

Pagina 1  
Geboorteletsels

Pagina 4  
Blokkeringsrecht BGK - medische  
expertise

Pagina 6  
Geen omkeringregel bij whiplash;  
waarheidsbevinding

Jaargang 8, oktober 2005



## Geboorteletsels

Rb. Arnhem 21 juli 2004, zaaknr. 86931/ HA ZA 02-713; Hof Den Haag 16 november 2004, rolnr. 01/935

### Inleiding

De geboorte van een kind zou een bron van vreugde moeten zijn. Helaas is dat niet altijd het geval en kan een bevalling aanleiding worden voor een claim, indien het kind overlijdt of met letsel ter wereld komt. Een bekend voorbeeld daarvan is natuurlijk het Baby Kelly-arrest, waarbij sprake was van een door een verloskundige gemaakte fout op het gebied van prenatale diagnostiek. Dit arrest heeft zowel in de juridische literatuur als in de reguliere media reeds veel aandacht gekregen. Hieronder zal ik twee andersoortige uitspraken bespreken die betrekking hebben op letsels van pasgeborenen. De couleur locale wordt bij dit soort claims gevormd door de hectiek rondom een moeizame bevalling, waardoor het - vrijwel altijd ten onrechte - lijkt of onder het medisch personeel sprake is van een aan paniek grenzende situatie. Daarnaast is er teleurstelling daar waar door de ouders juist vreugde werd verwacht en is er onzekerheid over de toekomst van hun baby.

In de moderne samenleving accepteert een mens teleurstellingen veel minder gemakkelijk dan vroeger het geval was. Zet daarnaast de schijnbare onfeilbaarheid van artsen zoals die vaak in tv-programma's lijkt te worden gepresenteerd en het wordt snel duidelijk dat het letsel van het kind steeds minder vaak wordt afgedaan als gril van de natuur. Steeds vaker, en soms terecht, wordt gezocht naar een schuldige. Daarmee zijn claims rondom de bevalling een reëel onderdeel geworden van de medische beroepsaansprakelijkheid.

Er zijn verschillende manieren waarop een baby tijdens de

Mr. E. Lantinga  
VVAA/MediRisk



bevalling door medisch handelen of nalaten beschadigd kan raken. Het is mogelijk dat bij het plaatsen van de incisie door huid en baarmoeder tijdens een keizersnede de vrucht wordt verwond. Men beoordeelt de cardiotocogram (CTG) - de registratie van de harttonen van het kind - niet goed en miskent daardoor dat sprake is van een spoedeisende situatie die een keizersnede rechtvaardigt. Zonder succes blijft men trachten het kind ter wereld te brengen door middel van vacuümextractie, waardoor het kind zuurstofnood krijgt. De gynaecoloog laat de bevalling over aan een verloskundige of gynaecoloog in opleiding, terwijl er een moeizame bevalling verwacht moet worden.

In de hieronder besproken uitspraken is sprake van een asfyxie - hersenletsel door zuurstofnood - en van schou-



derdystocie - hetgeen gynaecologen definiëren als “*het niet geboren worden van de schouders*” - doordat de foetus te groot is voor het geboortekanaal.

#### **Rechtbank Arnhem 21 juli 2004**

Na een moeizame bevalling met een mislukte poging tot een vacuümextractie en uiteindelijk een keizersnede, kwam een jongen in redelijke toestand ter wereld. Na een aantal weken werden echter tekenen van verslechtering in zijn toestand opgemerkt. Uitgebreid onderzoek wees uit dat hij een hersenbeschadiging had opgelopen waardoor hij lichamelijk en geestelijk gehandicapt is. Een kinder-neuroloog gaf aan dat het ging om een afwijking die laat in de zwangerschap of rondom de geboorte was ontstaan. De ouders schakelden hun rechtsbijstandverzekeraar in, die een hoogleraar gynaecologie om advies vroeg. Deze was van mening dat de behandelend gynaecoloog te afwachtend was geweest, omdat hij eerder een keizersnede had moeten verrichten. Hij merkte tevens op dat niet kon worden aangetoond dat de afwijkingen van het kind in verband stonden met de - redelijke - toestand van het kind direct na de geboorte. Het was dus onzeker of de hersenbeschadiging het gevolg was van nalatigheid van de gynaecoloog.

De ouders dienden een klacht tegen de gynaecoloog in bij het Regionaal Tuchtcollege. Het college oordeelde de klacht gegrond: de gynaecoloog had te lang een afwachtend beleid gecontinueerd, terwijl hem duidelijk had moeten zijn dat een normale bevalling niet meer zou lukken. De gynaecoloog accepteerde dit oordeel en ging niet in hoger beroep. De ouders stelden hem aansprakelijk. Zijn aansprakelijkheidsverzekeraar betwistte het oordeel van het tuchtcollege evenmin, maar nam het standpunt in dat causaal verband tussen het nalaten van de gynaecoloog en de hersenbeschadiging van het kind niet was aangetoond. De ouders startten een procedure voor de Rechtbank Arnhem.

Tijdens een comparitie waarschuwt de rechter de ouders dat - gelet op de bevindingen van hun eigen deskundige - honorering van de claim dubieus is. Desondanks wensen zij de procedure voort te zetten. De rechtbank benoemt vervolgens drie deskundigen: een gynaecoloog, een kinderarts en een kinderneuroloog. Zij menen dat een verband tussen de huidige situatie van het kind en de omstandigheden rondom de geboorte zeer onwaarschijnlijk is. Argumenten hiervoor zijn dat de baby in eerste instantie redelijk gezond ter wereld kwam. De bloedgaswaarden enkele uren na de bevalling waren normaal en lichte ademhalingsproblemen na de geboorte herstelden zich vlot. Er waren geen problemen geweest met urineren en drinken en de baby vertoonde geen stuipen of andere tekenen van neurologische schade. Tot slot had röntgenonderzoek van de hersenen op een leeftijd van vijf dagen geen bijzonderheden laten zien. De conclusie van de deskundigen luidt dat de handicaps van de baby veroorzaakt waren tijdens de zwangerschap, maar reeds in de fase vóór de bevalling. Na het deponeren van het rapport zien beide partijen af van een conclusie na deskundigenbericht. De

rechter wijst de vordering af met veroordeling van eisers in de proceskosten, waaronder die van het deskundigenrapport. Partijen gaan niet in hoger beroep.

#### **Hof Den Haag 16 november 2004**

In verband met zwangerschapsdiabetes werd een patiënte verwezen naar de gynaecoloog voor verdere begeleiding. Bij afname van de anamnese - vooral voor wat betreft eerdere bevallingen - werden in het dossier geen bijzonderheden genoteerd, behalve dat eerdere kinderen van deze moeder een geboortegewicht van meer dan acht pond hadden gehad. Het te verwachten geboortegewicht bij deze zwangerschap werd geschat op negen pond, zodat dus weer rekening moest worden gehouden met een groot kind. In verband hiermee werd niet het natuurlijke verloop afgewacht maar de bevalling ingeleid, dus vervroegd. Op 25 augustus 1995 vond de bevalling plaats die snel maar moeizaam verliep, omdat sprake was van een zogenoemde schouderdystocie. Het kind kwam daarbij ‘vast te zitten’ in het geboortekanaal, waarna het met een aantal handgrepen alsnog kon worden verlost.

Hoewel een schouderdystocie vaak probleemloos en zonder gevolgen voor het kind kan worden verholpen, spreekt het voor zich dat door dit ‘duwen en trekken’ bij het kind letsel kan ontstaan.

In deze casus werd helaas na enkele dagen vastgesteld dat sprake was van verlamming van de rechter arm en hand. In rechte kwam de vraag aan de orde of de betrokken gynaecoloog deze complicatie had kunnen en moeten voorkomen, bijvoorbeeld door een keizersnede te adviseren. De rechtbank benoemde een hoogleraar gynaecologie, die citeerde uit de Richtlijn Schouderdystocie van de Nederlandse Vereniging voor Obstetrie en Gynaecologie: “*Het optreden van een schouderdystocie kan moeilijk voorspeld worden, berust niet op een fout maar moet gezien worden als een complicatie. Preventieve maatregelen, zoals een keizersnede zijn niet geïndiceerd. Een uitzondering hierop zou gemaakt kunnen worden indien er een eerder kind met een ernstige schouderdystocie is geboren. In dat geval kan een primaire sectio caesarea overwogen worden*”.

Het feit - dat tweemaal eerder sprake was geweest van een groot kind - en het feit - dat de patiënte te maken heeft met zwangerschapsdiabetes - zijn dus geen redenen een keizersnede te overwegen. Met dit deskundigenrapport kwam de nadruk te liggen op de informatie over een eventuele eerdere schouderdystocie. Volgens de deskundige waren de aantekeningen in het medisch dossier niet erg uitgebreid. Er bleek niet uit dat de gynaecoloog had gevraagd naar een eventuele ernstige schouderdystocie bij een eerdere bevalling, zoals hij op grond van de richtlijn had behoren te doen.

Na de dagvaarding en vóór het deskundigenbericht werd een brief van de arts uit het buitenland als productie overgelegd waarin de arts - die enkele jaren eerder de bevallingen van de andere kinderen had begeleid - melding maakte van een spontane eerste bevalling en een tweede bevalling met een schouderdystocie. Er was geen sprake van vacuümextracties. In de dagvaarding was echter aan-

gegeven dat de twee eerdere kinderen door middel van een vacuümextractie waren geboren.

De patiënte zelf was er dus blijkbaar niet van op de hoogte dat een eerder kind een schouderdystocie had gehad - wellicht heeft die baby geen restgevolgen onderhouden - en de deskundige concludeerde dat zij tijdens het afnemen van de anamnese door de gynaecoloog hem dan ook niets kan hebben verteld over een eerdere schouderdystocie, die tot overleg over een mogelijke keizersnede had moeten leiden.

Omdat er volgens de deskundige ook op de verdere begeleiding van de bevalling geen aanmerkingen waren, werd de vordering door de rechtbank afgewezen.

Eiseres ging in hoger beroep. Het hof volgt het oordeel van de rechtbank niet en meent dat onvoldoende onderzocht is, hoe de informatieverstrekking door de patiënt en het afnemen van de anamnese door de gynaecoloog was verlopen.

Het hof verstrekt een ingewikkelde bewijsopdracht waar- bij eiseres dient aan te tonen dat zij

- aan de gynaecoloog zodanige mededelingen heeft gedaan, dat deze nadere informatie over de eerdere bevallingen had moeten inwinnen; en
- tevens had gevraagd om een keizersnede.

De gynaecoloog dient aan te tonen te hebben gevraagd naar eventuele complicaties bij eerdere bevallingen.

Eiseres laat zichzelf en haar echtgenoot horen. Beiden stellen de gynaecoloog te hebben verteld over de eerdere schouderdystocie en te hebben gevraagd om een keizersnede.

De gynaecoloog laat zichzelf, de verloskundige die in aanvang bij de zwangerschap betrokken was en een collega-gynaecoloog horen. De verloskundige verklaart dat haar niets bekend is over problemen bij eerdere zwangerschappen. Eiseres had haar niet over de eerdere schouderdystocie geïnformeerd.

De collega verklaart onder meer hoe bijzonderheden over eerdere zwangerschappen in de status zouden zijn opgenomen. Uit de status - of liever gezegd hetgeen daarin niet stond aangetekend - leidt hij af dat de gynaecoloog nooit iets is verteld over een eerdere schouderdystocie.

Bovendien zou over een verzoek om een sectio binnen de gynaecologenmaatschap overleg zijn gepleegd, hetgeen niet is gebeurd.

Naar het oordeel van het hof leveren deze verklaringen voldoende tegenbewijs dat eiseres de gynaecoloog over de

voorgeschiedenis had geïnformeerd. Ook levert het bewijs dat de gynaecoloog de anamnese zorgvuldig had afgenomen.

De vordering wordt in hoger beroep afgewezen en eiseres wordt in de proceskosten veroordeeld.

### Commentaar

De bedoeling van de bespreking van deze twee uitspraken is het geven van nader inzicht in de materie van geboortelletsels. Beide kwesties hebben elk op zich hun medische feitencomplex, en zijn op die feiten beslist, zodat er niet gesproken kan worden van belangrijke wendingen in de jurisprudentie, of een invulling van leemtes daarin. Wel wordt wederom duidelijk hoe belangrijk de rol van de medisch deskundigen is. Ofwel is hun oordeel in feite beslissend, zoals in de uitspraak van Rechtbank Arnhem, ofwel leidt de deskundige rechtbank en partijen naar de kern van de zaak, welke de rechter vervolgens zelf kan afhandelen.

Opvallend is nog dat de rechtbank niet de arts veroordeelde in de kosten van het onderzoek van de drie hoogleraren. Op grond van het feit, dat aansprakelijkheid reeds was erkend en dat degene jegens wie onrechtmatig is gehandeld het recht moet hebben onderzoek te doen naar zijn schade, had de rechter deze beslissing kunnen nemen onder verwijzing naar HR 11 juli 2003, NJ 2005, 50.

(Zie de bespreking van dit arrest in PIV-Bulletin 2003, 7.) De reden dat de rechtbank deze leer niet heeft gevolgd is - behalve wellicht dat eisers geen beroep op deze rechtspraak deden - naar mijn mening gelegen in het feit dat er bij medische aansprakelijkheidskwesties anders dan bij aanrijdingen in het verkeer vaak geen duidelijk *sine qua non*-verband kan worden aangetoond. Bij het te laat berichten van een keizersnede is het - zoals hierboven is gebleken - nog maar de vraag of later vastgestelde hersenschade daarvan het gevolg is.

In dit verband kan ook gewezen worden op HR 19 maart 2004, NJ 2004, 307; PIV-Bulletin 2004, 4 - in de praktijk al het Seresta-arrest genoemd - waarin de Hoge Raad uitsprak dat in geval van beoordeling van de aansprakelijkheid van een arts slechts getoetst wordt aan algemene normen. Bij overtreding van een algemene norm, die niet beschermt tegen een specifiek gevaar, wordt minder snel een *sine qua non*-verband aangenomen, en wordt ook niet de omkeringsregel toegepast.



# Blokkeringsrecht bij buitengerechtelijke medische expertise

HR 12 augustus 2005, LJN-Nr. AT3477, RvdW 2005, 90



Mevr. mr. C. Blanken  
Ekelmans & Meijer in Den Haag

In maart 2004 - HR 26 maart 2004, LJN-Nr. AO1330, RvdW 2004, 54, ook besproken door collega Schoonen in PIV-Bulletin 2004, 5 - heeft de Hoge Raad beslist dat in letselschadezaken aan degene die door een door de rechter benoemde medische deskundige wordt onderzocht, zonder meer een beroep toekomt op het zogenoemde blokkeringsrecht van art. 7:464 lid 2 BW. Dit blokkeringsrecht houdt in dat de betrokkene na de totstandkoming van het deskundigenrapport het recht heeft om als eerste de uitslag en de gevolgtrekking van een medische keuring te vernemen. Hij kan vervolgens beslissen of het rapport aan andere(n) mag worden toegezonden.

In augustus 2005 heeft de Hoge Raad beslist dat het blokkeringsrecht de betrokkene ook toekomt bij een medische expertise die op gezamenlijk verzoek buiten rechte plaatsvindt in het kader van een letselschaderegeling.

## Feiten

Mevrouw W liep letsel op bij een ongeval veroorzaakt door een verzekerde van Univé. Partijen waren betrokken in een gerechtelijke procedure. Univé kondigde aan dat zij een verzoekschrift voor een voorlopig deskundigenbericht zou indienen. W stelde voor gezamenlijk buiten rechte een deskundige te benoemen. Univé volgde haar in dit verzoek. De advocaat van mevrouw verzocht de deskundige vervolgens in de opdrachtbrief het conceptrapport aan beide partijen te zenden. De deskundige zond echter alleen mevrouw W het conceptrapport. Hij deelde haar mee dat zij het recht had verzending van het gehele rapport aan Univé te blokkeren. W beriep zich vervolgens op dat blokkeringsrecht.

## Voorzieningenrechter

Door die weigering was de nieuwsgierigheid van Univé vanzelfsprekend geprikkeld. Univé achtte het beroep op het blokkeringsrecht niet juist en vorderde in kort geding inzage in het conceptrapport en het definitieve rapport. Univé meende dat het beroep op het blokkeringsrecht in strijd is met de gemaakte afspraken en dat de aard van de rechtsbetrekking tussen partijen zich verzet tegen het honoreren van het blokkeringsrecht. Het beroep op het blokkeringsrecht zou bovendien naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. De voorzieningenrechter gaf Univé gelijk: W moest het conceptrapport aan Univé verstrekken.

## Hof

W stelde hoger beroep in. Ook daar delfde zij het onderspit. Het hof was van oordeel dat het in de wet neergelegde blokkeringsrecht van dwingend recht is, zodat daarvan niet door het maken van een afspraak niet kon worden afgeweken. Verder oordeelde het hof dat het blokkeringsrecht in casu niet van toepassing was, omdat de betrokken wettelijke bepaling voor buitengerechtelijke expertise nog niet in werking zou zijn getreden. Ten overvloede oordeelde het hof dat als het blokkeringsrecht wél van toepassing zou zijn, de aard van de rechtsbetrekking zich tegen de toepassing zou verzetten. Het hof achtte een beroep op het blokkeringsrecht niet verenigbaar met de gezamenlijk gegeven opdracht, noch met het doel van het onderzoek.

## Hoge Raad

In de door W ingestelde cassatie wordt Univé in het ongelijk gesteld. Anders dan het hof meent de Hoge Raad dat het blokkeringsrecht wel in werking is getreden voor buitengerechtelijke expertise ingeval van letselschades. De Hoge Raad is van mening dat de aard van de rechtsbetrekking tussen Univé en W zich niet verzet tegen uitoefening van het blokkeringsrecht. Integendeel: het blokkeringsrecht strekt er nu juist toe de keurling in staat te stellen zelf te beslissen of het rapport wel of niet aan derden wordt doorgegeven. Met een overweging ten overvloede slaat de Hoge Raad alle hoop voor verzekeraars de bodem in en overweegt nadrukkelijk dat de keurling niet voorafgaande aan de keuringsopdracht afstand kan doen van het blokkeringsrecht. Dat is onverenigbaar met het feit dat het blokkeringsrecht van dwingend recht is; juist om te waarborgen dat de keurling slechts beslist of van de inhoud van het keuringsrapport aan anderen mededeling wordt gedaan nádat hij van de inhoud heeft kennis genomen. ➤

### Wetsontwerp

De uitspraak van de Hoge Raad is gebaseerd op de huidige regeling van het blokkeringsrecht. Die regeling is opgenomen in art. 7:464 BW. Bij de introductie van het blokkeringsrecht in de wet stond de wetgever nog niet goed voor ogen hoever dit blokkeringsrecht moest gaan reiken. De regeling van die reikwijdte is daarom neergelegd in een AMvB d.d. 23 maart 2000, MEZA 2000/17.

Inmiddels is bij de Tweede Kamer wetsontwerp TK 2004/2005, 30.049 aanhangig. Dit beoogt de huidige regeling uit AMvB definitief te maken en derhalve in de wet op te nemen. Dat wetsontwerp had een aanleiding kunnen zijn om ter discussie te stellen of het blokkeringsrecht inderdaad ook moet gelden bij gerechtelijke en buitengerechtelijke expertise bij letselschade. Die gelegenheid is echter tot dusverre niet benut. Het ziet er dus naar uit dat de arresten van de Hoge Raad over blokkeringsrecht de schaderegeling bij letselschade voorlopig zullen beheersen.

### Gevolgen van een beroep op het blokkeringsrecht

In rechte is een partij op grond van art. 198 lid 3 Rv verplicht mee te werken aan een door de rechter gelast deskundigenonderzoek. Wordt aan deze verplichting niet voldaan dan kan de rechter daaruit, bij wijze van 'sanctie', de gevolgtrekkingen maken die hij in de omstandigheden van het gegeven geval geraden acht. Uitoefening van het blokkeringsrecht wordt gezien als een weigering mee te werken aan een deskundigenonderzoek. Aan die weigering kunnen derhalve conclusies worden verbonden die mogelijk gevolgen hebben voor de blokkerende partij. Gedacht kan worden aan het niet als juist aanvaarden van een stelling van de blokkerende partij, het aannemen van een bewijsvermoeden ten nadele van de blokkerende partij of het omkeren van de bewijslast. Hoe deze oplossingen in het concrete geval zullen uitwerken, hangt af van de bewijslastverdeling en van de functie die het deskundigenrapport daarin vervult. Meer daarover in M. H. Elferink, 'Het 'blokkeringsrecht' bij medische expertises in de letselschadepraktijk; een botsing tussen het recht op privacy en het recht op een eerlijk proces - TVP 2003, p. 33 en M. H. Elferink, TVP 2003, p. 130, nt. bij Rb. Roermond 2 mei 2003, KG 2003, 123.

Bij een expertise buiten rechte gelden de regels van art. 198 lid 3 Rv niet. Ook dan speelt natuurlijk de vraag, welke consequenties verbonden moeten worden aan een beroep op het blokkeringsrecht. Bezwaren tegen een expertiserapport betreffen doorgaans bezwaren tegen de door de deskundige geselecteerde feitelijke gegevens of tegen het door de deskundige gevormde oordeel. Over de relevantie van feiten of de juistheid van dat oordeel kan en mag gedebatteerd worden. Een beroep op het blokkeringsrecht snijdt dat debat echter af en kan een opening bieden voor ongewenst *expert shopping*. Het invoeren van het blokkeringsrecht zal voor de verzekeraar dan ook doorgaans en begrijpelijkerwijs aanleiding zijn om te menen dat aansprakelijkheid, causaal verband en/of

schade ontbreekt op grond waarvan de claim zal worden afgewezen. Een buitenrechtelijke oplossing zal in dat geval vaak niet worden bereikt. Een gang naar de rechter - waar art. 198 Rv wel geldt - is dan onvermijdelijk.

Hoe dan ook lijkt een logische consequentie van het invoeren van het blokkeringsrecht dat de blokkerende partij de kosten van het geblokkeerde rapport voor haar rekening neemt. Het is immers niet meer dan redelijk dat een aangesproken partij niet hoeft te betalen voor een rapport dat niet mag worden ingezien. Het is wel zorg dat hierover vóóraf afspraken worden gemaakt, waarbij tevens overeengekomen moet worden dat deze kosten niet via art. 6:96 lid 2 sub b BW alsnog in een procedure kunnen worden gevorderd. Voorkomen is beter dan genezen. Het proces van schadeafhandeling is erbij gebaat wanneer alle partijen over dezelfde medische informatie beschikken. Steun voor de wens medische bescheiden te ontvangen is te vinden in de door collega Ales in PIV-Bulletin 2005, 2 besproken uitspraken van de Rechtbank Amsterdam.


### Handreiking voor deskundigen

Vanzelfsprekend is noodzakelijk dat ook bij deskundigen bekend is welke procedure geldt voor een expertise. Duidelijk moet zijn wanneer een blokkeringsrecht geldt, wanneer dit uitgeoefend kan worden, met wie de contacten verlopen en dergelijke. De Interdisciplinaire Werkgroep Medische Deskundigen (IWMD) werkt aan een Aanbeveling procedure medisch deskundigenbericht, waarmee wordt beoogd expertiserende artsen een overzichtelijk stappenplan te bieden voor de te volgen werkwijze bij het verrichten van een medische expertise in opdracht van een rechter of op gezamenlijk verzoek van partijen buiten rechte. Deze aanbeveling staat op [www.rechten.vu.nl/iwmd](http://www.rechten.vu.nl/iwmd), waar ook veel informatie over het blokkeringsrecht is te vinden. (Zie ook M. H. Elferink in TVP 2005, p. 40.)

### Expertises krachtens polisvoorwaarden

Voor één categorie onderzoeken geldt het blokkeringsrecht niet, nu niet en ook niet wanneer het bij de Tweede Kamer ingediende wetsontwerp tot wet wordt. Dat zijn de onderzoeken in verband met de vaststellingen van afspraken of verplichtingen in verband met een reeds tot standgekomen arbeids-, burgerrechtelijke verzekerings- of opleidingsovereenkomst. Met een 'burgerrechtelijke verzekering' is bedoeld een verzekering waarbij er een contract bestaat tussen keurling en verzekeraar.

Er geldt dan ook geen blokkeringsrecht voor expertises krachtens polisvoorwaarden. (Vgl. Rb. Utrecht 27 juli 2005, LJN-Nr. AU0187, r.o. 3.3 en 3.4.)

Met zoveel woorden geeft de Hoge Raad in het hier besproken arrest aan dat daaronder niet valt de rechtsverhouding tussen een benadeelde en de aansprakelijkheidsverzekeraar van de veroorzaker van de schade. 

# Geen omkeringsregel bij whiplash; waarheidsvinding

Rb. Roermond 1 september 2004, 55293/HAZA 03-329, NJF 2004, 578



Mevr. mr. A. Ales  
Fortis ASR Personenschade

## Inleiding

De discussie over de toepassing van de omkeringsregel bij letselschade - en bij niet objectiveerbaar letsel zoals whiplash in het bijzonder - mag zich in toenemende belangstelling verheugen. Zie met name ook het artikel van collega Houben in het PIV-Bulletin 2004, 1 waarin het vonnis van de Rechtbank Den Bosch van 18 juni 2003 - (Veldkamp/ Interpolis) NJKort 2003, 78 - werd besproken. De omkeringsregel (kort gezegd een vermoeden van causaal verband behoudens tegenbewijs) ziet in beginsel op de vestigingsfase van de aansprakelijkheid en strekt zich niet zonder meer uit tot de omvang van de schade. De omkeringsregel kan alleen worden toegepast op het causaal verband in de omvangsfase, indien de omstandigheden van het geval daartoe aanleiding geven. Die aanleiding bestaat volgens de Rechtbank Den Bosch, indien en voorzover het causaal verband tussen het ongeval en de gestelde en zonodig door het slachtoffer bewezen schade gelet op alle omstandigheden voor de hand ligt. De redelijkheid en billijkheid brengen mee dat behoudens tegenbewijs dit causaal verband moet worden aangenomen. Volgens de Rechtbank Den Bosch kan de omkeringsregel in whiplashzaken in het algemeen worden toegepast indien bij het ongeval sprake is geweest van een mechanisch te begrijpen geweldsinwerking op de cervicale wervelkolom en er sedert het ongeval reële klachten en beperkingen bestaan, die passen bij een postwhiplash syndroom. Het is dan aan de aansprakelijke partij het tegendeel te stellen en te bewijzen. Indien de benadeelde echter niet aan zijn verplichting voldoet informatie omtrent zijn

medisch verleden aan de aansprakelijke partij te verstrekken, geldt niet langer dat de redelijkheid en billijkheid meebrengt dat het causaal verband moet worden aangenomen. De Rechtbank Roermond volgt een eigen koers en geeft in de hier te bespreken zaak gemotiveerd aan waarom de omkeringsregel bij whiplash niet van toepassing is.

## De feiten

Op 8 oktober 1999 werd M van achter aangereden, terwijl hij in zijn auto voor een stoplicht stond te wachten. De verzekeraar van de achteropkomende automobilist erkende aansprakelijkheid voor de aanrijding. M werkte ten tijde van het ongeval als procuratiehouder/directeur van een eierhandel. Naar eigen zeggen betrof dat een zeer drukke en stressvolle baan. Met uitzondering van enkele kortstondige onderbrekingen - de eerste keer zo'n zeven weken na het ongeval - werkte hij na het ongeval door. Pas in september 2000 viel hij voor zijn werkzaamheden volledig uit. In november 2000 kocht hij samen met zijn vrouw een café waar hij als kastelein werkzaamheden verrichtte. Van deze werkzaamheden stelde hij de verzekeraar overigens niet meteen uit eigen beweging op de hoogte. Aangezien discussie ontstond over de vraag of de door M gepresenteerde klachten wel in verband met dat ongeval stonden, werd M in het kader van een voorlopig deskundigenonderzoek door twee neurologen onderzocht, A - op voordracht van de verzekeraar - en B - op voordracht van M. De neurologen kwamen echter tot uiteenlopende conclusies.

## Neurologische expertises

B achtte het aannemelijk dat M een cervicale whiplash-verwonding had opgelopen en vond het hardnekkige klachtenpatroon - bestaande onder meer uit energieafname, cognitieve stoornissen en enige emotionele labiliteit met relatief op de achtergrond staande pijnklachten in de ruime cervicale regio en hoofdpijn - in redelijkheid een rechtstreeks gevolg van het doorgemaakte letsel. B gaf daarbij aan dat hij voor een belangrijk deel was afgegaan op de anamnese. Er waren volgens hem geen gegevens voorhanden om aan die anamnese te twijfelen terwijl de gegevens uit de medisch curatieve en medisch controlerende sector zijn conclusies zouden ondersteunen. B stelde vervolgens de diagnose post whiplashsyndroom. Hoewel >

hij erkende dat niet aan alle criteria van de richtlijnen van de NVvN voor het bepalen van de invaliditeit bij neurologische aandoeningen was voldaan, ging hij niettemin uit van een percentage functionele invaliditeit van 5 %.

A stelde enerzijds wel de diagnose post whiplashsyndroom maar achtte anderzijds de geheugen- en concentratiestoornissen, zo deze er zouden zijn, gering en niet het gevolg van het ongeval. Alternatieve verklaringen voor de klachten zouden mogelijk burn-out, alcoholmisbruik en een somatisatiestoornis - het uiten van een psychische stoornis in lichamelijke klachten - kunnen zijn. A gaf daarbij concreet voor deze zaak aan dat er, afgezien van de geheugen- en concentratiestoornissen, aanwijzingen waren voor alcoholmisbruik - aandoening van leverweefsel - en voor een somatisatiestoornis - onder meer het medisch verleden van onverklaarbare klachten zoals pijn in de borst, hyperventilatie, duizeligheid. De huidige klachten voldeden volgens A niet aan de criteria uit de richtlijnen van de NVvN en hij bepaalde de mate van functiestoornis op 0 % van de gehele mens.

### De rechtbank

Het geschil voor de Rechtbank Roermond spitst zich toe op de vraag of de door M gestelde klachten veroorzaakt zijn door het ongeval. De rechtbank buigt zich allereerst over de processuele positie van partijen. Is hier de hoofdregel van de bewijslastverdeling conform art 150 Rv (wie stelt bewijst) van toepassing? Of geldt hier - zoals M heeft aangevoerd - de zogenoemde omkeringsregel waarbij de verzekeraar dient te stellen en te bewijzen dat de klachten ook zouden zijn opgetreden indien het ongeval niet zou hebben plaatsgevonden? De rechtbank oordeelt dat hier voor de omkeringsregel geen plaats is. De relatie tussen als post whiplashsyndroom te kwalificeren klachten - die op zich niet of nauwelijks objectief vaststelbaar zijn - en een daaraan voorafgaand ongeval is (ook) niet of nauwelijks vast te stellen. Zowel het post whiplashsyndroom als de door de NVvN opgestelde richtlijnen zijn niet onomstreden. De rechtbank overweegt daarbij het volgende:

*“Onder dergelijke omstandigheden kan geen sprake zijn van een voorshands - behoudens tegenbewijs - aannemen van een causaal verband tussen ongeval en klachten aangezien dat causaal verband - en kennelijk op goede gronden gelet op de verdeeldheid in de medische wereld - juist en per definitie de kern van de discussie vormt. (...) Met andere woorden: de aard van de schade staat hier aan toepassing van de omkeringsregel in de weg nu de schade wordt gevormd door nadeel als gevolg van medische klachten waarvoor de medische oorzaak niet of nauwelijks objectief is vast te stellen, waarvan de diagnose en de bij die diagnose te hanteren maatstaven niet onomstreden zijn en waarvan moet worden gezegd, dat die klachten verder van de onrechtmatige gedraging zijn gelegen in zowel de tijd als de causale keten. Daar komt bij dat de benadeelde in een onevenredig gun-*

*stige positie zou worden geplaatst indien de omkeringsregel ook in whiplashgevallen zou worden toegepast. Immers, de klachten zijn niet of nauwelijks objectiveerbaar en het bestaan ervan moet in wezen worden aangenomen op basis van het - uiteraard subjectieve - verhaal van de benadeelde zelf (de anamnese). Toepassing van de omkeringsregel zou dan in essentie inhouden dat op basis van de stellingen van de benadeelde zou moeten worden aangenomen dat zijn subjectieve klachten bestaan én zijn veroorzaakt door het ongeval behoudens tegenbewijs door de aangesprokenen”.*

De rechtbank is van oordeel dat dit de procespositie van de aangesprokene onaanvaardbaar zwak zou maken *“temeer omdat dat tegenbewijs zou moeten bestaan uit het aannemelijk maken van een alternatieve oorzaak waarvoor dan juist informatie uit de sfeer van de benadeelde ontbeerlijk zou zijn.”* Daarbij wordt aangegeven dat de benadeelde in het algemeen weinig genegen zal zijn voor hem nadelige informatie te verstrekken terwijl het voor de aangesprokene vrijwel onmogelijk zal zijn te controleren of alle relevante informatie is verstrekt.

De conclusie luidt dan ook dat de omkeringsregel niet van toepassing is en op M derhalve de bewijslast rust ten aanzien van het causaal verband tussen diens klachten en het ongeval.

Vervolgens komt de rechtbank toe aan het beoordelen van het causaal verband.

De rechtbank geeft gemotiveerd aan waarom zij meer waarde hecht aan de rapportage van A dan aan die van B. Zo herkent de rechtbank niet dat de anamnese zou worden gesteund door gegevens uit de medisch-curatieve en de medisch-controlerende sector zoals B had aangegeven. Voorts ziet zij het als een sterk punt dat A zich in tegenstelling tot B aan de richtlijnen van de NVvN heeft gehouden en relateert zij de geloofwaardigheid van de anamnese nu blijkt dat M de beide expertiserend artsen niet alle relevante medische informatie heeft gegeven. Nu M heeft geweigerd openheid van zaken omtrent zijn medische voorgeschiedenis te geven moet de geloofwaardigheid van hetgeen wél werd gezegd gerelativeerd worden. Door de verzekeraar is gemotiveerd aangevoerd dat er in die voorgeschiedenis mogelijke verklaringen voor de huidige klachten kunnen zijn gelegen. De rechtbank acht het niet overtuigend als een nader onderzoek daarnaar door de weigerachtige houding van benadeelde de gegevens te verstrekken wordt belemmerd.

Tot slot hecht de rechtbank nog waarde aan het feit dat A alternatieve verklaringen, die niet bewezen behoeven te worden maar wel door feitelijke bevindingen kunnen worden ondersteund, heeft aangeboden waarom de huidige klachten niet aan het ongeval zijn toe te schrijven, zoals alcoholmisbruik of een somatisatiestoornis.

Uiteindelijk komt de rechtbank tot het oordeel dat niet is komen vast te staan dat de klachten zijn toe te schrijven aan het ongeval. De vordering van M ad € 245.000 -

voornamelijk bestaand uit verlies van arbeidsvermogen - wordt volledig afgewezen.

### Commentaar

Juist omdat de klachten behorend bij het post whiplash-syndroom niet of nauwelijks objectiveerbaar zijn, moet het bestaan ervan in feite worden aangenomen op basis van het subjectieve verhaal van de benadeelde. Indien daarnaast de omkeringsregel zou worden toegepast zou louter op de mededelingen van de benadeelde niet alleen moeten worden aangenomen dat zijn subjectieve klachten ook daadwerkelijk bestaan maar ook dat die klachten veroorzaakt zijn door het ongeval. Het is dan aan de wederpartij het tegenbewijs te leveren. De rechtbank acht dit, temeer daar dat tegenbewijs doorgaans gevormd wordt door informatie uit de sfeer van de benadeelde, een onaanvaardbare situatie. De stelplicht en bewijslast ten aanzien van het causale verband tussen de klachten en het ongeval blijven in deze casus dus bij M.

Hoewel de redenering in de in de inleiding genoemde uitspraak van de Rechtbank Den Bosch door de Rechtbank Roermond niet wordt overgenomen, zijn zij het op een punt roerend eens: waar geen openheid van zaken ten aanzien van de medische voorgeschiedenis wordt gegeven kan het causaal verband niet worden aangenomen.

In de onderhavige zaak had de verzekeraar aangevoerd dat uit de medische voorgeschiedenis van M mogelijke alternatieve verklaringen voor de huidige klachten zouden blijken. In de rapportage van A werden drie alternatieve verklaringen genoemd die de rechtbank ook goed denkbaar acht.

M had niet alleen geweigerd de verzekeraar inzage in zijn relevante medische voorgeschiedenis te verstrekken, maar

had tegenover de expertiserend artsen geen melding gemaakt van de vele relevante klachten die reeds voor het ongeval bestonden. Daarnaast had hij op expliciete vragen van de deskundigen (en de verzekeraar) dienaangaande niet waarheidsgetrouw geantwoord. De rechtbank constateert dat door M geen openheid van zaken is gegeven en dat relateert - volgens de rechtbank - de geloofwaardigheid van hetgeen wél wordt gezegd. Met andere woorden, nu hij geen volledige eerlijkheid heeft betracht kunnen in zijn algemeenheid vraagtekens worden gezet bij zijn subjectieve uitlatingen.

Dat de Rechtbank Roermond niet alleen staat in haar erkenning van het belang van inzage in de medische voorgeschiedenis mag inmiddels bekend verondersteld worden. (Zie ook mijn artikel "Medische gegevens: wat prevaleert, een eerlijk proces of het recht op privacy? Inzage in de patiëntenkaart", PIV-Bulletin 2005, 2.)

Niet onvermeld mag nog blijven dat de rechtbank in haar vonnis erkent dat de door de NVvN opgestelde richtlijnen weliswaar niet onomstreden zijn, maar wel gezien dienen te worden als het (meest) gezaghebbende ten aanzien van de postwhiplash problematiek. Zij vraagt zich - overigens zonder aan de antwoorden toe te komen - af op grond van welke maatstaven anders het lastige vraagstuk rond het postwhiplash probleem beoordeeld moet worden en in hoeverre die (andere) maatstaven vervolgens op enig draagvlak in de medische wereld kunnen rekenen. Het lijkt er dus op dat zolang er geen beter alternatief is deze richtlijnen gehanteerd moeten worden. In de beoordeling van de beide neurologische rapporten acht de rechtbank het dan ook een sterk punt van A dat hij zich, in tegenstelling tot B, wel aan de richtlijnen van de NVvN houdt. ■■■

Het PIV-Bulletin is een regelmatig verschijnende uitgave van de Stichting Personenschade Instituut van Verzekeraars. Niets uit deze uitgave mag worden overgenomen zonder uitdrukkelijke toestemming van de redactie.

Redactiesecretariaat  
Mevrouw J.M. Polman, Stichting PIV  
Postbus 93450  
2509 AL Den Haag  
Telefoon: 070 333 88 73  
Telefax: 070 333 88 33  
e-mail: piv@verzekeraars.nl  
Website: www.stichtingpiv.nl  
M.m.v. drs. P.J.M. van Steen, journalist  
Creatie & realisatie: Artmark BNO, Rijswijk