| 19 | Analyse van Handreiking Zorgschade[1]

Letselschade Raad draait voor slachtoffers de klok meer dan twintig jaar terug

Edwin Bosch, Tim Bueters, Coen de Koning en Mona De Vries-Meijer – mrs. E.W. Bosch, T.J.C. Bueters, C.C.J. de Koning en M.A.M. de Vries-Meijer zijn letselschadeadvocaten en lid van de vereniging van Advocaten voor Slachtoffers van Personenschade (ASP); Edwin Bosch is ook voorzitter van de ASP, Tim Bueters was dat eerder.[2]

De Handreiking Zorgschade en de daarin op te nemen Financiële paragraaf zijn in strijd met het geldende recht en het solidariteitsbeginsel, en met het wetsvoorstel dat de aanloop ertoe was. Dat is de conclusie van deze vier auteurs, die beargumenteren dat de keuzevrijheid van het letselschadeslachtoffer geheel is verdwenen, dat de voorgestelde tarieven op verschillende manieren niet kloppen, en dat de menselijke factor ontbreekt.
Ze beginnen met een bespreking van de financieringsmogelijkheden van zorgschade, de jurisprudentie rond zorgschade en het wetsvoorstel Zorg- en affectieschade uit 2014. Daarna belichten ze de uitgangspunten van de Handreiking en de tarieven van de concept Financiële paragraaf. Ze vinden dat er onder de Handreiking een juridische bodem moet worden gelegd, met betrokkenheid van vertegenwoordigers van slachtoffers. Anders zou de wetgever alsnog moeten ingrijpen.

In januari van dit jaar publiceerde de Letselschade Raad de concept-Financiële Paragraaf[3] bij de Handreiking Zorgschade (2017)[4] voor externe consultatie. Opzet van beide stukken is dat hiervan voor de praktijk een normerende werking uitgaat – terwijl beide documenten volgens ons onvoldoende rekening houden met de belangen van slachtoffers en hun mantelzorgers, en evenmin met de geldende wet- en regelgeving en de rechtspraak.
De Letselschade Raad stelde eerder al verschillende richtlijnen op om veelvoorkomende schadeposten in letselschadezaken zonder al te veel discussie te kunnen vaststellen. Die richtlijnen zijn echter lang niet altijd een redelijk uitgangspunt voor de schaderegeling. Zo is er met name op de richtlijnen voor Huishoudelijke Hulp en Verlies Zelfwerkzaamheid kritiek gekomen, zowel over de gehanteerde uurtarieven als de volgens de richtlijnen benodigde uren.[5]
Weliswaar worden de Handreiking en de Financiële Paragraaf niet onder de richtlijnen geschaard, maar zowel de handreiking als de financiële paragraaf hebben daar wel trekken van. Het concept van de Financiële Paragraaf gebruikt onder andere tarieven uit de richtlijn Huishoudelijke Hulp van de Letselschade Raad. Bovendien is het streven van de opstellers van de Handreiking Zorgschade,[6] om deze te laten opnemen in het curriculum van de (beroeps)opleidingen, waaronder die van arbeidsdeskundigen, ergotherapeuten en de leergang 'Middelzwaar en Zwaar letsel'.

1. Eén behoefte, twee systemen

Uitgaande van een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis, rust er op de (aansprakelijkheidsverzekeraar van de) aansprakelijke partij een schadevergoedingsverplichting, die ertoe strekt om het slachtoffer zoveel als mogelijk terug te brengen in de situatie zoals deze geweest zou zijn wanneer de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis niet zou zijn voorgevallen.[7] De begroting van de (zorg)schade geschiedt door een vergelijking te maken tussen de hypothetische situatie zonder ongeval, met de

1 De tekst van dit artikel is een bewerking van de zienswijze op de Concept Financiële Paragraaf Handreiking Zorgschade die de ASP op 18 januari 2021 aan de Letselschade Raad heeft gestuurd in het kader van de openbare consultatie.
2 De auteurs zijn letselschadeadvocaat in respectievelijk Honselersdijk, Wijchen, Zeist en Alkmaar.
3 Zie deletselschaderaad.nl/actueel/1897/.
4 Zie deletselschaderaad.nl/downloads-en-publicaties/.
5 Zie onder andere de 'Leaflet Zelfwerkzaamheid: onderhoud in/aan het huis', uitgave van Arbeidsdeskundig Bureau Radar, op basis van cijfermateriaal van het CBS. Onduidelijk is waarom bij deze onderwerpen niet allang, in navolging van de methode bij de Overlijdensschade, aan het Nibud wordt gevraagd om objectieve onderbouwing (**https://bit.ly/3D7xJyw**). Zie ook M.W.H.M. Janssen, 'De schadepost huishoudelijke hulp. Op zoek naar handvatten ter invulling van het "normaal en gebruikelijk"-criterium', *TvP* 2021, afl. 1, p. 36-43.
6 Handreiking, p.11.
7 HR 5 december 2008, *NJ* 2009, 387 m.nt. J.B.M. Vranken (*Rijnstate/Reuvers*).

| 19 | Analyse van Handreiking Zorgschade[1]

Letselschade Raad draait voor slachtoffers de klok meer dan twintig jaar terug

Edwin Bosch, Tim Bueters, Coen de Koning en Mona De Vries-Meijer – mrs. E.W. Bosch, T.J.C. Bueters, C.C.J. de Koning en M.A.M. de Vries-Meijer zijn letselschadeadvocaten en lid van de vereniging van Advocaten voor Slachtoffers van Personenschade (ASP); Edwin Bosch is ook voorzitter van de ASP, Tim Bueters was dat eerder.[2]

De Handreiking Zorgschade en de daarin op te nemen Financiële paragraaf zijn in strijd met het geldende recht en het solidariteitsbeginsel, en met het wetsvoorstel dat de aanloop ertoe was. Dat is de conclusie van deze vier auteurs, die beargumenteren dat de keuzevrijheid van het letselschadeslachtoffer geheel is verdwenen, dat de voorgestelde tarieven op verschillende manieren niet kloppen, en dat de menselijke factor ontbreekt.
Ze beginnen met een bespreking van de financieringsmogelijkheden van zorgschade, de jurisprudentie rond zorgschade en het wetsvoorstel Zorg- en affectieschade uit 2014. Daarna belichten ze de uitgangspunten van de Handreiking en de tarieven van de concept Financiële paragraaf. Ze vinden dat er onder de Handreiking een juridische bodem moet worden gelegd, met betrokkenheid van vertegenwoordigers van slachtoffers. Anders zou de wetgever alsnog moeten ingrijpen.

In januari van dit jaar publiceerde de Letselschade Raad de concept-Financiële Paragraaf[3] bij de Handreiking Zorgschade (2017)[4] voor externe consultatie. Opzet van beide stukken is dat hiervan voor de praktijk een normerende werking uitgaat – terwijl beide documenten volgens ons onvoldoende rekening houden met de belangen van slachtoffers en hun mantelzorgers, en evenmin met de geldende wet- en regelgeving en de rechtspraak.
De Letselschade Raad stelde eerder al verschillende richtlijnen op om veelvoorkomende schadeposten in letselschadezaken zonder al te veel discussie te kunnen vaststellen. Die richtlijnen zijn echter lang niet altijd een redelijk uitgangspunt voor de schaderegeling. Zo is er met name op de richtlijnen voor Huishoudelijke Hulp en Verlies Zelfwerkzaamheid kritiek gekomen, zowel over de gehanteerde uurtarieven als de volgens de richtlijnen benodigde uren.[5]
Weliswaar worden de Handreiking en de Financiële Paragraaf niet onder de richtlijnen geschaard, maar zowel de handreiking als de financiële paragraaf hebben daar wel trekken van. Het concept van de Financiële Paragraaf gebruikt onder andere tarieven uit de richtlijn Huishoudelijke Hulp van de Letselschade Raad. Bovendien is het streven van de opstellers van de Handreiking Zorgschade,[6] om deze te laten opnemen in het curriculum van de (beroeps)opleidingen, waaronder die van arbeidsdeskundigen, ergotherapeuten en de leergang 'Middelzwaar en Zwaar letsel'.

1. Eén behoefte, twee systemen

Uitgaande van een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis, rust er op de (aansprakelijkheidsverzekeraar van de) aansprakelijke partij een schadevergoedingsverplichting, die ertoe strekt om het slachtoffer zoveel als mogelijk terug te brengen in de situatie zoals deze geweest zou zijn wanneer de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis niet zou zijn voorgevallen.[7] De begroting van de (zorg)schade geschiedt door een vergelijking te maken tussen de hypothetische situatie zonder ongeval, met de situatie zoals deze zich na de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis heeft verwezenlijkt.[8]
Los van het recht op schadevergoeding kan een slachtoffer, onder omstandigheden, ook aanspraak maken op één of meer publiekrechtelijke (sociaalrechtelijke) regelingen, zoals de Wet Maatschappelijke Ondersteuning ('WMO') of de Wet langdurige zorg ('Wlz'). Teneinde deze collectieve voorzieningen betaalbaar te houden, zijn de publiekrechtelijke voorzieningen een basisvoorziening. Wil men meer (zorg) dan de regeling te bieden heeft? Dan moet dat door de zorgvrager zelf gefinancierd worden.
Uitgangspunt in het Nederlands schadevergoedingsrecht is dat een slachtoffer een zekere vrijheid heeft om zijn leven op een bepaalde manier in te richten.[9] Deze vrijheid wordt begrensd door de schadebeperkingsplicht. Bij de beantwoording van de vraag of de weigering tot het nemen van bepaalde schadebeperkende maatregelen een schending van de schadebeperkingsplicht inhoudt, moet terughoudendheid worden betracht. Relevant is of het slachtoffer in redelijkheid tot zijn afweging heeft kunnen komen.[10]
Wanneer een slachtoffer met een civielrechtelijke aanspraak op schadevergoeding zich primair richt op vergoeding door de (verzekeraar van de) aansprakelijke partij dan blijven de sociaalrechtelijke basisvoorzieningen zoveel als mogelijk beschikbaar om zorg te financieren voor personen die geen private partij hebben die hun schade vergoedt.

2. Drieslag van de Hoge Raad: 1999, 2003 en 2008

De eerste stap als het gaat om vergoeding van zorgschade kan worden gevonden in het Losser/Kruidhof-arrest[11] uit 1999. In deze zaak ging het om de kosten van verpleging en verzorging van een elfjarig meisje dat door de verwijtbare onoplettendheid van de school brandwonden oploopt. De ouders van dit meisje namen zelf de noodzakelijke verzorging en verpleging op zich van hun dochter Johanna, in plaats van deze taken aan professionele hulpverleners toe te vertrouwen.
De Hoge Raad oordeelde dat het redelijk is dat bij het antwoord op de vraag of Johanna schade had geleden, te abstraheren van de omstandigheid dat de door haar ouders verstrekte zorg niet door professionele hulpverleners werd verleend. Ook nu de ouders jegens Johanna geen aanspraak op een geldelijke beloning kunnen maken en hoewel zij in staat waren die taken te vervullen zonder daardoor zelf inkomsten te derven. Indien en voor zover het gaat om taken waarvan het gebruikelijk is dat deze worden uitbesteed, zoals verpleging en verzorging, wordt de schade begroot op maximaal het geschatte bedrag van de bespaarde kosten van professionele hulp.
De uitwerking voor de letselschadepraktijk is dat wanneer een naaste de zorg en verpleging van het slachtoffer op zich neemt *zonder* hiervoor een vergoeding te vragen, diegene voldoet aan de verplichting die op de aansprakelijke partij rust. Dat geldt niet alleen voor ouders van een slachtoffer, maar voor alle onbetaalde mantelzorgers.
De redelijkheid brengt mee dat voor de begroting van de vermogensschade dan buiten beschouwing wordt gelaten dat er niet betaald is voor de zorg en verpleging: de schade wordt dan abstract vastgesteld. Daarbij mag de rechter geen hogere vergoeding toewijzen dan het geschatte bedrag van de bespaarde kosten van de professionele zorg en verpleging.
Hiermee waren in 1999 de eerste piketpaaltjes voor de vergoeding van zorgschade geslagen. De keuze van het slachtoffer (en diens omgeving) zijn leidend. De veroorzaker is gehouden deze keuze te respecteren en dient maximaal het geschatte bedrag van de bespaarde kosten van professionele hulp te vergoeden.

Rode lijn in de arresten van de Hoge Raad is dat slachtoffers binnen redelijke grenzen kunnen kiezen hoe zij de zorg- en hulpbehoefte die door een ander is veroorzaakt willen invullen.

In 2003 oordeelde de Hoge Raad opnieuw over de abstracte vergoeding van zorgschade.[12] In die zaak ging het om de weduwe van een voormalig werknemer van de werf Wilton-Feijenoord die uiteindelijk overleed aan de gevolgen van mesothelioom. In de laatste zes weken voor diens overlijden heeft de echtgenote haar man thuis verzorgd. Zij vordert hiervoor een bescheiden vergoeding van € 1.007,19. De kantonrechter wijst dit bedrag toe overwegende dat de vrouw veel tijd heeft gestoken in de verzorging van haar man. Aangezien de man anders door een professionele hulpverlener had moeten worden verzorgd, acht de kantonrechter een bescheiden vergoeding redelijk. De rechtbank daarentegen wijst de schadevergoeding in hoger beroep af. Volgens de rechtbank is er geen plaats voor vergoeding van de verzorgingskosten indien het inschakelen van professionele hulp niet normaal en gebruikelijk is. De Hoge Raad sanctioneert dit oordeel.[13]

1 De tekst van dit artikel is een bewerking van de zienswijze op de Concept Financiële Paragraaf Handreiking Zorgschade die de ASP op 18 januari 2021 aan de Letselschade Raad heeft gestuurd in het kader van de openbare consultatie.
2 De auteurs zijn letselschadeadvocaat in respectievelijk Honselersdijk, Wijchen, Zeist en Alkmaar.
3 Zie deletselschaderaad.nl/actueel/1897/.
4 Zie deletselschaderaad.nl/downloads-en-publicaties/.
5 Zie onder andere de 'Leaflet Zelfwerkzaamheid: onderhoud in/aan het huis', uitgave van Arbeidsdeskundig Bureau Radar, op basis van cijfermateriaal van het CBS. Onduidelijk is waarom bij deze onderwerpen niet allang, in navolging van de methode bij de Overlijdensschade, aan het Nibud wordt gevraagd om objectieve onderbouwing (**https://bit.ly/3D7xJyw**). Zie ook M.W.H.M. Janssen, 'De schadepost huishoudelijke hulp. Op zoek naar handvatten ter invulling van het "normaal en gebruikelijk"-criterium', *TvP* 2021, afl. 1, p. 36-43.
6 Handreiking, p.11.
7 HR 5 december 2008, *NJ* 2009, 387 m.nt. J.B.M. Vranken (*Rijnstate/Reuvers*).
8 HR 15 mei 1998, *NJ* 1998, 624 (*Vehof-Vasters/ Helvetia*).
9 Zie bijvoorbeeld T. Hartlief, 'Keuzevrijheid in het personenschaderecht', NJB 2004, p. 1832 e.v.
10 A.L.M. Keirse, '*Schadebeperkingsplicht, over eigen schuld aan de omvang van de schade*' (serie Recht & Praktijk, deel 127), Deventer Kluwer 2003, p. 143-144.
11 HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 564 m.nt. A.R. Bloembergen (*Johanna Kruidhof*).
12 HR 6 juni 2003, NJ 2003, 504 m.nt. J.B.M. Vranken (Krüter-Van de Pol/ Wilton Feijenoord).
13 Lavrijssen plaats in haar bijdrage in de AV&S terecht een aantal kritische kanttekeningen bij dit arrest: N. Lavrijssen, 'HR, 06-06-2003, nr. C02/062HR: Krüter-Van de Pol/Wilton- Fijenoord', *AV&S* 2004, afl. 3, nr. 23.

In 2008 paste de Hoge Raad in het Rijnstate-arrest[14] de leer van de abstracte schadevergoeding ook toe op de huishoudelijke hulp. Het slachtoffer in deze zaak was mevrouw Reuvers, die als gevolg van een medische fout beperkingen had aan haar linkerarm, waardoor zij onder andere beperkt was in het doen van de huishouding. Omdat zij niet in aanmerking kwam voor thuiszorg en geen huishoudelijke hulp kon vinden, nam haar echtgenoot in de praktijk een deel van het huishouden over. Rijnstate betoogde tevergeefs dat een abstracte schadeberekening op grond van het Losser/Kruidhof-arrest alleen bij ernstig letsel geoorloofd is. Ook de reden van het niet gebruiken van een betaalde hulp achtte de Hoge Raad niet van belang. Bovendien oordeelde de Hoge Raad dat ook het slachtoffer zelf deze vordering kan instellen, naast de mantelzorger in kwestie.
De Hoge Raad oordeelde voorts dat bij letselschade de kosten van huishoudelijke hulp door de aansprakelijke persoon aan de benadeelde moeten worden vergoed indien deze ten gevolge van het letsel niet langer in staat is de desbetreffende werkzaamheden zelf te verrichten, voor zover het gaat om werkzaamheden waarvan het in de situatie waarin het slachtoffer verkeert, normaal en gebruikelijk is dat deze worden verricht door een professionele hulpverlener. Dit is niet anders indien die werkzaamheden in feite worden verricht door personen die daarvoor geen kosten in rekening (kunnen) brengen.
Alleen het ziekenhuis was in cassatie gegaan van de uitspraak van het Hof. Tegen de uitleg van het 'normaal en gebruikelijk'-criterium die het Hof hanteerde ter beoordeling van de omvang van de vergoedbare mantelzorg, is niet gegriefd.

Rode lijn in deze arresten is dat slachtoffers zelf, binnen deze redelijke grenzen, moeten kunnen kiezen op welke wijze zij de zorg- en hulpbehoefte die door een ander is veroorzaakt willen invullen. Het is niet aan de veroorzaker om daar allerlei eisen aan te stellen.

3. Wetsvoorstel zorgschade

In 2014 zag het wetsvoorstel zorg- en affectieschade[15] het licht. In dit wetsvoorstel werd tegemoetgekomen aan de wens van de Eerste Kamer om affectieschade wettelijk te regelen en om de vergoeding van de zorgschade voor slachtoffers wettelijk te borgen. Omdat het voorstel over de zorgschade nogal ingewikkeld in elkaar stak en de behandeling daarvan zou leiden tot grote vertraging, is uiteindelijk besloten om het wetsvoorstel over de zorgschade los te koppelen van de affectieschade. Dit heeft erin geresulteerd dat het wetsvoorstel affectieschade is aangenomen en op 1 januari 2019 in werking is getreden. De zorgschade verdween in de politieke la.

Convenant regresrecht WMO: 2015-2019

Bij de totstandkoming van de WMO is al onder ogen gezien dat het primaat voor een schadevergoeding na een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis bij de veroorzaker hoort te liggen. Weliswaar kunnen slachtoffers ook onder de WMO aanspraak maken op een verstrekking van hulp, maar in de WMO is in art. 2.4.3 een regresrecht opgenomen. Op grond van dit artikel kan de gemeente een verstrekking van hulp verhalen op de (verzekeraar) van de veroorzaker van de schade. Hierop sloot het Verbond van Verzekeraars een convenant met de Vereniging van Nederlandse Gemeenten ('VNG'). Idee achter dit convenant was dat beide partijen transactiekosten zouden besparen door het regresrecht vooraf af te kopen. De afkoopsom die verzekeraars betaalden werd op basis van inwonersaantallen door de VNG over de gemeenten verdeeld.
Het gevolg van dit convenant was dat veel verzekeraars, die een substantieel bedrag aan gemeenten betaalden,[16] slachtoffers op grote schaal naar deze gemeenten verwezen voor voorzieningen onder de WMO. Zij redeneerden dat zij door de afkoopsom te voldoen al hadden betaald voor de verstrekkingen, zodat wanneer zij naast de afkoopsom in individuele gevallen ook nog voorzieningen zouden moeten betalen, zij feitelijk dezelfde schade tweemaal zouden vergoeden.
Op deze handelswijze kwam vanuit twee hoeken commentaar. Enerzijds waren dat de gemeenten die merkten dat zij aanzienlijk meer kwijt waren aan de voorzieningen voor slachtoffers dan de ontvangen afkoopsom. Anderzijds waren dat de slachtoffers die meenden dat verzekeraars hen niet konden dwingen om eerst gebruik te maken van de WMO-voorzieningen, voordat verzekeraars zelf de portemonnee trokken.
De Landsadvocaat onderzocht in 2018, in opdracht van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten, in hoeverre een slachtoffer zich eerst dient te wenden tot zijn Gemeente teneinde WMO-voorzieningen te verkrijgen. De Landsadvocaat adviseerde dat een slachtoffer vanuit zijn schadebeperkingsplicht niet verplicht is om zich (primair) tot de gemeente te wenden en zich (ook) rechtstreeks tot de (verzekeraar van de) aansprakelijke partij mag wenden voor vergoeding van zijn zorgschade.[17] Daarmee viel de bodem onder het afkoopconvenant weg. Dit convenant, dat liep vanaf 2015, is per 2019 beëindigd.

In de Memorie van Toelichting[18] bij het wetsvoorstel van 2014 werd grote nadruk gelegd op het uitgangspunt dat slachtoffers moeten kunnen kiezen voor hulp door naasten. Dit wordt in de MvT mantelzorg[19] genoemd. Het wetsvoorstel betekende na de arresten Kruidhof en Rijnstate een verdere verbetering van de positie van de

14 HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BE9998 (*Rijnstate*).
15 Zie: https://bit.ly/2Yo3Qez.
16 De totale afkoopsom WMO-convenant bedroeg in 2015 € 10.850.000.
17 Zie: https://bit.ly/3Af6r7G.
18 Te downloaden via https://bit.ly/2Yo3Qez.
19 De definitie van mantelzorg blijkt in de volksmond te verschillen. Maar in dit artikel mantelzorg wordt geschreven wordt bedoeld mantelzorg in de zin van de definitie in de Wmo 2015: 'hulp die rechtstreeks voortvloeit uit een tussen personen bestaande sociale relatie'.

In 2008 paste de Hoge Raad in het Rijnstate-arrest[14] de leer van de abstracte schadevergoeding ook toe op de huishoudelijke hulp. Het slachtoffer in deze zaak was mevrouw Reuvers, die als gevolg van een medische fout beperkingen had aan haar linkerarm, waardoor zij onder andere beperkt was in het doen van de huishouding. Omdat zij niet in aanmerking kwam voor thuiszorg en geen huishoudelijke hulp kon vinden, nam haar echtgenoot in de praktijk een deel van het huishouden over. Rijnstate betoogde tevergeefs dat een abstracte schadeberekening op grond van het Losser/Kruidhof-arrest alleen bij ernstig letsel geoorloofd is. Ook de reden van het niet gebruiken van een betaalde hulp achtte de Hoge Raad niet van belang. Bovendien oordeelde de Hoge Raad dat ook het slachtoffer zelf deze vordering kan instellen, naast de mantelzorger in kwestie.

De Hoge Raad oordeelde voorts dat bij letselschade de kosten van huishoudelijke hulp door de aansprakelijke persoon aan de benadeelde moeten worden vergoed indien deze ten gevolge van het letsel niet langer in staat is de desbetreffende werkzaamheden zelf te verrichten, voor zover het gaat om werkzaamheden waarvan het in de situatie waarin het slachtoffer verkeert, normaal en gebruikelijk is dat deze worden verricht door een professionele hulpverlener. Dit is niet anders indien die werkzaamheden in feite worden verricht door personen die daarvoor geen kosten in rekening (kunnen) brengen.

Alleen het ziekenhuis was in cassatie gegaan van de uitspraak van het Hof. Tegen de uitleg van het 'normaal en gebruikelijk'-criterium die het Hof hanteerde ter beoordeling van de omvang van de vergoedbare mantelzorg, is niet gegriefd.

Rode lijn in deze arresten is dat slachtoffers zelf, binnen deze redelijke grenzen, moeten kunnen kiezen op welke wijze zij de zorg- en hulpbehoefte die door een ander is veroorzaakt willen invullen. Het is niet aan de veroorzaker om daar allerlei eisen aan te stellen.

3. Wetsvoorstel zorgschade

In 2014 zag het wetsvoorstel zorg- en affectieschade[15] het licht. In dit wetsvoorstel werd tegemoetgekomen aan de wens van de Eerste Kamer om affectieschade wettelijk te regelen en om de vergoeding van de zorgschade voor slachtoffers wettelijk te borgen. Omdat het voorstel over de zorgschade nogal ingewikkeld in elkaar stak en de behandeling daarvan zou leiden tot grote vertraging, is uiteindelijk besloten om het wetsvoorstel over de zorgschade los te koppelen van de affectieschade. Dit heeft erin geresulteerd dat het wetsvoorstel affectieschade is aangenomen en op 1 januari 2019 in werking is getreden. De zorgschade verdween in de politieke la.

Convenant regresrecht WMO: 2015-2019

Bij de totstandkoming van de WMO is al onder ogen gezien dat het primaat voor een schadevergoeding na een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis bij de veroorzaker hoort te liggen. Weliswaar kunnen slachtoffers ook onder de WMO aanspraak maken op een verstrekking van hulp, maar in de WMO is in art. 2.4.3 een regresrecht opgenomen. Op grond van dit artikel kan de gemeente een verstrekking van hulp verhalen op de (verzekeraar) van de veroorzaker van de schade. Hierop sloot het Verbond van Verzekeraars een convenant met de Vereniging van Nederlandse Gemeenten ('VNG'). Idee achter dit convenant was dat beide partijen transactiekosten zouden besparen door het regresrecht vooraf af te kopen. De afkoopsom die verzekeraars betaalden werd op basis van inwonersaantallen door de VNG over de gemeenten verdeeld.

Het gevolg van dit convenant was dat veel verzekeraars, die een substantieel bedrag aan gemeenten betaalden,[16] slachtoffers op grote schaal naar deze gemeenten verwezen voor voorzieningen onder de WMO. Zij redeneerden dat zij door de afkoopsom te voldoen al hadden betaald voor de verstrekkingen, zodat wanneer zij naast de afkoopsom in individuele gevallen ook nog voorzieningen zouden moeten betalen, zij feitelijk dezelfde schade tweemaal zouden vergoeden.

Op deze handelswijze kwam vanuit twee hoeken commentaar. Enerzijds waren dat de gemeenten die merkten dat zij aanzienlijk meer kwijt waren aan de voorzieningen voor slachtoffers dan de ontvangen afkoopsom. Anderzijds waren dat de slachtoffers die meenden dat verzekeraars hen niet konden dwingen om eerst gebruik te maken van de WMO-voorzieningen, voordat verzekeraars zelf de portemonnee trokken.

De Landsadvocaat onderzocht in 2018, in opdracht van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten, in hoeverre een slachtoffer zich eerst dient te wenden tot zijn Gemeente teneinde WMO-voorzieningen te verkrijgen. De Landsadvocaat adviseerde dat een slachtoffer vanuit zijn schadebeperkingsplicht niet verplicht is om zich (primair) tot de gemeente te wenden en zich (ook) rechtstreeks tot de (verzekeraar van de) aansprakelijke partij mag wenden voor vergoeding van zijn zorgschade.[17] Daarmee viel de bodem onder het afkoopconvenant weg. Dit convenant, dat liep vanaf 2015, is per 2019 beëindigd.

In de Memorie van Toelichting[18] bij het wetsvoorstel van 2014 werd grote nadruk gelegd op het uitgangspunt dat slachtoffers moeten kunnen kiezen voor hulp door naasten. Dit wordt in de MvT mantelzorg[19] genoemd. Het wetsvoorstel betekende na de arresten Kruidhof en Rijnstate een verdere verbetering van de positie van de

14 HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BE9998 (*Rijnstate*).
15 Zie: https://bit.ly/2Yo3Qez.
16 De totale afkoopsom WMO-convenant bedroeg in 2015 € 10.850.000.
17 Zie: https://bit.ly/3Af6r7G.
18 Te downloaden via https://bit.ly/2Yo3Qez.
19 De definitie van mantelzorg blijkt in de volksmond te verschillen. Maar in dit artikel mantelzorg wordt geschreven wordt bedoeld mantelzorg in de zin van de definitie in de Wmo 2015: 'hulp die rechtstreeks voortvloeit uit een tussen personen bestaande sociale relatie'.

slachtoffers. De vergoeding voor de verleende zorg door naasten zou namelijk niet langer beperkt blijven tot slechts de bespaarde kosten van een professional. Is de zorgverlener minder gaan werken om voor het slachtoffer te zorgen? Dan zou de volledige inkomensderving vergoed moeten worden, aldus het wetsvoorstel in de MvT (p. 8-9). De wetgever gaat er vanuit dat de financiele gevolgen voor de aansprakelijkheidsverzekeraars mee zullen vallen:

> 'De verruiming van de vergoeding van zorgkosten betekent dat het voorstel het mogelijk maakt om de schade óók te verhalen voor zover die uitstijgt boven de kosten van professionele hulp. Te verwachten valt dat de financiële gevolgen van de verruiming van de vergoeding van de zorgkosten beperkt zullen zijn. Door de zorg van naasten worden de kosten van professionele hulp uitgespaard. Het wetsvoorstel heeft daarmee alleen gevolgen voor de extra kosten ten opzichte van de professionele hulp.'

Blijkbaar ging de wetgever ervan uit dat verzekeraars in lijn met de arresten Kruidhof en Rijnstate normaal gesproken de kosten van de professionele hulp al vergoedden aan het slachtoffer (die dan kan kiezen de hulp extern in te kopen of via naasten te laten verrichten). Verzekeraars hielden zich toen echter ook al vaak niet aan de uitkomsten van deze arresten, maar verwezen slachtoffers zeer regelmatig eerst naar de overheidsvoorzieningen. Zeker in de periode dat verzekeraars het regresrecht uit de WMO, dat door gemeenten wordt uitgevoerd, door middel van een collectieve regeling hadden afgekocht.

4. Handreiking als Houdini-act

Omdat de wettelijke regeling van affectieschade werd losgekoppeld van de regeling van zorgschade, en de politiek de kaarten vooral zette op het realiseren van de Wet Affectieschade, kregen verzekeraars de kans om zorgschade zelf te regelen. Via de Letselschade Raad werd de Handreiking Zorgschade in 2017 publiek gemaakt. De Handreiking Zorgschade zegt het volgende:

> 'De Handreiking Zorgschade is ontstaan als resultaat van de consultaties omtrent het Consultatievoorstel schadevergoeding zorg- en affectieschade uit 2014. De letselschadebranche heeft aangeboden tot een regeling te komen, die recht doet aan de uitgangspunten en doelstellingen van dit voorstel, waarin vooral aandacht wordt besteed aan de positie van de zorgvrager. Met het voorstel beoogde de wetgever de zorgvrager – het slachtoffer of de patiënt met een zorgbehoefte – nog meer de regie te geven over de organisatie van de verzorging die hij als gevolg van het ongeval of incident nodig heeft.'

De Handreiking Zorgschade en de recent ter consultatie voorgelegde Financiële Paragraaf, nemen als uitgangspunt dat een slachtoffer eerst de *publieke* middelen volledig *moet* benutten en alleen voor hetgeen niet uit die bron gefinancierd kan worden er een beperkte aanvulling mogelijk is door de (verzekeraar van de) aansprakelijke partij. Er wordt daarmee dus door de Letselschade Raad volledig afstand genomen van de jurisprudentie van de Hoge Raad én van het wetsvoorstel uit 2014. De angst van verzekeraars dat zij niet alleen hogere zorgkosten dan de uitgespaarde professionele hulp dienden te gaan betalen maar voortaan in ieder geval die professionele hulp, is omgezet in de geruststelling dat zij alleen in uitzonderlijke gevallen nog de zorg- en hulpbehoefte hoeven te betalen. Een 'Houdini-act' waar men met bewondering naar zou kunnen kijken, als het voor slachtoffers niet zo wrang zou zijn.

Dat een slachtoffer eerst de publieke middelen volledig moet benutten, is in strijd met de jurisprudentie van de Hoge Raad en wetsvoorstel uit 2014.

5. Kritiek op Handreiking Zorgschade

De Handreiking Zorgschade kan met het voorgaande in gedachten de toets der kritiek niet doorstaan. Waar het met name misgaat is op de volgende onderwerpen.

5.1 Primaat bij publieke en private middelen?

De Handreiking wordt van toepassing verklaard op zorgsituaties waarin sprake is van een *bovennormale* zorgvraag (waarover hieronder meer), die niet volledig vanuit reguliere private en publieke middelen gefinancierd kan worden. Onduidelijk is wat met de 'private middelen' wordt bedoeld. Per definitie heeft een slachtoffer immers recht op volledige schadevergoeding door de aansprakelijke partij.[20] Ervan uitgaande dat dat normaal gesproken een private partij is (overheden als aansprakelijke partij uitgezonderd), ligt het primaat van de schadevergoeding en dus ook van de vergoeding van de kosten die gemoeid zijn met een redelijke zorgvraag, bij financiering vanuit private middelen (zoals een aansprakelijkheidsverzekering).

Zoals Bosschaert treffend stelt:

> 'de maatstaf die wordt gehanteerd bij een beroep op de Wet maatschappelijke ondersteuning [is] anders (...) dan de maatstaf die wordt gehanteerd bij de beoordeling van de

20 Vgl. A.R. Bloembergen, '*Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Utrecht)', Deventer: Kluwer 1965, p. 117.

> reikwijdte van de vergoedingsplicht van de aansprakelijke verzekeraar. Terwijl bij een beroep op de Wmo veelal kan worden volstaan met de goedkoopste, passende oplossing, kan de vergoeding waar het slachtoffer in het kader van de letselschadezaak recht op heeft, ruimer zijn. Bepalend is immers niet wat de goedkoopste passende oplossing is, maar welke oplossing recht doet aan het uitgangspunt van volledige schadevergoeding.'[21]

Het is dus een contradictio in terminis dat er gesteld wordt dat de Handreiking bedoeld is om te gebruiken bij een zorgvraag die niet volledig vanuit reguliere private en publieke middelen gefinancierd kan worden. Als de zorgvraag niet volledig vanuit reguliere private en publieke middelen gefinancierd kan worden, waaruit wordt deze dan wel gefinancierd?

Lindenbergh schreef in zijn bijdrage aan Groninger Letselschadecongres in 2014:

> 'Door in het Kruidhofarrest voorop te plaatsen dat de aansprakelijke van aanvang af aan zet is om te voorzien in de door zijn handelen ontstane behoeften van de benadeelde, heeft de Hoge Raad het voor herstel zo belangrijke ex ante perspectief benadrukt. (...) De individuele ervaringen van de betrokkenen uit het Kruidhofarrest illustreren krachtig hoe belangrijk dat is: zij worden ineens geconfronteerd met een noodsituatie en voor hen is het cruciaal dat het aansprakelijkheidsrecht onmiddellijk faciliteert in het voorzien daarin. Zij hebben nu eenmaal groot belang bij directe praktische hulp en vlotte erkenning, vermoedelijk nog meer dan bij juridisch-financiële hoogstandjes achteraf. Aansprakelijke partijen, en vooral hun professionele aansprakelijkheidsverzekeraars kunnen in de praktijk een rol van betekenis vervullen *door van aanvang af te voorzien in begeleiding en hulp van de gekwetste en diens naasten bij het vervullen van zorgtaken*. Zij kunnen hun expertise bovendien aanwenden voor de vormgeving van de 'zorgtoekomst' van de gekwetste en van de rol van diens naasten daarin. Laten zij die taak liggen, dan lopen zij het risico daarvoor achteraf een (hoge) prijs te betalen.'[22] [curs. auteurs]

Hieruit blijkt dat het primaat voor het vergoeden van de schade ligt bij degene die de schade heeft veroorzaakt. Dus bij de (verzekeraar van de) aansprakelijke partij. Door dit te miskennen slaat de Handreiking de plank mis, maar daar blijft het niet bij.

5.2 Keuzevrijheid slachtoffer

Uitgangspunt bij het gebruik van de Handreiking Zorgschade is dat een slachtoffer alle publieke financieringsmogelijkheden heeft onderzocht en allemaal benut.[23] De Handreiking gaat aldus uit van opnieuw een onjuiste premisse, ditmaal dat een slachtoffer verplicht is alle publiek aangeboden mogelijkheden te benutten. Dat is hij niet. En al helemaal niet als dat ook nog eens extra nadelige consequenties heeft die zonder het ongeval niet door het slachtoffer zouden zijn ervaren. Denk aan het bijhouden van een omvangrijke administratie, genoegen moeten nemen met de vanuit de Gemeente toegewezen, vaak wisselende hulpverleners, contact onderhouden met verschillende instanties en organisaties voor de verschillende financieringen, vertraging door het moeten voeren van bezwaar- en beroepsprocedures, het moeten afleggen van rekening en verantwoording, et cetera, et cetera. Dit uitgangspunt van de Handreiking staat op gespannen voet met een tweede belangrijk uitgangspunt van het Nederlands schadevergoedingsrecht, de hiervoor besproken keuzevrijheid van het slachtoffer om zijn leven op een bepaalde manier te leiden en in te richten. Voor deze fundamentele inbreuk op een grondrecht van het slachtoffer wordt in de handreiking geen, laat staan een afdoende, reden genoemd.

Inmiddels is ook in de landelijke politiek uitgesproken dat een slachtoffer zich niet eerst tot de gemeente hoeft te wenden om voorzieningen te verkrijgen. Op 21 juni 2021 heeft minister De Jonge van VWS Kamervragen beantwoord over het afschuiven van uitbetalingen bij letselschade door verzekeraars aan gemeenten.[24] De Jonge bevestigt dat hij bekend is met de handelwijze van verzekeraars, waarbij soms dwingend wordt doorverwezen naar gemeenten en geeft aan dat dit in strijd is met het recht, en dat de schadeveroorzaker de schade moet vergoeden, niet de overheid. Ook is hem bekend dat de gemeenten nog lang niet altijd regres uitoefenen op de aansprakelijke partij. Volgens De Jonge is de Handreiking Zorgschade bedoeld om het slachtoffer te ontzorgen door een optimale organisatie van de zorg en voorzieningen via samenwerking van de gemeente en de verzekeraar. Dat lezen wij (en de Kamerleden) echter niet in de Handreiking.

---

21 Rb Midden-Nederland d.d. 28 oktober 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:4801, *JA* 2021/29, m.nt. Y. Bosschaert.

22 S.D. Lindenbergh, 'Schade van derden vanuit een perspectief van benadeelden', in: F.T. Oldenhuis en H. Vorsselman (red.) *'Derdenschade'*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2015, versie zoals gepubliceerd: repub.eur.nl/pub/94914, geraadpleegd op 10 maart 2021.

23 Zie Handreiking: stap 6, pagina 10 sub 2.

24 Zie: https://bit.ly/3FioCgr.

reikwijdte van de vergoedingsplicht van de aansprakelijke verzekeraar. Terwijl bij een beroep op de Wmo veelal kan worden volstaan met de goedkoopste, passende oplossing, kan de vergoeding waar het slachtoffer in het kader van de letselschadezaak recht op heeft, ruimer zijn. Bepalend is immers niet wat de goedkoopste passende oplossing is, maar welke oplossing recht doet aan het uitgangspunt van volledige schadevergoeding.'[21]

Het is dus een contradictio in terminis dat er gesteld wordt dat de Handreiking bedoeld is om te gebruiken bij een zorgvraag die niet volledig vanuit reguliere private en publieke middelen gefinancierd kan worden. Als de zorgvraag niet volledig vanuit reguliere private en publieke middelen gefinancierd kan worden, waaruit wordt deze dan wel gefinancierd?

Lindenbergh schreef in zijn bijdrage aan Groninger Letselschadecongres in 2014:

'Door in het Kruidhofarrest voorop te plaatsen dat de aansprakelijke van aanvang af aan zet is om te voorzien in de door zijn handelen ontstane behoeften van de benadeelde, heeft de Hoge Raad het voor herstel zo belangrijke ex ante perspectief benadrukt. (...) De individuele ervaringen van de betrokkenen uit het Kruidhofarrest illustreren krachtig hoe belangrijk dat is: zij worden ineens geconfronteerd met een noodsituatie en voor hen is het cruciaal dat het aansprakelijkheidsrecht onmiddellijk faciliteert in het voorzien daarin. Zij hebben nu eenmaal groot belang bij directe praktische hulp en vlotte erkenning, vermoedelijk nog meer dan bij juridisch-financiële hoogstandjes achteraf. Aansprakelijke partijen, en vooral hun professionele aansprakelijkheidsverzekeraars kunnen in de praktijk een rol van betekenis vervullen *door van aanvang af te voorzien in begeleiding en hulp van de gekwetste en diens naasten bij het vervullen van zorgtaken*. Zij kunnen hun expertise bovendien aanwenden voor de vormgeving van de 'zorgtoekomst' van de gekwetste en van de rol van diens naasten daarin. Laten zij die taak liggen, dan lopen zij het risico daarvoor achteraf een (hoge) prijs te betalen.'[22] [curs. auteurs]

Hieruit blijkt dat het primaat voor het vergoeden van de schade ligt bij degene die de schade heeft veroorzaakt. Dus bij de (verzekeraar van de) aansprakelijke partij. Door dit te miskennen slaat de Handreiking de plank mis, maar daar blijft het niet bij.

5.2 Keuzevrijheid slachtoffer

Uitgangspunt bij het gebruik van de Handreiking Zorgschade is dat een slachtoffer alle publieke financieringsmogelijkheden heeft onderzocht en allemaal benut.[23] De Handreiking gaat aldus uit van opnieuw een onjuiste premisse, ditmaal dat een slachtoffer verplicht is alle publiek aangeboden mogelijkheden te benutten. Dat is hij niet. En al helemaal niet als dat ook nog eens extra nadelige consequenties heeft die zonder het ongeval niet door het slachtoffer zouden zijn ervaren. Denk aan het bijhouden van een omvangrijke administratie, genoegen moeten nemen met de vanuit de Gemeente toegewezen, vaak wisselende hulpverleners, contact onderhouden met verschillende instanties en organisaties voor de verschillende financieringen, vertraging door het moeten voeren van bezwaar- en beroepsprocedures, het moeten afleggen van rekening en verantwoording, et cetera, et cetera. Dit uitgangspunt van de Handreiking staat op gespannen voet met een tweede belangrijk uitgangspunt van het Nederlands schadevergoedingsrecht, de hiervoor besproken keuzevrijheid van het slachtoffer om zijn leven op een bepaalde manier te leiden en in te richten. Voor deze fundamentele inbreuk op een grondrecht van het slachtoffer wordt in de handreiking geen, laat staan een afdoende, reden genoemd.

Inmiddels is ook in de landelijke politiek uitgesproken dat een slachtoffer zich niet eerst tot de gemeente hoeft te wenden om voorzieningen te verkrijgen. Op 21 juni 2021 heeft minister De Jonge van VWS Kamervragen beantwoord over het afschuiven van uitbetalingen bij letselschade door verzekeraars aan gemeenten.[24] De Jonge bevestigt dat hij bekend is met de handelwijze van verzekeraars, waarbij soms dwingend wordt doorverwezen naar gemeenten en geeft aan dat dit in strijd is met het recht, en dat de schadeveroorzaker de schade moet vergoeden, niet de overheid. Ook is hem bekend dat de gemeenten nog lang niet altijd regres uitoefenen op de aansprakelijke partij. Volgens De Jonge is de Handreiking Zorgschade bedoeld om het slachtoffer te ontzorgen door een optimale organisatie van de zorg en voorzieningen via samenwerking van de gemeente en de verzekeraar. Dat lezen wij (en de Kamerleden) echter niet in de Handreiking.

21 Rb Midden-Nederland d.d. 28 oktober 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:4801, *JA* 2021/29, m.nt. Y. Bosschaert.
22 S.D. Lindenbergh, 'Schade van derden vanuit een perspectief van benadeelden', in: F.T. Oldenhuis en H. Vorsselman (red.) '*Derdenschade*', Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2015, versie zoals gepubliceerd: repub.eur.nl/pub/94914, geraadpleegd op 10 maart 2021.
23 Zie Handreiking: stap 6, pagina 10 sub 2.
24 Zie: https://bit.ly/3FioCgr.

5.3 Oneigenlijk gebruik van maatschappelijke voorzieningen

Zoals hiervoor al geduid, is een belangrijk uitgangspunt in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht dat de vervuiler betaalt,[25] niet dat deze vervuiler zijn schade afwentelt op publieke voorzieningen. Het onnodig gebruik maken van WMO-verstrekkingen, ook al kunnen deze via regres worden verhaald, is onwenselijk en werkt enkel kostenverhogend (al is het maar omdat de transactiekosten door de regresactie oplopen). Het is doelmatiger als de voorziening rechtstreeks en zonder een beroep te doen op publiekrechtelijke voorzieningen door de (verzekeraar van de) aansprakelijke partij wordt gefinancierd. In de praktijk zien we echter vaak dat zelfs bezwaar en beroep wordt ingesteld tegen afwijzingen van WMO-voorzieningen, ook als de verzekeraar de voorziening eenvoudig zelf had kunnen realiseren.
Dit is ongewenst vanuit de gedachte dat het slachtoffer centraal staat. Dat geldt temeer wanneer de WMO slechts een (klein) deel van de voorziening vergoedt vanuit de basisvoorziening en de (verzekeraar van de) aansprakelijke partij hoe dan ook het meerdere moet vergoeden dat boven de basisvoorziening uitstijgt. Hoe de Gordiaanse knoop dan nog te ontwarren tussen aanspraken op en via de WMO en de aanspraken op de verzekeraar?

Voor zover er geen of slechts beperkt regres plaatsvindt (en er zijn aanwijzingen dat lang niet alle WMO-voorzieningen die kunnen worden verhaald ook daadwerkelijk worden verhaald) is er ook een moreel bezwaar: WMO-potjes zijn niet onuitputtelijk. Als deze worden benut voor slachtoffers die de voorziening ook door de aansprakelijke partij hadden kunnen financieren, dan verdringen zij dus mensen die een beroep willen doen op de WMO, maar nergens anders terecht kunnen.

De vraag is ook of de gemeenten wel weet hebben van dit afwentelen van private verplichtingen op publieke voorzieningen. In hoeverre weten gemeenten dat letselschadeslachtoffers veelal min of meer gedwongen worden om op kosten van de gemeenten in hun zorg- en andere behoeften te voorzien?

5.4 'Bovennormale' zorgbehoefte

Bovendien is in de handreiking de nogal ongelukkige term '*bovennormale* zorgbehoefte' opgenomen. Daar waar deze definitie beoogt uit te drukken dat de invulling van de zorgbehoefte de sociaalrechtelijke basisvoorziening overschrijdt, drukt die nu uit dat de zorgbehoefte 'boven normaal' is. Dit roept ongunstige associaties op. Zo wordt namelijk de gerechtvaardigde aanspraak van het slachtoffer 'geframed' als een boven*normale* zorgbehoefte, alsof hij overvraagt. Alsof de zorgbehoefte méér dan normaal is, terwijl die volstrekt normaal en passend kan zijn binnen de schadevergoedingsplicht van de veroorzaker – maar groter dan onder de sociaalrechtelijke basisvoorzieningen wordt vergoed. Dat is echter geen probleem nu er voor beide routes andere normen gelden.

5.5 Afwikkeling letselschadezaak

Als degene met een WMO-voorziening tegen ontvangst van een bepaald bedrag wordt geacht finale kwijting te verlenen aan de (verzekeraar van de) aansprakelijke partij, moet hij dan ook in de toekomst een beroep blijven doen op de WMO? Dat is geen academische vraag. Sociale voorzieningen zoals de WMO worden regelmatig gewijzigd. Indicatie-eisen kunnen veranderen, maar ook geldnood bij de gemeente kan leiden tot bezuinigingen. Wanneer bijvoorbeeld de eigen bijdrage in enkele jaren zou worden verdubbeld of de voorziening gehalveerd, dan heeft dit vergaande gevolgen voor het slachtoffer, dat daarvoor – door de finale kwijting – niet meer kan aankloppen bij de aansprakelijke partij. En wat als een slachtoffer in de toekomst naar het buitenland zou willen verhuizen?

Als de eigen bijdrage aan een WMO-voorzieningen zou worden verdubbeld of de voorziening gehalveerd, dan kan het slachtoffer niet meer aankloppen bij de aansprakelijke partij.

Zou een slachtoffer bijvoorbeeld de schadeclaim definitief hebben afgewikkeld op basis van acht uur huishoudelijke hulp per week, waarvan er zes worden vergoed vanuit de WMO (waarvoor een eigen bijdrage verschuldigd is) en twee uur door de aansprakelijkheidsverzekeraar van de aansprakelijke partij, dan komt dit slachtoffer er slecht vanaf als de eigen bijdrage plotseling fors omhooggaat of het aantal uur huishoudelijke hulp uit de WMO plotseling sterk wordt teruggebracht. Alleen als in de eindregeling rekening wordt gehouden met acht uur huishoudelijke hulp tegen een marktconform tarief, is het slachtoffer verzekerd van acht uur huishoudelijke hulp tot de overeengekomen eindleeftijd. De Handreiking Zorgschade en de Financiële Paragraaf bieden geen oplossing voor de regeling van toekomstschade.

25 L. Dommering-van Rongen, 'Recensie: T. Hartlief, Ieder draagt zijn eigen schade (oratie Leiden)', *NTBR* 1988, nr. 5, p. 152.

6. Concept-Financiële Paragraaf bij Handreiking Zorgschade

6.1 Maximumtarieven

De Financiële Paragraaf is bedoeld als een handreiking voor het vaststellen van de compensatie van informele zorgverleners (mantelzorgers). Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen verpleging, persoonlijke verzorging, individuele begeleiding, huishoudelijke hulp en toezicht (passief en actief).
Wanneer een slachtoffer dus in één van de voorgenoemde domeinen een naaste heeft die hierin voorziet, stelt de Handreiking daar een tarief voor vast. Wanneer wordt teruggekeken naar het wetsvoorstel Zorg- en affectieschade uit 2014, zou men verwachten dat de maximumtarieven niet gelimiteerd zijn, maar dat wordt aangeknoopt bij bijvoorbeeld de inkomensteruggang van de zorgverlener. Het doel van de wetgever was immers dat:

> 'de positie wordt verbeterd van personen die door toedoen van een ander letselschade lijden of komen te overlijden (...). Het wetsvoorstel legt vast dat deze kosten ook voor vergoeding in aanmerking kunnen komen indien zij de kosten van professionele krachten overstijgen.'[26]

De concept-Financiële Paragraaf van de Handreiking Zorgschade komt daar echter niet op uit. Ten eerste gaat deze dus uit van de onjuiste premisse dat de van overheidswege geregelde (financiering van) zorg volledig moet zijn uitgeput, bijvoorbeeld doordat mantelzorgers een vergoeding ontvangen vanuit een PGB voor het deel van de zorg dat volgens de opstellers door de overheid gefinancierd dient te worden.

Voorgestelde tarieven voor noodzakelijke zorg, niet gefinancierd door een overheid	
verpleging	€ 26
persoonlijke verzorging	€ 15
begeleiding individueel	€ 19
begeleiding groep	€ 10
huishoudelijke hulp[27]	€ 9,50
toezicht	€ 9,50

Met de voorgestelde tarieven is duidelijk dat menig ouder van een zorgbehoevend kind niet minder kan gaan werken om die zorg te verlenen, zonder zichzelf daarbij financieel in de vingers te snijden.

In 'Bijlage 1: toelichting op de financiële paragraaf' staat dat de bovennormale informele zorgbehoefte niet vanuit een dienstverband en ook niet vanuit een dienstverband met een derde wordt verricht. Hoe dit fiscaal en arbeidsrechtelijk wel wordt beoordeeld blijft in die toelichting in het midden. Het is echter essentieel om te weten hoe de relatie tussen zorgverlener en zorgontvanger wordt beoordeeld en wat de fiscale consequenties van het ontvangen van de vergoeding zijn. De vraag is of er juridisch toch geen sprake is van een arbeidsovereenkomst, met alle daaraan verbonden verplichtingen voor het slachtoffer. De tarieven kunnen pas worden vastgesteld als hierover duidelijkheid is. Het uurtarief van iemand in loondienst is immers anders dan het uurtarief van een zzp-er die op basis van een overeenkomst van opdracht zijn diensten verleent.

Zo er al iets over de tarieven is te zeggen, zou er op zijn minst aansluiting moeten worden gezocht bij de tarieven die in de markt voor de betreffende werkzaamheden gebruikelijk zijn. Dit is in lijn met de overwegingen van de Hoge Raad in de eerdergenoemde arresten Losser/Kruidhof en Rijnstate.[28] Daarnaast vinden wij dat een verdere verruiming gewenst is, wanneer een naaste van het slachtoffer zich bereid verklaart om een noodzakelijke zorgbehoefte te vervullen en daarvoor zijn baan gedeeltelijk of geheel bereid is op te zeggen. Dit dient namelijk in redelijkheid aan het slachtoffer vergoed te worden, zodat hij en zijn naasten in staat zijn de redelijke keuzes te maken ten aanzien van de invulling van de verzorging en verpleging, zoals ook werd beoogd in het eerdere wetsvoorstel Zorg- en affectieschade.

Zie in dit verband ook HR 10 april 2009 (Philip Morris/Bolink)[29] waarin de Hoge Raad overwoog ten aanzien van de weggevallen bijdrage van een overledene in het huishouden:

> 'Valt deze bijdrage van een van de echtelieden weg door diens overlijden, dan lijdt de achterblijvende echtgenoot daardoor schade. Is dat overlijden veroorzaakt door een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is, en beperkt de achterblijvende echtgenoot deze schade door minder te gaan werken om zelf die zorgtaken te gaan verrichten, dan dient in beginsel de gehele inkomensschade die deze daardoor lijdt, te worden betrokken bij de berekening van de omvang van de in art. 6:108 bedoelde schadevergoedingsplicht.'

Niet goed valt in te zien waarom de Hoge Raad deze regel alleen bij overlijdensschades en niet ook bij normale letselschades van toepassing acht. De hier door de Hoge Raad geuite zienswijze is hoe dan ook volledig in lijn met het wetsvoorstel ten aanzien van de Zorgschade uit 2014. Wederom gaat het hier om de keuzevrijheid. Wat van groot belang is, is dat een slachtoffer in staat wordt gesteld om

26 MvT Wetsvoorstel Zorg-en Affectieschade, p. 1.
27 De Richtlijn Huishoudelijke Hulp van de Letselschade Raad hanteert per 2021 een tarief van € 10 per uur. Dit tarief wordt door de onderhavige Handreiking gevolgd, en zal dus ook € 10 zijn in 2021.
28 ECLI:NL:HR:1999:ZC2912 en ECLI:NL:HR:2008:BE9998.
29 ECLI:NL:HR:2009:BG8781.

6. Concept-Financiële Paragraaf bij Handreiking Zorgschade

6.1 Maximumtarieven

De Financiële Paragraaf is bedoeld als een handreiking voor het vaststellen van de compensatie van informele zorgverleners (mantelzorgers). Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen verpleging, persoonlijke verzorging, individuele begeleiding, huishoudelijke hulp en toezicht (passief en actief).
Wanneer een slachtoffer dus in één van de voorgenoemde domeinen een naaste heeft die hierin voorziet, stelt de Handreiking daar een tarief voor vast. Wanneer wordt teruggekeken naar het wetsvoorstel Zorg- en affectieschade uit 2014, zou men verwachten dat de maximumtarieven niet gelimiteerd zijn, maar dat wordt aangeknoopt bij bijvoorbeeld de inkomensteruggang van de zorgverlener. Het doel van de wetgever was immers dat:

> 'de positie wordt verbeterd van personen die door toedoen van een ander letselschade lijden of komen te overlijden (...). Het wetsvoorstel legt vast dat deze kosten ook voor vergoeding in aanmerking kunnen komen indien zij de kosten van professionele krachten overstijgen.'[26]

De concept-Financiële Paragraaf van de Handreiking Zorgschade komt daar echter niet op uit. Ten eerste gaat deze dus uit van de onjuiste premisse dat de van overheidswege geregelde (financiering van) zorg volledig moet zijn uitgeput, bijvoorbeeld doordat mantelzorgers een vergoeding ontvangen vanuit een PGB voor het deel van de zorg dat volgens de opstellers door de overheid gefinancierd dient te worden.

Voorgestelde tarieven voor noodzakelijke zorg, niet gefinancierd door een overheid	
verpleging	€ 26
persoonlijke verzorging	€ 15
begeleiding individueel	€ 19
begeleiding groep	€ 10
huishoudelijke hulp[27]	€ 9,50
toezicht	€ 9,50

Met de voorgestelde tarieven is duidelijk dat menig ouder van een zorgbehoevend kind niet minder kan gaan werken om die zorg te verlenen, zonder zichzelf daarbij financieel in de vingers te snijden.

In 'Bijlage 1: toelichting op de financiële paragraaf' staat dat de bovennormale informele zorgbehoefte niet vanuit een dienstverband en ook niet vanuit een dienstverband met een derde wordt verricht. Hoe dit fiscaal en arbeidsrechtelijk wel wordt beoordeeld blijft in die toelichting in het midden. Het is echter essentieel om te weten hoe de relatie tussen zorgverlener en zorgontvanger wordt beoordeeld en wat de fiscale consequenties van het ontvangen van de vergoeding zijn. De vraag is of er juridisch toch geen sprake is van een arbeidsovereenkomst, met alle daaraan verbonden verplichtingen voor het slachtoffer. De tarieven kunnen pas worden vastgesteld als hierover duidelijkheid is. Het uurtarief van iemand in loondienst is immers anders dan het uurtarief van een zzp-er die op basis van een overeenkomst van opdracht zijn diensten verleent.

Zo er al iets over de tarieven is te zeggen, zou er op zijn minst aansluiting moeten worden gezocht bij de tarieven die in de markt voor de betreffende werkzaamheden gebruikelijk zijn. Dit is in lijn met de overwegingen van de Hoge Raad in de eerdergenoemde arresten Losser/Kruidhof en Rijnstate.[28] Daarnaast vinden wij dat een verdere verruiming gewenst is, wanneer een naaste van het slachtoffer zich bereid verklaart om een noodzakelijke zorgbehoefte te vervullen en daarvoor zijn baan gedeeltelijk of geheel bereid is op te zeggen. Dit dient namelijk in redelijkheid aan het slachtoffer vergoed te worden, zodat hij en zijn naasten in staat zijn de redelijke keuzes te maken ten aanzien van de invulling van de verzorging en verpleging, zoals ook werd beoogd in het eerdere wetsvoorstel Zorg- en affectieschade.

Zie in dit verband ook HR 10 april 2009 (Philip Morris/Bolink)[29] waarin de Hoge Raad overwoog ten aanzien van de weggevallen bijdrage van een overledene in het huishouden:

> 'Valt deze bijdrage van een van de echtelieden weg door diens overlijden, dan lijdt de achterblijvende echtgenoot daardoor schade. Is dat overlijden veroorzaakt door een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is, en beperkt de achterblijvende echtgenoot deze schade door minder te gaan werken om zelf die zorgtaken te gaan verrichten, dan dient in beginsel de gehele inkomensschade die deze daardoor lijdt, te worden betrokken bij de berekening van de omvang van de in art. 6:108 bedoelde schadevergoedingsplicht.'

Niet goed valt in te zien waarom de Hoge Raad deze regel alleen bij overlijdensschades en niet ook bij normale letselschades van toepassing acht. De hier door de Hoge Raad geuite zienswijze is hoe dan ook volledig in lijn met het wetsvoorstel ten aanzien van de Zorgschade uit 2014. Wederom gaat het hier om de keuzevrijheid. Wat van groot belang is, is dat een slachtoffer in staat wordt gesteld om

26 MvT Wetsvoorstel Zorg-en Affectieschade, p. 1.
27 De Richtlijn Huishoudelijke Hulp van de Letselschade Raad hanteert per 2021 een tarief van € 10 per uur. Dit tarief wordt door de onderhavige Handreiking gevolgd, en zal dus ook € 10 zijn in 2021.
28 ECLI:NL:HR:1999:ZC2912 en ECLI:NL:HR:2008:BE9998.
29 ECLI:NL:HR:2009:BG8781.

zich te laten verplegen en verzorgen door de persoon die hij daarvoor zelf wenst aan te wijzen. Als dat een informele zorgverlener is, wordt ook een moreel appèl op deze naaste gedaan. De informele zorgverlener is immers per definitie volgens de Handreiking Zorgschade iemand die de noodzakelijke zorgtaken duurzaam kan bieden. Het gaat hier dus niet om iemand die zich gemakkelijk laat vervangen. Dat is ook juist de meerwaarde van het ontvangen van zorg door een naaste. De informele zorgverlener gaat daarmee een verbintenis aan die minder vrijheid biedt dan een gewone arbeidsovereenkomst. In de Handreiking Zorgschade wordt daar in het geheel geen aandacht aan geschonken.

6.2 Kritiek op voorgestelde tarieven

De voorgestelde tarieven huishoudelijke hulp en toezicht, € 9,50 per uur, zijn lager dan het minimumloon, dat bij een hulp van 21 jaar of ouder en een 36-urige werkweek per 1 januari jl. € 10,80 is. Het is in Nederland niet toegestaan om iemand werkzaamheden te laten verrichten onder het minimumloon. Daarom volstaat de richtlijn Huishoudelijke Hulp van de Letselschade Raad niet, die in de Handreiking Zorg lijkt te zijn aangehouden. Onduidelijk is hoe dat tarief tot stand gekomen is. Bovendien bepaalt ook de richtlijn Huishoudelijke Hulp dat het tarief van € 9,50 alleen geldt in de tweede periode van dertien weken. Daarna, zo bepaalt de richtlijn, dient de verzekeraar een 'redelijk tarief' te voldoen. Indien de opstellers van de richtlijn van mening zouden zijn geweest dat dit € 9,50 per uur zou zijn, dan zouden zij geen onderscheid tussen 'een tweede periode van dertien weken' en 'daarna' hebben gemaakt. Zo bezien is de Handreiking zelfs nog kariger dan de richtlijn Huishoudelijke Hulp van de Letselschade Raad.

In de concept Financiële Paragraaf wordt er niet gecorrigeerd ten gunste van het slachtoffer en zijn mantelzorgers als dat redelijk is – de Handreiking is vooral geschreven voor de betalende partij.

Conform de Handreiking Zorgschade wordt juist de noodzakelijke huishoudelijke hulp verzorgd door de informele zorgverlener, en die dient zijn werkzaamheden vergoed te krijgen. Een tarief van € 15,00 per uur voor huishoudelijke hulp zou dan puur op basis van hetgeen doorgaans wordt gevraagd door informele huishoudelijke hulpen al redelijker zijn, maar nog steeds niet in lijn met de leer van de Hoge Raad en de uitgangspunten van de wetgever in 2014. Dat geldt niet alleen voor de uurtarieven voor huishoudelijke werkzaamheden die worden verricht ten behoeve van een slachtoffer met zeer ernstig en blijvend letsel, maar indachtig het Rijnstate-arrest voor alle situaties waarin een naaste de huishouding langdurig overneemt van het slachtoffer.

6.3 Correcties op Wlz-tarieven?

In Bijlage II bij de concept Financiële Paragraaf onder 'Toelichting Tariefstelling t.b.v. werkgroep normering' wordt de tariefstelling kort toegelicht. Het uitgangspunt van de in het concept gehanteerde tarieven zijn de Wlz-tarieven. Alhoewel de keuze voor deze tarieven niet wordt toegelicht en gelet op het Losser/Kruidhof-arrest en het wetsvoorstel Affectie- en Zorgschade ook andere uitgangspunten denkbaar waren geweest, is er iets te zeggen voor deze keuze. Dan moet deze keuze echter wel worden doorgetrokken. Dat gebeurt echter niet.
De Wlz-tarieven worden namelijk eerst gecorrigeerd omdat er geen overheadkosten zijn, er geen gebruik wordt gemaakt van gebouwen, er geen kosten worden gemaakt voor materialen en goederen en er geen werkgeverslasten zijn. Deze correctie wordt niet verantwoord, duidelijk is echter dat noch het Losser/Kruidhof-arrest noch het wetsvoorstel Affectie- en Zorgschade aanknopingspunten bieden voor een dergelijke correctie. Bovendien wordt er slechts één kant op gecorrigeerd. Want er wordt niet gecorrigeerd voor de situatie dat een naaste van het slachtoffer ziek wordt of arbeidsongeschikt, en de mantelzorg niet meer verleend kan worden. Dit terwijl de zorgverlener geen sociaal vangnet heeft indien er geen sprake is van een loondienstverband met het slachtoffer (en daar gaat men in de Handreiking Zorgschade vanuit). Ook bouwt de informele zorgverlener geen pensioen op. Deze verborgen kosten zal een naaste zelf moeten dragen als de Handreiking in huidige vorm wordt gevolgd.

Wat voorts een onjuiste premisse is, is het in Bijlage II bij de concept Financiële Paragraaf onder 'Toelichting Tariefstelling t.b.v. werkgroep normering' genoemde uitgangspunt dat in zijn algemeenheid van 65 % tot 70 % productiviteit wordt uitgegaan. Dat zou moeten betekenen dat iemand die productiever is dan dat percentage zichzelf in de vingers snijdt, omdat hij of zij dan niet voldoende gewaardeerd wordt voor zijn inzet. En hoe moet een zorgschadedeskundige hier mee omgaan? Moet hij de informele zorguren met 1/3 vermeerderen om de zorgverlener de ruimte te bieden die het tarief hem geeft? Dat lijkt niet de juiste manier. Het aantal uren dient volgens ons te worden bepaald op basis van de behoefte. Vervolgens wordt dit ingevuld en wordt een informele zorgverlener verantwoordelijk voor een aantal uren. Daar hoort een tarief bij. Als de informele hulpverlener er langer over doet, omdat hij of zij maar 65 % productief is, dan is dat een keuze.

Voorts zou voor het tijdstip van de dag of nacht nog onderscheid moeten worden gemaakt. Wanneer er in de nacht door een informele zorgverlener taken worden verricht, wegen die zwaarder en dienen die beter beloond te worden dan wanneer er overdag werkzaamheden worden verricht. De belasting is dan immers zwaarder, bovendien is het gebruikelijk dat werkzaamheden die op ontijdige

uren wordt verricht beter wordt beloond dan werkzaamheden tussen 09:00 en 17:00 uur op werkdagen.

Onze conclusie is dat er in de concept Financiële Paragraaf alleen ten gunste van de aansprakelijke partij gecorrigeerd wordt, terwijl er geen correctie plaatsvindt ten gunste van het slachtoffer en zijn mantelzorgers als dat redelijk is. Het verhaal is inmiddels eentonig: de Handreiking is vooral geschreven voor de betalende partij, en biedt slachtoffers geen enkele verbetering ten opzichte van de huidige praktijk. Het tegenovergestelde is eerder waar.

6.4 Indexering achteraf?

Ten aanzien van de indexering van de (concept)tarieven hanteert het Concept het uitgangspunt dat bij een stijging van meer dan 5 % van de Wlz tarieven sinds de laatste wijziging (1 januari 2020) de tarieven worden bijgesteld. Waarom gewacht moet worden tot die 5 % stijging heeft plaatsgevonden is onduidelijk. Het resultaat is dan immers dat de mantelzorger achterloopt bij de markt, tot maximaal 5%. Is jaarlijkse indexering echt te veel gevraagd?

7. Juridische bodem en inbreng van slachtoffers vereist

De Handreiking Zorgschade is bedoeld als handvat voor het zorgvuldig regelen van de zorg die een letselschade-slachtoffer nodig heeft. Dan zouden de uitgangspunten in overeenstemming moeten zijn met die van het Nederlands schadevergoedingsrecht. Het voorliggende concept is echter op wezenlijke onderdelen strijdig daarmee. De Letselschade Raad heeft de handschoen opgepakt toen het wetsvoorstel Affectie- en Zorgschade werd gesplitst en het onderdeel zorgschade uit zicht raakte. Maar het huidige voorstel strijdt met alle uitgangspunten van het Losser/Kruidhof-arrest en het wetsvoorstel.

Het uitgangspunt dat de sociaalrechtelijke regelingen uitgeput moeten worden voordat de (verzekeraar van de) aansprakelijke partij kan worden aangesproken, is in strijd met wat in het wetsvoorstel werd voorgesteld. De keuzevrijheid van het slachtoffer, die door de Hoge Raad en de wetgever op de eerste plaats werd gesteld, is in de Handreiking verdwenen.
Ook door de financiële uitgangspunten van de Handreiking zal het slachtoffer eerder dwang dan keuzevrijheid ervaren. Als er al bedragen moeten worden genoemd, vinden wij dat die in lijn moeten zijn met de jurisprudentie van de Hoge Raad en het wetsvoorstel Zorgschade, te weten: billijke, op de tarieven van professionele hulpverleners afgestemde tarieven voor de zorg en hulp die de informele zorgverleners aan hun naasten verschaffen. Bovendien is er niets terug te vinden van de in 2014 gewenste verruiming van de schadevergoeding voor mantelzorgers, die soms hun goedbetaalde baan (gedeeltelijk) willen opzeggen om voor een naaste te zorgen. Daarmee ontbreekt in de Handreiking de menselijke factor, die in deze schrijnende letselschadezaken zo belangrijk is.

Kan het nog goed komen met de Handreiking, die alle rechten van tafel veegt die slachtoffers sinds 1999 kregen toegekend? Met dit concept gaan we meer dan twintig jaar terug in de tijd. Vertegenwoordigers van slachtoffers zijn kennelijk niet of onvoldoende betrokken geweest bij het opstellen ervan.
Wil het goed komen met de Handreiking, dan zal onder een nieuwe versie alsnog de vereiste juridische bodem moeten worden gelegd, dit keer vanzelfsprekend wél met inachtneming van arresten van de Hoge Raad en met een stevige inbreng van de zijde van de slachtofferadvocatuur. Gebeurt dat niet, dan is er wat ons betreft geen plaats voor deze Handreiking in het Nederlandse schadevergoedingsrecht. En dan zou de zorgschade weer snel op de politieke agenda moeten, om de zorgschade alsnog goed wettelijk te regelen.