

### Pagina 1

Marjoleine van der Zwan is de nieuwe directeur van het PIV

### Pagina 4

Opleiding tot herstelcoach geeft een stevige basis

### Pagina 6

Hoe open is de openeinderegeling?

### Pagina 13

“Mag het een onsje minder zijn?”

### Pagina 17

Subrogatie en/of cessie; dat en waarom tijdig nadenken hierover kan lonen!

### Pagina 24

Collectieve schadevergoedingsactie in zicht

### Pagina 26

PTSS: het verhaal van de olifant en de mug

oktober 2016



Een nieuwe kapitein op het schip...

Kapstok voor de herstelcoach

Open of dicht?...

“Deelgeschil... deel BGK”...

Subrogatie of cessie, een moeilijke keuze...

Met z'n allen procederen...

De bijzondere werking van het brein...

## Marjoleine van der Zwan is de nieuwe directeur van het PIV

*mr. A.E. Santen*

Per 1 september 2016 is Marjoleine van der Zwan de nieuwe directeur van Stichting PIV. Zij is als opvolger van Theo Kremer, die in mei vanwege het bereiken van de pensioengerechtigde leeftijd afscheid nam, de tweede directeur van het in 1998 opgerichte Personenschade Instituut van Verzekeraars. Wie is Marjoleine van der Zwan? Welke kennis en ervaringen brengt zij mee en wat zijn haar drijfveren? In haar eerste werkweek op het kantoor in Den Haag nam zij gelegenheid voor een vraaggesprek ten behoeve van een kennismakingsinterview in het PIV-Bulletin.

Marjoleine van der Zwan (45) studeerde fysiotherapie en gezondheidswetenschappen, en is in deze disciplines ook nog praktisch werkzaam geweest, maar ontwikkelde zich al snel tot een getalenteerde changemanager, innovatieve strateeg en bruggenbouwer pur sang. Haar academische medische opleiding aan de Radboud Universiteit Nijmegen vulde zij aan met een executive master of business administration aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en een studie op het gebied van leiderschap aan het prestigieuze INSEAD in Fontainebleau (F). Haar loopbaan ontwikkelde zich navenant. Ze bekleedde managementfuncties in het ziekenhuis Antoni van Leeuwenhoek in Amsterdam, bij OZ Zorgverzekeringen (nu CZ) in Breda, bij de Regionale Commissie Gezondheidszorg Zuid-Holland-Noord in Leiden en bij Agis



*M.E. van der Zwan MSc MBA*

Foto: Michel Wettstein Fotografie

Zorgverzekeringen (nu Achmea) in Amersfoort. “Toen ik daar wegging”, zo vertelt ze, “werd ik >

## Het letselschadelandschap, een veelzijdig flora

Het letselschadelandschap kent een flora met, voor wie goed kijkt, een opmerkelijke variatie. Er zijn licht- en schaduwminnende soorten, schermbloemigen, wolfsklauwen en varens, uitbundige bloeiers, bodembedekkers, woekerende soorten, snelle groeiers en symbioten. En dan hebben we het nog niet over het gif en de stekels.

Tot voor kort bloeide de Mooie Theo (*vinum bonum*), taxonomisch behorend tot de *Kremerachtigen*, die, stevig geworteld, het landschap voor langere tijd bepaalde. Een weelderige langbloeier die, eenmaal tot volle wasdom gekomen, hoog opschiet, veelsoortige vruchten draagt, en uit de kruin waarvan fraaie vergezichten lonken. Ook na de periode van de grote bloei kan de Mooie Theo, mits goed verzorgd, nog lang vrucht dragen.

Peter van Steen besteedt aandacht aan de Marjolein(e). Meer specifiek: de Wilde Marjolein (ik kan het ook niet helpen) ofwel *origanum vulgare*. De Wilde Marjolein is een stevige en niet kieskeurige lipbloemige, die het goed doet in diverse plantgemeenschappen, zoals grasland, zoom, muur, akker, ruigte, struweel, loofbos en, jawel: ruderaal gemeenschappen. Fijn kruidig en aromatisch ruikend. Belangrijk voor het bouquet. Smaakmaker. In bijgaand bulletin leest u er meer over.

Planten die op elkaar lijken, met elkaar kunnen kruisen en vruchtbare nakomelingen hebben, worden taxonomisch samengevoegd binnen een soort. In dit bulletin besteden wij uitgebreid aandacht aan een betrekkelijke nieuwkomer, de Herstelcoach; een hybride levensvorm die voortkomt uit een kruising tussen de registerexpert, de arbeidsdeskundige en geënt op de psychologie. Daarmee is de herstelcoach taxonomisch nog niet helemaal helder te duiden, maar omdat hij toch het meest wegheeft van eerdergenoemde soorten, scharen wij hem vooralsnog onder het geslacht *Deskundigae*. De ten onrechte vaak als exoot geduide herstelcoach lijkt toch al niet meer weg te denken uit onze habitat, waarbij ook dient te worden gewaarschuwd voor wildgroei. In een interview door Peter van Steen wordt uiteengezet hoe je de herstelcoach moet verzorgen om hem daadwerkelijk vrucht te laten dragen.

Aernout Santen gaat in zijn bijdrage in op de problematiek betreffende de symbiotische levensvorm der BGK, familie der *Palsae*, die zonder krachtige beheersmaatregelen door overgroei de perken te buiten woekert, een snelle groeier met veel dood hout. Hij geeft voorbeelden van hoe symbioten hun gastheer overgroeien en waarschuwt voor de gevolgen van overvloedige bemesting. Handmatig snoeien kan soelaas te bieden.

Banis en de Haan gaan in hun artikel over subrogatie en/of cessie uitgebreid in op de problematiek van het enten, op het zorgvuldig verpotten van vorderingen, en op de onomkeerbaarheid van keuzes. Een oproep om het enten en verpotten met zorg en aandacht uit te voeren, opdat de meest krachtige wortels gekozen worden en behouden blijven.

Jansen en Quist besteden aandacht aan de opmerkelijke kiemkracht van de letselschadevordering, en de vraag hoe daar verstandig mee om te gaan. Tenslotte treft u nog een verslag van een vruchtbare Medas Meeting, en hoe daar de nodige zaadjes gestrooid zijn.

En oh ja! de Wilde Marjolein is een kalkindicator. Dat belooft wat.

mr. A.E. Santen

> door zowel de raad van bestuur van het UMC Utrecht als de raad van bestuur van het Sint Lucas Andreas Ziekenhuis in Amsterdam gevraagd om over strategische veranderingen te komen adviseren en leiding te geven aan de implementatie daarvan. Ik besloot beide te doen, als zelfstandig manager en adviseur. Dat heb ik ongeveer acht jaar gedaan, niet alleen bij deze en nog andere ziekenhuizen, maar bijvoorbeeld ook bij staalfabrikant Corus, nu Tata Steel, en bouwonderneming Koninklijke BAM. Het was een periode waarin ik prachtige opdrachten heb mogen doen, veel ervaring heb opgedaan en veel heb geleerd. Het is altijd een rode draad in mijn loopbaan geweest om mensen en bedrijven te ontwikkelen, en dat bewust van buiten naar binnen, vanuit de behoeften in de markt en de maatschappij. Daar gaat mijn hart sneller van kloppen.”

### COO bij MediRisk

In 2010 werd Marjoleine van der Zwan door een headhunter benaderd met een vraag die zij niet naast zich neer kon leggen, namelijk om als bestuurder en chief operating officer in dienst te treden van de medische aansprakelijkheidsverzekeraar MediRisk. “Mijn grote voordeel was”, vertelt ze, “dat ik niet alleen ervaring bij verschillende verzekeraars had, maar ook de taal van de medische wereld sprak, een wereld op zich. Bovendien kende ik veel bestuurders van ziekenhuizen en veel medisch specialisten en andere professionals. Elkaar kennen helpt begrip voor elkaar op te brengen in moeilijke situaties, net als de wetenschap dat een dokter en een verpleegkundige zich met hart en ziel inzetten om mensen beter te maken en er vanzelfsprekend niet op uit zijn om fouten te maken. Gaat er toch iets mis, dan is het belangrijk dat de patiënt en zijn familie, maar ook de zorgprofessional goed wordt opgevangen en dat partijen met elkaar in gesprek gaan over wat er is misgegaan. We hebben ons ingespannen om de angst om onderling over fouten te praten weg te nemen, zodat er veel vanuit het verleden en van elkaar werd geleerd. Al deze kennis is in brede preventieprogramma’s opgeslagen en verwerkt om nieuwe medische fouten te voorkomen. Wat dat betreft hebben we in de afgelopen jaren heel veel mooie dingen mogen doen.” Het waren de jaren, aldus Van der Zwan, dat ziekenhuizen de switch maakten van de dokter centraal naar de patiënt centraal. MediRisk en ook conculega Centramed gingen in deze verandering mee en konden als gevolg daarvan, net als in de letselschaderegeling voor verkeersslachtoffers het geval was, zaken veel vaker in het harmoniemodel dan in het toernooimodel tot een goed einde brengen.

### De GOMA

“Ook de GOMA heeft daaraan bijgedragen”, vervolgt ze. “De GOMA heeft partijen aangrijpingspunten gegeven om met elkaar in gesprek te gaan, taboes bespreekbaar te maken en heilige huisjes af te breken. De GOMA heeft ons het commitment gebracht om met elkaar zaken sneller en transparanter af te wikkelen en processen te stroomlijnen en op elkaar af te stemmen, vanuit het belang van betrokkenen en dus ook weer van buiten naar de binnen. Door met elkaar in gesprek te gaan, in elkaars keuken te kijken, elkaar te leren kennen is er veel wantrouwen over en weer weggenomen en

is er bij partijen bereidheid ontstaan om met elkaar zaken op te lossen.” Volgens Marjoleine van der Zwan kan de GOMA – Gedragscode Openheid medische incidenten; betere afwikkeling Medische Aansprakelijkheid – zeker nog op punten worden verbeterd. Ze noemt bijvoorbeeld de omgang met de medische gegevens. “Een Medische Paragraaf bij de GOMA zoals de Medische Paragraaf bij de GBL, waarin specifieke aandacht wordt besteed aan de vraag hoe om te gaan met medische gegevens bij medische aansprakelijkheidszaken, zal verhelderend en versnellend werken”, zo zegt ze.

### Stevige fundamenten

Als COO bij MediRisk heeft Marjoleine van der Zwan zich diepgaand in de medische aansprakelijkheid kunnen specialiseren. Ze zegt over verkeersaansprakelijkheid en bedrijfsaansprakelijkheid nog veel te kunnen leren, maar op die gebieden is zij geenszins een leek. Zij had er onder meer mee te maken toen zij na haar periode bij MediRisk, een opdracht voor een schaderegelingsbureau deed. “Maar ik zit wat dat betreft natuurlijk niet op het niveau van Theo Kremer”, zegt ze. “In die zin is Theo onvervangbaar. Ik zal dan ook het realiseren van de doelstellingen van het PIV op geheel eigen wijze vorm gaan geven, samen met Monique Volker en Rachel Dielen, die beiden al heel wat jaren stuwende krachten binnen het PIV zijn. Natuurlijk wil ik in dit verband ook Jenny Polman noemen, maar al over enkele weken zal Jenny met pensioen gaan. Het DNA van het PIV zal in ieder geval bewaard blijven. Dat DNA zit ook in het bestuur van het PIV, in de Raad van Advies en in de redactieraad van het PIV-Bulletin. Ik hoop daar iets aan toe te kunnen voegen, als bestuurder van een nieuwe generatie, die een nieuwe manier van denken kan inbrengen. Onderzoek alles, behoud het goede en breid uit met de verworvenheden van de nieuwe tijd – dat stel ik mezelf als opdracht in de komende periode.” Deze taakopvatting past helemaal bij het profiel zoals dat door het PIV-bestuur voor de opvolger van Kremer was opgesteld. “Het viel mij op dat er niet direct naar iemand met een juridische achtergrond werd gezocht”, vertelt ze. “Er werd naar iemand uitgekeken die kan verbinden, partijen met elkaar in overleg kan laten gaan en die met respect voor verschillende belangen gevoelheden niet uit de weg gaat. Ik kan met verschillende partijen meedenken, bruggen bouwen en vanuit creativiteit met ‘out of the box’-ideeën komen. Op die manier wil ik het PIV, dat natuurlijk staat als een huis en waarvan de fundamenten zeer stevig zijn, een nieuwe fase laten ingaan.”

### Trotse moeder en topvrouw

Marjoleine van der Zwan is de trotse moeder van een dochter van 16 en een zoon van 13. Ze woont in de omgeving van Amsterdam, met water voor het huis en een grote tuin erachter, waar ze met veel liefde voor de natuur haar fruitbomen onderhoudt en haar kippen verzorgt. Ze is sportief – ze hoopt volgend jaar, zegt ze met een knipoog, het Theo Kremer Tennistoernooi te winnen – en kan van lekker eten en goede wijnen genieten. Ze is zelfs in het bezit van een deel van de begerenswaardige SDEN-

> wijndiploma's. Zij beschikt over een uitgebreid netwerk, niet alleen vanuit haar opleidingen en werkzaamheden, maar ook vanuit de diverse functies die zij daarnaast bekleedt. Zo is zij al ruim zes jaar lid van de raad van toezicht van de welzijns- en kinderopvangorganisatie Impuls en sinds januari van dit jaar voorzitter van de raad van toezicht van het PoepPaleis, een stichting die zich inzet voor het verzamelen en delen van kennis over ontlasting op medisch, wetenschappelijk, technologisch, cultureel en

sociaal gebied. Niet in de laatste plaats is Marjoleine van der Zwan door het ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap geselecteerd als lid van Topvrouwen.nl, de groep hooggekwalificeerde 'board-ready' vrouwen in Nederland. "Ik heb heel veel zin in deze nieuwe baan", zegt ze tot slot. "Ik verbind me voor honderd procent aan de doelstellingen van het PIV en ga met alle leden van het PIV, met veel elan en enthousiasme, een boeiende periode tegemoet."

## Opleiding tot herstelcoach geeft een stevige basis

### Een interview

PvS

**In het najaar is de derde uitvoering van de opleiding tot herstelcoach van start gegaan. Deze door de Stichting Nederlands Register voor Opleidingen (SNRO) geaccrediteerde opleiding is een coproductie van enerzijds de Bureaus in Houten, voor de inhoudelijke invulling, en anderzijds Quasir in Wolvega, het opleidingsinstituut en expertisecentrum voor zorg en welzijn, voor de uitvoering en de organisatie ervan. De opleiding staat niet alleen open voor wie herstelcoach wil worden of zich in die functie wil verbeteren, maar ook voor arbeidsdeskundigen en re-integratieadviseurs die hun deskundigheid willen vergroten. Voor dit artikel werden vier cursisten naar hun ervaringen gevraagd.**

De opleiding tot herstelcoach bestaat uit zeven modules. In de eerste wordt een visie op het vak gegeven, waarbij vragen aan de orde komen als wat de rechten, plichten en bevoegdheden van de herstelcoach zijn, welke positie de herstelcoach tegenover een slachtoffer heeft en wat de rol van de herstelcoach in het veld van letselschade en geneeskunde is. Docent van deze module is Francie Peters, directeur van de Bureaus en initiatiefnemer tot de opleiding. In de tweede module gaat het over de competenties van de herstelcoach, zowel de algemene coachingscompetenties als de specifieke herstelcoachingscompetenties. Docent is Ellen Wierda, adviseur klachtenmanagement, mediator, (team)coach en als opleider aan Quasir verbonden. In de derde en vierde module maken de cursisten kennis met een aantal coachingstechnieken, waaronder effectief communiceren, oplossingsgericht coachen, passiecoaching, positieve coaching en andere vaardigheden. De docenten, Remco Oranje en Robert Crommelin, zijn beiden zelfstandig trainer en coach. In de vijfde module geeft Gerrit Hulsbergen, directeur van Het Letselhuis, een overzicht van de belangrijkste wet- en regelgeving en betrokken organisaties in letselschadetrajecten. In de zesde module doceert GZ-psycholoog en mediator George Smits enige psychologische basiskennis, waarna Francie Peters de reeks bij-

eenkomsten afsluit met een module over rapporteren en communiceren over het plan van aanpak voor herstelcoaching. De opleiding wordt afgesloten met een stage, een of meer door de groep zelf georganiseerde intervisiebijeenkomsten, het schrijven van een persoonlijk reflectieverslag en tot slot een mondeling en schriftelijk examen.

### Theorie en praktijk

Ermie van Tiel is gecertificeerd registerarbeidsdeskundige bij VDS Arbeidsdeskundigen regio Zuid-Oost. Zij volgde de opleiding om twee redenen: om zich in haar werk als arbeidsdeskundige te verbeteren en om de dienstverlening van herstelcoach aan het productenpakket van VDS Arbeidsdeskundigen toe te voegen. Ten tijde van het vraaggesprek met haar heeft zij vier cursusbijeenkomsten gehad. Zij laat merken dat ze vooral ook is te spreken over de contacten en de uitwisseling van ervaringen met haar medecursisten. "Herstelcoaching is een vak dat je in de praktijk moet leren", zo zegt ze. "De theorie in de opleiding is heel fijn – je hebt die kapstok gewoon nodig om als herstelcoach te weten binnen welke kaders je aan het werk bent – maar met elkaar bespreken hoe je dossiers in de praktijk kunt aanvliegen en een of meer middagen meelopen met een herstelcoach is zeker net zo waardevol." Juist die praktische benadering van het vak mag van Ermie van Tiel in de opleiding nog nadrukkelijker worden ingevuld, "maar dat is niet altijd eenvoudig", zegt ze, "omdat het bijwonen van gesprekken lastig kan zijn. De problematiek is vaak gevoelig, daar moeten soms geen andere partijen bij zijn, en bovendien zijn er nog niet zo heel veel herstelcoaches echt aan het werk. Een middag meelopen of een stage volgen is daarom niet altijd even gemakkelijk."



Ermie van Tiel

### Eerste opdracht

Voor Ermie van Tiel kreeg de praktische invulling van

haar opleiding een mooie wending, toen zij door de Bureaus in Houten een eerste opdracht als herstelcoach kreeg. “Het is nog heel pril”, vertelt ze, “ik heb twee gesprekken met de betrokkene gehad en we zitten nu in de fase van het maken van een plan van aanpak. De opdracht is wel bijzonder, omdat het om iemand gaat die al bijna tweeënhalft jaar is uitgevallen, terwijl herstelcoaching juist in de markt wordt gezet als een aanpak waarmee zo vroeg mogelijk moet worden begonnen. Na tweeënhalft jaar uitval is het wel een extra uitdaging om daar iets moois van te maken.” Volgens Ermie van Tiel moet zij ervoor waken in deze opdracht echt als herstelcoach aan de slag te gaan en niet als arbeidsdeskundige. “Want dat is wel een redelijk grote valkuil”, zegt ze. “In de opleiding is het belangrijk dat ik dingen afleer die ik altijd als arbeidsdeskundige heb gedaan. Als arbeidsdeskundige ben ik gewend, en wordt ook van mij verwacht, dat ik een visie heb voor wat betreft de aanpak die voor de betrokkene goed is. Als herstelcoach is dat uit den boze. Het gaat erom dat de betrokkene daar zelf ideeën over heeft en als herstelcoach spiegel je hem of haar daarbij. Dat is juist ook de kracht van het werk als herstelcoach. Ik ben ervan overtuigd dat het de weg is naar succes voor betrokkenen!”

### Zelfvertrouwen geven

Ria Besselink is opgeleid als psycholoog en werkte tot oktober 2015 als ICT-manager in de zorg. In een nieuwsbrief die zij beroepsmatig ontving, las zij over de opleiding van herstelcoaches. Zij was onbekend met dat werk, maar had wel ervaring met de coaching van mensen die naar een inloophuis voor kankerpatiënten kwamen. “Een volstrekt andere context”, vertelt ze, “maar de overeenkomst is wel dat je beoogt mensen die door een externe oorzaak de put in draaien en daar zelf niet uitkomen, te stimuleren en zelfvertrouwen te geven zodat ze weer met hun leven verder kunnen.” Ze volgde de eerste uitvoering van de opleiding en deed in februari 2016 met succes examen. Ze vond de docenten en haar medecursisten inspirerend, “en ik vond de opleiding inhoudelijk heel goed”, zegt ze. “Ik heb veel geleerd en ben enthousiast over dit werk geworden. De wereld van personenschade is helemaal nieuw voor mij, maar ik denk dat herstelcoaches daar een heel goede rol in kunnen spelen.” Daarnaast gevraagd noemt ze als verbeterpunten de aansluiting op elkaar van de diverse modules, opdat dezelfde onderwerpen ook hetzelfde worden behandeld, een

betere integratie en afstemming van het schriftelijk lesmateriaal en expliciet aandacht in of na de opleiding voor de arbeidsmarkt, “omdat het nog niet zo eenvoudig is om ook echt in die beroepspraktijk te belanden”, zo zegt ze.

### Drempel wegnemen

“Het is best lastig om in de praktijk als herstelcoach aan de slag te gaan”, vervolgt Ria Besselink. “Veel verzekeraars hebben er nog onvoldoende vertrouwen in dat herstelcoaching een

positieve invloed op het verloop van een schadeafwikkeling heeft. Ik ben er echter van overtuigd dat herstelcoaching voor alle betrokken partijen tot een win-winsituatie kan leiden. Daarom heb ik een verzekeraar en ook het PIV aangeboden om concreet te onderzoeken wat herstelcoaching verzekeraars oplevert qua kosten en tijd met betrekking tot de schadeafhandeling. Zolang die feiten niet bekend zijn, is het lastig om de vertrouwensdrempel die er is, te slechten. Goed onderzoek zou die drempel kunnen wegnemen. Helaas had de verzekeraar op dat moment andere prioriteiten. Het PIV wil eerst inventariseren wat er zou moeten worden onderzocht en wat daar de geëigende middelen voor zijn. De reacties waren dus niet onwelwillend, maar leidden niet tot een concreet resultaat.” Ria Besseling vindt een afwachtende houding van verzekeraars in schril contrast staan tot de motivatie van de opgeleide herstelcoaches. Ze zegt: “Iedereen die deze opleiding volgt, is ontzettend gemotiveerd om ervoor te zorgen dat slachtoffers weer op eigen kracht verder kunnen en hun leven weer waardevol vinden. Als daar in de branche weinig gelegenheid voor is, is dat na de opleiding natuurlijk wel een tegenvaller.”

### Omgang met mensen

Monique Waalkens was werkzaam als arts maatschappij en gezondheid in de kinderspsychiatrie, maar vanwege de ontwikkelingen in de GGZ besloot zij enige tijd geleden naar ander werk uit te zien. Een advertentie in het vakblad Medisch Contact bracht haar ertoe zich voor de opleiding tot herstelcoach op te geven. Deze heeft ze inmiddels afgerond, met succes, maar zij is nu niet als herstelcoach aan het werk, maar als keuringsarts en – in opdracht van de Bureaus – als medisch adviseur. Heeft zij de opleiding nu voor niets gevolgd? “Nee, absoluut niet”, zegt ze. “De opleiding heeft mij heel veel gebracht. Het leren coachen heeft toch vooral ook veel met jezelf te maken. Daarom heeft de opleiding mij – in mijn persoonlijke situatie – een enorme ‘boost’ gegeven. Ik vond het geweldig om weer aan de studie te zijn en om in een totaal andere wereld te komen, waar ik helemaal niets van wist.” Volgens Monique Waalkens is veel van de behandelde stof ook in haar huidige werk heel goed toepasbaar. “Het heeft alles met mensen en de omgang met mensen te maken”, zegt ze. “Dat maakt dit werk zo ongelofelijk boeiend. En dankzij de opleiding weet ik nu veel over de letselschadebranche en dat is natuurlijk heel handig. Onder meer heb ik geleerd, dat procedures nogal eens ongelofelijk lang duren en dat dit slachtoffers niet ten goede komt. Als medisch adviseur kijk ik er daarom heel zorgvuldig naar of zaken kunnen worden kortgesloten, zodat processen sneller kunnen verlopen.”



Monique Waalkens



Ria Besselink

> in elkaar – het een volgt helemaal uit het ander. Omdat het voor mij zo'n onbekend terrein was, wist ik aanvankelijk niet hoe ik me alles eigen moest maken, maar dat viel helemaal op z'n plek tijdens mijn stage." Zij liep stage bij toen nog Korevaar van Dijk, nu Flyct in Capelle aan den IJssel, "en dat was heel plezierig", vertelt ze. "Ik kreeg een heel goed beeld van hoe alles in de praktijk werkt. Bovendien vond ik het een bedrijf met een enorme servicegerichtheid richting letselschadeslachtoffers. Zelf merkte ik dat ook aan de manier waarop mensen behulpzaam waren en mij wegwijs maakten. Heel gastvrij en open allemaal." Niet in de laatste plaats is Monique Waalkens over haar medecursisten te spreken. Ze zegt: "Het was een heel leuke en boeiende groep, met heel verschillende mensen uit verschillende disciplines. En het was prettig dat een aantal mensen al als herstelcoach werkte. Wij hingen aan hun lippen, want zij hadden de verhalen en de ervaring!"

### Veel geleerd

Een van de cursisten met veel ervaring als herstelcoach was Ellen van den Berg. Zij werkt als arbeidsdeskundige en herstelcoach bij de Bureaus en heeft, sinds begin 2014, al tientallen dossiers als herstelcoach behandeld. Toch vond ook zij de opleiding heel nuttig. "Bijvoorbeeld op het gebied van gesprekstechnieken en communicatie met het slachtoffer heb ik in de opleiding echt heel veel geleerd", vertelt ze. "Ik heb geleerd hoe je op een andere manier dan als arbeidsdeskundige het gesprek met het slachtoffer aan kunt gaan. Als arbeidsdeskundige ben ik



Ellen van den Berg

vooral oplossingsgericht bezig, maar als herstelcoach is het de kunst om in het gesprek met het slachtoffer niet bij voorbaat alles al in te gaan vullen. Dat vergt een andere benadering en het vraagt ook iets anders van jezelf. Wat dat betreft geeft de opleiding ook heel veel inzicht in wie je zelf bent, wat je in huis hebt en hoe je dat kunt inzetten. Eigenlijk heb ik alle modules van de opleiding wel als plezierig en leerzaam ervaren, omdat elke docent vanuit telkens een net even andere invalshoek een andere benadering van het vak gaf."

### Zekerder voelen

Ellen van den Berg heeft – begrijpelijkerwijs – haar stage op een wat afwijkende manier ingevuld, omdat zij zelf voor diverse andere cursisten als stagebegeleider is opgetreden en nu nog optreedt. In dat kader nam zij cursisten mee naar haar gesprekken met slachtoffers en liet hen daar feedback op geven, opdat zij zelf er ook iets van zou leren. Daarnaast vulde zij haar eigen stage in door gesprekken met een verzekeraar en een belangenbehartiger aan te gaan en daarin kennis en ervaringen uit te wisselen. Het examen vond zij pittig, wat ook voor anderen zo was, want niet iedereen slaagde ervoor. Is zij nu door de opleiding anders gaan werken? "In zekere zin wel", zegt ze. "Ik voel me nu steviger in mijn schoenen staan, doordat ik in de opleiding bevestigd heb gekregen dat de manier waarop ik altijd al werkte, zeker niet verkeerd was. Daarnaast heb ik extra 'tools' in handen gekregen, waardoor ik me ook zekerder voel in wat ik doe. Dat is heel plezierig, omdat ik in de afgelopen twee jaar veel heb moeten pionieren en heb moeten uitvinden hoe vorm en inhoud aan herstelcoaching te geven. Dat beeld is in ieder geval voor mij nu veel duidelijker geworden."

## Hoe open is de opneemregeling?



mr. dr. J.P. Quist en mw. mr. C.C. Janssen, Olie & De Jonge Advocaten



Wie de zoekterm 'opneemregeling' googelt, komt in de eerste plaats uit bij informatie over subsidie-regelingen. Bij deze regelingen kan iedereen die aan de daarin opgenomen voorwaarden voldoet aanspraak maken op de betreffende subsidie. In letselschadezaken kent men echter een volledig andere betekenis toe aan dit begrip. Het wordt gebruikt als aanduiding voor een wijze van afronding van een letselschadedossier. Eigenlijk is met afronden al te veel gezegd, aangezien het juist de bedoeling is om 'het boek' niet in alle opzichten definitief te sluiten. De (schade)balans van verschenen schade wordt opgemaakt, er wordt een betaling afgesproken, maar er wordt geen finale kwijting overeengekomen.

In de Letselschade Richtlijn Licht Letsel van de Letselschaderaad wordt deze werkwijze, voor gevallen waarin het letsel binnen zes maanden restloos geneest, uitdrukkelijk aanbevolen. Dit houdt in:

*“E. Afronding van de schaderegeling  
Zodra het herstelproces van het letsel is geëindigd, doet de verzekeraar aan het slachtoffer een voorstel tot vaststelling definitief schadebedrag. Voorbeelden van schadeposten zijn ziekenhuisdaggeldvergoeding, reiskosten, medische kosten, huishoudelijke hulp, smartengeld en verlies van arbeidsvermogen.*

*Binnen vier weken nadat de verzekeraar en het slachtoffer een akkoord hebben bereikt over de hoogte van het schadebedrag, betaalt de verzekeraar het overeengekomen schadebedrag aan het slachtoffer. De verzekeraar zendt aan het slachtoffer een schriftelijke bevestiging.*

*De verzekeraar verlangt geen finale kwijting van het slachtoffer.”*

Opvallend is dat in deze aanbeveling wel woorden als ‘afronding’ en ‘vaststelling definitief schadebedrag’ zijn opgenomen. Ook in de praktijk, die breder is dan de gevallen waarop de richtlijn ziet, worden in de correspondentie bij een opheffing van de afwijking begrepen als ‘slotuitkering’, ‘definitieve regeling’ en ‘afwickelen’ gebruikt. Partijen beogen kennelijk wel een afronding te bereiken. Tegelijkertijd wordt, in tegenstelling tot de werkwijze in zaken waarin geen sprake is van een opheffing, geen finale kwijting overeengekomen. Het is de vraag of dit elkaar tegensprekt: wat komen partijen nu eigenlijk overeen? Hoe moeten deze afspraken juridisch worden gekwalificeerd? Is er sprake van een (vaststellings)overeenkomst? Waarom is deze kwalificatie van belang? En, kunnen partijen altijd op deze afspraken terugkomen of gooien de regels omtrent verjaring en wilsgebreken wat dat aangaat mogelijk roet in het eten? In dit artikel zullen deze vragen worden uitgediept en besproken.

### **Juridische kwalificatie van de opheffing**

Wanneer met een juridische bril naar de hierboven bedoelde opheffing wordt gekeken, hoe kan die dan worden gekwalificeerd? Bij de beantwoording van deze vraag moet voorop worden gesteld dat daarop geen eenduidig antwoord kan worden gegeven. De in de praktijk getroffen en te treffen regelingen zijn zo divers dat daarop niet één bepaald etiket kan worden geplakt. Dat maakt echter niet dat geen algemene lijnen kunnen worden getrokken.

Zo voldoet de opheffing in ieder geval aan de omschrijving van een ‘overeenkomst’ in artikel 6:213 BW, te weten een meezijdige rechtshandeling waarbij een of meer partijen jegens een of meer andere een verbintenis aangaan. Daarvan is hier sprake, al was het alleen al omdat de regeling meebrengt dat de betrokken verzekeraar zich verbindt om binnen een bepaalde termijn een afgesproken schadevergoeding aan het slachtoffer uit te keren. Hiermee is sprake van een verbintenis-scheppende (obligatoire) overeenkomst.<sup>1</sup> Ook de begrippen ‘akkoord’ en ‘overeengekomen schadebedrag’ uit de richtlijn van de Letsel-

schaderaad wijzen in de richting van een tussen partijen gesloten overeenkomst.

Uit artikel 6:217 lid 1 BW volgt dat een overeenkomst tot stand komt door een aanbod en de aanvaarding daarvan. De richtlijn past ook in dit plaatje. Bepaald is namelijk dat de verzekeraar aan het slachtoffer een voorstel tot vaststelling van een definitief schadebedrag doet. Nadat partijen een akkoord hebben bereikt over de hoogte van het schadebedrag, dus wanneer aanbod en aanvaarding op elkaar aansluiten, wordt volgens de richtlijn het overeengekomen schadebedrag binnen vier weken aan het slachtoffer uitgekeerd.

Met een opheffing is dus zowel sprake van rechtshandelingen als van een overeenkomst. Om die reden zijn naast de algemene bepalingen over rechtshandelingen in Boek 3 BW, waaronder de wilsgebreken genoemd in artikel 3:44 BW, ook de (algemene) bepalingen betreffende overeenkomsten van toepassing.<sup>2</sup> Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de regeling over dwaling (artikel 6:228 BW).

De vraag rijst of de overeenkomst wederkerig is. In dat geval is (ook) de regeling over ontbinding ex artikel 6:265 BW (rechtstreeks) van toepassing. In het geval van een opheffing kan hierover van mening worden verschillend. Omdat deze discussie voor het vervolg van dit artikel, dat de focus legt op de wilsgebreken en verjaring, niet relevant is, zullen wij deze hier laten rusten.<sup>3</sup>

Voldoet de opheffing daarnaast ook aan de omschrijving van een in Boek 7 BW genoemde bijzondere overeenkomst? Indien dat het geval is, zullen ook de regels betreffende die overeenkomst op de relatie tussen verzekeraar en slachtoffer van toepassing zijn.

De vaststellingsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:900 BW springt hier het meest in het oog. In lid 1 van dit artikel is bepaald dat partijen zich bij een dergelijke overeenkomst, ter beëindiging of ter voorkoming van onzekerheid of geschil omtrent hetgeen rechtens tussen hen geldt, jegens elkaar aan een vaststelling daarvan binden, ook voor zover zij van de tevoren bestaande rechtsverhouding mocht afwijken. Wessels heeft geschreven dat “bij een geschil dat door een vaststellingsovereenkomst beslecht kan worden, te denken [valt] aan het slachtoffer van een verkeersongeluk dat onenigheid heeft over de omvang van de hem toekomende schadevergoeding met de WAM-verzekeraar van de aansprakelijke persoon. Slachtoffer en WAM-verzekeraar kunnen dan hun geschil beëindigen door een vaststellingsovereenkomst te sluiten waarin staat dat het slachtoffer een bepaald bedrag ontvangt onder gelijktijdige afstand van alle vorderingen jegens de WAM-verzekeraar die uit het ongeval voortvloeien.”<sup>4</sup>

Met goede argumenten kan worden betoogd dat een opheffing een vaststellingsovereenkomst in de zin van artikel 7:900 BW kan zijn. Wij werken dat hieronder uit. > 7

> In dit verband is in de eerste plaats van belang vast te stellen dat het feit dat – zoals uit de richtlijn volgt – geen schriftelijke overeenkomst wordt gesloten, niet betekent dat hetgeen partijen zijn overeengekomen niet als een vaststellingsovereenkomst kan kwalificeren. Anders gezegd: voor het aannemen van een vaststellingsovereenkomst in de zin van artikel 7:900 BW gelden geen vormvoorschriften. Er is dus geen op schrift gestelde overeenkomst vereist.<sup>5</sup> Partijen hebben het niet volledig zelf in de hand hun overeenkomst wel of geen vaststellingsovereenkomst te laten zijn.<sup>6</sup> Of sprake is van een vaststellingsovereenkomst is een kwestie van interpretatie en uitleg, hetgeen aan de hand van het zogenoemde Haviltex-criterium dient plaats te vinden.<sup>7</sup> Een en ander zal per situatie met inachtneming van de omstandigheden van het geval moeten worden beoordeeld.<sup>8</sup> De tussen partijen over en weer gevoerde correspondentie zal bij deze uitleg een belangrijke rol spelen.

Hoewel veel vaststellingsovereenkomsten worden gesloten als sluitstuk van schikkingsonderhandelingen over een onzekerheid of geschil<sup>9</sup>, zoals in het hierboven genoemde WAM-voorbeeld, is het vervolgens zo dat het, om tot het bestaan van een vaststellingsovereenkomst te concluderen, niet vereist is dat het slachtoffer finale kwijting aan de verzekeraar verleent. Boeren beschreef, onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 11 september 2009 (*ACS/HTC*)<sup>10</sup>, dat de aard van de vaststellingsovereenkomst niet steeds en zonder meer impliceert dat daarbij finale kwijting is verleend.<sup>11</sup> Ook indien, zoals de richtlijn voorschrijft, door het slachtoffer geen finale kwijting wordt verleend, kan dus sprake zijn van een vaststellingsovereenkomst in de zin van artikel 7:900 BW. Uit voornoemd arrest volgt overigens bovendien dat de vraag óf finale kwijting wordt verleend eveneens beantwoord moet worden aan de hand van het Haviltex-criterium. Hetgeen partijen daaromtrent over en weer (bijvoorbeeld in e-mail-correspondentie) hebben verklaard, is daarbij van groot belang. Daaruit moet blijken dat het slachtoffer (bewust) afstand doet van bepaalde rechten. Het enkele feit dat de gesloten openeinderegeling als een vaststellingsovereenkomst kan worden aangeduid, is daarvoor dus niet voldoende.

Verder is van (essentieel) belang dat de overeenkomst wordt gesloten met het oog op een tussen partijen bestaande onzekerheid, die door de overeenkomst wordt voorkomen of beëindigd. Deze onzekerheid kan een geschil zijn, maar noodzakelijk is dat niet. Als partijen hun overeenkomst niet sluiten met het oog op een (mogelijk) verschil van mening over hun rechtsverhouding, sluiten zij geen vaststellingsovereenkomst.<sup>12</sup> Daarvan is ook geen sprake indien de overeenkomst geen einde maakt aan onzekerheid of geschil.<sup>13</sup>

Ook aan dit vereiste kan met een openeinderegeling voldaan zijn. Partijen zullen dikwijls een (iets) andere visie hebben op de schade en de omvang daarvan. Dat leidt tot onzekerheid (en eventueel zelfs een geschil) over hetgeen

rechtens tussen partijen geldt. Met de overeenkomst wordt aan die onzekerheid en/of dat geschil een einde gemaakt, nu wordt afgesproken dat de geregelde schadeposten in ieder geval voor vergoeding in aanmerking komen en tot welk bedrag dat (op het moment van de regeling) het geval is. De insteek van de regeling is dat het slachtoffer op deze schadeposten niet kan terugkomen. Hiervoor pleit ook het begrip ‘definitief schadebedrag’ in de richtlijn. In zoverre wordt wél kwijting aan de verzekeraar verleend, zo kan worden betoogd. Is dat anders en kan het slachtoffer ook op de geregelde schade terugkomen, dan zal niet snel van een vaststellingsovereenkomst kunnen worden gesproken. Een vaststellingsovereenkomst is namelijk gericht op (rechts)zekerheid. Deze doelstelling zou worden ondergraven, indien het bestaan of de gevolgen van een vaststellingsovereenkomst te eenvoudig ter discussie kan worden gesteld.<sup>14</sup>

Ook indien tussen partijen geen geschil bestaat over de omvang van de schade (bijvoorbeeld indien alle door het slachtoffer opgevoerde schade – zonder verdere discussie – door de verzekeraar wordt vergoed), kan een regeling daarvan onder omstandigheden als een vaststellingsovereenkomst worden aangemerkt. Voor het bestaan daarvan hoeft namelijk niet steeds sprake te zijn van een (dreigend) geschil. Ook wanneer een tussen partijen bestaande onzekerheid wordt *voorkomen*, kan van een vaststellingsovereenkomst worden gesproken. Met het toezenden van bijvoorbeeld diverse facturen (die betrekking hebben op schade van het slachtoffer) en betaling daarvan door de verzekeraar, wordt tussen partijen duidelijk wat de schadeomvang (op dat moment) is. Daarover kan tussen partijen dan ook geen discussie meer ontstaan. Bovendien is het zo dat het slachtoffer, zoals hierboven uiteengezet, kwijting verleent voor de geregelde schade. Daarmee wordt een toekomstige discussie over reeds verschenen schade voorkomen. Ook in een situatie waarin tussen slachtoffer en verzekeraar geen discussie over schadeposten en/of schadeomvang is gevoerd, kan een openeinderegeling dus als een vaststellingsovereenkomst worden aangemerkt; de regeling voorkomt namelijk onzekerheid ten aanzien van de geregelde aspecten.

Of een openeinderegeling wel of niet als een vaststellingsovereenkomst kwalificeert, zal in belangrijke mate afhangen van hetgeen partijen *beoogden* te regelen.<sup>15</sup> Zoals gezegd, indien partijen de overeenkomst niet sluiten met het oog op een (mogelijk) verschil van mening over hun rechtsverhouding, sluiten zij geen vaststellingsovereenkomst.<sup>16</sup> Zeker wanneer het de bedoeling is kwijting te verlenen voor de met de openeinderegeling geregelde schade, moet ons inziens niet te snel het bestaan van een vaststellingsovereenkomst worden aangenomen wanneer het slachtoffer zich daarvan niet bewust is en zijn oogmerk (dus) niet op het sluiten van een dergelijke overeenkomst gericht was. Dat kan zich bijvoorbeeld voordoen indien het – niet-juridisch geschoolde – slachtoffer zelf de contacten en onderhandelingen met de verzekeraar voert en hij daarbij niet door een ter zake deskundig persoon wordt



bijgestaan. Indien in zo een geval wel snel tot het sluiten van een vaststellingsovereenkomst wordt geconcludeerd, wordt het slachtoffer – als de in zo een situatie in de regel zwakkere partij – daardoor ‘gedupeerd’, gelet op de (in paragraaf 3 te bespreken) gevolgen die aan deze kwalificatie verbonden zijn.

Hiervoor is reeds ingegaan op de in de opneinderegeling betrokken schade. Hoe zit het dan met nieuwe schade, schade die pas opkomt (soms zelfs geruime tijd) na het sluiten van de overeenkomst? Kan het slachtoffer nog vergoeding van deze (aanvullende) schade door de verzekeraar verlangen? Dat kan, ervan uitgaande dat het slachtoffer in staat is het bestaan van de nieuwe schade en het causaal verband met het ongeval te bewijzen. Door het aangaan van een zogenoemde opneinderegeling heeft het slachtoffer niet voor alle denkbare schade kwijting verleend. Er is immers geen sprake van *finale* kwijting, waarmee het slachtoffer zou verklaren *in het geheel* niets meer van de verzekeraar te vorderen te hebben. Door het ontbreken van een dergelijke clausule is het mogelijk nieuwe schade aan de orde te stellen, zoals in de praktijk ook met regelmaat gebeurt. Ook uit het begrip ‘opneinderegeling’ volgt dat nieuwe schade in behandeling kan worden genomen. De regeling is niet open ten aanzien van alles, in het bijzonder dus niet ten aanzien van de geregelde schade, maar het ‘einde’ is wel open. Dat betekent dat toekomstige, niet geregelde schade, in beginsel alsnog op de verzekeraar kan worden verhaald.

Op grond van het voorgaande komt het ons voor dat bij een opneinderegeling sprake is van een overeenkomst tussen het slachtoffer enerzijds en de verzekeraar anderzijds. Deze overeenkomst kan naar onze mening onder omstandigheden als een vaststellingsovereenkomst kwalificeren voor wat betreft de regeling van de verschenen schade. Daarop kan het slachtoffer, bijzondere omstandigheden daargelaten, dan niet terugkomen. Op het punt van de verschenen schade kan worden betoogd dat kwijting wordt verleend, ervan uitgaande dat ook de correspondentie tussen partijen in die richting wijst. Ook de in de richtlijn gebruikte terminologie lijkt dat te impliceren. Als de bedoeling van de opneinderegeling anders zou zijn en ook de geregelde schade steeds opnieuw ter discussie kan worden gesteld, zou het begrip ‘definitief schadebedrag’ in de richtlijn betekenisloos zijn. Niet geregelde schade kan in beginsel wel steeds aan de verzekeraar worden voorgelegd. Dat is mogelijk omdat geen *finale* kwijting wordt verleend. Die eventuele nieuw te verschijnen schade is niet in de regeling betrokken, zodat ook niet kan worden gezegd dat de gesloten (vaststellings)overeenkomst daar betrekking op heeft. Omdat over de betreffende schade in het geheel niets uitdrukkelijk geregeld wordt, kan ook niet worden gezegd dat sprake is van een voorbehoud.

Daarentegen zijn er, zoals hierboven uiteengezet, ook situaties denkbaar waarin weliswaar een opneinderegeling wordt getroffen, maar waarvan niet kan worden gezegd dat die regeling een vaststellingsovereenkomst in

de zin van artikel 7:900 BW oplevert. Dat maakt verschil voor de gevolgen die de overeenkomst met zich kan brengen, zoals hieronder nader zal worden uitgewerkt.

### **Belang van kwalificatie: wilsgebreken en verjaring**

De Letselschade Richtlijn Licht Letsel van de Letselschade Raad is ontwikkeld om een efficiënte en slachtoffervriendelijke wijze van afwikkeling van kleinere letselschades mogelijk te maken. De opneinderegeling zal deze zelfde achtergrond hebben. De in de praktijk wel levende gedachte dat altijd op de regeling terug kan worden gekomen, zal er voor zorgen dat vrij vlot kan worden afgewikkeld, zonder dat iedere kwade kans behoeft te worden voorzien, onderzocht en afgedekt. De mogelijkheid dat een vordering verjaart of dat de overeenkomst niet kan worden vernietigd, kan deze gedachte (dat partijen altijd de schaderegeling kunnen hervatten of heropenen) in de weg staan.

De wet en de jurisprudentie geven duidelijkheid over de verjaringsregels die gelden indien partijen een (vaststellings)overeenkomst hebben gesloten. In het geval de (vaststellings)overeenkomst niet of niet geheel wordt nagekomen, dan gelden de verjaringstermijnen die toepasselijk zijn bij wanprestatie (artikel 3:307 BW, vijf jaar na opeisbaarheid van de vordering).

Daarnaast zijn er nog omstandigheden denkbaar waarin een overeenkomst kan worden opgebroken. Voor alle overeenkomsten geldt dat een beroep gedaan kan worden op zogenoemde wilsgebreken, bijvoorbeeld in het geval er sprake was van dwaling of misbruik van omstandigheden. Echter, uit de jurisprudentie<sup>17</sup> volgt dat in het geval dat een vaststellingsovereenkomst is gesloten hier slechts in uitzonderingsgevallen een beroep op kan worden gedaan en dat sprake moet zijn van bijzondere omstandigheden. Gezien de aard van de vaststellingsovereenkomst zijn partijen in beginsel aan deze overeenkomst gebonden. Partijen hebben met de door hen gesloten vaststellingsovereenkomst immers beoogd om ieder debat met betrekking tot de hoogte van de schade af te sluiten en om de mogelijkheid prijs te geven zich op grond van latere gegevens te beroepen op een ten tijde van het aangaan van de overeenkomst bij haar bestaande voorstelling van zaken over de hoogte van de schade. Bij een vaststellingsovereenkomst geldt dan ook dat een beroep op dwaling niet wordt gehonoreerd, wanneer de dwaling betrekking heeft op omstandigheden waaromtrent onzekerheid of geschil bestond.<sup>18</sup> Een geslaagd beroep op dwaling is echter niet uitgesloten. Dat geldt in het bijzonder indien sprake is van betrokkenheid van de wederpartij op een wijze als genoemd in artikel 6:228 lid 1 onder a of b BW.<sup>19</sup> Een beroep op dwaling verjaart echter drie jaar nadat de dwaling is ontdekt (artikel 3:52 lid 1 sub c BW). Tevens kan het onder omstandigheden mogelijk zijn dat een geslaagd beroep op misbruik van omstandigheden kan worden gedaan. In dat geval geldt een verjaringstermijn van drie jaar nadat de invloed heeft opgehouden te werken (artikel 3:52 lid 1 sub b BW).

> Op het moment dat in letselschadezaken een regeling wordt getroffen, wordt met enige regelmaat door het slachtoffer ook een voorbehoud bedongen. Een dergelijk voorbehoud ziet op situaties die zich mogelijk in de toekomst kunnen voordoen en die tot het ontstaan van nieuwe schade kunnen leiden. Gedacht kan worden aan een voorbehoud in de situatie dat door een ongeval knieletsel is ontstaan en er in de toekomst artrose optreedt. Indien er een voorbehoud is opgenomen in de vaststellingsovereenkomst, gelden afwijkende verjaringsregels voor dit voorbehoud. Aanvankelijk was er in de literatuur nog onzekerheid over de dan geldende regels<sup>20</sup>, maar met de uitspraak van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch van 9 juni 2015<sup>21</sup> lijkt aan deze onzekerheid een einde te zijn gekomen. Het voorbehoud kan juridisch worden geduid als een vordering tot nakoming van een verbintenis na onbepaalde tijd als bedoeld in artikel 3:307 lid 2 BW. In dat geval verjaart de vordering na vijf jaar van de dag, volgende op die waartegen de schuldeiser heeft medegeedeeld tot opeising over te gaan, en in elk geval door verloop van 20 jaar na de aanvang van de dag, volgende op die waartegen de opeising op zijn vroegst mogelijk was. Zodoende vangt de verjaringstermijn aan op het moment dat de benadeelde bekend is met de schade. Het opnemen van een voorbehoud is in een openeinderegeling niet nodig. Immers, in openeinderegelingen wordt, zoals in paragraaf 2 uiteengezet, geen finale kwijting overeengekomen en kan in alle gevallen waarin nieuwe schade ontstaat (en dus niet alleen in een bijzondere, vooraf voorbehouden situatie) opnieuw 'aanklopt' worden bij de verzekeraar.

In de rechtspraak circuleren brieven die door een verzekeraar – nadat de regeling is getroffen – worden gezonden aan de benadeelde en waarin is opgenomen dat vanaf het moment van het treffen van de openeinderegeling een verjaringstermijn van vijf jaren aanvangt. Slechts binnen deze periode van vijf jaren kan opnieuw schade worden gemeld en de zaak worden heropend. Waarom wordt hier in de praktijk van uitgegaan? Wellicht vindt dit zijn grondslag in de gedachte dat de toepasselijke verjaringstermijn door het treffen van de openeinderegeling is gestuit en een nieuwe termijn van vijf jaar aanvangt.<sup>22</sup> Het is immers verdedigbaar dat de openeinderegeling moet worden aangemerkt als een erkenning in de zin van artikel 3:318 BW, waardoor een nieuwe termijn aanvangt.

In WAM-zaken kan de verzekeraar zich echter niet beroepen op deze vijfjaarstermijn. Vanwege de in artikel 10 lid 5 WAM geregelde duurstuiting, welke aan een (tijdig) gestarte onderhandeling is verbonden, kan de vordering op zijn vroegst verjaren drie jaar na kennisgeving van het afbreken van de onderhandelingen bij deurwaardersexploot of aangetekende brief aan de andere partij. Dit artikellid kent geen ruimte voor andere aanvangsmomenten van de verjaring.<sup>23</sup> Betoogd zou kunnen worden dat nu een vaststellingsovereenkomst geen deurwaardersexploot of aangetekende brief is, er nog altijd sprake is van duurstuiting. De Bosch Kemper en Gruben stellen echter dat "logischerwijs wel worden aangenomen dat onderhandelingen eindi-

gen bij definitieve regeling van de zaak".<sup>24</sup> Dit zou betekenen dat op het ogenblik dat de (vaststellers)overeenkomst is gesloten een nieuwe verjaringstermijn van drie jaar aanvangt. Deze benaderingswijze van De Bosch Kemper en Gruben zal echter zien op vaststellingsovereenkomsten waarin finale kwijting overeen is gekomen en het zodoende de bedoeling is de zaak volledig definitief te regelen. De open einderegeling heeft deze intentie niet, zodat het verdedigbaar is dat de duurstuiting niet wordt aangetast door een dergelijke regeling. De Bosch Kemper en Gruben bespreken de openeinderegeling niet, maar staan wel stil bij vaststellingsovereenkomsten waarin een voorbehoud is opgenomen. Zij geven daarbij aan dat (in het belang van de benadeelde) moet worden aangenomen dat de duurstuiting van de onderhandelingen voor het uitgezonderde gedeelte (voorbehoud) doorloopt.<sup>25</sup>

Tot slot is van belang te onderzoeken welke verjaringsregels van toepassing zijn op de 'nieuwe' schade, waarmee wij doelen op na het aangaan van de openeinderegeling ingetreden schade. Van Dijk heeft beschreven dat de vijfjarige verjaringstermijn van artikel 3:310 BW van voortdurende schade, zoals smartengeld, of toekomstige schade, zoals inkomensschade, in beginsel aanvangt op het moment van de schade toebrengeende gebeurtenis.<sup>26</sup> Dit althans voor zover van die schade te voorzien is dat zij in de toekomst wordt geleden en waarvoor de schuldeiser daadwerkelijk een vordering kan instellen. Voor het gaan lopen van de verjaringstermijn (die op grond van de aansprakelijkheidsgrond geldt) is niet vereist dat de benadeelde bekend is met alle componenten of de gehele omvang van zijn schade als gevolg van het tekortschietend of foutief handelen. Voldoende is dat de benadeelde bekend is geworden met schade die hij als gevolg daarvan heeft geleden of lijdt.

Koopmann maakt voor het aanvangsmoment van de verjaringstermijn voor toekomstige schade een onderscheid tussen schade die reeds bekend was en/of te verwachten viel ten tijde van het schade-evenement én schade die niet te verwachten viel. Koopmann schreef:

*"Verdedigbaar is dat bij toekomstige schade die ten tijde van het schade-evenement is te verwachten de verjaringstermijn reeds vanaf het plaatsvinden van dat evenement begint, mits dan tevens de schade en de aansprakelijke persoon bij de benadeelde bekend zijn. Deze schade kan via art. 6:105 BW worden begroot door de rechter. Het is echter ook mogelijk dat toekomstige schade ten tijde van het schade-evenement niet was te verwachten. Denk bijvoorbeeld aan een latere operatie waarmee geen rekening was gehouden (door A-G Spier genoemd in zijn conclusie voor HR 24 mei 2002, NJ 2003, 268). In dat geval kan de verjaringstermijn niet reeds gaan lopen vanaf het schade-evenement. Een voorbeeld uit de parlementaire behandeling: indien de benadeelde weliswaar alle schadefactoren kent, maar het bedrag nog door een deskundige moet worden bepaald, behoeft het gaan lopen van de verjaringstermijn*

*niet te wachten; dit is anders in het geval dat de benadeelde aanvankelijk meent slechts een geringe verwonding te hebben opgelopen terwijl vele jaren later blijkt dat hij invalide is geworden. Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 928. Voor zover de schade wordt bepaald door deze factor, kan de verjaringstermijn pas van start gaan als ook deze factor bekend is.”<sup>27</sup>*

Dit sluit aan bij overweging 3.8. van de Hoge Raad in zijn arrest van 24 mei 2002<sup>28</sup> waarin de Hoge Raad wijst op het belang van het feit dat in die zaak geen sprake was van een of meer nieuwe – eerder niet voorziene – schadeposten. Van Dijk verwees in 2003<sup>29</sup> en 2011<sup>30</sup> eveneens naar deze overweging van de Hoge Raad en trok (mede) daaruit de conclusie dat in het geval van nieuwe, niet voorziene schadeposten de verjaringstermijn later gaat lopen, te weten op het moment dat de benadeelde bekend is met deze nieuwe schade. Van Dijk wees daarbij als voorbeeld nog op de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 7 januari 2009.<sup>31</sup> In die zaak ging het om een minderjarige voetganger die was aangereden door een tram van RET N.V. Het ongeval deed zich voor in 2001, maar de aansprakelijkstelling werd pas in 2007 verzonden. RET N.V. heeft zich beroepen op verjaring, nu er meer dan vijf jaren zijn verstreken tussen het ongeval en de aansprakelijkstelling. De minderjarige en zijn ouders stelden dat weliswaar direct na het ongeval duidelijk was dat de minderjarige een hersenschudding en een schedeldakfractuur had, maar dat de minderjarige pas in 2005 een eerste epileptische aanval is overkomen waardoor zij niet eerder dan in 2005 daadwerkelijk bekend waren met de schade ten gevolge van de epilepsie. De rechtbank overwoog te dien aanzien:

*“5.1. (...) De enkele mogelijkheid dat het opgelopen hersenletsel in de toekomst tot schade zou kunnen leiden zonder dat daarvoor op dat moment concrete aanwijzingen zijn, acht de rechtbank daartoe onvoldoende. Eisers moeten derhalve geacht worden pas daadwerkelijk bekend te zijn geworden met de hier bedoelde schade op het moment dat de eerste epileptische aanval zich voordeed. Pas op dat moment is de verjaringstermijn gaan lopen. De stelling van eisers dat dit in april 2005 is geweest, lijkt te worden ondersteund door de door hen overgelegde stukken.”*

*“5.2 Voor zover de vordering ziet op schade waarmee eisers direct na het ongeval bekend waren, acht de rechtbank deze wel verjaard nu er meer dan vijf jaren zijn verstreken tussen het ongeval en de aansprakelijkstelling. Eisers hebben ter comparitie aangegeven dat zij zich destijds realiseerden dat zij gedaagden aansprakelijk konden stellen voor de schade aan onder andere de kleding van de minderjarige. Zij hebben daar echter toen vanaf gezien.”*

Voor nieuwe, niet voorziene schadeposten zal de verjaringstermijn zodoende aanvagen op het moment dat de benadeelde met deze schade bekend is geworden. Ten aanzien van voorzienbare toekomstige schadeposten waarvoor de schuldeiser daadwerkelijk een vordering kan in-

stellen, geldt echter dat deze in beginsel aanvangt op het moment van de schade toebrengende gebeurtenis. In dit verband dient echter uiteraard wel gewezen te worden op de absolute verjaringstermijn ex artikel 3:310 lid 1 BW, van twintig jaar na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt.

Kortom, ten aanzien van de WAM-zaken en nieuwe, niet voorzienbare schade kan niet worden gesteld dat de schaderegeling slechts gedurende vijf jaren – vanaf het sluiten van de opneinderegeling – kan worden vervolgd. Voor zover in de in de praktijk circulerende brieven (die na het sluiten van de opneinderegeling – ter bevestiging, zoals de richtlijn voorschrijft – worden gezonden) hierin geen onderscheid wordt gemaakt, verdient het aanbeveling daartoe alsnog over te gaan.

### Afronding

De opneinderegeling heeft haar nut voor de praktijk be-  
wezen, maar leidt bij juridische analyse tot hoofdbreken-  
s. De kwalificatie van de regeling is van belang met het oog  
op de mogelijkheden tot vernietiging van de overeenkomst  
en de verjaring. De praktijk is divers, waardoor met het  
uitzetten van de algemene lijn is volstaan. Naar onze  
mening verdient dit onderwerp een bredere discussie in  
de literatuur. Wij hopen daartoe een aanzet te hebben  
gegeven.

<sup>1</sup> B. Wessels, ‘Vaststellingsovereenkomst’, in: H.N. Schelhaas, A.J. Verheij & B. Wessels (red.), *Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2016, nr. 455.

<sup>2</sup> Waarover M.S. van Muijden, *Mediation en de vaststellingsovereenkomst* (diss. Rotterdam), Den Haag: Sdu uitgevers 2007, p. 63. Zie in verband met de gelaagde structuur en daardoor toepasselijke wettelijke bepalingen ook Jac. Hijma e.a., *Rechtshandeling en Overeenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, nr. 9.

<sup>3</sup> Maar verwijzen wel naar *Kamerstukken II* 1982/83, 17 779, nr. 3, p. 41, B. Wessels, ‘Vaststellingsovereenkomst’, in: H.N. Schelhaas, A.J. Verheij & B. Wessels (red.), *Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2016, nr. 455 en Asser/Van Schaick 7-VIII\* 2012/145.

<sup>4</sup> B. Wessels, ‘Vaststellingsovereenkomst’, in: H.N. Schelhaas, A.J. Verheij & B. Wessels (red.), *Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2016, nr. 450.

<sup>5</sup> Zie ook J.M. Boeren, *Sdu Commentaar Vermogensrecht*, artikel 7:900 BW, aant. C.1 en Asser/Van Schaick 7-VIII\* 2012/138.

<sup>6</sup> Asser/Van Schaick 7-VIII\* 2012/135. Partijen hebben het niet in hun macht om een overeenkomst die alle kenmerken van een vaststellingsovereenkomst heeft toch geen vaststellingsovereenkomst te laten zijn of, andersom, een overeenkomst die niet aan de daaraan te stellen voorwaarden voldoet, toch een vaststellingsovereenkomst te laten zijn.

<sup>7</sup> Zie hierover J.M. Boeren, *Sdu Commentaar Vermogensrecht*, artikel 7:900 BW, C.8, Asser/Van Schaick 7-VIII\* 2012/157, alsmede B. Wessels, ‘Vaststellingsovereenkomst’, in: H.N. Schelhaas, A.J. Verheij & B. Wessels (red.), *Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2016, nr. 451.

<sup>8</sup> Zie ook Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX\* 2012/442.

<sup>9</sup> Asser/Van Schaick 7-VIII\* 2012/147.

- > <sup>10</sup> HR 11 september 2009, *RvdW* 2009/1006. In rechtsoverweging 3.4.2. van dit arrest overwoog de Hoge Raad: “Onderdeel 1 berust vooral op de opvatting dat de aard van de vaststellingsovereenkomst meebrengt dat het vaststellen van bepaalde schulden per een zekere datum steeds en zonder meer impliceert dat de schuldenaar geen andere schulden meer aan zijn wederpartij bij die overeenkomst heeft. De klacht faalt voor zover zij op die opvatting is gebaseerd, omdat die opvatting niet als juist kan worden aanvaard. Het hof heeft (...) de vraag of in het in de vaststellingsovereenkomst genoemde bedrag de thans door HTC gevorderde bedragen waren opgenomen – met als gevolg dat die niet meer afzonderlijk gevorderd konden worden –, terecht beantwoord aan de hand van de Haviltexmaatstaf.”
- <sup>11</sup> J.M. Boeren, *Sdu Commentaar Vermogensrecht*, artikel 7:900 BW, C.8.
- <sup>12</sup> Zie Asser/*Van Schaick* 7-VIII\* 2012/142.
- <sup>13</sup> *Idem*, nr. 143.
- <sup>14</sup> B. Wessels, ‘Vaststellingsovereenkomst’, in: H.N. Schelhaas, A.J. Verheij & B. Wessels (red.), *Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2016, nr. 451.
- <sup>15</sup> Vgl. Asser/*Wansink*, *Van Tiggele & Salomons* 7-IX\* 2012/442.
- <sup>16</sup> Zie voetnoot 12.
- <sup>17</sup> Bijvoorbeeld HR 15 november 1985, *NJ* 1986/228. In dezelfde zin Rb. Amsterdam 26 februari 2014, *NJF* 2014/16.
- <sup>18</sup> Zie hierover onder andere Asser/*Van Schaick* 7-VIII\* 2012/160.
- <sup>19</sup> Hof ‘s-Hertogenbosch 10 juni 2014, *NJF* 2013/474
- <sup>20</sup> Zie bijvoorbeeld J. Renshoff, *Hb. Personenschade*, okt. 2013, 4010-131, waarin vanwege de onzekerheid veiligheidshalve wordt geadviseerd eens per vijf jaar te stuiten.
- <sup>21</sup> Hof ‘s-Hertogenbosch, 9 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2085.
- <sup>22</sup> Of – uitgaande van HR 1 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5811 – wellicht als een afbreken van de onderhandeling waardoor een nieuwe verjaringstermijn aanvangt.
- <sup>23</sup> In deze zin opmerkelijk: Hof Arnhem-Leeuwarden 22 september 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7098.
- <sup>24</sup> H.J.J. de Bosch Kemper, R. Gruben en P.J. Vreugdenhil, *De WAM in werking*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p.84.
- <sup>25</sup> H.J.J. de Bosch Kemper, R. Gruben en P.J. Vreugdenhil, *De WAM in werking*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 280.
- <sup>26</sup> Chr.H. van Dijk, ‘Verjaring en stuiting: een Siamese tweeling in verwarring’, *AV&S* 2003/5, p. 147.
- <sup>27</sup> Mon. BW B14 (Koopmann), ‘Bevrijdende verjaring’, p. 43. Zie voor kanttekeningen hierbij J.L. Smeehuijzen, *Bevrijdende verjaring*, Deventer: Kluwer 2008, p. 231.
- <sup>28</sup> HR 24 mei 2002, *NJ* 2003/268.
- <sup>29</sup> Chr. H. van Dijk, ‘Verjaring en stuiting: een Siamese tweeling in verwarring’, *AV&S* 2003/5, p. 147.
- <sup>30</sup> Chr. H. van Dijk, ‘Verjaring en stuiting: de praktijk blijft weerbarstig’, *AV&S* februari 2011/2, p. 12.
- <sup>31</sup> Rb. Rotterdam 7 januari 2009, *JA* 2009/57.

# “Mag het een onsje minder zijn?”

Toewijzingen BGK door deelgeschillenrechters



Mr. A.E. Santen

**Over wat redelijk is in het kader van ‘de redelijke kosten van buitengerechtelijke bijstand’ is al een hoop geschreven. Omdat er binnenkort ook een themanummer verschijnt van Letsel & Schade zal ik mij hier beperken tot een deelaspect. Namelijk tot datgene dat door de deelgeschillenrechter wordt toegewezen en/of begroot. De deelgeschillenrechter, zo blijkt uit mijn onderzoek, kort gemiddeld zo’n 36% op de ingediende claim terzake de buitengerechtelijke kosten.**

In dit stuk bespreek ik de praktijk van toewijzingen door de deelgeschillenrechter. Niettemin zal ik toch eerst wat algemeenheden moeten debiteren omwille van de context, want wat door de deelgeschillenrechter wordt toegewezen is daarmee nog niet de maat van alle dingen.

Zoals bij ieder soort werk, mag er van uit worden gegaan dat ook in het kader van de letselschadebehandeling verschillende soorten werkzaamheden worden verricht door belangenbehartigers, variërend van administratieve- en secretariaatswerkzaamheden tot gespecialiseerd en juridisch zeer ingewikkeld werk. Niet alle arbeid is hooggekwalificeerde juridische arbeid. Er zit ook veel administratief handwerk in; het opvragen van stukken, het versturen van rappellen, het verzamelen van gegevens. Ook het bezoeken van, of het overleggen met een cliënt is als zodanig geen, of althans niet per se, hooggekwalificeerde juridische arbeid. Ook dat aspect behoort in de uiteindelijke redelijkheidstoets te worden meegenomen. Dat er rekening gehouden kan en mag worden met de verschillende aard van de ontplooiende activiteiten blijkt wel uit de jurisprudentie. Zo oordeelde de rechtbank Den Bosch: *“In dit verband is mede van betekenis dat de werkzaamheden alleen nog de schadevaststelling betroffen, waarbij zich geen lastig feitelijk of juridisch probleem (meer) voordeed. Het ging in belangrijke mate nog om de vaststelling van het hoeftetekort en om de shockschade. De berekeningen met betrekking tot het hoeftetekort zijn verricht door Andriessen & Geurst. De shockschade was al in belangrijke mate afgehandeld toen Witlox de zaak overnam. Er is geen uitvoerige discussie gevoerd over de definitieve vaststelling*

*van de schadeomvang. Nergens uit blijkt dat Witlox inhoudelijke werkzaamheden van substantiële omvang heeft verricht. Een hoog specialistentarief is dan niet op zijn plaats.”*<sup>1</sup> De rechtbank Amsterdam oordeelde in een andere kwestie over het soort werkzaamheden: *De werkzaamheden van Pals hebben tot op heden bestaan uit het opvragen van medische informatie, besprekingen met [eiseres sub 2] en het vervaardigen van korte brieven aan Winterthur. Vanwege de erkenning van de aansprakelijkheid door Winterthur is een juridisch inhoudelijke discussie daarover niet gevoerd. In de correspondentie met Winterthur is Pals niet inhoudelijk ingegaan op het causaal verband tussen het ongeval en de schade, noch op de omvang van de schade. Uit de declaraties blijkt bovendien dat werkzaamheden die op secretariaal niveau zijn verricht ook zijn gedeclareerd tegen de hiervoor genoemde hoge tarieven. Als voorbeeld noemt Winterthur het maken van een telefonische afspraak op 6 september 2006 en de schriftelijke bevestiging daarvan tegen een tarief van EUR 220,- per uur*<sup>2</sup>. Samenvattend: het soort uren dat gedeclareerd wordt speelt een rol, of zou een rol moeten spelen<sup>3</sup>.

De hoogte van de gedeclareerde kosten is verder het resultaat van het aantal uren en het daaraan te verbinden uurtarief. Ervaren belangenbehartigers plegen een hoger uurtarief te hanteren, maar dat behoort zich dan ook te vertalen in minder uren, en wellicht ook aan efficiënter delegeren aan het secretariaat. Heel soms zie je dat ook in de praktijk, maar dat is dan toch echt zeldzaamheid. In de praktijk gaat het toch om veel uren tegen een hoog tarief. Maar hoe dan ook; het resultaat van uren x arbeid bepaalt de hoogte van de buitengerechtelijke kosten. Het is dus niet zinvol om bij de beoordeling van de redelijkheid enkel aandacht te besteden aan de hoogte van het honorarium per uur; het aantal uren is ook relevant. Een typisch voorbeeld van korting op het aantal gedeclareerde geeft de rechtbank Rotterdam die daaromtrent overweegt: *“De rechtbank acht het begrote aantal uren (ruim 48) niet redelijk, gezien de relatief geringe complexiteit van de zaak en het feit dat van een gespecialiseerd letselschadeadvocaat verwacht mag worden dat deze minder tijd dan gemiddeld nodig heeft voor een dergelijke zaak. Daarbij is het verzoekschrift weliswaar omvangrijk, maar dit wordt deels veroorzaakt door het citeren van veel jurisprudentie die niet specifiek op het onderhavige geschil van toepassing is. Naar het oordeel van de rechtbank is, mede gelet op de reistijd en duur van de mondelinge behandeling, een totale tijdsbesteding van 20 uur redelijk.*<sup>4</sup> En dat is nog ruim wat mij betreft.

Als ik een nota BGK ontvang, dan staat daar nooit een post op voor secretariale werkzaamheden; alles moet tegen het ‘marktconforme’ tarief. Of het administratief lastig is

- > om voor al die verschillende activiteiten een urenstaat bij te houden... ik weet het niet, maar een goede secretaresse kan dat zonder twijfel, en kan dat waarschijnlijk beter dan de doorsnee advocaat.

In BGK-discussies wordt vaak het argument gebezigd dat de uurtarieven ‘marktconform’ zijn. Ik vraag mij af of er sprake is van een functionerende markt. Volgens mij is daar geen sprake van. Wie *Googelt*, komt terecht bij de actiefste *marketeers*. Wie *Googelt* op ‘de goedkoopste’ vindt allerhande sites die vergelijken op prijs, ook voor bijvoorbeeld het notariaat, maar voor de letselschademarkt bestaat zo iets niet, laat staan dat er daarbij nog iets van een kwaliteitsreview of iets dergelijks plaatsvindt. De consument heeft geen idee van wat een redelijke of een goede prijs is, en nu de BGK’s ook buiten de consument om plegen te worden betaald, wordt ook dat corrigerende deel van de marktwerking eenvoudigweg uitgeschakeld. En als er al marktwerking zou zijn, geldt dat dan niet eens te meer voor de prijs van het administratieve werk? Het is op zich nog voorstelbaar dat een belangenbehartiger zijn cliënt-in-spé vertelt dat zijn diensten tweehonderdvieftig euro per uur kosten. Maar het is niet goed voorstelbaar dat hij ook meedeelt dat de activiteiten van zijn secretaresse moeten worden beloond tegen datzelfde tarief, overigens nog te vermeerderen met kantoorkosten en BTW. Nog veel onwaarschijnlijker is dat die cliënt daar vervolgens mee akkoord gaat.

In de BGK-discussie pleegt (door belangenbehartigers) nogal eens gesteld te worden dat beschikkingen van deelgeschillenrechtters de redelijkheid van hun declaraties ook bevestigen. Of dat ook echt zo is, is zeer de vraag.

Wat die deelgeschillen met elkaar gemeen hebben is dat het daarbij gaat om kosten die worden gemaakt bij het maken van processtukken en het voorbereiden van een deelgeschil; activiteiten die naar hun aard kunnen worden betiteld als hoogwaardige juridische arbeid. Die werkzaamheden hebben dan ook niet, of veel minder het gemengde karakter dat ik hierboven beschreef. Het gaat daarbij dus om de duurste categorie van te vergoeden arbeid. Bij het hanteren van deelgeschilbeschikkingen als maatstaf voor de hoogte van de redelijke buitengerechtigde kosten dient derhalve beseft te worden dat die beschikkingen een maatstaf geven van wat redelijk is voor die hoogwaardige juridische arbeid, zonder dat er rekening wordt gehouden met de component van ondersteunende en secretariële en andersoortige werkzaamheden.

Eerder viel me al op dat hetgeen wordt toegewezen enorm varieert, en dat dat ook per rechtbank lijkt te verschillen. Een vluchtige blik op de kostentoe wijzingen door deel-

geschillenrechtters zoals die bijvoorbeeld te vinden zijn op [www.letselschademagazine.nl](http://www.letselschademagazine.nl) en het PIV kennisnet laat zien dat rechtters zowel het aantal uren, als het uurtarief plegen te matigen.

Bij mijn onderzoek, dat niet pretendeert volledig te zijn, ben ik begonnen de uitspraken te bekijken zoals die te vinden zijn op eerdergenoemde site, op pagina <http://www.letselschademagazine.nl/wet-deelgeschillen-algemeen>. Ik ben bovenaan begonnen tot de 50e regel, en heb daaruit alle zaken gehaald waarin specifiek op de kosten en de toewijsbaarheid daarvan is ingegaan. Bij sommige zaken valt er helaas niets zinnigs te zeggen over hoe het toegewezen becijferd is<sup>5</sup>. Ik ben daarna geswitched naar de pagina <http://www.letselschademagazine.nl/kosten-van-deelgeschil>, om daarvan de bovenste 50 te bekijken en te indexeren. Daar staan overigens ook een aantal zaken op die ook al op eerdergenoemde pagina te vinden zijn. Mijn onderzoek is een paar maanden oud, dus de meest recente beschikkingen op deze laatste pagina staan er mogelijk nog niet in. Verder heb ik een aantal zaken van het PIV-kennisnet <http://stichtingpiv.nl/> toegevoegd. Een systematischer aanpak, zonder de filterende werking van bovengenoemde vindplaatsen zou nuttig zijn.

Ik heb die zaken in een spreadsheet gezet, genoteerd hoeveel uren er werden gevorderd, en tegen welk tarief, hoeveel uren er werden toegewezen en tegen welk tarief, om het resultaat daarvan te delen door het oorspronkelijk gevorderde aantal, en naar ik dus aanneem daadwerkelijk gewerkte, uren. Zoals in het onderstaande voorbeeld. Volgens de formule (toegewezen honorarium x toegewezen uurloon)/gevorderde uren = effectief per uur. Alles overigens exclusief BTW en die malle kantoorkosten.

Op dit moment heb ik 83 zaken bekeken en ingevoerd. 18 zaken heb ik buiten beschouwing gelaten omdat het toegewezen bedrag voor de BGK € 0,- bedroeg. Dat was bijvoorbeeld omdat de vordering onterecht was ingesteld, de deelgeschillenrechter niet bevoegd was, de deelgeschillenprocedure niet van toepassing was op de First-partyverzekering, of, zoals de rechter in Amsterdam beoordeelde, een “*volstrekt ten onrechte ingesteld deelgeschil*”<sup>6</sup>. 5 andere zaken heb ik buiten beschouwing moeten laten omdat deze geen details bevatten, bijvoorbeeld omdat de kosten niet door de belangenbehartiger waren gespecificeerd<sup>7</sup>, of omdat de beschikking geen details bevatte<sup>8</sup>. Bij 12 zaken heeft de rechter de gevorderde BGK niet toegewezen, maar alleen begroot. De resterende 48 zaken heb ik ingevoerd in een tabel als de onderstaande.

Het resultaat daarvan is dat blijkt dat op de hoeveelheid gevorderde uren gemiddeld door de rechter 30% in

Vindplaats	Gevorderde uren	Gevorderd honorarium	Toegewezen uren	Toegewezen honorarium	Effectief p/u
ECLI:NL:RBAMS:2015:8542	32,3	€ 250,00	4	€ 250,00	€ 30,96
ECLI:NL:RBDHA:2014:9931	25	€ 235,00	12	€ 190,00	€ 91,20
ECLI:NL:RBDHA:2016:6687	41	€ 240,00	16	€ 240,00	€ 93,66

minderingspleeging te worden gebracht. Op het gevorderde honorarium per uur wordt gemiddeld 6% in mindering gebracht. Effectief resulteert dat in een daadwerkelijk gerealiseerd honorarium van zo'n € 174,04 per uur. Bij dit soort exercities kunnen de extremen het gemiddelde fors beïnvloeden, maar als ik daarvoor corrigeer, en bijvoorbeeld de twee laagste en de twee hoogste beschikkingen negeer, dan bedraagt dat gemiddelde € 176,94. Negeer ik de vier hoogste en de vier laagste beschikkingen, dan bedraagt dat gemiddelde € 177,96.

Dat 'effectieve uurtarief' waarmee ik werk, is voor discussie vatbaar, maar ik saldeer daarmee de twee belangrijkste factoren, namelijk het aantal uren en het honorarium per uur. In de praktijk ligt de nadruk van de discussie meestal op die laatste factor. Maar ook dat honorarium per uur is geen relevante maatstaf. De relevante maatstaf is immers de 'redelijke kosten van buitengerechtelijke rechtsbijstand'. Nu de kosten van rechtsbijstand per definitie het resultaat zijn van het aantal uren maal het uurtarief ontcom je er bij de redelijkheidsafweging niet aan om naar de combinatie van die twee te kijken. Als de uitkomst redelijk is, is ze redelijk. En of dat nou met een correctie linksom of rechtsom gaat, of een combinatie daarvan, is eigenlijk om het even.

Wat nog opvalt, en voor het bovenstaande pleit, is dat wie een bescheiden aantal uren vordert, daarin nauwelijks wordt gekort, behalve een enkele keer dan, omdat het deelgeschil naar het oordeel van de rechter te vroeg was gestart,<sup>9</sup> of omdat de rechter er van uitging dat de rechtsbijstandverzekeraar de kosten al had vergoed<sup>10</sup>. Onder de 15 uur wordt er nauwelijks een korting op de uren toegepast. Daarboven wel. Wie heel hoog in de uren zit krijgt als

regel een zeer forse reductie om de oren. Reducties tot 60% komen voor<sup>11</sup>, terwijl het record staat op een korting van maar liefst 88%<sup>12</sup>

Wat verder nog opvalt is dat deelgeschillenrechters wat kritischer plegen te zijn bij de kosten die zij daadwerkelijk toewijzen. Het gemiddelde is daar zoals gezegd € 174,04. Wanneer de deelgeschillenrechter de kosten enkel begroot valt op dat de kosten vaker worden overgenomen uit de opgave van de belangenbehartiger. In 7 van de 12 zaken zijn de gevorderde uren en het gevorderde uurloon eenvoudigweg overgenomen. In die categorie zaken is het gemiddelde dan ook een hoger; namelijk € 208,97.

De aantallen zijn te klein om er echt iets zinnigs over te zeggen, maar het lijkt er op dat de rechtbanken in Midden Nederland, Overijssel, Limburg, Amsterdam en Den Haag het meest rond het gemiddelde zitten, terwijl de toewijzingen in Noord-Holland en Noord Nederland hoog zijn, zo'n 45% boven het gemiddelde.

Nog even ter herinnering: dat alles is dus voor die eerdergenoemde hoogwaardige juridische arbeid. De echt redelijke gemiddelde kosten moeten dus, wanneer we rekening houden met die administratieve, secretariële en ook overigens niet altijd hoogwaardige juridische arbeid, nog wel een stukje lager liggen. Ik denk dat het goed zou zijn om die verschillende activiteiten goed te administreren en per groep activiteiten te honoreren.

Het overzicht van de toegewezen zaken vindt u bij de noten.<sup>13</sup>

<sup>1</sup> ECLI:NL:RBSHE:2011:BR5000, Rb. Arnhem 29 april 2011, 718227/CV EXPL 10-8627 (ongepubliceerd), en Rechtbank Den Bosch, 29 februari 2012, Zaaknummer: 719021 ongepubliceerd

<sup>2</sup> ECLI:NL:RBSHE:2008:BC8656

<sup>3</sup> zie ook, uitgebreid, mr. F. Lameris, PIV Bulletin 2012/2

<sup>4</sup> ECLI:NL:RBROT:2016:5433 C/10/497856 / HA RK 16-212 volledige uitspraak te vinden te vinden via PIV kennisnet

<sup>5</sup> <http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RBAMS:2016:4523>. ECLI:NL:RBNHO:2016:3276

<sup>6</sup> ECLI:NL:RBAMS:2014:4063

<sup>7</sup> ECLI:NL:RBROT:2016:1219

<sup>8</sup> ECLI:NL:RBAMS:2014:2154

<sup>9</sup> ECLI:NL:RBLIM:2016:2670

<sup>10</sup> ECLI:NL:RBGEL:2014:4111

<sup>11</sup> ECLI:NL:RBDHA:2016:6687 en ECLI:NL:RBROT:2016:5433

<sup>12</sup> ECLI:NL:RBAMS:2015:8542

<sup>13</sup> Zie onderstaande tabel.

Vindplaats	Uren gevorderd	Uurloon gevorderd ex btw	Toegewezen uren	Toe-gewezen uurloon	Effectief p/u
ECLI:NL:RBAMS:2015:3633	7	€ 240,00	0	€ 0,00	€ 0,00
ECLI:NL:RBGEL:2014:4111	13,2	€ 125,00	0	€ 0,00	€ 0,00
ECLI:NL:RBAMS:2015:8542	32,3	€ 250,00	4	€ 250,00	€ 30,96
ECLI:NL:RBDHA:2014:9931	25	€ 235,00	12	€ 190,00	€ 91,20
ECLI:NL:RBDHA:2016:6687	41	€ 240,00	16	€ 240,00	€ 93,66
ECLI:NL:GHSHE:2016:2137	17	€ 200,00	8	€ 200,00	€ 94,12
zaaknummer: 181481 HA RK 16-12 (18-4-2016)	31,18	€ 238,26	16	€ 191,59	€ 98,32
C/10/497856 / HA RK 16-212	48	€ 297,00	20	€ 245,00	€ 102,08
ECLI:NL:RBLIM:2015:11335	22	€ 230,00	10	€ 230,00	€ 104,55
ECLI:NL:RBDHA:2016:5694	25,2	€ 240,00	12	€ 240,00	€ 114,29

Vindplaats	Uren gevorderd	Uurloon gevorderd ex btw	Toegewezen uren	Toe-gewezen uurloon	Effectief p/u
ECLI:NL:RBMNE:2016:2610	10	€ 150,00	10	€ 135,00	€ 135,00
<a href="http://www.letselschademagazine.nl/2016/rb-limburg-190416">http://www.letselschademagazine.nl/2016/rb-limburg-190416</a>	33	€ 227,55	20	€ 227,55	€ 137,91
ECLI:NL:RBMNE:2016:2610	10	€ 150,00	10	€ 150,00	€ 150,00
ECLI:NL:RBMNE:2016:1970	22	€ 225,00	15	€ 225,00	€ 153,41
ECLI:NL:RBDHA:2016:4718	28,5	€ 250,00	18	€ 250,00	€ 157,89
ECLI:NL:RBLIM:2016:2670	9,25	€ 235,00	6,25	€ 235,00	€ 158,78
ECLI:NL:RBDHA:2015:14675	22,4	€ 240,00	15	€ 240,00	€ 160,71
ECLI:NL:RBOBR:2016:3870	26,8	€ 245,00	17,8	€ 245,00	€ 162,72
ECLI:NL:RBGEL:2014:8178	27,4	€ 245,00	20	€ 225,00	€ 164,23
ECLI:NL:RBMNE:2015:9661	29	€ 248,97	20	€ 242,00	€ 166,90
<a href="http://www.letselschademagazine.nl/2016/rb-rotterdam-060616">http://www.letselschademagazine.nl/2016/rb-rotterdam-060616</a>	25,6	€ 250,00	17,1	€ 250,00	€ 166,99
ECLI:NL:RBDHA:2015:5715	24	€ 240,00	14	€ 240,00	€ 170,91
ECLI:NL:GHARL:2016:2005	26,5	€ 260,00	17,5	€ 260,00	€ 171,70
ECLI:NL:RBGEL:2015:8249	25,25	€ 255,00	16	€ 255,00	€ 172,07
stg piv: C/I 0/460585 / HA RK 14-811	15,65	€ 270,00	11	€ 250,00	€ 175,72
ECLI:NL:RBNNE:2014:6661	27	€ 265,00	18	€ 265,00	€ 176,67
C/02/308975 / HA RK 15-232	22,8	€ 220,00	22,8	€ 180,00	€ 180,00
ECLI:NL:RBOBR:2016:1940	6	€ 195,00	6	€ 195,00	€ 195,00
<a href="http://www.letselschademagazine.nl/2016/rb-gelderland-210716">http://www.letselschademagazine.nl/2016/rb-gelderland-210716</a>	22	€ 240,00	18	€ 240,00	€ 196,36
ECLI:NL:RBMNE:2016:2615	16	€ 265,00	14	€ 225,00	€ 196,88
ECLI:NL:RBDHA:2014:11111	20,15	€ 250,00	16	€ 250,00	€ 198,51
<a href="http://www.letselschademagazine.nl/2016/rb-midden-nl-041215">http://www.letselschademagazine.nl/2016/rb-midden-nl-041215</a>	31,06	€ 270,00	23	€ 270,00	€ 199,94
<a href="http://www.letselschademagazine.nl/2016/rb-oost-brabant-230316">http://www.letselschademagazine.nl/2016/rb-oost-brabant-230316</a>	17	€ 225,00	16	€ 225,00	€ 211,76
ECLI:NL:RBLIM:2014:692	17,18	€ 215,00	17,18	€ 215,00	€ 215,00
ECLI:NL:RBROT:2016:2802	12,5	€ 220,00	12,5	€ 220,00	€ 220,00
	9,3	€ 225,00	9,3	€ 225,00	€ 225,00
ECLI:NL:RBGEL:2016:420	20	€ 300,00	15	€ 300,00	€ 225,00
ECLI:NL:RBOBR:2016:912	9,3	€ 225,00	9,3	€ 225,00	€ 225,00
ECLI:NL:RBLIM:2014:5612	13,3	€ 230,00	13,3	€ 230,00	€ 230,00
<a href="http://www.letselschademagazine.nl/2016/rb-noord-nl-050216">http://www.letselschademagazine.nl/2016/rb-noord-nl-050216</a>	15	€ 236,25	15	€ 236,25	€ 236,25
ECLI:NL:RBOVE:2015:412	23	€ 237,60	23	€ 237,60	€ 237,60
ECLI:NL:RBNHO:2015:11084	17	€ 240,00	17	€ 240,00	€ 240,00
ECLI:NL:RBOBR:2015:7865	35,5	€ 247,27	35,5	€ 247,27	€ 247,27
<a href="http://www.letselschademagazine.nl/2016/rb-oost-brabant-250416">http://www.letselschademagazine.nl/2016/rb-oost-brabant-250416</a>	18	€ 250,00	18	€ 250,00	€ 250,00
<a href="http://www.letselschademagazine.nl/2016/rb-noord-holland-210416">http://www.letselschademagazine.nl/2016/rb-noord-holland-210416</a>	23	€ 270,00	23	€ 270,00	€ 270,00
ECLI:NL:RBROT:2016:1327	15,5	€ 275,00	15,5	€ 275,00	€ 275,00
ECLI:NL:RBROT:2015:8640	13	€ 290,00	13	€ 290,00	€ 290,00
<a href="http://www.letselschademagazine.nl/2016/rb-noord-nl-280116">http://www.letselschademagazine.nl/2016/rb-noord-nl-280116</a>	16,4	€ 297,00	16,4	€ 297,00	€ 297,00
	<b>21,2</b>	<b>239,1</b>	<b>14,8</b>	<b>225,5</b>	<b>174,4</b>
			<b>70%</b>	<b>94%</b>	



# Subrogatie en/of cessie; dat en waarom tijdig nadenken hierover kan lonen!



mr. C. Banis en mr. L.K. de Haan van V&A Advocaten te Rotterdam

De aansprakelijkheidsverzekeraar komt nogal eens in beeld om te betalen wanneer zich een schadeveroorzakend evenement heeft voorgedaan. Denk bijvoorbeeld aan de AVB-verzekeraar die een bedrijf heeft verzekerd waar een arbeidsongeval plaatsvindt met letsel voor een werknemer tot gevolg. Als het betreffende bedrijf verzekeringsdekking heeft en de werknemer een claim indient bij zijn werkgever, zal de AVB-verzekeraar deze claim in behandeling nemen en, als aansprakelijkheid van het bedrijf gegeven is, de werknemer schadeloos stellen. Wat wij nu zien in de praktijk, is dat bij aansprakelijkheidsverzekeraars de focus pleegt te liggen op dit deel van het werk: de claimbehandeling en schadeafwikkeling. Wij begrijpen dat heel goed en willen aan deze praktijk ook zeker niet afdoen. Integendeel. Het kunnen compenseren van (letselschade)slachtoffers die aanspraak hebben op schadevergoeding, is juist een van de belangrijkste functies van de aansprakelijkheidsverzekering. Geld terughalen, waar mogelijk, is echter ook belangrijk. Soms is de daadwerkelijke boosdoener immers een andere partij of zijn er meerdere aansprakelijke partijen aan te wijzen, al dan niet naast de verzekerde. Over het terughalen van geld op deze andere partij(en), oftewel: het plegen van regres, gaat ons artikel. Meer specifiek, willen wij aandacht vragen voor de hierbij – tijdig! – te maken keuze tussen subrogatie en/of cessie. De ervaring leert ons namelijk dat de keuze voor het één en/of het ander het welslagen van regres kan maken of breken.

## Beperking door wetgeving

Alvorens hier nader op in te gaan, merken wij op dat de wetgever in een aantal gevallen subrogatie heeft uitgesloten c.q. beperkt. In die gevallen is ook cessie niet aan de orde<sup>1</sup> en speelt de hierna door ons aangekaarte problematiek in het geheel geen rol van betekenis. Het betreft de navolgende situaties. In de eerste plaats subrogeert de aansprakelijkheidsverzekeraar niet in vorderingen van diens verzekerde onder (een) andere verzekering(en), vgl. art. 7:962 lid 1 BW: “anders dan uit verzekering”. Uitsluitend

de samenloopregeling kan in deze situaties soelaas bieden (zie art. 7:961 BW<sup>2</sup>). In de tweede plaats bevat art. 7:962 lid 3 BW een aantal subrogatieverboden. De aansprakelijkheidsverzekeraar verkrijgt op grond van dit artikel onder meer geen vordering op medeverzekerden, bepaalde gezins- en familieleden en werknemers van de verzekerde<sup>3</sup>, behoudens - kort gezegd - opzet of bewuste roekeloosheid aan hun zijde. In de derde plaats en tot slot is er de in art. 6:197 lid 2 BW vervatte Tijdelijke Regeling Verhaalsrechten op grond waarvan een aantal wettelijke aansprakelijkheidsgronden in beginsel van subrogatie is uitgesloten. Dit betreft onder meer art. 6:166 BW (groepsaansprakelijkheid), 6:169 BW (aansprakelijkheid voor kinderen), 6:171 BW (aansprakelijkheid voor niet-ondergeschikten), 6:173 BW (aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken) en 6:174 BW (aansprakelijkheid voor gebrekkige opstallen). Een belangrijke kanttekening past bij de Tijdelijke Regeling Verhaalsrechten echter wel. Als namelijk de verzekeringsuitkering de aansprakelijkheid van de verzekerde betreft (wat per definitie zo is bij de aansprakelijkheidsverzekering waarover ons artikel gaat) én een ander op grond van de voormelde artikelen medeaansprakelijk is, dan komt de gesubrogeerde verzekeraar wél een beroep toe op die artikelen.

## Back to basics

Laten wij echter, om de problematiek goed inzichtelijk te maken, beginnen bij het begin en eerst eens ‘back to basics’ gaan van de aansprakelijkheidsverzekering. Een voor ons verhaal relevant kenmerk van de aansprakelijkheidsverzekering is dat het een zogeheten ‘third party’ verzekering is. De aansprakelijkheidsverzekering beoogt het vermogen van de verzekerde te beschermen tegen de financiële gevolgen van claims van derden (de ‘third parties’). Met de schadeafwikkeling onder de aansprakelijkheidsverzekering zijn zodoende niet alleen (de belangen van) de verzekeraar en de verzekerde betrokken, maar ook (die van) de benadeelde partij. De aansprakelijkheidsverzekeraar die de benadeelde schadeloos stelt, bereikt daarmee dan ook twee doelen: hij brengt zowel de benadeelde als de verzekerde, in financiële zin, terug in de positie waarin deze zich zouden hebben bevonden in de situatie zónder het schadeveroorzakende evenement. In het verlengde hiervan, kan de aansprakelijkheidsverzekeraar die een schade afwikkelt en regreskansen ziet, dat regres dus ook insteken op twee manieren. De aansprakelijkheidsverzekeraar kan regres proberen te nemen in de positie van diens verzekerde, maar hij kan met het oog op het regres ook de rechten van de benadeelde overnemen.

## Automatisch verkrijgen van rechten

De als eerste genoemde weg naar regres – in de positie van de verzekerde – loopt via subrogatie en is verankerd in

> art. 7:962 BW. Op grond van dit artikel gaan vorderingen die de verzekerde terzake van door hem geleden schade op derden heeft, anders dan uit verzekering, bij wijze van subrogatie over op de verzekeraar die deze schade al dan niet verplicht vergoedt. De als tweede genoemde weg naar regres – met de rechten van de benadeelde derde – loopt via cessie, vgl. art. 3:84 e.v. BW. Bij cessie koopt de aansprakelijkheidsverzekeraar de rechten van de benadeelde op de aansprakelijke partij(en). Cessie vereist een akte en mededeling aan de aansprakelijke partij(en), zie art. 3:94 BW. Relevant hierbij op te merken is dat de verzekeraar die, behalve betalen, niets doet, automatisch de rechten van zijn verzekerde verkrijgt (subrogatie) en dus niet die van de benadeelde (cessie). In tegenstelling tot cessie, vindt subrogatie namelijk automatisch plaats. Ten minste zo relevant op te merken is dat achteraf ‘switchen’ tussen subrogatie en cessie veelal lastig, zo niet (feitelijk) onmogelijk is. Graag lichten wij dit toe.

### Gebondenheid

In dat kader bespreken wij ten eerste de situatie waarin de aansprakelijkheidsverzekeraar betaalt zonder verder iets te regelen. Als gezegd, subrogeert die verzekeraar automatisch in de rechten van zijn verzekerde. Als de verzekeraar dan later tot de conclusie komt dat cessie (regres nemen in de positie van de benadeelde) toch beter was geweest, ziet hij zich gesteld voor een probleem. Omdat de benadeelde al schadeloos is gesteld, door de aansprakelijkheidsverzekeraar, heeft hij geen vordering meer op de aansprakelijke partij(en). De benadeelde kán dus geen vordering(en) (meer) cederen aan de aansprakelijkheidsverzekeraar. De aansprakelijkheidsverzekeraar kan natuurlijk wel proberen de benadeelde aan wie hij heeft betaald, ertoe te bewegen het uitbetaalde geld terug te betalen, maar dat heeft niet het gewenste effect. De aansprakelijkheidsverzekeraar bereikt daarmee namelijk niet dat de vordering(en) tot schadevergoeding van de benadeelde op de aansprakelijke partij(en) herleeft/herleven. Dit omdat niet volgehouden kan worden dat de verzekeraar onverschuldigd heeft betaald aan de benadeelde. De eventuele afspraak tot terugbetaling is iets tussen uitsluitend de aansprakelijkheidsverzekeraar en de benadeelde derde. In de onderlinge verhouding tussen de benadeelde en de aansprakelijke partij(en), is en blijft de benadeelde schadeloos gesteld. De subrogatie kan dus niet worden teruggedraaid. De aansprakelijkheidsverzekeraar zal met de rechten van zijn verzekerde regres moeten nemen.

### Ongedaan maken

Andersom loopt de aansprakelijkheidsverzekeraar al evenzeer tegen (praktische) problemen aan. Dat brengt ons ten tweede op de situatie waarin cessie heeft plaatsgevonden. Zoals wij hiervoor hebben toegelicht, houdt cessie in dat de aansprakelijkheidsverzekeraar de vorderingen van de benadeelde op de aansprakelijke partijen koopt en dus overneemt. Als dat is gebeurd, kan de benadeelde derde zelf die vorderingen uiteraard niet langer instellen, ook niet tegen de verzekerde van de verzekeraar in kwestie. Het gevolg hiervan is dat de verzekerde, waar het de

vordering van de benadeelde betreft, geen aanspraak (meer) heeft op dekking onder zijn polis. Dat zo zijnde, wordt aan het doen van een uitkering onder de polis en daarmee aan subrogatie, niet (meer) toegekomen. In tegenstelling tot subrogatie, kan cessie wel ongedaan worden gemaakt, door middel van retro-cessie. De benadeelde moet daar dan echter wel aan meewerken en het is natuurlijk de vraag of de bereidheid daartoe bestaat. De benadeelde heeft bij de retro-cessie geen enkel belang. Voor de benadeelde levert het alleen maar gedoe op. Ook bij cessie loopt de aansprakelijkheidsverzekeraar dus het reële risico daaraan te zijn gebonden.

### Samengaan cessie en subrogatie

U zou als lezer nu kunnen denken: ik zie het probleem niet. Die gedachte zou er onder meer op gestoeld kunnen zijn dat u ervan uitgaat dat cessie achteraf nog kan worden geregeld, zonder dat iemand erachter komt dat eigenlijk al subrogatie heeft plaatsgevonden. U zou daarin mogelijk-erwijs gelijk kunnen hebben, maar de ‘geluksfactor’ speelt hier wel een (te) belangrijke rol. De aangesproken partij die slim is, vraagt natuurlijk betalingsbewijzen op (dit nog daargelaten dat u ook uit zichzelf gehouden kunt zijn hieromtrent openheid van zaken te geven). Als uit die betalingsbewijzen blijkt dat de aansprakelijkheidsverzekeraar (deels) heeft betaald vóóordat de akte van cessie werd geëffectueerd, dan is daarmee – in zoverre – subrogatie gewoonweg een feit, omdat dit een automatisme is op grond van de wet én niet kan worden teruggedraaid. U zou ook kunnen denken dat er geen probleem is omdat cessie en subrogatie samen moeten kunnen gaan. Op zichzelf genomen zijn wij sterk geneigd dat met u eens te zijn. Echter, het punt is en blijft dat cessie en subrogatie in ieder geval niet automatisch samengaan. De aansprakelijkheidsverzekeraar die het regres wil kunnen insteken zowel op grond van subrogatie als cessie, zal tijdig moeten nadenken over hoe dit in het vat te gieten. En voor zover wij het kunnen overzien, zal cessie altijd een onderdeel van zo’n constructie moeten zijn. Zo zou het wellicht soelaas kunnen bieden om de subrogatie en de cessie op exact hetzelfde moment te laten plaatsvinden, met behulp van een drie-partijenovereenkomst (waarbij dan partij zullen moeten zijn: de regresnemende aansprakelijkheidsverzekeraar, diens verzekerde en de benadeelde derde), waarin ook een akte van cessie is vevat. Een andere optie zou mogelijk-erwijs kunnen zijn dat de aansprakelijkheidsverzekeraar kiest voor cessie, zónder daarbij de vordering van de benadeelde op zijn eigen verzekerde over te nemen. Die vordering blijft dan achter bij de benadeelde, die dan dus nog steeds de verzekerde kan aanspreken, met als gevolg dat de verzekerde zijn vordering onder de polis behoudt en in zoverre subrogatie nog wél aan de orde is.

### Voorschot en cessie

Welke weg de aansprakelijkheidsverzekeraar echter ook kiest: onze boodschap is dat hij een en ander tijdig moet regelen en er dus evenzeer op tijd over zal moeten nadenken. Niets doen, behalve betalen, leidt tot subrogatie en dat is niet terug te draaien. En op tijd is: vóóordat de

eerste (voorschot)betaling (onder algemene titel) plaatsvindt. Want let wel: ook wanneer de aansprakelijkheidsverzekeraar ervoor kiest om een voorschotbetaling onder algemene titel te verrichten, heeft dat (juridisch gezien) niet tot gevolg dat hij achteraf nog kan kiezen voor subrogatie en/of cessie. De toevoeging dat de voorschotbetaling onder algemene titel plaatsvindt, wil slechts zeggen dat nog niets is bepaald welk 'label' het betaalde bedrag heeft, in de zin dat nog niet is bepaald of de betaling bijvoorbeeld ziet op schade ter zake van verlies van verdienvermogen of smartengeld. Met een keuze voor subrogatie en/of cessie heeft dit dus niets van doen. Ook bij een voorschotbetaling is het dus zo dat, indien er wordt betaald zonder dat er een bewuste keus wordt gemaakt, dit automatisch tot subrogatie leidt. Wil men kiezen voor cessie, dan zal dit ook in het kader van een voorschotbetaling uitdrukkelijk overeengekomen moeten worden. Wij realiseren ons dat in de praktijk achteraf betoogd zou kunnen worden dat de voorschotbetalingen bedoeld waren als een voorschot op de uiteindelijke koopprijs in het kader van de cessie. Om discussie hieromtrent te voorkomen, menen wij echter dat het verstandig is om al bij het doen van de eerste voorschotbetaling goed na te denken over de vraag wat in de bewuste situatie voordeliger is, subrogatie of cessie, en daar vervolgens ook naar te handelen.

### Wereld van verschil

In de inleiding hebben wij de stelling ingenomen dat het een wereld van verschil kán maken of men kiest voor subrogatie (regres nemen met de rechten van de verzekerde) dan wel cessie (regres nemen met de rechten van de benadeelde derde). Dat en waarom dit zo is, zullen wij hieronder inzichtelijk proberen te maken aan de hand van een aantal voorbeelden. Tegelijkertijd verdient opmerking dat het in veel gevallen ook wel losloopt wanneer geen keuze wordt gemaakt en dus subrogatie plaatsvindt. Dat komt door de mogelijkheden die het leerstuk van de hoofdelijkheid biedt ingeval van regres uit hoofde van subrogatie. Kort gezegd, komt het erop neer dat, met de hoofdelijkheid, de positie van de benadeelde derde tóch bij het regres kan worden betrokken hoewel de cessie dus niet heeft plaatsgevonden (en de regresnemende verzekeraar zodoende niet zelf met de rechten van de benadeelde verhaal neemt). Wij gaan hier nu eerst op in, ook omdat (enig) begrip van dit leerstuk nodig is om de hierna door ons te geven voorbeelden goed te kunnen volgen.

### Hoofdelijkheid

Hoofdelijkheid is de situatie dat twee (of meer) partijen ten opzichte van een derde aansprakelijk zijn voor dezelfde schade, vgl. art. 6:102 BW. Bijvoorbeeld: de uitzendkracht aan wie een arbeidsongeval overkomt, kan zowel zijn formeel werkgever (het uitzendbureau) als zijn materieel werkgever (de inlener) aansprakelijk stellen, vgl. art. 7:658 BW. De aansprakelijke partijen, de zogeheten hoofdelijke schuldenaren, kunnen door de benadeelde elk worden aangesproken tot vergoeding van de gehele schade, zie art. 6:7 lid 1 BW. Hoofdelijke schuldenaren kunnen zich

dus niet ten opzichte van de benadeelde met succes verweren met de stelling dat er ook nog iemand anders aansprakelijk is. Wel is het zo dat, wanneer de ene hoofdelijke schuldenaar betaalt, de andere hoofdelijke schuldenaar in zoverre is gekwetten, vgl. art. 6:7 lid 2 BW. Met andere woorden: de benadeelde kan ingeval van hoofdelijkheid weliswaar kiezen wie hij aanspreekt tot schadevergoeding, maar hij krijgt nooit méér dan zijn totale schade vergoed. Daar staat tegenover dat de hoofdelijke schuldenaar die de benadeelde schadeloos stelt en, bezien in zijn verhouding tot de andere hoofdelijke schuldenaar, te veel betaalt, voor dat meerdere verhaal heeft op die andere hoofdelijke schuldenaar, vgl. art. 6:10 BW. Hier komt dan ook de verhouding met de derde in beeld. De stelling is namelijk dat, naast de betalende hoofdelijke schuldenaar, ook de andere hoofdelijke schuldenaar aansprakelijk was ten opzichte van de benadeelde, met als gevolg dat de andere hoofdelijke schuldenaar ten opzichte van de betalende hoofdelijke schuldenaar gehouden is voor zijn deel van de schade op te komen. Relevant te vermelden in dit kader is dat deze verhaalsvordering tussen de hoofdelijke schuldenaren onderling, geen hoofdelijke is. De hoofdelijke schuldenaren onderling kunnen elkaar slechts aanspreken voor het deel dat hen in hun onderlinge verhouding daadwerkelijk aangaat en dus niet automatisch voor 100% van de schade. Welk deel van de schade welke hoofdelijke schuldenaar precies aangaat, bezien in de verhouding tot de andere hoofdelijke schuldenaar, hangt primair af van hetgeen eventueel contractueel is afgesproken en daarnaast zijn natuurlijk de wettelijke bepalingen van kracht.

### Omstander met letsel op bouwplaats

Het wordt hoog tijd voor een aantal voorbeelden. Stelt u zich allereerst een ongeval op een bouwplaats voor, waarbij een omstander ernstig letsel oploopt. Het ongeval bestaat erin dat er een ondeugdelijk opgebouwde bouwsteiger omvalt en op de omstander terecht komt. Het opbouwen van de steiger was het werk van een onderaannemer die op de bouwplaats werkzaam was in opdracht van de hoofdaannemer. Het was de taak van de uitvoerder van de hoofdaannemer om erop toe te zien dat de steiger op de juiste wijze zou worden opgebouwd. De omstander, die geen enkele schuld treft, spreekt de hoofdaannemer aan tot vergoeding van zijn schade. De aansprakelijkheidsverzekeraar van de hoofdaannemer erkent aansprakelijkheid, wikkelt de schade met de omstander af en besluit het regres op de onderaannemer ter hand te nemen.

De keuze voor subrogatie in dit voorbeeld betekent dat de verzekeraar met de rechten van de hoofdaannemer regres kan nemen op de onderaannemer. De verzekeraar kan zijn vordering enerzijds gronden op het contract tussen de hoofdaannemer en de onderaannemer (art. 6:74 BW) en betogen dat de onderaannemer is tekortgeschoten in de naleving van zijn contractuele verplichting om zorg te dragen voor een deugdelijke bouwsteiger. De aansprakelijkheidsverzekeraar kan er anderzijds ook voor kiezen om zijn regresvordering uit hoofde van subrogatie te gronden op de hoofdelijke bijdrageplicht (art. 6:102 jo. 6:10 BW).

> De verzekeraar voert dan aan dat, naast de hoofdaannemer, ook de onderaannemer aansprakelijk is ten opzichte van de omstander (op grond van art. 6:173 en/of 6:162 BW), zodat de onderaannemer ten opzichte van de hoofdaannemer gehouden is in de schade bij te dragen. De Tijdelijke Regeling Verhaalsrechten is hier dus niet van toepassing, omdat de regresnemende verzekeraar een aansprakelijkheidsverzekeraar is die zijn vordering grondt op de hoofdelijkheid (zie art. 6:197 lid 2 sub a BW) inksom of rechtsom, zal de verzekeraar die kiest voor subrogatie niet méér kunnen verhalen dan dat deel van de schade dat de onderaannemer aangaat, bezien in diens verhouding tot de hoofdaannemer. Het aandeel van de hoofdaannemer in de schade – veroorzaakt door het gebrekkige toezicht van diens uitvoerder – blijft voor rekening van de verzekeraar (van de hoofdaannemer).

De keuze voor cessie in dit voorbeeld leidt ertoe dat de verzekeraar andere regresmogelijkheden heeft nu hij immers met de rechten van de omstander verhaal kan nemen op de onderaannemer (in plaats van met de rechten van de hoofdaannemer, zie hiervóór). Omdat tussen de omstander en de onderaannemer geen contract tot stand is gekomen, valt de regresnemende verzekeraar ingeval van cessie per definitie terug op de wet. De verzekeraar kan zijn regresvordering erop baseren dat de onderaannemer risicoaansprakelijk is op grond van art. 6:173 BW (gebrekige steiger) en/of een gevaarzettende situatie heeft gecreëerd (art. 6:162 BW), waarvoor hij ten opzichte van de omstander (hoofdelijk) aansprakelijk is. Tegen deze vordering kan de (aansprakelijkheidsverzekeraar van) onderaannemer zich niet met succes verweren door erop te wijzen dat ook de hoofdaannemer aansprakelijk is ten opzichte van de omstander. Daaraan staat in de weg dat de onderaannemer een hoofdelijke schuldenaar is van de omstander, wiens rechten de regresnemende verzekeraar uitoefent. Als de verzekeraar zijn regresvordering grondt op cessie, zal deze dus (in beginsel) worden toegewezen. Of de regresnemende aansprakelijkheidsverzekeraar, op zijn beurt, toch ook in de schade zal moeten bijdragen – namelijk: voor wat betreft het deel dat zijn verzekerde, de hoofdaannemer, aangaat – hangt vervolgens af van het antwoord op de vraag of de onderaannemer, althans diens aansprakelijkheidsverzekeraar namens hem, besluit het regres op de hoofdaannemer ter hand te nemen. Als hier toe wordt besloten, zal de uitkomst gelijk zijn als hiervóór bij de subrogatie omschreven. De schade zal tussen (de verzekeraars van) de hoofd- en onderaannemer worden verdeeld naar rato van hun bijdrage in het ontstaan van de schade.

In dit voorbeeld is een keuze voor cessie logischer dan een keuze voor subrogatie. In de eerste plaats bewandelt de regresnemende aansprakelijkheidsverzekeraar van de hoofdaannemer de makkelijkste weg. De verzekeraar van de hoofdaannemer die kiest voor cessie en zodoende verhaal neemt in de schoenen van de benadeelde – de onschuldige omstander – hoeft in eerste instantie namelijk niet méér te doen dan de rechter ervan te overtuigen dat

de onderaannemer, die de bouwsteiger niet op de juiste wijze heeft opgesteld met alle gevolgen van dien, ten opzichte van de omstander aansprakelijk is. Het is dan vervolgens aan de onderaannemer dan wel diens verzekeraar, om een deel van de schade terug te vorderen van de hoofdaannemer (waarbij dan natuurlijk alsnog de regresnemende aansprakelijkheidsverzekeraar van de hoofdaannemer in beeld komt). De kans bestaat echter – en dat is het tweede voordeel – dat dit regres achterwege wordt gelaten. Hoe meer discussie er kan worden gevoerd, bijvoorbeeld over aspecten zoals medeschuld, hoe groter deze kans natuurlijk is. In de derde plaats en tot slot kan de aansprakelijkheidsverzekeraar van de hoofdaannemer die kiest voor cessie, een wat sympathieker standpunt innemen dan wanneer hij zou hebben gekozen voor subrogatie. Kiest de verzekeraar voor cessie, dan is hij als het ware de onschuldige omstander die de onderaannemer aanpreekt op fouten die hebben geleid tot ernstige letselschade. Dat kan (gevoelsmatig) een verschil maken ten opzichte van de situatie waarin de regresnemende aansprakelijkheidsverzekeraar van de hoofdaannemer diens rechten uitoefent en, terwijl zijn eigen verzekerde ook niet foutloos heeft gehandeld, probeert een ander de zwarte piet toe te spelen. Dit alles gezegd hebbend, is dit voorbeeld er overigens wel één in de categorie dat het wel zal loslopen, ongeacht of regres wordt genomen uit hoofde van subrogatie dan wel cessie.

### Zzp-er met letsel op bouwplaats

Stelt u zich thans eenzelfde soort ongeval op de bouw voor – dus: er valt een bouwsteiger om – maar met een paar verschillen. Allereerst is het slachtoffer niet een onschuldige omstander, maar een zzp'er die zelf ook op de bouw aanwezig is, maar geen schuld treft ten aanzien van het omvallen van de bouwsteiger. De betreffende zzp'er werkt in opdracht van een onderaannemer en is aan te merken als diens quasi-werknemer (vgl. art. 7:658 lid 4 BW). Op de bouw is tevens een hoofdaannemer aan het werk, die op zijn beurt werkt met twee andere zzp'ers, die wel daadwerkelijk zelfstandigen zijn en dus niet de bescherming genieten van art. 7:658 BW. Het zijn deze zzp'ers die een fout maken, waardoor de bouwsteiger omvalt. Ook nu was het de taak van de uitvoerder van de hoofdaannemer om erop toe te zien dat de steiger op de juiste wijze zou worden opgebouwd. Het contract tussen de hoofd- en onderaannemer bevat geen relevante bepalingen omtrent aansprakelijkheid. De schadelijgende zzp'er stelt zijn opdrachtgever, de onderaannemer, op grond van art. 7:658 lid 4 BW aansprakelijk voor zijn schade. De aansprakelijkheidsverzekeraar van de onderaannemer stelt de zzp'er schadeloos en wil regres nemen op de hoofdaannemer en de andere twee zzp'ers. De hoofdaannemer en één van deze twee zzp'ers, gaat failliet. De failliete zzp'er blijkt bovendien niet verzekerd te zijn tegen het risico van aansprakelijkheid.

Als de aansprakelijkheidsverzekeraar van de onderaannemer in dit voorbeeld kiest voor subrogatie, dan heeft dat tot gevolg dat hij op grond van de hoofdelijkheid een

vordering tot bijdragen kan instellen jegens de hoofdaannemer (voor de fout van zijn uitvoerder) en de twee zzp'ers (voor hun eigen fouten). Die vordering tot bijdragen is geen hoofdelijke. De verzekeraar kan van elk van de aangesproken partijen louter de schade vorderen waarvoor die partijen zelf aansprakelijk zijn, bezien in hun verhouding tot de overige betrokken partijen (dus: de schadelijdende zzp'er, de onderaannemer, de hoofdaannemer, de uitvoerder van de hoofdaannemer en de andere twee zzp'ers). Daarbij is het aan de regresnemende verzekeraar, als eisende partij, om zijn vorderingen deugdelijk te onderbouwen. Dat kan nogal een uitzoek- en rekenklus zijn. Het deel van de schade dat voor rekening komt van de failliete zzp'er zonder verzekering en de failliete hoofdaannemer, zal de verzekeraar naar alle waarschijnlijkheid niet of hooguit ten dele kunnen verhalen.

Deze twee nadelen – de stelplicht en bewijslast en het faillissementsrisico – zijn precies de voordelen die in dit voorbeeld zijn verbonden aan een keuze voor cessie. De aansprakelijkheidsverzekeraar die regres neemt met de rechten van de schadelijdende zzp'er, heeft namelijk wél een hoofdelijke vordering op de hoofdaannemer en de zzp'ers die de fout hebben gemaakt. Dat betekent enerzijds dat het faillissement van de hoofdaannemer en de ene zzp'er er niet aan in de weg staat dat de verzekeraar 100% van zijn schade kan verhalen, namelijk: op de andere, niet-failliete zzp'er. Anderzijds betekent het dat de regresvordering veel eenvoudiger kan worden ingestoken, omdat de regresnemende verzekeraar niet méér hoeft te doen dan stellen en zo nodig bewijzen dat de niet-failliete zzp'er op grond van art. 6:162 BW (gevaarstelling) jegens de schadelijdende zzp'er aansprakelijk is. Het is vervolgens aan (de aansprakelijkheidsverzekeraar van) de zzp'er die de fout heeft gemaakt, om in het kader van een eventueel regres in kaart te brengen welke andere partijen nog meer aansprakelijk zijn en voor welk deel. Ingeval louter de andere zzp'er en de hoofdaannemer in beeld komen wat dat betreft, is de kans aanzienlijk dat de weg van regres voor deze partij doodloopt. Ook in dit voorbeeld is cessie al met al een (veel) logischere keuze dan subrogatie.

### **Uitzendkracht met vrijwaringsbeding**

Nog een voorbeeld. Een uitzendkracht loopt letsel op tijdens de uitoefening van zijn werkzaamheden bij de inlener. De werknemer stelt de inlener aansprakelijk voor zijn letsel. Het contract tussen de uitlener en de inlener bevat een vrijwaringsbeding ten gunste van de inlener. De uitlener treft geen schuld ten aanzien van het ontstaan van het ongeval en/of de keuze voor de uitzendkracht. De uitlener treft wel enige vorm van schuld ten aanzien van het ontstaan van het arbeidsongeval, maar erg veel kan hem nu ook weer niet worden verweten. Gelet op het verstrekkende regime van art. 7:658 BW erkent de aansprakelijkheidsverzekeraar van de inlener aansprakelijkheid jegens de werknemer en stelt hij hem schadeloos. De aansprakelijkheidsverzekeraar van de inlener wil vervolgens regres nemen op de uitlener.

Gelet op het gunstige vrijwaringsbeding in het contract tussen uitlener en inlener, lijkt het in dit voorbeeld logisch om te kiezen voor subrogatie en zodoende met de rechten van de inlener verhaal te nemen op de uitlener. De vraag is echter of dat wel zo'n logische keuze is. De verhaalsvordering jegens de uitlener zal waarschijnlijk wel worden toegewezen, maar de vraag is of de uitlener beschikt over de financiële middelen om aan de vordering te voldoen. Veel uitzendondernemingen zijn verzekerd tegen het risico van aansprakelijkheid, maar aansprakelijkheidsverzekeringen kennen een uitsluiting voor zogeheten supracontractuele aansprakelijkheid. Aansprakelijkheidsverzekeraars bieden, kort gezegd, geen dekking voor het aansprakelijkheidsrisico dat de verzekerde vrijwillig op zich heeft genomen en bij gebreke van het contract, niet zou hebben bestaan. Het vrijwaringsbeding in dit voorbeeld levert zo'n supracontractuele aansprakelijkheid op. Immers, op grond van de wet zou de uitlener in het voorbeeld, die geen enkele schuld treft, niet aansprakelijk zijn geweest ten opzichte van de inlener. Dat de uitlener in het voorbeeld wel met succes aansprakelijk kan worden gesteld door de regresnemende verzekeraar, komt louter door het vrijwaringsbeding. Voor de financiële gevolgen daarvan, pleegt de aansprakelijkheidsverzekering geen dekking te bieden.

Dat betekent dat, ook in dit voorbeeld, de weg via cessie de voorkeur verdient. Kiest de aansprakelijkheidsverzekeraar van de inlener er namelijk voor om met de rechten van de werknemer de uitlener aan te spreken, dan kan de uitlener daarvoor wél met succes dekking claimen op zijn aansprakelijkheidsverzekering. De aansprakelijkheid van de uitlener ten opzichte van de schadelijdende werknemer is immers in de wet verankerd en niet gegrond op het contractuele vrijwaringsbeding tussen inlener en uitlener. Hiermee is uiteraard niet gezegd dat het vrijwaringsbeding verder buiten schot blijft. Integendeel, de aansprakelijkheidsverzekeraar van de uitlener zal zich met het vrijwaringsbeding geconfronteerd zien wanneer hij op zijn beurt regres wil nemen op de inlener. Dat regres zal vermoedelijk zelfs stranden vanwege het vrijwaringsbeding. Dát levert voor de betreffende verzekeraar echter geen rechtsgeldige grond op om dekking aan de uitlener te ontzeggen onder diens aansprakelijkheidsverzekering. En dus heeft hier de (eerste) regresnemende aansprakelijkheidsverzekeraar van de inlener die kiest voor cessie, bereikt wat hij beoogde te bereiken: succesvol verhaal.

### **Zzp'er en 7:658 lid 4**

Eén kanttekening past hier wel. Om dit duidelijk te maken, geven we een ander voorbeeld. Een zzp'er loopt letsel op tijdens de uitoefening van zijn werkzaamheden op een bouwplaats. De zzp'er is ingeschakeld door de onderaannemer, die op zijn beurt werkt in opdracht van de hoofdaannemer. Discussie kan worden gevoerd over de vraag of de zzp'er de bescherming geniet van art. 7:658 BW, via lid 4. De zzp'er stelt deze bescherming wel te genieten en stelt de onderaannemer aansprakelijk voor zijn letselschade. Het contract tussen de hoofdaannemer en de onderaannemer bevat een vrijwaringsbeding ten gunste van de

> onderaannemer. De aansprakelijkheidsverzekeraar van de onderaannemer erkent aansprakelijkheid jegens de zzp'er en stelt hem schadeloos. De verzekeraar is er namelijk van overtuigd dat de zzp'er wel degelijk de bescherming geniet van het verstrekende regime van art. 7:658 BW. De aansprakelijkheidsverzekeraar van de onderaannemer wil vervolgens regres nemen op de uitlener en beroept zich op het gunstige vrijwaringsbeding. De verzekeraar is van mening dat de hoofdaannemer de daadwerkelijke boosdoener is omdat deze het ongeval heeft veroorzaakt.

In deze situatie lijkt het logisch voor de regresnemende verzekeraar van de onderaannemer om te kiezen voor subrogatie en zo, in de schoenen van de onderaannemer, het regres op de hoofdaannemer ter hand te nemen met een beroep op het gunstige vrijwaringsbeding. De kanttekening die wij willen maken, ziet op het feit dat niet evident is dat de zzp'er in dit voorbeeld de bescherming geniet van art. 7:658 BW, via lid 4. Dat zo zijnde, moet ervan worden uitgegaan dat aansprakelijkheid van de onderaannemer ten opzichte van de zzp'er niet per se gegeven is. Dat roept de vraag op of het beroep op het vrijwaringsbeding wel opgaat. Gesteld kan namelijk worden dat de plicht tot vrijwaren slechts aan de orde is ingeval degene die zich op het vrijwaringsbeding beroept, zélf aansprakelijk is<sup>4</sup>.

Omdat de vraag is of de zzp'er in dit voorbeeld de bescherming geniet van art. 7:658 BW, via lid 4, kan echter tegelijkertijd ook niet worden gezegd dat cessie hier een logische keuze is. Ook aan regres uit hoofde van cessie zijn in dit geval risico's verbonden. Wat dan wél te doen in een situatie zoals deze? De eerlijkheid gebiedt ons te zeggen dat wij hiervoor geen kant en klare oplossing hebben. Wij zien vier mogelijke marsroutes, maar aan elk daarvan zijn nadelen verbonden.

In de eerste plaats kan de verzekeraar van de onderaannemer ervoor kiezen om het oordeel van de rechter over de aansprakelijkheid van de onderaannemer ten opzichte van de zzp'er af te wachten en pas daarna een beroep op het vrijwaringsbeding doen. Dat impliceert echter dat de verzekeraar en de onderaannemer de schadelijdende zzp'er mogelijk 'in de kou laten staan'. In de tweede plaats kan de verzekeraar van de onderaannemer aan de zzp'er een renteloze lening verstrekken onder de voorwaarde dat de zzp'er deze terugbetaalt ingeval het regres op de hoofdaannemer niet mocht slagen. De verzekeraar die hiervoor kiest, loopt uiteraard het risico dat de zzp'er de lening niet kán terugbetalen (daargelaten dat het niet per se een erg sympathieke constructie is). In de derde plaats kan de aansprakelijkheidsverzekeraar van de onderaannemer ervoor kiezen om de schadeafwikkeling met de zzp'er ter hand te nemen onder erkenning van aansprakelijkheid van de onderaannemer. Dat kan echter bezwaarlijk zijn omdat het kan impliceren dat de aansprakelijkheidsverzekeraar van de onderaannemer méér moet betalen dan hij zonder die erkenning zou hoeven doen. Bovendien is niet zeker of de erkenning stand houdt, ten opzichte van de hoofdaannemer op wie regres wordt gepleegd. In de vierde plaats

kan de aansprakelijkheidsverzekeraar van de onderaannemer de schadeafwikkeling met de zzp'er ter hand nemen zonder erkenning van aansprakelijkheid van de onderaannemer. Dan is de vraag echter, als gezegd, of het beroep op het vrijwaringsbeding slaagt, wat mogelijk niet het geval is wanneer wordt geoordeeld dat de onderaannemer niet aansprakelijk was ten opzichte van de zzp'er. In deze constructie loopt de regresnemende aansprakelijkheidsverzekeraar van de onderaannemer bovendien het risico dat hij in de regresprocedure aan zijn eigen stellingen ontrent het ontbreken van aansprakelijkheid aan de zijde van de onderaannemer wordt 'opgehangen'. Welke optie het best is, kunnen wij zo niet zeggen. Dat zal, zoals zo vaak, per zaak moeten worden beoordeeld, aan de hand van alle omstandigheden van het geval.

### Er is meer

Maar er is meer. Op grond van het voorgaande zou namelijk de indruk kunnen ontstaan dat de weg via cessie in de meeste gevallen de beste is. Dat is echter niet zo. In sommige gevallen is namelijk subrogatie echt veruit de beste weg naar succesvol regres. Stelt u zich de volgende casus voor. Een uitzendkracht loopt tijdens de uitoefening van zijn werkzaamheden op het bedrijf van de inlener letsel op. De uitzendkracht stelt zijn formeel werkgever, het uitzendbureau, aansprakelijk voor zijn schade. De aansprakelijkheidsverzekeraar van het uitzendbureau erkent aansprakelijkheid ten opzichte van de uitzendkracht en neemt de schadeafwikkeling met hem ter hand. Het duurt echter drie jaar voordat de uitzendkracht überhaupt met een schadeopstelling op de proppen komt en er enig bedrag aan de uitzendkracht wordt betaald. Daarna duurt het nog eens drie jaar voordat uiteindelijk de schade definitief met de uitzendkracht wordt afgewikkeld door de aansprakelijkheidsverzekeraar van het uitzendbureau. Na ommekomst van deze periode van zes jaar, wil de aansprakelijkheidsverzekeraar van het uitzendbureau regres nemen op de inlener. Het blijkt echter dat de uitzendkracht nooit de moeite heeft genomen om de inlener aansprakelijk te stellen.

Als de aansprakelijkheidsverzekeraar van het uitzendbureau hier kiest voor cessie en met de rechten van de uitzendkracht het regres op de inlener ter hand neemt, loopt hij aan tegen verjaring. Er is immers meer dan vijf jaar verstreken vanaf het moment van het arbeidsongeval, tot het moment dat namens de uitzendkracht voor het eerst schadevergoeding is geclaimd (door de regresnemende aansprakelijkheidsverzekeraar, op grond van cessie). Vgl. art. 3:310 BW. Kiest de regresnemende aansprakelijkheidsverzekeraar in dit voorbeeld voor subrogatie en grondt hij zijn vordering jegens de inlener op de hoofdelijkheid, dan loopt hij niet tegen verjaring aan. Wat is namelijk het geval? De verjaring van de vordering tot bijdragen van de ene hoofdelijke schuldenaar (in dit geval: het uitzendbureau, wiens rechten de regresnemende verzekeraar uit hoofde van subrogatie uitoefent) op de andere hoofdelijke schuldenaar (in dit geval: de inlener), gaat pas lopen wanneer eerstgenoemde (dus: de aansprakelijkheids-

verzekeraar van het uitzendbureau) te veel heeft betaald, bezien in diens verhouding tot de laatstgenoemde (dus: de inlener). In het voorbeeld is gegeven dat er pas drie jaar na het ongeval voor het eerst is betaald. Dat betekent dat pas na ommekomst van deze drie jaar de verjaringstermijn is gaan lopen. Die termijn is eveneens vijf jaar, op grond van art. 3:310 BW, en dus heeft de regresnemende verzekeraar vanaf de definitieve schadeafwikkeling met de uitzendkracht – drie jaar na de eerste betaling – nog twee jaar de tijd om actie te ondernemen jegens de inlener. De keuze voor subrogatie in dit voorbeeld betekent dus de redding voor de regresvordering van de aansprakelijkheidsverzekeraar van het uitzendbureau.

### Subrogatie bij productaansprakelijkheid

Tot slot een laatste voorbeeld. Een consument lijdt in Nederland schade door een gebrekkig product. De Nederlandse importeur van het product is op grond van art. 6:185 BW aansprakelijk ten opzichte van de consument. De importeur heeft contracten met diverse toeleveranciers in verscheidene buitenlandse landen binnen de EU, die ten opzichte van de consument eveneens zijn aan te merken als producent in de zin van art. 6:185 BW. De aansprakelijkheidsverzekeraar van de importeur erkent aansprakelijkheid jegens de schadelijdende consument en wil regres nemen op elk van de toeleveranciers.

Een keuze voor subrogatie in dit voorbeeld, zou op zich goed kunnen uitpakken ingeval in de contracten met de toeleveranciers gunstige bepalingen zijn opgenomen ten aanzien van aansprakelijkheid van de toeleveranciers ten opzichte van de importeur. De verzekeraar van de importeur kan dan immers, wanneer hij regres neemt met diens rechten, rechtstreeks een beroep doen op die contracten. Omdat de toeleveranciers in het buitenland zijn gevestigd, loopt de regresnemende verzekeraar die kiest voor subrogatie, hier echter wel aan tegen vragen van internationaal privaatrecht. Dat is de keerzijde van de keuze voor subrogatie in dit voorbeeld. Bepaald niet uit te sluiten in dit soort situaties is namelijk dat de regresnemende verzekeraar van de Nederlandse importeur ermee wordt geconfronteerd dat er verscheidene rechters in diverse buitenlandse landen bevoegd zijn en dat bovendien de regresvorderingen op de diverse toeleveranciers, moeten worden beoordeeld aan de hand van diverse buitenlandse rechtstelsels. Dat zal allemaal moeten worden uitgezocht en in kaart moeten worden gebracht door de regresnemende verzekeraar, alvorens het regres ter hand wordt genomen. Dit is niet in de laatste plaats zo omdat de uitleg van contractuele bepalingen nu eenmaal per rechtstelsel kan verschillen. Pas wanneer alles op het vlak van het internationaal privaatrecht tot in de puntjes is uitgezocht, kan een goede inschatting worden gemaakt van de regreskansen en -risico's.

### Cessie bij productaansprakelijkheid

De weg via cessie is (ook) hier logischer. De regresnemende verzekeraar van de Nederlandse importeur kan namelijk, als hij de rechten van de benadeelde uitoefent,

elk van de toeleveranciers op grond van art. 6:185 BW in Nederland tot schadevergoeding aanspreken. In de verhouding tussen de benadeelde en de toeleveranciers is namelijk de Nederlandse rechter bevoegd en is voorts Nederlands recht van toepassing<sup>5</sup>. Het grote voordeel van cessie is bovendien dat de regresvordering een hoofdelijke is, zodat de regresnemende verzekeraar van de importeur niet hoeft uit te zoeken welke toeleverancier precies voor welk deel van de schade aansprakelijk is. Die schone taak is aan (de aansprakelijkheidsverzekeraars van) de toeleveranciers, die daarbij dan dus tevens worden geconfronteerd met de hiervoor benoemde vragen van internationaal privaatrecht. Het mogelijke nadeel dat procederen voor verscheidene rechters in diverse landen noodzakelijk zal zijn om de schade te verhalen, wordt hiermee handig op het bord gelegd van de toeleveranciers.

### Veiligste keuze?

Wij komen tot een afronding. Ons doel met dit artikel was om meer aandacht te vragen van aansprakelijkheidsverzekeraars voor het belang van het op tijd maken van de juiste keuze tussen subrogatie en/of cessie met het oog op regres. Regres nemen loont de moeite. Geld terughalen is belangrijk. Geen keuze maken, is ook kiezen: namelijk: voor subrogatie. Wij hopen duidelijk te hebben gemaakt dat die keuze verkeerd kán uitpakken. Zeker in regreszaken met een groot financieel belang is dat zonde. Achteraf een eenmaal gemaakte keuze voor subrogatie terugdraaien, is niet mogelijk. Cessie terugdraaien kan op zich wel, maar succes is bepaald niet gegarandeerd. En ook een keuze voor cessie kan verkeerd uitpakken, zoals moge blijken uit de voorbeelden die we in ons artikel de revue hebben laten passeren. Kiezen voor beide – subrogatie én cessie – is het veiligst. Ook die keuze vereist echter tijdig nadenken én handelen, vóórdat een eerste (voorschot)-betaling wordt gedaan. Enige relativering past: vaak zal het wel loslopen, dankzij de mogelijkheden die de hoofdelijkheid biedt bij subrogatie. Soms loopt het echter niet los en maakt de keuze voor subrogatie daadwerkelijk een wereld van verschil. De situaties waarin de keuze tussen subrogatie en cessie echt verschil kan maken, vatten wij tot slot als volgt samen:

- (i) er ligt een gunstig contract: subrogatie is in beginsel een logische keuze, maar let op: (a) de standaard uitsluiting voor supracontractuele aansprakelijkheid in polis van aansprakelijke partij en (b) bij een beroep op een vrijwaringsbeding is discussie denkbaar over de aansprakelijkheid van de verzekerde;
- (ii) er zijn meerdere partijen aansprakelijk ten opzichte van de benadeelde derde en er is een faillissementsrisico: cessie is in beginsel een logische keuze;
- (iii) er is/zijn nog (een) andere partij(en) aansprakelijk ten opzichte van de benadeelde derde, maar de vorderingen van de benadeelde op deze partij(en) is/zijn verjaard: subrogatie en hoofdelijkheid is de uitweg;
- (iv) er zijn buitenlandse partijen betrokken en er spelen vragen van internationaal privaatrecht: cessie is in beginsel een logische keuze.

- > <sup>1</sup> Vgl. het bepaalde in de artt. 7:963 lid 1 jo. 7:962 lid 3 BW en art. 6:197 lid 3 BW.
- <sup>2</sup> Wij wijzen er op deze plaats op dat, mocht sprake zijn van samenloop en de uitkomst van die samenloop gunstig zijn voor de verzekeraar, het van belang is dat de verzekeraar onder de polis uitkeert en dus niet de rechten van het slachtoffer door middel van cessie overneemt. In dat laatste geval ontstaat er namelijk geen samenloop en kan de verzekeraar zich daar dus niet op beroepen.

- <sup>3</sup> Op uitzendkrachten en zz'ers krijgt de gesubrogeerde verzekeraar wél een vordering, vgl. HR 28 november 2015, ECLI:NL:HR:2014:3461.
- <sup>4</sup> Vgl. Rechtbank Noord-Nederland, 17 december 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:6361.
- <sup>5</sup> Zie art. 5 sub 3 van de EEX-Verordening en de artikelen 4 en 5 van het Haags Productaansprakelijkheidsverdrag.

## Collectieve schadevergoedingsactie in zicht<sup>1</sup>



Prof. mr. A.L.M. Keirse<sup>2</sup>

De roep om een collectieve schadevergoedingsactie wordt luid gehoord en is brandend actueel. Er is een nieuw Nederlands wetsvoorstel in wording dat de afwikkeling van massaschade in een collectieve actie mogelijk maakt. Kort na het ter perse gaan van dit PIV Bulletin heeft de Raad van State naar verwachting advies uitgebracht over dit voorstel. Als alles positief verloopt, zal het wetsvoorstel vervolgens worden ingediend bij de Tweede Kamer en dan ook openbaar worden gemaakt. Daarbij zal Nederland – evenals de andere Europese lidstaten dit jaar voor het eerst – verslag moeten uitbrengen aan de Europese Commissie over de maatregelen die genomen zijn ter uitvoering van de in de Europese Aanbeveling vervatte beginselen voor collectief verhaal.<sup>3</sup> Belangrijke vragen waarmee wordt geworsteld, betreffen de criteria die gesteld moeten worden aan de kwaliteit en de ontvankelijkheid van de organisatie die de collectieve (schadevergoedings)actie aanbrengt, de mate waarin gedupeerden gebonden zijn aan de uitkomst van de procedure en de wijze van schadevaststelling en –vergoeding.

### Europees kader voor collectief verhaal

Massaschadezaken staan bij de Europese regelgever hoog op de agenda. In 2011 is de Europese Commissie door middel van een openbare raadpleging de weg ingeslagen naar een Europese aanpak van collectieve verhaalsmechanismen. Het Europees Parlement volgde in 2012 met een richtinggevende Resolutie op basis van een initiatiefverslag over collectief verhaal.<sup>4</sup> In 2013 heeft de Europese Commissie een Mededeling<sup>5</sup> en een Aanbeveling<sup>6</sup> vastgesteld met het doel lidstaten ertoe te

bewegen zelf mechanismen in te stellen voor collectieve acties tot vergoeding van schade en tot staking van rechtsinbreuken. De inzet hiervan is dat lidstaten, binnen twee jaar na bekendmaking van de Aanbeveling, een veertigtal hierin opgenomen beginselen in acht nemen en deze beginselen in hun nationale stelsels implementeren. Vervolgens moeten de lidstaten verslag uitbrengen van hun vorderingen aan de Europese Commissie. In 2017 zal de Commissie nagaan of verdere stappen, zoals Europese regelgeving, nodig zijn teneinde de doelstellingen van de Aanbeveling te verwezenlijken.

Deze politieke documenten hebben het debat over collectief procederen verder aangewakkerd en hebben tot legislatieve actie in meerdere lidstaten geleid (waaronder naast Nederland ook in België en Frankrijk). Deze positief te waarderen invloed neemt evenwel niet weg dat de beginselen zelf negatief zijn onthaald in de literatuur, nu veel af te dingen valt op de inhoud van een belangrijk deel van deze beginselen die weinig doordacht blijken. Dit kwam afgelopen week ook naar voren tijdens het vruchtbare *Expert Seminar Principles for Collective Actions: When EU and Nation-State Principles Collide* aan de Katholieke Universiteit Leuven.<sup>7</sup> Aan dit besloten Seminar met bijdragen van experts uit een groot aantal Europese lidstaten alsook uit Zwitserland, de Verenigde Staten, Canada, Australië en Chili, georganiseerd door het Instituut voor Gerechtelijk Recht van de Katholieke Universiteit Leuven, in samenwerking met Stanford Law School, Tilburg Institute for Private Law en Católica Global School of Law, nam ik 16 september jl. met veel plezier deel.

### Nederlands wetsvoorstel collectief schadeverhaal

Ook in Nederland wordt de roep om een collectieve schadevergoedingsactie reeds lang gehoord, nu artikel 3:305a BW en de Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade (WCAM) slechts beperkte mogelijkheden bieden. Een collectieve actie als bedoeld in artikel 3:305a BW kan immers niet strekken tot schadevergoeding en de WCAM biedt slechts uitkomst als de partijen eerst een schikking hebben weten te bereiken.<sup>8</sup> Daarbij komt dat de laatste decennia naar verluidt ook de maatschappelijke behoefte aan een collectieve schadevergoedingsactie is toegenomen.<sup>9</sup> In 2011 is de motie Dijkzema aangenomen



waarin de regering werd verzocht om te komen tot de toekenning van een recht voor representatieve belangenorganisaties om schade collectief te verhalen.<sup>10</sup> Ter uitvoering hiervan heeft de regering in 2014 een Voorontwerp van wet in consultatie gebracht.<sup>11</sup> De reacties hierop zijn overwegend negatief. Weliswaar wordt de wens tot invoering van een collectieve schadevergoedingsactie breed gedragen, maar gepleit wordt voor een stroomlijning van de voorgestelde procedure, een verduidelijking van de ontvankelijkheidseisen voor belangenorganisaties en een aanscherping van de regels voor de binding van gedupeerden. Daarop heeft een groep praktijkjuristen aanbevelingen opgesteld<sup>12</sup> en is de wetgever opnieuw aan het werk gegaan, met als resultaat een nieuw wetsvoorstel dat op 19 juli jl. aan de Raad van State is voorgelegd.<sup>13</sup> Nu is het wachten op de actie door de Minister van Veiligheid en Justitie naar aanleiding van de raadgeving van de Afdeling Advisering van de Raad van State, die eind september wordt verwacht, en de daarop te nemen actie, alvorens dit werk openbaar kan worden gemaakt en het wetsvoorstel kan worden ingediend.

### Toegangseisen en binding

De verwachting is dat het wetsvoorstel aangescherpte eisen zal stellen aan de kwaliteit en de ontvankelijkheid van belangenorganisaties die een collectieve schadevergoedingsvordering instellen. Eisen moeten worden gesteld aan de *governance*, de financiering, de transparantie en de representativiteit van de belangenorganisaties. Dit is in het belang van alle betrokken partijen. Om te beginnen moet worden gewaarborgd dat de gedupeerden op adequate wijze worden vertegenwoordigd. Voorts moet worden voorkomen dat aangesprokenen zich geconfronteerd zien met een veelheid aan collectieve procedures zonder zicht te hebben op een finale afwikkeling van het dossier. Dit betekent dat het wetsvoorstel ook regels zal moeten stellen met betrekking tot de mate waarin (ook niet rechtstreeks bij de procedure betrokken) gedupeerden gebonden zijn aan de uitspraken van de rechter. Met binding in de vorm van *opt-in*, *opt-out* of een combinatie van beide, kan finaliteit bij de afwikkeling van massaschades worden bereikt, hetgeen ook de bereidheid van de aangesprokenen tot afwikkeling van de massaschadezaken vergroot. Weliswaar schrijft de Europese Aanbeveling voor collectieve acties het *opt-in* beginsel voor (Beginselen 21-24 van de Aanbeveling),<sup>14</sup> maar de actuele tendens is daarentegen verschoven van *opt-in* voorstellen naar een voorkeur voor *opt-out*. *Opt-in* is uit en *opt-out* is in, zo luidde een van de stellingen tijdens het vernoemde Expert Seminar aan de KU Leuven. Het ligt in de rede dat ook de in Nederland te introduceren collectieve schadevergoedingsactie een *opt-out* mechanisme zal kennen en aldus finaliteit zal bevorderen.

De rol die de rechter in de collectieve schadevergoedingsactie wordt toegekend zal verschillen vertonen met zijn meer gebruikelijke rol en zal meer coördinerend en bemiddelend van aard zijn. Nu zich mogelijk meerdere claimstichtingen zullen aandienen voor dezelfde

massaschade, wordt bepleit dat de wetgever de rechter de mogelijkheid geeft om één exclusieve belangenbehartiger voor alle gedupeerden aan te wijzen.<sup>15</sup>

### Schadevaststelling en -vergoeding

Schadebegroting in collectieve schadevergoedingsacties vergt een eigen aanpak en een zekere mate van creativiteit, waarbij de leerstukken van abstracte schadebegroting (artikel 6:97 BW) en winstafdracht (artikel 6:104 BW) inspiratie kunnen bieden. Opmerking verdient dat Beginsel 31 van de Europese Aanbeveling punitieve schadevergoeding verbiedt. Bepaald is dat de schadevergoeding die wordt toegekend aan natuurlijke personen of rechtspersonen die in een situatie van massaschade zijn benadeeld, niet hoger mag uitvallen dan de schadevergoeding die zou zijn toegekend indien deze was gevorderd door middel van individuele vorderingen. Bovendien is er binnen het Europese schadevergoedingsrecht een bredere tendens waarneembaar van afwijking van overcompensatie.<sup>16</sup> Hier staat evenwel tegenover dat niet uit het oog moet worden verloren dat de afwikkeling van massaschade in de regel niet uitmondt in overcompensatie, maar juist in 'ondercompensatie' en die tendens (wel) correctie verdient. Veruit de meeste massaschadezaken in binnen- en buitenland eindigen in schikkingen waarbij de benadeelde eisers na aftrek van de kosten veelal slechts een (klein) deel van hun schade daadwerkelijk vergoed zien. Een te strikte koppeling tussen schadevergoedingen in een individuele procedure enerzijds en een collectieve procedure anderzijds miskent de bijzondere karakteristieken van massaschadezaken en collectief procederen. Een belangrijk deel van de massaschadezaken zou namelijk niet aanhangig worden gemaakt zonder de mogelijkheid collectief te ageren. Daar waar op grote schaal kleine schades worden toegebracht (zogenaamde strooischade) zal het individuele recht op schadevergoeding een lege huls zijn en blijven, tenzij een collectieve actie voldoende vergoeding kan bieden. De handhaving van het individuele recht is in die zaken afhankelijk van de mogelijkheid tot een goed collectief schadevergoedingsrecht. Bij andere zaken, zoals letselschadezaken en beleggersschadezaken, vertegenwoordigt de schade op zich doorgaans wel een voldoende financieel belang, maar kan het bundelen van krachten de kans op succes eveneens vergroten, evenals de bereidheid tot het bereiken van een schikking en tot het afwikkelen van de massaschade. De *repeat player* staat dan niet langer meer tegenover een *one shooter*; de verhouding tussen partijen is daarmee minder ongelijk. De inzet van massaschadezaken zou niet zozeer en zeker niet uitsluitend de volledige vergoeding van alle individuele benadeelden moeten zijn, maar tevens – of juist ook – moeten liggen in de wens het sociale welzijn te bevorderen met het oog op preventie en in het bijzonder het voorkomen van (verdere) maatschappelijke schade. Uiteraard moeten de gerechtvaardigde belangen van de aangesprokenen hier ook gewicht in de schaal leggen.

### Onder druk

Collectief schadeverhaal zet dus niet alleen de aangespro-

> kenen, die zich geconfronteerd zien met een veelheid aan gedupeerden, onder druk, maar ook het recht. Het vergt een creatieve benadering van het procesrecht, aansprakelijkheidsrecht en schadevergoedingsrecht, dat traditioneel is ingericht op individuele procedures in concrete gevallen. Collectief procederen heeft ook een grote

impact op de rol van de rechter, die minder lijdelijk en meer coördinerend dan gewoonlijk zal zijn. Een perfect systeem wordt niet verwacht, maar wel een werkbaar systeem met voldoende *checks and balances*. Het woord is aan de wetgever.

<sup>1</sup> Deze bijdrage is op 23 september 2016 als Ucall blog gepubliceerd (zie: <http://blog.ucall.nl/index.php/2016/09/collectieve-schadevergoedingsactie-in-zicht/#more-707>).

<sup>2</sup> Prof. mr. Anne Keirse is als hoogleraar privaatrecht aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht en verbonden aan het Utrecht Center for Accountability and Liability Law (Ucall) van de Universiteit Utrecht, alsook parttime raadsheer bij het Gerechtshof Amsterdam.

<sup>3</sup> Zie Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's 'Naar een Europees horizontaal kader voor collectief verhaal' (COM 2013/0401 (11 juni 2013)) en Aanbeveling van de Commissie van 11 juni 2013 over gemeenschappelijke beginselen voor mechanismen voor collectieve vorderingen tot staking en tot schadevergoeding in de lidstaten betreffende schendingen van aan het EU-recht ontleende rechten (C(2013) 3539 final).

<sup>4</sup> Resolutie van het Europees Parlement van 2 februari 2012 'Op weg naar een samenhangende Europese aanpak van collectieve verhaal-mechanismen' (2011/2089(INI)).

<sup>5</sup> Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's 'Naar een Europees horizontaal kader voor collectief verhaal' (COM 2013/0401 (11 juni 2013)).

<sup>6</sup> Aanbeveling van de Commissie van 11 juni 2013 over gemeenschappelijke beginselen voor mechanismen voor collectieve vorderingen tot staking en tot schadevergoeding in de lidstaten betreffende schendingen van aan het EU-recht ontleende rechten (C(2013) 3539 final).

<sup>7</sup> Zie <https://www.law.kuleuven.be/pub/en/news-2/seminar-on-collective-redress-15-16-09-2016>.

<sup>8</sup> Opmerking verdient dat er intussen meer middelen zijn om het schikken te faciliteren en de onderhandelingsbereid te vergroten.

Zo is de preprocesuele comparitie in juli 2013 ingevoerd door wijziging van de WCAM en kan de lagere rechter in een collectieve actie sinds 1 juli 2012 rechtsvragen voorleggen aan de Hoge Raad door middel van een prejudiciële procedure.

<sup>9</sup> Memorie van Toelichting bij het Voorontwerp Afwikkeling massaschade in een collectieve actie.

<sup>10</sup> Kamerstukken II 2011-2012, 33 000-XII, nr. 4.

<sup>11</sup> Consultatieversie juli 2014 van het Voorontwerp van wet tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek en en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering teneinde de afwikkeling van massaschade in een collectieve actie mogelijk te maken.

<sup>12</sup> O. Haazen e.a., 'Aanbevelingen juristengroep uitvoering motie Dijkssma', MvO 2016-3/4, p. 74 e.v.

<sup>13</sup> Kamerstukken II 2015-2016, 31 762, nr. 4.

<sup>14</sup> Overigens laat Beginsel 21 wel een opening voor opt-out.

<sup>15</sup> Aanbeveling 2 van de juristengroep uitvoering motie Dijkssma, MvO 2016-3/4, p. 76. Zie echter ook A. Hammerstein, 'Collectief procederen vanuit de visie van de rechter', MvO 2016-3/4, p. 81-83.

<sup>16</sup> Zo legt bijvoorbeeld artikel 3 van de Richtlijn 2014/104/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie, *PbEU*, L 349 van 5.12.2014, p. 1-19 een verbod tot overcompensatie op, ongeacht of het punitieve schadevergoeding, meervoudige schadevergoeding of andere vormen van schadevergoeding betreft. Zie hierover ook mijn Ucall-blog 'In lijn met Europees schadevergoedingsrecht wendt de Hoge Raad overcompensatie af' (<http://blog.ucall.nl/index.php/2016/08/in-lijn-met-europees-schadevergoedingsrecht-wendt-de-hoge-raad-overcompensatie-af/>).

## M&M Meeting 14 juni 2016

# PTSS: het verhaal van de olifant en de mug

S. Zwikker, medisch adviseur bij Medas

**Vanuit alle hoeken van het land kwamen de gasten voor de jaarlijkse M&M Meeting van Medas (Medisch Advies Schadeclaims) en MAG (Medisch Advies Groep) op 14 juni 2016 naar Naarden, om op deze dag voor het noodweer te schuilen in de Grote Kerk aldaar. Dit prachtige 15e eeuwse bouwwerk in het knusse Naarden-Vesting bood naast zijn mooie interieur ook de achtergrond voor de achtste keer dat dit evenement werd georganiseerd. De beschilderde gewelven van het**

**middenschip over het lijden van Christus boden een analogie naar het thema van de middag: PTSS.**

Zoals men gewend is van eerdere M&M Meetings werd het onderwerp vanuit verschillende kanten belicht, waarbij dit jaar een psycholoog, psychiater, altvioliste en een filosoof aan bod kwamen. De dag werd geleid door Astrid van Noort van Ekelmans & Meijer advocaten, die de sprekers gedurende de middag met prikkelende vragen wist te

bestoken. Na een inleiding door de directie van Medas en MAG, waaruit de betrokkenheid van beide organisaties bij het onderwerp bleek in de vorm van hun steun aan het jonge olifantenwezen (The Baby Elephant Foster Parent Programme), werd het programma geopend door Barend van Tussenbroek.

Deze psycholoog, die jarenlange ervaring heeft opgedaan tijdens zijn werk bij defensie, nam het publiek eerst mee naar het verleden, waarbij bleek dat verschillende klassieke schrijvers al melding hadden gemaakt van psychische problematiek na heftige (oorlogs)traumata. Hij lichtte ons voor over risicofactoren voor het ontstaan van PTSS en illustreerde dit aan de hand van voorbeelden uit eerdere oorlogen. Zo bleek er een dermate grote groep Vietnamveteranen te zijn met psychische klachten, dat gezegd wordt dat er meer soldaten na de oorlog door zelfdoding zijn omgekomen dan door direct oorlogsgeweld ter plaatse. De reden hiervoor lijkt voornamelijk gelegen in het feit dat zij bij thuiskomst niet voor hun inzet voor het vaderland werden bedankt, maar op protestacties van anti-oorlogsdemonstranten stuitten. Van Tussenbroek onderbouwde hiermee de noodzaak voor goede opvang na een trauma en gaf inzicht in de wijze waarop defensie dit nu vorm geeft na traumatische gebeurtenissen bij militaire missies. Hierbij is betrokkenheid en het opnieuw verkrijgen van controle essentieel en is ook de manier waarop iemand zijn verhaal kan vertellen van belang. Het publiek

werd geleerd dat het van belang is om het verhaal van 'veilig tot veilig' te vertellen, dus om het gesprek niet af te breken op het moeilijke moment, maar om door te vragen tot het moment dat er weer een veilige situatie was bereikt, zodat de betrokken persoon niet midden in de stressvolle herinnering blijft hangen. Hij gaf ons inzicht in de mogelijkheden van EMDR-therapie en gaf na enkele vragen uit de zaal aan, dat bij 20 procent van de patiënten waarbij EMDR-therapie geen volledig herstel bood, in hun persoonlijke ervaring altijd andere zaken meespeelden dan alleen het trauma.

De tweede spreker was Jan Willem Peterse, directeur van expertisebureau Wettstein & Peterse Expertise (WPEX), die al eerder op een M&M Meeting in Naarden-Vesting sprak over communicatieproblematiek bij medisch specialistische expertises. Na uitgelegd te hebben dat hij en zijn collega-psychiaters prima in staat zijn om met volle overtuiging een psychiatrisch beeld elke tien tot twintig jaar volledig anders te classificeren zonder gezichtsverlies te lijden, ging hij in op de invoering van de DSM-5. De reden dat er een nieuwe versie van de DSM gewenst was, bleek het inzicht te zijn dat er niet sprake is van specifiek afgebakende groepen van ziektebeelden, maar dat een dimensionale benadering hierin meer passend is. Hij gaf ons aan dat het met de nieuwe criteria volgens de DSM-5 moeilijker wordt om tot de diagnose PTSS te komen, aangezien een nieuw criterium is toegevoegd waaraan ook



M&M meeting 2016

> voldaan dient te worden, namelijk de aanwezigheid van stemmingsklachten. Verder werd, onder andere naar aanleiding van opmerkingen vanuit het publiek, ingegaan op de overdiagnostiek ten aanzien van de diagnose PTSS.

Vooraf door de eisen van zorgverzekeraars voor de vergoeding van behandelingen is er een neiging om deze diagnose gemakkelijk te stellen, zodat de behandeling vergoed wordt. Dit geeft problemen bij de beoordeling van de medische informatie bij schadedossiers. Vooral aan het G-criterium, dat de aandoening in het dagelijks leven tot beperkingen in sociaal of beroepsmatig functioneren of significante lijdensdruk moet leiden, wordt vaak niet voldaan. Gelukkig had de spreker een goede oplossing voor dergelijke twijfels: een psychiatrische expertise kan hierbij natuurlijk uitkomst bieden.

Na een korte pauze met gezonde versnaperingen werd het publiek getraakteerd op een muzikaal intermezzo. Altvioliste Esther Apituley verraste allen met het prachtige capriccio van Henri Vieuxtemps en toonde daarmee onomstotelijk aan, dat de altviool onterecht in de concertzaal vaak een ondergeschikte rol krijgt. Vervolgens leerde zij ons dat er meer manieren zijn om met posttraumatische klachten om te gaan: de emotie die door Johann Sebastian Bach ondervonden werd na het overlijden van zijn vrouw, zette hij om in de prachtige Chaconne, waarvan we helaas door tijdgebrek maar een van de delen konden beluisteren.

Ook de filosoof Johan Braeckman ondervond tijdgebrek tijdens zijn voordracht, waarbij hij ons aan de hand van praktijkvoorbeelden liet zien hoe matig onze cognitieve vermogens zijn en hoe goed wij dit weten te verdoezelen, vooral tegenover onszelf. Hij sprak al eerder op een M&M Meeting in 2013, maar gaf aan dat eventuele overlap tussen beide presentaties geen probleem ging zijn, want het menselijk geheugen is nou eenmaal erg matig. Aan de hand van enkele voorbeelden op internet toonde hij aan dat de mens weliswaar cognitief verder is dan dieren, maar toch behoorlijk onnozel is gebleven. De grootste onzin wordt echter gelooft door slimme mensen, aangezien de

minder intelligenten al snel geen argumenten meer vinden om ingewikkelde onzin te blijven geloven. Ons brein is echter gemaakt om te geloven, zodat velen, ook artsen, vaak eerder hun eigen waarnemingen geloven dan een goed uitgevoerd wetenschappelijk onderzoek. Hierbij worden zelfs argumenten verzonnen die de irrationele idee onkwetsbaar maakt. Zo werd door de aanhangers van een complottheorie rondom 'nine eleven' gesteld dat het niet vinden van dynamiet in de resten van de torens het bewijs was dat de overheid de Twin Towers zelf zou hebben opgeblazen. Alleen een overheid is tenslotte in staat, om op dergelijke zorgvuldige wijze zijn sporen uit te wissen.

Vervolgens werd het publiek aan de hand van 'the Birthday Paradox' getoond hoe matig het menselijk gevoel voor statistiek is, waarbij Braeckman ook voorbeelden gaf over de kansen de lotto te winnen. Gedemonstreerd werd dat ons brein is gemaakt om naar betekenis te zoeken en ook ons geheugen kan niet gezien worden als een reproduceerbare, maar als een construerende instantie. De filosoof haalde aan dat traumatische of onaangename herinneringen niet sneller vergeten worden dan andere herinneringen en ook niet verdrongen worden. Er bestaat zelfs zoiets als een pseudoherinnering, een reële herinnering aan een feit dat in het geheel niet heeft plaatsgevonden. Naar aanleiding van een vraag van de dagvoorzitter over de betekenis van het feilbare geheugen voor de werking van EMDR-therapie, antwoordde psycholoog Van Tussenbroek tenslotte nog dat bij deze therapie niet de daadwerkelijke gebeurtenis behandeld wordt, maar de herinnering die het slachtoffer zelf hieraan heeft.

De dag werd zoals gebruikelijk afgesloten met een gezellige borrel, waarbij uitgebreid genetwerkt werd. De sprekers hadden genoeg stof tot napraten en discussiëren gegeven en ook bleken velen de adviezen van psycholoog Van Tussenbroek over de opvang na traumatische ervaringen in hun eigen werk te willen gaan toepassen. Het noodweer was inmiddels overgetrokken en de deelnemers konden, vol van nieuwe inzichten, de vesting achter zich laten.

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  
Mevrouw J. (Jenny) M. Polman, Stichting PIV  
Postbus 93450  
2509 AL Den Haag  
Telefoon: 070 333 88 73  
Telefax: 070 333 88 33  
e-mail: j.polman@verzekeraars.nl  
Website: www.stichtingpiv.nl  
M.m.v. drs. P. (Peter) J.M. van Steen, tekstschrijver  
en John Körver, cartoonist  
Creatie: Elan Strategie & Creatie, Rijswijk  
Realisatie: Quantes, Rijswijk

Colofon