar eens dat eerst, en dus ook in medische aansprakelijkheidskwesties, de normschending moet komen vast te staan. Tot zover niets nieuws: *“Bij de beantwoording van de vraag of voor een patiënt een kans op een beter behandelingsresultaat verloren is gegaan, dient eerst te worden beoordeeld of is gehandeld in strijd met de norm van hetgeen een redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgenoot betaamt.”*⁶

Is de hobbelpunt van de normschending eenmaal genomen, dan komt men toe aan het causaal verband tussen deze normschending en de kansschade:

*“Indien wordt geoordeeld dat in strijd met deze norm is gehandeld, dient vervolgens ter beoordeling van het causaal verband tussen de normschending en de gestelde schade een vergelijking te worden gemaakt tussen de feitelijke situatie na de normschending en de hypothetische situatie zoals die geweest zou zijn als de normschending zou zijn uitgebleven.”*⁷

Dan volgt de belangrijkste overweging van dit arrest:

*“Wat de feitelijke situatie betreft, gaat het om de vaststelling van hetgeen daadwerkelijk is voorgevallen. Wat de hypothetische situatie betreft, gaat het om de vaststelling van wat feitelijk zou zijn gebeurd zonder de normschending. Voor die hypothetische situatie dient dus niet te worden uitgegaan van de norm van een redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgenoot, maar van de behandeling die feitelijk zou hebben plaatsgevonden, zij het dat daarbij wel uitgangspunt moet zijn dat geen normschending zou hebben plaatsgevonden.”*⁸

Bij de bepaling van de hypothetische situatie komt het dus aan op de behandeling die feitelijk zou hebben plaatsgevonden als de medische fout niet zou zijn gemaakt. Anders dan het hof oordeelde, mag hierbij dus niet worden uitgegaan van de norm van de redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgenoot. De Hoge Raad vernietigde het arrest van het Gerechtshof Den Haag en verwees de zaak naar het Gerechtshof Amsterdam.

Praktisch...

Aan het Gerechtshof Amsterdam is nu de taak om een oordeel te vellen over de behandeling die feitelijk zou hebben plaatsgevonden als de behandelend oogarts geen fout had gemaakt. Bij de bepaling daarvan lijkt in eerste instantie een rol te zijn weggelegd voor de behandelend oogarts van het meisje zelf. De Hoge Raad⁹ refereerde immers naar de verklaring die deze oogarts eerder had afgelegd:

“Ik moet eerlijk zeggen dat het mogelijk is dat als ik de vaatverwijding en de wal bij [eiseres 1] enkele dagen eerder had gezien, ik dan een spoedcricio had laten uitvoeren. Het valt

niet te ontkennen dat de kansen van [eiseres 1] beter zouden zijn geweest bij eerdere behandeling.(...)”

De Hoge Raad viel er over dat de vraag wat deze arts, gelet op zijn bijzondere deskundigheid en inzicht, zou hebben gedaan indien de tweede poging tot controle eerder zou hebben plaatsgevonden, door het hof onbeantwoord was gelaten.¹⁰ Hieruit kan worden opgemaakt dat het antwoord van de behandelend oogarts op deze vraag van groot belang lijkt om het hypothetische feitelijk verloop te kunnen vaststellen. De behandelend oogarts krijgt dan ook een (veel) bepalende rol bij de nadere bepaling van het kansverlies. Dat lijkt mij een belangrijke constatering voor de rechtspraak.

Moet nu worden geconcludeerd dat wat er feitelijk zou zijn gebeurd zonder normschending, uitsluitend kan worden gebaseerd op de verklaring van de hulpverlener? Dat is naar mijn opvatting niet het geval. De Hoge Raad overweegt dat ook niet met zoveel woorden. Ik vermoed dat bij de bepaling van het hypothetische feitelijke verloop ook weer een rol is weggelegd voor een (te benoemen) deskundige, en wel om minstens twee redenen:

- 1) rechter en patiënt zullen willen beoordelen of de behandelend hulpverlener wel een steekhoudende verklaring over het hypothetische feitelijk verloop heeft afgelegd. Mocht het behandelingsscenario immers ten onrechte niet al te rooskleurig zijn beschreven, dan zou dat de vergoedingsplicht, ten faveure van het ziekenhuis c.q. de hulpverlener, (kunnen) drukken. Voor deze beoordeling zijn rechter en patiënt echter wel weer afhankelijk van een deskundige;
- 2) wat nu als de hulpverlener niet (meer) in staat is om een verklaring af te leggen, bijvoorbeeld door overlijden, ziekte of een andere omstandigheid? Wie bepaalt dan het hypothetische feitelijke verloop? Dat zal toch weer een deskundige zijn.

Hoe deze procedure bij het Gerechtshof Amsterdam zal aflopen, is nu niet te beoordelen.¹¹ Dit arrest leert in ieder geval wel dat in gevallen van kansschade bij medische aansprakelijkheid de behandelend hulpverlener inzicht zal moeten geven in wat hij zou hebben gedaan als hij geen medische fout had gemaakt. Daarmee dient de hulpverlener zich tot op zekere hoogte verder toetsbaar op te stellen, dan dat vóór dit arrest het geval was. Nu diens afgegeven verklaring bovendien van (groot) belang kan zijn voor de nadere bepaling van het kansverlies, moet hier ook niet te lichtvaardig over worden gedacht. Het kan namelijk zo zijn dat de behandelend hulpverlener een hypothetisch feitelijk verloop schetst, dat in kwaliteit (vele malen) hoger ligt dan de standaard(norm). En hoewel de standaard(norm) deze hogere kwaliteit geenszins van de hulpverlener verlangt, zal een dergelijk geschetst hypothetisch scenario waarschijnlijk wel tot een hogere vergoedingsplicht (kunnen) leiden. Dat is iets om alert op te zijn.

Tot slot. Hoewel de Hoge Raad deze rechtsregel specifiek lijkt te hebben geschreven voor situaties van medische aansprakelijkheid, sluit ik niet uit dat de rechtspraak

- > deze regel ook zal aangrijpen, al dan niet naar analogie, in gevallen van kansschade bij andere gevallen van beroepsaansprakelijkheid. Of dat rechtens juist is, is uiteindelijk weer aan de Hoge Raad.



¹ Zie bijvoorbeeld HR 24 oktober 1997, NJ 1998/257.

² Zie bijvoorbeeld HR 21 december 2012, NJ 2013/237 m.nt. Lindenbergh.

³ Een csqn-verband tussen normschending en het verlies van de kans op succes is vereist. Zie HR 21 december 2012, NJ 2013/237 m.nt. Lindenbergh.

⁴ Zie onder meer HR 21 december 2012, NJ 2013/237 m.nt. Lindenbergh.

⁵ HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987.

⁶ HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987 r.o. 3.5.3.

⁷ HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987 r.o. 3.5.3.

⁸ HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987 r.o. 3.5.3.

⁹ HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987 r.o. 3.5.4.

¹⁰ In diezelfde rechtsoverweging gaf de Hoge Raad aan dat het hof ook erop heeft gewezen dat de oogarts tot behandeling had besloten terwijl dat naar de destijds geldende inzichten nog te vroeg was. Hier lijkt de Hoge Raad de feiten aan te vullen. Weliswaar heeft de oogarts verklaard dat de classificatie voor die situatie tekortschoot, maar door het hof, noch door de oogarts, wordt daaraan de conclusie verbonden dat de behandeling te vroeg was. Hoe de Hoge Raad dan ook tot deze overweging komt, is mij niet duidelijk.

¹¹ Overigens overwoog de Hoge Raad ook nog dat het Gerechtshof Den Haag niet – op basis van een uitspraak van een deskundige – tot de conclusie had kunnen komen dat de kans op een beter resultaat rechtens niet relevant was. Ook dit zal het Gerechtshof Amsterdam nader moeten ‘oppakken’.

Hoge Raad 23 december 2016: een voorbehoud van behoorlijk lange duur



Brenda Fluit,
Wij Advocaten

De Hoge Raad heeft op 23 december vorig jaar¹ een arrest gewezen met als uitkomst dat aan een benadeelde drieëntwintig jaar na het sluiten van de vaststellingsovereenkomst nog een beroep toekwam op een in deze overeenkomst gemaakt voorbehoud. Ik zal deze uitspraak kort bespreken en het belang van deze uitspraak voor de letselschadepraktijk toelichten.

Juridisch kader

De vordering van de benadeelde op grond van het voorbehoud in de vaststellingsovereenkomst is een vordering tot nakoming van een verbintenis uit overeenkomst tot een geven of doen in de zin van artikel 3:307 BW. Een dergelijke rechtsvordering verjaart door verloop van vijf jaren na aanvang van de dag volgend op die waarop de vordering opeisbaar is geworden. Indien geen tijd voor nakoming is bepaald, kan op grond van artikel 6:38 BW terstond nakoming worden gevorderd. Een dergelijk ‘terstond vorderen’ is door de wetgever in geval van een verbintenis tot nakoming na onbepaalde tijd niet redelijk bevonden. In dat geval ligt namelijk in de overeenkomst besloten dat opeising niet

direct zal plaatsvinden. In lid 2 van artikel 3:307 BW is om die reden opgenomen dat bij verbintenissen tot nakoming na onbepaalde tijd de verjaringstermijn van vijf jaar pas aanvangt op de dag volgend op die waartegen de schuldeiser aan de schuldenaar heeft medegedeeld tot opeising over te gaan. De schuldeiser bepaalt hiermee in feite eenzijdig het moment waarop de verjaringstermijn van vijf jaar gaat lopen. Verjaring van de vordering vindt op grond van de laatste zin van artikel 3:307 lid 2 BW in elk geval plaats twintig jaren na de aanvang van de dag waartegen opeising op zijn vroegst mogelijk was.

Feiten

Op 11 mei 1980 raakt een 19-jarige eerstejaarsstudent tandheelkunde betrokken bij een verkeersongeval met een Duits motorvoertuig. De student loopt hierbij letsel op aan zijn rechterknie. In 1985 sluit hij met de Vereniging Nederlands Bureau der Motorrijtuigverzekeraars (hierna: NBM) een vaststellingsovereenkomst waarin tegen betaling van NLG 23.500 onherroepelijk en onvoorwaardelijk kwijting wordt verleend ter zake de door hem geleden en nog te lijden schade als een gevolg van het ongeval. Wel wordt in de vaststellingsovereenkomst een voorbehoud opgenomen: *“Een voorbehoud wordt gemaakt voor financiële gevolgen, waarvan vastgesteld wordt dat deze voortvloeien uit een belangrijke afwijking ten opzichte van de situatie en de invalidering als beschreven in het rapport van de als onafhankelijke deskundige benoemde orthopaedisch chirurg dr. H.S.M. Raat d.d. 20 juli 1982.”*

De student studeert af en gaat aan het werk als tandarts. In 2007 ondervindt hij toenemende klachten aan zijn rechterknie waardoor hij zijn werk niet meer volledig kan verrichten. De huisarts en een verzekeringsarts van de arbeidsonge-

schiktheidsverzekeraar stellen in 2007 artrose van de rechterknie vast, met als oorzaak het bij de aanrijding opgelopen letsel. Dit laatste wordt bevestigd door orthopedisch chirurg Edixhoven in een op verzoek van de tandarts geëntameerde verzoekschriftprocedure tot het gelasten van een voorlopig deskundigenbericht. Een complicerende factor is overigens dat het rapport van dr. Raat van 20 juli 1982 niet meer (volledig) voorhanden is. Edixhoven komt evenwel tot de vaststelling dat in het rapport van dr. Raat waarschijnlijk niet de ernst van de posttraumatische toestand is vastgesteld, die later tot artrose aanleiding heeft gegeven. Begin 80-er jaren zou MRI-onderzoek namelijk nog nauwelijks beschikbaar zijn geweest en werd CT in vergelijking tot nu veel beperkter gehanteerd.

NBM, in 2008 aangeschreven door de advocaat van de tandarts waarbij een beroep op het voorbehoud wordt aangekondigd, vordert in een bodemprocedure een verklaring voor recht dat de vordering van de tandarts met betrekking tot schade bedoeld in het in de vaststellingsovereenkomst gemaakte voorbehoud is verjaard. Zij stelt daartoe dat de vordering reeds vanaf 1985 – na het ondertekenen van de vaststellingsovereenkomst – opeisbaar was en in 2005, bij gebreke van stuitingshandelingen, is verjaard. De vraag wanneer opeising van de vordering uit het voorbehoud op zijn vroegst mogelijk was, zou volgens NBM objectief beantwoord dienen te worden, waarbij niet terzake zou moeten doen of de schuldeiser subjectief bekend was met de opeisbaarheid van de vordering.

Hoge Raad

De Hoge Raad deelt de zienswijze van NBM niet. In navolging van het hof stelt de Hoge Raad vast dat de opeisbaarheid van de vordering van de tandarts uit hoofde van het voorbehoud afhankelijk was van een *opschortende* voorwaarde. Even ter herinnering: een overeenkomst die is gesloten onder een *ontbindende* voorwaarde, treedt na ondertekening direct in werking en is ook direct rechtens afdwingbaar. Zodra aan de voorwaarde tot ontbinding wordt voldaan, ontstaat het recht de overeenkomst te ontbinden. Een onder een opschortende voorwaarde aangegane verbintenis echter, treedt pas in werking en is eerst rechtens afdwingbaar na vervulling van de (opschortende) voorwaarde. In het geval niet aan de voorwaarde wordt voldaan, treedt de verbintenis niet in werking. Welnu, in de onderhavige zaak is de opschortende voorwaarde volgens de Hoge Raad in vervulling gegaan toen de tandarts in 2007 bekend raakte met het intreden van de in het voorbehoud bedoelde schade, namelijk: een belangrijke afwijking ten opzichte van de situatie als beschreven in het rapport van dr. Raat. Eerst op dat moment is de vordering, aldus de Hoge Raad, opeisbaar geworden op grond van artikel 3:307 lid 2 BW. De tandarts was er dus op tijd bij toen hij zich in 2008 bij NBM meldde met de aankondiging dat hij een beroep deed op het in de vaststellingsovereenkomst gemaakte voorbehoud en hierbij tevens de verjaring van deze vordering stuitte. Ruim op tijd, omdat hij in principe tot 2027 een dergelijke actie tot opeising kon ondernemen.

Sleutel van artikel 3:310 BW

De Hoge Raad heeft sec het moment vastgesteld waarop opeising van de vordering door de tandarts op zijn vroegst mogelijk was. Dit was zodra de tandarts bekend raakte met de in het voorbehoud bedoelde schade en de voorwaarde was vervuld. De Hoge Raad lijkt daarbij het antwoord op de aan hem voorgelegde vraag over het aanvangsmoment van de verjaring in de sleutel van artikel 3:310 BW te hebben geplaatst. Immers, eerst vanaf het moment dat de tandarts bekend was met de hem eerder onbekende schade, is de verjaringstermijn gaan lopen. Hierbij lijkt de Hoge Raad aansluiting te hebben gezocht bij het subjectieve element uit artikel 3:310 BW, te weten bekendheid met de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon. Van belang hierbij is tevens dat vóórdat de tandarts gedeeltelijk uitviel en de diagnose artrose was gesteld, hij ook al klachten aan de rechterknie ondervond. Naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad moet de door artikel 3:310 lid 1 BW gestelde eis dat de benadeelde bekend is geworden met zowel de schade als de daarvoor aansprakelijke persoon echter aldus worden opgevat dat het hier gaat om een daadwerkelijke bekendheid. Het enkele vermoeden van het bestaan van de schade is onvoldoende om aan te nemen dat sprake is van daadwerkelijke bekendheid met de schade. In het geval van lichamelijke en psychische klachten is volgens de Hoge Raad van een daadwerkelijke bekendheid met de schade pas sprake indien met een voldoende mate van zekerheid is vastgesteld – welke zekerheid niet een absolute zekerheid behoeft te zijn – waardoor de klachten zijn ontstaan. Hiervan is in het algemeen pas sprake wanneer deze oorzaak door ter zake deskundige artsen is gediagnosticeerd.²

Uit dit arrest volgt dat de betaling van een aanvullende schadevergoeding op grond van een voorbehoud nadat een vaststellingsovereenkomst is gesloten weliswaar de nakoming van een overeenkomst betreft en de verjaring en het aanvangsmoment dus beheerst wordt door artikel 3:307 BW, maar dat dit artikel moet worden toegepast als artikel 3:310 BW (de verjaringsbepaling voor de vordering tot betaling van schadevergoeding).

De uitspraak komt mij alleszins redelijk voor. Eerder had het hof reeds overwogen (i) dat het voorbehoud was opgenomen om het risico op onverwachte klachten in de toekomst af te dekken, (ii) dat de tandarts ten tijde van het sluiten van de overeenkomst nog niet bekend was met de klachten waarop hij zijn vordering thans baseert, (iii) dat de tandarts bij het sluiten van de overeenkomst 24 of 25 jaar oud was en nog aan het begin van zijn werkzame leven stond, (iv) dat het destijds ook voor NBM duidelijk moet zijn geweest dat schade zoals bedoeld in het voorbehoud voorzien zich mogelijk pas op veel latere leeftijd zou openbaren en (v) dat van de tandarts niet kon worden verwacht dat hij reeds in 1985 of later ter voorkoming van verjaring deze schade zou opeisen.

Praktijk

Welke lessen kunnen we uit dit arrest leren? Het spreekt voor zich dat in een letselschadezaak in overleg met de

- > medisch adviseur(s), en zo nodig na inschakeling van een onafhankelijk medisch deskundige, zorgvuldig moet worden vastgesteld of alle ongevalsgevolgen in kaart zijn gebracht, of er sprake is van een medische eindsituatie. En zo nee, of er in de toekomst nog een verbetering of een verslechtering kan worden verwacht. In het laatste geval kunnen de negatieve financiële gevolgen van het intreden van een dergelijke mogelijke verslechtering worden ingeschat en kan in overleg met de wederpartij tot een afkoop van dit risico worden gekomen. Eventuele goede kansen kunnen hierin worden meegenomen.

Voorbehouden in vaststellingsovereenkomsten zullen eerder uitzondering dan regel zijn en blijven. Partijen willen op enig moment tegen betaling van een bedrag ineens een zaak definitief beslechten, in welke regeling goede en kwade kansen zijn verdisconteerd. Het open blijven houden van de zaak of het verstrekken van een periodieke uitkering is veelal zowel voor de verzekeraar, als de benadeelde niet werkbaar, belastend en voor de benadeelde herstelbelemmerend.

In het geval een definitieve eindregeling gezien de specifieke omstandigheden in een zaak niet mogelijk of wenselijk is, nemen partijen een voorbehoud in de vaststellingsovereenkomst op. Met name bij jeugdige slachtoffers zal, indien hier op grond van de in kaart gebrachte medische situatie aanleiding toe bestaat, voor het maken van een voorbehoud worden gekozen. Belangenbehartigers die hier in een dergelijk geval bij de verzekeraar niet op aandringen, lopen het risico hier door hun voormalig cliënt op aangesproken te worden.³ Voor een geslaagde actie richting de belangenbehartiger zal wel nodig zijn dat voor het adviseren van of het aandringen op een voorbehoud een duidelijke medische aanleiding bestond.

Tips

- 1) Bespreek een voorbehoud ten aanzien van de fysieke (medische) situatie in ieder geval ook met de medisch adviseur. Het is namelijk van belang dat de voorwaarden waaronder een beroep op een dergelijk voorbehoud kunnen worden gedaan, zo volledig en duidelijk mogelijk worden beschreven. Dit noodzaakt de benadeelde ook tijdig tot nader onderzoek over te gaan om vast te stellen of sprake is van vervulling van de voorwaarde.
- 2) Aan de medisch adviseur kan worden gevraagd of er een tijdsinschatting kan worden gegeven waarop (de eerste verschijnselen van) een mogelijke verslechtering zich voor zou kunnen doen. In een dergelijk scenario kan in overleg met de benadeelde een voorbehoud voor bepaalde tijd in de vaststellingsovereenkomst worden opgenomen (bijvoorbeeld 10 jaar na het sluiten van de vaststellingsovereenkomst). Een beroep op het voor-

behoud zou eventueel voorafgegaan kunnen worden door een onderzoek door een onafhankelijk arts om te bepalen of de medische situatie is gewijzigd.

- 3) In een voorbehoud zou voorts opgenomen kunnen worden dat in geval van toenemende klachten hiervan door de benadeelde (direct) melding bij de verzekeraar moet worden gemaakt. Om te bepalen of er sprake is van verval van recht zal wel sprake moeten zijn van benadeling aan de zijde van de verzekeraar, maar zodra toenemende klachten worden gemeld kan de verzekeraar daar in ieder geval opnieuw voor reserveren.
- 4) Indien mogelijk verdient het verder aanbeveling de schadeposten waarvoor het voorbehoud geldt expliciet te benoemen. Dit maakt toekomstige discussies overbodig.
- 5) Tot slot is het raadzaam voor zaken die met een voorbehoud zijn afgewikkeld een reservering aan te houden.

Conclusie

Als er een voorbehoud in een vaststellingsovereenkomst is opgenomen en de in het voorbehoud beschreven verslechtering doet zich voor, moet een benadeelde een beroep op het voorbehoud kunnen doen. De Hoge Raad heeft mijns inziens terecht het beroep op verjaring van de aansprakelijke partij verworpen. Voor verzekeraars vormt een beroep op een voorbehoud een kleine 25 jaar nadat de vaststellingsovereenkomst is gesloten een onaangename verrassing. Een definitieve regeling heeft uiteraard de voorkeur, maar er zijn letsels bij met name jonge mensen waarvan de gevolgen op latere leeftijd niet zijn te overzien. Afwikkelen zonder voorbehoud zal voor de benadeelde alleen aanvaardbaar zijn als de door de aansprakelijke partij betaalde vergoeding rekening houdt met het worst case scenario. Met andere woorden: een aansprakelijke partij die perse geen voorbehoud wil opnemen zal bij de afwikkeling in één keer meer betalen dan bij afwikkeling met een voorbehoud.

Het is mij overigens niet bekend hoe vaak verzekeraars te maken krijgen met een geslaagd beroep op een voorbehoud en hoe dat aantal zich verhoudt tot het totaal aantal vaststellingsovereenkomsten dat jaarlijks met een voorbehoud wordt gesloten. Ik zou graag nader onderzoek doen naar die gegevens, als verzekeraars het aantal vaststellingsovereenkomsten met voorbehouden en het aantal beroepen op voorbehouden bijhouden.

¹ Hoge Raad 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2988.

² Hoge Raad 6 april 2001, ECLI:NL:PHR:2001:AB0900, Hoge Raad 24 januari 2003 ECLI:NL:PHR:2003:AF0694 en Hoge Raad 10 september 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM7041.

³ Zie bijvoorbeeld Hof Den Bosch, 3 mei 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1748, zaak loopt nog bij de Hoge Raad.

Uitkomsten van empirisch onderzoek:

Trajecten met één medisch adviseur zijn sneller en goedkoper

PvS

Een traject in letselschadezaken met één medisch adviseur kent kortere doorlooptijden en gaat met lagere kosten gepaard dan een traject met twee medisch adviseurs. Bovendien zijn er geen aanwijzingen dat slachtoffers in een traject met één medisch adviseur, ten opzichte van een traject met twee medisch adviseurs, positievere of negatievere ervaringen hebben of een hoger of lager schadebedrag ontvangen. Dit zijn de conclusies uit het onderzoek door prof. mr. Gijs van Dijck, hoogleraar Privaatrecht aan de School of Law van de Maastricht Universiteit. Deze uitkomsten werden op donderdag 19 januari 2017 gepresenteerd tijdens een symposium in het congrescentrum van Achmea, de opdrachtgever van het onderzoek.

Het onderzoek van Van Dijck werd uitgevoerd in de jaren 2011-2016, in samenwerking met Interpolis, het Bureau 1Medisch Adviseur, Europrotector (nu FLYCT), Letselschadebureau Kloppenburg en Van der Toorn Personenschade. De zaken in het onderzoek betroffen WA- en SVI-zaken. Onder meer beroepsziekten, medische fouten en dossiers waarin doorgaans geen medische informatie wordt opgevraagd, werden buiten het onderzoek gelaten. Aanvankelijk kwamen 187 zaken voor het onderzoek in aanmerking, maar daar vielen er 58 van af, met name omdat de benadeelde uitstapte of omdat de zaak tussentijds werd geregeld, bij nader inzien niet geschikt bleek of bij de afsluiting van het onderzoek nog niet was afgerond. In zaken met Interpolis als betrokken verzekeraar nam de deelnemende belangenbehartiger contact met Interpolis op. Samen toetsten zij of de zaak voor het onderzoek geschikt was. Was dit het geval, dan werd het slachtoffer gevraagd aan het experiment deel te nemen. Na diens toestemming werd de zaak willekeurig aan de 1MA of de 2MA-groep toegewezen. In SVI-zaken beoordeelde de verzekeraar of een zaak geschikt was, waarna het slachtoffer, na diens toestemming om aan het onderzoek deel te nemen, in contact met een belangenbehartiger werd gebracht. Zo werd een controlegroep samengesteld met 66 zaken waarin voor zowel de verzekeraar als het slachtoffer de mogelijkheid bestond om wel of geen medisch adviseur in te schakelen (in 13 zaken niet, in 27 zaken één, in 25 zaken twee en in 1 zaak was het aantal onduidelijk). Daarnaast werd een interventiegroep samengesteld met 63 zaken waarin één onafhankelijke medisch adviseur kon worden geraadpleegd. Voor deze interventiegroep werd een pool van drie medisch adviseurs gecreëerd, terwijl voor de controlegroep ook andere medisch adviseurs werkzaam zijn geweest. Alle slachtoffers kregen na zes, twaalf en vijftien maanden en aan het einde van de schadeafwikkeling een vragenlijst



voorgelegd. De twee procedures – 1MA en 2MA – werden uiteindelijk vergeleken voor wat betreft de looptijd van het medisch traject, de looptijd van het gehele letselschadetraject, de kosten van het medisch traject, de totale kosten, de door de benadeelden gepercipieerde tevredenheid (uitkomstrechtvaardigheid en procedurele rechtvaardigheid) en de door de benadeelden ervaren stress.

Innovatieve oplossing

Op het symposium over de uitkomsten van het onderzoek bij Achmea in Zeist werden de deelnemers verwelkomd door Michiel Delfos, directievoorzitter van Achmea Schade & Inkomen. Hij herinnerde de aanwezigen aan de oproep van hoogleraar Privaatrecht Arno Akkermans, in 2010, om tot oplossingen te komen van een aantal knelpunten in de letselschadebranche, waaronder het medisch beoordelingstraject. “Achmea heeft daar gehoor aan gegeven”, aldus Delfos, “door met professor Gijs van Dijck van de universiteit in Maastricht, Laurens Buisman van Bureau 1Medisch adviseur en de belangenbehartigers Peter Sonder van Letselschadebureau Kloppenburg, Richard Tijink van FLYCT en Rolf van der Toorn van Van der Toorn Personenschade, een traject in te gaan met eigenlijk maar één doel voor ogen, namelijk ten bate van slachtoffers een innovatieve oplossing vinden met betrekking tot het medisch advies. We hebben gedurende vijf jaar de afhandeling van een groot aantal dossiers gevolgd en kunnen nu de resultaten daarvan presenteren. Daar zijn we trots op. Wij hopen van harte dat u de uitkomsten van het onderzoek zult omarmen en naar een hoger niveau zult tillen, zodat we samen de richting die de letselschadebranche uitgaat,

> 15

- > een beetje gaan veranderen.” Michiel Delfos gaf vervolgens het woord aan Karin Bos, directeur Schade Particulieren bij Achmea, die in het vervolg van het symposium als dagvoorzitter zou optreden. Zij begon daarmee door partij-neutraal medisch adviseur Laurens Buisman, belangen-beharter Peter Sonder en ook Rob Pamboer, manager van Achmea Personenschade, uit te nodigen toe te lichten waarom zij vijf jaar geleden het besluit namen om aan het onderzoek deel te nemen.

Eerlijker en transparanter

Peter Sonder gaf in dit verband aan dat hij zich zeer kan ergeren aan de tijdrovende medische trajecten, de discussies met verzekeraars over causale verbanden en de vervelende medische adviezen die voor slachtoffers onverteerbaar zijn en de sfeer in een zaak grondig kunnen verzieken. *“Dat kan anders en dat is nu hopelijk gebleken”,* zo zei hij. *“Als de sfeer beter is, kan de zaak sneller worden opgelost. Het is mijn indruk dat trajecten met één medisch adviseur tot betere ervaringen van mijn klanten leiden, tot betere doorlooptijden en een betere sfeer.”* Rob Pamboer lichtte toe waarom in dit geval voor een grondig wetenschappelijk onderzoek is gekozen. *“Wil je iets met de uitkomsten van zo’n pilot kunnen doen,”* zo zei hij, *“dan is het belangrijk dat je die kunt objectiveren en kunt toetsen. Door zo’n wetenschappelijke onderbouwing kun je gefundeerde keuzes in het letselschadeproces maken, met het oog op een versnelling daarvan en kortere trajecten voor slachtoffers.”* Ook Laurens Buisman laakte de trajecten met twee medisch adviseurs. *“Het zijn langdurige en vervelende trajecten, waarin slachtoffers zich niet gehoord voelen en over de gang van zaken gefrustreerd raken. Ik ben ervan overtuigd dat dit herstelbelemmerende effecten heeft. Te vaak heb ik medisch adviseurs meegemaakt die telkens weer dezelfde voorspelbare standpunten innemen en meer met elkaar dan met het slachtoffer bezig zijn. Het is mijn hoop dat je met één medisch adviseur een vlotter, eerlijker en transparanter traject kunt bewerkstelligen.”* Na deze toelichtingen gaf Karin Bos het woord aan Gijs van Dijk, voor wat een ‘minicollege’ werd genoemd over zijn onderzoek en de uitkomsten daarvan.

Probleem met partijdeskundigheid

“Het begon allemaal in 2010-2011”, vertelde Van Dijk. *“Ik kreeg toen de vraag of het mogelijk was wetenschappelijk te onderzoeken of een traject met één medisch adviseur beter werkte dan een traject met twee medisch adviseurs. Men vond dat immers een goed idee. Het zou tijd besparen, kosten reduceren en misschien zouden de slachtoffers wel meer tevreden zijn. Mijn eerste reactie was: als het dan zo’n goed idee is, waarom gebeurt het dan nog niet?! Ik was dus aanvankelijk vrij sceptisch. Wel sprak mij het idee van een wetenschappelijk onderzoek aan. We hebben daarom een experiment opgezet volgens de maatstaven van een wetenschappelijk onderzoek. Strengere maatstaven zijn er niet.”* Van Dijk leerde zijn gehoor dat eerder al eens onderzoek is gedaan naar de inzet van niet-partijneutrale adviseurs, zij het in het algemeen en niet specifiek in het kader van medische trajecten. *“En daaruit blijkt dat je dan in de problemen komt”,* zo zei hij. *“Het hele idee van partijautonomie en dat partijen in staat*

moeten zijn om zelf hun experts en deskundigen naar voren te brengen en zelf hun bewijzen aan de rechter voor te leggen, lijkt in theorie heel mooi, maar geeft in de praktijk vaak een boemerangeffect. De rechter ziet zich immers geconfronteerd met allerlei verschillende meningen en verschillende adviezen, waarvan hij niet kan vaststellen of daar inhoudelijke verschillen, verschillende methodieken, verschillende meetmodellen of nog andere factoren achter zitten. Er is met andere woorden heel veel ‘bias’ met betrekking tot partijdeskundigheid. Wie als partijdeskundige iemand bijstaat, is bewust of onbewust – en vaak onbewust – geneigd die partij naar de mond te praten. Dat is het probleem met partijdeskundigheid in het algemeen en mogelijk ook in medische trajecten.”

Statistisch significant

Van Dijk deed vervolgens verslag van het dossieronderzoek naar de tijds- en kostenaspecten. Hierover zei hij: *“Uit het onderzoek blijkt dat er een vrij sterke reductie van de duur van het medisch traject is te bereiken. Ik heb het dan over ongeveer een halvering en dat is dus vrij substantieel. Die tijdsbesparing werkt vervolgens door in het hele traject. Het 2MA-traject duurt 130 à 140 dagen langer dan het 1MA-traject. Deze verschillen zijn significant, dus de kans is klein dat de verschillen op toeval berusten. De kosten van het medisch traject zijn in de 1MA-groep zo’n 500 euro per zaak lager dan in de 2MA-groep en ook dit verschil is statistisch significant. Wel hadden we het gevoel dat de kosten in het medisch traject niet altijd aan het medisch traject werden toegeschreven. Soms werden die kosten als andere kosten opgevoerd. Interessanter, want betrouwbaarder, zijn daarom de bevindingen over de kosten van het hele traject, omdat daarbij niets over het hoofd kon worden gezien. Dan blijkt dat de kosten van een 1MA-traject ongeveer 1.200 euro lager liggen dan de kosten van een 2MA-traject. Ook dit resultaat is buitengewoon statistisch significant en we kunnen dus concluderen dat de toename van het aantal medisch adviseurs tot hogere kosten leidt.”*

Vragenlijstonderzoek

Van Dijk deed ook verslag van het vragenlijstonderzoek naar de tevredenheid over de rechtvaardigheid van de procedure en de uitkomsten. Hij gaf daarbij aan dat de respons vrij laag was, namelijk vijftig deelnemers, en dat dus aan de resultaten niet te veel waarde mag worden gehecht. *“Het gaat erom een indruk te krijgen”,* zei hij. *“Wij vonden in ieder geval geen verschillen tussen de twee groepen voor wat betreft de perceptie van de procedurele rechtvaardigheid. In beide groepen was de tevredenheid vrij hoog. Hetzelfde geldt voor de interpersoonlijke rechtvaardigheid, dus in hoeverre mensen zich rechtvaardig behandeld voelen, en de uitkomstrechtvaardigheid van het medisch traject en van het hele traject. Op al deze punten komen de twee procedures redelijk gelijkwaardig eruit en worden steeds vrij hoge scores gegeven. Iets lagere scores worden gegeven, in beide procedures, als het de tevredenheid over de looptijd betreft. De gepercipieerde onafhankelijkheid van de medisch adviseur scoort in de 1MA-groep iets hoger dan in de 2MA-groep, maar aan dat verschil mag geen waarde worden gehecht. Tot slot geven de respondenten aan een behoorlijke mate van*

stress te hebben ervaren en ook daarin gaan beide procedures ongeveer gelijk op. Mijn interpretatie van deze resultaten is, dat een en ander goed nieuws voor de 1MA-groep is, want het zou een probleem zijn als zou blijken dat je in de 1MA-groep slechter af bent dan in de 2MA-groep.” Van Dijk liet tot slot nog zien dat de deelnemers in de 1MA-groep niet een hoger of lager schadebedrag kregen dan de deelnemers in de 2MA-groep. “De verschillen die we hebben geconstateerd zijn allemaal niet significant, dus ik zou wetenschappelijk niet durven concluderen dat men in de ene procedure beter af is dan in de andere.”

Panelgesprek

Juist de uitkomsten van het vragenlijstonderzoek deden nogal wat stof opwaaien tijdens het afsluitende panelgesprek met Deborah Lauria, directeur van De Letselschade Raad, Victor Jammers, lid van de raad van bestuur van Slachtofferhulp Nederland, en de eerder genoemden Gijs van Dijk, Laurens Buisman, Rob Pamboer en Peter Sonder. Deborah Lauria noemde het verrassend dat de tevredenheid van de deelnemers in de 1MA-groep niet hoger was dan van de deelnemers in de 2MA-groep, maar toonde zich verheugd over de overige uitkomsten. Deze bemoedigen De Letselschade Raad, aldus Lauria, in het voornemen een aanbeveling uit te brengen ten gunste van de aanpak met één medisch adviseur. Ook Victor Jammers vond het opmerkelijk dat die tevredenheid van de 1MA-groep niet groter was, maar wees daarbij op het kleine aantal respondenten. Hij suggereerde met een vervolgonderzoek meer duidelijkheid over die tevredenheid te krijgen. Daarnaast

zei hij het belangrijk te vinden dat slachtoffers een keuzevrijheid krijgen, hetgeen een objectieve voorlichting door de belangenbehartigers vraagt. Volgens Gijs van Dijk was het te verwachten dat er geen verschillen zouden worden gevonden wat de tevredenheid betreft. Om te beginnen hebben slachtoffers niet de mogelijkheid om de ene aanpak met de andere te vergelijken en daarnaast is het een menselijke neiging om zich, naarmate meer tijd verstrijkt, positief uit te laten over de situatie waarin men zelf verkeert. Rob Pamboer benadrukte net als Victor Jammers het belang van de keuzevrijheid van slachtoffers. Achmea Personenschade zal daarom alle mogelijkheden open houden – 0, 1 of 2 medisch adviseurs – al sprak de veel kortere doorlooptijd van de 1MA-procedure Pamboer erg aan. Peter Sonder beaamde dat de belangenbehartiger een cruciale taak heeft. Hij zal het slachtoffer zo objectief mogelijk moeten vertellen welke mogelijkheden er zijn. Laurens Buisman tot slot, voorvechter van het eerste uur ten aanzien van de 1MA-procedure, gaf te kennen dat goede voorlichting over de onafhankelijke, partijneutrale medisch adviseur essentieel is. “Dat merk ik ook in mijn contacten met slachtoffers”, zei hij tot slot. “Ik leg dan uit dat ik door beide partijen tegelijk wordt geraadpleegd en wordt ingezet, en dat ik niet daarnaast op maandag aan de ene kant en op vrijdag aan de andere kant aan het adviseren ben. Voor slachtoffers is dat fundamenteel. Ze moeten echt het gevoel hebben dat ze met een neutraal iemand hebben te maken. Ik denk dat dit een essentieel punt is voor het wel of niet slagen van dit model.”



Wie eist bewijst, wie stelt krijgt geld

PvS

Het 28e LSA Symposion, het jaarlijkse congres van de letselschadeadvocaten, ging dit jaar grotendeels over bewijsleer, bewijslast, bewijsrecht en de wijze van bewijzen in letselschadeprocessen. ‘Wie eist bewijst, wie stelt krijgt geld’ was min of meer de rode draad in zes presentaties van respectievelijk een advocaat, een hoogleraar, een kennismanager bij een verzekeraar, een rechter, een mediator en een oud-wereldkampioen debatteren. Circa 450 deelnemers waren op vrijdag 27 januari 2017 naar Huis ter Duin in Noordwijk gekomen voor een levendig en leerzaam congres.

De aanwezigen werden welkom geheten, en de dag werd ingeleid, door LSA-voorzitter mr. Geertruid van Wassenauer, advocaat bij Van Wassenauer Wytéma Letselschadeadvocaten & Mediation. Zij maakte bekend dat de vereniging LSA een nieuw boegbeeld heeft, de paralympische atlete Iris Pruysen. In 2006 was Iris Pruysen betrokken bij een gasexplosie op een boot, waarna haar rechterbeen niet kon worden gered. Haar inzet om zich voor de Paralympische Zomerspelen in Londen te kwalificeren, op de 100 meter sprint en het verspringen, “wordt de metafoor waar LSA zich aan wil conformeren”, aldus Van Wassenauer. Zij besprak vervolgens het thema van de dag, een heel lastig thema volgens haar, en de manier waarop slachtoffers, verzekeraars en belangenbehartigers met dat bewijzen en stellen plegen om te gaan. “Het einddoel is de rechtvaardige schadevergoeding”, zei ze. “En daar heb je iets speciaals voor nodig, namelijk vertrouwen in de ander. Soms is dat moeilijk, want die ander is de wederpartij. En ja, er zijn slachtoffers die de boel belazeren. En ja, er zijn kille verzekeraars die alleen nog maar ‘benaschotten’. Maar dat zijn er slechts enkelen. Moeten wij nu met z’n allen de blik op dat mooie einddoel laten vertroebelen door die enkelen? Natuurlijk niet. We willen immers allemaal tevreden slachtoffers hebben en een dossier wat zo snel mogelijk naar het archief kan. Laten we elkaar blijven inspireren om de weg te bereiden voor slachtoffers, zodat we hun leed kunnen verzachten.” Na haar inleiding gaf Geertruid van Wassenauer het woord aan dagvoorzitter Jort Kelder, journalist en presentator. Kelder slaagde erin na elke presentatie een levendige discussie op gang te brengen, daarbij geholpen door de mogelijkheid om de deelnemers via hun smartphone op stellingen te laten stemmen.

Een gezicht geven

‘Geef mij de feiten en dan geef ik u het recht’ was de basisgedachte van de presentatie door mr. Jasper Keizer, advocaat bij SAP Letselschade Advocaten en bestuurslid van de Stichting Keurmerk Letselschade. Keizer vroeg zich af of de vrije bewijsleer en de bewijslastverlichting een ‘lawyers paradise’ was of juist een loden last. Hij besprak verschil-

lende methoden en mogelijkheden om bewijs te leveren en ook de vraag wat nu eigenlijk een bewijs is. Het gaat immers zelden om een natuurwetenschappelijk bewijs, maar wel om feiten en omstandigheden waarvan de waardering aan de rechter wordt overgelaten. Het is aan de advocaat om die waardering te beïnvloeden en in dit verband besprak Jasper Keizer een opmerkelijk experiment van een radioloog. Deze liet vijftien collega-radiologen 287 CT-scans beoordelen van patiënten van wie behalve de naam, de geboortedatum en het gewicht ook een pasfoto aan de scan was toegevoegd. Op dertig scans werden afwijkingen geconstateerd. Vervolgens werden deze dertig scans drie maanden later nog eens aan dezelfde groep radiologen voorgelegd, maar nu zonder pasfoto. De radiologen wisten niet dat ze deze scans al eens hadden beoordeeld. “Wat bleek nu?” vertelde Keizer. “Maar liefst tachtig procent van de afwijkingen die op de scans met pasfoto werden gezien, werd nu gemist. Dat is een significant verschil in de zorgvuldigheid van de beoordeling. De betrokken radiologen gaven achteraf ook duidelijk aan dat het gebruik van de pasfoto’s empathie voor de patiënt opriep en de urgentie vergrootte om de beoordeling zo zorgvuldig mogelijk te laten zijn. Als we dit nu weten, is het dan niet een overdenking waard om dit ook in de letselschade in te voeren? Nu nog is het zo dat degene die over een claim beslist, in veruit de meeste gevallen het slachtoffer nooit ziet. Er is geen visueel contact en er vindt geen confrontatie plaats. Het is naar mijn mening op zijn minst een overdenking waard om eens te onderzoeken of we het proces niet kunnen verbeteren door het slachtoffer ook voor de binnen-dienstmedewerker letterlijk een gezicht te geven.”

Anticiperen, vooruitdenken en inschatten

Prof. dr. mr. Ivo Giesen, hoogleraar Privaatrecht aan de Universiteit Utrecht, besprak de voetangels en klemmen van het bewijsrecht in personenschadezaken. Hij spitste zijn betoog op drie thema’s toe, te weten het anticiperen op de stelplicht en de gemotiveerde betwistingsplicht, het vooruit denken over de bewijslastverdeling en dus het bewijsaanbod, en het maken van inschattingen over de bewijswaardering door de rechter. Giesen kwalificeerde zijn eerste thema “als één grote voetangel én klem en als één gigantische slangenkuil.” Hij beweerde “dat veel civiele zaken stranden op de stelplicht. De civiele rechter benut het instrument van de stelplicht vaak, en wellicht te vaak, om een zaak ‘makkelijk’ af te kunnen doen. Immers, als er in de ogen van de rechter te weinig is gesteld, is er geen plaats voor nadere bewijsoverlevering en kan en moet de vordering worden afgewezen.” Dit deel van zijn betoog rondde hij dan ook af met de conclusie: “Vertel uw verhaal, en stel, stel, stel tot u een ons weegt!” Giesen kon zijn tweede thema, het vooruit kijken naar wat later in een procedure eventueel moet worden bewezen en door wie dan, en dus ook het anticiperen op het vergaren en aanbieden van dergelijk bewijs, in korter bestek bespreken. “Immers”, zo zei hij, “de regels van be-



Fotograaf: Jeannine Govaers

wijslastverdeling ten aanzien van de onrechtmatige daad zijn betrekkelijk helder. Dat ligt overigens mede hieraan dat men, althans dat is mijn indruk, ook niet veel durft te ondernemen als het gaat om die bewijslastverdeling. En met ‘men’ bedoel ik dan zowel de advocatuur als de rechterlijke macht. Men is nogal terughoudend als het erom gaat eens wat te proberen. Het is allemaal erg braaf, ‘sweeping statements’ om de bewijslast omgekeerd te krijgen, door een advocaat, of als motivering van een daadwerkelijke omkering, door een rechter, zie je niet terug in de praktijk, een enkele uitzondering daargelaten.” Over zijn derde thema, het vooruitblikken als het gaat om de bewijswaardering door de rechter, zei Giesen dat hij dit vooral had gekozen “om u dienaangaande één niet mis te verstane les mee te geven: niet doen! Het heeft namelijk geen zin om op die rechterlijke waardering te gaan anticiperen; daarvoor is deze juridisch te onbepaald. Welke kant die rechterlijke waardering op zal gaan, is te afhankelijk van elementen als de rechtsvraag, de feitenconstellatie, de presentatie van het bewijs, de opstelling van partijen bij de rechter, en de intuïtie en persoonlijke inschatting van die rechter hoe de uitkomst moet gaan luiden.”

De regels van het spel

Opmerkelijk prikkelend, hetgeen zijn uitwerking niet miste,

was de bijdrage van mr. Aernout Santen, kennismanager personenschade bij Centramed en daarnaast onder meer lid van de Raad van Advies van het PIV en lid van de redactieraad van het PIV-Bulletin. Santen begon met te benadrukken dat de letselschaderegeling geen spel is – “Je moet daar serieus mee omgaan”, zei hij – maar besprak vervolgens de personenschadebranche wel vanuit het perspectief van het spel. “Wie zichzelf het recht ontzegt of de mogelijkheid ontnemt om het letselschadeproces als een spel te bekijken”, aldus Santen, “ontneemt zichzelf ook de mogelijkheid om bepaalde perspectieven te onderzoeken en richtingen te exploreren om verder te komen.” In zijn presentatie nam Aernout Santen zijn gehoor mee langs een aantal aspecten van het spel: de spelregels, hoe de spelregels het gedrag van de spelers beïnvloeden, speltheorieën en –strategieën en ook op welk bord men het spel het beste kan spelen. Kern van zijn betoog was hoe de spelregels van het burgerlijk procesrecht gedrag stimuleren dat als zodanig contraproductief is, en hoe dat te voorkomen, namelijk door het spel zo veel mogelijk buiten rechte te spelen. “Maar ook wat dat betreft zijn er diverse bedreigingen waardoor het buitengerechterlijke spel moeilijker of zelfs onmogelijk kan worden gemaakt”, zei hij. “Zo heeft de deelgeschillenregeling gewenste en ongewenste effecten. Het blijkt bijvoorbeeld dat de regeling



Fotograaf: Jeannine Govaers

- > *partijen noopt om buiten rechte coöperatiever en constructiever te zijn en om beter met elkaar samen te werken. Dat is heel positief. Ga je vervolgens in rechte verder, dan wordt de opstelling van partijen juist heel competitief. En moet je dan na de behandeling van het deelgeschil weer buiten rechte verder, dan kan het zomaar zijn dat je zo stevig in de vechstand staat, dat het buitenrechtelijke overleg lang niet meer zo positief is als daarvoor.* Een andere bedreiging is volgens Santen gelegen in de pogingen om met behulp van de Wet bescherming persoonsgegevens toegang te krijgen tot het interne overleg tussen zorgverlener en zijn verzekeraar. Gelukkig zijn die pogingen het afgelopen jaar tot viermaal toe bij de rechter gestrand. “En dat is maar goed ook”, aldus Santen. “Want als mijn verzekerde buiten rechte niet veilig met mij kan overleggen, zal ik hem moeten adviseren maar niet meer buiten rechte te acteren, en daar is volgens mij niemand bij gebaat. Ik roep daarom iedereen op elkaar de ruimte te gunnen om buiten rechte in gezamenlijkheid verder te komen.”

Advocaat van de duivel

Mr. Odilia van Dam was advocaat van 1983 tot begin 2003. Sindsdien is zij rechter bij de Rechtbank Oost-Brabant. Zij is voorzitter en coördinator van de vakgroep letselschade van die rechtbank en tevens lid van de landelijke expert-

groep letselschade. Haar inleiding ging over de manier waarop een rechter het dossier benadert. In dit verband besprak zij het belang van de feiten, de bewijsmiddelen, het bewijsaanbod, de comparitie, het schikken en de rechter nieuwe stijl. Ze zei: “Ik geef u vooral als tip om wat vaker als advocaat van de duivel naar een dossier te kijken of geef het eens aan een kantoorgenoot te lezen. U moet vooral niet zomaar accepteren wat uw cliënt u vertelt, want die vertelt het vanuit zijn eigen beleving, al of niet gesterkt door verhalen op verjaardagsfeesten. Kritisch doorvragen is belangrijk en juist in letselschadezaken kan dit lastig zijn. Ook op de zitting blijkt wel eens dat het pijnlijk kan zijn om door te vragen hoe dat nou is gegaan met dat ernstig verbrande kind of hoe iemand in een rolstoel is beland. Het is soms gemakkelijker om dat onbesproken te laten, maar het verhaal zal toch een keer boven tafel moeten komen. Bedenk ook vooruit hoe de procedure verder zou kunnen verlopen. Ik zie nogal eens dat het accent heel erg op aansprakelijkheid wordt gelegd en dat dan weinig doordachte stellingen over causaliteit of de schade worden ingenomen. Verschuift het accent dan na enige tijd, dan kan blijken dat u stellingen hebt ingenomen die u niet meer waar kunt maken en die uw geloofwaardigheid gaan aantasten. Ook zie ik vaak problemen met het stellen van de feiten. Het komt er immers op aan een verhaal zo neer te zetten dat er eigenlijk geen speld meer tussen is te krijgen.

Ook door gewoon simpel te vertellen wat er is gebeurd, kan zo'n verhaal veel meer kleur krijgen dat wat je vaak in een processtuk ziet. U zit natuurlijk altijd in een dilemma, want als u veel gaat stellen, krijgt u dat misschien ook weer terug en komt u daardoor in de problemen. Bedenk daarom altijd wat u nog meer hebt om een verhaal sterker te maken en te onderbouwen."

Onderhandeling en mediation

Mr. Bart Neervoort, oud-advocaat, fulltime MfN Register-mediator en voorzitter van de Nederlandse Vereniging voor Mediators in de Verzekeringsbranche en LetMe-mediators voor letselschade, besprak een groot aantal aspecten van mediations in de letselschadebranche. Leerzaam was onder meer zijn uiteenzetting over verschillende onderhandelingsstijlen, gekenschetst naar de belangen van de verschillende onderhandelingspartijen. Ervaren beide partijen dat hun belangen zo laag zijn dat het niet waard is de onderhandeling voort te zetten, dan spreekt men van 'vermijden'. Vindt de een het belang van de ander belangrijker dan zijn eigen belang, dan zal hij zich 'aanpassen'. Vindt hij daarentegen dat het belang van de ander niets uitmaakt, dan zal hij zijn zin 'doordrukken'. Ervaren beide partijen dat zij zwaarwegende belangen hebben en is er bereidheid om gezamenlijk doelstellingen te bereiken, dan zal er sprake van 'samenwerken' zijn. Is er aan beide zijden evenveel bereidheid tot samenwerken en evenveel assertiviteit, dan zal er mogelijk een 'compromis' tot stand komen. Bart Neervoort: "Wetenschappers die zich jarenlang met dit model hebben beziggehouden, hebben op basis van onderzoek vastgesteld dat wij, mensen in de westerse wereld, het prettig vinden om naar oplossingen te zoeken waarbij zo veel mogelijk aan ieders belang wordt tegemoetgekomen, zonder dat je veel van het eigen belang inlevert." Volgens hem is mediation hiertoe een probate methode. "Mediation is volwassen geworden", zei hij. "Het aantal mediators, ook die daadwerkelijk in de letselschade werkzaam zijn, is behoorlijk toegenomen."

Er is dus een betere keuze, waarbij je je kunt afvragen wat voor mediator je nodig hebt. Ligt er eenmaal een maximaal bereikbaar onderhandelingsresultaat, na de mediation, dan kan dat tegen het alternatief worden afgezet. Meestal is dat procederen, maar wat zal dat uiteindelijk opleveren en kosten en wat heeft het dan voor gevolgen voor alle betrokkenen?"

Obama en Trump

Zoals gebruikelijk werd het LSA Symposium met een niet-vakinhoudelijke bijdrage afgesloten. Dit jaar werd deze verzorgd door Lars Duursma, oud-wereldkampioen debatteren en oprichter van het sprekersbureau Debatrix. De hoofdvraag van zijn presentatie was wat elke letselschadeadvocaat van Obama en Trump kan leren, waarbij hij diverse aansprekende filmfragmenten liet zien. Hij behandelde onder meer hoe Trump erin slaagt mensen boos te krijgen (en zo te motiveren om op hem te stemmen). De eerste stap is dan mensen te laten ervaren dat ze iets zijn kwijtgeraakt, bijvoorbeeld Amerika 'zoals het was'. De tweede stap is vervolgens de stelling dat ze het niet zijn kwijtgeraakt, maar dat het van hen is afgepakt, wat nog een graadje erger is. En de derde stap is tot slot dat wordt benoemd door wie het is afgepakt, bijvoorbeeld door bankiers, immigranten, minderheden enzovoort. Daarbij is ook zijn taalgebruik van belang. Trump zorgt er altijd voor dat zijn zinnen met een krachtig woord eindigen. Dus niet 'Mijn cliënt heeft als gevolg van het ongeluk vreselijk veel leed gehad', maar 'Het leed dat mijn cliënt als gevolg van het ongeluk heeft gehad, is vreselijk!', vaak nog aangevuld met 'Echt vreselijk!'.

Het was een leerzame afsluiting van een toch al leerzame dag. Mogelijk zal de wijze van stellen en bewijzen in de komende periode, verbaal en inhoudelijk, verraden wie aan het 28^e LSA Symposium deelnam en toen ook goed heeft opgelet.



Beleidsregels van de Autoriteit Persoonsgegevens over de verwerking van persoonsgegevens van zieke werknemers



Miroslav van de Braak,
Nh1816 Verzekeringen

De Autoriteit Persoonsgegevens formuleert beleidsregels aangaande de verwerking van persoonsgegevens van zieke werknemers¹. De beleidsregels zijn relevant voor de letselschadebehandeling omdat hierin wordt uitgewerkt op welke wijze omgegaan dient te worden met persoonsgegevens over de gezondheid van werknemers en de uitwisseling daarvan met anderen.

Kort juridisch kader

Persoonsgegevens die de gezondheid van personen betreffen worden in de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) aangemerkt als bijzondere persoonsgegevens. Dit wil zeggen dat verwerking daarvan met grote terughoudendheid en zorgvuldigheid dient te geschieden. Alle gegevens die de lichamelijke of geestelijke gezondheid van een persoon betreffen, worden als zodanig aangemerkt. Art. 16 jo. 21 Wbp bepaalt dat verwerking van persoonsgegevens aangaande de gezondheid verboden is behoudens enkele uitzonderingen (in het bijzonder art. 21 sub f Wbp).

Die uitzonderingen zijn gelegen in de goede uitvoering van een wettelijk voorschrift. Dit betreft bijvoorbeeld de situatie waarin een instelling uitvoering geeft aan een wettelijk voorschrift of een cao-bepaling in het kader van financiële aanspraken die afhankelijk zijn van de gezondheid van de betrokken werknemer. Een voorbeeld is de loondoorbetalingsverplichting van art. 7: 629 BW. Een tweede uitzondering vormen de re-integratiewerkzaamheden die werkgevers of instellingen namens de werkgever verrichten. In de derde plaats kan toestemming van een werknemer als uitzondering gelden voor de verwerking van persoonsgegevens aangaande zijn gezondheid. (Ter illustratie: een epileptische werknemer verstrekt deze informatie aan zijn werkgever, met als doel dat adequaat kan worden gereageerd in geval de ziekte toeslaat.) Toestemming wordt ex artikel 1 sub i Wbp gedefinieerd als: elke vrije, specifieke en op informatie berustende wilsuiting waarmee de betrokkene aanvaardt dat zijn

persoonsgegevens worden verwerkt. In arbeidsverhoudingen moet met terughoudendheid worden beoordeeld of van vrije toestemming sprake is. Gezien de gezagsverhouding kan een werknemer zich al snel verplicht voelen om medewerking te verlenen.²

Ziekmelding

Naar aanleiding van een ziekmelding zullen persoonsgegevens worden verwerkt door de werkgever. Gegevens die een werkgever mag verwerken beperken zich tot die zaken die noodzakelijk zijn bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst, wettelijke verplichtingen of de bedrijfsvoering (bijvoorbeeld welke lopende afspraken er zijn). Het is een werkgever nadrukkelijk niet toegestaan te informeren naar de aard en/of oorzaak van de ziekte.³ Ook informeert de werkgever niet naar de beperkingen en mogelijkheden van de betrokken werknemer. Gegevens die de werkgever wel verwerkt, betreffen:

- 1) het telefoonnummer van de werknemer en zijn verpleegadres;
- 2) de vermoedelijke duur van het verzuim;
- 3) lopende afspraken en/of inrichting van de werkzaamheden;
- 4) de toepasselijkheid van een van de vangnetgevallen van de Ziektewet (ZW) op de situatie van de werknemer, c.q. art. 29 e.v. ZW. De werkgever vraagt niet welke van deze gevallen aan de orde is, maar enkel of betrokkene onder een van die gevallen valt. Deze regeling betreft situaties waarin:
 - betrokkene arbeidsongeschikt is door zwangerschap,
 - betrokkene arbeidsongeschikt is door orgaandonatie,
 - betrokkene een arbeidsongeschiktheidsverleden heeft en binnen 5 jaar na indiensttreding weer arbeidsongeschikt is geraakt,
 - betrokkene een oudere werknemer is die voorafgaand aan de indiensttreding gedurende ten minste 52 weken een uitkering op grond van de Werkloosheidswet heeft ontvangen en binnen 5 jaar na indiensttreding arbeidsongeschikt wordt;
- 5) de vraag of een arbeidsongeval de oorzaak is van de arbeidsongeschiktheid;
- 6) de vraag of er regresmogelijkheden zijn, bijvoorbeeld ex art. 6:107a BW.

Voor wat betreft punt 6 is dit een gerechtvaardigd financieel belang voor de werkgever, in het kader waarvan mogelijk gegevens over de oorzaak van de arbeidsongeschiktheid verwerkt mogen worden. (art. 21 Wbp vormt de noodzaak, waarbij art. 8 sub f Wbp de grondslag voor de verwerking vormt.)

Behalve bovengenoemde zaken is het een werkgever niet toegestaan andere gegevens aangaande de gezondheid van een werknemer te registreren en te verwerken in de eigen administratie en/of door te geven aan een ingeschakelde bedrijfsarts/ arbodienst. Dit geldt ook wanneer de gegevens vrijwillig zijn verstrekt. Het noodzakelijkheidsvereiste geldt in dit geval immers onverkort ex art. 21 lid 1 sub f Wbp.⁵ Andere gegevens zijn voor de werkgever niet relevant bij de uitvoering van zijn loondoorbetalingsverplichting.

Re-integratie

Na een ziekmelding vangt een re-integratietraject aan. Ex art. 7: 658a BW zijn de werknemer en werkgever samen verantwoordelijk voor het re-integratiedossier, waaraan de arbodienst of bedrijfsarts deel heeft. Partijen verwerken enkel die informatie die van belang is voor de rol die ze in de re-integratie verrichten.

Een arbodienst verwerkt veel persoonsgegevens aangaande de gezondheid, zoals de aard en oorzaak ervan, de soort en voortgang van de behandelingen en bijzondere omstandigheden aan de zijde van de werknemer die van invloed kunnen zijn op het herstel. De arbodienst beperkt zich in de communicatie met de werkgever evenwel tot die informatie die de werkgever nodig heeft in het kader van de loondoorbetalingsverplichting en de re-integratie.⁶ Dat wil zeggen dat de communicatie van de arbodienst richting de werkgever de volgende informatie behelst:

- 1) De werkzaamheden die de werknemer wel of niet kan verrichten. (functionele beperkingen, restmogelijkheden verstrekt door de bedrijfsarts);⁷
- 2) De verwachte duur van het verzuim;
- 3) De mate van arbeidsongeschiktheid;⁸
- 4) De adviezen met betrekking tot aanpassingen, voorzieningen en interventies die voor re-integratie van belang kunnen zijn.

Alle overige gegevens aangaande de gezondheid zijn voor de werkgever niet relevant bij zijn loondoorbetalingsverplichting en zijn verplichtingen bij de re-integratie. De bedrijfsarts verstrekt die gegevens niet aan de werkgever.

Voorbeelden van die gegevens zijn: informatie over diagnose, aard van de ziekte, specifieke klachten of pijn aanduidingen; eigen waarnemingen van de gezondheidstoestand; gegevens over therapieën en afspraken daarover; overige situationele problemen, zoals relaties en persoonlijk verleden.

De toestemming van de werknemer kan in principe niet als grondslag dienen voor de bedrijfsarts om deze gegevens te verstrekken aan de werkgever.

UWV

Het UWV verwerkt enkel die gegevens aangaande de gezondheid van een werknemer die het voor de uitvoering van de opgedragen taken nodig heeft ex art. 30 Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen (Wet SUWI). Grondslag hiervoor is art. 54 Wet SUWI.

Verzuimverzekeraar

De werkgever verzekert zich soms tegen zijn loondoorbetalingsverplichting bij ziekte van de werknemer. Bij de

uitvoering van deze overeenkomst verstrekt de werknemer gegevens over de gezondheid aan de verzekeraar, die van belang zijn bij de claimbeoordeling. In het bijzonder betreft dit de volgende gegevens:

- NAW-gegevens van de zieke en/of arbeidsongeschikte werknemer;
- loongegevens van de zieke en/of arbeidsongeschikte werknemer;
- datum eerste verzuimdag;
- datum van (gedeeltelijk) herstel;
- (vermoedelijke) duur van het verzuim;
- arbeidsongeschiktheidspercentage;
- percentage dat de werknemer eigen of passend werk kan verrichten, met vermelding van de aanvangsdatum (opbouwschema);
- of er al dan niet enige vorm van schadeloosstelling is ontvangen voor de zieke werknemer (vangnetsituatie of regres);
- of sprake is van loonopschorting of loonstopzetting;
- of en wanneer een interventie is ingezet;
- of een plan van aanpak is opgesteld;
- tijdigheid van de inspanningen en uitvoering voor re-integratie.

Andere gegevens worden door de werkgever niet verstrekt. Ook niet met toestemming van de werknemer, omdat de toestemming niet als vrij beschouwd kan worden.

Gevolgen van bovengenoemd beleid

Uit de bovenstaande samenvatting van de beleidsregel van de Autoriteit Persoonsgegevens volgen consequenties voor de letselschadebehandeling. De aansprakelijke verzekeraar zou bijvoorbeeld in het schaderegelingstraject de vraag op kunnen werpen bij de werkgever of er situationele, relationele of persoonlijke factoren aan de zijde van de werknemer invloed hebben op de (mate van) arbeidsongeschiktheid. Als de werkgever zich houdt aan bovengenoemde regels over de verwerking van persoonsgegevens dan zal hij daar niet op in kunnen (en mogen) gaan. Hetzelfde geldt voor vragen over bijvoorbeeld de aard van de klachten van de werknemer of de gebruikte pijn aanduidingen. Consequentie hiervan is, dat deze informatie niet verstrekt kan worden door de werkgever ter onderbouwing van zijn vordering.

Samenvattend kunnen enkele handreikingen worden gedaan naar aanleiding van het bovenstaande. In het kader van de loondoorbetalingsverplichting en re-integratieactiviteiten van de werkgever wordt door hem wel informatie verwerkt over zaken als de vermoedelijke duur van de arbeidsongeschiktheid; informatie over welke werkzaamheden de betrokken werknemer kan vervullen en welke niet (c.q. waarin de beperkingen liggen); het percentage arbeidsongeschiktheid; en over aanpassingen, voorzieningen en interventies die bij kunnen dragen aan de re-integratie; alsook of sprake is van één van de vangnetgevallen uit art. 29 e.v. ZW (maar niet welke!). Daarnaast verwerkt een verzuimverzekeraar informatie over de opbouw van de werkhervatting door de werknemer, of er een interventie is ingezet, of er een plan van aanpak is opgesteld en of de re-integratie-inspanningen tijdig werden uitgevoerd.

- > De werkgever en verzuimverzekeraar verwerken met name geen informatie over de aard van de ziekte, de diagnose, de concrete klachten en pijn aanduidingen, de therapieën en afspraken daarover, waarnemingen van de bedrijfsarts aangaande de gezondheidstoestand van de werknemer, en de situationele problemen in de persoonlijke of relationele sfeer, als ook welke van de vangnetgevallen van art. 29 ZW van toepassing is. Omdat de werkgever deze informatie niet behoort te verwerken, kan informatie uitwisseling over deze zaken logischerwijs niet gevraagd worden van de werkgever. Hetzelfde gaat op voor een verzuimverzekeraar die regres neemt.

Verder is het belangrijk om de noodzakelijkheidseis in het oog te houden bij uitwisseling van persoonsgegevens van zieke werknemers. Bij het delen van persoonsgegevens staat de vraag of dergelijke gegevens relevant zijn bij de uitvoering van een zekere taak (c.q. de uitvoering van een wettelijk voorschrift) centraal. Op het niveau van medisch adviseurs is natuurlijk discussie mogelijk over bijvoorbeeld

het oorzakelijk verband tussen klachten en opgelopen letsel. Zoals hierboven werd opgemerkt, dient evenwel in de discussie met de werkgever zelf terughoudend om te worden gegaan met het opvragen van informatie die de gezondheid van de werknemer betreft. De werkgever kan immers mogelijk niet voldoen aan dat verzoek.

¹ Zie beleidsregels voor de verwerking van persoonsgegevens over de gezondheid van zieke werknemers, Autoriteit Persoonsgegevens, stcrt. 2016, 21703. Het Verbond van Verzekeraars verspreidde de beleidsregels middels de circulaire LV-2016-24 onder haar leden.

² Kamerstukken II 1997/98, 25 892, nr. 3, p. 65.

³ Kamerstukken II 1997/98, 25 892, nr. 3, p. 113, 114.

⁴ ECLI:NL:RBAMS:2014:5643, r.o. 7.

⁵ Vgl. ECLI:NL:RVS:2014:308.

⁶ Vgl. art. 25 lid 5 wet WIA.

⁷ ECLI:NL:RBAMS:2014:564, r.o. 7; vgl. ECLI:NL:RBALM:2012:BY2676.

⁸ ECLI:NL:TGZCTG:2012:YG2526.

Het PIV-Bulletin is een regelmatig verschijnende uitgave van de Stichting Personenschade Instituut van Verzekeraars. Niets uit deze uitgave mag worden overgenomen zonder uitdrukkelijke toestemming van de redactie.

Redactiesecretaris
Corita van Schravendijk, Stichting PIV
c.van.schravendijk@verzekeraars.nl
Postbus 93450
2509 AL Den Haag
Telefoon: 070 333 88 73
e-mail: c.van.schravendijk@verzekeraars.nl
Website: www.stichtingpiv.nl
M.m.v. drs. P. (Peter) J.M. van Steen, tekstschrijver
Creatie: Elan Strategie & Creatie, Rijswijk
Realisatie: Quantes, Rijswijk