

33 Lessen bij het passeren van de poort van het aansprakelijkheidsrecht in geval van letselschade

Verslag van het 28^e congres van de Vereniging van Letselschade Advocaten

Mw. mr. J.T. Hiemstra *

Op vrijdag 27 januari 2017 vond het 28^e LSA congres plaats in het chique hotel Huis ter Duin te Noordwijk aan Zee. Het thema van het congres, 'wie eist bewijst, wie stelt krijgt geld', bood ruimte voor een gevarieerd programma met uiteenlopende opvattingen van de verschillende sprekers en overige aanwezigen. Na het voorwoord van voorzitter Geertruid van Wassenauer met de verzoenende boodschap dat slachtofferadvocaat en verzekeraar beter naar elkaar zouden kunnen luisteren bij het nastreven van een rechtvaardige oplossing, was het woord aan de immer brutale doch scherpe en grappige dagvoorzitter Jort Kelder. In zijn welkomstwoord stelde hij het taalgebruik van juristen aan de kaak. In een instemmende reactie stelde Van Wassenauer onder meer dat het van belang kon zijn om meer in beelden te gaan denken. Dit bleek een terugkerende gedachte, waardoor het congres een moderne lading kreeg. Samen met de huisgemaakte petit fours bij de thee, het uitzicht op zee tijdens de lunch en de interessante lezingen werd het hierdoor een interessante dag.

De eerste spreker bepleitte direct al de toegevoegde waarde van het gebruik van beelden. Deze spreker, **Jasper Keizer**, had de zware taak zijn verhaal af te steken na door Jort Kelder als uitzonderlijk talent te zijn geïntroduceerd. Hij bleek de druk aan te kunnen en deed eer aan de uit de introductie voortgekomen hoge verwachtingen. Zijn verhoor had de titel 'Geef mij de feiten en dan geef ik u het recht' en ging in op de praktijk rondom het stellen en bewijzen, benaderd vanuit het perspectief van een slachtofferadvocaat. Keizer begon met de vraag of het bewijsrecht gezien wordt als een last of een lawyers paradise. Dat laatste is het in ieder geval niet, maar het is volgens de spreker ook niet zo vervelend als veelal wordt gedacht. Als je niet door de poort van het aansprakelijkheidsrecht komt, zoals Hartlief al eens zei, houdt het op. Gelukkig komen de wet en de rechtspraak de eiser tegemoet, zoals op grond van artikel 7:658 BW, 6:99 BW, de omkeringsregel, proportionele aansprakelijkheid, verlies van een kans en res ipsa loquitur. Indien de poort gepasseerd is, is er ten aanzien van de omvang van de schade wederom een aantal tegemoetkomingen, waarbij gedacht kan worden aan het arrest Vehof/Helvetia (NJ 1998/624). Vervolgens gaat Keizer in op de bewijswaardering. Of iets bewezen is, heeft een sterk subjectief karakter; het hangt af van het oordeel van de rechter. De spreker vraagt zich af hoe dit oordeel beïnvloed kan

worden en benadrukt het gebruik van beelden. Het gebruikmaken van bijvoorbeeld foto's zou empathie opwekken. In navolging hierop stelt de spreker dat emoties bij letselschade horen en dat ook het rechterlijk oordeel sterk geleid wordt door emoties, waarbij hij als voorbeeld het Hangmat-arrest noemt. Keizer meent dat dit arrest niet hetzelfde had geluid als het slachtoffer een gebroken arm had gehad in plaats van zeer ernstig letsel. De mens zou minder rationeel beslissen dan gedacht, ook bij het vellen van een juridisch oordeel, en het is daarom van belang om beelden te gebruiken. Beelden zouden, aldus de spreker, meer vertrouwen opwekken dan woorden. Concreet betekent dit dat gepoogd moet worden de toedracht en omvang van het ongeval te visualiseren. Denk bij de toedracht bijvoorbeeld aan beeldmateriaal van de locatie van het ongeval. De omvang zou gevisualiseerd kunnen worden door de gelaedeerde een videodagboek bij te laten houden. Dit is met name relevant als de gelaedeerde smartengeld vordert. Keizer citeert hierbij Chris van Dijk: 'bij beelden is er geen ontsnappen meer aan'. De spreker sluit af met de boodschap dat het de plicht is van de belangenbehartiger van de gelaedeerde om goede informatie te verstrekken door zich proactief, daadkrachtig en empathisch op te stellen, zodat de rechter tot een juist oordeel kan komen. Op de opmerking van Jort Kelder dat de nadruk op empathie en emotie Amerikaanse toestanden



* Promovenda en werkzaam als docent bij de vakgroep Privaatrecht en Notarieel Recht van de Rijksuniversiteit Groningen.

in de hand zou kunnen werken, antwoordt Keizer dat ons recht voldoende correctiemechanismes behelst om dergelijke toestanden te voorkomen. Een door zijn beroep als slachtofferadvocaat gekleurde presentatie, maar daardoor voor de toehoorders een erg nuttig verhaal.

Na Keizer was het woord aan **Ivo Giesen**. Het feit dat Giesen een leerstoel bekleedt, liet de dagvoorzitter vrezen dat er een kans bestond dat dit vertoog iets minder spannend zou zijn. Gelukkig bleek dit niet zo te zijn, want de koffiepauze liet nog minstens 40 minuten op zich wachten. ‘Voetangels en klemmen in het letselschadebewijsrecht’ was het onderwerp van de presentatie waarin Giesen drie thema’s centraal stelde: a) het anticiperen op de stelplicht en de (gemotiveerde) betwistingsplicht, b) het vooruit denken over de bewijslastverdeling en het bewijsaanbod, en c) het maken van inschattingen over de bewijswaardering door de rechter. Aan het eerste thema – de stel- en betwistplicht – refereert Giesen als een slangenkuil. Immers, als er te weinig gesteld is, houdt het op. Veel zaken worden op grond van artikel 149 Rv afgedaan, hetgeen goed is voor de productienormen en doorlooptijden. De spreker vraagt zich af of dit artikel soms te gemakkelijk – als een soort toverformule – wordt ingezet, terwijl de Hoge Raad doorgaans niet streng is ten aanzien van de stelplicht. Een voorbeeld hiervan is NJ 2011/601 over de eisen die gesteld moeten worden aan de stelplicht van een vrouw wiens man haar auto aan een derde heeft vervreemd. De Hoge Raad oordeelt dat het hof te hoge eisen aan de stelplicht van de vrouw omtrent haar schade heeft gesteld en dat zij slechts de feiten hoefde te stellen waaruit afgeleid kan worden dat zij schade heeft geleden. Deze stelplicht behoefde niet aan bijzondere eisen te voldoen. Soms is de Hoge Raad echter wel streng, waarbij Giesen wijst op het Rooyse Wissel-arrest (NJ 2011/598). In dit arrest was naar aanleiding van een arbeidsongeval artikel 7:658 BW in het geding en de Hoge Raad oordeelde in dit kader dat op de werkgever een zware stelplicht rust ten aanzien van de vraag of hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan. Giesen kwalificeert dit als rek- en strekwerk om artikel 7:611 BW te omzeilen, welk artikel daardoor als een uitzondering aangemerkt kan blijven. In het BTS-arrest (NJ 2015/182) enige jaren later is de Hoge Raad weer minder streng en blijkt dat het in het Rooyse Wissel-arrest om een uitzondering ging die gerechtvaardigd werd door de bijzondere omstandigheden van dat arrest, welke in het BTS-arrest niet aan de orde zijn. De tussenconclusie van Giesen is dat het om een ‘omstandigheden van het geval’-spel gaat bij de stelplicht. De spreker adviseert de toehoorders dan ook om proactief te zijn om door de ‘toegangspoort’ van het aansprakelijkheidsrecht te komen en de rechter niet de mogelijkheid te geven tot een afwijzing te komen omdat er onvoldoende gesteld is. Hij wijst hierbij als voorbeeld ten aanzien van de verzwaarde stelplicht op de exhibitieplicht. De boodschap van Giesen ter afsluiting van het eerste thema luidt dan ook: “Vertel uw

verhaal, stel, stel, stel, en stel tot u een ons weegt”.

Het tweede thema dat de spreker aansnijdt in zijn presentatie is de bewijslast en het bewijsaanbod. Giesen is van mening dat er in de praktijk weinig met de bewijslast wordt geëxperimenteerd en dat hier meer kansen liggen. Hij wijst er hierbij op dat in medische zaken niet alleen de verzwaarde stelplicht, maar ook de omkeringsregel toepasbaar is. Ten aanzien van het bewijsaanbod merkt hij op dat dit tijdig en adequaat moet zijn en dat de Hoge Raad hier streng in is. De Hoge Raad is echter niet alleen streng voor procederende partijen – het aanbod moet niet te vaag zijn – maar ook voor de rechter. Die mag geen feiten negeren en een zaak te snel afdoen.

Het derde thema dat Giesen aan de kaak stelt, is de bewijswaardering. Hoe de praktijkjurist hiermee volgens de spreker om moet gaan, wordt mij niet geheel duidelijk. Aangevangen wordt met de stelling dat anticiperen op de bewijswaardering zinloos is omdat dit afhankelijk is van teveel factoren. Het betreft het domein van de rechter en ook de Hoge Raad gaat daarin niet corrigeren, omdat het een domein van uiterst feitelijke aard is. Ook het gebruiken van het voorlopig getuigenverhoor als middel om te anticiperen op de waardering is niet nuttig. Immers, de uiteindelijke invloed van de getuige en de relatie van dit bewijsmiddel tot andere bewijsmiddelen en de waardering daarvan door de rechter is onvoorspelbaar. Het is enkel een nuttig middel voor de advocaat om de eventuele zwakte van de eigen zaak in te schatten. Voor het overige kan de advocaat zich in de ogen van de spreker beter richten op de presentatie van de feiten. De boodschap is duidelijk: anticiperen op waardering is zinloos. Echter, dan komt de spreker enigszins terug op deze zo stellig op de sheets geschreven stelling. Zo dient de advocaat zich wel bewust te zijn van de mogelijke variatie in de bewijsmaatstaf – soms mag deze niet te hoog liggen (bijv. HR Vehof/Helvetia, NJ 1998/624) – en dient hij de rechter hierop te wijzen. Daarnaast is anticiperen vooruitkijken en dat moet, en is zelfs onvermijdelijk, aldus de spreker. Zo worden complicaties namelijk vermeden en wordt de afwikkeling van de zaak versneld, hetgeen nastrevenswaardig is. Daarmee besloot Giesen zijn presentatie. Een waardevol verhaal met een hoge juridisch-inhoudelijke informatiedichtheid en veel praktische elementen.

Na een korte koffiepauze was de beurt aan **Aernout Santen** die dapper de taak had aanvaard om de in dit gezelschap wellicht impopulaire visie van de verzekeraar te verkondigen. Voor het verkleinen van de kloof hielp het niet dat de spreker voor aanvang van zijn presentatie in reactie op een vraag van de dagvoorzitter grapte dat het ‘wel gemakkelijk’ is ‘om zielig te doen’. Santen begon zijn presentatie met een verhaal over speltheorieën. Als er een spel gespeeld



‘Stel tot u een ons weegt.’



wordt, is het van belang dat er spelregels zijn en dat de spelers de spelregels kennen. Hiermee kan het gedrag van de spelers worden beïnvloed. Ook is de spelopvatting van de spelers van belang, met name voor de vraag of de andere spelers het spel weer willen spelen. Het nut van deze introductie werd duidelijk toen Santen de link legde naar het schadevergoedingsproces. Volgens de spreker is dit proces aan te merken als een spel. De spelregels van dit spel behelzen bijvoorbeeld de regels ten aanzien van de bewijslastverdeling. Als je het spel van het schadevergoedingsproces wilt winnen, is het van belang om het standpunt van de wederpartij 'flink onderbouwd' te betwisten, aldus de spreker. Terecht merkt hij op dat, als je dit goed doet, je de wederpartij erg ongelukkig kan maken. De spelregels maken het aannemen van een bepaalde houding echter noodzakelijk. Zo is het erg lastig om op een erkenning van een standpunt van de wederpartij terug te komen. Terugkomen op een afwijzing daarentegen is veel gemakkelijker. Dit leidt voor de verzekeraar tot het uitgangspunt dat bij twijfel in eerste instantie al hetgeen de wederpartij vordert afgewezen wordt. Dit gaat dermate ver dat zelfs een excuus van een hulpverlener aan de patiënt als gecompliceerd aangemerkt wordt door de verzekeraar, omdat dit zou kunnen leiden tot een erkenning. Volgens de spreker leiden de spelregels er echter toe dat partijen gedwongen worden het uiterste van het spectrum te kiezen. Doordat deze regels in mindere mate een rol spelen als het spel buiten rechte gespeeld wordt, kun je hier volgens Santen meer bereiken. Partijen zouden buiten rechte minder vechtlustig zijn en overleggen is daardoor gemakkelijker. Na enige felle opmerkingen uit het publiek over onder meer het al dan niet bestaan van een herverdelingsfunctie van een aansprakelijkheidsverzekeraar als Centramed, waar Santen werkzaam is, werd snel

duidelijk dat de spreker en de vragenstellers niet nader tot elkaar zouden komen en was het tijd om de gemoederen te bedaren tijdens de lunch.

Hoewel het na de lunch niet gemakkelijk was om met opperste concentratie terug de zaal in te gaan, bleek gelukkig al snel dat er een boeiende presentatie van rechter **Odilia van Dam** op het programma stond. Van Dam sprak met name over haar eigen ervaringen als rechter. Centraal stond de vraag hoe de rechter het dossier benadert. De spreker stelde voorop dat bij de beoordeling van het dossier en overleg daarover met collega's altijd de volgende vragen naar voren komen: wat hebben partijen gesteld? Is dat onderbouwd naar voren gebracht? Het advies van de spreker aan de aanwezigen in de zaal is om bij de rechter een verhaal te vertellen waar geen speld tussen te krijgen is. Dit kan bereikt worden door onder meer vooruit te denken, te anticiperen, onderzoek te doen, naar het dossier te kijken als advocaat van de duivel en niet alles aan te nemen wat de cliënt zegt maar door te vragen. In het kader van het anticiperen is het volgens de spreker tevens van belang om te kijken of de (omvang van de) schade het nemen van bepaalde stappen waard is. Zo kan het inschakelen van een deskundige er soms toe leiden dat de zaak erg lang gaat duren en 'vooruit geschopt wordt' van de ene naar de andere deskundige. Ten aanzien van het leveren van bewijs benadrukt Van Dam dat het van belang is om als partijvertegenwoordiging stil te blijven staan bij de vraag waar het bewijs precies voor aangedragen wordt. Het moet steeds gaan om feiten en omstandigheden op grond waarvan de gestelde norm zou zijn geschonden. Na nog kort te hebben stilgestaan bij de comparitie en het al dan niet aansturen op een schikking, sluit de spreker af met de vraag of de taakomschrijving van de rechter zou moeten veranderen: moeten



Schadevergoedingsproces is aan te merken als een spel.



28^e LSA SYMPOSION
27 januari 2017



we toe naar een rechter ‘nieuwe stijl’ die niet alleen maar de mogelijkheid heeft om tot een juridische beslissing te komen, maar ook een andere, voor partijen meer duurzame beslissing zou kunnen nemen? Van Dam lijkt hier niet onverdeeld enthousiast over omdat volgens haar hierbij het gevaar op de loer ligt dat de rechter de positie van dienstverlener inneemt en daarmee het aanzien in de rechtszaal verliest. Bovendien gaat het soms ook “gewoon om een principiële kwestie”, aldus de spreker.

Vervolgens gebod het programma de volgende spreker, **Bart Neervoort**, iets te vertellen over mediation. Volgens Neervoort, mediator van beroep, wordt er nog te weinig gebruik gemaakt van mediation. In niet principiële zaken zouden partijen er met bijstand van twee professionals in meer gevallen onderling uit moeten kunnen komen. Indien partijen kiezen voor mediation, dan is de taak van de mediator om hetgeen mis is gegaan weer proberen te stroomlijnen. Het doel van mediation is het zoeken naar een vanuit ieders belang optimale oplossing door vrijwillig en vertrouwelijk te onderhandelen. Door het hanteren van een harmoniemodel en geen strijdmodel kan door samenwerking tot een rechtvaardige oplossing worden gekomen waar partijen tevreden mee zijn. Het met behulp van mediation zoeken naar een rechtvaardige oplossing werpt de vraag op wat dit behelst. Volgens Neervoort moet een rechtvaardige oplossing interactioneel (in de bejegening), procedureel, distributief (in de verdeling van de schade) en retributief (ten aanzien van vergelding) rechtvaardig zijn. Het proces van mediation vangt aan met een conflictdiagnose: wat zit er achter, wat is de perceptie van partijen en is er een reden voor die perceptie? Daarna is het van belang om te kijken wat de belangen zijn van partijen. Zo kan een slachtoffer op zoek zijn naar erkenning en excuses voor de daad of het proces, behandeling van de schade, zich gehoord en begrepen voelen, een oplossing op korte termijn, grip krijgen op zijn of haar leven, het wegnemen van financiële onzekerheid en maatregelen ter voorkoming van herhaling. Een belangenbehartiger van partijen zal het doorgaans te doen zijn om geld, tevredenheid van de klant, reputatie en het behouden van voldoende werk. Voor een verzekeraar kan het van belang zijn om de schadelast te beheersen, het dossier snel te behandelen en de reputatieschade te beperken. Of mediation voor deze partijen een geschikte oplossing is, hangt af van de stand van zaken van het dossier, de communicatie tussen professionals en de onderhandelingsbereidheid. ‘Wie eist krijgt niets. Wie zich coöperatief opstelt krijgt geld.’, aldus de conclusie van de spreker.

Na de theepauze is het de beurt aan **Lars Duursma**, wereldkampioen debatteren, om de aanwezigen iets bij te brengen over de kunst van het overtuigen. De presentatie van Duursma legt de focus op de overtuigingsstactieken van Obama en Trump. Het advies van de spreker is om het gebruik van teveel ingewikkelde woorden en

schrijftaal te vermijden, beeldend te spreken (zoals Obama) en zinnen af te sluiten met de woorden waar de meeste nadruk op dient te worden gelegd (zoals Trump). Zeg dus niet: er heeft een verschrikkelijk ongeluk plaatsgevonden, maar: er heeft een ongeluk plaatsgevonden en het was verschrikkelijk. Een bijzonder vermakelijke en leerzame presentatie die zorgde voor een luchtige afsluiting van de dag.

Na woorden van dank van de dagvoorzitter en een drukbezochte borrel, was het tijd om vol nieuwe informatie en inspiratie naar huis te gaan en terug te kijken op een geslaagd LSA congres.

“ ”
Mediator probeert te stroomlijnen wat is misgegaan.

..... ”