

Het Consultatievoorstel: goed, maar nog niet perfect

*Mr. A.J. Van, mr. A.H. Blok en mr. J.L. van Schoonhoven**

1. Inleiding

De commissie Wetgeving van de Vereniging van Advocaten voor Slachtoffers van Personenschade (hierna: ASP) heeft op uitnodiging van de staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, mr. F. Teeven, bij brief van 18 september 2014 advies uitgebracht naar aanleiding van het conceptwetsvoorstel zorg- en affectieschade. Hierna zullen de met name praktische kanttekeningen, die door ASP aan de orde zijn gesteld, worden besproken.

2. Kanttekeningen

ASP juicht het wetsvoorstel van harte toe. De daarin gedane voorstellen tot wetswijziging komen tegemoet aan een in de praktijk reeds lang gevoelde behoefte.

In de rechtsgeleerde literatuur¹ is het conceptwetsvoorstel eveneens 'goed ontvangen', maar is ook een aantal kritische kanttekeningen geplaatst, die door ASP worden gedeeld. Daarnaast ziet ASP een aantal mogelijke knelpunten bij toepassing van de wetswijzigingen in de praktijk.

3. Rechtsverhouding tussen gekwetste en zorgverlenende naaste

ASP heeft speciale aandacht gevraagd voor de aard van de rechtsverhouding die ontstaat tussen de gekwetste en de zorgverlenende naaste (hierna: mantelzorger). Op grond van het wetsvoorstel en de toelichting kunnen de gedeerde inkomsten van de naaste als zorgkosten voor de gekwetste worden aangemerkt, indien de naaste de zorgtaken op zich neemt en zich daardoor genoodzaakt ziet minder te gaan werken.

Als de gekwetste de verzorging overlaat aan een naaste of familielid, dan ontstaat tussen de gekwetste en de mantelzorger mogelijk een arbeidsovereenkomst of een daarmee vergelijkbare rechtsverhouding.² De neiging om deze rechts-

verhouding zo te duiden, zal nog sterker aanwezig zijn als de mantelzorger, om de zorg te kunnen verstrekken, zijn vroegere arbeidsovereenkomst met zijn werkgever heeft teruggebracht of opgezegd. Dat heeft een aantal mogelijke consequenties die naar de mening van ASP in het wetsvoorstel onvoldoende worden onderkend.

In de eerste plaats moet rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat de fiscus de vergoeding aan de mantelzorger zal aanmerken als inkomen in de zin van box 1. Dat is een ongewenste situatie, omdat een deel van de schadevergoeding dan moet worden afgedragen aan de fiscus en daardoor niet ten goede kan komen aan de benadeelde of degenen die de zorg voor de benadeelde op zich nemen.³

Een oplossing voor dit probleem – dat overigens in de huidige situatie ook al bestaat – is lastig. ASP verwacht dat verzekeraars niet snel een belastinggarantie willen verstrekken voor de eventueel bij de mantelzorger te heffen inkomstenbelasting; er is bij de mantelzorger immers geen sprake van 'verlies aan verdienvermogen', althans geen verlies dat rechtstreeks voortvloeit uit een aantasting van de 'bron' van inkomsten van de mantelzorger.

In de tweede plaats zal, als inderdaad een arbeidsovereenkomst of een daarop gelijkende rechtsverhouding ontstaat, rekening moeten worden gehouden met het feit dat de mantelzorger een werknemer wordt in de zin van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, met alle daaraan verbonden rechten, zoals doorbetaling bij ziekte en ontslagbescherming. ASP meent dat dit onvoldoende wordt onderkend in het huidige wetsvoorstel.

Een oplossing voor de hier gesignaleerde problemen zou zijn om in de wet op te nemen dat tussen de gekwetste en de mantelzorger geen arbeidsverhouding ontstaat. Dat lost echter niet alle problemen op. Als voorbeeld noemen wij een familielid dat zijn of haar baan heeft opgezegd om voor een gekwetst kind te zorgen. Als dat kind komt te overlijden, valt daarmee ook het inkomen van de mantelzorger weg. Als in de wet is opgenomen dat er geen sprake is geweest van een arbeidsverhouding, dan heeft de mantelzorger vervolgens ook geen recht

* Mr. A.J. Van is advocaat bij Beer Advocaten en universitair docent aan de Vrije Universiteit te Amsterdam en lid van de commissie Wetgeving van de ASP. Mr. A.H. Blok is advocaat bij Bouwman Van Dommelen advocaten en lid van de commissie Wetgeving van de ASP. Mw. mr. J.L. van Schoonhoven is advocaat bij Boer & Van Schoonhoven advocaten en lid van de commissie Wetgeving van de ASP.

1. A.J. Verheij, Wetsvoorstel zorg- en affectieschade. Een evenwichtsoefening tussen hanteerbaarheid en individuele rechtvaardigheid, *Verkeersrecht* 2014, afl. 6, p. 225.
2. Als de gekwetste de zorg uitbesteedt aan een externe/professionele kracht, dient hij immers die kracht een brutosalaris te betalen; in feite neemt hij die kracht in dienst (vgl. de situatie die ontstaat wanneer op grond van een persoonsgebonden budget externe hulp wordt ingeschakeld).

3. Dit zou ook in strijd zijn met hetgeen de minister van Veiligheid en Justitie in de toelichting op het wetsvoorstel op p. 15 schrijft, te weten: 'Indien in een concreet geval de keuze om minder te gaan werken redelijk is, zal de aansprakelijke partij aan de gekwetste het daardoor gedeerde inkomen van de naaste in beginsel volledig dienen te vergoeden.'

op een WW-uitkering. Dat is een fors nadeel ten opzichte van de situatie waarin wel sprake zou zijn geweest van een arbeidsverhouding. Een passende oplossing voor dit probleem hebben wij niet; wij hopen hiermee wel duidelijk te hebben gemaakt dat dit aandacht verdient.

4. Overgangsrecht

Tevens heeft ASP aandacht gevraagd voor het overgangsrecht. Krachtens het geldende overgangsrecht zal geen recht op vergoeding van affectieschade of zorgkosten ontstaan als alle feiten die de wet voor de vergoeding daarvan vereist reeds voor de inwerkingtreding van de wet waren voltooid. In het wetsvoorstel wordt naar aanleiding daarvan opgemerkt dat de nieuwe regeling slechts gevolgen zal hebben voor schadeveroorzakende gebeurtenissen die plaatsvinden na inwerkingtreding van de wet.

Een bijzondere situatie waaraan in dit kader aandacht wordt besteed, is die waarin de schadeveroorzakende gebeurtenis heeft plaatsgevonden vóór de inwerkingtreding van het voorstel, terwijl het overlijden pas daarna plaatsvindt. Krachtens het overgangsrecht zullen de nabestaanden in dat geval geen aanspraak kunnen maken op schadevergoeding.

In de toelichting wordt geen aandacht besteed aan de situatie waarin de schadeveroorzakende gebeurtenis heeft plaatsgevonden vóór de inwerkingtreding van het voorstel, terwijl de naasten zich pas daarna genoodzaakt zien te stoppen met werken om de gekwetste te gaan verzorgen. In die situatie is discussie mogelijk over de vraag of alle feiten die de wet vereist voordien reeds waren voltooid. Bepleit kan worden dat dit (nog) niet het geval is, zolang de noodzaak om te stoppen met werken nog niet bestond. ASP zou graag zien dat ook aan deze situatie aandacht wordt besteed in het kader van het overgangsrecht, zodat daarover achteraf geen onduidelijkheid behoeft te bestaan.

Los van het voorgaande pleit ASP ervoor om in het wetsvoorstel een zelfstandige bepaling van overgangsrecht op te nemen, die voorziet in een recht op vergoeding van affectieschade en zorgkosten voor schadeveroorzakende gebeurtenissen die hebben plaatsgevonden vóór inwerkingtreding van het voorstel, mits aan de aansprakelijke partij nog geen finale kwijting is verleend voor de daaruit voortvloeiende schade. ASP merkt op dat het hierbij vermoedelijk zal gaan om een zeer beperkt aantal gevallen, zodat de extra kosten van een dergelijke verruiming van het overgangsrecht beperkt zullen zijn. Voorts zal een dergelijke verruiming de rechtsongelijkheid wegnemen die zal ontstaan doordat naasten, die in overigens volstrekt vergelijkbare situaties verkeren, al naar gelang het moment waarop het letsel is ontstaan wel, respectievelijk geen recht zullen hebben op vergoeding van affectieschade en/of zorgkosten.