

Pagina 1
Schade door pesten

Pagina 6
Regres en wetelijke rente

Pagina 8
Samenloop van verzekeringen

Pagina 11
PIV Jaarconferentie 2007

Pagina 15
Column van ...

April 2007



Aansprakelijkheid van scholen

Schade als gevolg van pesten

(De tekst van dit artikel is opgenomen in *Bosselaar & Strengers Praktijckahier nr. 1, Aansprakelijk en scholen, waar liggen de grenzen?* Den Haag, SDU Uitgevers 2007. ISBN 978 90 12 12066 1. Red.)

In Nederland geldt voor kinderen van 5 tot 16 jaar een leerplicht. In het schooljaar 2005/2006 telde het primair onderwijs meer dan 1,5 miljoen leerlingen en het voortgezet onderwijs bijna één miljoen. Deze grote groep (minderjarige) schoolgangers staat dagelijks bloot aan allerlei gevaren. Ongevallen gebeuren op het schoolplein, tijdens handvaardigheid of gymnastiek, maar ook pesten komt veelvuldig voor. Meer dan 16 % van de kinderen in de leeftijd van 9 tot 11 jaar geeft aan regelmatig gepest te worden en 5,5 % van de kinderen zegt zelf te pesten. (Minne Fekkes, *Bullying among elementary school children*, Promotie Universiteit Leiden, 28 juni 2005.)

Centraal in deze bijdrage staat de vraag of, en zo ja op grond waarvan, een school aansprakelijk kan zijn voor door een leerling geleden en te lijden schade als gevolg van pesten.

Pesten moet worden onderscheiden van plagen. Pesten, meestal door een groepje, is een vorm van herhaald agressief gedrag gericht tegen iemand die zich niet of nauwelijks kan of durft te verdedigen. Het gedrag kan bestaan uit verbaal geweld, fysiek geweld, roddelen of het buitensluiten, waarbij psychosomatische en psychosociale klachten de ernstige gevolgen kunnen zijn. Plagen daarentegen

Mevrouw mr. I. van der
Putt-van Vessem
Bosselaar & Strengers
Advocaten



gebeurt meestal incidenteel. Anders dan bij pesten is bij plagen geen sprake van kwade opzet en bestaat ook geen machtsverhouding tussen de plager en de geplaagde. Een ander kenmerkend verschil is dat de geplaagde geen blijvende psychische of fysieke schade oploopt.

Ondanks berichtgeving in de media over nieuwe vormen van pesten via internet, msn en sms, rapporteert de Landelijke Klachtencommissie (LKC) voor het openbaar en algemeen toegankelijk onderwijs geen toename van het aantal klachten hierover. Zoals blijkt uit het jaarverslag 2005 van LKC hadden van de in totaal 132 afgehandelde klachten in 2005 slechts drie klachten betrekking op pes- >

ten. Mogelijk dat het relatief beperkte aantal klachten - er van uitgaande dat het jaarverslag van de LKC een gemiddeld beeld laat zien - verband houdt met het feit dat sinds enkele jaren door scholen maar ook van overheidswege veel aandacht wordt besteed aan het probleem. Bij brief van 6 december 2005 informeerde verantwoordelijk minister Van der Hoeven de kamer desgevraagd over het beleid ten aanzien van pesten in het onderwijs, waarna in februari 2006 in de Tweede Kamer werd gedebatteerd over het onderwerp. Door de minister werd benadrukt dat de primaire verantwoordelijkheid bij het tegengaan van pesten voornamelijk bij de school en de ouders ligt. Vanuit deze verantwoordelijkheid voeren steeds meer scholen een actief en structureel anti-pestbeleid waar speciale maatregelen, al dan niet neergelegd in een zogenoemd pest- of gedragsprotocol, deel van uitmaken. Uit onderzoek is gebleken dat deze maatregelen helpen en dat op scholen die werken met een anti-pestbeleid het aantal gepeste kinderen daadwerkelijk afnam.

Niet alleen het aantal klachten, ook het aantal civielrechtelijke claims met betrekking tot conflicten over pesten is beperkt. Toen in maart 2003 door Scholengemeenschap Het Bakken in Almere aan de ouders van een gepeste leerling in het kader van een minnelijke regeling een bedrag van € 8.000 werd betaald, was de verwachting dat een groot aantal civielrechtelijke claims zou volgen. Die voorspelling is (tot nu toe) niet uitgekomen. Toch worden aansprakelijkheidsverzekeraars, als gevolg van een toenemende claimcultuur, steeds vaker geconfronteerd met claims van ouders vanwege door hun kinderen op school geleden schade. Het lijkt dus slechts een kwestie van tijd voordat ook het aantal civielrechtelijke claims met betrekking tot conflicten over pesten zichtbaar toeneemt. Dat het met succes aansprakelijk stellen van een school wegens pesten echter geen gemakkelijk te bewandelen weg is, zal uit het navolgende blijken.

Bijzondere zorgplicht

Aansprakelijkheid van een school voor geleden schade ten gevolge van het niet voorkomen van - althans het niet adequaat optreden tegen - pestgedrag wordt niet snel aangenomen. Gepubliceerde uitspraken waarin een school met succes aansprakelijk is gesteld, zijn mij niet bekend. De aansprakelijkheid van een school zal in de regel worden gebaseerd op onrechtmatige daad ex art. 6:162 BW. Het onrechtmatigheidsoordeel in gevallen van schade geleden door pesten zal afhangen van de vraag of de school een zorgplicht heeft geschonden.

Op scholen rust, net als op ziekenhuizen en psychiatrische inrichtingen, een bijzondere zorgplicht. Deze bijzondere zorgplicht hangt samen met een bepaalde bijzondere positie. Deze positie brengt een verantwoordelijkheid mee ten

aanzien van de aan hun zorg toevertrouwde personen. Zo heeft een ziekenhuis een bijzondere relatie met de patiënt en een school met de leerlingen. Doel van de bijzondere zorgplicht - in concreto is sprake van een toezichtverplichting - is om zo veel als redelijkerwijs mogelijk erop toe te zien dat de aan de 'zorgplichtige' toevertrouwde personen geen schade toebrengen aan zichzelf of anderen. Het bestaan van een bijzondere zorgplicht brengt mee dat aan het gedrag van de zorgplichtige eisen kunnen worden gesteld die uitstijgen boven wat van een gemiddelde deelnemer aan het maatschappelijke verkeer wordt gevergd. Wanneer het gaat om de aansprakelijkheid van de school voor pesten, zal de onrechtmatigheid (de schending van de bijzondere zorgplicht) in de regel zijn gelegen in de nalatigheid van de school om als het ware een schadeveroorzakende toestand te corrigeren door bijvoorbeeld een waarschuwing te geven of anderszins preventieve of repressieve maatregelen te treffen.

Vanuit de verantwoordelijkheid voor een veilig schoolklimaat werken als gezegd steeds meer scholen met een protocol waarin is neergelegd hoe moet worden gehandeld en welke maatregelen moeten worden genomen wanneer pestgedrag wordt gesignaleerd. Voorstelbaar is dat, als een school pestgedrag signaleert maar vervolgens niet handelt in overeenstemming met de in het protocol vervatte eigen beleidsregels, aansprakelijkheid voor de daaruit voortvloeiende schade al snel in de rede ligt.

Op welke wijze precies invulling moet worden gegeven aan de op een school rustende bijzondere zorgplicht is niet zonder meer duidelijk. De mate van zorg die van de school mag worden verlangd, hangt steeds af van de concrete omstandigheden van het geval. Aan de hand van een aantal criteria zal steeds moeten worden getoetst of de zorgvuldigheidsnorm is geschonden:

1. (enkele) kenbaarheid van het gevaar;
2. er is sprake van een dreiging van ernstige schade;
3. het is mogelijk en noodzakelijk om actie te ondernemen; en
4. er bestaat een reële verhouding tussen de moeite en kosten van het ondernemen van actie enerzijds en het gevaar anderzijds.

Als gezegd brengt het bestaan van een bijzondere zorgplicht mee dat aan het gedrag van de zorgplichtige eisen kunnen worden gesteld die uitstijgen boven wat van een gemiddelde deelnemer aan het maatschappelijke verkeer wordt gevergd. Het eerste criterium 'kenbaarheid van het gevaar', is daar een voorbeeld van.

In het Struikelende broodbezorger-arrest is door de Hoge Raad uitgemaakt dat als kernvereiste van zuiver nalaten (het laten voortbestaan van een gevaarsituatie voor het ontstaan waarvan men niet verantwoordelijk is) heeft te

gelden dat het betreffende gevaar tot het bewustzijn van de waarnemer is doorgedrongen. (HR 22 november 1974, NJ 1975, 149, concl. A-G Berger; m.nt. Scholten.)

Op dit 'bewustzijnsvereiste' wordt echter een uitzondering gemaakt als het gaat om een (rechts)personen op wie een bijzondere zorgplicht rust. In dat geval geldt niet de verscherpte kennis eis maar is de enkele kenbaarheid van het gevaar al voldoende, zo blijkt uit de overweging van de Hoge Raad: " (...) dat echter van een rechtsplicht om een waargenomen gevaarsituatie voor het ontstaan waarvan men niet verantwoordelijk is, op te heffen of anderen daarvoor te waarschuwen, in het algemeen ook voor volwassenen alleen sprake kan zijn, wanneer de ernst van het gevaar dat die situatie voor anderen meebrengt tot het bewustzijn van de waarnemer is doorgedrongen, zulks behoudens het bestaan van een bijzondere verplichting tot zorg en oplettendheid zoals kunnen voortvloeien uit een speciale relatie met het slachtoffer of met de plaats waar de gevaarsituatie zich voordoet."

Uit het arrest kan daarom worden afgeleid dat zuiver nalaten door (rechts)personen met een bijzondere zorgplicht, zoals een school, in de regel eerder tot onrechtmatigheid zal leiden.

Met betrekking tot de overige drie criteria, die enigszins gelijkens vertonen met de zogenaamde Kelderluikcriteria zoals door de Hoge Raad geformuleerd in het arrest uit 1965 - HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 (Kelderluik) - is de zaak waarover in 2002 de voorzieningenrechter van de rechtbank Utrecht werd verzocht te oordelen illustratief. (Voorzieningenrechter, Rechtbank Utrecht 28 maart 2002, LJN AE0771.)

De zoon van eiser werd gedurende vijf jaar in golfbewegingen gepest door een klasgenoot met een gedragsstoornis. De pesterijen (slaan, schoppen, vloeken en schelden) vonden steeds plaats op onvoorspelbare momenten maar altijd buiten het gezichtsveld of aanwezigheid van de docent. Nadat door de school maatregelen waren getroffen, nam het pesten in de loop der tijd enigszins af. In de wetenschap dat hij aan het eind van het schooljaar verlost zou zijn van zijn kwelgeest onderging de gepeste zoon de situatie gelaten. Toen tijdens een voorlichtingsavond op 1 februari 2002 bleek dat de jongens mogelijk in dezelfde brugklas zouden komen, werd het de zoon echter te kwaad en kwam alle opgekropte woede en frustratie in een uitbarsting naar boven.

Op straffe van een dwangsom van € 400 per overtreding vorderen de ouders veroordeling van de school om permanent toezicht te houden op de pester, om ieder incident waarbij hun zoon en zijn pestende klasgenoot betrokken zijn grondig te onderzoeken en van de uitkomst en de eventueel getroffen maatregelen schriftelijk melding te

doen. Ter onderbouwing van de vordering stellen de ouders dat de school niet in staat is gebleken afdoende toezicht te houden en adequaat om te gaan met de klachten, waar meermalen door de ouders melding van was gemaakt. Indien permanent toezicht zou zijn gehouden in de klas, op het schoolplein en in de gymzaal - zo stelden de ouders - zou adequaat tegen pesten zijn opgetreden en zou bovendien zijn getoond dat de problemen serieus werden genomen.

Het door de ouders gevorderde wordt afgewezen. De voorzieningenrechter begint met vast te stellen dat zowel de school als de ouders hebben miskend dat de pesterijen sporen hebben nagelaten die, ondanks de getroffen maatregelen en het veranderde gedrag van de pester, niet zijn weggenomen. Volgens de voorzieningenrechter hebben de door de school getroffen maatregelen in zoverre doel getroffen dat voor de zoon een draaglijke situatie bestaat waarin hij niet al te veel problemen ondervindt, zodat rechterlijk ingrijpen niet geboden is. Nu het de gedachte aan een gezamenlijke middelbare schooltijd is die de zoon wanhopig maakt, zijn de gevorderde voorzieningen niet opportuun. Los daarvan kunnen deze maatregelen volgens de voorzieningenrechter niet van de school worden gevegd, gelet op de financiële en organisatorische beperkingen. Tot slot wordt door de voorzieningenrechter overwogen dat het instellen van permanent toezicht op gespannen voet staat met de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de pester.

In deze uitspraak komt duidelijk naar voren dat vooral het vierde criterium een rol van betekenis heeft gespeeld. Overwogen is immers dat geen reële verhouding bestaat tussen de moeite en kosten van het ondernemen van actie door de school enerzijds en het concrete gevaar dat de leerling loopt anderzijds.

Hoever het toezicht behoort te gaan en welke maatregelen ter voorkoming van het toebrengen van schade wegens pesten door de school behoren te worden genomen, hangt als gezegd af van de concrete omstandigheden van het geval, waarbij steeds getoetst moet worden aan genoemde criteria.

Inspanningsverbintenis

Voor het aannemen van aansprakelijkheid is niet alleen vereist dat het pesten tijdens schooltijd heeft plaatsgevonden en dat de school van het pesten op de hoogte is geweest, maar ook dat de school heeft verzuimd maatregelen (die haar ter dienste stonden) te treffen om het pesten te beëindigen.

Hoewel een school al het nodige zal moeten doen om pesten tegen te gaan althans een halt toe te roepen, zal de (zorg)plicht van de school in de regel niet gericht zijn op het behalen van een bepaald resultaat maar 'enkel' om zich >

voor dat resultaat in te spannen. Een uitspraak - wederom in een kort geding - waarin dat duidelijk naar voren komt is de zaak van 'de Drieling'. (Voorzieningenrechter Rechtbank Haarlem 28 juli 2005, LJN AU0184.)

De 14-jarige drieling werd door circa 40 medeleerlingen regelmatig gepest en bedreigd. Nadat de vader van de drie meisjes hiervan bij de school (HVC) melding had gemaakt, zijn door de school in overleg met de vader concrete afspraken gemaakt met als doel een einde te maken aan de situatie. De school heeft de docenten van de problemen op de hoogte gesteld en aan de docenten die lesgeven aan de drieling een aparte instructie gegeven om in te grijpen of bij de schoolleiding melding te maken van situaties die duiden op een conflict waarbij een van de drie meisjes betrokken is of betrokken lijkt te zijn. Het gaat echter niet goed met de drieling. Nadat de drieling de krant heeft gehaald vanwege betrokkenheid bij een vechtpartij, verschijnen zij niet meer op school en worden ze door hun ouders uit angst voor hun veiligheid geruime tijd thuis gehouden. Uit een brief van de ouders aan de school blijkt dat zij de school aansprakelijk achten voor het schoolverzuim van hun kinderen omdat de school de veiligheid voor de kinderen niet kan garanderen. In de procedure stelt de voorzieningenrechter in de eerste plaats vast dat het recht op onderwijs niet is gefrustreerd door de school, maar dat de drieling op initiatief van de ouders niet meer naar school is gegaan. De voorzieningenrechter voegt daaraan toe: *“Voorts kan niet worden gezegd dat het HVC niets heeft ondernomen om en pesterijen en agressie van andere leerlingen jegens de drieling weg te nemen. Uit de onder (...) beschreven gang van zaken volgt veeleer dat nadat het probleem van de drieling door de vader was aangekaart, het HVC in verband daarmee maatregelen heeft genomen om te trachten het probleem op te lossen, althans te beheersen. Dat die maatregelen kennelijk niet tot het gewenste resultaat hebben geleid kan niet aan het HVC worden tegengeworpen, nu niet valt in te zien en overigens door de drieling ook niet is gesteld, welke andere dan de reeds genomen maatregelen van HVC hadden kunnen worden verwacht.”*

De overweging van de voorzieningenrechter wijst duidelijk op een inspanningsverplichting en niet op een resultaatsverplichting. Het belang van het onderscheid tussen een inspanningsverplichting en een resultaatsverplichting is relevant voor de stelplicht en de bewijslast voor de eiser. Een eiser kan niet volstaan met enkel te stellen dat schade is geleden door pesten van medeleerlingen. Een eiser zal daarentegen moeten stellen en bewijzen dat de school zich in de gegeven omstandigheden onvoldoende heeft inspannen om het pesten te voorkomen. Dat eiser hiermee voor een moeilijke opgave staat is duidelijk. Of rechters geneigd zijn het een eiser makkelijker te maken door de

bewijslast op dit punt om te keren is bij gebrek aan (gepubliceerde) uitspraken daarover moeilijk te zeggen. Voor een aanknopingspunt zou wellicht aansluiting kunnen worden gezocht bij rechtspraak over de aansprakelijkheid van beroepsbeoefenaren. Ook in deze gevallen geldt immers dat de eiser, bijvoorbeeld een patiënt, niet zelden in een moeilijke positie verkeert wanneer het gaat om de bewijslevering. In literatuur en rechtspraak is om die reden dan ook gepleit voor het omkeren van de bewijslast. In een aantal arresten heeft de Hoge Raad echter uitdrukkelijk bepaald dat de eiser niet te hulp wordt geschoten door bewijslastomkering, maar dat de aangesproken beroepsbeoefenaar wel voldoende feitelijke gegevens dient te verstrekken om de eiser in elk geval aanknopingspunten voor de bewijslevering te verschaffen. In lijn met de stand van zaken op het terrein van de beroepsaansprakelijkheid zou men derhalve kunnen betogen dat de school (als toezichthouder) in elk geval openheid van zaken zal moeten geven door het overleggen van bijvoorbeeld het schooldossier, verslagen van docentvergaderingen etc. (Vgl. Giesen, Toezicht en aansprakelijkheid, Recht en Praktijk, nr. 132, p. 202.)

Schade

Niet alleen heeft eiser de zware taak om te stellen en bewijzen dat de school zich onvoldoende heeft ingespannen en geen maatregelen heeft genomen om aan het pesten een einde te maken, ook zal eiser aannemelijk moeten maken dat enigerlei nadeel is geleden als gevolg van het onrechtmatig handelen van de school. Dat is geen gemakkelijke opgave, maar voor de vestiging van aansprakelijkheid een vereiste.

Uit hoofde van art. 6:96 lid 2 BW komt voor vergoeding in aanmerking vermogensschade en immateriële schade. Bij vermogensschade kan worden gedacht aan kosten die moeten worden gemaakt voor bijlessen of voor het inschakelen van een psycholoog, arts of andere professionals ter bestrijding van psychische of lichamelijke klachten.

Daarnaast is in geval van pesten goed denkbaar dat immateriële schade wordt geleden, denk aan de psychosomatische en psychosociale klachten die ernstige gevolgen van pesten kunnen zijn. Op grond van art. 6:106 lid 1 sub b BW bestaat recht op toekenning van een naar billijkheid vast te stellen immateriële schadevergoeding 'het smartengeld' als de aansprakelijke persoon het oogmerk had om schade toe te brengen of indien de benadeelde lichamelijk letsel heeft opgelopen, in zijn eer of goede naam is aangetast of op andere wijze in zijn persoon is aangetast. Niet alleen lichamelijk letsel maar ook geestelijk letsel (ook zonder dat sprake is van lichamelijk letsel) komt in beginsel voor vergoeding in aanmerking. In procedures wordt

vervolg van pagina 4

de enigszins vage categorie 'aantasting in de persoon' aangegrepen wanneer financiële genoegdoening wordt gevorderd voor gevoelens van boosheid, angst, spanningen en depressiviteit. Niet elk geestelijk letsel vormt zonder meer een grond voor vergoeding van schade. In de rechtspraak wordt een ondergrens aangegeven, die er op neerkomt dat van geestelijk letsel geen sprake is als het uitsluitend gaat om een meer of minder sterk gevoel van onbehagen. In een door de Hoge Raad op

22 februari 2002 gewezen arrest is uitgemaakt dat het bestaan van geestelijk letsel in het algemeen slechts kan worden aangemerkt als persoonsaantasting indien in rechte kan worden vastgesteld dat sprake is van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld. (HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240; zie ook HR 9 mei 2003, RvdW 2003, 92.)

De gepeste leerling, althans diens wettelijke vertegenwoordiger die zich op de aantasting van de persoon beroept, zal in elk geval voldoende moeten concretiseren en onderbouwen dat psychische schade is ontstaan die heeft geleid tot geestelijk letsel dat grond geeft voor een vordering tot vergoeding van smartengeld.

Causaal verband

Een ander belangrijk vereiste voor aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad is het bestaan van causaal verband tussen de onrechtmatige gedraging enerzijds en de schade anderzijds. Dit betekent, in het kort, dat het onrechtmatige gedrag de oorzaak moet zijn van de schade.

In de regel is het causale verband vrij eenvoudig vast te stellen. In geval van onrechtmatig gedrag dat bestaat uit (zuiver) nalaten ligt dat enigszins moeilijker. De te beantwoorden vraag luidt dan: was de schade ook ingetreden als de aangesproken partij wel had gehandeld. In de praktijk zal deze vraag niet zelden moeilijk te beantwoorden zijn. Zo zal een school lang niet altijd op de hoogte (kunnen) zijn van het feit dat een leerling wordt gepest. Niet alleen blijkt uit onderzoek dat een meerderheid van de gepeste kinderen dat voor hun ouders of school verzwijgt, ook wordt vaak in het geniep gepest, net buiten het gezichtsveld van docenten. Het zal soms dan ook moeilijk zijn achteraf het verwijt te maken dat het pesten niet eerder was ontdekt. Ook in geval van voldoende toezicht door de school kan dus sprake zijn van pesten.

Ten slotte

Het aantal civielrechtelijke claims met betrekking tot conflicten over pesten is tot nu toe beperkt. Niet dient over het hoofd te worden gezien dat de toenemende claimcultuur ertoe heeft geleid dat aansprakelijkheidsverzekeraars steeds vaker worden geconfronteerd met claims van ouders die een school aansprakelijk stellen voor door hun kinderen geleden schade. Mogelijk dus dat met enige vertraging ook het aantal claims wegens pesten - die (bijvoorbeeld door schade als gevolg van gemiste carrière) vrij hoog kunnen zijn - zal toenemen.

Regresnemers en wettelijke rente

BAM/Winterthur-arrest geeft duidelijkheid. Hoge Raad 20 oktober 2006, RvdW 2006, 972



Mr. E. J. W. M. van Niekerk
NautaDutilh

Het is algemeen bekend dat over opeisbare vorderingen voortvloeiende uit een onrechtmatige daad wettelijke rente verschuldigd wordt zonder voorafgaande ingebrekestelling. In de praktijk is menigmaal de vraag gerezen of deze regel met zich meebrengt dat ook over vorderingen van regresnemers (zoals een gesubrogeerde verzekeraar) rente verschuldigd kan zijn, zonder dat die regresnemer een schriftelijke aanmaning aan de aansprakelijke partij heeft gestuurd. In zijn arrest van 20 oktober 2006, gewezen tussen BAM NMB Infratechniek Noordoost B.V. en (onder meer) Winterthur Verzekeringen, heeft de Hoge Raad een antwoord gegeven op deze vraag.

De feiten

Op 27 november 1989 legde Hulsink Ootmarsum B.V. (later genaamd BAM NMB Infratechniek Noordoost B.V.) in onderaanneming van Aqua+ R. Walhof B.V. een waterleiding aan in de kelderverdieping van het V&D-filiaal te Almelo. Hulsink maakte daarbij gebruik van een zogenoemde Waflex-koppeling. In de avond van 2 december 1989 schoot de koppeling los, waardoor de kelderverdieping tot een hoogte van ongeveer 60 centimeter onder water kwam te staan. De schade was groot; zo werd het onder meer voor Sinterklaas lastig winkelen.

V&D sprak Aqua+ (in de hoofdzaak) aan op grond van wanprestatie tot vergoeding van de door haar ten gevolge van de overstroming geleden schade. Die vordering werd door de rechtbank toegewezen en Aqua+ werd veroordeeld tot betaling van ongeveer € 800.000, te vermeerderen met rente en kosten. Dit vonnis werd in hoger beroep bekrachtigd bij arrest, welk arrest in kracht van gewijsde is gegaan. De aansprakelijkheidsverzekeraar van Aqua+ (Winterthur) betaalde het bedrag waartoe Aqua+ was veroordeeld op 3 januari 2003 en 14 april 2003 aan V&D. Dat betrof de door Aqua+ op dat moment verschuldigde

hoofdsom en rente. In totaal heeft Winterthur een bedrag van (ongeveer) EUR 1,3 miljoen betaald.

De tot voormeld arrest van de Hoge Raad leidende zaak betrof de procedure die Aqua+ in vrijwaring jegens Hulsink was gestart.

Rechtbank

De Rechtbank Almelo - bij wie deze zaak in eerste instantie speelde - wees de vordering van Aqua+ af, omdat hij - op basis van de vastgestelde feiten - van oordeel was dat Hulsink niet aansprakelijk was voor de waterschade, nu de oorzaak daarvan niet aan haar was toe te rekenen.

Hof

Aqua+ ging tegen het vonnis in hoger beroep bij het gerechtshof te Arnhem. Winterthur kwam vervolgens in de appelprocedure van Aqua+ en Hulsink tussen. Het hof heeft dat toegestaan, omdat Winterthur door haar betaling aan V&D in de rechten en de vordering van Aqua+ jegens Hulsink was gesubrogeerd.

Bij arrest van 8 maart 2005 oordeelde het hof, anders dan de rechtbank dat deed, Hulsink aansprakelijk voor de ontstane schade. Hulsink werd vervolgens veroordeeld om aan Winterthur het bedrag van € 1,3 miljoen te betalen, zulks vermeerderd met de wettelijke rente over dat bedrag met ingang van 14 april 2003 en - natuurlijk - de proceskosten. Het hof overwoog daartoe het volgende: *“Voor zover Winterthur schade aan V&D heeft vergoed welke Aqua+ uit hoofde van het voornoemde vonnis in de hoofdzaak diende te vergoeden, is Winterthur met ingang van het moment van de desbetreffende betalingen gesubrogeerd in de rechten jegens Hulsink.*

Vanaf dat moment is Hulsink de desbetreffende bedragen aan Winterthur verschuldigd.

Nu deze verbintenis van Hulsink jegens Winterthur strekt tot schadevergoeding, is Hulsink met ingang van de dag van betaling door Winterthur in verzuim en op grond van artikel 6:119 Burgerlijk Wetboek vanaf die dag wettelijke rente jegens Winterthur verschuldigd.

Anders dan Hulsink heeft betoogd, is het huidige recht te dezer zake van toepassing, nu de tekortkoming van Hulsink jegens Winterthur zich eerst sedert de betaling van Winterthur (na 1 januari 1992) heeft voorgedaan (artikel 68a juncto artikel 182 Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek).”

Hoge Raad

Hulsink is tegen het oordeel van Hof Arnhem in cassatie gegaan. Daarbij is een cassatiemiddel aangevoerd dat uit meerdere onderdelen bestaat. Voor deze bijdrage is alleen

onderdeel 3 van het cassatiemiddel van belang. Dat onderdeel keerde zich tegen het hierboven opgenomen citaat uit het eindarrest van het hof.

Naar aanleiding van dat onderdeel overweegt de Hoge Raad als volgt: *“De verzekeraar die uit hoofde van een verzekeringsovereenkomst aan een benadeelde, jegens wie de verzekerde tot schadevergoeding gehouden is, die schade heeft vergoed en als gevolg daarvan op grond van art. 284 (oud) K. en thans art. 7:962 BW wordt gesubrogeerd in de rechten die de verzekerde ter zake van die schade jegens een derde kan uitoefenen, kan van deze derde slechts betaling vorderen voor zover hijzelf de schade aan de benadeelde heeft vergoed. Daaronder valt de over de schadevergoeding door de verzekerde aan de benadeelde verschuldigde wettelijke rente die de verzekeraar aan de benadeelde heeft vergoed. Ten aanzien van de aanspraak van de verzekeraar op wettelijke rente over hetgeen hij aan de benadeelde heeft vergoed en waarvoor hij op de derde verhaal zoekt, geldt dat de derde jegens de verzekeraar eerst tot vergoeding van wettelijke rente verplicht is indien hij in verzuim is met de nakoming van zijn verbintenis tot betaling van hetgeen waartoe hij door de verzekeraar is aangesproken.*

De vraag wanneer het verzuim intreedt moet als volgt worden beantwoord. Waar de verzekeraar gesubrogeerd is in de verhaalrechten van de verzekerde jegens de derde die voortvloeien uit onrechtmatige daad of, zoals in het onderhavige geval, uit wanprestatie van de derde jegens de verzekerde, treedt het verzuim van de derde op grond van art. 6:83, aanhef en onder b, BW zonder ingebrekestelling in. Dit geldt niet slechts ten aanzien van hetgeen de verzekeraar heeft vergoed aan de benadeelde en waarvoor de verzekeraar op de derde verhaal zoekt, maar ook voor de door de verzekeraar van de derde gevorderde wettelijke rente daarover. Deze loopt dan ook vanaf het tijdstip dat de verzekeraar in de rechten van de verzekerde is gesubrogeerd, zonder dat daartoe een ingebrekestelling nodig is.”

Tot zover verwerpt de Hoge Raad het zijdens Hulsink aangedragen cassatiemiddel. Hulsink heeft wel succes daar waar zij betoogt dat in het onderhavige geschil het oude recht (van vóór 1992) dient te worden toegepast. De Hoge Raad is het daarmee eens: *“De verbintenis van Hulsink jegens Aqua+, waarin Winterthur is gesubrogeerd, is ontstaan in november 1989, dus vóór het in werking treden van Boek 6 BW. Op grond van art. 182 en 183 Overgangswet Nieuw BW geldt in dit geval niet art. 6:83 BW maar art. 1286 lid 3 (oud) BW, zodat het hof ten onrechte niet laatstgenoemde bepaling heeft toegepast op de onderhavige vordering van Winterthur ter zake van wettelijke rente.”*

En mede op grond van het vorenstaande vernietigt de Hoge Raad de eerder door het hof in deze kwestie gewezen arresten.

Commentaar

Met dit arrest is duidelijkheid gekomen over de in de inleiding van deze bijdrage voorgelegde vraag. Het antwoord klinkt bevestigend. Regresnemers kunnen in rechte aanspraak maken op vergoeding van wettelijke rente over de door hen betaalde bedragen, zonder dat die regresnemers de aansprakelijke partij schriftelijk hebben aangeklaamd.

De reikwijdte van dit arrest gaat verder dan situaties waarin op grond van art. 7:962 BW subrogatie plaatsvindt. In het arrest is althans niet een dergelijke beperking te lezen. Daarvoor bestaat ook geen aanleiding. Dat betekent dat ook regresnemers die op een andere grond (bijvoorbeeld op grond van een specifieke wet) in verhaalsrechten zijn gesubrogeerd aanspraak kunnen maken op de wettelijke rente over de door hen gedane uitkeringen, vanaf de datum waarop de betaling is verricht.

Samenloop van verzekeringen

(Artikel naar aanleiding van een lezing van de auteur tijdens een relatiedag. Red.)



Mr. P. C. Knijp
Stadermann Luiten Advocaten

In deze bijdrage zal ik het leerstuk van samenloop in verzekeringsrechtelijke zin behandelen. Omdat het betreffende onderwerp ook zou kunnen leiden tot een publicatie van de omvang van een (bescheiden) boekwerk, zal ik mij in deze bijdrage beperken tot de hoofdlijnen en een aantal recente ontwikkelingen.

Wat is samenloop?

Samenloop doet zich, kort gezegd, voor als eenzelfde belang is gedekt onder meer dan één verzekering. In gewone spreektaal: er is dan sprake van een dubbele verzekering.

Een schoolvoorbeeld van een samenloopsituatie is die van de kostbaarhedenverzekeraar, die een antieke porseleinen vaas in dekking heeft genomen. Als dezelfde vaas ook onder een gewone inboedelverzekering is gedekt en de vaas in duigen valt, doet zich een geval van samenloop voor.

Om bij het voorbeeld van de antieke porseleinen vaas te blijven: er is geen samenloop wanneer de vaas alleen gedekt is onder een kostbaarhedenverzekering en in duigen valt omdat een voorbijganger struikelt en de vaas omstoot. Als de aansprakelijke persoon een AVP heeft die zijn schade dekt, doet zich geen samenloopsituatie voor. Immers, het belang dat de eigenaar van de vaas heeft willen dekken onder de kostbaarhedenverzekering, is een heel ander belang dan de aansprakelijke voorbijganger heeft gedekt onder zijn AVP. Onder de eerste verzekering is een eigendomsbelang gedekt en onder de tweede verzekering een aansprakelijkheidsbelang.

In de dagelijkse praktijk wordt het begrip 'samenloop' niet altijd voor de hierboven beschreven situatie gebruikt. Soms wordt met de term 'samenloop' bedoeld op een situatie die eigenlijk niet onder de hierboven omschreven definitie valt. Er wordt dan bedoeld op de situatie van

oneigenlijke samenloop, waarbij er óf dekking onder de ene óf dekking onder de andere verzekering moet worden verleend. Een voorbeeld hiervan is de discussie welke verzekering (de AVB of de landmaterieelverzekering) de letselschade van een werknemer, die op de werkvloer is aangereden door een vorkheftruck van de werkgever, moet dekken.

Samenloop in de praktijk

In de praktijk doen samenloopsituaties zich vaker voor dan men wellicht op het eerste gezicht zou vermoeden. Zo hebben bijvoorbeeld sportverenigingen veelal collectieve aansprakelijkheidsverzekeringen afgesloten voor hun leden. Als een lid van die vereniging op het speelveld een onrechtmatige daad pleegt tegenover een ander, waardoor die ander schade lijdt, weet hij zijn aansprakelijkheid dus gedekt onder - als hij ook een eigen AVP heeft - twee aansprakelijkheidsverzekeringen.

Een ander praktijkvoorbeeld, dat weliswaar voor de letselschadebranche niet zo heel erg relevant is maar ook veelvuldig voorkomt, is dat van de samenloop tussen CAR en AVB. Beide verzekeringen dekken veelal de aansprakelijkheid van de aannemer als deze een fout begaat waardoor een derde wordt benadeeld. Ook een geval van samenloop dat dikwijls voorkomt, is de situatie waarin een aannemer het pand van zijn opdrachtgever beschadigt. Als de schade aan dat pand is gedekt onder een opstalverzekering en onder de CAR-verzekering schade aan bestaand eigendom van de opdrachtgever is verzekerd, doet zich daar een klassieke samenloopsituatie voor.

Maar ook in de WAM-sfeer is dikwijls sprake van samenloop. Denk bijvoorbeeld aan het hieronder nog te bespreken geval van een garagepolis voor een auto die aan klanten van de garage ter beschikking wordt gesteld als vervangend vervoer.

De wettelijke regeling

Onder het oude verzekeringsrecht regelde art. 277 K dat de oudste verzekering als eerste dekking moest verlenen. Was de dekking niet toereikend voor de volledige schade, dan kwam ook de nieuwere verzekering aan bod. Een uitzondering werd gemaakt voor aansprakelijkheidsverzekeringen en ziektekostenverzekeringen. Daar werd door de Hoge Raad al geanticipeerd op het nieuwe verzekeringsrecht.

Dat nieuwe verzekeringsrecht regelt in art. 7:961 BW dat, wanneer schade gedekt is onder meer dan één verzekering, iedere verzekeraar kan worden aangesproken. De eerst aangesproken verzekeraar moet dan uitkeren en kan naar evenredigheid regres nemen op andere verzekeraars. Het

voordeel van dit regime is dat de verzekerde kan kiezen wie hij aanspreekt. Hij hoeft zich niet meer van de ene verzekeraar naar de andere (en soms weer terug) te laten sturen.

Maar als er nog een andere verzekering is die dezelfde schade dekt, hoeft de eerst aangesproken verzekeraar niet bij de pakken neer te zitten: wanneer sprake is van samenloop hebben verzekeraars onderling verhaal, en wel naar evenredigheid van de bedragen waarvoor elk van hen afzonderlijk had kunnen worden aangesproken. Met andere woorden: de eerst aangesproken verzekeraar moet weliswaar de schadepeningen uitkeren - uiteraard voor zover gedekt onder zijn polis - maar hij kan, als hij de schadepeningen heeft uitgekeerd, een deel van de door hem gedane uitkeringen bij de andere verzekeraars terughalen.

Het onderlinge verhaal laat zich het best omschrijven aan de hand van een voorbeeld. Stel dat de eerste verzekeraar een polis heeft afgegeven waaronder een bedrag van € 1.000.000 is verzekerd. De tweede verzekeraar heeft eenzelfde polis afgegeven maar voor een verzekerde som van € 2.000.000. Wanneer er een schade valt van € 600.000, hoe ziet dan het onderlinge regres er uit?

Laten wij er eens van uit gaan dat verzekeraar 1 als eerste wordt aangesproken, en de verzekerde de totale schade van € 600.000 uitkeert. Tot het doen van die uitkering is verzekeraar 1 gehouden, omdat de schade van € 600.000 immers ruimschoots onder de maximaal verzekerde som van € 1.000.000 valt. Omdat beide verzekeraars tot uitkering van de totale schade van € 600.000 kunnen worden aangesproken - immers, ook de polis van verzekeraar 2 biedt meer dan voldoende dekking voor deze schade - moeten zij in hun onderlinge verhouding elk € 300.000 dragen. Ofwel: verzekeraar 2 moet aan verzekeraar 1, die de totale schade aan de verzekerde heeft vergoed, € 300.000 betalen.

De norm die voor de onderlinge afrekening van verzekeraars moet worden gehanteerd, is dus het bedrag waarvoor elk van de beide verzekeraars afzonderlijk had kunnen worden aangesproken. Een naar mijn mening veel gemaakte fout is dat niet wordt afgegaan op de bedragen waarvoor elk van de beide verzekeraars afzonderlijk had kunnen worden aangesproken, maar dat wordt afgegaan op de verzekerde som van elk van beide polissen. Dat zou in het onderhavige voorbeeld een verhouding van 1:2 opleveren, maar dat is dus niet juist.

Een tweede voorbeeld: stel dat voor verzekeraar 2 een eigen risico van € 100.000 geldt. In die situatie kan verzekeraar 1 worden aangesproken tot uitkering van een bedrag van € 600.000 (hij heeft immers een verzekerde som onder zijn polis van € 1.000.000 en de schade van € 600.000 valt daar ruimschoots onder) terwijl verzekeraar 2 slechts voor € 500.000 kan worden aangesproken. Hoewel de verzekerde som onder die polis ruimschoots voldoende moet zijn voor de schade (€ 2.000.000) hanteert verzekeraar 2 in dit geval immers een eigen risico van € 100.000. Van de schade van € 600.000 dient verzekeraar 2 na aftrek van het eigen risico dus slechts nog

€ 500.000 uit te betalen. In hun onderlinge verhouding moet verzekeraar 1 daarom 6/11 deel van € 600.000 dragen, terwijl verzekeraar 2 5/11 deel van de schade voor zijn rekening moet laten komen. Als verzekeraar 1 dus met de verzekerde heeft afgerekend en hem de verzekeringspenningen heeft uitgekeerd, zal verzekeraar 2 dus 5/11 deel van € 600.000 (= € 272.727,27) aan verzekeraar 1 moeten vergoeden.

Ingewikkelder wordt het wanneer onder de hierboven omschreven polissen uit het tweede voorbeeld een schade van € 1,5 miljoen valt. In dat geval behoort verzekeraar 1 de maximaal verzekerde som van € 1 miljoen uit te keren. Verzekeraar 2 moet, als hij onder zijn polis zou worden aangesproken, € 1,4 miljoen betalen, omdat onder zijn polis immers een eigen risico van € 100.000 geldt. In hun onderlinge verhouding zal verzekeraar 1 dus 10/24 deel van de € 1,5 miljoen moeten dragen, wat neerkomt op een bedrag van € 625.000. Verzekeraar 2 zal dan 14/24 deel van € 1,5 miljoen aan de eerste verzekeraar moeten vergoeden, wat neerkomt op betaling van € 875.000.

Bij dit laatste voorbeeld valt overigens op dat de volgorde waarin verzekeraars worden aangesproken door de verzekerde belangrijk blijft. Wanneer de verzekerde namelijk als eerste claimt onder polis 1, ontvangt hij uiteindelijk € 100.000 minder. Als hij dat doet, strijkt hij onder polis 1 namelijk de volledige verzekerde som op van € 1 miljoen. Omdat de schade € 1,5 miljoen bedraagt, houdt de verzekerde dan nog een schade over van € 500.000. Deze zal hij vervolgens willen claimen onder polis 2. Verzekeraar 2 hanteert onder die polis echter een eigen risico. Dat eigen risico bedraagt € 100.000, zodat hij onder polis 2 in totaal € 400.000 vergoed krijgt. Dat betekent dat hij uiteindelijk € 1,4 miljoen ontvangt. Bewandelt de verzekerde de omgekeerde weg en klopt hij eerst aan bij de verzekeraar 2, dan zal hij van verzekeraar 2 € 1,4 miljoen ontvangen. Immers, de verzekerde som is € 2 miljoen, het eigen risico bedraagt € 100.000 en de schade is € 1,5 miljoen. Nadat de verzekerde eerst verzekeraar 2 heeft aangesproken, blijft hij dus met een eigen schade van € 100.000 zitten. Als hij met die schade vervolgens bij verzekeraar 1 aanklopt, zal hij dat resterende deel van zijn schade probleemloos uitgekeerd krijgen. Onder polis 1 is namelijk geen sprake van een eigen risico. Hoewel een voorbeeld als dit zich in de praktijk wellicht niet heel dikwijls zal voordoen, is de situatie ook weer niet ondenkbaar. Het blijft dus zaak om in gevallen van samenloop alert te blijven.

Art. 7:961 lid 2 BW bepaalt dat ook wanneer de verzekeraar onverplicht - bijvoorbeeld uit coulance - uitkeert, hij verhaal kan nemen op de andere verzekeraar. Deze regeling voorkomt inmenging van een tweede verzekeraar in een discussie waar hij buiten staat, namelijk de uitleg van de polis en de polisvoorwaarden die de verzekerde bij de eerste verzekeraar heeft afgesloten.

Verplichting tot het noemen van andere verzekeraars

De tweede zin van het eerste lid van art. 7:961 bepaalt dat de verzekeraar bevoegd is de nakoming van zijn verplichting tot schadevergoeding op te schorten totdat de verze-

kerde de andere verzekeringen heeft genoemd. Deze bepaling geeft de verzekeraar een machtsmiddel om af te dwingen dat de verzekerde aangeeft onder welke andere polissen de schade ook is gedekt.

Melding van de schade

In de uitspraak van 17 november 2006 - HR 17 november 2006, RvdW 2006, 1077 - heeft de Hoge Raad nadere regels gegeven over het regres. In deze zaak was sprake van samenloop tussen een ziektekostenverzekering en een reisverzekering. De schade was door de verzekerde alleen gemeld bij de ziektekostenverzekeraar, en niet ook nog eens bij de reisverzekeraar. De ziektekostenverzekeraar wendde zich na de verzekerde schadeloos te hebben gesteld tot de reisverzekeraar met het verzoek naar evenredigheid af te rekenen. De reiskostenverzekeraar verweerde zich tegen de vordering met de stelling dat de schade nooit bij hem was gemeld. De Hoge Raad ging in dat argument niet mee en overwoog dat de situatie van dubbele verzekering meebrengt dat de verzekerde geen belang heeft bij melding van het verzekerde voorval bij de tweede verzekeraar, nu hij de schade al vergoed kan krijgen van de eerst door hem aangesproken verzekeraar. Het strookt dan niet met de regresmogelijkheid bij samenloop dat in een dergelijke situatie de aangesproken verzekeraar zich met succes op het ontbreken van een melding door de verzekerde zou kunnen beroepen.

In deze uitspraak gaf de Hoge Raad verder nog een aantal wijzigingen voor de manier waarop de schaderegeling door de eerst aangesproken verzekeraar moet worden uitgevoerd: de betreffende verzekeraar moet zich gedragen als een redelijk handelende verzekeraar. Dat kan, zo oordeelt de Hoge Raad, meebrengen dat de verzekeraar op wie regres wordt genomen, op de hoogte wordt gehouden of dat met hem overleg wordt gepleegd over principiële beslissingen of beslissingen met grote financiële implicaties.

Na-u-clausules

De samenloopregeling is geen regeling van dwingend recht. Er kan dus van worden afgeweken, en dat gebeurt in de praktijk veelvuldig door middel van zogeheten na-u-clausules. Door middel van na-u-clausules beogen verzekeraars aan te geven dat andere verzekeraars voor wat betreft de dekking voorgaan. Een voorbeeld van een zachte na-u-clausule is: *“Er is geen dekking indien en voor zover de aansprakelijkheid wordt gedekt door een andere verzekering, al dan niet van oudere datum.”*

Een harde na-u-clausule is gelijklopend aan de zachte na-u-clausule zoals hiervoor weergegeven, maar dan met de toevoeging: *“(…) of daaronder gedekt zou zijn indien de onderhavige verzekering niet zou hebben bestaan.”*

Dit verschil in bewoordingen tussen een harde en een zachte na-u-clausule leidt ertoe dat bij een harde na-u-clausule de verzekering waarin die betreffende harde na-u-clausule is opgenomen moet worden weggedacht. Dit wordt wel aangeduid met de term ‘wegdenktournure’. Als slechts één van de verzekeraars een na-u-clausule hanteert, is dat sturend voor de volgorde waarin de betreffen-

de polissen kunnen worden aangesproken. Hanteren beide verzekeraars een na-u-clausule, maar is de één hard en de ander zacht, dan wint de harde na-u-clausule het. De polis met de zachte na-u-clausule gaat dan voor. Wanneer beide verzekeraars een na-u-clausule hanteren van gelijke sterkte, vallen deze tegen elkaar weg. Dan herleeft dus het hiervoor beschreven wettelijk regime.

De meest recente uitspraak, waarin de Hoge Raad nadere regels stelt ter verduidelijking van de uitleg van het begrip ‘harde’ en ‘zachte’ na-u-clausule, is het arrest van 13 januari 2006. (London/AEGON, HR 13 januari 2006, NJ 2006, 282; zie ook PIV-Bulletin 2006, 3 en PIV-Bulletin 2006, 7/8, bindend advies Wansink.)

Het betrof een auto, in eigendom van een garage, waarmee een ongeluk plaatsvond op het moment dat deze was uitgeleend aan een klant. De polis van de klant van de garage bepaalde dat ook een vervangend motorrijtuig verzekerd was: *“(…) voor zover daarvoor geen andere verzekering van kracht is.”* Deze polis was door AEGON afgegeven. Voor de vervangende auto zelf was bij London een polis afgesloten, die bepaalde dat *“van dekking is uitgesloten schade (…) waarvoor de aansprakelijkheid onder enig andere verzekering verzekerd is of daaronder verzekerd zou zijn indien de onderhavige verzekering niet zou hebben bestaan.”*

In deze zaak bepleitte AEGON het standpunt dat de wegdenktournure geen voorwaarde is voor een harde na-u-clausule en dat het zelfs mogelijk zou zijn dat een na-u-clausule zonder wegdenktournure harder is dan een clausule mét een wegdenktournure. De Hoge Raad ging daar niet in mee. In tegendeel zelfs: volgens de Hoge Raad is de wegdenktournure het meest kenmerkende element van de na-u-clausule. Als de wegdenktournure niet meer vereist is voor de harde na-u-clausule, leidt dat tot onduidelijkheid, waarmee de rechtzekerheid niet is gebaat. De harde na-u-clausule van London won het van de zachte van AEGON.

Afronding

Ter afsluiting een praktische wijziging voor schadebehandelaars. Het is in veel gevallen de moeite waard om na te gaan of er wellicht andere verzekeringen zijn waaronder de betreffende schade gedekt is. Als dat zo is, betekent dat weliswaar niet dat er onder de verzekering waaronder wordt geclaimd niet hoeft te worden uitgekeerd, maar de verzekerde is verplicht daarvan desgevraagd opgaaf te doen. Zolang dat niet is gebeurd, hoeft ook (nog) niet te worden uitgekeerd.

Als vervolgens blijkt dat sprake is van samenloop, is het verstandig de andere verzekeraar(s) goed op de hoogte te houden van de schadeafwikkeling en, indien nodig, over belangrijke beslissingen met hen te overleggen. Wordt aan die uitgangspunten goed de hand gehouden, dan zal het regres op de andere verzekeraar in beginsel niet al te veel problemen moeten opleveren.

Hoe overleef ik ... de letselschaderegeling?

PIV Jaarconferentie 30 maart 2007

Op 30 maart 2007 woonden ongeveer 400 personen de zevende PIV Jaarconferentie bij, deze keer in Congrescentrum Musis Sacrum te Arnhem.



Th. J.H. Woudstra

In zijn welkomstwoord verheugde Th. J. H. Woudstra - voorzitter PIV-Bestuur - zich dat 98 % van de WAM-verzekeraars en alle grote rechtsbijstandverzekeraars hebben ingetekend op de Gedragscode Behandeling Letselschade. Hoewel

verzekeraars het basisbeginsel van de code - het slachtoffer staat centraal - onverkort handhaven, zou de focus deze dag toch meer liggen op de schadebehandelaar en de belangenbehartiger. Voor deze ooit vrijwillig in het vak gestapte professionals is de laatste jaren heel wat veranderd.

Dat het dagthema is ontleend aan een kinderboekenserie, moet niets achter worden gezocht. Het had ook Darwin kunnen zijn, die over de *survival of the fittest* schreef, volgens sommigen is dat als het om letselschade gaat nog steeds de verzekeraar. Uit recente uitingen in de pers (zoals een open brief aan de PIV directeur) blijkt dat sommigen zich ook de vraag stellen: 'Hoe overleef ik ... het PIV?'

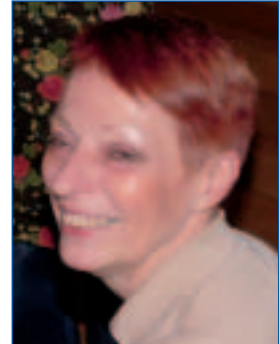
Het Jaarverslag 2006 toont echter dat het PIV een transparante organisatie is, waar volop muziek in zit. Vandaar wellicht de keuze van de locatie, het Musis Sacrum.

Dagvoorzitter Tom van 't Hek - radio & tv-presentator - was gevraagd, omdat hij als buitenstaander een frisse blik op de zaken zou hebben. Als oud-huisarts herkende hij echter delen van de materie die op deze dag aan de orde kwam.

'Hoe overleef ik ... het medische traject?' - Mevrouw prof. mr. W. R. Kastelein - advocaat/partner KBS Advocaten Utrecht/Bijzonder hoogleraar gezondheidsrecht Radboud Universiteit Nijmegen

Kastelein sprak vanuit haar functie binnen het gezond-

Mevrouw J. M. Polman
Stichting PIV



heidsrecht maar treedt als advocaat uitsluitend op voor zorgverleners en hun verzekeraars. Zij vindt 'Hoe overleef ik het ... medische traject?' een interessante titel. Dat had ook kunnen zijn 'Hoe overleef ik ... mijn advocaten en zij mij?'

De belangrijkste regelgeving verplichten partijen alle relevante medische gegevens in te brengen, zodat sprake kan zijn van een *fair trial* en van hoor en wederhoor. Spreekster had er geen

begrip voor dat advocaten iets tegen de code van Tilburg hebben. Het is niet professioneel te zeggen dat een advocaat zijn cliënt niet op voorhand kan binden aan de gedragscode: er staan volgens Kastelein alleen maar zinnige dingen in die iedereen al lang had moeten doen. Het op www.rechtspraak.nl te vinden model-deskundigenbericht is niet alleen zinnig voor rechters, maar voor alle partijen en het gebruik ervan zou veel onnodige discussie schelen. Overigens zou het in ieder geval goed zijn wanneer deskundigen - voordat zij gevraagd worden - worden beoordeeld op achtergrond, ervaring en publicaties en te weten van welke 'school' of 'richting' ze zijn. Wat betreft medisch-wetenschappelijke opvattingen is het goed zich te realiseren dat een vakgebied bepaalde richtingen/scholen kent. Hoewel er meer dan tien artikelen over zijn geschreven in diverse tijdschriften, is de jurisprudentie voorals-



W.R. Kastelein

nog verdeeld over inzage in de patiëntenkaart. Om het causale verband tussen de klachten en de schade te kunnen vaststellen, moeten de medische adviseurs van zowel verzekeraars als belangenbehartigers over de relevante gegevens kunnen beschikken. Zij gaf een paar *survival tips* voor het medische traject: pas de gedragscode toe; *equality of arms* geldt ook voor inzage in de patiëntenkaart; zorg bij civiele zaken voor een leidraad voor deskundigen; en verbeter snelheid en deskundigheid.

Onder de kop 'Letselschade: alsof je een loterij kan gaan winnen' schreef de NRC op 17 maart 2007 dat je - wanneer alle schades op een rijtje worden zet - zou denken dat niet alle partijen zich even professioneel opstellen en drie jaar later nog steeds vechten om de peanuts. Volgens Kastelein zou het een stuk schelen wanneer de LSA zowel de code als de Leidraad voor de Rechtspraak onderschrijft. Dan zouden ook de slachtoffers het geld waarop zij recht hebben snel krijgen.

'Hoe overleef ik ... de Gedragscode Behandeling Letselschade?' - Onder leiding van de dagvoorzitter discussie tussen: drs. J. Smit/mr. M. de Witte/mr. mr. F. Th. Kremer - algemeen directeur Slachtofferhulp Nederland/advocaat bij Sap De Witte Roth Advocaten/directeur Stichting PIV



F. Th. Kremer, J. Smit, M. de Witte

De Witte begon met een compliment aan verzekeraars voor het niet alleen tot stand helpen brengen van de code, maar het ook te klaren om deze in zo korte tijd te implementeren. Op zijn argument dat er geen wetenschappelijk onderzoek aan is voorafgegaan - wat wél is gebeurd bij normering van deskundigenberichten van de IWMD - reageerde Smit dat advocaten zeggen dat zij zich - wél of geen wetenschappelijk onderzoek - überhaupt niet aan een code kunnen binden.

Kremer stelde daar tegenover dat de belangenbehartiger bij problemen vaak zegt dat het de praktijk is dat verzekeraars de zaken vertragen.

De Witte was van mening dat moet worden gekeken naar de problemen in letselschadeland.

Smit stelde dat organisaties voor slachtoffers en patiënten warm voorstander van de code zijn. Het is echter geen juridisch document maar een intentieverklaring.

Kremer zei dat de code uit drie delen bestaat: de twintig beginselen (waar - volgens hem - niemand problemen mee kan hebben), *best practices* en het behandelplan - een

groot voordeel van de code - waarbij partijen voor de schaderegeling gezamenlijk een bestek maken.

De Witte was van mening dat, hoewel een slachtoffer zelf een belangenbehartiger of advocaat moet kunnen kiezen, de laatste twee zich niet bij voorbaat aan de code kunnen verbinden.

Kremer vond dat een advocaat op zijn naambord aan de deur kan vermelden of hij wél of niet volgens de code werkt.

Op de vraag van Van 't Hek hoe slachtoffers zelf op de code reageren, antwoordde Smit dat vertegenwoordigers van alle slachtoffers en patiëntenverenigingen bij het tot stand komen van de code betrokken zijn geweest.

De Witte wees er op dat verzekeraars zijns inziens vaak niet eens Bedrijfsregeling 15 respecteren.

Op de vraag van Van 't Hek of hij vond dat de code wel een goed idee is maar zich nog moet bewijzen, antwoordde De Witte dat advocaten hun cliënten zo goed mogelijk ten dienste willen zijn en dat daarvoor de code niet nodig is

Smit gaf aan benadeelden te adviseren zich te vervoegen bij een advocaat die bereid is volgens de code te werken. (Mr. P. Langstraat - voorzitter LSA - bracht richting mevrouw Kastelein in dat advocaten hun cliënten niet kunnen voorspellen hoe een zaak zal gaan. Dat is de reden dat zij de code niet vooraf kunnen onderschrijven. Zij moeten hun cliënten natuurlijk wél volledig informeren over de code.)

Kremer beklemtoonde opnieuw dat - belangenbehartiger of niet - de code een middel is om de regeling van persoonschade zo optimaal mogelijk te laten verlopen.

'Hoe overleef ik ... het juridische steekspel?' - Professor mr. T. Hartlief - hoogleraar privaatrecht Universiteit van Maastricht

Het uitgangspunt is vergoeding van de (concreet berekende) schade én afwikkeling in de vorm van een som ineens. Dat vraagt goed inzicht in hoe een fictieve situatie zich in een later stadium zal ontwikkelen. Ook de causaliteitsproblematiek speelt een grote rol bij de begroting van persoonschade. Wanneer het gaat om het veroorzaken van letsel, moet de dader het slachtoffer 'nemen zoals hij is' en niet zoals 'hij zonder letsel had kunnen zijn'.

Dat heeft ook invloed op de verhouding tussen medici en juristen. Het gaat eisers niet alleen om vergoeding van hun schade, maar ook om erkenning als benadeelde.



T. van 't Hek en T. Hartlief

vervolg van pagina 12

Hartlief schetste aan de hand van een aantal casus - 'de Lozerhof', de 'skeeler zonder valhelm' en de 'vleesinpakker' - in vogelvlucht de verschillende manieren waarop een zaak wat betreft aansprakelijkheid kan verlopen. Men kan vraagtekens zetten bij het huidige systeem van schadebegroting. Dat de personenschadebranche vooral uitgaat van volledige vergoeding van de concreet berekende schade is een deel van het probleem. Bij aansprakelijkheidsrecht moet de situatie mét ongeval en de situatie zonder ongeval duidelijk zijn om de toekomstschade te kunnen berekenen, zodat er een voor alle partijen redelijke eindregeling komt. Hoewel onderbouwd door deskundigen moet een jurist goede en kwade kansen afwegen en grijpt daarbij - vooral bij een lange looptijd - vaak te snel naar statistische gegevens. Zeker nu het Nederlandse sociale stelsel begin af te kalven, zal men binnen het aansprakelijkheidsrecht meer gaan claimen. Naarmate een slachtoffer jonger is, zal dit steeds lastiger worden. De schadebeperkingsplicht, het systeem van *shaming and blaming* en het *no fault systeem* zijn ook niet het ei van Columbus. Misschien moet er wel een heel nieuw systeem komen.

Hartlief pleitte bij langlopende zaken voor een stelsel van normeringen, met de mogelijkheid daarvan (goed onderbouwd) op punten af te wijken. Dan loopt de discussie meer gestructureerd en wellicht sneller. Spreker waarschuwde er echter voor zich al te veel illusies te maken. Immers, omdat aansprakelijkheid en sociale zekerheid twee verschillende dingen zijn, zal het altijd een steekspel blijven.

'Hoe overleef ik ... het oordeel van de rechter?' - De dames mr. J. M. Willink en mr. S. J. Hoekstra-van Vliet - coördinerend vicepresident en rechter Rechtbank Den Haag



J.M. Willink en S.J. Hoekstra

Willink vertelde op humoristische wijze waarom zij en twee collega's - drie durfalten - van Rechtbank Den Haag kwamen tot hun initiatief voor het medio 2005 gestarte letselschade-project: verbazing over de onnodig langlopende dikke dossiers. Verbazing, vooral omdat het wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bij alle partijen de verantwoording legt te komen tot een vlotte en efficiënte procesgang. Overigens gingen volgens haar wat betreft de trage afhandeling van dossiers de ook de rechtbanken niet geheel vrijuit.

Globaal is de doelstelling van het project 'gecompliceerde letselschadezaken binnen één jaar na aanbrengen door het rechtbanktraject helpen', waarvoor een aantal punten essentieel is:

- Een rechter die in staat is snel vast te stellen wat de eigenlijke geschilpunten zijn.
- Bij de comparitie van partijen na antwoord moeten de verschillende standpunten duidelijk zijn.
- Ingebrachte stukken moeten efficiënt en overzichtelijk zijn.
- Alle partijen moeten ernaar streven de rechter zo goed mogelijk te informeren en daardoor in staat te stellen zo snel mogelijk een onderbouwde uitspraak te doen.
- 'Mens' en 'zaak' moeten worden onderscheiden.

Het overleven van het oordeel van de rechter vraagt van alle partijen drie dingen: een geordende aanpak, constructieve samenwerking en empathie voor de benadeelde.

Hoekstra lichtte de procesgang 'Haagse stijl' toe.

Voorafgaand aan de zitting moet de rechtbank beschikken over alle relevante informatie. Daaronder vallen alle medische, verzekeringsgeneeskundige en arbeidsdeskundige informatie en rapportages, inkomensgegevens van voor en na het ongeval en een met bewijsstukken onderbouwde schadestaat.

Alle partijen zijn bij de zitting aanwezig, ook en vooral de benadeelde en de behandelaar/regelaar van de aangesproken verzekeraar.

De benadeelde krijgt via gerichte vragen - soms pas voor de eerste keer - een serieuze gelegenheid zijn kant van het verhaal te vertellen.

Alle relevante medische vragen dienen ter plekke te kunnen worden beantwoord, desnoods door een ter zitting aanwezige medisch adviseur.

Vervolgens moeten partijen de causaliteit tussen ongeval en schade toelichten.

Na een korte schorsing geeft de rechtbank een voor alle partijen inzichtelijk voorlopig oordeel, dat wél een indicatie is van hoe het uiteindelijke vonnis zal uitvallen.

Vervolgens worden ter zitting verschillende schadeposten behandeld.

Aansluitend hebben partijen tijdens een korte schorsing de mogelijkheid tot een regeling te komen, alvorens men er al dan niet voor kiest de rechter tot een vonnis te laten komen.

'Hoe overleef ik ... de toekomst?' - Drs. A. Kamphuis - futuroloog

Op een flitsende en onderhoudende manier confronteerde Kamphuis de aanwezigen met het feit dat zij, wat zij ook deden, altijd door de steeds sneller voortschrijdende technologie zullen worden ingehaald. De futuroloog noemde als voorbeelden de tussenhandel op het gebied van

•Hoe overleef ik... de toekomst Wildcards voor de 21ste eeuw

Don't Panic!

Arjen Kamphuis
kamphuis@synaction.nl

muziek, films, reizen, bankieren en beleggen en verzekeringen, die door het snel toenemende gebruik van Internet op steeds wankeler benen komt te staan. Maar men zou dat ook kunnen zien als een kans de vrijgekomen tijd te besteden voor constructieve zaken als vergaande specialisatie, kennisvermeerdering en besparing op ontwikkelingskosten. Ook gaf hij aan dat in de toekomst veel meer mogelijk zal zijn voor nu nog blijvende letsels.


Aanbevelingen

Het verspreid over de dag in subgroepen bespreken van de stellingen:

1. In het schaderegelingstraject wordt oneigenlijk gebruik gemaakt van de medisch adviseur om de schade te beperken dan wel op te kloppen;

2. De Gedragscode Behandeling Letselschade is gedoemd te mislukken;
3. Een harmoniemodel in de schaderegeling zal er nooit komen: het causaliteitsprobleem blijft altijd een juridisch steekspel; en
4. Het inschakelen van een rechter is voor partijen een brevet van onvermogen; wat de rechter kan, kunnen we zelf ook leidde tot een aantal aanbevelingen, namelijk:
 - Maak de code breed bekend onder het publiek
 - Laat de code niet mislukken want dan komt er een wettelijke regeling
 - Zorg voor een goede en praktische inrichting (personeel + ICT) bij verzekeraars
 - Benoem gezamenlijk één medisch adviseur
 - Laat beide medisch adviseurs overleg plegen voordat ze hun advies uitbrengen
 - Als je naar de rechter gaat, leg dan alleen het geschilpunt voor
 - Praat met zijn drieën voordat je naar de rechter gaat
 - Zoek nu eindelijk eens naar oplossingen
 - 'Ontjuridiseer' en stel het slachtoffer nu eens centraal
 - Laat de discussie over causaliteit achterwege en help slachtoffers weer aan het werk

Bij voltallige stemming kwam daarvan als favoriet (cijfer 8,6) naar voren: 'Zorg voor een goede en praktische inrichting (personeel + ICT) bij verzekeraars'.

Zoals een van de deelnemers na afloop opmerkte " ... of [de voorstemmers] nu verzekeraars waren die hun eigen administratie niet op orde vonden of juist belangenbehartigers/advocaten. We zullen het waarschijnlijk nooit weten." 

Lydia Verburg

Hoe beleven wij met elkaar ... wonderlijke waarheidsvindingen ..

Rond Pasen is het altijd aardig om te constateren dat wonderen nog altijd de wereld niet uit zijn. Medici kunnen tegenwoordig wonderbaarlijke genezingen uitvoeren; wat nog niet lang geleden onmogelijk leek, is vandaag de wonderlijke waarheid.

Er zijn ook wonderen van andere orde. Zo was het tot voor kort bijna ondenkbaar dat partijen die elkaar tot voor de hoogste rechter bevechten in de letselschade-procedures, elkaar nu regelmatig tegenkomen in allerlei regulier en informeel overleg. Daar wordt de patiënt steeds serieuzer genomen. Politiek heeft hier zeker invloed op gehad. Maar het is ook de intentie van het PIV zelf om meer volume toe te kennen aan de stem van de patiënt. Daar spreek ik dan ook mijn waardering voor uit.

Wonderlijk maar waar is dat twee hoofdelijk aansprakelijke figuren in de letselschadebranche over een gezamenlijke pre-existente factor beschikken. Theo Kremer, directeur van het PIV, en ondergetekende, voorzitter van de Whiplash Stichting, hebben ooit op dezelfde middelbare school in Overijssel gezeten, zij het dan in een verschillend tijdvak. Een dergelijke pre-X-factor leidt tot ervaringsdeskundigheid en lotgenotencontact, en draagt bij tot wederzijds begrip. Het is amusant om gezamenlijk te constateren dat de wijzen nog altijd uit het oosten komen. Onze wegen liepen echter verder gescheiden. Pas tijdens de expert meetings die leidden naar de Gedragscode kwamen wij elkaar tegen. Toen bevonden wij ons vaak aan verschillende kanten van de beleefde waarheid.

De Gedragscode is er gekomen, dankzij en ondanks veel medewerking en tegenwerking van allerlei betrokkenen. De Whiplash Stichting zelf heeft nog steeds grote bedenkingen tegen delen ervan, reden waarom de Stichting deze Gedragscode niet heeft ondertekend. Toepassing ervan ondersteunen wij zeker wel, maar de Stichting blijft van mening dat een aantal belangrijke problemen rondom het whiplash-syndroom in de letselschadeprocedure niet zijn opgelost. Iets wat overigens door de Aanbevelingen die de Gedragscode begeleiden duidelijk wordt aangegeven en wat nog verder inspanningen zal vergen, omdat de problemen op de werkvloer nog steeds groot zijn. Het is prachtig op collectief niveau predispositie van

de patiënt en het beschikken over gegevens in een voor alle partijen aanvaardbaar model te willen gieten; het lastige is de individuen, die in één dossier de beslissingen moeten nemen, allemaal aan dat model te laten voldoen. Tevens kunnen verschillende meningen over moeilijk objectiveerbare aandoeningen nog steeds tot ellendige discussies leiden, vooral voor de daarin dubbel getroffen patiënt.

Uitdagingen blijven er dus nog genoeg, zowel aan de kant van personenschade slachtoffers, als aan de kant van de professionals die aan weerszijden van dat slachtoffer belangen moeten behartigen. Ik blijf er dan ook voor pleiten dat bij al dat koele redeneren het warme hart voor het slachtoffer blijft kloppen. Er staan immers meer dan financiële aspecten op het spel. Voor het slachtoffer is allereerst van belang dat zoveel mogelijk de regie over het eigen leven hernomen dan wel behouden kan worden. Daarnaast speelt onzekerheid over een mogelijk verlies van arbeidsvermogen en daarmee aan financiële draagkracht een rol. Omdat dat voor een slachtoffer vaak moeilijk in te schatten is, is een deskundige belangenbehartiger die in een gedegen advies kan voorzien van groot belang. Immers, de tegenpartij bestaat meestal uit de deskundige schadeverzekeraar, niet de ondeskundige veroorzaker.

Intussen moet de whiplashpatiënt blijven wachten op het echte wonder: een techniek die de whiplash zichtbaar en daarmee inzichtelijk maakt. Ik weet niet wanneer, maar ik ben ervan overtuigd dat dit een keer zal gebeuren. Daarom wil ik mij vanuit de Whiplash Stichting blijven inzetten voor bevordering van onderzoek naar die wonderbaarlijke waarheidsvinding. Ik hoop eraan bij te dragen dat de stem van de patiënt loud and clear te horen zal blijven.

Mevrouw drs. G.W.L. (Lydia) Verburg-Balke,
Voorzitter Whiplash Stichting Nederland (WSN)

(De column is steeds op persoonlijke titel. Noch het PIV noch de Redactieraad zijn verantwoordelijk voor daarin geponeerde stellingen en/of visies. Een column bevat maximaal 630 woorden en de naam van de auteur wordt altijd vermeld. Red.)



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, journalist

Creatie & realisatie: Artmark BNO, Rijswijk

