

Artikel

Assurance oblige!

Mr. J.M. Tromp*

1. Inleiding en opzet

In 2009 verscheen mede onder mijn redactie het boek *Kind en Schade: wat nu?*¹ Dat boek gaat over ernstig en blijvend letsel van kinderen, waarvoor een derde aansprakelijk is. In hoofdstuk 1 doet Lindenberg verslag van zijn interviews met vier (toen inmiddels volwassen) personen die op zeer jeugdige leeftijd slachtoffer werden.² De rode draad van dat verslag is (i) dat schadevergoeding buitengewoon zinvol is, (ii) dat de kinderen naar maatstaven van nu (lees: 2009) te weinig vergoeding hebben ontvangen en (iii) dat zij voor die vergoeding te hard hebben moeten knokken.

Het multidisciplinaire boek *Kind en Schade: wat nu?* bevat een schat aan (nog steeds actuele) informatie over diverse medische, juridische en rekenkundige onderwerpen in verband met de schaderegeling van ernstig en blijvend letsel van (zeer) jonge kinderen. De conclusie van Akkermans in het voorwoord was (en is dat waarschijnlijk nog steeds) dat wij alles zouden moeten doen om de positie van ernstig gewonde jonge kinderen en hun familie te verbeteren. Nu, tien jaar later, vat ik die oproep samen met: assurance oblige!

* Mr. J.M. (Maarten) Tromp is advocaat en mediator te Rotterdam, rechter-plaatsvervanger bij de Rechtbank Noord-Nederland en docent overlijdensschade in de Specialisatieopleiding Personenschade aan de Grotius Academie. Hij publiceert regelmatig over onderwerpen op het terrein van de personenschade.

1. S.D. Lindenberg, F.Th. Kremer & J.M. Tromp (redactie), *Kind en Schade: wat nu?* Den Haag: PIV, 2009, met bijdragen van S.D. Lindenberg, R.E.E.M. Artoos, A. Meester-Delver, W.C.G. Overweg-Plandsoen, R. Mogge, M.F. Vermaat, R.M.J.T. van Dort, F.Th. Kremer, M.J. Neeser, J. Sap & J.M. Tromp.
2. S.D. Lindenberg, 'Vier kinderen en hun lotgevallen in het aansprakelijkheidsrecht', in: *Kind en Schade: wat nu?* Den Haag: PIV, 2009, p. 13-36.

De hoop was er destijds op gericht dat het boek een inspiratiebron zou vormen om de schaderegeling van jonge slachtoffers verder te helpen. In dit artikel wil ik nagaan in hoeverre dat is gelukt. Daartoe licht ik eerst de tendens naar een herstelgerichte schaderegeling toe (§ 2). Daarna houd ik een pleidooi voor de introductie van een nieuwe schadepost: het gezin als schadelijder (§ 3) en beantwoord ik de vraag wie het gezin kunnen helpen (§ 4). Vervolgens ga ik nader in op de moderne schadepost: zorgschade (§ 5), waarna ik aan de hand van een voorbeeld uit de eigen praktijk de vaak voorkomende praktische problemen illustreer (§ 6). Ik sluit af met een samenvatting en enkele aanbevelingen (§ 7).

2. Wat willen wij vergoeden en hoe doen wij dat?

Het doel van schade vergoeden is 'herstel in de oude situatie'. Bij personenschadezaken met blijvend letsel is dat vaak lastig. Want hoe bepaal je hoe de situatie zonder ongeval zou zijn geweest? Hoe jonger het slachtoffer, hoe moeilijker dat is. De schaderegeling kan klassiek worden vormgegeven, maar er worden ook moderne varianten toegepast. Uiteraard is een combinatie ook mogelijk, omdat de ene methode de andere niet hoeft uit te sluiten.

Onder het klassiek schaderegelen versta ik de uitwerking van de formule $X - Y = \text{Schade}$. De X staat daarbij voor de situatie *zonder* het ongeval en de Y voor de situatie *met* het ongeval. Die formule wordt in de praktijk uitgewerkt door het antwoord te zoeken op de volgende drie vragen: (i) Welk letsel heeft het slachtoffer opgelopen? (een vraag naar klachten), (ii) Wat kan het slachtoffer *daardoor* niet meer? (een vraag naar beperkingen) en (iii) Wat zijn *daarvan* de financiële consequenties? (een vraag naar de omvang van de schade). Op elk niveau

kunnen stevige discussies ontstaan. Niet alleen in verband met (het verschil tussen) de medische en juridische causaliteit, maar ook in verband met het feit dat het moeilijk is om de X te bepalen. Alsdan kunnen een of meer abstracties wenselijk en behulpzaam zijn.

Mede daarom is de laatste jaren een tendens waar te nemen naar modern schaderegelen. Modern schaderegelen is meer herstelgericht en gaat uit van wat nodig is om voor de toekomst adequate huisvesting met voldoende zorg/toezicht en kwaliteit van leven te garanderen. In die benadering wordt de nadruk niet meer gelegd op het onderzoeken van hoe de X eruit zou hebben gezien. Het accent wordt dan gelegd op het optimaliseren van de Y.

Een vaak gehoorde vraag:

Is in het moderne schaderegelen nog wel plaats voor het vergoeden van verlies aan arbeidsvermogen? De rechtvaardiging voor het stellen van die vraag is gelegen in de gedachte dat er in het moderne schaderegelen geen kosten voor een slachtoffer overblijven die anders uit het inkomen zouden zijn betaald.

Dat is echter alleen het geval als het slachtoffer wordt opgenomen in een van overheidswege gefinancierde instelling waar 24/7 professionele hulp aanwezig is en waarbij (i) de woonlasten, (ii) de voeding en (iii) de persoonlijke en medische begeleiding zijn geregeld. Dat zal niet vaak voorkomen. Voor 'huur' en 'voeding' moet steeds vaker apart worden betaald. Bovendien heeft het slachtoffer een door de aansprakelijke verzekeraar te respecteren keuzevrijheid ten aanzien van de huisvesting. Het is verdedigbaar te stellen dat voor die keus met een schuin oog mag worden gekeken naar hoe de huisvesting zou zijn in de X. De verzekeraar kan een slachtoffer namelijk niet verplichten om van 'een kasteel' te verhuizen naar 'een hut op de hei'. En een slachtoffer kan het omgekeerde van de verzekeraar niet eisen.

Als het slachtoffer kiest voor een bij zijn X passende zelfstandige woonvorm, dan zullen er doorgaans geen kosten zijn die niet meer worden gemaakt. Pas als (en naar mate) de feitelijke omstandigheden in de Y-situatie (meer) bestaan uit verpleging en verzorging die vanuit de algemene middelen worden gefinancierd, kan de schade van het slachtoffer afnemen. Aldus is de mate van zelfstandigheid van het leven van het slachtoffer de sleutel voor de hoogte van de schadevergoeding.³

Assurance oblige. Vroeger werd dat bij ons thuis vrij vertaald als: de grootste zak betaalt. Tegenwoordig komt een verzekeraar daar niet meer mee weg. Er is meer dan schade vergoeden alleen. Herstel in de oude situatie komt bij personenschade in feite neer op herstel in auto-

nomie.⁴ Ontdaan van alle franje komt herstel in autonomie neer op 'ontzorgen' en 'nieuw perspectief' bieden.

Voor een succesvol herstelgericht schaderegelingsproces is nodig dat verzekeraars anders tegen slachtoffers aankijken dan zij in het klassieke schaderegelingsproces doorgaans doen.⁵ Voor het optimaliseren van de Y is namelijk een andere houding en mentaliteit nodig dan voor het uitwerken van de formule $X - Y = \text{Schade}$. Het onderzoeken van de X kan leiden tot polarisatie en juridisering. Dat leidt vaak tot stress. Aldus verhoogt dat de secundaire victimisatie. Voor het optimaliseren van de Y is juist samenwerking met veel personen en instanties nodig. En empowerment van het slachtoffer. Dat vergt verzoening en erkenning.

3. Een pleidooi voor de schadepost: het gezin als schadelijder?

Het credo luidt: slachtoffer centraal, maar in de praktijk voelen veel slachtoffers zich niet serieus genomen. Als partijen het slachtoffer werkelijk centraal willen stellen en/of serieus willen nemen, dan moet men ook oog hebben voor diens sociale omgeving, waaronder het gezin. De impact van ernstig letsel van een jong kind op het gezin moet niet worden onderschat.

Een voorbeeld uit de eigen praktijk

Een jongen van 14 jaar loopt ten gevolge van een ongeval hersenletsel op (niet-aangeboren hersenletsel: NAH). Er bestaat levenslang behoefte aan 24/7-zorg/toezicht. Zelfstandig wonen zal niet meer gaan. Vanaf de 18-jarige leeftijd staat de jongen onder bewind van zijn ouders. Het ongeval heeft een enorme impact op het gezin. Niet alleen vanwege de shock naar aanleiding van de ernst van het ongeval, maar ook en met name vanwege (i) de karakterverandering, (ii) het (ongereguleerd) gedrag en (iii) de boze buien van de jongen daarna. Zo moet altijd rekening worden gehouden met het gestel, de belastbaarheid, het gedrag en de stemming van de jongen. Dat vraagt veel inlevingsvermogen van zijn omgeving, zoals van zijn broer, zus, ouders, overige familie, vrienden en kennissen. Daardoor lukt het niet altijd om ongestoord visite te krijgen of om op visite te gaan. Ook moet soms voortijdig naar huis worden gegaan. Boodschappen doen vraagt veel aanpassingsvermogen aan de toestand waarin de jongen zich bevindt.

Op vakantie gaan is voor de jongen erg belastend, waardoor het niet meer zo vanzelfsprekend is om met het hele gezin op vakantie te gaan. Voor de ouders is het nagevoel onmogelijk om samen aan vrijetijdsbesteding te doen. Als de jongen thuis is moet er altijd iemand in zijn nabijheid zijn. Het inhuren van personeel voor de jongen is lastig. Niet alleen in verband met zijn karakter, dat

3. M.J. Neeser, 'De toekomst van de jeugd. Het kind en de (be)rekening', in: *Kind en Schade: wat nu?* Den Haag: PIV, 2009, p. 172.

4. Op 31 oktober 2017 heb ik 95 stellingen aan de kerkdeur van de Laurenkerk te Rotterdam 'gespijkerd'. Die stellingen in hun geheel vormen een pleidooi voor personenschade 3.0, met als nieuw credo: herstel in autonomie. De stellingen zijn te raadplegen via: <http://blog-maartentrompadvocaten.nl/95-stellingen/>.

5. Zie ook de paragraaf 'Anders tegen het slachtoffer aankijken' in mijn hoofdstuk 'Tijd besparen?' in het boek *Tijd is geld*, Den Haag, PIV, 2006, p. 61-63.

ten gevolge van het ongeval is veranderd, maar ook in verband met de wisselende diensten van de ouders. Bovendien is het in de desbetreffende regio niet eenvoudig om NAH-gekwalificeerd personeel te vinden. Overigens is er vaak sprake van wisselend personeel, hetgeen een negatieve uitwerking heeft op het gedrag en de stemming van de jongen.

Vanaf het ongeval hebben de ouders hun uiterste best gedaan om alles zo goed mogelijk voor de jongen te regelen. Dat is geen sinecure. In de woorden van de moeder: 'Het letsel van [de jongen] heeft heel veel energie aan het gezin onttrokken.' Met de aanvulling van vader: 'Dat is nog steeds zo en zal ook zo blijven.'

Het exclusieve karakter van artikel 6:107 BW staat er dogmatisch aan in de weg om te kunnen spreken van het gezin als schadelijder, als individuele schadepost. Met en door de introductie van de Wet affectieschade per 1 januari 2019 staat dat exclusieve karakter echter op de helling. De introductie van een autonome aansprakelijkheid jegens gezinsleden is dan een logische volgende stap. Dat wordt al langer bepleit.⁶ Rijnhout beschouwt het gezin als het meest beschermwaardige aspect van iemands bestaan na 'eigen lijf en leden'. Het gezin is een eenheid die behoort tot de kern van iemands persoonlijkheid. Door iemand uit die eenheid weg te nemen of ernstig te verwonden, wordt de derde direct gedwongen om zijn leven anders in te richten; het gezin is ontwricht. Het gaat dan niet meer over louter verdriet, maar over het opnieuw vorm kunnen geven aan iemands gezinsleven. Daar ligt volgens Rijnhout een rol voor het aansprakelijkheidsrecht.

Met betrekking tot de schaderegeling van jonge slachtoffers met ernstig en blijvend letsel speelt dus veel meer dan alleen maar het begroten van schade, zoals bedoeld in de formule $X - Y = \text{Schade}$. Al met al gaat het veeleer om het begroten van de benodigde zorg op divers gebied (nu en in de verre toekomst). Dat vraagt om de erkenning van het gezin als schadelijder, als individuele schadepost. Het verklaart ook de introductie van de moderne schadepost: zorgschade.

De praktijk leert dat er een relatie bestaat tussen (i) de omvang van het letsel en de zorgbehoefte, (ii) tussen de zorgbehoefte en de huisvesting en (iii) tussen de huisvesting en de omvang van de schade. Voorts leert de praktijk dat slachtoffers (met name jonge kinderen) na een ongeval graag thuis willen blijven wonen. Ook als de ouders de zorg niet meer aan kunnen of, sterker nog, er niet meer zullen zijn. Dat kan in steeds meer gevallen, omdat de technische mogelijkheden toenemen. Denk daarbij aan de voortschrijdende techniek met betrekking tot domotica, aanpassingen en hulpmiddelen, waardoor het ook voor ernstig gehandicapte slachtoffers mogelijk wordt om zelfstandig te kunnen (blijven) wonen. Vaak

6. Onder andere door R. Rijnhout, *Vergoeding voor derden in personenschadezaken* (dissertatie Utrecht), Den Haag: BJu 2012, p. 379, herhaald in haar redactioneel voor *Letsel & Schade* 2018/2. Vgl. ook mijn stelling 45: Het gezin als schadelijder is een vorm van verplaatste schade en daarmee een meer dan serieuze schadepost.

spelen bij dit alles veel praktische problemen, waarvoor hulp nodig en wenselijk is.

4. Wie kunnen het gezin helpen?

In verband met de praktische problemen kan case-management door een rehabilitatiebegeleider worden ingezet. Zie daarover Mogge in *Kind en Schade: wat nu?*⁷ Casemanagement kan ook door hersteldeskundigen worden verzorgd. Hersteldeskundigen zijn van origine vaak ergotherapeuten.⁸ Tegenwoordig spreekt men over een herstelgerichte dienstverlener.⁹ Daaronder vallen niet alleen ergotherapeuten en arbeidsdeskundigen, maar ook herstelcoaches, letselschadepsychologen en ervaringsdeskundigen die kunnen helpen bij de traumaverwerking. Sommige herstelgerichte dienstverleners zijn tevens zorgschadedeskundigen. Volgens de Handreiking Zorgschade zijn ergotherapeuten het best toegerust om onderzoek te doen naar (i) de zorgbehoefte in het algemeen en (ii) de vraag hoe die zorg het beste kan worden georganiseerd in het bijzonder.¹⁰ Het komt voor dat ergotherapeuten dit onderzoek samen met daartoe gekwalificeerde arbeidsdeskundigen verrichten.

24/7-zorg/toezicht betekent in Engeland doorgaans drie teams aan hulp. Twee keer een shift van acht uur overdag en één keer een shift van acht uur 's nachts, aldus Dooley, tijdens een congres.¹¹ De benodigde zorg kan in diverse taken worden opgeknipt. Voor sommige taken zijn twee personen nodig. Voor andere taken zijn twee handen vereist. Enkele taken kunnen ook met één hand worden verricht. Ook relevant: aan de begeleiders van slachtoffers met NAH worden meer eisen gesteld, hetgeen zich vertaalt in een hoger uurtarief. Dooley maakte op een gepaste humoristische wijze duidelijk dat het voor het nauwkeurig bepalen van de zorgbehoefte van groot belang is om inzicht te krijgen in alle details rondom het menselijk leven van betrokkene, inclusief stoelgang, bedgang en alle intimiteiten die daarbij horen.

Zie voor de wijze waarop de benodigde hulp van/voor de ouders kan worden vastgesteld, ook het hoofdstuk van Artoos in *Kind en Schade: wat nu?*¹² Het is zaak om

7. R. Mogge, 'De voordelen van Reha-begeleiding', in: *Kind en Schade: wat nu?* Den Haag: PIV, 2009, p. 95-102.
8. E. Haver-Droeze-van Iersel & M. Meerevoort, 'De toegevoegde waarde van een ergotherapeut als hersteldeskundige', *Letsel & Schade* 2015, nr. 3, p. 35-40.
9. E. Haver Droeze-van Iersel, 'Werkgroep Herstelgerichte Dienstverlening op de kaart gezet', *Letsel & Schade* 2018/2, p. 17-19.
10. *Handreiking Zorgschade*, De letselschaderaad, november 2017, § 7, kwaliteitsborging ingeschakelde deskundigen, p. 11.
11. A. Dooley sprak op 6 september 2019 in Amsterdam tijdens het congres van de Pan European Organisation of Personal Injury Lawyers (PEOPI). Zij is een Occupational Therapist (ergotherapeut) met veel ervaring in het opstellen van rapporten als getuige-deskundige. De titel van haar lezing was: Brain Injury – Care and Costs/Lifecare Planning.
12. R.E.E.M. Artoos, 'De kwetsbaarheid van ouders', in: *Kind en Schade: wat nu?* Den Haag: PIV, 2009, p. 37-50.

in een zo vroeg mogelijk stadium onderzoek te (laten) doen naar de vraag hoe het gezin kan worden geholpen. Hoe eerder dat gebeurt, hoe groter de kans is dat het gezin de regie terug kan krijgen. Zie daartoe in bredere zin ook het hoofdstuk van Artoos in het boek *Tijd is geld*¹³ en het artikel van Vos verderop in dit blad.

Relatief nieuw is de term jeugdprofessional. Zie voor een beschrijving van de rol, functie en meerwaarde van een jeugdprofessional het artikel van Ouwehand & Kraal, elders in dit blad. Tot slot wil ik op deze plaats nog wijzen op LetsCo-verder na letsel.¹⁴ Dat is een organisatie van onderwijsdeskundigen, met ervaring in het begeleiden van jongeren met letsel. De interventie van die organisatie kan zinvol zijn als er nog leercapaciteiten aanwezig zijn. In dat kader is het zogenoemde 'growing into the deficit' zeer relevant. Bij volwassenen is meestal binnen twee jaar duidelijk wat de cognitieve schade is. Bij jonge kinderen wordt dat pas in de loop van de ontwikkeling duidelijk, omdat de consequenties van het hersenletsel zich vaak pas in volle omvang tijdens het middelbaar onderwijs manifesteren.¹⁵ Als voorbeeld noem ik het feit dat later aangeleerde talen in een ander hersengebied worden opgeslagen dan de moedertaal (-talen). Als dat andere gebied is aangetast, zal het kind daar dus pas in de middelbareschooltijd last van krijgen, omdat doorgaans dan pas andere talen worden aangeboden.

5. De zorgschade: hét probleem

Bij zorgschade gaat het om de kosten die nodig zijn om levenslang (i) adequate huisvesting, (ii) adequate zorg/toezicht met (iii) voldoende kwaliteit van leven te kunnen garanderen. Aan deskundigen wordt in dat kader vaak gevraagd (i) wat daar allemaal voor nodig is, (ii) wat daar de kosten van zijn en (iii) wat de bijdrage daaraan is van sociaal Nederland.

Problemen doen zich voor in die gevallen waarin meer hulp/zorg/toezicht nodig is dan sociaal Nederland biedt en/of kan bieden. Dat is in circa 70-80% van alle zaken aan de orde.¹⁶ In die zaken worden slachtoffers van het kastje van de verzekeraar naar de muur van sociaal Nederland gestuurd en weer terug. Verzekeraars doen daartoe vaak een beroep op de schadebeperkingsplicht van het slachtoffer. Dat lijkt echter niet juist, althans niet terecht. Door een beroep te doen op sociaal Nederland, wordt de schade namelijk niet *beperkt*, maar *ver-*

legd. Dat is iets anders. De aanspraken van een slachtoffer op sociale voorzieningen via de overheid zijn ook per definitie niet bedoeld ter beperking van de schadelast van verzekeraars. Bovendien zijn de criteria voor de aanspraken op (i) de overheid en (ii) de verzekeraar niet dezelfde. De aanspraak van het slachtoffer op de overheid betreft een minimumvoorziening, terwijl jegens de verzekeraar aanspraak bestaat op volledig herstel in autonomie, althans volledige schadevergoeding. Die schadevergoeding is niet beperkt tot de goedkoopste vorm van zorgverlening.¹⁷ Schadebeheersing is daarbij een redelijk belang van verzekeraars (en daarmee van premiebetalend Nederland), schadereductie is dat niet. Verwijzing naar sociaal Nederland mag alleen als sprake is van (i) adequate hulp/zorg/toezicht, die (ii) kwalitatief gelijkwaardig is, en (iii) waarvan de continuïteit gewaarborgd is.¹⁸ Welnu, de via sociaal Nederland (eventueel) te ontvangen zorg/hulp kent op deze punten hinderlijke onzekerheden.¹⁹ Daarbij komt dat het de aansprakelijke verzekeraar is die van meet af aan verplicht is om het slachtoffer in staat te stellen om zich van de noodzakelijke verpleging en verzorging te voorzien.²⁰ Assurance oblige!

Een suggestie

Vroeger kende sociaal Nederland een 'eenloketedachte'. Het is verdedigbaar te stellen dat de invulling en praktische uitvoering van die eenloketedachte nu tot de verantwoordelijkheid van de aansprakelijke verzekeraars behoort. Dat zou ook stroken met de proactieve grondhouding waartoe verzekeraars zich in hun eigen gedragsregels hebben verplicht.²¹ Op grond van de in het medisch tuchtrecht ontwikkelde zogenoemde tweede norm, kan worden betoogd dat ziekenhuizen erop toe moeten zien dat de verzekeraar in dat opzicht adequaat en voortvarend te werk gaat.²² Als die tweede norm analoog kan worden toegepast op alle verzekerden, dan kan en mag dit toezicht ook van grote bedrijven en werkgevers worden verwacht. Noblesse oblige!

Als dat ruimer wordt uitgelegd, dan zou van een verzekeraar zelfs al een proactieve opstelling mogen worden verwacht als de aansprakelijkheidsvraag nog niet is beantwoord. In medische aansprakelijkheidszaken

13. R.E.E.M. Artoos, 'Waar is de tijd dat we nog tijd hadden' in: *Tijd is geld*, Den Haag, PIV, 2006, p. 39-56. Zie met name de paragraaf 'Het slachtoffer als regisseur', p. 50-52, en haar eerste aanbeveling op p. 55.

14. <https://verdernaletsel.nl/diensten/>.

15. W.C.G. Overweg-Plandsoen, 'De rol van de neuroloog/kinderneuroloog en de klinisch neuropsycholoog bij het vaststellen van restverschijnselen van hersenletsel op kinderleeftijd', in: *Kind en Schade: wat nu?* Den Haag: PIV, 2009, p. 65-94, zie met name p. 73.

16. S.D. Lindenbergh, 'Een zoektocht naar knelpunten en oplossingen', *NJB* 2017/1021.

17. Hof Leeuwarden, 30 december 1998, VR 1999/66.

18. Hof Amsterdam, 25 juni 1998, VR 1999/65.

19. Al die problemen kunnen grofweg worden gerubriceerd in: capaciteitsproblemen (de zorg is niet of niet geheel te leveren); beschikbaarheidsproblemen (de benodigde zorg is ter plaatse in het geheel niet verkrijgbaar); prijsproblemen (de hulp is ter plaatse niet betaalbaar); continuïteitsproblemen (bijvoorbeeld bij de te leveren hulp in het kader van zogenoemde meerzorg) en samenwerkingsproblemen (als de benodigde zorg door twee of meer organisaties moet worden geleverd).

20. HR 28 mei 1999, NJ 1999/564, met noot A.R. Bloembergen (*Losser/De Vries*).

21. *Gedragscode Behandeling Letselschade*, hoofdstuk 5, Good practise, p. 29.

22. CTG 8 maart 2018, ECLI:NL:TGZCTG:2018:67. Zie over dit aspect ook S.D. Lindenbergh, 'Verplichting over zorgplichten van letselschadeadvocaten, en enkele zorgen', in: *Uw plicht, onze zorg?!* Boom juridisch, Den Haag 2019, p. 11-22.

gebeurt dat al.²³ Verzekeraars zouden er goed aan doen om in overleg met sociaal Nederland te treden over de vraag of sociaal Nederland de door de verzekeraar in de beginfase geïndiceerde en gerealiseerde voorzieningen, verstrekkingen en/of zorgverlening wil 'overnemen' voor het geval de aansprakelijkheid in die gevallen uiteindelijk niet komt vast te staan. Assurance oblige 2.0!

Daar liggen kansen en uitdagingen voor de herstelgerichte dienstverlening. Het zou fijn zijn als die dienstverleners meer worden ingezet. Door de samenwerking met zorgschadedeskundigen kan de schadelast beheersbaar blijven. Zie ook het artikel van Vos elders in dit blad. Het zou ook het aantal paarse krokodillen voor de ouders drastisch verminderen (lees: de ouders ontzorgen).

6. De zorgschade: een casus

Terug naar de casus uit de eigen praktijk (zie p. 37 en 38). Kan in die zaak de jaarschade worden bepaald op 24 uur x 7 dagen x 52 weken x een uurtarief? En kan de totale schade dan worden bepaald op die jaarschade x de looptijd? Zo ja, dan zouden partijen relatief snel klaar kunnen zijn. De jongen kan dan verder met zijn leven. De ouders van de jongen kunnen de zorg naar eigen smaak inrichten, waar en/of bij wie zij maar willen. Dat zou geheel in lijn zijn met de keuzevrijheid die aan het slachtoffer toekomt. Het zou ook neerkomen op herstel in autonomie in optima forma. Als de verzekeraar zou menen dat sociaal Nederland zou moeten bijdragen, dan zou het aan de verzekeraar zijn om daartoe het initiatief te nemen. Want: assurance oblige!

De taak van de belangenbehartiger zou dan alleen nog neerkomen op (i) het vragen van toestemming aan de kantonrechter, (ii) het laten afstorten van de (toekomst)schade op een BEM-rekening en (iii) het opstellen van een onttrekkingsschema. Is de belangenbehartiger daarna klaar? Daar kan verschillend over worden gedacht.

Belangrijker is de vraag of de verzekeraar in dergelijke gevallen klaar is met het afstorten van de totale schade door middel van een lumpsum. Met name is dat de vraag in die gevallen waarin de totale schade de verzekerde som zal overtreffen. Want hoe zit het dan met toekomstige vervolggkosten, zoals de kosten van de bewindvoerder, de herstelgerichte dienstverlener en de belangenbehartiger, welke kosten bovenop de verzekerde som dienen te worden vergoed? Als gezegd: er is meer dan schade vergoeden alleen. Assurance oblige blijft gelden, ook na het afstorten van de verzekerde som.

In de aangehaalde casus uit de eigen praktijk was medisch alles helder en duidelijk. Arbeidsdeskundig was ook alles duidelijk. Het verlies aan arbeidsvermogen werd berekend op basis van de door het Nederlands Rekencentrum Letselschade ontwikkelde Indicateur Jong Gehandicapten. De serieuze problemen waren dus

beperkt tot (i) de logistiek rondom de huisvesting, (ii) de logistiek rondom de 24/7-zorg en (iii) de schadewaardering van die beide aspecten. In verband met de vele logistieke en praktische problemen werd een herstelgerichte dienstverlener, een ergotherapeut, ingeschakeld (met verstand van NAH).

Een lijst van niet limitatieve (praktische) dilemma's/vragen:

- Hoe kan de benodigde zorg het meest efficiënt worden ingericht?
 - door middel van een combinatie sociaal Nederland/particulier?
 - 100% particulier?
- Indien particulier:
 - extern inhuren?
 - intern door middel van een zorggechtpaar?
- Indien zorggechtpaar:
 - waar gaat dat echtpaar wonen?
 - het liefst op het eigen terrein (mantelzorgwoning)
 - realisatie op kosten van de verzekeraar?
 - wat is de invloed van de Arbeidstijdenwet (ATW)?
 - wat bij ziekte en/of vakantie (respijt zorg)?
- Indien mantelzorgwoning:
 - wat is de invloed van de dienstwoningregeling?
 - wel/geen eigen huisnummer?
 - indien eigen huisnummer: extra kosten/leges
 - denk ook om eventuele box 3 heffing
- Welk uurtarief is redelijk?
 - in casu is sprake van NAH (wat meer eisen stelt aan de personen die de hulp verlenen)
- Wat geldt er voor de slaapuren?
- Wat als de zorginstelling niet levert?
 - mogen ouders dit tarief dan rekenen?
- Wat is een redelijke vergoeding voor een zorggechtpaar?
 - wat met betrekking tot de extra uren buiten de ATW?
 - hoe om te gaan met de respijt zorg (mede in verband met de dienstwoning)?
- Wie is verantwoordelijk voor het leef-/zorgplan?
- Hoe zit het met de dagbesteding?
 - is er voldoende NAH-gekwalificeerd personeel?
- Wat met de langetermijnafspraken?
 - wie doet de bewindvoering over de jongen?
 - wat valt wel/niet onder de verantwoordelijkheid van de bewindvoerder?
 - wie regelt de zorgcontracten en/of arbeidsovereenkomsten?
 - vallen de bewindskosten onder art. 6:96 lid 2 BW?
 - wie regelt/betaalt het onderhoud aan de woning en de tuin?
 - wie doet de dagelijkse financiële dingen?
 - wie regelt de verzekering?
 - wie koopt de kleding voor de jongen?

23. Op grond van de GOMA wordt direct in het begin in de fase waarin de aansprakelijkheidsvraag nog in onderzoek is, een gesprek bij de mensen thuis aangeboden.

- *wie maakt de afspraken met/voor artsenbezoek (bijvoorbeeld tandarts, huisarts)?*
- *wie is verantwoordelijk voor de boodschappen en de huishoudelijke werkzaamheden van het zorg-echtpaar zelf?*

Het is partijen uiteindelijk gelukt om een regeling te bereiken. Daar gingen veel gesprekken aan vooraf. Tijdens die gesprekken bleek dat er sprake was van een perceptieverschil met betrekking tot het standpunt en/of belang van de andere partij. Zo was de verzekeraar ervan overtuigd dat het de ouders was te doen om een urenvergoeding te ontvangen voor de door hen geleverde 24/7-zorg/toezicht. De ouders waren ervan overtuigd dat de verzekeraar aan het trainen was. Zij voelden zich als ouders niet serieus genomen. Zij waren beledigd doordat de verzekeraar hen als ‘geldwolven’ zag, daar waar een professionele zorgverlener veel duurder zou zijn. Zij hadden het beste met hun kind voor! Nadat dit perceptieverschil was opgehelderd, was de weg vrij om – met een beter begrip voor elkaars langetermijnbelang – een duurzame constructie uit te werken. Die zag er uiteindelijk zo uit:

De uiteindelijke huisvestingsconstructie

De ouderlijke woning was niet geschikt voor zelfstandig wonen met 24/7-zorgtoezicht door de ouders. Daarom is een perceel aangekocht, waarop een kangoerewoning is gerealiseerd. Dat alles is gefinancierd door middel van een voorschot van de verzekeraar en door een kapitaalinjectie van de ouders. Het perceel bevond zich op loopafstand van de dagbesteding, waardoor structurele vervoerskosten konden worden bespaard.

De oprichting van een familiefonds

Het perceel is aangekocht door een speciaal voor dit doel opgericht familiefonds. Ook de kangoerewoning is in opdracht van het familiefonds gebouwd. Het perceel was groot genoeg om er een afzonderlijke woonunit voor (i) de jongen, (ii) de ouders en (iii) een broer of zus op te realiseren. Het perceel lag bovendien in de omgeving van de ouderlijke woning. Dat is prettig, omdat men mensen met NAH liever in hun eigen omgeving laat wonen. Kortom: dit was een unieke kans!

Het levensonderhoud

De vergoeding voor het verlies aan arbeidsvermogen is – via het familiefonds – aangewend om de woning aan te kopen, waardoor geen sprake meer was van (structurele) woonlasten. De jongen ontvangt een Wajong-uitkering. Dat is voldoende voor het levensonderhoud (eten, drinken en kleding).

De 24/7-zorgbehoefte

De ouders blijven de benodigde 24/7-mantelzorg leveren. De broer en zus verlenen respijtzorg. Op termijn nemen de broer en zus de mantelzorg en de bewindvoering van de ouders over. In het reglement van het familiefonds is bepaald dat het zorgleefplan in stand moet worden gehouden. Een zorgleefplan is een allesomvattend plan op het gebied van de zorg. Gaandeweg konden alle betrok-

kenen daarmee leren leven en omgaan (inclusief de jongen zelf). Een professionele zorginstelling blijft meekijken. De 24/7-zorg wordt bekostigd vanuit het PGB, in combinatie met het bieden van een zelfstandige woonruimte aan de zorgverleners (die overigens hun eigen inkomen behouden). Anders gezegd: ‘huren’ en ‘uren’ worden tegen elkaar weggestrept.

De dagbesteding

Op de dagbesteding bleek onvoldoende personeel aanwezig met verstand van NAH. Daarvoor zijn cursussen geregeld. Hele dagen bleek de jongen niet vol te kunnen houden. Drie halve dagen in de week zorgde voor afwisseling met behoud van rust en regelmaat.

De drie voorbehouden

Door middel van een PGB-voorbehoud is de continuïteit van de 24/7-zorg gewaarborgd. Door middel van een Wlz-voorbehoud is het risico afgedekt dat bepaalde financiële voordelen zouden wegvallen als de Wlz (uit 2015) in de toekomst toch weer zou komen te vervallen en/of niet meer op de jongen van toepassing zou zijn. Tot slot is door middel van een Wajong-voorbehoud de continuïteit van het levensonderhoud afgedekt.

Een financiële buffer

Na het realiseren en inrichten van de wooneenheid bleef nog een budget over van afgerond € 500.000. Dat was voldoende voor het toekomstige onderhoud aan het huis, de eigen risico's en de eigen bijdragen, alsook voor eventuele extern in te kopen respijtzorg. In het reglement van het familiefonds werd door middel van richtlijnen aangegeven hoe het resterend vermogen diende te worden belegd (en besteed), zodat kan worden voorkomen dat er onvoldoende vermogen over zou blijven voor het groot onderhoud in de toekomst.

De toestemming van de kantonrechter

In twee afzonderlijke brieven is aan de kantonrechter toestemming gevraagd voor (i) de regeling in zijn geheel en (ii) de huisvestingsconstructie in het algemeen en de realisatie daarvan via een speciaal daartoe opgericht familiefonds in het bijzonder. Die toestemming werd direct en zonder nadere vragen verleend.

Een toegift: de reactie van de ouders

De ouders laten naar aanleiding van de conceptversie van dit artikel weten dat zij (als gezin) nog steeds tevreden zijn met de destijds overeengekomen regeling. De woonconstructie is ideaal voor (i) de zorgvrager en (ii) de zorgverleners. Het grootste probleem wordt nu gevormd door het gebrek aan (passende) dagbesteding. Daarin staat dit gezin niet alleen.²⁴ De woonconstructie stelt het gezin in staat om nu zelf activiteiten te organiseren. Het gezin herkent zich in § 3 van dit artikel. De familie is gedwongen om het leven anders in te richten. Dat hebben zij ook gedaan. Daarbij is het gezin nieuw

24. Vgl. het onderzoeksrapport 'Keuze in dagbesteding' uitgevoerd door cliëntenorganisaties KansPlus, het LSR en Leder(in). Zie voor het onderzoeksrapport: www.kansplus.nl/wp-content/uploads/2019/03/Rapport-dagbesteding_webversie.pdf.

perspectief geboden. Tot slot laten de ouders nog weten dat zij opnieuw kapitaal in het familiefonds hebben ingebracht, om de financiële buffer in stand te houden. Ook zij worstelen nu met de vraag of de ontvangen vergoeding wel voldoende is geweest.

zaak beter niet door middel van een lumpsum kan worden afgewikkeld, althans niet zonder een of meer voorbehouden.

Bij de zeer ernstige gevallen waarin het jeugdige slachtoffer is aangewezen op 24/7-zorg/toezicht, wordt er tegenwoordig voor gewaarschuwd om dat soort zaken niet (meer) door middel van een lumpsum af te wikkelen.²⁵ Dat houdt onder andere verband met de onzekerheid rondom (i) het team van de verzorgenden, (ii) het wisselend zorgniveau van sociaal Nederland en (iii) de continuïteit van de gekozen constructie. Een bijkomend voordeel van het openhouden van een dossier is dat daardoor nog kan worden geprofiteerd van voortschrijdend inzicht op medisch, technisch en juridisch vlak.

7. Samenvatting en aanbevelingen

Assurance oblige. Vroeger voldeed een verzekeraar aan zijn verplichting door het afstorten van geld als schadevergoeding. Daar komt een verzekeraar tegenwoordig niet meer mee weg.

In het schaderegelingstraject heeft de verzekeraar van meet af aan de plicht om het slachtoffer in staat te stellen zich te voorzien van adequate hulp, verzorging en voorzieningen. Mede door de voortschrijdende techniek is het ook voor ernstig gehandicapte (jonge) slachtoffers mogelijk om zelfstandig te kunnen (blijven) wonen. Dat heeft consequenties voor de vormgeving van de zorgconstructie, hetgeen weer van invloed is op de omvang van de moderne schadepost: zorgschade.

Hoe jonger het slachtoffer, des te lastiger het schaderegelingsproces. Het helpt om het hele gezin als schadelijder te zien (in ieder geval in zijn maatschappelijke context). Het is verstandig om zo snel mogelijk na een ongeval van een kind de noden en behoeften van het gezin in kaart te laten brengen. Voor hulp, advies en begeleiding kan men bij verschillende disciplines terecht. Het zou goed zijn als de herstelgerichte dienstverleners zich beter gaan organiseren en meer zouden worden ingezet.

Verder is het van belang om van begin af aan goede voorlichting te (laten) geven over de aard en omvang van het letsel en de mogelijke gevolgen daarvan op de langere termijn. Hangende het schaderegelingstraject is een helder en duidelijk verwachtingsmanagement van groot belang, met name ten aanzien van (i) het moment van afwikkelen en (ii) de wijze waarop.

Denk bij dit alles liever in termen van duurzame constructies dan in termen van individuele schadeposten, hetgeen onder omstandigheden kan betekenen dat de

25. S.D. Lindenbergh, 'Schade van naasten vanuit een perspectief van benadeelden', in: F.T. Oldenhuis & H. Vorrsselman (red.), *Derdenschade*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2015, p. 48.