

Een pleidooi voor alternatieve oplossingen

Het recht op mediation in letselschadezaken uit de kast

Letselschadebehandeling is mensenwerk en de benadeelden zijn kwetsbaar. In enkele duizenden zaken per jaar loopt de behandeling spaak, door een inhoudelijk verschil van mening of door verstoring van de communicatie. Harde, lange procedures zijn het gevolg, waarmee het leed ernstig wordt vergroot. Dat is onnodig: in veel gevallen leidt mediation sneller en met minder bijkomend leed tot een oplossing. Waarom wordt het nog zo weinig toegepast?

letselschade

Door **Lydia Charlier**

Illustratie: **Tamar Rubinstein**

Er gaat bij de afhandeling van letselschadezaken veel goed: 90 procent van de letselschades wordt binnen twee jaar afgewikkeld.¹ In 10 procent van de gevallen lukt dat niet. Het aantal complexe, langlopende letselschadezaken neemt toe. In 2017 betrof het zo'n 6.500 zaken. Richard Weurding, algemeen directeur van het Verbond van Verzekeraars, zette recentelijk de cijfers over 2018 op een rij: 'Jaarlijks ontvangen 71.000 Nederlanders een letselschadevergoeding van verzekeraars op grond van onder andere een ongeval in het verkeer, een medische fout of een bedrijfsongeval.'² In 2018 waren er zo'n 7.100 complexe zaken, die een doorlooptijd hadden van meer dan twee, en vaak van vijf tot vijftien jaar.

De oorzaken

Een van de oorzaken van die toename is onvoldoende capaciteit bij de verzekeraars, aldus Weurding. In zo'n tweeduizend zaken per jaar is de oorzaak gelegen in inhoudelijke meningsverschillen tussen verzekeraars en belangenbehartigers. Het Neder-

landse systeem lokt een confronterende opstelling (het toernooimodel) uit omdat men ernaar streeft om het slachtoffer zoveel mogelijk naar een situatie te brengen die vergelijkbaar is met die van voor het ongeval, ook als dat door blijvende beperkingen onhaalbaar is. Een andere complicerende factor is dat de werkelijke schade moet worden vergoed: die is lastig vast te stellen. Hierdoor rijzen de buitengerechtelijke kosten de pan uit.

In de meeste gevallen is de benadeelde niet in staat de juridische materie zelf te doorgronden. Hij wordt daardoor afhankelijk van de verzekeraar. Hij schakelt een belangenbehartiger in die het proces kent, maar daarmee gaat het rechtstreekse contact en de verbinding tussen de benadeelde en de verzekeraar verloren. Dat bergt al het risico in zich van verlies van vertrouwen tussen de partijen. Bovendien vinden veel verzekeraars het een nadeel dat slechts een deel van de belangenbehartigers een kwaliteitstoets heeft afgelegd. Dat wreekt zich bij de behandeling van de zaak.

Belangenbehartigers zien de oorzaken van de toename anders dan Weurding: zij wijzen op een gewijzigde koers bij de verzekeraars, die tot een verharding in de afhandeling van letselschadeclaims heeft geleid. Een enquête onder de leden van de Vereniging van Advocaten voor Slachtoffers van Personenschade (ASP) in 2017 wees uit dat een meerderheid van de advocaten die verharding onderkent. ASP luidde daarom in 2017 de noodklok en pleitte voor politiek ingrijpen.³ Het is nu 2020 – er is nog niet veel veranderd. Wel kende de rechter onlangs € 10.000 extra smartengeld toe in een whiplashzaak die twintig jaar had geduurd.⁴ De Letselschade Raad verricht inmiddels op last van de minister van Justitie en Veiligheid onderzoek naar de oorzaken van de lange doorlooptijden. De resultaten daarvan werden al eerder verwacht, maar zijn er nog niet. Naar verwachting wordt het onderzoek in het voorjaar van 2020 afgerond.⁵

De complexiteit: de twijfelzone

Belangenbehartigers aan beide zijden doen gedurende de behandeling feitenonderzoek. Dat is een lastige zoektocht. In deze complexe zaken valt vaak niet alles te weten. De wetenschappelijke meetlat is regelmatig te kort, en dat is lastig. Dat is vaak het geval bij medischefoutzaken, beroepsziektezaken en zaken met moeilijk objectiveerbare klachten. Dan treedt de twijfelzone in, waarin beeldvorming een grote rol speelt.

Aan beide zijden ontwikkelen experts, juristen en advocaten hun eigen scenario's en bepleiten ze dat die *dé* realiteit het best benaderen. Vanwege die verschillende visies op het verleden en het daaruit af te leiden toekomstscenario lukt het in de langlopende letselschadezaken vaak niet om partijen bij elkaar te brengen. De uiteenlopende benaderingen voeden het onderlinge wantrouwen.

Dat is geen vruchtbare bodem voor het realiseren van een voor beide zijden acceptabele schadeafhandeling. Het is zaak dat partijen elkaar in letselschadebehandeling, en zeker in de twijfelzone, weer leren zien. Polariserend gedrag brengt de zaak niet vooruit. En ook het (onnodig verlengen van het) rouwproces van de betrokkene helpt niet. Dick Allewijn, bijzonder hoogleraar mediation, zegt daarover: 'Juridisering is berusten in vertrouwensverlies.⁶ Hij pleit voor het terugbrengen van vertrouwen in de relatie. Een pleidooi dat ik van harte ondersteun.

In de twijfelzone is het zaak dat de autonomie van de betrokkene wordt hersteld, en hij in staat wordt gesteld om – goed geïnformeerd – zijn eigen beslissingen over zijn toekomst te nemen. Het rouwproces van de benadeelde moet in dat proces worden gezien en voltooid. Juridische procedures doen dat niet, mediation wél.

Gedragscode Behandeling Letselschade

Het belang van mediation is tot de letselschadesector doorgedrongen. De Gedragscode Behandeling Letselschade (GBL) beoogt om mediation in letselschadezaken te bevorderen.⁷ Gedragsregel 8 GBL voorziet in het recht op mediation na een doorlooptijd drie jaar: 'Volgens het Verbond behoort de verzekeraar haar betrokken schadeafdeling na twee jaar altijd een interne second opinion te laten vragen. Mocht de behandeling van een letselschadeclaim langer duren dan drie jaar en de benadeelde is niet tevreden over de aanpak door de verzekeraar, dan heeft hij recht op onafhankelijke bemiddeling, zoals mediation.'

De gedragscode is bindend voor de leden van het Verbond van Verzekeraars en de organisaties die zijn ingeschreven in het Register GBL van De Letselschade Raad. Hoewel de GBL spreekt van een *recht*, heeft niet-naleving van de code geen (in de GBL geregelde) consequenties.

Het is zaak dat partijen elkaar in letselschadebehandeling, en zeker in de twijfelzone, weer leren zien

Gedragscodes beschrijven hetgeen in een bepaalde (beroeps)groep als zorgvuldig handelen wordt gezien. Dat blijkt met regelmaat uit de jurisprudentie van de Hoge Raad.⁸ Het niet-voldoen aan gedragsregel 8 GBL door de verzekeraar kan daarmee onder omstandigheden onzorgvuldig en onrechtmatig zijn (ofwel: een onrechtmatige daad opleveren in de zin van artikel 6:162 Burgerlijk Wetboek). Sommige belangenbehartigers zijn onderworpen aan hun eigen gedragsregels. Voor advocaten gelden bijvoorbeeld de Gedragsregels advocatuur: gedragsregel 5 stelt dat een regeling in der minne – waartoe mediation een middel kan zijn – de voorkeur verdient.⁹ In de gedragsregels van het Nederlands Instituut Van Register-Experts (NIVRE) komt het woord mediation evenwel niet voor.

Een goede belangenbehartiger moet dus bij het bepalen van oplossingsstrategieën de mogelijkheid van mediation serieus met zijn cliënt bespreken.

Wat weerhoudt partijen?

Ondanks alle goede bedoelingen van de GBL is mediation in letselschadezaken nog geen gangbare manier van oplossen geworden. Wat weerhoudt partijen van het inzetten van mediation in ernstige letselschadezaken die langer dan drie jaar lopen? En over welke aantallen spreken wij?

Een aantal verzekeraars verzendt een ‘driejaars-brief’ aan de gesprekspartner, waarin zij de mogelijkheid van mediation aanbieden aan de betrokkenen, maar dat leidt slechts in een klein aantal gevallen tot het daadwerkelijk inzetten van mediation.¹⁰ Uit cijfers van het Verbond van Verzekeraars en de Nederlandse Vereniging van Mediators in het Verzekeringswezen (NVMV) blijkt dat het in 2018 in letselschadezaken om niet meer dan zo’n honderd zaken per jaar gaat.

Voorstel Weurding

Richard Weurding doet namens de verzekeraars een aantal voorstellen om tot verbetering te komen:

- een stelsel waarin sprake is van minder polarisatie door en voor betrokken partijen;
- adequate hulp voor het slachtoffer;
- een faire en transparante schadevergoeding waarbij gelijke gevallen een gelijke uitkomst hebben;
- een stelsel waarbij doorlooptijden aanzienlijk kunnen worden bekort en waarbij sneller duidelijkheid ontstaat;
- een stelsel waarin slachtoffers zich meer gerespecteerd en bijgestaan voelen.

Zodra het ‘schuurt’ is mediation een middel om de verhoudingen te herstellen en een gezamenlijke weg vooruit te vinden

Opvallend is dat Weurding mediation niet concreet benoemt, hoewel het een recht is dat is neergelegd in gedragsregel 8 van de GBL. Met mediation kunnen veel van deze doelen worden gerealiseerd. Mediation leidt bovendien tot een substantiële vermindering van de schadelast.

Cijfers uit het werkveld

Uit een voorlopige cijfermatige analyse uit de markt blijkt nu al het volgende.¹¹

- Circa 80 procent van de zaken wordt pas voor een mediation aangemeld na veertig tot honderd

maanden. De meeste later dan zestig maanden na het ongeval (art. 8 van de GBL spreekt over het recht op mediation na 36 maanden).

- De looptijd voorafgaand aan een mediation is factor 18 langer dan de tijd benodigd voor een totaal mediationtraject (inclusief eventuele deelonderzoeken).
- Circa 91 procent van deze zaken wordt opgelost in minder dan zestien contacturen tussen mediator en partijen.
- De kosten zijn zo’n 20 procent van een gerechtelijk traject.
- De klanttevredenheidsscore in zaken waarin partijen vooraf ernstig van mening verschilden is opmerkelijk: 9,1 aan slachtofferzijde, 8,8 aan verzekeraarszijde en 8,4 aan de zijde van de belangenbehartiger.
- Nog effectiever blijkt snellere inzet van mediators als bemiddelaars na drie jaar met mogelijkheid tot een forse besparing op de looptijd tot gemiddeld wel anderhalf jaar en op contacturen van beiderzijde professionals, buitengerechtelijke kosten, langlopende discussies en schadelast.

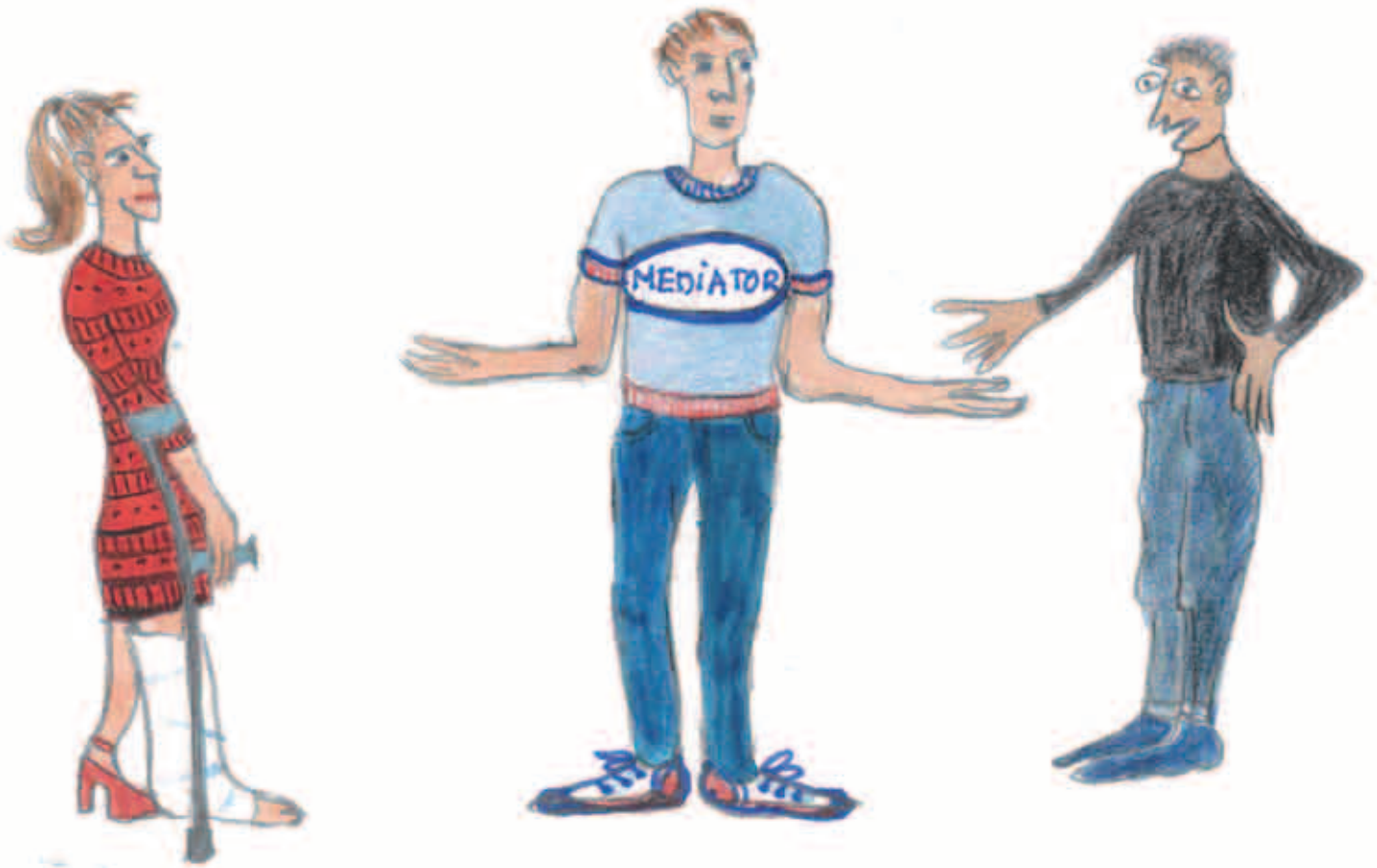
Timing

Mediation kan voor de behandeling (en de resultaten) van een letselschadezaak veel meer zijn dan alléén een middel om tot een *eindoplossing* te komen. Mediation inzetten betekent verbinden waar contact en vertrouwen verloren dreigen te gaan, in elke fase van het proces. Zodra het ‘schuurt’ is mediation een middel om de verhoudingen te herstellen en een gezamenlijke weg vooruit te vinden.

In vrijwel alle langdurige letselschadezaken is gehele of gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid aan de orde. Het re-integreren van een deels arbeids(on)geschikte werknemer is van eminent belang, voor de betrokkene zelf, voor diens werkgever en voor de verzekeraar. Investeren in de re-integratie, al in een vroeg stadium, levert aan het einde pure winst op.

De kansen van de arbeidsgehandicapte werknemer op de arbeidsmarkt zijn gering. Het is dus van belang dat in de eerste fase van de wachtermijn van 104 weken de betrokkene, de werkgever en de verzekeraar zich maximaal inzetten voor re-integratie bij de eigen werkgever. Als dat niet in de eigen functie kan, dan wel in aangepast of passend werk.

Doet de werkgever niet voldoende aan re-integratie dan legt het UWV een sanctiejaar op. Niet zelden treedt een arbeidsconflict op gedurende de WIA-wachtermijn of gedurende een door het UWV opgelegd sanctiejaar. De bedrijfsarts, de Wet verbetering poortwachter en het arbeidsrecht spelen dan een grote rol. Als de bedrijfsarts mediation adviseert kunnen zowel medewerker als werkgever dat moeilijk weigeren.¹² In deze fase kan mediation voor



alle partijen van groot belang zijn: overleg tussen de werknemer, de werkgever en de verzekeraar kan bijdragen aan het welslagen van de re-integratie van de betrokkene en het oplossen van het conflict.

Binnen de letselschadebehandeling wordt in mijn ervaring in deze fase te weinig aandacht aan de re-integratie van de betrokkene besteed. Dat is een gemiste kans. Investeren in de re-integratie en het oplossen van conflicten levert voor alle partijen pure winst. Mediation bewijst daarin zijn diensten.

Kansen in een mediation

Bodemprocedures met doorlooptijden van jaren en jaren bieden geen soelaas. Deelgeschilprocedures kunnen de zaak op de inhoud vooruithelpen, maar bieden geen verlichting voor verstoorde communicatie en wantrouwen. Ik pleit voor een simpeler oplossingsstrategie: waar het schuurt is de mediator als geen ander geoutilleerd om het vertrouwen – waar nodig in een tripartiet overleg – te bevorderen.

De kern van mediation is dat het een ‘simpele’ oplossingsstrategie is. Simpel in die zin dat partijen met elkaar in gesprek zijn over hetgeen hen werkelijk beweegt. Simpel in die zin dat we onze hersenen kunnen gebruiken voor datgene wat er werkelijk toe doet: elkaar te leren begrijpen en van daaruit stappen te zetten. Simpel in die zin dat dat gesprek – onder strikte vertrouwelijkheid en onder leiding



TR20

van een materiedeskundige en onafhankelijke derde – leidt tot inzicht in de eigen en elkaars mogelijkheden en grenzen, om op basis van die informatie een goed geïnformeerde keuze te kunnen maken. Simpel betekent evenwel niet: eenvoudig. Het vergt moed en mondigheid om tot robuuste oplossingen te komen.

In een mediation kan het verloren gegane contact en de verbinding worden hersteld. Dat geeft houvast. Gek genoeg is die houvast in mijn ervaring de voorwaarde om het conflict los te kunnen laten en de draai te kunnen maken naar de oplossing. Daarbij zijn overigens goed geoutilleerde letselschade-experts en belangenbehartigers aan de mediantafel onontbeerlijk.

Als de betrokkene, samen met de verzekeraar, beslist, krijgt hij iets belangrijks terug: de verantwoordelijkheid over zijn eigen leven. Dat is een van de redenen voor de zeer hoge tevredenheidsscores over media-

Investeren in de re-integratie en het oplossen van conflicten levert voor alle partijen pure winst. Mediation bewijst daarin zijn diensten

tion aan de kant van het slachtoffer. Hij is ineens geen slachtoffer meer, maar eigenaar van de oplossing.

Aanbevelingen

Gedragsregel 8 is aan verdere ontwikkeling toe. Ik roep het Verbond van Verzekeraars op om deze gedragsregel aanzienlijk aan te scherpen. Ik meen dat er ten minste vijf momenten zijn aan te wijzen waarop verzekeraars een middel als mediation zouden moeten inzetten:

- gedurende de 104 weken wachttermijn voor de WIA – indien de werkgever tekortschiet in de re-integratie of een arbeidsconflict dreigt;
- met ingang van een door het UWV opgelegd sanctiejaar;
- indien er sprake is van toenemend conflictgedrag in de zin van de escalatieladder van Glasl;
- na een maximale doorlooptijd van drie jaar;
- voorafgaand aan de rechtsgang in de bodemprocedure.

Ik roep voorts het Verbond van Verzekeraars op een dringende aanbeveling te doen om de polisvoorwaarden van rechtsbijstands- en aansprakelijkheidsverzekeringen van een mediationclausule te voorzien. In een dergelijke clausule kan dwingend worden bepaald dat, alvorens een procedure wordt gevoerd, eerst mediation moet worden beproefd.¹³ De gang naar de rechter kan altijd nog.¹⁴ Een dergelijke aanbeveling past in de doelstelling van maatschappelijk verantwoord ondernemen. Voor De Letselschade Raad, het keurmerk Letselschade en het NIVRE geldt hetzelfde. Ook zij kunnen dezelfde voorwaarden stellen aan de aangesloten experts en belangenbehartigers. Mijn oproep herhaal ik ook voor hen. ●

Noten

1. J.M. van de Laar, 'Ervaringen van een mediator in letselschadezaken', *Verkeersrecht* 2010 nr. 5; L.E.M. Charlier, 'Mediation in letselschadezaken: de waarde van geluk of gelijk', *Letsel & Schade* 2010 nr. 2; J.M. van de Laar en W.G.B. Neervoort, 'Letselschade mediation; waarom, wanneer en hoe werkt het?', *Tijdschrift voor Letselschade in de Praktijk* 2015; L.E.M. Charlier, 'Mediation in letselschade blijft ten onrechte achter', *Letsel & Schade* 2018 nr. 3.
2. Symposium over letselschade, Erasmus School of Law, december 2019.

3. 'Kamervragen opstelling van verzekeraars bij letselschade', *fintool.nl*, 19 juni 2018.
4. ECLI:NL:GHARL:2018:10759; eerder had in 1988 Rechtbank Alkmaar 15 december 1988, ANWB/VR 1997, nr. 78 al in vergelijkbare zin geoordeeld. Ook J. Misana, toenmalig lid van de Raad van Advies van het Instituut voor Personenschade stelde in het *Assurantie Magazine* van 4 februari 2000 dat een lange looptijd schadeverhogend werkt door de daarmee gepaard gaande psychische belasting. A.J. Verheij stipt het onderwerp ook aan in zijn proefschrift *De vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, Nijmegen: Ars Aequi 2002.
5. Onderzoek wordt verricht vanuit de Universiteit Utrecht, onder leiding van dr. R. Rijnhout. De resultaten van het onderzoek zijn tijdens het schrijven van deze bijdrage (maart 2020) nog niet bekend.
6. Paul de Kuypere, 'Hoogleraar mediation: "Juridisering van verzekeringsconflicten is berusten in vertrouwensverlies"', *AMweb*, 28 juni 2018.
7. De Letselschade Raad, *Gedragscode Behandeling Letselschadezaken* 2012, te vinden op deletselschaderaad.nl.
8. Zie bijvoorbeeld HR 2 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0377, *NJ* 2001/649, rov. 3.4.1.; HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:942, *NJ* 2015/20 rov. 5.2.1.; HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176, rov. 3.4.5.
9. Uit de toelichting bij deze gedragsregel blijkt dat de Commissie Herijking Gedragsregels zich in 2018 bewust was van het opkomen van mediation als alternatief voor een juridische procedure. Van een advocaat mag blijkens de toelichting worden verwacht dat hij mediation met zijn cliënt bespreekt.
10. In de driejaarsbrief wijzen verzekeraars op art. 8 GBL.
11. Met dank aan Gerrit Hulsbergen, MfN-mediator en directeur van Het Letselhuis, voor zijn analyse uit de mediationpraktijk.
12. Werknemer: ECLI:NL:GHSHE:2020:372; werkgever: ECLI:NL:HR:2019:1443.
13. Dit roept in geval van een rechtsbijstandsverzekeringpolis de vraag op of een dergelijke bepaling als voorliggende voorziening in strijd is met de vrije advocaatkeuze. Begin 2016 oordeelde de Duitse rechter, het Bundesgerichtshof (BGH), dat een 'verplichte' mediationclausule in een rechtsbijstandspolis is toegestaan, en niet in strijd is met de vrije advocaatkeuze. Zie Bundesgerichtshof, Beschluss vom 14.01.2016 -1 ZR 98/15, <https://bit.ly/2oBtLUk>.
14. ECLI:NL:RBROT:2015:843



Lydia Charlier is mediator in letselschade- en arbeidsconflicten, en tevens letselschadeadvocaat; zij schrijft dit artikel op persoonlijke titel.