

> in elkaar – het een volgt helemaal uit het ander. Omdat het voor mij zo'n onbekend terrein was, wist ik aanvankelijk niet hoe ik me alles eigen moest maken, maar dat viel helemaal op z'n plek tijdens mijn stage." Zij liep stage bij toen nog Korevaar van Dijk, nu Flyct in Capelle aan den IJssel, "en dat was heel plezierig", vertelt ze. "Ik kreeg een heel goed beeld van hoe alles in de praktijk werkt. Bovendien vond ik het een bedrijf met een enorme servicegerichtheid richting letselschadeslachtoffers. Zelf merkte ik dat ook aan de manier waarop mensen behulpzaam waren en mij wegwijs maakten. Heel gastvrij en open allemaal." Niet in de laatste plaats is Monique Waalkens over haar medecursisten te spreken. Ze zegt: "Het was een heel leuke en boeiende groep, met heel verschillende mensen uit verschillende disciplines. En het was prettig dat een aantal mensen al als herstelcoach werkte. Wij hingen aan hun lippen, want zij hadden de verhalen en de ervaring!"

Veel geleerd

Een van de cursisten met veel ervaring als herstelcoach was Ellen van den Berg. Zij werkt als arbeidsdeskundige en herstelcoach bij de Bureaus en heeft, sinds begin 2014, al tientallen dossiers als herstelcoach behandeld. Toch vond ook zij de opleiding heel nuttig. "Bijvoorbeeld op het gebied van gesprekstechnieken en communicatie met het slachtoffer heb ik in de opleiding echt heel veel geleerd", vertelt ze. "Ik heb geleerd hoe je op een andere manier dan als arbeidsdeskundige het gesprek met het slachtoffer aan kunt gaan. Als arbeidsdeskundige ben ik



Ellen van den Berg

vooral oplossingsgericht bezig, maar als herstelcoach is het de kunst om in het gesprek met het slachtoffer niet bij voorbaat alles al in te gaan vullen. Dat vergt een andere benadering en het vraagt ook iets anders van jezelf. Wat dat betreft geeft de opleiding ook heel veel inzicht in wie je zelf bent, wat je in huis hebt en hoe je dat kunt inzetten. Eigenlijk heb ik alle modules van de opleiding wel als plezierig en leerzaam ervaren, omdat elke docent vanuit telkens een net even andere invalshoek een andere benadering van het vak gaf."

Zekerder voelen

Ellen van den Berg heeft – begrijpelijkerwijs – haar stage op een wat afwijkende manier ingevuld, omdat zij zelf voor diverse andere cursisten als stagebegeleider is opgetreden en nu nog optreedt. In dat kader nam zij cursisten mee naar haar gesprekken met slachtoffers en liet hen daar feedback op geven, opdat zij zelf er ook iets van zou leren. Daarnaast vulde zij haar eigen stage in door gesprekken met een verzekeraar en een belangenbehartiger aan te gaan en daarin kennis en ervaringen uit te wisselen. Het examen vond zij pittig, wat ook voor anderen zo was, want niet iedereen slaagde ervoor. Is zij nu door de opleiding anders gaan werken? "In zekere zin wel", zegt ze. "Ik voel me nu steviger in mijn schoenen staan, doordat ik in de opleiding bevestigd heb gekregen dat de manier waarop ik altijd al werkte, zeker niet verkeerd was. Daarnaast heb ik extra 'tools' in handen gekregen, waardoor ik me ook zekerder voel in wat ik doe. Dat is heel plezierig, omdat ik in de afgelopen twee jaar veel heb moeten pionieren en heb moeten uitvinden hoe vorm en inhoud aan herstelcoaching te geven. Dat beeld is in ieder geval voor mij nu veel duidelijker geworden."

Hoe open is de opneemregeling?



mr. dr. J.P. Quist en mw. mr. C.C. Janssen, Olie & De Jonge Advocaten



Wie de zoekterm 'opneemregeling' googelt, komt in de eerste plaats uit bij informatie over subsidie-regelingen. Bij deze regelingen kan iedereen die aan de daarin opgenomen voorwaarden voldoet aanspraak maken op de betreffende subsidie. In letselschadezaken kent men echter een volledig andere betekenis toe aan dit begrip. Het wordt gebruikt als aanduiding voor een wijze van afronding van een letselschadedossier. Eigenlijk is met afronden al te veel gezegd, aangezien het juist de bedoeling is om 'het boek' niet in alle opzichten definitief te sluiten. De (schade)balans van verschenen schade wordt opgemaakt, er wordt een betaling afgesproken, maar er wordt geen finale kwijting overeengekomen.

In de Letselschade Richtlijn Licht Letsel van de Letselschaderaad wordt deze werkwijze, voor gevallen waarin het letsel binnen zes maanden restloos geneest, uitdrukkelijk aanbevolen. Dit houdt in:

*“E. Afronding van de schaderegeling
Zodra het herstelproces van het letsel is geëindigd, doet de verzekeraar aan het slachtoffer een voorstel tot vaststelling definitief schadebedrag. Voorbeelden van schadeposten zijn ziekenhuisdaggeldvergoeding, reiskosten, medische kosten, huishoudelijke hulp, smartengeld en verlies van arbeidsvermogen.*

Binnen vier weken nadat de verzekeraar en het slachtoffer een akkoord hebben bereikt over de hoogte van het schadebedrag, betaalt de verzekeraar het overeengekomen schadebedrag aan het slachtoffer. De verzekeraar zendt aan het slachtoffer een schriftelijke bevestiging.

De verzekeraar verlangt geen finale kwijting van het slachtoffer.”¹

Opvallend is dat in deze aanbeveling wel woorden als ‘afronding’ en ‘vaststelling definitief schadebedrag’ zijn opgenomen. Ook in de praktijk, die breder is dan de gevallen waarop de richtlijn ziet, worden in de correspondentie bij een opneinderegeling begrippen als ‘slotuitkering’, ‘definitieve regeling’ en ‘afwickelen’ gebruikt. Partijen beogen kennelijk wel een afronding te bereiken. Tegelijkertijd wordt, in tegenstelling tot de werkwijze in zaken waarin geen sprake is van een opneinderegeling, geen finale kwijting overeengekomen. Het is de vraag of dit elkaar tegensprekt: wat komen partijen nu eigenlijk overeen? Hoe moeten deze afspraken juridisch worden gekwalificeerd? Is er sprake van een (vaststellers)overeenkomst? Waarom is deze kwalificatie van belang? En, kunnen partijen altijd op deze afspraken terugkomen of gooien de regels omtrent verjaring en wilsgebreken wat dat aangaat mogelijk roet in het eten? In dit artikel zullen deze vragen worden uitgediept en besproken.

Juridische kwalificatie van de opneinderegeling

Wanneer met een juridische bril naar de hierboven bedoelde opneinderegeling wordt gekeken, hoe kan die dan worden gekwalificeerd? Bij de beantwoording van deze vraag moet voorop worden gesteld dat daarop geen eenduidig antwoord kan worden gegeven. De in de praktijk getroffen en te treffen regelingen zijn zo divers dat daarop niet één bepaald etiket kan worden geplakt. Dat maakt echter niet dat geen algemene lijnen kunnen worden getrokken.

Zo voldoet de opneinderegeling in ieder geval aan de omschrijving van een ‘overeenkomst’ in artikel 6:213 BW, te weten een meerszijdige rechtshandeling waarbij een of meer partijen jegens een of meer andere een verbintenis aangaan. Daarvan is hier sprake, al was het alleen al omdat de regeling meebrengt dat de betrokken verzekeraar zich verbindt om binnen een bepaalde termijn een afgesproken schadevergoeding aan het slachtoffer uit te keren. Hiermee is sprake van een verbintensscheppende (obligatoire) overeenkomst.¹ Ook de begrippen ‘akkoord’ en ‘overeengekomen schadebedrag’ uit de richtlijn van de Letsel-

schaderaad wijzen in de richting van een tussen partijen gesloten overeenkomst.

Uit artikel 6:217 lid 1 BW volgt dat een overeenkomst tot stand komt door een aanbod en de aanvaarding daarvan. De richtlijn past ook in dit plaatje. Bepaald is namelijk dat de verzekeraar aan het slachtoffer een voorstel tot vaststelling van een definitief schadebedrag doet. Nadat partijen een akkoord hebben bereikt over de hoogte van het schadebedrag, dus wanneer aanbod en aanvaarding op elkaar aansluiten, wordt volgens de richtlijn het overeengekomen schadebedrag binnen vier weken aan het slachtoffer uitgekeerd.

Met een opneinderegeling is dus zowel sprake van rechtshandelingen als van een overeenkomst. Om die reden zijn naast de algemene bepalingen over rechtshandelingen in Boek 3 BW, waaronder de wilsgebreken genoemd in artikel 3:44 BW, ook de (algemene) bepalingen betreffende overeenkomsten van toepassing.² Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de regeling over dwaling (artikel 6:228 BW).

De vraag rijst of de overeenkomst wederkerig is. In dat geval is (ook) de regeling over ontbinding ex artikel 6:265 BW (rechtstreeks) van toepassing. In het geval van een opneinderegeling kan hierover van mening worden verschillend. Omdat deze discussie voor het vervolg van dit artikel, dat de focus legt op de wilsgebreken en verjaring, niet relevant is, zullen wij deze hier laten rusten.³

Voldoet de opneinderegeling daarnaast ook aan de omschrijving van een in Boek 7 BW genoemde bijzondere overeenkomst? Indien dat het geval is, zullen ook de regels betreffende die overeenkomst op de relatie tussen verzekeraar en slachtoffer van toepassing zijn.

De vaststellingsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:900 BW springt hier het meest in het oog. In lid 1 van dit artikel is bepaald dat partijen zich bij een dergelijke overeenkomst, ter beëindiging of ter voorkoming van onzekerheid of geschil omtrent hetgeen rechtens tussen hen geldt, jegens elkaar aan een vaststelling daarvan binden, ook voor zover zij van de tevoren bestaande rechtsverhouding mocht afwijken. Wessels heeft geschreven dat “bij een geschil dat door een vaststellingsovereenkomst beslecht kan worden, te denken [valt] aan het slachtoffer van een verkeersongeluk dat onenigheid heeft over de omvang van de hem toekomende schadevergoeding met de WAM-verzekeraar van de aansprakelijke persoon. Slachtoffer en WAM-verzekeraar kunnen dan hun geschil beëindigen door een vaststellingsovereenkomst te sluiten waarin staat dat het slachtoffer een bepaald bedrag ontvangt onder gelijktijdige afstand van alle vorderingen jegens de WAM-verzekeraar die uit het ongeval voortvloeien.”⁴

Met goede argumenten kan worden betoogd dat een opneinderegeling een vaststellingsovereenkomst in de zin van artikel 7:900 BW kan zijn. Wij werken dat hieronder uit.

> In dit verband is in de eerste plaats van belang vast te stellen dat het feit dat – zoals uit de richtlijn volgt – geen schriftelijke overeenkomst wordt gesloten, niet betekent dat hetgeen partijen zijn overeengekomen niet als een vaststellingsovereenkomst kan kwalificeren. Anders gezegd: voor het aannemen van een vaststellingsovereenkomst in de zin van artikel 7:900 BW gelden geen vormvoorschriften. Er is dus geen op schrift gestelde overeenkomst vereist.⁵ Partijen hebben het niet volledig zelf in de hand hun overeenkomst wel of geen vaststellingsovereenkomst te laten zijn.⁶ Of sprake is van een vaststellingsovereenkomst is een kwestie van interpretatie en uitleg, hetgeen aan de hand van het zogenoemde Haviltex-criterium dient plaats te vinden.⁷ Een en ander zal per situatie met inachtneming van de omstandigheden van het geval moeten worden beoordeeld.⁸ De tussen partijen over en weer gevoerde correspondentie zal bij deze uitleg een belangrijke rol spelen.

Hoewel veel vaststellingsovereenkomsten worden gesloten als sluitstuk van schikkingsonderhandelingen over een onzekerheid of geschil⁹, zoals in het hierboven genoemde WAM-voorbeeld, is het vervolgens zo dat het, om tot het bestaan van een vaststellingsovereenkomst te concluderen, niet vereist is dat het slachtoffer finale kwijting aan de verzekeraar verleent. Boeren beschreef, onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 11 september 2009 (*ACS/HTC*)¹⁰, dat de aard van de vaststellingsovereenkomst niet steeds en zonder meer impliceert dat daarbij finale kwijting is verleend.¹¹ Ook indien, zoals de richtlijn voorschrijft, door het slachtoffer geen finale kwijting wordt verleend, kan dus sprake zijn van een vaststellingsovereenkomst in de zin van artikel 7:900 BW. Uit voornoemd arrest volgt overigens bovendien dat de vraag óf finale kwijting wordt verleend eveneens beantwoord moet worden aan de hand van het Haviltex-criterium. Hetgeen partijen daaromtrent over en weer (bijvoorbeeld in e-mailcorrespondentie) hebben verklaard, is daarbij van groot belang. Daaruit moet blijken dat het slachtoffer (bewust) afstand doet van bepaalde rechten. Het enkele feit dat de gesloten openeinderegeling als een vaststellingsovereenkomst kan worden aangeduid, is daarvoor dus niet voldoende.

Verder is van (essentieel) belang dat de overeenkomst wordt gesloten met het oog op een tussen partijen bestaande onzekerheid, die door de overeenkomst wordt voorkomen of beëindigd. Deze onzekerheid kan een geschil zijn, maar noodzakelijk is dat niet. Als partijen hun overeenkomst niet sluiten met het oog op een (mogelijk) verschil van mening over hun rechtsverhouding, sluiten zij geen vaststellingsovereenkomst.¹² Daarvan is ook geen sprake indien de overeenkomst geen einde maakt aan onzekerheid of geschil.¹³

Ook aan dit vereiste kan met een openeinderegeling voldaan zijn. Partijen zullen dikwijls een (iets) andere visie hebben op de schade en de omvang daarvan. Dat leidt tot onzekerheid (en eventueel zelfs een geschil) over hetgeen

rechtens tussen partijen geldt. Met de overeenkomst wordt aan die onzekerheid en/of dat geschil een einde gemaakt, nu wordt afgesproken dat de geregelde schadeposten in ieder geval voor vergoeding in aanmerking komen en tot welk bedrag dat (op het moment van de regeling) het geval is. De insteek van de regeling is dat het slachtoffer op deze schadeposten niet kan terugkomen. Hiervoor pleit ook het begrip 'definitief schadebedrag' in de richtlijn. In zoverre wordt wél kwijting aan de verzekeraar verleend, zo kan worden betoogd. Is dat anders en kan het slachtoffer ook op de geregelde schade terugkomen, dan zal niet snel van een vaststellingsovereenkomst kunnen worden gesproken. Een vaststellingsovereenkomst is namelijk gericht op (rechts)zekerheid. Deze doelstelling zou worden ondergraven, indien het bestaan of de gevolgen van een vaststellingsovereenkomst te eenvoudig ter discussie kan worden gesteld.¹⁴

Ook indien tussen partijen geen geschil bestaat over de omvang van de schade (bijvoorbeeld indien alle door het slachtoffer opgevoerde schade – zonder verdere discussie – door de verzekeraar wordt vergoed), kan een regeling daarvan onder omstandigheden als een vaststellingsovereenkomst worden aangemerkt. Voor het bestaan daarvan hoeft namelijk niet steeds sprake te zijn van een (dreigend) geschil. Ook wanneer een tussen partijen bestaande onzekerheid wordt voorkomen, kan van een vaststellingsovereenkomst worden gesproken. Met het toezenden van bijvoorbeeld diverse facturen (die betrekking hebben op schade van het slachtoffer) en betaling daarvan door de verzekeraar, wordt tussen partijen duidelijk wat de schadeomvang (op dat moment) is. Daarover kan tussen partijen dan ook geen discussie meer ontstaan. Bovendien is het zo dat het slachtoffer, zoals hierboven uiteengezet, kwijting verleent voor de geregelde schade. Daarmee wordt een toekomstige discussie over reeds verschenen schade voorkomen. Ook in een situatie waarin tussen slachtoffer en verzekeraar geen discussie over schadeposten en/of schadeomvang is gevoerd, kan een openeinderegeling dus als een vaststellingsovereenkomst worden aangemerkt; de regeling voorkomt namelijk onzekerheid ten aanzien van de geregelde aspecten.

Of een openeinderegeling wel of niet als een vaststellingsovereenkomst kwalificeert, zal in belangrijke mate afhangen van hetgeen partijen beoogden te regelen.¹⁵ Zoals gezegd, indien partijen de overeenkomst niet sluiten met het oog op een (mogelijk) verschil van mening over hun rechtsverhouding, sluiten zij geen vaststellingsovereenkomst.¹⁶ Zeker wanneer het de bedoeling is kwijting te verlenen voor de met de openeinderegeling geregelde schade, moet ons inziens niet te snel het bestaan van een vaststellingsovereenkomst worden aangenomen wanneer het slachtoffer zich daarvan niet bewust is en zijn oogmerk (dus) niet op het sluiten van een dergelijke overeenkomst gericht was. Dat kan zich bijvoorbeeld voordoen indien het – niet-juridisch geschoolde – slachtoffer zelf de contacten en onderhandelingen met de verzekeraar voert en hij daarbij niet door een ter zake deskundig persoon wordt

bijgestaan. Indien in zo een geval wel snel tot het sluiten van een vaststellingsovereenkomst wordt geconcludeerd, wordt het slachtoffer – als de in zo een situatie in de regel zwakkere partij – daardoor ‘gedupeerd’, gelet op de (in paragraaf 3 te bespreken) gevolgen die aan deze kwalificatie verbonden zijn.

Hiervoor is reeds ingegaan op de in de openeinderegeling betrokken schade. Hoe zit het dan met nieuwe schade, schade die pas opkomt (soms zelfs geruime tijd) na het sluiten van de overeenkomst? Kan het slachtoffer nog vergoeding van deze (aanvullende) schade door de verzekeraar verlangen? Dat kan, ervan uitgaande dat het slachtoffer in staat is het bestaan van de nieuwe schade en het causaal verband met het ongeval te bewijzen. Door het aangaan van een zogenoemde openeinderegeling heeft het slachtoffer niet voor alle denkbare schade kwijting verleend. Er is immers geen sprake van *finale* kwijting, waarmee het slachtoffer zou verklaren *in het geheel* niets meer van de verzekeraar te vorderen te hebben. Door het ontbreken van een dergelijke clause is het mogelijk nieuwe schade aan de orde te stellen, zoals in de praktijk ook met regelmaat gebeurt. Ook uit het begrip ‘openeinderegeling’ volgt dat nieuwe schade in behandeling kan worden genomen. De regeling is niet open ten aanzien van alles, in het bijzonder dus niet ten aanzien van de geregelde schade, maar het ‘einde’ is wel open. Dat betekent dat toekomstige, niet geregelde schade, in beginsel alsnog op de verzekeraar kan worden verhaald.

Op grond van het voorgaande komt het ons voor dat bij een openeinderegeling sprake is van een overeenkomst tussen het slachtoffer enerzijds en de verzekeraar anderzijds. Deze overeenkomst kan naar onze mening onder omstandigheden als een vaststellingsovereenkomst kwalificeren voor wat betreft de regeling van de verschenen schade. Daarop kan het slachtoffer, bijzondere omstandigheden daargelaten, dan niet terugkomen. Op het punt van de verschenen schade kan worden betoogd dat kwijting wordt verleend, ervan uitgaande dat ook de correspondentie tussen partijen in die richting wijst. Ook de in de richtlijn gebruikte terminologie lijkt dat te impliceren. Als de bedoeling van de openeinderegeling anders zou zijn en ook de geregelde schade steeds opnieuw ter discussie kan worden gesteld, zou het begrip ‘definitief schadebedrag’ in de richtlijn betekenisloos zijn. Niet geregelde schade kan in beginsel wel steeds aan de verzekeraar worden voorgelegd. Dat is mogelijk omdat geen *finale* kwijting wordt verleend. Die eventuele nieuw te verschijnen schade is niet in de regeling betrokken, zodat ook niet kan worden gezegd dat de gesloten (vaststellings)overeenkomst daar betrekking op heeft. Omdat over de betreffende schade in het geheel niets uitdrukkelijk geregeld wordt, kan ook niet worden gezegd dat sprake is van een voorbehoud.

Daarentegen zijn er, zoals hierboven uiteengezet, ook situaties denkbaar waarin weliswaar een openeinderegeling wordt getroffen, maar waarvan niet kan worden gezegd dat die regeling een vaststellingsovereenkomst in

de zin van artikel 7:900 BW oplevert. Dat maakt verschil voor de gevolgen die de overeenkomst met zich kan brengen, zoals hieronder nader zal worden uitgewerkt.

Belang van kwalificatie: wilsgebreken en verjaring

De Letselschade Richtlijn Licht Letsel van de Letselschade Raad is ontwikkeld om een efficiënte en slachtoffervriendelijke wijze van afwikkeling van kleinere letselschades mogelijk te maken. De openeinderegeling zal deze zelfde achtergrond hebben. De in de praktijk wel levende gedachte dat altijd op de regeling terug kan worden gekomen, zal er voor zorgen dat vrij vlot kan worden afgewikkeld, zonder dat iedere kwade kans behoeft te worden voorzien, onderzocht en afgedekt. De mogelijkheid dat een vordering verjaart of dat de overeenkomst niet kan worden vernietigd, kan deze gedachte (dat partijen altijd de schaderegeling kunnen hervatten of heropenen) in de weg staan.

De wet en de jurisprudentie geven duidelijkheid over de verjaringsregels die gelden indien partijen een (vaststellings)overeenkomst hebben gesloten. In het geval de (vaststellings)overeenkomst niet of niet geheel wordt nagekomen, dan gelden de verjaringstermijnen die toepasselijk zijn bij wanprestatie (artikel 3:307 BW, vijf jaar na opeisbaarheid van de vordering).

Daarnaast zijn er nog omstandigheden denkbaar waarin een overeenkomst kan worden opengebroken. Voor alle overeenkomsten geldt dat een beroep gedaan kan worden op zogenoemde wilsgebreken, bijvoorbeeld in het geval er sprake was van dwaling of misbruik van omstandigheden. Echter, uit de jurisprudentie¹⁷ volgt dat in het geval dat een vaststellingsovereenkomst is gesloten hier slechts in uitzonderingsgevallen een beroep op kan worden gedaan en dat sprake moet zijn van bijzondere omstandigheden. Gezien de aard van de vaststellingsovereenkomst zijn partijen in beginsel aan deze overeenkomst gebonden. Partijen hebben met de door hen gesloten vaststellingsovereenkomst immers beoogd om ieder debat met betrekking tot de hoogte van de schade af te sluiten en om de mogelijkheid prijs te geven zich op grond van latere gegevens te beroepen op een ten tijde van het aangaan van de overeenkomst bij haar bestaande voorstelling van zaken over de hoogte van de schade. Bij een vaststellingsovereenkomst geldt dan ook dat een beroep op dwaling niet wordt gehonoreerd, wanneer de dwaling betrekking heeft op omstandigheden waaromtrent onzekerheid of geschil bestond.¹⁸ Een geslaagd beroep op dwaling is echter niet uitgesloten. Dat geldt in het bijzonder indien sprake is van betrokkenheid van de wederpartij op een wijze als genoemd in artikel 6:228 lid 1 onder a of b BW.¹⁹ Een beroep op dwaling verjaart echter drie jaar nadat de dwaling is ontdekt (artikel 3:52 lid 1 sub c BW). Tevens kan het onder omstandigheden mogelijk zijn dat een geslaagd beroep op misbruik van omstandigheden kan worden gedaan. In dat geval geldt een verjaringstermijn van drie jaar nadat de invloed heeft opgehouden te werken (artikel 3:52 lid 1 sub b BW).

> Op het moment dat in letselschadezaken een regeling wordt getroffen, wordt met enige regelmaat door het slachtoffer ook een voorbehoud bedongen. Een dergelijk voorbehoud ziet op situaties die zich mogelijk in de toekomst kunnen voordoen en die tot het ontstaan van nieuwe schade kunnen leiden. Gedacht kan worden aan een voorbehoud in de situatie dat door een ongeval knieletsel is ontstaan en er in de toekomst artrose optreedt. Indien er een voorbehoud is opgenomen in de vaststellingsovereenkomst, gelden afwijkende verjaringsregels voor dit voorbehoud. Aanvankelijk was er in de literatuur nog onzekerheid over de dan geldende regels²⁰, maar met de uitspraak van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch van 9 juni 2015²¹ lijkt aan deze onzekerheid een einde te zijn gekomen. Het voorbehoud kan juridisch worden geduid als een vordering tot nakoming van een verbintenis na onbepaalde tijd als bedoeld in artikel 3:307 lid 2 BW. In dat geval verjaart de vordering na vijf jaar van de dag, volgende op die waartegen de schuldeiser heeft medegedeeld tot opeising over te gaan, en in elk geval door verloop van 20 jaar na de aanvang van de dag, volgende op die waartegen de opeising op zijn vroegst mogelijk was. Zodoende vangt de verjaringstermijn aan op het moment dat de benadeelde bekend is met de schade. Het opnemen van een voorbehoud is in een openeinderegeling niet nodig. Immers, in openeinderegelingen wordt, zoals in paragraaf 2 uiteengezet, geen finale kwijting overeengekomen en kan in alle gevallen waarin nieuwe schade ontstaat (en dus niet alleen in een bijzondere, vooraf voorbehouden situatie) opnieuw 'aangeklopt' worden bij de verzekeraar.

In de rechtspraktijk circuleren brieven die door een verzekeraar – nadat de regeling is getroffen – worden gezonden aan de benadeelde en waarin is opgenomen dat vanaf het moment van het treffen van de openeinderegeling een verjaringstermijn van vijf jaren aanvangt. Slechts binnen deze periode van vijf jaren kan opnieuw schade worden gemeld en de zaak worden heropend. Waarom wordt hier in de praktijk van uitgegaan? Wellicht vindt dit zijn grondslag in de gedachte dat de toepasselijke verjaringstermijn door het treffen van de openeinderegeling is gestuit en een nieuwe termijn van vijf jaar aanvangt.²² Het is immers verdedigbaar dat de openeinderegeling moet worden aangemerkt als een erkenning in de zin van artikel 3:318 BW, waardoor een nieuwe termijn aanvangt.

In WAM-zaken kan de verzekeraar zich echter niet beroepen op deze vijfjaarstermijn. Vanwege de in artikel 10 lid 5 WAM geregelde duurstuiting, welke aan een (tijdig) gestarte onderhandeling is verbonden, kan de vordering op zijn vroegst verjaren drie jaar na kennisgeving van het afbreken van de onderhandelingen bij deurwaardersexploot of aangetekende brief aan de andere partij. Dit artikellid kent geen ruimte voor andere aanvangsmomenten van de verjaring.²³ Betoogd zou kunnen worden dat nu een vaststellingsovereenkomst geen deurwaardersexploot of aangetekende brief is, er nog altijd sprake is van duurstuiting. De Bosch Kemper en Gruben stellen echter dat "logischerwijs wel worden aangenomen dat onderhandelingen eindi-

gen bij definitieve regeling van de zaak".²⁴ Dit zou betekenen dat op het ogenblik dat de (vaststellers)overeenkomst is gesloten een nieuwe verjaringstermijn van drie jaar aanvangt. Deze benaderingswijze van De Bosch Kemper en Gruben zal echter zien op vaststellingsovereenkomsten waarin finale kwijting overeen is gekomen en het zodoende de bedoeling is de zaak volledig definitief te regelen. De open einderegeling heeft deze intentie niet, zodat het verdedigbaar is dat de duurstuiting niet wordt aangestast door een dergelijke regeling. De Bosch Kemper en Gruben bespreken de openeinderegeling niet, maar staan wel stil bij vaststellingsovereenkomsten waarin een voorbehoud is opgenomen. Zij geven daarbij aan dat (in het belang van de benadeelde) moet worden aangenomen dat de duurstuiting van de onderhandelingen voor het uitgezonderde gedeelte (voorbehoud) doorloopt.²⁵

Tot slot is van belang te onderzoeken welke verjaringsregels van toepassing zijn op de 'nieuwe' schade, waarmee wij doelen op na het aangaan van de openeinderegeling ingetreden schade. Van Dijk heeft beschreven dat de vijfjarige verjaringstermijn van artikel 3:310 BW van voortdurende schade, zoals smartengeld, of toekomstige schade, zoals inkomensschade, in beginsel aanvangt op het moment van de schade toebrennende gebeurtenis.²⁶ Dit althans voor zover van die schade te voorzien is dat zij in de toekomst wordt geleden en waarvoor de schuldeiser daadwerkelijk een vordering kan instellen. Voor het gaan lopen van de verjaringstermijn (die op grond van de aansprakelijkheidsgrond geldt) is niet vereist dat de benadeelde bekend is met alle componenten of de gehele omvang van zijn schade als gevolg van het tekortschietend of foutief handelen. Voldoende is dat de benadeelde bekend is geworden met schade die hij als gevolg daarvan heeft geleden of lijdt.

Koopmann maakt voor het aanvangsmoment van de verjaringstermijn voor toekomstige schade een onderscheid tussen schade die reeds bekend was en/of te verwachten viel ten tijde van het schade-evenement én schade die niet te verwachten viel. Koopmann schreef:

"Verdedigbaar is dat bij toekomstige schade die ten tijde van het schade-evenement is te verwachten de verjaringstermijn reeds vanaf het plaatsvinden van dat evenement begint, mits dan tevens de schade en de aansprakelijke persoon bij de benadeelde bekend zijn. Deze schade kan via art. 6:105 BW worden begroot door de rechter. Het is echter ook mogelijk dat toekomstige schade ten tijde van het schade-evenement niet was te verwachten. Denk bijvoorbeeld aan een latere operatie waarmee geen rekening was gehouden (door A-G Spier genoemd in zijn conclusie voor HR 24 mei 2002, NJ 2003, 268). In dat geval kan de verjaringstermijn niet reeds gaan lopen vanaf het schade-evenement. Een voorbeeld uit de parlementaire behandeling: indien de benadeelde weliswaar alle schadefactoren kent, maar het bedrag nog door een deskundige moet worden bepaald, behoeft het gaan lopen van de verjaringstermijn

*niet te wachten; dit is anders in het geval dat de benadeelde aanvankelijk meent slechts een geringe verwonding te hebben opgelopen terwijl vele jaren later blijkt dat hij invalide is geworden. Zie Parl. Gesch. Boek 3, p. 928. Voor zover de schade wordt bepaald door deze factor, kan de verjaringstermijn pas van start gaan als ook deze factor bekend is.*²⁷

Dit sluit aan bij overweging 3.8. van de Hoge Raad in zijn arrest van 24 mei 2002²⁸ waarin de Hoge Raad wijst op het belang van het feit dat in die zaak geen sprake was van een of meer nieuwe – eerder niet voorziene – schadeposten. Van Dijk verwees in 2003²⁹ en 2011³⁰ eveneens naar deze overweging van de Hoge Raad en trok (mede) daaruit de conclusie dat in het geval van nieuwe, niet voorziene schadeposten de verjaringstermijn later gaat lopen, te weten op het moment dat de benadeelde bekend is met deze nieuwe schade. Van Dijk wees daarbij als voorbeeld nog op de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 7 januari 2009.³¹ In die zaak ging het om een minderjarige voetganger die was aangereden door een tram van RET N.V. Het ongeval deed zich voor in 2001, maar de aansprakelijkstelling werd pas in 2007 verzonden. RET N.V. heeft zich beroepen op verjaring, nu er meer dan vijf jaren zijn verstreken tussen het ongeval en de aansprakelijkstelling. De minderjarige en zijn ouders stelden dat weliswaar direct na het ongeval duidelijk was dat de minderjarige een hersenschudding en een schedeldakfractuur had, maar dat de minderjarige pas in 2005 een eerste epileptische aanval is overkomen waardoor zij niet eerder dan in 2005 daadwerkelijk bekend waren met de schade ten gevolge van de epilepsie. De rechtbank overwoog te dien aanzien:

“5.1. (...) De enkele mogelijkheid dat het opgelopen hersenletsel in de toekomst tot schade zou kunnen leiden zonder dat daarvoor op dat moment concrete aanwijzingen zijn, acht de rechtbank daartoe onvoldoende. Eisers moeten derhalve geacht worden pas daadwerkelijk bekend te zijn geworden met de hier bedoelde schade op het moment dat de eerste epileptische aanval zich voordeed. Pas op dat moment is de verjaringstermijn gaan lopen. De stelling van eisers dat dit in april 2005 is geweest, lijkt te worden ondersteund door de door hen overgelegde stukken.”

“5.2 Voor zover de vordering ziet op schade waarmee eisers direct na het ongeval bekend waren, acht de rechtbank deze wel verjaard nu er meer dan vijf jaren zijn verstreken tussen het ongeval en de aansprakelijkstelling. Eisers hebben ter comparitie aangegeven dat zij zich destijds realiseerden dat zij gedaagden aansprakelijk konden stellen voor de schade aan onder andere de kleding van de minderjarige. Zij hebben daar echter toen vanaf gezien.”

Voor nieuwe, niet voorziene schadeposten zal de verjaringstermijn zodoende aanvagen op het moment dat de benadeelde met deze schade bekend is geworden. Ten aanzien van voorzienbare toekomstige schadeposten waarvoor de schuldeiser daadwerkelijk een vordering kan in-

stellen, geldt echter dat deze in beginsel aanvangt op het moment van de schade toebrengende gebeurtenis. In dit verband dient echter uiteraard wel gewezen te worden op de absolute verjaringstermijn ex artikel 3:310 lid 1 BW, van twintig jaar na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt.

Kortom, ten aanzien van de WAM-zaken en nieuwe, niet voorzienbare schade kan niet worden gesteld dat de schaderegeling slechts gedurende vijf jaren – vanaf het sluiten van de openeinderegeling – kan worden vervolgd. Voor zover in de in de praktijk circulerende brieven (die na het sluiten van de openeinderegeling – ter bevestiging, zoals de richtlijn voorschrijft – worden gezonden) hierin geen onderscheid wordt gemaakt, verdient het aanbeveling daartoe alsnog over te gaan.

Afronding

De openeinderegeling heeft haar nut voor de praktijk bewezen, maar leidt bij juridische analyse tot hoofdbreken. De kwalificatie van de regeling is van belang met het oog op de mogelijkheden tot vernietiging van de overeenkomst en de verjaring. De praktijk is divers, waardoor met het uitzetten van de algemene lijn is volstaan. Naar onze mening verdient dit onderwerp een bredere discussie in de literatuur. Wij hopen daartoe een aanzet te hebben gegeven.

¹ B. Wessels, 'Vaststellingsovereenkomst', in: H.N. Schelhaas, A.J. Verheij & B. Wessels (red.), *Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2016, nr. 455.

² Waarover M.S. van Muijden, *Mediation en de vaststellingsovereenkomst* (diss. Rotterdam), Den Haag: Sdu uitgevers 2007, p. 63. Zie in verband met de gelaagde structuur en daardoor toepasselijke wettelijke bepalingen ook Jac. Hijma e.a., *Rechtshandeling en Overeenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, nr. 9.

³ Maar verwijzen wel naar *Kamerstukken II 1982/83*, 17 779, nr. 3, p. 41, B. Wessels, 'Vaststellingsovereenkomst', in: H.N. Schelhaas, A.J. Verheij & B. Wessels (red.), *Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2016, nr. 455 en Asser/Van Schaick 7-VIII* 2012/145.

⁴ B. Wessels, 'Vaststellingsovereenkomst', in: H.N. Schelhaas, A.J. Verheij & B. Wessels (red.), *Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2016, nr. 450.

⁵ Zie ook J.M. Boeren, *Sdu Commentaar Vermogensrecht*, artikel 7:900 BW, aant. C.1 en Asser/Van Schaick 7-VIII* 2012/138.

⁶ Asser/Van Schaick 7-VIII* 2012/135. Partijen hebben het niet in hun macht om een overeenkomst die alle kenmerken van een vaststellingsovereenkomst heeft toch geen vaststellingsovereenkomst te laten zijn of, andersom, een overeenkomst die niet aan de daaraan te stellen voorwaarden voldoet, toch een vaststellingsovereenkomst te laten zijn.

⁷ Zie hierover J.M. Boeren, *Sdu Commentaar Vermogensrecht*, artikel 7:900 BW, C.8, Asser/Van Schaick 7-VIII* 2012/157, alsmede B. Wessels, 'Vaststellingsovereenkomst', in: H.N. Schelhaas, A.J. Verheij & B. Wessels (red.), *Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2016, nr. 451.

⁸ Zie ook Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2012/442.

⁹ Asser/Van Schaick 7-VIII* 2012/147.

- > ¹⁰ HR 11 september 2009, *RvdW* 2009/1006. In rechtsoverweging 3.4.2. van dit arrest overwoog de Hoge Raad: "Onderdeel 1 berust vooral op de opvatting dat de aard van de vaststellingsovereenkomst meebrengt dat het vaststellen van bepaalde schulden per een zekere datum steeds en zonder meer impliceert dat de schuldenaar geen andere schulden meer aan zijn wederpartij bij die overeenkomst heeft. De klacht faalt voor zover zij op die opvatting is gebaseerd, omdat die opvatting niet als juist kan worden aanvaard. Het hof heeft (...) de vraag of in het in de vaststellingsovereenkomst genoemde bedrag de thans door HTC gevorderde bedragen waren opgenomen – met als gevolg dat die niet meer afzonderlijk gevorderd konden worden –, terecht beantwoord aan de hand van de Haviltexmaatstaf"
- ¹¹ J.M. Boeren, Sdu Commentaar Vermogensrecht, artikel 7:900 BW, C.8.
- ¹² Zie Asser/Van Schaick 7-VIII* 2012/142.
- ¹³ Idem, nr. 143.
- ¹⁴ B. Wessels, 'Vaststellingsovereenkomst', in: H.N. Schelhaas, A.J. Verheij & B. Wessels (red.), *Bijzondere overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2016, nr. 451.
- ¹⁵ Vgl. Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2012/442.
- ¹⁶ Zie voetnoot 12.
- ¹⁷ Bijvoorbeeld HR 15 november 1985, *NJ* 1986/228. In dezelfde zin Rb. Amsterdam 26 februari 2014, *NJF* 2014/16.
- ¹⁸ Zie hierover onder andere Asser/Van Schaick 7-VIII* 2012/160.
- ¹⁹ Hof 's-Hertogenbosch 10 juni 2014, *NJF* 2013/474
- ²⁰ Zie bijvoorbeeld J. Renshoff, *Hb. Personenschade*, okt. 2013, 4010-131, waarin vanwege de onzekerheid veiligheidshalve wordt geadviseerd eens per vijf jaar te stuiten.
- ²¹ Hof 's-Hertogenbosch, 9 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2085.
- ²² Of – uitgaande van HR 1 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5811 – wellicht als een afbreken van de onderhandeling waardoor een nieuwe verjaringstermijn aanvangt.
- ²³ In deze zin opmerkelijk: Hof Arnhem-Leeuwarden 22 september 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7098.
- ²⁴ H.J.J. de Bosch Kemper, R. Gruben en P.J. Vreugdenhil, *De WAM in werking*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p.84.
- ²⁵ H.J.J. de Bosch Kemper, R. Gruben en P.J. Vreugdenhil, *De WAM in werking*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 280.
- ²⁶ Chr.H. van Dijk, 'Verjaring en stuiting: een Siamese tweeling in verwarring', *AV&S* 2003/5, p. 147.
- ²⁷ Mon. BW B14 (Koopmann), 'Bevrijdende verjaring', p. 43. Zie voor kanttekeningen hierbij J.L. Smeehuijzen, *Bevrijdende verjaring*, Deventer: Kluwer 2008, p. 231.
- ²⁸ HR 24 mei 2002, *NJ* 2003/268.
- ²⁹ Chr. H. van Dijk, 'Verjaring en stuiting: een Siamese tweeling in verwarring', *AV&S* 2003/5, p. 147.
- ³⁰ Chr. H. van Dijk, 'Verjaring en stuiting: de praktijk blijft weerbarstig', *AV&S* februari 2011/2, p. 12.
- ³¹ Rb. Rotterdam 7 januari 2009, *JA* 2009/57.