

| 321 | Mediation in letselschade blijft ten onrechte achter

mr. Lydia Charlier¹

‘Met een gebalde vuist is het lastig handen schudden’

Vergeleken met arbeidsrecht en familierecht blijft de inzet van mediation in de letselschade duidelijk achter. Terwijl dit middel volgens Lydia Charlier de doorlooptijd van letselschadezaken kan bekorten, extra leed van het slachtoffer kan voorkomen en voor alle partijen tot betere oplossingen leidt. Ze beschrijft wat in een mediation mag worden verwacht en welke maatregelen het gebruik ervan de afgelopen tien jaar proberen te bevorderen. Met beschikbare cijfers laat ze zien in hoeverre mediation in letselschadezaken relatief gezien achterblijft. En ze doet voorstellen om ook op dit gebied mediation te bevorderen.

Op 11 juli 2018 heeft de Minister voor Rechtsbescherming, Sander Dekker, een brief aangaande ‘Buitengerechtelijke geschilbeslechting en herstelrecht’ aan de Tweede Kamer gestuurd.² Mediation neemt in die brief een belangrijke plaats in. De minister stelt dat de meeste problemen door mensen zelf worden opgelost: slechts in 4 % van alle civielrechtelijke en bestuursrechtelijke geschillen stappen mensen naar de rechter. Meer dan een derde van de problemen wordt opgelost met onderlinge overeenstemming.

Mensen die zelf tot overeenstemming zijn gekomen, behalen gunstiger resultaten dan mensen die hun geschil aan de rechter hebben voorgelegd. Vergeleken met de groep die een geschil aan de rechter voorgelegd hebben mensen die zelf tot overeenstemming zijn gekomen vaker hun doel bereikt, zijn de problemen vaker opgelost en worden afspraken vaker nageleefd.³ Het oplossen van geschillen door het bereiken van onderlinge overeenstemming verdient dus de voorkeur. Het is daarom wenselijk steviger in te zetten op het versterken van het vermogen van mensen om zelf geschillen op te lossen en het gebruik van buitengerechtelijke geschiloplossing te stimuleren, zo stelt de minister.

Vier buitengerechtelijke geschilleninstanties voor consumenten in Nederland⁴ zijn het roerend met minister Dekker eens: snelle, eenvoudige en gedegen oplossingen bij klachten en geschillen zijn belangrijk, en leiden tot tevren-

denheid bij partijen.⁵ Bij het Kifid wordt inmiddels meer dan 40 % van de zaken door bemiddeling opgelost.⁶

Arbitrage, bindend advies en mediation zijn vormen van alternatieve geschillenbeslechting. Bij arbitrage en bindend advies wordt, evenals in een juridische procedure, door een derde een beslissing aan partijen opgelegd. In geval van mediation bepalen partijen zelf hun beste oplossing, met hulp van de mediator.

1. Bijzondere context

De letselschade is een bijzonder werkveld. We treffen het slachtoffer aan in een situatie waarin de wereld op zijn kop staat. Zowel fysiek, emotioneel, psychologisch, financieel als sociaal verandert de wereld van de betrokkene. Hij⁷ kijkt bovendien aan tegen een soms lange periode van onzekerheid en onveiligheid. Slachtoffers van ernstige letselschade komen ongewild terecht in een situatie van verlies van dierbare zaken. Dat verlies gaat gepaard met rouwverwerking. De Zwitserse psychiater Elisabeth Kübler-Ross heeft de fasen van rouwverwerking in kaart gebracht in de rouwverwerkingscurve.⁸ Zij onderscheidt een aantal fasen die men doorloopt bij de verwerking van verandering en verlies. De ontkenning, de woede, het marchanderen, het verdriet en de depressie zijn de fasen die bij de verwerking van het verleden

¹ Lydia Charlier is als advocaat en MfN mediator werkzaam bij Beer Advocaten te Amsterdam.

² Zie: <https://mfregister.nl/brief-minister-dekker-buitengerechtelijke-geschilbeslechting-en-herstelrecht/>.

³ Zie ook: *Geschilbeschtingsdelta 2014*: https://www.wodc.nl/binaries/ob315-samenvatting_tcm28-73368.pdf.

⁴ De Huurcommissie, de Geschillencommissie voor Consumentenzaken, Kifid (Klachteninstituut financiële dienstverlening) en de SKGZ (Stichting Klachten en Geschillen Zorgverzekeringen).

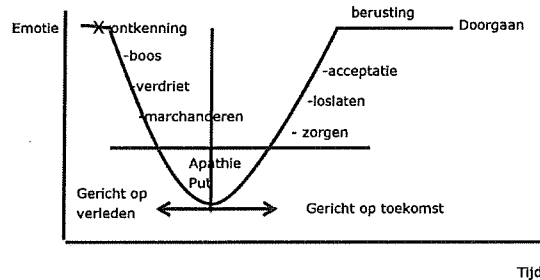
⁵ Zie: <https://www.degeschillencommissie.nl/over-ons/nieuws/2018/juli/buitengerechtelijke-geschilleninstanties-omarmen-initiatief-minister-dekker/>.

⁶ In 2016 werd 38 % van de Kifid-klachten opgelost door bemiddeling, in 2017 steeg dat percentage naar 42: <https://www.amweb.nl/branche/nieuws/2018/06/42-kifid-klachten-wordt-opgelost-door-bemiddeling-101111234>.

⁷ In dit artikel is gekozen voor ‘hij’ waar ‘hij of zij’ wordt bedoeld.

⁸ Elisabeth Kübler-Ross (Zürich, 1926 – Scottsdale, Arizona, 2004) studeerde als arts af in Zwitserland en wordt geroemd om haar pionierswerk rond stervensbegeleiding en de verschillende fasen van rouwverwerking.

horen. Het weer kunnen zorgen voor zichzelf, en tot slot de acceptatie en berusting zijn de fasen die bij de toekomst horen.



figuur 1: vereenvoudigde weergave van de rouwcurve van Kübler-Ross.

Toegepast op de letselschade geldt het volgende. In een van deze fasen van de rouwcurve – en meestal in het begin daarvan – treffen de belangenbehartiger en de verzekeraar het slachtoffer aan. Inzicht in het rouwproces en de fase waarin het slachtoffer zich bevindt is van belang voor het bepalen van adequaat gedrag door alle personen om het slachtoffer heen. Belangrijk, ook voor het slachtoffer, is het besef dat met een rouwproces niets mis is. Het moet alleen wel doorlopen worden. Rouw is geen ziekte. Een verstoord rouwverwerkingsproces daarentegen leidt tot het onderhouden van het verleden, en een blokkade voor het kijken naar de toekomst. Dat kan wel leiden tot ziekte en het oproepen van disfunctionele gedragspatronen. Met het voeren van jarenlange discussies wordt het slachtoffer telkens teruggeworpen in het verleden. Een lange rechtstrijd betekent dat de rouwverwerkingscurve niet of nauwelijks kan worden voltooid, maar juist integendeel: wordt onderhouden. Het slachtoffer voelt zich klein, en steeds kleiner en afhankelijker worden, hetgeen mogelijk – onbewust en ongewild – leidt tot het innemen van de psychologische rol van slachtoffer. Dat leidt als vanzelf tot een verstoord schaderegelingsproces. Met escalatie tot gevolg.

Escalatieladder

Een interessante inkijk in de fasen van conflictgedrag geeft de escalatieladder van prof. Glasl.⁹ De escalatieladder geeft de ontwikkeling van een conflict weer. Elke stap op de ladder heeft gevolgen voor het gedrag van mensen, voor hun houding en hun manier van denken. De escalatieladder verloopt in drie fasen, elk met drie treden, die ieder hun eigen gedragskenmerken kennen. De stappen op de ladder worden, omhoog of omlaag, getriggerd door prikkels, zoals een incident, een uit de hand gelopen telefoongesprek, een slecht gevallen brief of e-mail et cetera (omlaag), of het krijgen van begrip voor

een reactie, het ontvangen van waardering, een aangeboden excuus et cetera (omhoog).

Een korte samenvatting van de fasen:

- * Fase 1 van de ladder heeft betrekking op situaties waarin zich (af en toe) spanningen voordoen. Betrokkenen streven nog wel een win-winsituatie na. Emoties spelen wel een rol, al gaat men nog beheerst met het probleem om. De temperatuur is nog laag. De kern van de eerste fase is: men wil er samen uitkomen, en proberen een breuk te voorkomen. Voldoende de tijd nemen voor een goed gesprek is in deze fase noodzakelijk.
- * In fase 2 ontwikkelt het conflict zich tot een hardnekkiger geschil. De temperatuur stijgt. De win-win-houding is verlaten. De interactie wordt harder en kost veel negatieve energie. De kern van de tweede fase is: betrokkenen kiezen voor winverlies-situatie. De een probeert te winnen en de ander te laten verliezen. Slachtoffer en verzekeraar kijken aan in en letselschadezaak tegen het kostenaspect en de doorlooptijd van procedures en deskundigenoordelen, en een onzekere uitkomst daarvan.
- * In fase 3 is de wens om de ander te beschadigen groter geworden dan het vinden van een oplossing voor het probleem. In de kern is de oplossing niet meer zo belangrijk. De temperatuur is hoog. Het gedrag is voor anderen onbegrijpelijk geworden. De kern van de derde fase is: betrokkenen stevenen af op een verlies-verliessituatie.

Escalatie van een geschil kent een hoge prijs, in alle opzichten. Het eerste kenmerk van escalatie is een verstoorde relatie. Standpunten verstarren, en worden onwrikbaar. De verhoudingen worden disfunctioneel, en uiteindelijk bijna karikaturaal. Dat maakt een gesprek over de inhoud vrijwel onmogelijk. De betrokkenen bij de behandeling van letselschade vinden zichzelf al escalierend gevangen in een web van juridische procedures. Soms zijn zaken jarenlang onder de rechter, en vele deskundigenberichten later is het zicht op de oplossing nog steeds niet bereikt. Het slachtoffer verwordt tot een papieren dossier, en een roepende in de woestijn: hij voelt zich niet gehoord en niet serieus genomen door de verzekeraar. De voltooiing van het rouwproces, nodig om naar de toekomst te kunnen gaan, is uit het zicht. Dat kan anders.

⁹ Oostenrijkse econoom en conflictonderzoeker prof. Friedrich Glasl (1941); zie <https://www.swpbook.com/auteur/849/friedrich-glasl>.

2. Wat mag in een mediation worden verwacht?

Mediation is een goed middel om in vastlopende situaties tot de-escalatie te komen. In de meeste situaties waarin de schadebehandeling vastloopt gaat het niet om onderwerpen die zwart-wit zijn. In de rechtszaal moeten wel zwart-wit standpunten worden ingenomen. Dat leidt aanstonds tot escalatie en gevecht. Bedacht moet worden dat conflict een normaal onderdeel is van het leven. Gevecht is echter een keuze. En dat betekent dat ook andere keuzes kunnen worden gemaakt.

Mediation kenmerkt zich door informaliteit, keuzevrijheid en zelfbeschikking, als alternatief voor de gang naar de rechter. In een mediation kunnen in een vertrouwelijke setting zowel de denkbeelden over de relatie als over de inhoud worden verhelderd, en kan onbegrip worden weggenomen. Partijen krijgen dan de mogelijkheid om de escalatieladder weer op te klimmen.

De volgende 'kernwaarden' staan voor de mediator centraal:¹⁰

- * vrijwilligheid, qua keuze voor mediation en keuze van de oplossing;
- * partijautonomie;
- * onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de mediator;
- * vertrouwelijkheid.

Mediators rekenen ook het bewaken van de machtsverhoudingen, de equality of arms tot hun taak.

Zij zijn voorts onderworpen aan het tuchtrecht. De gedragsregels bieden daarmee belangrijke rechtsstatelijke waarborgen aan partijen.

De mediator scheidt de inhoud van de relatie, en richt zich allereerst op een werkbare relatie. In dat deel van de mediation hebben onderdelen als de rouwverwerkingscurve, de escalatieladder, maar ook beiderzijds disfunctionele gedragspatronen een plaats. De percepties op de relatie, en nadien ook op de inhoud, worden onderzocht en getoetst. Van daaruit kunnen de achterliggende belangen van beide partijen worden geëxploreerd.

Vanuit verheldering daarvan kan worden gesproken over een gezamenlijk gedragen oplossing. Belangrijke factor in het proces is dat het slachtoffer, met steun van zijn belangenbehartiger, aan tafel zit als een gelijkwaardige gesprekspartner – de afhankelijkheid voorbij. Een verstoord rouwverwerkingsproces kan daarmee bij het slachtoffer weer op gang worden gebracht, en zijn weg naar de toekomst vinden. Het slachtoffer wordt in staat

gesteld om, met inachtneming van het advies van zijn belangbehartiger, actief en gelijkwaardig deel te nemen aan het vormgeven van de oplossing en zelf de verantwoordelijkheid daarvoor te nemen.

Ook verzekeraars worden beter in staat gesteld om naar de toekomst te kijken. Met de bredere inzichten en kennis die in de mediation worden opgedaan, zal een breder beeld ontstaan dan voordien het geval was. Dat kan leiden tot andere inzichten ten aanzien van de oplossing.

3. Bevordering van mediation

Sinds 2008 staat mediation serieus op de agenda; ik noem hier enkele mijlpalen.

3.1 Europese mediation richtlijn

Op 21 mei 2008 is de Europese mediation richtlijn in werking getreden.¹¹ De richtlijn kende een implementatietermijn van drie jaar. De richtlijn is alleen van toepassing op grensoverschrijdende burgerlijke en handelsgeschillen. De richtlijn is geïmplementeerd met de Wet implementatie richtlijn nr. 2008/52/EG, in werking getreden op 21 november 2012.¹² Doel van de richtlijn is de toegang tot alternatieve geschillenbeslechting eenvoudiger te maken en de minnelijke regeling van geschillen te bevorderen, door het gebruik hiervan aan te moedigen en te zorgen voor een evenwichtige samenhang tussen mediation en behandeling bij de rechter.

De richtlijn omvat vijf hoofdpunten:

1. de lidstaten moeten de opstelling van gedragscodes en de naleving ervan door de mediators en de daarbij betrokken organisaties, alsmede de ontwikkeling van een basis- en vervolgopleiding voor mediators bevorderen (art. 4);
2. de rechter kan partijen steeds uitnodigen om van mediation gebruik te maken of aan een voorlichtingsbijeenkomst daarover deel te nemen (art. 5);
3. het resultaat van de mediation moet door de lidstaten uitvoerbaar worden gemaakt (art. 6);
4. de vertrouwelijkheid van de mediation, inclusief een verschoningsrecht voor alle bij de mediation betrokkenen, in burgerlijke of handelsrechtelijke procedures moet worden geregeld (art. 7);
5. na een (mislukte) mediation mogen partijen niet door verjaring worden belet om een gerechtelijke procedure of arbitrage te beginnen (art. 8).

¹⁰ Op grond van de gedragsregels die gelden voor mediators die zijn geregistreerd bij de Mediators federatie Nederland (MfN).

¹¹ 2008/52/EG.

¹² *Stb.* 2012, 570.

3.2 Gedragscode Behandeling Letselschade (GBL) van Letselschaderaad

De eerste Gedragscode Behandeling Letselschade (GBL) verscheen in 2006. Deze is later op diverse punten aangepast. De laatste aanpassing van de GBL 2012 van 10 juli 2012 is relevant voor de bevordering van mediation.¹³ Deze voorziet in gedragsregel 8 in het recht op mediation na een doorlooptijd drie jaar:

‘Duurt de schadebehandeling langer dan twee jaar na de schademelding, dan gaan partijen – op initiatief van de verzekeraar – na wat daarvan de oorzaak is. Partijen spreken concreet af welke maatregelen nodig zijn om de schadebehandeling alsnog zo spoedig mogelijk af te ronden en wie zorg draagt voor de uitvoering daarvan’. (Gedragsregel 8)
(...)

‘Volgens het Verbond behoort de verzekeraar haar betrokken schadeafdeling na twee jaar altijd een interne second opinion te laten vragen. Mocht de behandeling van een letselschadeclaim langer duren dan drie jaar en de benadeelde is niet tevreden over de aanpak door de verzekeraar, dan heeft hij recht op onafhankelijke bemiddeling, zoals mediation.’ p. 38:

3.3 Stichting De Ombudsman

In februari 2011 zag het rapport *De Gedragscode Behandeling Letselschade. Een goed bewaard geheim?* van de Stichting De Ombudsman het licht.¹⁴ De Ombudsman baseert zich op een onderzoek onder 739 letselschadeslachtoffers, voornamelijk van verkeers- en bedrijfsongevallen. Driekwart gaf aan nog nooit van de gedragscode te hebben gehoord.

De Ombudsman stelt vast dat letselschadezaken anno 2011 nog steeds te lang duren. Hoe langer de letselschadezaak duurt, hoe groter het risico is dat het overleg vastloopt. Van de onderzochte dossiers is 80 % na drie jaar nog steeds niet afgerond.

De Ombudsman stelt:

‘Het letselschadeslachtoffer staat nog steeds niet centraal. Slachtoffers van een ongeval kunnen een lange en slopende strijd om vergoeding van hun letselschade tegevoet zien. Zij worden vermalen in medische discussies over hun letsel en getouwtrek tussen advocaat en verzekeraar over de hoogte van de schadevergoeding. De gedragscode moest daaraan een einde maken, maar is te vrijblijvend.’

Hij pleit voor wettelijke verankering van de GBL en vindt dat letselschadezaken na 2,5 jaar aan een onafhankelijke

bemiddelaar moeten worden voorgelegd. De basisgedachte achter de aanbevelingen is om ervoor te zorgen dat er geprobeerd wordt om in het geval de onderhandelingen vastlopen, uit de impasse te geraken.

3.4 Initiatiefwetsvoorstel ter bevordering van mediation 2013

Op 9 september 2013 heeft het toenmalig Kamerlid Ard van der Steur drie initiatiefwetsvoorstellen ter bevordering van mediation ingediend. Na zijn benoeming tot Minister van Veiligheid en Justitie in maart 2015 heeft de Tweede Kamerfractie van de VVD de wetsvoorstellen ingetrokken. Minister Van der Steur heeft in juli 2016 het wetsvoorstel ‘Wet bevordering mediation’ ter consultatie aan het publiek voorgelegd. Die consultatie is in september 2016 gesloten. De toekomst van dit wetsvoorstel is tot op heden onzeker.

Het wetsvoorstel als belangrijkste onderdelen:

1. introductie van het begrip beëdigde mediator, met inrichting van een overheidsregister van beëdigd mediator en wettelijke bescherming van de titel beëdigd mediator;
2. partijen moeten voorafgaand aan een procedure kenbaar maken of zij hebben geprobeerd het geschil door middel van mediation op te lossen en, als ze dat niet hebben gedaan, de reden daarvan;
3. beginselen van vertrouwelijkheid en vrijwilligheid worden gewaarborgd voor de door een beëdigd mediator begeleide geschillen;
4. stuiting van de verjaring in geval van mediation door een beëdigd mediator;
5. de mediation-overeenkomst krijgt een wettelijke basis als bijzondere vorm van overeenkomst van opdracht;
6. laagdrempelige toegang tot de rechter voor het verkrijgen van een beslissing tijdens een mediation, op gemeenschappelijk verzoek van partijen, waarbij het verzoekschrift wordt ingediend door de mediator;
7. mogelijkheid van het verlenen van een executoriale titel aan een in de mediation gesloten vaststellings-overeenkomst;
8. de wettelijke vastlegging van de bevordering van het gebruik van mediation in bestuurszaken en fiscale zaken.

3.5 Verbond van Verzekeraars

Het PIV en het Verbond van Verzekeraars hebben de aanbeveling van de Stichting De Ombudsman (2011) overgenomen en verder uitgewerkt in de op 20 juni 2016 gepubliceerde *Aanbevelingen ter voorkoming en/of oplossing van geschillen in het letselschadeprocess*.¹⁵ Het

¹³ De Gedragscode Behandeling Letselschadezaken: <https://deletselschaderaad.nl/downloads/GBL-20121.pdf> (2016).

¹⁴ Zie: <https://bit.ly/2PEj6tT>.

¹⁵ Zie <https://stichtingpiv.nl/regelingen/61297-2/>

Verbond beveelt aan om, in langer lopende letselschadezaken (3 jaar en meer) waarvan het slachtoffer vindt dat het verloop niet naar tevredenheid is, een driegesprek aan te gaan en, als dat niet tot oplossingen leidt, te kiezen voor mediation.

3.6 *Leerstoel mediation*

Op 1 april 2017 werd Dick Allewijn benoemd tot eerste bijzonder hoogleraar Mediation in Nederland, aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit Amsterdam. Als vorm van geschilbescherming wordt mediation door Allewijn gezien als een nieuw en uitdagend onderwerp voor academisch onderwijs en onderzoek.

Ik ondersteun van harte Dick Allewijn waar hij zegt: 'De jurist van de toekomst geeft niet alleen vorm aan de rechtsstrijd, maar ook aan de rechtsvrede, en kan zijn cliënten bijstaan in het voorkomen, hanteren en oplossen van conflicten.'¹⁶ Deze opdracht geldt wat mij betreft niet alleen rechtshelpers, maar ook verzekeraars. Met een gebalde vuist is het immers lastig handen schudden.

In *AMweb* komt Allewijn op 28 juni 2018 aan het woord over verzekeringsconflicten.¹⁷ Hij stelt onder meer: 'Verzekeraars vertonen koud conflictgedrag.' En: 'Juridisering is berusten in vertrouwensverlies; er is maar weinig vertrouwen in de verzekeringswereld.' Allewijn pleit voor het terugbrengen van vertrouwen in de relatie.

3.7 *Recente literatuur*

In een recent uitgebreid essay 'Van 'in gebreke' naar 'in verbinding' wordt door gezaghebbende auteurs ingegaan op de wenselijkheid van mediationwetgeving, en wordt een negental aanbevelingen gedaan ter bevordering van mediation.¹⁸

1. Naast een wet die mediation bevordert dienen ook andere vormen van conflictoplossing dan rechtspraak te worden bevorderd, waarbij een goede informatievoorziening door de overheid wenselijk is;
2. Het overstappen van mediation naar rechtspraak en andersom zou moeten worden gefaciliteerd in een eenvoudige, informele en voortvarende vorm, in een niet-escalerende setting;
3. De rechter zou tevens de in een mediation tot stand gekomen (vaststellings-)overeenkomst van een executoriale titel moeten kunnen voorzien;

4. Een nieuw wetsartikel (3:303a BW) zou kunnen worden ingevoegd: 'behoudens sportvoorzieningen wordt geen rechtsvordering ingesteld zonder dat de eiser in redelijkheid heeft onderzocht of het geschil door partijen in der minne kan worden opgelost. Hij doet dit onderzoek zo mogelijk tezamen met de wederpartij';
5. Een soortgelijke bepaling moet worden opgenomen in de Awb;
6. Art. 22a Rv. verdient voorts aanpassing in die zin dat de rechter in elke stand van het geding kan onderzoeken of mediation een oplossing kan bieden;
7. Mediation moet herkenbaar en onderscheidend beschikbaar zijn voor partijen als methode van conflictoplossing;
8. Inzicht in de kwaliteit en ervaring van de mediator kan worden ingevuld met een bescherming van de beroepsgroep, een keurmerk/certificering of een register;
9. De overheidsfinanciering moet ten aanzien van de verschillende conflictoplossingsmethoden worden gelijkgeschakeld.

3.8 *Verplichte mediationclausule?*

In voornoemd essay valt de keuze van de auteurs in de aanbevelingen niet op mediation als wettelijk verplichte 'voorliggende voorziening'. In contractuele afspraken kan dat anders liggen: een mediationclausule behoort tot de mogelijkheden. In het kader van bijvoorbeeld een rechtsbijstandsverzekeringpolis kan worden bepaald dat, alvorens het recht op een advocaat ontstaat teneinde een procedure te voeren, eerst mediation moet worden beproefd. Dit roept de vraag op of een dergelijke bepaling als voorliggende voorziening in strijd is met de vrije advocaatkeuze. Begin 2016 oordeelde de Duitse rechter, het Bundesgerichtshof (BGH), dat een 'verplichte' mediationclausule in een rechtsbijstandspolis is toegestaan, en niet in strijd is met de vrije advocaatkeuze.¹⁹

4. Enkele cijfers

In 2011 waren 4.409 mediators geregistreerd bij de Mediators federatie Nederland (MfN, voorheen Nederlands Mediation Instituut, NMI), waarvan 950 gecertificeerd.²⁰ Als gevolg van een gewijzigd registratiebeleid, waarin onder meer strengere eisen aan de registratie werden verbonden, bleven er in 2012 daarvan nog maar ca.

¹⁶ Zie: <https://bit.ly/2wHra65>.

¹⁷ 'Juridisering van verzekeringsconflicten is berusten in vertrouwensverlies', zie: <https://bit.ly/2NMfp4F>.

¹⁸ M. Barendrecht, P. Ingelse, F. Schonewille, J. de Waart en F. van Zomeren; 'Van "in gebreke" naar "in verbinding"', *NJB* 6 juli 2018, afl. 26, p. 1298 v.

¹⁹ Zie Bundesgerichtshof, Beschluss vom 14.01.2016 – I ZR 98/15; <https://bit.ly/2oBIUK>.

²⁰ R.J.M. Vogels, *De stand van Mediation in Nederland*, Stratus 2011.

2.500 over.²¹ De Stichting Economisch Onderzoek (SEO)²² stelt dat in 2011 door de bij het NMI aangesloten mediators in totaal 51.690 mediations werden uitgevoerd.²³ In 2015 waren nog 3.052 mediators geregistreerd bij het MfN. Van de door hen verrichte mediations viel 28 % in de arbeidsrechtpraktijk, 43 % in het familierecht, 7 % zakelijk, 9 % overheid, 6 % burens en 7 % in overige categorieën.²⁴ In de afgelopen jaren is het aantal mediators redelijk stabiel op circa 3.000.²⁵ Het jaarlijks aantal bij het MfN geregistreerde mediations sluit in 2017 op zo'n 60.000. Familiezaken nemen 55 % voor hun rekening, arbeidszaken 21 %. Het jaarlijks aantal geregistreerde letselschade mediations is evenwel door het MfN niet te achterhalen.²⁶

Uit het WODC rapport *Mediation Monitor 2005-2008*²⁷ bleek dat op dat moment het aantal letselschade-mediations nog bijzonder laag (0,2 %) was. Tot dan werden letselschadezaken nauwelijks voor mediation voorgedragen. Uit informatie van de Mediationbureaus bij de rechtbanken Amsterdam en Utrecht (2018) blijkt dat partijen in letselschadezaken, ondanks verwijzing door de rechter, niet of nauwelijks voor mediation kiezen.

5. Letselschadebehandeling in de praktijk

Letselschade zorgt dagelijks voor veel leed bij slachtoffers en nabestaanden. Daarover zijn alle partijen het wel eens. De Stichting de Ombudsman noemt de afhandeling van letselschaden in 2011 nog 'schokkend'. Ondanks de in 2006 ingevoerde GBL duurde de afhandeling van 80 % van de dossiers langer dan drie jaar. Geschat wordt dat in circa 10 % van het totale aantal letselschadezaken sprake is van blijvend letsel.²⁸ Eind november 2016 publiceerde het Personenschade Instituut van Verzekeraars (PIV) enkele cijfers over de periode 2012-2016.²⁹ Het PIV schat dat in deze periode ongeveer 65.000 nieuwe letselschadezaken per jaar worden gemeld.³⁰ Het verkeer alleen al veroorzaakt zo'n 57.000 letselschaden. De gemiddelde doorlooptijd van letselschadebehandeling zou, aldus het PIV, in de periode van 2012 - 2016

zijn gedaald van 16 maanden naar 14 maanden. 91 % van de zaken wordt binnen twee jaar afgerond. Tussen 2012 en 2016 is het daarmee het jaarlijks aantal zaken dat langer dan twee jaar loopt op grond van de (deels geschatte) cijfers van het PIV (tenminste) 5850. Het PIV stelt wel dat dat een onderschatting is van de situatie in 2018.³¹

Uit de cijfers van het PIV ontstaat de indruk dat er bij de schadebehandeling van (tijdelijk) letsel veel goed gaat. Er is echter ook een ander geluid. Tros Eenvandaag besteedde op 14 april 2017 aandacht aan dat geluid.³² Tros Eenvandaag meldt dat de opstelling van verzekeraars in de letselschade verhardt. Er worden meer letselschadeclaims afgewezen en er wordt getraineed bij de afwikkeling van letselschadedossiers. Daarover worden zelfs Kamervragen gesteld.³³

Een enquête onder de leden van de ASP in 2017 wijst uit dat een meerderheid van de advocaten de verharding in de afhandeling van letselschadeclaims herkent. Volgens de ASP zijn letselschadeslachtoffers de dupe van de gewijzigde koers van verzekeraars. De Vereniging van Advocaten voor Slachtoffers van Personenschade (ASP) luidt daarom de noodklok. De ASP pleit, indien verzekeraars hun werkwijze niet aanpassen, voor politiek ingrijpen.³⁴ Er vallen harde woorden.

Letselschade advocaten zien het anno 2017 steeds vaker gebeuren dat verzekeraars de geloofwaardigheid van slachtoffers proberen te ondermijnen. In EenVandaag vertelt een advocaat: 'Van goed overleg is geen sprake meer, het is geregeld 'matten.' En: 'Je wordt pas serieus genomen als je dreigt met procederen'. 'De GBL? Dat noemen wij de Grote Boze Leugen', reageert een andere advocaat. 'Verzekeraars kunnen er zonder enig risico op intekenen om zich er vervolgens niets meer van aan te trekken.³⁵ Als het echt om zaken van belang gaat wordt nog steeds tot op het bot discussie gevoerd', zegt één van hen. 'En dan zijn opeens alle regels zoek. Dan gaat het alleen nog maar om powerplay.'

²¹ A. Brenninkmeijer (red.), *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2017.

²² SEO Economisch Onderzoek, bureau voor onafhankelijk toegepast economisch onderzoek, www.seo.nl.

²³ Uit het VVD-plan voor wettelijke verankering van mediation (2012).

²⁴ Zie <https://mfregister.nl/cijfers-mfn-register/>.

²⁵ 'Het MfN-register. Een kwaliteitskeurmerk', *Tijdschrift conflictantering* 2017/3.

²⁶ Letselschade valt in de algemene categorie 'overig'.

²⁷ 32 WODC: *Mediation Monitor 2005-2008*, p.9, zie ook 'Mediation in letselschadezaken. De waarde van geluk of gelijk, L&S 2010 nr. 2.

²⁸ Zie: <https://bit.ly/2PEj6tT>.

²⁹ Zie: <https://bit.ly/2NKAE6P>.

³⁰ Dat is naar eigen zeggen van het PIV een onderschatting waar het de huidige situatie betreft, gezien onder meer een substantiële uitbreiding van het wagenpark.

³¹ De cijfers van 2018 zijn bij het schrijven van dit artikel nog niet gepubliceerd.

³² <https://eenvandaag.atavist.com/letselschade>.

³³ Zie: <https://www.fintool.nl/26130/kamervragen-opstelling-verzekeraars-bij.htm>.

³⁴ <https://www.asp-advocaten.nl/bezoekers/opstelling-verzekeraars-bij-letselschade-verhardt-nadere-cijfers>.

³⁵ <https://eenvandaag.atavist.com/letselschade>.

Probleem is volgens veel advocaten dat er geen sancties staan op het niet naleven van de code. 'Het is een tandeloze tijger.'³⁶

Gesignaleerd zij dat de door het PIV gepresenteerde gemiddelden fraai lijken, echter die bedriegen. *Gemiddelden* zeggen immers weinig over de doorlooptijd van het grote aantal complexe zaken met blijvend letsel.³⁷ Voorbeelden van complexe zaken zijn de medische foutzaken, de beroepsziektezaken, zaken met moeilijk objectiveerbaar letsel, of zaken met een psychische component. Daarnaast zijn er de zaken met een groot belang. Het zijn die zaken die veelal vastlopen. De minister heeft zich op de Kamervragen naar aanleiding van de uitzending van Eenvandaag verweerd met de voornoemde algemene cijfers van het PIV. Daarmee wordt echter de situatie van de vele slachtoffers in de complexere zaken met blijvend letsel miskend.

Bij navraag beschikken noch het Verbond van Verzekeraars, noch het PIV, noch De Rechtspraak over objectieve cijfers omtrent het jaarlijks aantal gevoerde letsel-schadeprocedures.

Uit informele bronnen uit de sector van rechtsbijstand verlenende organisaties blijkt dat vanaf 2015 (het jaar waarin de Wet deelgeschillen werd ingevoerd) gemiddeld per jaar ca. 10 % van de letselschadezaken voor een procedure in aanmerking wordt gebracht.³⁸ Dat staat in schril contrast met algemene door de minister genoemde percentage: 4 %.³⁹ Het is wel in overeenstemming met de cijfers van verzekeraars, waaruit blijkt dat ca. 9 % van de letselschadezaken langer duurt dan 2 jaar.

De – voorzichtige – conclusie is dat in complexe letselschadezaken in (veel) meer dan 4 % van de zaken wordt geprocedeerd. Het lijkt erop dat de complexe zaken met blijvend letsel een aparte categorie vormen. Het lijkt er ook op dat het signaal van verharding van de rechtsstrijd van ASP niet alleen staat.

Verzekeraars signaleren op hun beurt dat de kosten van letselschade stijgen.⁴⁰ De schadelast die daarmee gepaard gaat, met name op het gebied van letselschade stijgt jaar na jaar. In 2015 bedroeg de schadelast van letselschade alleen in het verkeer 1,2 miljard euro. Daarvan kwam 240 miljoen voor rekening van buitengerechtigde kosten. Dat heeft ten dele te maken met de stijging van het aantal

verkeerszaken, in 2017 zelfs met 10 %. Het heeft ook te maken met de invoering van de Wet Deelgeschillen in 2015. De kostenstijging verontrust verzekeraars.

Uit een interview (2015) in het Schademagazine met Deborah Lauria (van de Letselschade Raad) blijkt dat eenderde van alle zaken met een belang boven de € 10.000 niet binnen 2 jaar wordt afgewikkeld, dat het medisch traject leidt tot de grootste vertraging in letselzaken, en dat binnen het medisch traject twee oorzaken er uitspringen: de discussie over de medische causaliteit en het afwachten van het medisch expertiserapport.⁴¹ Bij de schadevaststelling is de discussie over het smartengeld de belangrijkste oorzaak van het niet afronden van dossiers binnen twee jaar. Verder hebben verzekeraars kritiek op de kwaliteit van de rechtshulpverlening. Het uitblijven van een reactie van de belangenbehartiger of het slachtoffer is een belangrijke oorzaak van vertraging (in 12 % van alle dossiers de belangrijkste oorzaak en in 5 % van de dossiers de enige oorzaak, aldus Deborah Lauria). Het zijn – op een enkele na – steeds oorzaken waarin mediation voor beweging kan zorgen, en in veel gevallen: een oplossing kan bieden.

Kort samengevat verschillen de percepties op het verloop van de behandeling van letselschaden aanzienlijk. Wel lijken verzekeraars en letselschade behandelaars het over één ding eens: er is een zeer aanzienlijk aantal zaken dat (veel) langer duurt dan gewenst. Dat heeft ongewenste gevolgen voor beide partijen. In 5 % van de gevallen die langer duren dan 2 jaar zijn discussies over aansprakelijkheid de reden voor een langere afwikkeling dan twee jaar, aldus het PIV. In zaken met moeilijk objectiveerbaar letsel, of zaken waarin een psychologische component loopt de schaderegeling geregeld vast op causaliteitsvragen. Het zijn deze zaken waarin de inzichten niet zwart/wit zijn, maar door beide partijen wel als zodanig worden gepresenteerd. In deze zaken worden de jarenlange, kostbare en taai discussies over de causaliteit gevoerd, waar ASP-advocaten zich voor gesteld zien. Die discussies, met hun ongewenste kosten, doorlooptijd en persoonlijke gevolgen voor het slachtoffer zijn alle partijen een doorn in het oog. Voor verzekeraars is de voortgang en de doorlooptijd om verschillende redenen van belang. Dat kunnen redenen zijn van reservering of herverzekering. Onderzoek door verzekeraars wijst bovendien uit dat een langer schaderegelingstraject vrijwel altijd duurder voor hen uitvalt.⁴² Voor slachtoffers heeft een langdurig traject een grote persoonlijke impact. Het betekent dat hun leven stilstaat.

³⁶ <https://eenvandaag.avrotros.nl/item/opstelling-verzekeraars-bij-letselschade-verhardt/>.

³⁷ Naar schatting 10 % van het totale aantal letselschadezaken volgens de Stichting De Ombudsman (2011).

³⁸ Dat wil niet zeggen dat in deze zaken een procedure wordt gestart of afgerond: sommige zaken worden onder druk van de omstandigheden toch geregeld.

³⁹ Waarin in het algemeen wordt geprocedeerd.

⁴⁰ Berichtgeving in het AD van 9 mei 2016.

⁴¹ www.schademagazine.nl, <https://stichtingpiv.nl/wp-content/uploads/2015/09/15-09-24-interview-deborah-schademagazine-w.pdf>.

⁴² <https://stichtingpiv.nl/evaluatie-wet-deelgeschillen-stijgende-aantallen-en-hoger-beroep/>.

Dat de rouwverwerkingscurve stil staat. Het betekent dat zij worden gehinderd in hun blik op de toekomst. De strijd is fel, langdurig, en de prijs van het voeren van juridische procedures is zowel voor het slachtoffer als voor de verzekeraar hoog. Voor beide partijen een serieuze reden om zich te beraden op mediation.

5.1 Actueel beeld

In 2015 wordt het jaarlijks aantal mediations in letselschadezaken geschat op 150-200.⁴³ De ervaring leert dat ruim 90 % van de letselschade mediations leidt tot een oplossing.⁴⁴ Dat is natuurlijk mooi. Mediation lijkt voor het vlot trekken of oplossen van complexe letselschadezaken een bij uitstek geschikt middel. De kosten van mediation zijn beperkt, de doorlooptijd is kort, en partijen worden in de gelegenheid gesteld om onder vertrouwelijkheid alles de revue te laten passeren wat nodig is voor het beeld van de oplossing. De vraag is gerechtvaardigd: bestaat er bij de professionals die betrokken zijn bij de behandeling van de langer lopende zaken (ten minste 5850 per jaar, volgens het PIV)⁴⁵ voldoende focus op het inzetten van het middel van mediation?

6. Wanneer is een zaak geschikt voor mediation?

Als gezegd: het eerste kenmerk van escalatie is een verstoerde relatie. Uit de uitlatingen van ASP-advocaten blijkt daarvan regelmatig sprake. Uit onderzoek van het WODC⁴⁶ is goed bekend waar mensen met rechtsproblemen naar op zoek gaan. De overgrote meerderheid (80 %) zoekt een goede praktische oplossing. Mensen zoeken rechtshulp voor advies over de manier om die oplossing te bereiken en welke oplossing passend zou zijn. Ze willen hulp bij het bereiken van die oplossing, meestal in de vorm van het hervatten van het gesprek met de andere partij of een vorm van bemiddeling.

Ook slachtoffers van letselschade willen maar één ding: een oplossing. Procedures zijn voor het bereiken van dit doel het laatste redmiddel. Te vaak wordt in mijn visie de weg van de procedure ingeslagen zonder eerst de andere middelen uit te putten. Mediation is een van die middelen. Het is middel is geschikt in alle zaken waarin partijen kampen met onzekerheid in de toekomst, en geen absolute behoefte hebben aan een 'princiële' uitspraak van een rechter.

6.1 Thermometer

Om te bepalen of een zaak zich voor mediation leent lijkt het invoeren van een relatie- en inhoudsthermometer zinvol. Ik zoek daarbij onder meer aansluiting bij de treden van de escalatieladder van Glasl.

Thermometer

Loopt een zaak langer dan twee jaar, of zelfs langer dan drie jaar, dan kunnen zowel de verzekeraar als de belangenbehartiger zich de volgende vragen stellen:

1. Ten aanzien van de relatie: wat is (op een schaal van 1-9) de temperatuur van de relatie?
2. Ten aanzien van de inhoud: wat is (op een schaal van 1-9) de temperatuur van de inhoudelijke discussie?
3. Rechtvaardigen de temperatuur en het belang de escalatie, of juist de-escalatie?
 - * Op niveau 1-3: nuttig om voldoende tijd te nemen voor een goed gesprek om in overleg oplossingen zoeken; zoek bijvoorbeeld overleg met collega's, bespreek de zaak tijdens intervisiemomenten et cetera;
 - * Op niveau 4-7: mediation kan goede diensten bewijzen. Bepaal of mediation kan worden ingezet en: motiveer (voor de cliënt, voor de leidinggevende) waarom dat eventueel niet het geval is;
 - * Op niveau 8-9: zet arbitrage, bindend advies in, of adviseer de gang naar de rechter (deelgeschil). Met hulp van een rechterlijk oordeel dat de zaak op onderdelen vooruit kan helpen (deelgeschil), kan mediation ook in deze fase worden ingezet.

Uiteraard heeft de besluitvorming over het inzetten van mediation een relatie met het belang van de zaak. Het financiële belang is daarin slechts één aspect. De andere, hiervoor besproken factoren zijn echter evenzeer van belang. Wat betekent een (te) lange doorlooptijd voor de verzekeraar? Wat betekent het onderhouden van een zaak voor het slachtoffer? Ik roep het Verbond van Verzekeraars op een aanbeveling te doen voor helder beleid op dat punt.

Met deze route valt in het werkveld voor beide partijen nog veel te winnen. Op het punt van bekorting van de doorlooptijd, het voorkomen van een dubbele lijdensweg voor het slachtoffer, en de kwaliteit van de oplossing.

⁴³ J.M van de Laar en W.G.B. Neervoort: 'Letselschade mediation. Waarom, wanneer en hoe werkt het?', *TLP* 2015, p. 28 e.v.

⁴⁴ Zie J.M van de Laar en W.G.B. Neervoort: 'Letselschade mediation. Waarom, wanneer en hoe werkt het?', *TLP* 2015, p. 28 e.v.

⁴⁵ WODC 2406 Geschilbeslechtingdelta 2014: https://www.wodc.nl/binaries/ob315-volledigetekst-gewijzigd_tcm28-73369.pdf.

⁴⁶ *Geschilbeslechtingdelta 2014*, zie: <https://bit.ly/2wGdjwM>.

7. Conclusie

Letselschade is gelet op de belangen van zowel slachtoffers als verzekeraars een vakgebied waarin, net als in het arbeidsrecht en het familierecht, het bevorderen van mediation zeer voor de hand ligt. Maar vergeleken met de andere genoemde rechtsgebieden blijft het gebruik van het middel mediation in de letselschade ernstig achter. Dat is een gemiste kans voor alle partijen.

Ook slachtoffers van letselschade willen vooral een goede praktische oplossing bereiken. Een van de onderdelen daarvan is compensatie. Oog voor andere onderdelen is echter evenzeer belangrijk. Er valt in het werkveld van de letselschade met mediation nog veel te winnen. Een

concrete marsroute om te bepalen of mediation in de fase waarin de letselschadezaak zich bevindt een geschikt middel is, en vooral te motiveren waarom dat zowel op procesniveau als op communicatief niveau niet het geval is, kan helpen bij de bekorting van de doorlooptijd van deze zaken, het voorkomen van extra leed bij het slachtoffer, en het verbeteren van de kwaliteit van de oplossing voor alle partijen.

Om met Allewijn⁴⁷ te spreken: 'Mediation is bedacht om de maatschappij een beetje vreedzamer te maken'. Het Wetsvoorstel bevordering mediation ligt al te lang op de plank. Uit de markt klinkt de al jaren aanhoudende en aanzwellende roep om het Wetsvoorstel Bevordering Mediation⁴⁸ nu zo snel mogelijk aan te nemen.⁴⁹ Ik onderschrijf die oproep van harte.

⁴⁷ 'Mediation is bedacht om de maatschappij een beetje vreedzamer te maken', in *Tijdschrift Conflictantering* 2017/3.

⁴⁸ Zie voorstel voor Wet bevordering mediation van minister Van der Steur, juli 2016.

⁴⁹ Zie onder meer: L.E.M. Charlier: 'Mediation in letselschadezaken. De waarde van geluk of gelijk', *L&S* 2010 nr. 2; J.M. van de Laar: 'Ervaringen van een mediator in letselschadezaken', *Verkeersrecht* 2010 nr. 5, p. 133 e.v.; de dringende oproep van het MfN-bestuur van 30 november 2015: <https://bit.ly/2LV1by0>; J.M. van de Laar en W.G.B. Neervoort: 'Letselschade mediation. Waarom, wanneer en hoe werkt het?', *TLP* 2015, p. 28 v.; G.M. van Wassenauer, 'Mediation. Dé oplossing in letselschadezaken?', *Verkeersrecht* 2-2016 nr. 18; en M. Barendrecht, P. Ingelse, F. Schonewille, J. De Waart en F. van Zomeren; 'Van "in gebreke" naar "in verbinding"', *NJB* 6 juli 2018, afl. 26, p. 1298 v.