

Pagina 1
Begroting van toekomstschade

Pagina 6
Update jurisprudentie opzetclausule

Pagina 9
Whiplash en richtlijnen NVvN

Pagina 12
Letelschadevergoedingen en de fiscus

Pagina 15
Het (voorlopig) deskundigenbericht

Pagina 19
Medische en juridische causaliteit

Pagina 23
Schadebeperking

Pagina 26
Eerste PIV Letselplaza

Pagina 28
Lage snelheid en delta v

Juli 2008

Stichting Personenschade

Instituut van Verzekeraars



Pagina 1
Peildatum 10 jaar later ...

Pagina 6
Update jurisprudentie opzetclausule ...

Pagina 9
Whiplash: een zaak voor neuroloog of toch psychiater?

Pagina 12
Vergoeding wel of niet belastbaar ...

Pagina 15
Overeenstemming over vraagstelling én deskundige ...

Pagina 19
Voer voor discussie ...

Pagina 23
Ook eigen verantwoordelijkheid benadeelde ...

Pagina 26
Deelnemers aan het woord ...

Pagina 28
Advocaat verzekeraars over whiplash, delta v en oorzakelijk verband ...

Het derde peildatum arrest

Begroting van toekomstschade

Mr. R.Ph. Elzas
Dirkzwager Advocaten
(Foto, zie pagina 23)

Het is tien jaar geleden dat het nulnummer van het PIV-Bulletin verscheen. Daarin is een commentaar opgenomen op het eerste peildatum arrest uitgesproken door de Hoge Raad op 17 oktober 1997¹. In dit peildatum arrest I staat centraal de peildatum, dat wil zeggen het bij de begroting gekozen tijdstip waarop de berekende schade geacht moet worden te zijn geleden.

In het tweede peildatum arrest (II) - gewezen op 11 juli 2003² - casseerde de Hoge Raad de beslissing van de rechtbank, die voor de berekening van de toekomstschade de datum van het ongeval als peildatum had gekozen, hoewel de schade was gekapitaliseerd met een latere peildatum.

Tien jaar na zijn eerste peildatum arrest heeft de Hoge Raad zich op 30 november 2007³ opnieuw uitgesproken over de peildatum bij een kapitalisatie van toekomstige schade. In dit arrest komen ook aan de orde het te hanteren fiscale regime en de sterftkanscorrectie.

Begroting toekomstschade algemeen

Indien een toekomstige duurschade, bijvoorbeeld verlies aan verdien capaciteit, wordt begroot in één bedrag (art. 6:105 BW) en de toekomstige schaden bij voorbaat worden gecompenseerd, worden de toekomstige jaarschaden verminderd met het rende-



ment dat gerealiseerd kan worden met de door het slachtoffer bij voorbaat ontvangen schadevergoeding. Bij de begroting van de som ineens dient een peildatum te worden bepaald. Per deze peildatum worden de latere toekomstige (jaar) schaden gekapitaliseerd of contant gemaakt. Het te verwerven rendement wordt via een rekenfactor verdisconteerd. De bepaling van die peildatum staat in de hiervoor genoemde drie arresten centraal.

Bij het kapitaliseren van een toekomstige schade wordt de nominale schade verminderd met een

rendement. De in het verleden geleden schade, voor zover die nog niet is vergoed, wordt door de schuldenaar betaald vermeerderd met wettelijke rente (art. 6:119 BW jo art. 6:83 BW). De toekenning van wettelijke rente boven de hoofdsom bij geleden nog te betalen schade vormt als het ware het spiegelbeeld van een toekomstige schade die bij voorbaat wordt uitgekeerd en waarop het te verwerven rendement in mindering komt. Het scharnierpunt wordt gevormd door de peildatum.

Het ligt voor de hand als peildatum te kiezen de datum die zo dicht mogelijk ligt bij de datum van afwikkeling of de datum van de uitspraak van de rechter. Op die wijze wordt een toekomstige schade contant gemaakt waarbij de uitkering bij voorbaat geschiedt en de benadeelde, die de uitkering ontvangt, zich daarmee ook daadwerkelijk een rendement kan gaan verwerven.

Beslissing Hoge Raad over de bepaling van de peildatum

Het derde peildatum arrest van 2007 heeft betrekking op een schadebegroting die voortvloeit uit een in 1980 jegens de benadeelde gemaakte medische fout. De eisende partij had te rekenen vanaf 9 december 1986 aanspraak gemaakt op vergoeding van de wettelijke rente. Op deze vordering is het oud-BW toepasselijk met betrekking tot de wettelijke rente. De schuldenaar was volgens oud-BW niet automatisch de wettelijke rente verschuldigd, zoals thans bij een onrechtmatige daad het geval is, maar diende op deze wettelijke rente aanspraak te maken. Bij een duurschade diende bovendien de wettelijke rente periodiek te worden aangeged. Naar oud-BW werd de wettelijke rente enkelvoudig berekend terwijl deze thans cumulatief wordt toegekend: over een volgend jaar wordt de wettelijke rente berekend over de hoofdsom en de wettelijke rente uit het voorafgaande jaar/de voorafgaande jaren.

De eisende partij was de procedure, die leidde tot het derde peildatum arrest, eind 1987 begonnen met een vordering ten bedrage van Hfl. 1.023.486 vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 9 december 1986. De aansprakelijke (verzekeraar) had (in totaal) in januari 1999 Hfl. 410.000 uitgekeerd en betoogde dat dit bedrag de tot dan toe geleden schade ruimschoots compenseerde.

In hoger beroep had het hof na een schriftelijk debat en een deskundigenbericht in zijn tussenarrest van 9 september 1999 bepaald dat over de gekapitaliseerde schade - het bedrag ineens - wettelijke rente verschuldigd was vanaf 1 januari 1986. Daartegen richtte zich onderdeel 2.2 van het cassatiemiddel. De beslissing van de Hoge Raad naar aanleiding van dit middel luidt aldus: "4.3 *Onderdeel 2.2 - klaagt dat de beslissing van het hof de door P. [het slachtoffer, E.] sinds 1 januari 1986 geleden en te lijden materiële schade te begroten op een naar 1 januari 1986 gekapitaliseerd bedrag ineens, blijk geeft van een verkeerde rechtsopvatting. De klacht berust op de opvatting dat het onjuist is om de schade die telkens in de toekomst geleden zal worden*

en die dient te worden bepaald aan de hand van in concreto gemaakte onderscheidenlijk te schatten kosten, te kapitaliseren naar een datum die (ver) ligt voor de data waarop de bedoelde kosten daadwerkelijk worden of geacht worden te zijn gemaakt. De klacht faalt, omdat het de rechter vrijstaat dergelijke toekomstige schade, ook als het niet gaat om schade wegens verminderde capaciteit om arbeidsinkomsten te verwerven maar om steeds terugkerende extrakosten, te kapitaliseren in een bedrag ineens naar een peildatum die geruime tijd voor zijn uitspraak ligt. Het hof, dat in dit verband (in r.o. 2.28 van zijn tussenarrest van 9 september 1999) betekenis heeft gehecht aan de omstandigheid dat P. als gevolg van de amputatie van haar rechter onderarm blijvend schade zal lijden en dat de jaarlijks door haar vanaf 1 januari 1986 geleden en nog te lijden schade als zodanig vaststaat, was ook niet gehouden een verdergaande motivering te geven voor zijn beslissing, zodat de motiveringsklacht van het onderdeel eveneens faalt."

Keuze peildatum

Net als eerder is gebeurd in de peildatum arresten I en II handhaaft de Hoge Raad in het arrest van 30 november 2007 zijn beslissing, dat het de rechter vrijstaat een peildatum te kiezen die geruime tijd voor zijn uitspraak ligt. Al in het peildatum arrest I stelt de Hoge Raad vast: "*aan de rechter komt naar huidig recht zowel als naar het vóór 1992 geldende recht met betrekking tot de wijze van begroting een grote mate van vrijheid toe, terwijl zijn beslissing te dier zake in belangrijke mate is verweven met een feitelijke waardering van de omstandigheden van het geval*" (r.o. 3.8).

In de memorie van antwoord II⁴ op art. 6:105 BW, waarin de mogelijkheden voor een afwikkeling van een toekomstige schade zijn geregeld, wordt het aldus geformuleerd: "*de op dit punt [begroting van schade E.] aan de rechter toegekende vrijheid brengt met zich mee dat hij zonodig ambtshalve kiest. Hij is hier derhalve niet lijdelijk, zo min als hij dat in het algemeen is, wanneer het gaat om leidinggeven aan het verloop van de procedure. Wel brengt het lijdelijkheidbeginsel uiteraard mee dat hij gebonden is aan wat partijen over en weer aan feiten hebben gesteld en tot onderwerp van hun materiële geschil hebben gemaakt."*

Peildatum en wettelijke rente

In het peildatum arrest I (van 1997) was het uitgangspunt dat de voormalige advocaten van het slachtoffer hadden verzuimd (telkens) de wettelijke rente aan te zeggen. In de door het slachtoffer tegen die advocaten aangespannen procedure oordeelde de Hoge Raad: "(r.o. 3.8) *Wanneer de betreffende advocaat in gebreke blijft enige aanmaning als hier bedoeld te doen uitgaan, dan zal de als gevolg daarvan voor zijn cliënt eventueel te lijden renteschade niet worden bepaald door de schadeberekening waarmee op het tijdstip of de tijdstippen dat aangemaand had dienen te worden, door deze advocaat rekening had moeten worden gehouden,*

maar door de wijze van begroting waaraan de rechter die daarover had te oordelen, uiteindelijk de voorkeur blijkt te hebben gegeven, aangenomen dat het tot een dergelijke uitspraak is gekomen.”

Kortom: voor de berekening van de rentederving wordt in de eerste plaats gekeken naar de schadebegroting zoals die is gehanteerd in de oorspronkelijke procedure die de benadeelde tegen de aansprakelijke partij had ingesteld. Door uit te gaan van de in die begroting gehanteerde peildatum, wordt de benadeelde schadeloos gesteld ten aanzien van de door de beroepsfout gederfde wettelijke rente. Ook in het derde peildatum arrest zijn er problemen met betrekking tot de wettelijke rente naar oud-BW. Nu die - zoals ten tijde van het oud-BW gebruikelijk - niet periodiek was aangezegd, zou de benadeelde wettelijke rente missen voor zover in het verleden geleden schade nog niet was vergoed en een peildatum zou worden gekozen gelijk aan de datum afwikkeling of uitspraak.

Uit het tweede peildatum arrest volgt dat door een peildatum te kiezen (1 januari 1986) gelegen vóór de datum waartegen de wettelijke rente was aangezegd (9 december 1986), het bedrag ineens per die laatste datum rentedragend is geworden. Zou de in het verleden geleden schade bijvoorbeeld van jaar tot jaar zijn afgewikkeld, waardoor die schade telkens periodiek opeisbaar werd, dan had voor de aanspraak op wettelijke rente telkens na het opeisbaar worden opnieuw de wettelijke rente aangezegd moeten zijn⁵.

Ingangsdatum wettelijke rente

In cassatie werd ook geklaagd over de door het hof gehanteerde ingangsdatum 9 december 1986 per wanneer de wettelijke rente verschuldigd was na 1 januari 1986 - de peildatum in de berekening - over het gekapitaliseerde bedrag. Naar aanleiding van deze klacht overweegt de Hoge Raad: “(4.4) De klacht is ongegrond. Indien de rechter over een lange periode te lijden schade begroot op een gekapitaliseerd bedrag ineens, moet deze schade geacht worden te zijn geleden op de bij de kapitalisatie tot uitgangspunt genomen peildatum. Deze wijze van schadebegroting strekt ertoe de benadeelde ter vergoeding van zijn schade een zodanig bedrag ineens toe te kennen dat dat, hem op de peildatum uitbetaalde, bedrag inclusief het daarover na de peildatum te realiseren rendement, toereikend zal zijn voor de betaling van alle toekomstige schadeposten. Indien dit bedrag eerst na de peildatum aan de benadeelde wordt uitgekeerd lijdt hij dus, door gemis aan rendement, nadeel dat door betaling van wettelijke rente behoort te worden vergoed. De motiveeringsklacht van dit onderdeel en de klacht van onderdeel 2.4, die voortbouwen op de ongegronde klachten van de onderdelen 2.2 en 2.3, falen eveneens.”

De conclusie is helder. Indien gekozen mag worden voor een peildatum die ligt in het verleden dan is de consequentie, dat vanaf dat moment de wettelijke rente gaat lopen over de gekapitaliseerde schade.

Fiscale componenten

De belastingaspecten spelen een rol bij

- a) het vaststellen van de jaarschade voortvloeiend uit de arbeidsongeschiktheid; en
- b) het bepalen van de som ineens.

Ad a

De schade-uitkering vloeit voort uit een onrechtmatige daad. Die is in fiscale zin geen belastbare bron. Dat betekent dat de uitkering ineens onbelast is⁶. Op grond daarvan wordt de jaarschade die vervolgens gekapitaliseerd wordt, op netto basis begroot. Deze netto jaarschade bestaat uit het tot een netto bedrag herleid hypothetisch inkomen zonder ongeval verminderd met het concrete netto inkomen na ongeval.

Ad b

Indien de benadeelde de schade-uitkering heeft ontvangen wordt hij geacht zich daarmee een rendement te verwerven. Uiteindelijk is het de bedoeling dat de som ineens en het rendement tezamen voldoende zijn de toekomstige schade tot het eind van de looptijd te compenseren. Het beschikken over de som ineens (aangevuld met rendement) brengt mee dat een vermogensrendementheffing verschuldigd is (althans kan zijn). Die belastingdruk vermindert het netto consumptief inkomen. Deze belastingcomponent wordt in de schadeloosstelling meegenomen⁷.

Bij de schadebegroting dient zoveel mogelijk met de concrete omstandigheden rekening te worden gehouden. In r.o. 4.2 geeft de Hoge Raad de rechter de opdracht bij het bepalen van schadevergoeding zoveel als redelijkerwijs mogelijk is de werkelijk geleden en te lijden schade te begroten. De Hoge Raad herhaalt dat nog eens in r.o. 5.3. Indien een peildatum in het verleden wordt gekozen, zal het jaarlijks tekort (dat vanaf die peildatum wordt gekapitaliseerd) begroot dienen te worden aan de hand van het belastingregime zoals dat in die periode heeft gegolden. Vanaf de datum waarop de berekening wordt gemaakt is de toekomstige belastingcomponent niet vaststelbaar en zal uitgegaan moeten worden van het alsdan geldende belastingstelsel. Ook voor wat betreft de toekomstige periode. Het rekening houden met de werkelijk geleden schade betekent, dat niet mag worden gewerkt met het belastingstelsel zoals dat gold op het moment van de in het verleden liggende peildatum. Daardoor zou een wijziging van het belastingstelsel sinds die vroegere peildatum tot aan de datum van de berekening niet worden meegenomen en zou derhalve niet de werkelijk geleden (netto) schade worden berekend.

Op zichzelf is dit een argument te meer voor het kiezen van een peildatum die ligt vlak bij de uitspraak of bij de datum waarop de omvang van de schade is vastgesteld. Op die wijze wordt de geleden schade ook voor wat betreft het belastingregime concreet berekend.

Wordt een peildatum in het verleden gekozen om de problematiek van het ontbreken van een adequate wettelijke rente aanzegging naar oud-BW op te lossen dan betekent dat niet dat sedert die peildatum van de geldende belastingregels zou moeten worden afgeweken.

Bij de begroting van toekomstige schade spelen onzekerheden een rol zoals de ontwikkeling van het hypothetische inkomen, het ongeval weggedacht, de ontwikkeling van het inkomen of de uitkering na ongeval, de hoogte van het te realiseren rendement, de sterftkans, de inflatie en meer in het algemeen de goede en kwade kansen als bedoeld in art. 6:105 BW. Die afweging van goede en kwade kansen wordt vertaald in de uitgangspunten die aan de begroting ten grondslag worden gelegd en uit zich ondermeer in de gekozen looptijd en de rekenrente.

Door een peildatum in het verleden te kiezen kan het rendement over die periode in het verleden niet worden gerealiseerd en wordt het vervangen door de wettelijke rente.

Door een peildatum te kiezen gelegen vlakbij het moment van afwikkeling of begroting van de schade, wordt de geleden schade als zodanig behandeld, concreet begroot en verhoogd met de wettelijke rente, voor zover die geleden schade nog niet is gecompenseerd. Dat is concreter dan wanneer voor die verleden periode met een fictief en niet gerealiseerd rendement zou worden gewerkt. Die noodgreep kan echter redelijk zijn in het geval er anders een tekort zou ontstaan wegens het niet, naar oud-BW noodzakelijk, aanzeggen van wettelijke rente. Door die wettelijke rente onverplicht aan te reiken zou de noodzaak vervallen voor een peildatum in het verleden, waardoor reeds geleden schade wordt behandeld als zou het een toekomstige schade zijn. Dat is echter - zo valt uit het arrest af te leiden - in beginsel niet de bedoeling. Ook al kan het ontbreken van een wettelijke rente aanspraak worden gecompenseerd met een vervroeging van de peildatum, dat neemt niet weg dat van zoveel mogelijk concrete gegevens gebruik gemaakt zal moeten worden, ook voor wat betreft het belastingregime.

De Hoge Raad oordeelt dat het cassatiemiddel slaagt dat opkomt tegen de beslissing van het Hof genomen in het tussenarrest van 27 februari 2003 om - kort samengevat - niet uit te gaan van de in 2001 in werking getreden fiscale regels: "4.2 De klachten onder 1.2 en 1.4 van het onderdeel slagen. Nu het nieuwe belastingstelsel wortelt in het regeerakkoord van 1998, kan de omstandigheid dat de erven van de arts in hun memorie van grieven van 13 maart 1997 niet hebben aangevoerd dat bij de begroting van de belastingschade rekening zal moeten worden gehouden met dat stelsel, er niet aan in de weg staan dat zij in een later stadium van de appelprocedure, binnen de grenzen van de goede procesorde, alsnog een beroep doen op het nieuwe belastingstelsel als relevant gegeven voor de begroting van de belastingschade. Ten tijde van het tussenarrest van 27 februari 2003 stond vast dat dit stelsel inmiddels ingevoerd was en dat de belastingschade in het in eerste aanleg uitgebrachte deskundigenrapport

begroot was op de voet van regels die voor een groot deel van de periode waarover de belastingschade moet worden begroot niet meer van toepassing zijn. Nu de rechter bij het bepalen van schadevergoeding zoveel als redelijkerwijs mogelijk is de werkelijk geleden en te lijden schade dient te begroten, had het Hof zonder nadere motivering, die ontbreekt, niet mogen vasthouden aan een begroting van de belastingschade waarin wordt voorbijgegaan aan de ingrijpende wijziging van het belastingstelsel met ingang van 2001. De overige klachten van onderdeel 1 behoeven geen behandeling."

Sterftekanscorrectie

Bij een langlopende duurschade zoals die ter zake van weggevallen of verminderde arbeidscapaciteit wordt gewerkt met een sterftekanscorrectie. Hoe ouder het slachtoffer is ten tijde van de peildatum, des te groter is de aftrekcorrectie. Ook op dit punt casseert de Hoge Raad de beslissing van het gerechtshof. De klacht dat de deskundige bij de schadebegroting de sterftekanscorrectie ook heeft toegepast voor die jaren, die reeds verstreken zijn, heeft succes. De Hoge Raad overweegt: "5.3 (...) *het betoog van P [het slachtoffer, E.] dienaangaande is door het Hof aldus begrepen dat nu op het moment dat de berekening door de deskundige werd uitgevoerd vaststond dat P. in leven was, met de bedoelde correctie over de desbetreffende jaren geen rekening zou dienen te worden gehouden. Het Hof heeft op dit punt overwogen dat, nu de schade (op P's verzoek) wordt gekapitaliseerd naar 1 januari 1986, ook vanaf die datum met de sterftekanscorrectie rekening dient te worden gehouden. Het moment waarop de berekening plaatsvindt, kan daarbij geen rol spelen, aldus het Hof. De rechtsklacht van het onderdeel is gegrond. Zoals uit het hiervoor overwogene blijkt, heeft de rechter bij het begroten van schade de vrijheid om de geleden en te lijden schade te kapitaliseren in een bedrag ineens naar een peildatum die geruime tijd voor zijn uitspraak ligt. Ook bij een dergelijke wijze van begroting blijft evenwel uitgangspunt dat zoveel als redelijkerwijs mogelijk is de werkelijk geleden en te lijden schade behoort te worden begroot. Daarbij past niet dat de rechter slechts rekening mag houden met de op de peildatum bestaande verwachtingen over wat de toekomst zou kunnen brengen. Het staat hem derhalve, anders dan het Hof oordeelde, vrij om bij kapitalisatie van blijvende en periodieke letselschade naar een lang voor zijn uitspraak gelegen peildatum, rekening ermee te houden dat het op de peildatum bestaande overlijdensrisico van de benadeelde zich tot dusver niet heeft gerealiseerd en daarom het overlijdensrisico over de voorbije jaren niet te verdisconteren. De overige klachten van het middel behoeven geen behandeling."*

Het ligt voor de hand dat een schade-uitkering niet wordt verminderd met een korting omdat het slachtoffer vanaf een datum in het verleden tot aan de datum van afwikkeling een overlijdenskans had, terwijl op zichzelf vaststaat dat die kans zich niet heeft gerealiseerd omdat het slachtoffer eenvoudig nog in leven is. In het kader van de kapi-

talisisatie en begroting van de schade is het ook geen probleem de sterftkanscorrectie te hanteren uitgaande van de leeftijd van de benadeelde ten tijde van de afwikkeling. Overigens wordt door het kiezen van een lagere leeftijd ter bepaling van de sterftkanscorrectie die correctie kleiner maar daar staat tegenover, dat de looptijd langer wordt en de omvang van de som ineens hoger.

Conclusie

Het onderhavige arrest is in de eerste plaats van belang bij de afwikkeling van langlopende letselschaden⁸ die voortvloeien uit een gebeurtenis gelegen vóór 1 januari 1992 waarop voor wat betreft de wettelijke rente het oud-BW toepasselijk is en waarbij niet, althans niet op een juiste wijze, de wettelijke rente (telkens) is aangezegd.

Uitgangspunt is dat de rechter - en dus ook partijen - bij het bepalen van de hoogte van de schadevergoeding zoveel als redelijkerwijs mogelijk is de werkelijk geleden en te lijden schade dienen te vergroten. Daarbij past een peildatum die ligt zo dicht mogelijk bij de datum van de begroting en berekening van de schade, zodat toekomstige schade ook behandeld wordt als toekomstige schade en geleden schade als schade die in het verleden reeds geleden is. Naar mijn mening vloeit uit het arrest voort dat de keuze voor een peildatum in het verleden gerechtvaardigd kan zijn, indien er aanleiding is het ontbreken van een volgens het oud-BW noodzakelijke rente aanzegging te repareren. Wuisman zegt er in zijn conclusie het volgende over: *“2.7 anders gezegd, de aanvaarding van kapitalisatie met een peildatum in het verleden diende [in de eerste twee peildatum arresten, E.] hier om ongewenste, in het NBW zich niet meer voordoende effecten van de regeling van de wettelijke rente in art. 12186 BW zoveel mogelijk op te heffen.*

De verzekeraar had zich in deze zaak kennelijk niet bereid verklaard om ondanks het ontbreken van een periodieke aanzegging de wettelijke rente over de geleden schade voor zover nodig te vergoeden. Wuisman stelt vast (2.3) *“er worden geen bezwaren tegen het kapitaliseren van reeds geleden schade geuit in de zin van dat de gekozen wijze van begroting van de schade in het onderhavige geval onaanvaardbare effecten heeft ten aanzien van de begrote schade en de berekende contante waarde daarvan”.*

Het is zeker niet uitgesloten dat er nog een vierde peildatum arrest zal worden gewezen. De kans dat daarbij ook de wettelijke rente volgens oud-BW centraal zal staan is aanmerkelijk kleiner.

¹ NJ 1998, 508, m.nt. J.B.M. Franken; VR 1998, 5, m.nt. H.A. Bouman; en PIV-Bulletin 1998, 0, R.Ph. Elzas (zie www.stichtingpiv.nl).

² NJ 2003, 603; VR 2004; 101 AV&S 2003 p. 214 m.nt. R.Ph. Elzas; en TVP p. 59, E. Wytéma.

³ LJN BA4606, TVP 2008 p. 36, W. J. Hengeveld en H.Th. Vos.

⁴ Parl. Gesch. boek 6 art. 6.1.9.10, p. 369.

⁵ Tweede peildatum arrest r.o. 3.5 slot.

⁶ Zie PIV publicatie, *Letselschade en Fiscus*, Zeist: 2002 (zie www.stichtingpiv.nl).

⁷ In feite is het dus geen 'belastingschade' maar een belastingcomponent die wordt meegenomen in het kader van de vaststelling van het nettobedrag dat ter beschikking moet komen om de op netto basis becijferde schade volledig te compenseren.

⁸ Of overlijdensschaden.

Update jurisprudentie opzetclausule



Mr. A.F.J. Blondeel
Fortis ASR Personenschade

In PIV-Bulletin 2002, 5 en 2003, 7 besteedde ik aandacht aan de ontwikkelingen op het gebied van de opzetclausule in de AVP-polis. Dit zomernummer biedt een goede gelegenheid voor een actuele schets.

Hoge Raad 21 december 2007, LJN BB5408

Een vrouw werd door haar echtgenoot meermaals met een zware hamer op het hoofd geslagen, waardoor zij zwaar letsel opliep en arbeidsongeschikt is geraakt. De strafrechter veroordeelde de man wegens poging tot doodslag. De schade van de vrouw werd gemeld op de AVP-polis. De AVP-verzekeraar weigerde echter polisdekking te verlenen, met een beroep op de oude opzetclausule, waarin de aansprakelijkheid van een verzekerde voor schade, die voor hem het beoogde of zekere gevolg is van zijn handelen of nalaten, werd uitgesloten. Met een beroep op geestesstoornis van de man werd deze weigering om dekking te verlenen betwist. De Rechtbank Zwolle oordeelde dat sprake was van afwezigheid van opzet. Hof Arnhem honoreerde daarentegen het beroep van de verzekeraar op de opzetclausule. Bij dit oordeel was vooral van belang dat het meermaals met een vuisthamer op iemands hoofd slaan, handelingen oplevert, die bij uitstek geëigend zijn om het feitelijk toegebrachte ernstige letsel te veroorzaken. Daaruit heeft het hof afgeleid, dat de man zich ervan bewust is geweest dat het letsel zoals zich dat in concreto heeft voorgedaan, het gevolg zou zijn van dit handelen. De Hoge Raad heeft dit oordeel van het hof in stand gelaten. Relevante passage uit het arrest is: *“Voor zover het onderdeel betoogt dat de rechter in een geval als het onderhavige, waarin het door de verzekeraar gedane beroep op de opzetclausule wordt bestreden met de stelling dat de verzekerde in verband met een geestesstoornis geen verwijt kan worden gemaakt van zijn schadetoebrengend handelen omdat die stoornis van zodanige aard was dat hij zich van dat handelen en de gevolgen daarvan niet bewust is geweest, niet voorshands op grond van de gedragingen van de verzekerde tot het oordeel mag komen dat deze zich ervan bewust was*

dat het toegebrachte letsel het gevolg van zijn handelen zou zijn, faalt het. Ook in een dergelijk geval geldt dat, zoals de Hoge Raad heeft geoordeeld in zijn arrest van 15 oktober 2004, nr. C03105, NJ 2005, 141, de rechter, behoudens door de verzekerde te leveren tegenbewijs, uit de gedragingen van de verzekerde kan afleiden dat deze zich ervan bewust was dat het in feite toegebrachte letsel het gevolg van zijn handelen zou zijn.”

De Hoge Raad laat in dit arrest het oordeel van het hof als feitenrechter in stand.

Voor wat betreft de feitelijke overwegingen van het hof is relevant, dat het arrest van de strafrechter als dwingend bewijs in de zin van art. 161 Rv. door het hof werd meegewogen.

Het arrest, alsmede het gegeven dat de Hoge Raad anders oordeelde dan de A-G Wuisman in zijn conclusie voorafgaand aan het arrest, wordt uitvoerig besproken door T.A. van Kampen in zijn noot onder JA 2008, 31, alsmede door D-J van der Kolk en H. Lebbing in de News Update van Houthoff Buruma d.d. 25 januari 2008, te vinden op www.stichtingpiv.nl.

Hof Den Bosch 3 juli 2007, LJN BB1683

Het betreft een zaak die enigszins in vergelijking is met de voorgaande. Ook hier was de oude opzetclausule van toepassing en ook hier leverde voor de feitelijke beoordeling van opzet in de zin van de opzetclausule, het arrest van de strafrechter dwingend bewijs op in de zin van art. 161 Rv. In dit geval had een man zijn ex-echtgenote met een mes in haar nek gestoken, waarvoor hij strafrechtelijk werd veroordeeld voor poging tot moord. Het hof oordeelde dat een mes een geëigend voorwerp is om ernstig letsel toe te brengen. Het mes was door de man opzettelijk en met kracht, in één vloeiende beweging, bij de vrouw in de nek gestoken. Dergelijk handelen kon volgens het hof niet anders worden geduid, dan het beoogen van het in feite toegebrachte letsel, of het zich ervan bewust zijn dat dit het gevolg van het handelen zou zijn.

Hof Den Bosch 22 mei 2007, LJN BA6950

Ruim een maand eerder had het Hof Den Bosch een beroep op de nieuwe opzetclausule gehonoreerd. Die nieuwe clausule houdt in, dat niet is gedekt de aansprakelijkheid van een verzekerde voor schade veroorzaakt door en/of voortvloeiend uit zijn/haar opzettelijk tegen een persoon of zaak gericht wederrechtelijk handelen of nalaten. In deze nieuwe opzetclausule wordt het opzet gekoppeld aan de gedraging zelf en niet meer aan de gevolgen daarvan.

In deze zaak had een man zijn buurman met een uit een ijzeren staaf bestaande wandelstok geslagen. De buurman is later, waarschijnlijk vanwege het opgelopen hoofdletsel,

overleden. De man stelde dat hij de stok slechts zou hebben gebruikt om zijn buurman op afstand te houden. Het hof overwoog echter dat uit de verklaringen die de man tegenover de politie had afgelegd kan worden afgeleid, dat hij bij wijze van agressieve actie heeft geslagen en niet bij wijze van zelfverdediging. De uit een ijzeren staaf bestaande wandelstok was op zich een geëigend middel om het zware lichamelijke letsel dat zijn slachtoffer heeft opgelopen, toe te brengen. Het opzet was gericht op het slaan tegen het lichaam van het slachtoffer, diens hoofd niet uitgezonderd.

Ook onder dit arrest is in de JA een lezenswaardige annotatie geschreven, door M.J. Tolman: JA 2007, 136.

Voor een goede samenvatting van de ontwikkelingen met betrekking tot de invoering van de nieuwe opzetclausule attendeer ik op prof. mr. J.H. Wansink, "De nieuwe uitsluiting voor opzet en seksueel misbruik in de AVP-polis 2000: een terugblik op vijf jaar", AV&S, februari 2006.

Rechtbank Den Haag 6 februari 2008, LJN BC3860

Een praktijkvoorbeeld van een voor een claimbehandelaar moeilijk te beoordelen kwestie, is mijns inziens de uitspraak van Rechtbank Den Haag, JA 2008, 57. In deze kwestie liep een voetballer ernstig letsel op aan zijn rechtervoet, vanwege een verondersteld incorrect uitgevoerde sliding.

Volgens het slachtoffer zou de sliding door de dader zijn uitgevoerd, nadat door het slachtoffer de bal al was weggespeeld en daarmee zou de sliding buiten de orde van het spel gelegen zijn. Tevens zou de sliding een grove schending van de spelregels opleveren. Het slachtoffer voerde aan dat vanwege het feit dat de dader was veroordeeld door de politierechter, ook civielrechtelijke onrechtmatigheid gegeven was.

De dader erkende weliswaar te laat te zijn geweest met zijn actie, maar verweerde zich met de stelling dat hij zijn actie had ingezet in het kader van normale verdediging tijdens het voetbalspel.

Als de dader deze aansprakelijkstelling meldt op zijn AVP-verzekering, moet de verzekeraar het doen met de verklaringen zoals ze worden aangeleverd. In dit geval kan er sprake zijn geweest van een gedraging waartoe het voetbalspel uitlokt en welke tegenstanders over en weer naar redelijkheid van elkaar te verwachten hebben. De lezing van de verzekerde wijst op een ongelukkig moment tijdens het normale spelverloop. Dit levert geen aansprakelijkheid op voor de gevolgen van de door de eiser opgelopen sportblessure. Er is in een dergelijk geval dus formeel gesproken wel sprake van polisdekking, maar geen sprake van aansprakelijkheid.

Als de verzekerde echter door de politierechter werd veroordeeld, lijkt dit dwingend bewijs op te leveren voor aansprakelijkheid. Onder de nieuwe opzetclausule is er vanwege de strafrechtelijke veroordeling dan een gerede kans dat er geen sprake is van polisdekking. Wanneer er geen polisdekking is, zal de verzekeraar ook geen verweer in rechte voeren namens de gedaagde.

In deze zaak oordeelde de rechter op grond van de feiten en omstandigheden van het geval, dat een ervaren verde-

diger die het spel op zich af ziet komen, moet kunnen inschatten of hij een actie gericht op het afstoppen van een speler van de tegenpartij nog kan inzetten, zonder die speler ernstig te blesseren. De rechter achtte op grond van de weging van alle afgelegde verklaringen (en dat zijn er bij een voetbalwedstrijd vaak vele namens beide partijen) aangetoond dat de bal reeds was weggespeeld en dat de aanvaller daarom niet meer bedacht had hoeven zijn op een sliding. Door desondanks een sliding te hebben ingezet, welke dus niet meer op de bal gericht kon zijn, oordeelde de rechter dat er sprake is geweest van een abnormaal gevaarlijke, en dus onrechtmatige, gedraging.

In deze zaak heeft de rechter dus de lezing van de eiser als de meest plausibele geoordeeld. Gelet op de formulering van dat oordeel is het vervolgens in een vrijwaringszaak tegen de AVP-verzekeraar de vraag of de rechter de gedraging van de verzekerde "wederrechtelijk genoeg" zal oordelen, om van een dekkingsuitsluiting op grond van de opzetclausule te kunnen spreken. Ook dat is weer een feitelijk oordeel.

Als behandelaar bij een AVP-verzekeraar kun je in dit soort zaken dus in een soort 'spagaat' terecht komen. Enerzijds lijkt er vanwege het vonnis van de politierechter sprake te zijn van een niet gedekt evenement, anderzijds moet je indien je op basis daarvan besluit om geen polisdekking te verlenen, maar afwachten hoe de vrijwaringszaak afloopt, welke de dader doorgaans zekerheidshalve tegen de verzekeraar zal aanspannen. Een strafrechtelijke veroordeling voor een buitensporige overtreding tijdens een voetbalwedstrijd is immers weliswaar strafbaar gedrag, doch van een andere orde dan een poging tot doodslag of ernstige mishandeling. Wellicht vindt een rechter een overtreding als in deze casus aan de orde "niet wederrechtelijk genoeg" om een beroep op de opzetclausule te honoreren. Als verzekeraar zul je dus reeds in de preprocesuele fase op grond van alle beschikbare verklaringen omtrent de toedracht, de aard en ernst van de door de politierechter strafbaar geachte feiten moeten inschatten.

In grensgevallen valt te overwegen om (toch) gezamenlijk met verzekerde voor verweer tegen de claim zorg te dragen eventueel onder voorbehoud van polisdekking voor het geval de rechter in de procedure het opzet bewezen acht. Een andere mogelijkheid is dat je als verzekeraar kiest voor een actieve rol in de vrijwaringsprocedure. Hierdoor houd je als verzekeraar mede de regie over hoe de feiten en omstandigheden in rechte voor het voetlicht worden gebracht, hetgeen immers beslissend is voor het uiteindelijke oordeel van de rechter. Dat blijft vaak een moeilijke (moeizame) aangelegenheid. In zekere zin hebben zowel benadeelde als veroorzaker belang bij het verkrijgen van polisdekking. Anderzijds staan ze in sommige gevallen zodanig lijnrecht tegenover elkaar, dat verzekerde koste wat kost wil voorkomen dat aansprakelijkheid wordt erkend. Kortom, het maken van een goede afweging blijft maatwerk op dossierniveau!

Hof Arnhem 18 september 2007, LJN BB3745

Ter illustratie van het feit dat de weging van feiten en

> 7

omstandigheden in op het eerste oog vergelijkbare gevallen tot een andere uitkomst kan leiden, attendeer ik op dit arrest. Ook in die casus was sprake van beenletsel veroorzaakt tijdens een voetbalwedstrijd. De rechter achtte echter niet aangetoond dat er sprake was van een gedraging die de grenzen van het spel te buiten ging. De diverse lezingen namens beide partijen omtrent de toedracht varieerden van een grove overtreding tot een lichte. Het hof bevestigde daarbij dat de bewijslast om aan te tonen dat er sprake is geweest van een toerekenbare onrechtmatige daad, op de eisende partij rust.

Rechtbank Arnhem 23 april 2008, LJN BD1779

Ook dit geschil betrof letsel veroorzaakt tijdens een voetbalwedstrijd en de vraag of sprake is van een zodanige overtreding van de spelregels, dat moet worden aangemerkt dat er een onrechtmatige daad is gepleegd. Hoewel de AVP-verzekeraar niet bij deze kwestie betrokken raakte, komt ook in deze procedure de heikele kwestie van het waarden van de afgelegde persoonlijke verklaringen omtrent de toedracht goed over het voetlicht. Waar bevond zich op het gewraakte moment precies de bal? Hoe was de exacte spelsituatie? Wat heeft de dader nou eigenlijk precies gedaan? Het blijkt lastig om dat achteraf goed te kunnen reconstrueren en de rechter geeft in zijn overwegingen ook duidelijk aan hoe hij de verklaringen weegt en welke waarde hij er gelet op alle feiten en omstandigheden van het geval, in onderling verband en samenhang beschouwd, aan toekent.

Hoge Raad 22 april 2008, LJN BB7087 (strafzaak)

Een zaak waarin iedereen dankzij tv-beelden achteraf precies kan zien wat er gebeurde (zowel de aanleiding tot de actie als de overtreding zelf), is de overtreding van profvoetballer Rachid Bouaouzan van Sparta op Niels Kokmeijer van Go Ahead Eagles. Een zaak die uitgebreid in de landelijke media is belicht. Op YouTube is het weinig opbeurende moment nog steeds te bekijken. Dader Bouaouzan werd door de strafrechter in drie instanties

schuldig geacht aan zware mishandeling. De Hoge Raad onderkent ook in dit arrest, dat de deelnemers aan een sport, zoals voetbal, tot op zekere hoogte gevaarlijke gedragingen waartoe het spel uitlokt, over en weer van elkaar te verwachten hebben. Bij een door duidelijke spelregels afgebakende sport zijn die spelregels mede van belang voor het bepalen van de grenzen van de wederrechtelijkheid. Dat geldt echter in de regel niet voor gedragingen die los staan van een spelsituatie waarbij een speler een andere speler letsel toebrengt. Bovendien kan bij gedragingen die wel in een spelsituatie plaatsvinden, een speler de spelregels op dusdanige wijze schenden, en zo gevaarlijk handelen, dat van het ontbreken van wederrechtelijkheid geen sprake kan zijn.

De gedraging van Bouaouzan (door de scheidsrechter omschreven als “*een aanslag*” en door het hof betiteld als “*vliegende tackle*”) was van dien aard, dat de strafrechtelijke kwalificatie zware mishandeling door de strafrechter bewezen werd verklaard. Er was sprake van een flagrante overtreding van de spelregels. Gezien de uiterlijke verschijningsvorm van de actie meende de feitenrechter dat niet anders geoordeeld kon worden dan dat de dader met die gedraging de aanmerkelijke kans op het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel op de koop toe heeft genomen, respectievelijk heeft aanvaard. De Hoge Raad heeft dit oordeel in stand gelaten. Voor Niels Kokmeijer betekende deze overtreding het einde van zijn nog prille profcarrière. Er lijkt hier dus, naast smartengeld, aanleiding te zijn voor een forse civiele claim van schade wegens verlies van arbeidsvermogen. Gelet op de formulering van de uitspraak van de strafrechter, zal een op dergelijke wijze tijdens een voetbalwedstrijd veroorzaakte schade, van polisdekking zijn uitgesloten op een aansprakelijkheidsverzekering waarin de nieuwe opzetclausule is opgenomen. Dit nog los van het feit dat in dit concrete geval, omdat de overtreding tijdens een professionele wedstrijd plaatsvond, in ieder geval in de particuliere sfeer geen sprake is van dekking op een AVP-polis.

Whiplash en de nieuwe richtlijnen van de NVvN

In november 2007 heeft de Nederlandse Vereniging voor Neurologie (NVvN) nieuwe richtlijnen uitgevaardigd voor de bepaling van invaliditeit bij neurologische aandoeningen. Een onderdeel daarvan is de wijze waarop expertiserende neurologen moeten omspringen met het zogeheten postwhiplashsyndroom. Het uitgangspunt van de richtlijnen is dat er voor een postwhiplashsyndroom geen beperkingen meer kunnen worden genoteerd.

Tot enkele jaren geleden werd er verbeterd gestreden over de vraag welke neuroloog een expertise moest uitvoeren. Die discussie was relevant omdat het zeer van de persoon van de te benoemen expertiserende neuroloog afhankelijk was of wel of geen beperkingen ten gevolge van een postwhiplashsyndroom werden genoteerd. Vooral was relevant hoe strikt de expertiserende neuroloog de hand hield aan de criteria uit de toen geldende richtlijnen van de NVvN. Er werd gesproken van zwarte en witte lijsten waarop acceptabele en onacceptabele neurologen waren vermeld. De eerlijkheid gebiedt te zeggen dat van daadwerkelijke, fysieke lijsten geen sprake was - althans: ik heb een dergelijke lijst zelf nooit onder ogen gezien - maar wanneer de naam van een bepaalde neuroloog viel, wist iedereen onmiddellijk op welke lijst de betreffende neuroloog thuishoorde. Van de neurologen met ervaring met expertiseseonderzoeken werden slechts een paar neurologen door beide zijden als aanvaardbaar beschouwd. De verzoekschriftprocedures waarin werd verzocht tot benoeming van een neuroloog over te gaan, en waarin vervolgens verhitte discussies plaatsvonden over de persoon van de neuroloog en de te hanteren vraagstelling, waren talrijk.

Deze discussie rond de persoon van de te benoemen neuroloog is alweer enige tijd geleden wat geluwd. Wellicht is een van de oorzaken daarvan het feit dat whiplashachtige klachten na een ongeval maatschappelijk meer geaccepteerd worden. De verrichtingen van lobbygroepen als de Whiplashstichting Nederland hebben daartoe zeker bijgedragen. Een andere oorzaak voor het teruglopen van het aantal discussiegevallen rondom de persoon van de expertiserende neuroloog is wellicht dat - in ieder geval sommige - verzekeraars hun regelingsbeleid bij whiplashclaims hebben bijgesteld. Hoe dan ook: de nieuwe richtlijnen van de NVvN, die het onderwerp zijn van deze bijdrage en die waarschijnlijk wel voor tumult zullen zorgen, komen na een periode van relatieve rust aan het whiplashfront.

Mr. P.C. Knijp
Stadermann Luiten Advocaten



Inhoud nieuwe richtlijnen

De nieuwe richtlijnen van de NVvN geven onder het kopje 'Persisterende klachten na nektrauma' weer: *"Het is ook mogelijk dat klachten blijven bestaan, waarvoor met alle bekende onderzoeksmethoden geen substraat kan worden aangetoond."*

Deze klachten staan bekend als 'postwhiplashsyndroom' (...). Dit is een verzamelnaam geworden voor klachten na een ongeval, waarbij nekpijn op de voorgrond staat, al of niet met hoofdpijn, vermoeidheid, duizeligheid, concentratiestoornissen, tintelingen in armen en handen en visusklachten. Het is niet ongebruikelijk geworden het optreden van dergelijke klachten na wat voor ongeval dan ook, onafhankelijk van het ongevalmechanisme en/of de intensiteit van de geweldsinwerking, te omschrijven als 'whiplash'.

Om uit te maken of dit beeld al of niet moet worden toegeschreven aan een aandoening van het zenuwstelsel, is het van essentieel belang dat bij iedere gelaedeerde met klachten die als 'whiplash' worden betiteld, een uitgebreide neurologische evaluatie plaatsvindt."

Vervolgens wordt in de richtlijnen beschreven hoe in de AMA-guides wordt omgesprongen met het toekennen van een percentage functieverlies, dat volgens die AMA-guides maximaal 8% kan bedragen.

De richtlijnen vervolgen: *"De Commissie kan zich in dit alles niet vinden. Het zou inhouden dat louter de door de onderzochte aangegeven klachten tot een fors functieverlies aanleiding geven. Ook het toekennen van posttraumatisch functieverlies op grond van asymmetrische bewegingen van de nek of spierhypertonie is niet te verdedigen, gegeven het frequent voorkomen in de bevolking van nekkklachten met deze bevindingen zonder voorafgaand trauma."*

Het postwhiplashsyndroom moet worden gezien als een chronisch pijnsyndroom zonder neurologisch substraat. De Commissie is van oordeel dat volgens de huidige inzichten hieraan door de neuroloog geen percentage functieverlies kan worden toegekend.

Van den Doel, de voorzitter van de commissie van de Nederlandse Vereniging voor Neurologie die zich bezig heeft gehouden met het opstellen van de onderhavige nieuwe richtlijnen, geeft in een bijdrage in TVP¹ weer dat er in beginsel twee mogelijkheden resteren om toch tot de vaststelling van beperkingen te komen.

Een eerste mogelijkheid zou zijn om aan te knopen bij de AMA-guides (de 'AMA-6'). Chronische cervicale pijnklachten kunnen volgens deze AMA-6 wel worden gekoppeld aan een percentage functieverlies. Van den Doel is daarvan - mijns inziens terecht - geen voorstander, getuige onder meer de retorische vraag in zijn bijdrage: "Wanneer een triviaal letsel door biopsychosociale factoren als ernstig invaliderend wordt ervaren, moet hieraan dan een fors functieverlies worden verbonden, waarbij een dergelijke erkenning reciproque als bevestiging van de ernst van de aandoening wordt gezien?" Zo geformuleerd lijkt mij dat inderdaad niemand daarbij gebaat kan zijn.

Een tweede mogelijkheid is, aldus Van den Doel, om over te gaan tot een psychiatrische expertise. Dat is dan vooral het geval wanneer sprake is van concentratieklachten en andere functiestoornissen van het centrale zenuwstelsel.

Klachten zonder onderliggende medische oorzaak: subjectief, en niet objectiveerbaar

Endedijk² stelt dat de commissie die de nieuwe richtlijnen heeft opgesteld niet zou menen dat er met een slachtoffer dat whiplashachtige klachten presenteert niets aan de hand is. Hoewel ik dat persoonlijk - anders dan Endedijk - niet in de nieuwe richtlijnen teruglees, ben ik geneigd dat wel met hem eens te zijn. Het enkele feit, dat het slachtoffer klachten uit, geeft al weer dat er iets met het slachtoffer niet in de haak is. Maar het knelpunt is vervolgens de beantwoording van de (fundamentele) vraag of het enkele feit dat er klachten worden geuit zonder dat daarvoor een medische verklaring kan worden gevonden, kan leiden tot het aannemen van beperkingen. De nieuwe richtlijnen van de NVvN beantwoorden die vraag voor whiplashgevallen met een duidelijk 'nee'.

En dat brengt mij op de relevantie van het - in de letsel-schaderegeling en in procedures vaak uit zijn verband gerukte en mis begrepen - arrest van de Hoge Raad van 8 juni 2001³.

Het hof oordeelde in die zaak in essentie dat schadevergoeding ook op zijn plaats kan zijn wanneer niet sprake is van waarneembare beschadigingen, afwijkingen of gebreken, maar van klachten, die weliswaar naar hun aard subjectief van aard zijn maar waarvan niettemin objectief vastgesteld kan worden dat zij aanwezig, reëel, niet ingebeeld, niet voorgewend en niet overdreven zijn.

Het arrest is weinig helder. Het hof - want de betreffende formulering is niet van de hand van de Hoge Raad zelf - gebruikt naar mijn mening de woorden objectief en subjectief op onjuiste wijze. Een klacht is - zo overweegt ook het hof in deze zaak - per definitie subjectief. En het enkele feit dat een slachtoffer een klacht uit, leidt naar mijn dunkt - objectief - tot de vaststelling dat er een klacht is. Dat een klacht aanwezig is, kan dus objectief worden vastgesteld. Maar dat de betreffende klacht reëel, niet ingebeeld, niet voorgewend en niet overdreven is - dat is iets dat onmogelijk, en dus al helemaal niet objectief, kan worden vastgesteld. Een klacht waarvoor geen medische verklaring kan worden gevonden laat een dergelijke beoordeling door derden niet toe. Weliswaar werden de toetsingscriteria die in de oude versie van de richtlijnen van de NVvN waren opgenomen in de praktijk vaak gebruikt in een poging om klachten te objectiveren (in die zin ook Endedijk in zijn eerder aangehaalde bijdrage), en daarvoor waren zij ook bedoeld, maar van een echte objectivering van klachten zonder onderliggende medische oorzaak kan simpelweg geen sprake zijn. Een voorbeeld: "Mijn been is gebroken" is een mededeling die objectief valt te controleren. "Ik heb pijn in mijn been" is een mededeling die, wanneer bij onderzoek niets abnormaals aan het betreffende been kan worden geconstateerd, niet valt te verifiëren. Dat wordt niet anders wanneer de patiënt het been blijkt te ontzien of met krukken loopt. Zoals blijkt uit voordrachten van psychiaters prof. dr. G.F. Koerselman⁴ en prof. dr. R.J. van den Bosch⁵ vallen de klassieke klachten die behoren bij het postwhiplashsyndroom, wanneer de nadruk wat minder op de pijnbeleving wordt gelegd, vaak naadloos binnen de kaders van psychiatrische aandoeningen als een depressieve stoornis of het posttraumatisch stresssyndroom. Volgens hen zal dikwijls in gevallen die nu als 'whiplash' worden bestempeld, een psychiatrische diagnose te stellen zijn. Behandeling van dergelijke ziektebeelden is overigens door middel van medicatie of psychotherapie, of een combinatie daarvan, vaak - hoewel helaas niet altijd - goed mogelijk.

"Whiplash, van patiënt tot verdachte?"

Met dit kopje, maar dan zonder vraagteken, opende Beer een bijdrage in De Telegraaf van 1 april 2008. Hij stelt in die bijdrage dat met de nieuwe richtlijnen de klok twintig jaar wordt teruggezet. "We weten immers allang dat bij veel whiplashpatiënten sprake is van aanhoudende klachten zonder dat lichamelijke afwijkingen zijn aangetoond. Niettemin kan de diagnose wel degelijk worden gesteld en kunnen reële klachten door het ongeval worden erkend. Deze nieuwe richtlijnen zijn er kennelijk voor bedoeld om andere belangen dan die van whiplashslachtoffers te dienen."

Beer slaat in deze bijdrage de plank mis. Zo zal bij de groep die Beer aanduidt als 'de whiplashpatiënten', als

regel geen sprake zijn van lichamelijke afwijkingen (althans, geen afwijkingen die leiden tot de whiplash-klachten). Kenmerkend aan het whiplashfenomeen is immers dat er geen onderliggende oorzaak kan worden gevonden. De diagnose 'postwhiplashsyndroom' kan dan ook, als ik het goed zie, niet worden gesteld.

In een 'whiplashzaak' moet gedegen neurologisch onderzoek aan het licht brengen of sprake is van neurologische afwijkingen. Is dat niet het geval, dan zal een neurologische expertise die wordt uitgevoerd conform de nieuwe richtlijnen leiden tot de slotsom dat er geen beperkingen kunnen worden aangenomen. Een vervolgens te entameren psychiatrische expertise moet dan uitwijzen of de klachten dan wellicht verklaard kunnen worden vanuit een psychiatrische aandoening.

Het zou overigens de voorkeur verdienen indien al in een vroeg (behandelings)stadium de gang naar de psychiater wordt ingezet. Wanneer de klachten inderdaad kunnen worden verklaard vanuit een psychiatrische aandoening, zal in een vroeg(er) stadium met de behandeling van die aandoening kunnen worden gestart, wat het genezingsproces ongetwijfeld ten goede zal komen. Indien op die manier een oorzaak wordt gevonden voor (het in stand houden van) de klachten, zal de schade bovendien in veel

gevallen sneller kunnen worden afgewikkeld, omdat complexe discussies over de causaliteit en schadeomvang die je nu tegenkomt in whiplashdossiers minder zullen voorkomen - er is dan immers een oorzaak voor de klachten gevonden. En daar hebben alle partijen in de letselschade-regeling baat bij. Dat - gelijk Beer in De Telegraaf opmerkt - de nieuwe richtlijnen zouden zijn bedoeld om andere belangen te dienen dan die van whiplashslachtoffers, lijkt mij dan ook niet juist.

¹ Dr. E. M. H. van den Doel, "Whiplash en de neuroloog", TVP 2008, p. 1 e.v.

² G.C. Endedijk, "Causaal verband bij personenschade: de nieuwe richtlijnen van de Nederlandse Vereniging voor Neurologie", TVP 2008, p. 8.

³ NJ 2001, 433 (Zwolsche Algemeene/De Greef).

⁴ Clubseminar Actualiteiten nieuwe Whiplashrichtlijn d.d. 22 februari 2008.

⁵ PIV Jaarconferentie 2008.

De niet-belastbaarheid van letselschadevergoedingen



Mr. D.J. van der Kolk
Houthoff Buruma te Rotterdam

In de dagelijkse praktijk van de letselschaderegeling wordt naast de vaststellingsovereenkomst veelal ook een belastinggarantie verstrekt door de verzekeraar. Deze praktijk is bij de meeste verzekeraars *standard practice*. De reden daarvoor is gelegen in het feit dat een slachtoffer alleen bereid is genoegen te nemen met een schadevergoeding wegens verlies aan arbeidsvermogen op netto basis als de verzekeraar het risico wegneemt dat op enig moment nog premie- en belastingheffing plaatsvindt. Met het afgeven van de belastinggarantie verklaart de verzekeraar dat hij onder bepaalde omschreven omstandigheden de discussie met de Belastingdienst zal voeren als deze van oordeel is dat de uitkering toch belastbaar is. Ook zegt de verzekeraar in de belastinggarantie toe de eventuele aanslag te voldoen. De belastinggaranties van de meeste verzekeraars zijn inhoudelijk nagenoeg gelijk. Dat is een ontwikkeling van de laatste jaren, welke ongetwijfeld mede in gang is gezet door de zeer leeswaardige bijdrage van A.F.J. Blondeel in 'Letselschade en de fiscus', waarin hij een voorbeeld geeft voor een belastinggarantie¹.

Uit de praktijk blijkt dat het met enige regelmaat voor komt dat de Belastingdienst het standpunt inneemt dat de schadevergoeding wegens verlies van arbeidsvermogen belast is. Het gaat daarbij steeds alleen over deze schadepost. Wat mij betreft schiet mr. W.H.M.J. Pelckmans daarom in zijn artikel "De Belastinggarantie: onontbeerlijk!"² ietwat te ver door waar hij betoogt dat de belastinggarantie voor alle schadeposten zou moeten gelden, ook voor die schadeposten waarover in de praktijk nooit discussie met de Belastingdienst ontstaat. De belastinggarantie behoort beperkt te blijven tot het doel waarvoor deze bedoeld is, namelijk het wegnemen van onzekerheid over het al dan niet belast zijn van schadeposten waarover de

Belastingdienst de discussie wel eens pleegt aan te gaan. Dat is gezien de jurisprudentie en literatuur alsmede de bestaande praktijk beperkt tot de schade wegens verlies aan arbeidsvermogen³. Voorkomen moet bovendien worden dat in de letselschadeafwikkeling die volgens de Gedragscode Behandeling Letselschade zo voortvarend als enigszins mogelijk dient te geschieden allerlei extra fiscaal georiënteerde discussies gevoerd moeten worden en formuleringen in documenten moeten worden ontwikkeld.

Zaken waarin de Belastingdienst de discussie aangaat over het al dan niet belast zijn van de schadevergoeding wegens verlies van arbeidsvermogen hebben veelal betrekking op slachtoffers die als zelfstandige werkzaam waren toen het ongeval hen overkwam. Bij slachtoffers die in loondienst werkzaam waren, doet zich de discussie tegenwoordig niet tot nauwelijks meer voor. De jurisprudentie lijkt op dat punt inmiddels voldoende duidelijk te zijn⁴. De jurisprudentie over belastbaarheid van schadevergoedingen wegens verlies van arbeidsvermogen van zelfstandigen is wisselend. De rode lijn in de jurisprudentie is dat het steeds aankomt op de vraag wat partijen, die de vaststellingsovereenkomst hebben gesloten, precies bedoeld hebben.

In dat kader is het voor alle partijen die betrokken zijn bij de behandeling en afwikkeling van letselschades van groot belang om zorgvuldig te formuleren. Wanneer bedoeld wordt een schadevergoeding wegens verlies van arbeidsvermogen te betalen, zal dat ook steeds zo geformuleerd moeten worden. Dat speelt ook wanneer voorschotten worden betaald. Vergoedingen die worden betaald onder de noemer 'gederfd loon' of varianten daarop zoals 'gederfd inkomen' en 'gederfd salaris' lopen een zeer grote kans door de Belastingdienst aangemerkt te worden als belastbaar. Hetzelfde geldt ook voor betalingen die bedoeld zijn om een vervangende arbeidskracht in te huren of winstderving te compenseren. Wanneer een schadevergoeding betaald wordt dan wel voorschotten daarop betaald worden, is het van groot belang om ofwel aan te geven dat het gaat om een voorschot onder algemene titel, wanneer nog niet duidelijk is waarop het voorschot precies ziet ofwel duidelijk aan te geven dat het gaat om een vergoeding voor verlies van arbeidsvermogen. Gebruik van de juiste terminologie is voor verzekeraars essentieel want dat kan betekenen dat voorkomen wordt dat belasting- en premieheffing moet worden betaald. Wanneer een slachtoffer en zijn belangenbehartiger aan het hanteren van deze juiste terminologie niet (willen) meewerken, meen ik met Blondeel in zijn eerder genoemde bijdrage in 'Letselschade en de fiscus' dat dit kan wor-

den aangemerkt als het schenden van de schadebeperkingsplicht.

Nadat in 2006⁵ twee relevante arresten waren geweest over de belastbaarheid van een schadevergoeding wegens verlies aan arbeidsvermogen van een zelfstandige, is in 2008 op dit punt wederom een belangwekkend arrest geweest. Het betreft een arrest van het Hof Arnhem van 14 februari 2008⁶. De zaak die tot dit arrest heeft geleid, zag op een vennoot van een vof die montage- en constructiewerk verrichtte. Deze vennoot was op 31 mei 1999 van een zeven meter hoge loopbrug gevallen en daardoor volgens medici blijvend ongeschikt geworden voor het werk dat hij in de vof verrichtte. Een verzekeringsmaatschappij heeft hem in verband daarmee een schadevergoeding van NLG 600.000 (€ 272.268,13) toegekend. Daarvan heeft NLG 400.000 (€ 181.512,09) betrekking op het verlies van arbeidsvermogen. Van dat bedrag heeft de Belastingdienst NLG 300.000 (€ 136.134,06) als belastbaar aangemerkt omdat slechts NLG 100.000 (€ 45.378,02) betrekking zou hebben op blijvend verlies van arbeidsvermogen. Daarmee is de Rechtbank Arnhem het eens geweest.

Het Hof Arnhem oordeelt in hoger beroep echter dat het gehele bedrag onbelast is. Het gaat er volgens het hof om of de schadevergoeding is genoten wegens een blijvend verlies van arbeidsvermogen en bijvoorbeeld niet ter vervanging van gederfde of te derven winst. Het hof leidt uit de correspondentie tussen partijen af dat het in deze zaak ging om vergoeding voor het blijvende verlies van arbeidsvermogen. De bedoeling van partijen was in deze zaak dus duidelijk.

Ook is in 2008 in een arrest van het Hof Leeuwarden, dat handelt over de vraag of een letselschadeadvocaat verbonden aan een gerenommeerd advocatenkantoor te Emmen⁸ een beroepsfout heeft gemaakt door na te laten een belastinggarantie te vorderen in een procedure, aandacht besteed aan de onderhavige problematiek. Het slachtoffer was een zelfstandig werkend fysiotherapeut die een vergoeding voor verlies van arbeidsvermogen had afgedwongen in een procedure. Het hof geeft met zoveel woorden aan dat een belastinggarantie voor die schadepost noodzakelijk is. De kernoverweging is: *“Uit de jurisprudentie blijkt dat de schadevergoeding in principe niet wordt gerekend tot de belastbare winst maar wordt beschouwd als een onbelaste vergoeding wegens verloren gegaan arbeidsvermogen. De relevante fiscale jurisprudentie op dit punt is evenwel niet geheel eenduidig en in de praktijk blijkt dat de Belastingdienst zich soms toch op het standpunt stelt dat over de vergoeding inkomstenbelasting moet worden geheven.”*

De vraag is nu of met dit arrest en de daaraan voorafgaande, vrijwel gelijklopende, arresten uit 2006⁹ de discussie met de Belastingdienst tot een einde komt. Dat zal waarschijnlijk het geval kunnen zijn voor zover het gaat om vergoedingen voor blijvend verlies van arbeidsvermogen. Dat valt vooral ook af te leiden uit een overweging van de Hoge Raad in zijn hiervoor genoemde arrest van

6 oktober 2006 waarin valt te lezen dat het moet gaan om *“het voorgoed niet meer in staat zijn”* de werkzaamheden te verrichten. Ook in de hiervoor beschreven uitspraak van het Hof Arnhem wordt gesproken over blijvend verlies van arbeidsvermogen.

Is er sprake van tijdelijk verlies van arbeidsvermogen dan ligt dat waarschijnlijk nog steeds anders. De jurisprudentie is op dat punt voor betalende partijen als verzekeraars niet gunstig. De belangrijkste uitspraak lijkt nog steeds te zijn het arrest van de Hoge Raad van 1 november 2000¹⁰ waarin het ging over een zelfstandige ondernemer die een bodedienst exploiteerde. Bij een verkeersongeval liep hij lichamelijk letsel op, wat tot gevolg had dat hij zijn werkzaamheden niet meer kon verrichten. Ongeveer twee jaar later werd hij echter weer volledig arbeidsgeschikt verklaard. Toen was de letselschadezaak echter nog niet afgerond en de vaststellingsovereenkomst nog niet getekend. Op het moment dat de vaststellingsovereenkomst wel werd getekend, was dus al duidelijk dat het ging om tijdelijk verlies aan arbeidsvermogen. Het hof had in die zaak op grond van alle omstandigheden van het geval en het gehele dossier - waaronder ook de correspondentie - geoordeeld dat de bedoeling van partijen was om een compensatie te geven aan het slachtoffer voor de in zijn hoedanigheid van ondernemer geleden bedrijfsschade wegens het *“opdrogen”* van zijn belangrijkste bron van inkomen: het als zelfstandige verrichten van bodediensten. De Hoge Raad liet het oordeel van het hof dat de uitkering belast was in stand.

Verder is voor de praktijk van belang te weten dat door Ernst & Young Belastingadviseurs een kleine overzichtelijke checklist¹¹ is vervaardigd die bedoeld is als handvat voor de praktijk (Belastingadviseurs en werknemers van de Belastingdienst). Deze luidt:

1. Doorslaggevend voor de vraag of een schadevergoeding aan een ondernemer is belast, is het antwoord op de vraag op welke schade de schadevergoeding ziet. Dat is een feitelijke kwestie.
2. Een schadevergoeding is onbelast, wanneer zij de schade van het tenietgaan van verdien capaciteit van de ondernemer dekt. In dat geval kan de ondernemer bepaalde bedrijfsactiviteiten blijvend niet meer uitoefenen, vanwege een handicap die zijn oorzaak in het ongeval vindt.
3. Een schadevergoeding is belast wanneer zij gederfde of te derven winst uit onderneming dekt (bedrijfsschade).
4. Uit de jurisprudentie kan men als lijn trekken dat de schadevergoeding onbelast is, als de schade in de privésfeer opkomt en de vergoeding in één som wordt uitgekeerd.
5. Wanneer er geen verband bestaat tussen de schade en de bedrijfsuitoefening, is de schadevergoeding niet belast. Lakmoesproef voor de onbelastbaarheid van de vergoeding is, dat de geleden schade ook wordt vergoed als de betrokkene geen ondernemer zou zijn.
6. Een schadevergoeding voor tijdelijke invaliditeit die ziet op gederfde of te derven inkomsten, is belastbaar.

Hoewel het voorgaande duidelijke aanwijzingen bevat voor belastbaarheid van schadevergoedingen wegens verlies van arbeidsvermogen van tijdelijke aard, meen ik toch dat er geen aanleiding is om de discussie in dat soort gevallen met de fiscus uit de weg te gaan. Niet alleen is het veelal mogelijk om ook in dat soort gevallen met de fiscus toch tot een soort van schikking te komen zodat het uiteindelijk te betalen bedrag lager is dan de aanslag die de fiscus in eerste instantie oplegt, er zijn ook nog steeds aanknopingspunten om uit te gaan van onbelastbaarheid van dergelijke uitkeringen. Vooral het arrest van Hof Arnhem van 14 februari 2008 biedt nog mogelijkheden. Eén van de feiten in die zaak was namelijk dat bij het slachtoffer (waarvan medici hadden aangegeven dat hij blijvend ongeschikt was voor het verrichten van zijn arbeid) vele jaren later - nadat de zaak financieel was afgewikkeld - onverwacht herstel was opgetreden. Op het moment dat het hof arrest wees, was dat bekend.

Het enkele feit dat een slachtoffer na een periode van ongeschiktheid om zijn werk te kunnen verrichten, herstelt, is nog geen reden om de uitkering wegens tijdelijk verlies aan arbeidsvermogen belastbaar te achten. Relevant is of het feit dat het verlies van arbeidsvermogen tijdelijk was al bekend was op het moment van het sluiten van de vaststellingsovereenkomst. Verder zal het in een dergelijk geval van groot belang zijn dat partijen zorgvuldig zijn geweest in hun formulering en dat beide partijen gedurende het hele behandelings- en ontwikkelingstraject uitdrukkelijk aangegeven hebben de bedoeling te hebben om te komen tot vergoeding van het verloren gegane arbeidsvermogen. Alleen dan bestaat er nog een kans dat belastingheffing voorkomen kan worden.

Afsluitend wil ik overigens wel waarschuwen voor al te grote verwachtingen op dit punt. De gehanteerde bewoordingen in de vaststellingsovereenkomst en correspondentie vormen, zoals eerder aangegeven, belangrijke aanwijzingen voor de bedoeling van partijen. De Belastingdienst is daaraan echter niet gebonden. Als deze kan aantonen dat de werkelijke bedoeling van partijen toch was om inkomens- of bedrijfsschade dan wel winstderving te vergoeden, prevaleert die werkelijke bedoeling van partijen

alsnog en zal de schadevergoeding belastbaar geacht worden¹². Het arrest van de Hoge Raad van 1 november 2000 is daarover duidelijk¹³. Verder komt daar nog als nadelig punt bij voor verzekeraars die veelal de betaling zullen moeten doen, dat Van Dort en Rensema¹⁴, erkende deskundigen op dit rechtsgebied, hetzelfde betogen als vermeld staat in de hiervoor geciteerde checklist voor de praktijk, namelijk dat een vergoeding voor tijdelijk verlies van arbeidsvermogen belast is.

¹ PIV, *Letselschade en de fiscus, enige fiscale aspecten van de vergoeding van letselschade, mede in het licht van de Wet IB 2001*: Zeist: 2002.

² W.H.M.J. Pelckmans, "De Belastinggarantie: onontbeerlijk!", VR 2006, 12, p. 401/404.

³ In een ander rechtsgebied dan letselschade, te weten het ontslagrecht, speelt de vraag ook ten aanzien van de ontslagvergoedingen die een werkgever dient te betalen. Dan wordt ook gediscussieerd over de belastbaarheid van de immateriële schadevergoeding die betaald wordt in verband met het verliezen van de baan. Die vergoedingen staan los van de letselschadevergoeding en laat ik daarom in het kader van dit artikel verder onbesproken.

⁴ Zie bijv. HR 21 februari 2001, VR 2001, 91.

⁵ HR 6 oktober 2006, JA 2007, 53 en Hof Arnhem 31 oktober 2006, JA 2007, 54.

⁶ Hof Arnhem 14 februari 2008, LJV BC5464.

⁷ Zie noot 3. Onduidelijk is nog of cassatie zal volgen.

⁸ De namen worden in het gepubliceerde arrest niet genoemd.

⁹ Zie noot 6.

¹⁰ Hoge Raad 1 november 2000, VR 2001, 90.

¹¹ J.W.H. Nietveld (Ernst & Young Belastingadviseurs), BA 2006/21.6.

¹² De Belastingdienst heeft ex WRB art. 56.1 het recht om het dossier in te zien en relevante stukken op te vragen. Dat betreft ook correspondentie.

¹³ Zie eindnoot 10.

¹⁴ R.N.J.T. van Dort en J. Rensema, *Schadevergoeding*, Deventer: 2002, p. 103/104.

De stand van zaken met betrekking tot het (voorlopig) deskundigenbericht

In de praktijk blijkt de inhoud van een (voorlopig) deskundigenbericht veelal van doorslaggevend belang voor de afloop van een procedure. Hoewel de rechter niet gebonden is aan een deskundigenoordeel, wordt de juridische strijd daardoor meestal wel bepaald.

In dit artikel wordt een overzicht gegeven van de huidige stand van zaken met betrekking tot de beoordelingsruimte van de rechter in het kader van het voorlopig deskundigenbericht.

Verskil in beoordelingsruimte met het 'gewone' deskundigenbericht

Een voorlopig deskundigenbericht kan voordat een zaak aanhangig is door een belanghebbende en tijdens een aanhangig geding door een partij verzocht worden (art. 202 Rv.). Het voorlopig deskundigenbericht kan dienen als bewijsmiddel ten behoeve van partijen en voor het inwinnen van informatie ten behoeve van partijen ter inschatting van hun positie. De functie van het 'gewone' deskundigenbericht is met name voorlichting ten behoeve van de rechter.

Dit verschil in functie heeft gevolgen voor de bevoegdheden van de rechter om een verzoek tot een voorlopig deskundigenbericht te beoordelen. Ten aanzien van een 'gewoon' deskundigenbericht komt de rechter een discretionaire bevoegdheid toe¹.

Ten aanzien van een verzoek tot een voorlopig deskundigenbericht heeft de rechter deze beslissingsvrijheid niet. Dit verschil in beoordelingsruimte valt te verklaren vanuit het enigszins kunstmatige onderscheid in functie van deze twee vormen van deskundigenonderzoek. Het theoretische onderscheid tussen beide categorieën deskundigenberichten doet geen recht aan de betekenis dat elk deskundigenbericht in de praktijk heeft. Niet is immers gebleken dat een rechter aan een voorlopig deskundigenbericht minder waarde hecht dan aan een deskundigenbericht dat hij zelf heeft gelast, enkel vanwege de omstandigheid dat de functie verschilt².

Door de Hoge Raad zijn inmiddels standaard geworden criteria gegeven die dienen ter beoordeling van een verzoek tot een voorlopig deskundigenbericht³: "Hij [de rechter] dient het onderzoek in beginsel te gelasten, mits het daartoe strekkende verzoek ter zake dienend en voldoende concreet is en feiten betreft die met het deskundigenbericht

Mevrouw mr. J. Meyst-Michels/Mr. M. Mostert
Van Benthem & Keulen
Advocaten



bewezen kunnen worden. Dit is echter anders indien de rechter op grond van in zijn beslissing vermelde feiten en omstandigheden van oordeel is dat het verzoek in strijd is met de goede procesorde, dat van de bevoegdheid toepassing van dit middel te verlangen, misbruik wordt gemaakt - bijvoorbeeld omdat verzoeker wegens onevenredigheid van de over en weer betrokken belangen in redelijkheid niet tot het uitoefenen van die bevoegdheid kan worden toegelaten - of dat het verzoek moet afstuiten op een ander door de rechter zwaarwichtig geoordeeld bezwaar".

Op het eerste gezicht lijkt er voor de feitenrechter weinig ruimte te zijn om een verzoek tot een voorlopig deskundigenbericht af te wijzen. De feitenrechter heeft echter meer beoordelingsruimte dan de algemene criteria doen vermoeden. Indien het oordeel van de rechter (dat één van de door de Hoge Raad gegeven criteria aan toewijzing van het verzoek in de weg staat) grotendeels een waardering van de feitelijke omstandigheden inhoudt, kan dit oordeel in cassatie slechts beperkt op juistheid worden getoetst. De Hoge Raad onderzoekt immers niet of de feiten die de lagere rechter heeft vastgesteld juist zijn, maar alleen of het recht juist is toegepast. De feitenrechter heeft daardoor een grote mate van vrijheid om zijn afweging te maken, zolang hij zijn oordeel maar voldoende motiveert.

Afwijzing verzoek tot een voorlopig deskundigenbericht

Een rechter kan op grond van diverse feiten en omstandigheden een verzoek tot een voorlopig deskundigenbericht afwijzen. De casuïstiek is divers.

Is bijvoorbeeld een partij het niet eens met de uitkomst van een eerder deskundigenonderzoek, dan kan een nieuw verzoek tot een voorlopig deskundigenbericht soms uitkomst bieden. Maar indien de rechter het idee krijgt dat een verzoek enkel ingediend wordt om de proceskansen te verbeteren kan een afwijzing verwacht worden. Een verzoek om dezelfde vraagstelling aan een andere deskundige voor te leggen, omdat de verzoeker zich niet kon vinden in de uitkomst van het eerdere onderzoek, werd door de Rechtbank Roermond in strijd met de goede procesorde geacht⁴.

Ook het doen van een verzoek tot een voorlopig deskundigenbericht met als doel het toevoegen van een meer gunstig rapport aan de al voorhanden zijnde deskundigenrapporten werd door de rechter niet geaccepteerd⁵. Het verzoek om een voorlopig deskundigenbericht werd door de rechter in deze gevallen gezien als *expert shopping*. Ontevredenheid over de uitkomst van het reeds verrichte onderzoek is onvoldoende reden om nieuw onderzoek te laten verrichten.

Dit blijkt ook uit een beschikking van het Hof Den Bosch waarin het verzoek, dat nog voor het indienen van grieven werd ingediend, met een uitgebreide motivering werd afgewezen wegens het ontbreken van een 'voldoende' zwaarwegend bezwaar⁶.

Het ging in deze zaak om het causaal verband tussen een aanrijding en het letsel (whiplash). Er had in eerste aanleg al deskundigenonderzoek plaatsgevonden. Interessant in dit verband is de volgende overweging van het hof: *"Het verzoek is echter slechts in beperkte mate ingegeven om de proceskansen te beoordelen. London wil veeleer proberen haar proceskansen te verbeteren door een voor haar meer gunstig deskundigenrapport aan de processtukken toe te voegen. Aan London kan worden toegegeven dat in het algemeen, maar zeker in de onderhavige zaak, een andere deskundige tot een ander, voor London gunstiger, oordeel zou komen en dat zij derhalve in zoverre belang heeft bij haar verzoek. Met name in letselschadezaken als hier aan de orde (whiplash) zal dit fenomeen zich voordoen nu er twee kampen lijken te bestaan die tot tegenstrijdige (deskundige) oordelen aanleiding kunnen geven. (...)"*

Het hof oordeelde dat de kamer (in dit geval het hof zelf), die over het onderhavige verzoek moest oordelen, niet vooruit diende te lopen op hetgeen de zittingrechter in deze relevant voor de beoordeling zal vinden. De kamer die over het verzoek oordeelt dient zich volgens het hof in dit geval dermate terughoudend op te stellen dat er ter zake geen standpunt ingenomen wordt. Reeds dit aspect (de fase waarin het verzoek werd ingediend), en het feit dat partijen geen overeenstemming bereikten over de te

benoemen deskundige, werd als voldoende zwaarwegend bezwaar aangemerkt. Voor de afwijzing van het verzoek was ook van belang dat er al twee deskundigenrapporten voorhanden waren.

Dat de fase waarin het verzoek om een voorlopig deskundigenbericht ingediend wordt van belang is, blijkt ook uit een uitspraak van het Hof Arnhem⁷.

Het verzoek om onderzoek door een psychiater te gelasten werd door het hof afgewezen. De rechtbank had in de bestreden beschikking reeds een neuropsycholoog benoemd. Aan deze deskundige was gevraagd of zij een vervolgonderzoek door een psychiater aangewezen acht. Het hof wees, gelet op de belasting dat een nieuw onderzoek voor benadeelde met zich mee zou brengen en vanwege de fase waarin de procedure verkeerde, het verzoek af wegens strijd met een goede procesorde. Het hof gaf er de voorkeur aan eerst de bevindingen van de neuropsycholoog af te wachten.

Het belang van benadeelde - om niet nogmaals aan onderzoek te worden onderworpen - kan op zichzelf ook aanleiding geven tot afwijzing van een verzoek tot een nieuw voorlopig deskundigenbericht. Dit blijkt uit rechtspraak van de Hoge Raad⁸.

In het arrest van 12 september zou toewijzing van het verzoek tot een voorlopig deskundigenbericht een aantasting van de persoonlijke integriteit van de benadeelde betekenen en kon het verzoek niet worden toegelaten. Deze aantasting van de persoonlijke integriteit, zou dan bestaan uit het nogmaals uit laten voeren van een voor de benadeelde belastend onderzoek. Er was volgens de Hoge Raad sprake van misbruik van bevoegdheid.

Toewijzing verzoek tot deskundigenbericht en het zelfstandig verzoek

Tegenover het risico op expert shopping staat het legitieme belang van partijen om een eerder uitgebracht deskundigenbericht ter discussie te kunnen stellen. Dit belang is volgens de rechtbank Dordrecht aanwezig wanneer verzoeker op geen enkele wijze betrokken is geweest bij een op eigen initiatief van verweerder uitgevoerd deskundigenonderzoek⁹.

Het staat verweerder dan vrij om de juistheid van de getrokken conclusies te betwisten of in twijfel te trekken. Het feit dat verzoeker uitdrukkelijk door verweerder is uitgenodigd om mee te werken aan de medische expertise, maar deze uitnodiging heeft afgewezen, maakt dit niet anders.

In enkele (in aantal toenemende) gevallen bevat het tegen een voorlopig deskundigenbericht ingediend verweerschrift een zelfstandig verzoek tot het houden van een voorlopig deskundigenbericht¹⁰.

De wettelijke basis van dit zelfstandig verzoek om een voorlopig deskundigenbericht is te vinden in art. 282 lid 4 jo. Art. 203 (e.v.) Rv.

De Rechtbank Amsterdam heeft in 2007 een door Allianz

in haar verweerschrift opgenomen zelfstandig verzoek beoordeeld¹¹.

Wat de beoordeling van dit zelfstandig verzoek interessant heeft gemaakt, is dat tegen dit zelfstandig verzoek uitgebreid gemotiveerd verweer was gevoerd. Het zelfstandig verzoek om een nieuw neurologisch onderzoek van benadeelde werd, kort gezegd, onderbouwd door de stelling dat er ernstige gebreken kleefden aan een eerder uitgebrachte rapport waardoor dit geen reële basis voor verdere deskundigenberichten kon vormen. De rechtbank was van oordeel dat het feit dat Allianz eerder had ingestemd met de benoeming van de deskundige die het eerdere rapport heeft uitgebracht, nog niet betekent dat Allianz geen bezwaren tegen deze eerdere rapportage zou mogen uiten. De rechtbank betrok bij haar beoordeling dat het niet ondenkbaar is dat, in een tussen partijen te voeren bodemprocedure, de rechtbank tot het oordeel komt dat de eerdere rapportage gebrekkig is. De rechtbank overwoog hierna: *'In dat geval zal het rapport wellicht onvoldoende basis bieden voor de afwikkeling van de zaak [de te voeren bodemprocedure] en zal nieuw neurologisch onderzoek van benadeelde noodzakelijk zijn. Onder deze omstandigheden kan niet worden geoordeeld dat bij afweging van de betrokken belangen - het belang van benadeelde om niet aan hernieuwd onderzoek te worden onderworpen en het belang van Allianz ter bepaling van haar procespositie - sprake is van een dusdanige onevenredigheid dat Allianz van haar bevoegdheid geen gebruik zou kunnen maken.'* Hierop wordt zowel het verzoek van benadeelde als het zelfstandig verzoek van Allianz toegewezen. Uit deze beschikking blijkt dat de rechter veel ruimte neemt om het (zelfstandig) verzoek tot het gelasten van een voorlopig deskundigenbericht te beoordelen. De rechtbank neemt immers in tegenstelling tot het Hof Den Bosch (zie het onder 3 besprokene) wel de ruimte om te anticiperen op hoe er in de bodemprocedure geoordeeld zou kunnen worden over een eerder uitgebracht deskundigenrapport. De opstelling van de rechtbank ten opzichte van de te nemen beoordelingsruimte, geeft partijen de mogelijkheid, om reeds voor de bodemprocedure op een meer gelijke voet onderzoek door deskundigen te laten gelasten.

Beoordelingsruimte rechter ten aanzien van de vraagstelling

Er is nog geen vaste lijn waar te nemen in de beoordelingsruimte die de rechter ten aanzien van de vraagstelling neemt. Het Hof Amsterdam overwoog in zijn arrest van 24 augustus 2006 dat de vragen onderdeel uitmaken van het verzoek en dat de rechter ten aanzien van dit verzoek geen vrijheid van beslissen heeft¹².

Het niet toelaten van een vraag kan immers gezien worden als een gedeeltelijke afwijzing van een verzoek. Wel neemt het hof de ruimte om de vragen anders te formuleren en vragen toe te voegen. Het hof overwoog hiertoe als volgt: *"Wel is, zolang binnen redelijke grenzen aan de strek-*

king van het rechtsmiddel wordt voldaan, zijnde dat de verzoekende partij in de gelegenheid wordt gesteld te beoordelen welke kansen zij heeft in een eventueel te voeren procedure, de rechter vrij in de formulering van de aan de deskundige voor te leggen vragen. Ook staat het de rechter daarbij vrij om door de wederpartij met betrekking tot het te verrichten onderzoek voorgestelde vragen in de vraagstelling aan de deskundige op te nemen."

Het Hof Leeuwarden oordeelde daarentegen bij beschikking van 1 november 2006¹³ dat de rechter zowel ten aanzien van een verzoek tot een voorlopig deskundigenbericht als de daarin opgenomen vragen, geen discretionaire bevoegdheid toekomt, zodat de rechter niet de ruimte heeft om de door verzoeker geformuleerde vragen aan te vullen, dan wel te wijzigen. De door verweerder opgestelde vragen konden in een zelfstandig verzoek aan de deskundigen worden voorgelegd.

Deze beschikking van het Hof Leeuwarden heeft veel kritiek ontmoet. In ieder geval geeft het oordeel geen blijk van een praktische aanpak en nadien is te zien dat de rechtbanken zich niet zoveel van deze beschikking hebben aangetrokken.

Er staat geen hoger beroep open tegen een beschikking waarin een voorlopig deskundigenonderzoek wordt bevolen, wel tegen een afwijzing (art. 204 lid 2 Rv). Dit appelverbod geldt ook ten aanzien van de formulering van de in het verzoek tot een voorlopig deskundigenbericht opgenomen vraagstelling. Wanneer een gedeelte van de in het verzoek opgenomen vragen niet toegelaten wordt, is daarvan wel hoger beroep mogelijk.

Afwijking door de rechter van het deskundigenoordeel en de bewijswaarde

Als vaste rechtspraak ten aanzien van deskundigenberichten in het algemeen geldt dat waardering daarvan aan de beoordelingsvrijheid van de feitenrechter is voorbehouden. Ten aanzien van het al dan niet volgen van het (voorlopig) deskundigenbericht heeft de rechter een beperkte motiveringsplicht.

Volgens de Hoge Raad is de inhoud van de motiveringsplicht in geval van afwijking van een voorlopig deskundigenbericht afhankelijk van de aard van het bewijsmateriaal en de aard en van de mate van precisering van de door partijen aangevoerde bezwaren¹⁴. Indien de rechter het oordeel van de deskundige volgt, zal hij in het algemeen zijn beslissing niet verder behoeven te motiveren dan dat de door de deskundige gebezigde motivering hem overtuigend voorkomt. Op het moment dat de rechter de zienswijze van een door hem benoemde (voorlopig) deskundige niet volgt, dient volgens de Hoge Raad aan strengere motiveringseisen te worden voldaan: *"Indien de rechter in een geval als hier bedoeld - waarin partijen, door zich te beroepen op de uiteenlopende zienswijzen van de door hen geraadpleegde deskundigen, voldoende gemotiveerde stand-*

punten hebben ingenomen en voldoende duidelijk hebben aangegeven waarom zij het oordeel van de door de rechter benoemde deskundige al dan niet aanvaardbaar achten - de zienswijze van de door hem benoemde deskundige niet volgt, dient hij in beginsel zijn oordeel van een zodanige motivering te voorzien, dat deze voldoende inzicht geeft in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang om deze zowel voor partijen als voor derden, daaronder begrepen de hogere rechter, controleerbaar en aanvaardbaar te maken.”

Dat de rechter in de praktijk net zo veel waarde hecht aan de uitkomst van een voorlopig deskundigenbericht als aan die van een ‘gewoon’ deskundigenbericht blijkt onder andere uit een uitspraak van het Hof Arnhem¹⁵: “ (...) een partij [moet] de daadwerkelijke mogelijkheid (...) hebben om effectief commentaar te kunnen leveren op een (voorlopig) deskundigenrapport. (...) Dit klemmt in het bijzonder bij een medisch (voorlopig) deskundigenrapport, dat betrekking heeft op kennis buiten het vakgebied van de rechter en waaraan de rechter om die reden bij zijn beslissing grote waarde zal toekennen. Hierbij maakt het geen verschil dat het gaat om een voorlopig deskundigenbericht, omdat het in de praktijk in een procedure dezelfde - als regel: grote - waarde toekomt als een “gewoon” deskundigenbericht.”

Conclusie

Zoals wij in de inleiding al aangaven, is het belang van een deskundigenbericht groot en in het algemeen zal het niet veel uitmaken of dit tot stand is gekomen op verzoek van een der partijen (voorlopig deskundigenbericht) dan wel op initiatief van de rechter (het gewone deskundigenbericht). Vooral het voorlopig deskundigenbericht geniet grote populariteit omdat het niet alleen een procedure kan voorkomen, maar bovendien tegelijkertijd, indien het toch tot een procedure komt, kan dienen als bewijs. Ondanks de omstandigheid dat de rechter bij een voorlopig deskundigenbericht geen discretionaire bevoegdheid heeft, neemt hij veelal toch de vrijheid om de door verzoeker opgenomen vraagstelling te herformuleren dan wel aan te vullen, hetgeen dan meestal op verzoek van verweerder geschiedt. Het Hof Leeuwarden leek daarin met zijn

beschikking van 1 november 2006 verandering te brengen en partijen te dwingen om ieder, naast elkaar, een verzoekschrift in te dienen indien verweerder zich niet in alle opzichten met het verzoek van verzoeker kon verenigen, maar gebleken is dat het hof weinig bijval heeft gekregen en in de praktijk niet wordt gevolgd. Evenals overeenstemming over de vraagstelling van belang is, geldt dat ook voor de persoon van de te benoemen deskundige(n). Hoe meer partijen het van tevoren eens zijn over de vraagstelling en de persoon van de deskundige, des te groter is de kans dat partijen zich uiteindelijk bij de inhoud van het rapport neerleggen. De uitgebreide tijd en energie die aan het voortraject is besteed, lonen dan ook.

¹ HR 14 december 2001, NJ 2002, 73 (D/Ruitersportcentrum c.s.).

² Zie in dit verband ook A.J. Akkermans, “De beoordeling van het verzoek om een voorlopig deskundigenbericht, in het bijzonder bij wijze van contra-expertise in een letselschadezaak”, AV&S 2004, p. 91-99.

³ HR 12 september 2003, NJ 2005, 441.

⁴ Rb. Roermond 27 februari 2008, 82927/HA RK07314.

⁵ Rb. Zutphen 8 november 2007, NJF 2007, 555 en Rb. Utrecht 22 april 2008, 236892/HA RK 07-28.

⁶ Hof Den Bosch 9 mei 2006, NJF 2006, 406.

⁷ Hof Arnhem 27 juni 2006, JA 2006, 119.

⁸ HR 12 september 2003, NJ 2005, 441 (Royal/K) en HR 30 maart 2007, RAV 2007, 1.

⁹ Rb. Dordrecht 9 februari 2005, NJF 2005, 159.

¹⁰ Zie hierover ook: E.W. Bosch, “Het voorlopig deskundigenbericht: machtig wapen of botte bijl?”, TVP 2007, 2, p. 48.

¹¹ Rb. Amsterdam 26 april 2007, 307173/HA RK 05-13, Nieuwsbrief Personenschade, juli/augustus 2007.

¹² Hof Amsterdam 24 augustus 2006, 741/06, Nieuwsbrief Personenschade, november 2006.

¹³ Hof Leeuwarden 1 november 2006, NJF 2006, 577.

¹⁴ HR 5 december 2003, NJ 2004, 74.

¹⁵ Hof Arnhem 27 juni 2006, LJV AY5556.

“Een mens lijdt het meest door het lijden dat hij vreest”¹

Op 23 mei 2008 hield GAB Robins Takkenberg zijn jaarlijkse Masterclass. Het onderwerp ‘medische en juridische causaliteit’ werd besproken door psycholoog A.P. Buunk, professor A. J. Akkermans en orthopeed A.E.B. Kleipool. Tijdens de masterclass kwamen de medisch onverklaarbare klachten aan de orde, de juridische grondslagen voor aansprakelijkheid, de vraagstelling voor de medische expertise. Daarnaast werd er ‘live’ een orthopedische expertise uitgevoerd. Ik verwijs u naar de sprekende foto bij dit artikel.

Op basis van deze masterclass licht ik de actuele discussie toe, waar wij in de letselschade dagelijks mee te maken hebben.

Kerngezond maar toch ziek

Abraham P. Buunk - Academiehoogleraar Evolutionaire Sociale Psychologie verbonden aan de Rijksuniversiteit van Groningen - en lid van de Koninklijke Nederlandse Akademie voor Wetenschappen had als onderwerp de medisch onverklaarbare klachten. We vinden deze terug in aandoeningen als KANS (v/h RSI), Fibromyalgie, ME en whiplash. Kun je deze klachten ook medisch terugleiden tot een voorval? Een medisch substraat is niet te vinden. Het klachtenpatroon is daarnaast vaak niet uniek voor het gestelde syndroom. Meest voorkomende klachten zijn vermoeidheid, spierspanning, hoofdpijnen en slapeloosheid. Met deze klachten is echter een keur aan aandoeningen te duiden zonder een aanwijsbare oorzaak. Behalve in de letselschade, leggen deze aandoeningen ook een groot beslag



Mevrouw G. Vogeler, re
GAB Robins Takkenberg



op de medische consumptie in het algemeen. Ook internet zorgt voor uitbreiding van het klachtenpatroon: wanneer men op internet naar medisch onverklaarbare aandoeningen zoekt, treft men een uitgebreide beschrijving van alle mogelijke klachten. Zeker wanneer deze klachten niet specifiek van aard zijn, is men geneigd deze als eigen klachten toe te voegen aan gestelde syndroom.

Als verklaring voor deze klachten noemde Buunk het somatiseren van de psychische klachten. Er is sprake van schroom om te melden dat er psychische klachten zijn, zeker bij mensen die van oorsprong uit mediterrane gebieden komen. Onderbelicht blijft dat psychische aandoeningen - zoals verhoging van spierspanning, hartslag en cortisolwaarden² - een lichamelijke reactie opwekken. Is een ongeval de oorzaak van de onderliggende psychische klachten? Mensen hebben vaak geen goed inzicht in wat zij vervelend vinden of niet aan kunnen. Onbewust leidt dit tot vermijdingsgedrag. De versterker voor emoties is dan verhoogd. Ook zonder ongeval somatiseren mensen hun psychische klachten, zoeken zij een ‘etiket’. Gesteld zou kunnen worden dat deze personen een predispositie hebben om klachten te ontwikkelen door stresserende omstandigheden, zoals een ongeval. Dit laatste zou verklaren waarom slechts 20% van de mensen die een trauma doormaken een post traumatisch stress syndroom ontwikkelt. Het feit dat ook patiënten zonder ernstig trauma dit syndroom ontwikkelen, geeft aanleiding tot de stelling dat een predispositie veroorzaakt wordt door een verhoogde gevoeligheid (‘versterker’) voor vage en zwakke ruissignalen uit het lichaam.

Wat betreft de medisch onverklaarbare klachten van whiplash, stelt psychiater Koerselman dat bij het ontbreken van

objectieve afwijkingen de gestelde klachten vaak niet specifiek zijn³. Zij kunnen ook wijzen op aandoeningen als depressie, angststoornis en posttraumatisch stressyndroom: syndromen die niet per se worden veroorzaakt door een ongeval c.q. een achteropaanrijding. Je spreekt hier meer van een pijnsyndroom.

In Groningen en Amsterdam zijn instituten die behandeltrajecten bieden voor onverklaarbare klachten.

Het Coronel Instituut onderzoekt of een (psycho)somatische aandoening uitgesloten kan worden.

(Juridische) causaliteit

Akkermans ving zijn lezing aan met de mededeling dat het goed is om ons te realiseren dat een onderscheid tussen juridische en medische causaliteit op grond van de wettelijke bepalingen⁴ formeel niet bestaat en in feite vanuit de schaderegelingspraktijk is ontstaan.

Voordat we de medische expertise inzetten, is van belang dat wordt vastgesteld op grond waarvan we juridische causaliteit aannemen. Het is niet de bedoeling dat de expertisearts zich uitsprekt over de juridische causaliteit: dit moeten we dus ook niet in de vraagstelling opnemen door termen te gebruiken als 'redelijke toerekening'.

We bepalen eerst of we te maken hebben met civiele aansprakelijkheid, een particuliere (arbeidsongeschiktheids- of ongevallen)verzekering of sociale zekerheid.

- In de particuliere verzekeringen moet de expertisearts de criteria uit de polisvoorwaarden volgen.
- In de sociale zekerheid wordt aangenomen dat medische, juridische en arbeidsdeskundige aspecten zodanig verweven zijn dat een splitsing van medische en andere aspecten veelal niet kan worden gemaakt⁵. Het Schattingsbesluit geeft als toelichting dat ook karakterstoornissen als ziekte kunnen worden beschouwd, als betrokkene geen greep heeft op zijn gedrag.
- Wij hebben in de letselschade te maken met de civiele aansprakelijkheid. Resultaten van medische expertises kunnen niet een-op-een gebruikt worden in de civiele aansprakelijkheid ex art. 6:98 BW.

Wanneer in de civiele aansprakelijkheid sprake is van het *conditio sine qua non* verband bij schending van verkeers- en veiligheidsnormen, wordt de bewijslast vaak omgekeerd. De toerekening is ruim, ook voor onwaarschijnlijke gevolgen. Dit gaat minder ver bij andere aansprakelijkheidsgronden.

Predispositie

Wat is een onwaarschijnlijk gevolg, waarvan de schade vervolgens betaald moet worden? We hebben dan vaak te maken met predispositie. De bovengrens wordt onder meer verwoord in het Renteneurose arrest⁶. We dienen het slachtoffer in principe te nemen zoals deze zich aandient. De predispositie en risico's voor het ontstaan van klachten moeten worden meegewogen in de schadelast/looptijd.

Dit geldt ook voor de schadebeperkingsplicht⁷ in de zin dat iemand voldoende verplicht is mee te werken aan zijn revalidatie. Criterium is dat iemand naar eigen vermogen voldoende doet en dus niet simuleert of overdrijft⁸. Er is echter ook een ondergrens, bijvoorbeeld het medewerking verlenen aan behandeling⁹ en een bijdrage herstelproces¹⁰. De predispositie is voor de schadepost verlies aan arbeidsvermogen (in relatie tot loonvormende arbeid) juridisch relevant wanneer er sprake is van een zelfstandige oorzaak die arbeidsongeschiktheid veroorzaakt¹¹. Wanneer de predispositie op zichzelf een onvoldoende zelfstandige oorzaak is, dan is deze alleen relevant als de oorzaak samenvalt met de gevolgen van een evenement waarvoor niemand anders aansprakelijk is¹².

Medische expertise

De grootste schadepost is vaak het verlies aan arbeidsvermogen. Afhankelijk van de specifieke situatie kan worden uitgegaan van een stijgende carrière- en loonontwikkelingslijn, zonder ongeval en een gebroken lijn, na ongeval. Het verschil is het verlies aan arbeidsvermogen. Met behulp van een medische expertise willen we te weten komen of betrokkene zonder ongeval mogelijk ook een knik in zijn carrière zou hebben gehad, waarmee de schade in het verlies aan arbeidsvermogen kan worden verkleind. Medisch willen we dan het volgende weten:

- wat is de diagnose
- wat is de prognose na ongeval en de medische eindsituatie
- zijn er zonder ongeval ook klachten;
- en zo ja, op welke termijn en in welke mate zouden deze klachten en symptomen zijn ontstaan.

Als jurist maak je dan de vergelijking tussen de situatie zonder ongeval en van de klachten bij een medische eindsituatie. Het verschil in arbeidsvermogen, feitelijk vaak bepaald op grond van carrière en loon, kunnen we gebruiken voor bepaling van de schade in het verlies aan arbeidsvermogen.

Indien daartoe aanleiding is, willen we via deze weg ook inzicht verkrijgen in pre-existentie en predispositie om de situatie zonder ongeval te bepalen. In de uitspraak van Hof Den Bosch 21 maart 2006¹³ wordt aangegeven dat betrokkene geen weerstand kon bieden om zijn klachten te somatiseren op grond van zijn predispositie. De expertisearts zou dit aspect moeten waarderen. De vraagstelling aan de expertisearts blijkt echter vaak niet gelukkig, zoals in de zaak Rechtbank Zwolle 24 maart 2004¹⁴, deze moet vragen beantwoorden met een juridische inslag of vragen die te algemeen zijn, dan wel buiten het vakgebied van de arts liggen. Vraagstelling als "*indien er klachten zijn die slechts ten dele als ongevalgevolg moeten worden beschouwd, kunt u dan aangeven voor welk percentage u het ongeval voor deze klachten verantwoordelijk acht*"; en "*welke afwijkingen kunt u bij betrokkene vaststellen, die in redelijkheid beschouwd moeten worden als een gevolg van het ongeval*"

leveren expertiserapporten op, waarin vage zinsneden staan als “merendeels”, “zeer wel mogelijk”, “redelijk toe te schrijven en toe te rekenen”.

De nu ontwikkelde IWMD vraagstelling vraagt de arts om zijn medisch oordeel en is uitgebreid zonder aan hem juridische uitspraken te ontlokken¹⁵. Ik verwijs naar de vragen 1 tot en met 4, die toezien op:

1. De situatie met ongeval;
2. De situatie zonder ongeval;
3. De aspecten van de hypothetische situatie zonder ongeval en
4. Het genezingsproces en de opstelling van betrokkene daarin.

De vraagstelling geeft antwoord op de vragen:

- Welke beperkingen zijn er?;
- Wat is de duur en de omvang?;
- Wat is de functionele invaliditeit?

en is voorzien van een toelichting voor de expertisearts. Vraag 2 is van belang voor de predispositie en pre-existentie en luidt:

“2a) Zijn er op uw vakgebied klachten en afwijkingen die er ook zouden zijn geweest, of op enig moment ook hadden kunnen ontstaan, als het ongeval betrokkene niet was overkomen?”

2b) indien dit laatste het geval is (noot: dus zonder ongeval toch klachten) kunt u dan een indicatie geven met welke mate van waarschijnlijkheid, op welke termijn en in welke omvang de klachten en afwijkingen dan hadden kunnen ontstaan?”¹⁶.

Formeel wordt niet gevraagd naar een vergelijking maar beoordeling van de hypothetische situatie voor ongeval en de situatie na het ongeval.

Bij expertises ziet men in de loop der tijd steeds vaker de wens om uitspraken op basis van wetenschappelijk bewijs (*evidence based*) te doen. Onderbouwing door middel van wetenschappelijke artikelen naar aanleiding van onderzoeken wordt gewenst geacht. Het mag ook verwacht worden van de expertisearts op basis van de Richtlijn Medisch Specialistische Rapportage¹⁷, waarin vaststelling moet geschieden op basis van gangbare inzichten en richtlijnen van de desbetreffende wetenschappelijke vereniging. Het feit dat klachten na het ongeval optreden is geen basis om causaal verband aan te nemen.

Wanneer een expertise wordt verricht, is de vraag welke informatie door betrokkene aangeleverd moet worden. Hier speelt dan vaak de vraag naar en gevolgen van pre-existente aandoeningen een rol. Het arrest HR 22 februari 2008¹⁸ handelt over een voorlopig deskundigenbericht, maar wordt, door belangenbehartigers, ook aangehaald in correspondentie over medische expertises. In de uitspraak wordt geconcludeerd dat de deskundige geen recht heeft

op inzage in het volledige medisch dossier maar alleen in de gegevens *die hij van belang acht*. Het is aan de deskundige om te beoordelen welke gegevens hij nodig acht voor zijn onderzoek en deze kan hij opvragen bij de benadeelde. Aan dit laatste verzoek dient de benadeelde ook gehoor te geven op grond van art. 198 Rv. Overigens kan de rechter op grond van art. 22 Rv benadeelde bevelen medische gegevens te verstrekken die niet aan de deskundige overgelegd zijn indien blijkt dat deze informatie nodig is voor de beoordeling van het deskundigenrapport of voor aanvullend onderzoek. Hoewel niet op voorhand gunstig voor verzekeraars meen ik wanneer de expertisearts een uitgebreid onderzoek verricht veel medische informatie, ook van vóór het ongeval, boven water kan komen. Predispositie perikelen ondervang je hier niet mee, omdat hier sprake kan zijn van informatie die volledig buiten het vakgebied van de expertisearts ligt. De escape ligt dan in art. 22 Rv. Overigens moet benadeelde, wanneer hij geen gebruik maakt van het blokkeringsrecht, ook de onderliggende medische stukken van de expertise uiteindelijk aan de medisch adviseur van de verzekeraar te overleggen. Deze heeft namelijk een geheimhoudingsplicht.

Ook kan een beroep worden gedaan op art. 843a Rv (‘exhibitieplicht’). Wanneer een partij - zoals een verzekeraar - een rechtmatig belang heeft, is er recht op procesuele gelijkwaardigheid en moeten partijen over gelijke informatie beschikken. Maar het onbepakt vragen om deskundigenberichten of expertises zal een rechter niet snel toekennen: er wordt dan snel aangenomen dat sprake is van een *fishing expedition*. Ook hoeft de medische informatie die de deskundige terzijde heeft gelegd (en dus niet meenam in zijn oordeel) niet te worden doorgestuurd naar de medisch adviseur van de verzekeraar.

De expertisearts in de praktijk

De expertise die orthooped Kleipool verrichtte, gaf duidelijk inzicht in het praktische expertisetraject. De expertisearts krijgt de vraagstelling en kan voorafgaand aan het lichamelijk onderzoek van betrokkene de toegestuurde medische stukken beoordelen. De expertise zelf bestaat uit identificatie, anamnese, lichamelijk onderzoek, nader onderzoek (röntgenfoto’s, MRI, echo) en vervolgens het opvragen van nadere informatie en het opmaken van de rapportage. Benadeelde heeft een correctierecht met betrekking tot NAW informatie en grove feitelijke fouten. Alle correcties hebben alleen betrekking op de anamnese. De beoordeling is niet van betrokkene, maar van de expertisearts. Bij het blokkeringsrecht wil betrokkene het rapport vervolgens niet overleggen.

Opvallend was dat de expertisearts oefeningen laat verrichten door de benadeelde, waarbij tegenstellingen in resultaat de conclusie opleveren dat er geen beperking kan zijn. Artsen worstelen soms met observaties voorafgaand aan de expertise (bijvoorbeeld: benadeelde loopt onge-

stoord, met krachtige tred het ziekenhuis binnen). Moeten deze observaties nu gemeld worden en wanneer betrokkene vervolgens tijdens het onderzoek al hinkelend de behandelkamer binnenkomt?

Surmenage¹⁹ wordt niet beoordeeld²⁰, omdat hiervoor vaak onvoldoende onderbouwend bewijs is. Men beantwoordt de gestelde vragen, maar kan in de conclusie en samenvatting ook enkele niet gestelde vragen van antwoord voorzien. Orthooped Kleipool meldde verder dat de IWMD vraagstelling uitgebreid is en daardoor meer inzet vereist van de expertisearts. Dit is m.i. ook een risico: er is een kans dat de arts de vragen niet of nauwelijks beantwoordt. Voorafgaand aan de expertise moet duidelijk zijn of de expertisearts ook zorgvuldig omgaat met de beantwoording van alle vragen. Ook dient men er alert op te zijn of de expertisearts zijn functionele invaliditeit vaststelt op basis van de richtlijnen van zijn vakgroep of op basis van de AMA guide. Pijnsyndromen leveren op grond van de richtlijnen van neurologen en orthopeden geen functionele invaliditeit meer op. De AMA guide wel, ook in de zesde editie.

Bij whiplash of een post commotioneel syndroom²¹ is dan van belang: zijn er neurologen en orthopeden die expertises verrichten op basis van de AMA guide, waarbij zij de richtlijnen van de eigen beroepsgroep loslaten? Of verrichten zij de expertises alleen om neurologisch en orthopedisch letsel uit te sluiten. De vraag is dan of bijvoorbeeld een psychiatrische expertise soelaas biedt: de psychiater kan tot andere syndromen dan whiplash komen. Er rijst dan weer de vraag: was dit syndroom zonder ongeval al (latent) aanwezig of was iemand hier gevoelig voor (predispositie).

Conclusie/Tot slot

Eerst bepalen we de rechtsgrond op basis waarvan wij de juridische causaliteit bepalen. Om bij een medische eindtoestand of tussentijds duidelijkheid te verkrijgen over het medisch causaal verband zetten wij een medische expertise in. Deze is echter niet bedoeld om de vragen betreffende de juridische causaliteit op het bord van de medicus te leggen. Het resultaat van de medische expertise kunnen we echter vervolgens wel gebruiken bij het bepalen van onder meer de looptijd van schadeposten.

Overigens moet men altijd rekening houden met het feit dat juridische causaliteit kan worden aangenomen zonder dat er een duidelijk medisch causaal verband bestaat. Bijvoorbeeld bij overtreding van veiligheidsnormen vindt op grond van jurisprudentie een ruimere toerekening plaats van klachten, ook al liggen deze klachten niet in de normale lijn van verwachte aandoeningen. Medisch gezien hoeven deze klachten niet rechtstreeks terug te leiden zijn tot het voorval, waarmee de medische causaliteit dus niet sluitend is. Het is dan de taak voor de jurist om de schaderegeling ter hand te nemen.

Het is ook aan de schadebehandelaar/regelaar om de scha-

devergoeding te bepalen door een vergelijking te maken tussen de situatie voor en na het ongeval. Een zo objectief mogelijk resultaat van een expertise kan dan van belang zijn bij het bepalen van pre-existente en predispositionele factoren. Voor wat betreft de medisch onverklaarbare klachten is bekend dat mensen liever aan een somatisch syndroom lijden dan aan psychisch lijden, zowel met als zonder ongeval. Daarbij wil ik u de uitspraak van Hof Den Bosch 15 januari 2008²², niet onthouden: de bewijslast voor psychische aandoeningen is zwaar.

¹ 'Een mens lijdt dikwijls 't meest door het lijden dan hij vreest', zie bijv. <http://www.onzetaal.nl/advies/menslijdt.php>, Red.

² Cortisol is een hormoon dat in het lichaam in de bijnierschors (kleine klieren grenzend aan de nieren) wordt geproduceerd. Cortisol speelt een rol in vele processen in het lichaam, waaronder in de vertering van voedsel, het immuunsysteem en het slaap/waakritme.

³ Tijdens een studiedag d.d. 22 februari 2008 in Amsterdam.

⁴ Art. 6:98 BW.

⁵ Zie ook CRvB 20 juli 2007, RSV 2001, 205.

⁶ HR 8 februari 1985, NJ 1986, 137.

⁷ Ex art. 6:101 BW kan een beroep worden gedaan op eigen schuld als de schade (mede) is toe te rekenen aan gelaedeerde.

⁸ Ex art. 6:101 BW kan een beroep worden gedaan op eigen schuld als de schade (mede) is toe te rekenen aan gelaedeerde.

⁹ TVP 2002, p. 76.

¹⁰ Staat/Vermaat, HR 4 november 1988, NJ 1989, 751.

¹¹ Staat/Vermaat en Keller/Univé, Rb. Zwolle 16 februari 2000, TVP 2000, p. 78.

¹² Bijv. arbeidsongeschiktheid door knieklachten door overgewicht. Dat overgewicht is formeel niet aan een derde aan te rekenen, maar deze knieklachten kunnen wel mede leiden tot arbeidsongeschiktheid.

¹³ TVP 2006, 2.

¹⁴ NJF 2004, 387, m.nt. E. van Orsouw.

¹⁵ Zie www.rechten.vu.nl/iwmd.

¹⁶ In tegenstelling tot "kunnen worden toegeschreven aan factoren die niet aan het ongeval gerelateerd zijn"

¹⁷ WMSR/KNMG, www.knmg.artsennet.nl.

¹⁸ LJN BB3676 en BB5626.

¹⁹ Bijv. overbelasting van de linker arm die meer belast wordt doordat de rechter (aangedane) arm niet of in mindere mate kan worden belast.

²⁰ Op grond van de richtlijnen van de Nederlandse Orthopeden Vereniging.

²¹ Klachten na een hersenschudding.

²² LJN BC2747.

Schadebeperking en de filosofie van de rolcontainer

Kantonrechter Rotterdam 28 maart 2008, LJN BD2303

Mr. J. Schep,
advocaat te Apeldoorn

Tegenwoordig kom je ze steeds vaker tegen. Vroeger was dat anders. Daar liep alleen je oma mee. Je zou voor gek lopen met zo'n boodschappenkarretje. Ik bedoel zo eentje op twee wieltjes die je achter je aan trekt. Een rolcontainer voor het kantoor. Vooral in Den Haag, maar ook in Amsterdam kunnen ze er wat van. Nette mannen in pak, vaak zijn het advocaten. En dat karretje zit dan vol met dossiers, vooral dikke dossiers. Het kan nog gekker. Tegenwoordig zie je ze zelfs op rolschaatsen, in pak. Met de stropdas nog om. Ze zijn ook al met rugzak gesignaleerd.

En als je dan vraagt, waarom? Dan komt het antwoord: schadebeperking. Of als je aan de Zuidas werkt: *damage control!* De dossiers worden steeds dikker, in deze digitale tijd. Dat geeft schade aan je rug als je ermee moet sjouwen. Dat moet ik van mijn baas, of van de maatschap, hoewel die ook uit het Wetboek verdwenen schijnt te zijn. En dus doe ik net of ik het leuk vind. Het is allemaal rollend materieel tegenwoordig.

De jurist stelt zich daarbij de vraag: mag je dat van je werknemer verlangen? Hoe ver mag je in redelijkheid gaan om hem te vragen de schade te beperken?

Kantonrechter Rotterdam 28 maart 2008

Die vraag heeft de Kantonrechter Rotterdam zich ook gesteld in zijn uitspraak van 28 maart 2008. Het gaat om een arbeidsongeval waarbij een werknemer voor zijn werk op en neer moest lopen over een aantal naast elkaar gelegen tunnelstukken. Tenminste, dat staat zo in de uitspraak. Je kunt je ingewikkelder werk voorstellen, denk ik dan. Die tunnelstukken waren met elkaar verbonden door dekstukken - dat kan ik volgen. En daarvan was er eentje niet geborgd. Daardoor is de elektricien enkele meters naar beneden getuimeld met een gecompliceerde dubbele enkelbreuk aan de rechterzijde tot gevolg.

De aansprakelijkheid is gegeven. Als je als werkgever iets niet goed laat borgen, hang je.

De enkel is gezet en er blijft een beperkte enkelfunctie over. Er wordt een arbeidsdeskundige bijgehaald en die gaat hem begeleiden. Eventjes gaat hij weer aan de slag bij zijn oude werkgever - oud in de zin van de huidige. Maar dat mislukt. En na toestemming van het CWI wordt onze



Hans Schep en Rob Elzas

elektricien ontslagen. Hij krijgt daarna nog wel werk bij een andere werkgever, maar tegen een lager loon. En dat is dan de schade, die hij van zijn voormalige werkgever terug wil hebben. Die heeft hem namelijk doorbetaald tot 2004 en daarna vindt die werkgever het welletjes.

In het proces hijst de werkgever de vlag van de schadebeperking. Hij verweert zich tegen de vordering met de stelling, dat de elektricien zich onvoldoende ingespannen heeft om ander werk te vinden. Hij is niet ingegaan op de ondersteuning van de in overleg met de werkgever ingeschakelde arbeidsdeskundige. En ook heeft hij systematisch geweigerd zich te melden bij een 're-integratiebedrijf', zoals de kantonrechter dat enigszins poëtisch noemt. Hij heeft niet gereageerd op voorgelegde passende vacatures en heeft de krant niet nageplozen omdat hij liever wilde wacht op het resultaat van een medisch onderzoek. Althans, volgens de werkgever.

De kantonrechter raakt overtuigd. Van de kant van de werknemer wordt het niet betwist, dat hij weinig heeft gedaan. En het verweer dat het komt door een psychische stoornis kan hem ook niet redden, want de kantonrechter ziet het causale verband met het ongeval niet.

En bovendien had hij zich maar aan de psychische stoornis moeten laten helpen.

En daarmee is zijn vordering in één klap van de baan. Hij heeft het helemaal aan zichzelf te danken, dat hij geen werk op zijn oude niveau heeft kunnen krijgen. Of te wijten, zo men wil.

>

Alles of niets

Uit de uitspraak blijkt niet, of de kantonrechter zich bewust is geweest van de juridische sleutel, die hij had moeten gebruiken. Bij schadebeperking staat namelijk voorop dat er een veroorzaker, een dader is, die de schade heeft veroorzaakt. De benadeelde heeft er niet om gevraagd. En dus zal eerst de benadeelde in de oude toestand moeten worden teruggebracht. Recht op volledige schadevergoeding, is immers het devies.

En bovendien moet de dader het slachtoffer nemen zoals hij die heeft aangetroffen, hoewel dat natuurlijk een kromme vertaling is van de Engelse volzin, die Lord Wright - *What's in a name?* - van onder zijn toupetje ooit zou hebben uitgesproken: "*If the wrong is established the wrongdoer must take the victim as he finds him.*" Er is een vracht arresten over dit uitgangspunt, met alle als strekking dat de dader in beginsel aansprakelijk is voor alle schade over de hele periode die met het herstel gemoeid is, ook al duurt dat langer dan normaal verwacht mag worden.

Maar, daar zit iets onredelijks in, in die volledige schadevergoeding, als de benadeelde zelf ook het ontstaan van de schade kan worden verweten. Twee dingen. Er moet sprake zijn van een causaal verband, de benadeelde moet die schade hebben veroorzaakt. En het moet hem kunnen worden verweten, toegerekend.

We zitten dan in de sleutel van de eigen schuld. De schade is namelijk mede veroorzaakt door omstandigheden die aan de benadeelde kunnen worden toegerekend. In die situatie is het niet redelijk om de schade helemaal door de benadeelde te laten dragen. Want, die had er immers niet om gevraagd! De dader mag niet vrijuit gaan. En dus is het redelijk om de schade over dader en benadeelde te verdelen. En als iemand zou vragen, hoe komt Schep aan al die wijsheid? Dan verwijs ik naar het mooie boek van mevrouw Keirse onder de pakkende titel *Schadebeperkingsplicht*. Prachtig boek. Als je de volgende keer weer niet weet wat je voor Moederdag moet geven, geef dit boek. En leen het vervolgens. Of lees anders nog eens het Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade 2002, 3.

De alles of niets oplossing van de kantonrechter lijkt dus niet terecht.

Hoewel hij hierin niet alleen blijkt te staan.

Rechtbank Dordrecht 18 oktober 2006, LJN AZ1074

Een andere rechter was hem voorgegaan. Voor de Dordtse rechtbank werd een magazijnmedewerkster met hetzelfde geconfronteerd. Uit het op rechtspraak.nl gepubliceerde vonnis blijkt, dat naast het opleidingsniveau en het arbeidsverleden ook de leeftijd van de medewerkster een rol speelt in de discussie over de schadebeperking. Maar of het om een jonkie dan wel een oudje of daartussenin gaat, wordt niet helemaal duidelijk. Duidelijk is, dat mevrouw beperkingen heeft. Er is een belastbaarheidspatroon opgesteld. En op basis daarvan is de arbeidsdeskundige aan de slag gegaan. Deze komt tot de conclusie, dat er voor haar geen werken in het magazijn meer in zit, maar dat zij wel geschikt is voor ander passend werk. En daarmee zou zij hetzelfde inkomen kunnen verdienen als in het magazijn.

Maar, mevrouw is niet aan de slag gegaan. Ja, een korte periode als telefonisch verkoopster, maar dat was het dan ook. En dus rees de vraag, of het verlies aan verdienvermogen door de voor het verkeersongeval van 22 maart 1996 aansprakelijke partij moet worden vergoed, dan wel niet of wellicht gedeeltelijk. De rechter stelt zich daarbij de vraag, of bij mevrouw sprake is van toerekenbaar nalaten schadebeperkende maatregelen te nemen.

Zij zelf geeft de schuld aan de verzekeraar. Die had haar moeten begeleiden bij het zoeken naar een andere baan. Maar dat vindt de rechtbank niet. Het is haar eigen verantwoordelijkheid, en bovendien heeft Levob, want dat was die verzekeraar, geholpen door een re-integratiebureau in te schakelen. De rechtbank gaat er wel in mee dat het niet eenvoudig is om na een tijdje niet gewerkt hebben weer aan de slag te komen. Maar ze had gebruik kunnen maken van re-integratietrainingen van het UWV en van de bemiddeling voor het vinden naar passende arbeid. De veronderstelling is dat mevrouw niet heeft meegewerkt omdat zij vond dat ze niet kon werken, maar dat blijkt afkomstig te zijn van de medisch adviseur, van Levob dus.

En dat alles is voor de rechtbank voldoende om haar vordering voor zover betreft het verlies aan verdienvermogen volledig af te wijzen. Voor de rechtbank is voldoende dat zij had kunnen voorkomen dat zij geen inkomsten uit arbeid meer zou genereren vanaf 2003, tot welk jaar kennelijk haar voormalige werkgever had doorbetaald.

Eigen schuld en de billijkheid

Niet helder is of de rechtbank zich de vraag stelt, dat dit een vorm van eigen schuld is. En evenmin dat daar een billijkheidscorrectie bij hoort. Dat de rechtbank grenzen stelt aan de volledige schadevergoeding is te begrijpen. Maar of dat moet leiden tot een volledig verval van de vordering is nieuw.

Tot nu toe waren de rechters sowieso terughoudend. In het algemeen vond men dat het slachtoffer zich niet actief hoeft op te stellen als er geen reële kans op arbeid is, en de 53-jarige Kraakman in Rechtbank Groningen 24 mei 1985 (VR 1986, 145), die nooit zittend werk had verricht, hoefde geen passend werk te zoeken. En bovendien hoefde de benadeelde zich niet uitsluitend te richten op de voor de dader minst nadelige oplossing volgens Hof Den Bosch 3 september 1968 (VR 1970, 42). En de benadeelde die voor het ongeval een leidinggevende functie had in de top van de ambtenarij hoeft geen folders te bezorgen. Dit voorbeeld van niet-passende arbeid noemt mevrouw Keirse.

Rechtbank Dordrecht gaat dus verder. Wel moet passende arbeid beschikbaar zijn, waarvoor de benadeelde geschikt is. Maar als bovendien hulp aangeboden is bij het zoeken van werk en de benadeelde blijft dan nog achter de geraniums zitten, valt de bijl. Kennelijk vindt de rechter dat daarmee de band met de dader helemaal verbroken was.

Rechtbank Arnhem 5 december 2007 (X/Achmea) (niet gepubliceerd)

In het oosten denken de wijzen daar ongeveer net zo over. Ze komen dan ook niet voor niets uit het oosten. Een ver-

keersongeval op 31 oktober 1999, waardoor de nog jonge Richard blijvende klachten en ook beperkingen oploopt. Er is sprake van psychisch letsel, dat na een deskundigenonderzoek een gevolg van het ongeval blijkt te zijn. Achmea beroept zich op 'eigen schuld'. Richard had zijn schade moeten beperken door zich psychotherapeutisch en/of psychiatrisch te laten behandelen. En dat gaat natuurlijk een slag verder dan het zoeken van ander werk. Dat had men bij Achmea niet zelf bedacht. De deskundige had namelijk gerapporteerd, dat er een indicatie is voor psychiatrische/psychotherapeutische behandeling. Die therapie zou zich moeten richten op relativering en het behandelen van de aanpassingsstoornis, die is vastgesteld. Maar, de deskundige ging nog verder. Hij rapporteerde dat Richard geen enkele behandeling heeft ondergaan, wel een aantal contacten met hulpverleners maar die waren steeds na korte tijd weer afgebroken. Nu had deze daar ook wel wat tegenin te brengen. Hij verwachtte weinig van therapie of hulpverlening, want ze begrijpen hem toch niet. Bovendien wil hij geen medicatie, en door de gevolgen van de hersenschudding kon hij zijn eigen situatie niet goed overzien.

De rechtbank laat zich door dat laatste overtuigen. Het ligt in de risicosfeer van de aansprakelijke partij, dat Richard door zijn persoonlijke predispositie in ieder geval tijdelijk niet in staat was om zijn schade te beperken. En vervolgens laat de rechtbank zien, dat men Keirse goed gelezen heeft. Er moet wel evenwicht zijn, de gevolgen moeten verdeeld worden over beide partijen. Want we zijn inmiddels een stuk verder sinds het ongeval uit 1999 en dus wordt Richard vanaf 2006 geacht wel in staat te zijn de

schade te beperken. Let op, de keuze blijft aan de benadeelde. Maar de gevolgen van zijn keuze komen vanaf dat moment niet meer voor rekening van Achmea. Terecht.

Trend

Het lijkt erop dat de trend is gezet. De benadeelde krijgt terecht een zwaardere eigen verantwoordelijkheid. De uitspraak van Rechtbank Haarlem van 23 augustus 2006 - LJN AY6978 - past in dat plaatje. Het past ook bij de maatschappelijke ontwikkelingen, waarbij ik denk aan de recente plannen van de minister in de regenjas op de fiets over de Wet arbeidsongeschiktheidsvoorziening voor jonggehandicapten, kortweg de Wajong. Dat is de wet die iedereen, die op zijn zeventiende voor ten minste vijftwintig procent arbeidsongeschikt is en dat na een jaar wachttijd nog is of die tijdens zijn studie voor zijn dertigste arbeidsongeschikt wordt, recht geeft op een uitkering op basis van 75% van het minimumloon. Minister Donner kwam in mei van dit jaar met het plan de jonggehandicapten vanaf 2010 te verplichten een baan te accepteren, tenminste als zij niet volledig waren afgekeurd. Dat heeft nogal wat *rumor in casa* gegeven alsof na de WAO nu de politieke bezuinigingspijlen op de Wajong gericht werden. Het gaat hem er evenwel om de jonggehandicapten een duwtje in de rug te geven zelf een stukje verantwoordelijkheid te nemen voor het eigen inkomen, hoewel de grote instroom in de Wajong ook wel zal hebben meegespeeld. Onder politieke druk is zijn plan voorlopig in de koelkast terechtgekomen.

Hoe dan ook, de schadebeperking is in een nieuw daglicht komen te staan.

Pilotsessie van Letselplaza wordt alom gewaardeerd

Peter van Steen interviewde een aantal deelnemers



„Henk den Hollander”

Op dinsdag 22 april 2008 vond in Grand Café De Roskam in Houten de pilotsessie plaats van Letselplaza. Het doel van Letselplaza is belangenbehartigers en verzekeraars de gelegenheid te geven elkaar informeel te ontmoeten en desgewenst concrete zaken met elkaar te bespreken. Tijdens deze eerste sessie konden belangstellenden bovendien een workshop over Harvard-onderhandelen bijwonen. Deze werd verzorgd door Dominique Nelissen van bureau Van der Hoeven Nelissen. De middag was door het PIV georganiseerd op initiatief van Henk den Hollander, unitmanager personenschade en aansprakelijkheid bij Fortis ASR. Het is de bedoeling dat Letselplaza een terugkerend evenement wordt.

Henk den Hollander: *“Belangenbehartigers en verzekeraars ontmoeten elkaar veel te weinig, terwijl het toch belangrijk is om een goede werkrelatie te onderhouden. Eigenlijk ontmoeten we elkaar alleen op congressen en symposia, maar als je dan al aan een gesprek toekomt, gaat vaak de gong al weer en moet je terug de zaal in. Toen ik onlangs op zo’n dag was en het symposium inhoudelijk ook nog eens erg tegenviel, dacht ik: wat zou het leuk zijn als we deze dag zónder lezingen hadden. Zo is het idee voor Letselplaza ontstaan.”*

Dossiers geen hoofddoel

Voor de eerste Letselplaza-sessie waren verschillende belangenbehartigers uitgenodigd, waaronder de tien bureaus die bij de PIV-Overeenkomst Buitengerechtigde Kosten zijn aangesloten. Daarnaast waren ongeveer evenveel verzekeraars uitgenodigd die in de Raad van Advies van het PIV zijn vertegenwoordigd. Met name de belangenbehartigers reageerden overwegend enthousiast. Enkele verzekeraars gaven aan dat ze niet geïnteresseerd waren,

bijvoorbeeld omdat zij eigen besprekeregelingen hanteren. De belangenbehartigers kregen de gelegenheid om op te geven welke dossiers zij tijdens de sessie ter sprake zouden willen brengen. “Wat mij betreft is dat niet het hoofddoel van Letselplaza,” aldus Henk den Hollander. *“Ik ben ervan overtuigd, dat als je elkaar op zo’n dag ontmoet en met elkaar in gesprek raakt, dat dan de dossiers vanzelf wel op tafel komen. En als in de periode na zo’n sessie zaken sneller kunnen worden geregeld, dan is dat ook prachtig.”*

Leuke ervaring

Na afloop van de eerste sessie beoordeelden alle aanwezigen het initiatief als zeer waardevol. Ook in telefonische gesprekken met vijf deelnemers ten behoeve van dit artikel toonde iedereen zich enthousiast. Piet Hoogendoorn, behandelaar personenschade bij De Goudse: *“Ik vind het heel belangrijk dat belangenbehartigers en schadebehandelaars met elkaar kunnen kennismaken. Wij waren aanwezig met schadebehandelaars van dossiers die door belangenbehartigers op de lijst waren gezet. Een heel leuke ervaring! Meestal zijn het managers of beleidsbepalers van afdelingen personenschade die op congressen of symposia belangenbehartigers ontmoeten of die gesprekken met hen hebben over moeilijke dossiers. Het doel van Letselplaza, zo heb ik tenminste begrepen, is juist dat de wederzijdse behandelaars elkaar leren kennen. Als we dit met Letselplaza kunnen realiseren, moeten we dat zeker voortzetten. Via korte lijnen zijn zaken immers eenvoudiger te regelen.”*

Constructief en oplossingsgericht

Richard Tjink, directeur van Europrotector BV: *“Ik vond het een heel goede bijeenkomst. Destijds hadden we in de voorbereiding van de gedragscode contact met mensen uit alle geledingen van de letselschadebranche, maar dat hield op toen de gedragscode er eenmaal was. Dat heb ik altijd jammer gevonden. Letselplaza is daarom een prima vervolg. De hele setting was constructief en oplossingsgericht. Wij hadden één dossier aangemeld en die zaak is inmiddels opgelost. De volgende keer willen we daarom met meer mensen komen en meer dossiers bespreken. Er wordt wel gezegd dat tachtig procent van de schaderegeling uit communicatie bestaat. Met Letselplaza is daar een geweldige invulling aan gegeven. Misschien is het goed als de volgende keer ook de WA-bureaus erbij zijn. Aan de andere kant hadden we nu rechtstreekse contacten met de verzekeraars en dat werkte uitermate goed. Wel zal het een uitdaging zijn om Letselplaza verrassend en fris te houden en om te voorkomen dat er een bepaalde sleur ontstaat.”*

Efficiënt

Janita van Bruggen, behandelaar personenschade bij Unigarant Verzekeringen: *“Ik vond het een heel goed initiatief. Juist voor binnendienstmedewerkers van een verzekeringsmaatschappij is het heel positief om eens met belangenbehartigers in gesprek te gaan. Dan zie je dat de andere partij ook gewoon een mens is. Dat geeft veel meer mogelijkheden om tot een oplossing te komen. Ook wordt het gemakkelijker om in andere dossiers de telefoon te pakken en met elkaar in gesprek te gaan. Ik had drie dossiers meegebracht en in al deze zaken zit nu weer beweging of we zijn er al helemaal uit gekomen. Met één kantoor hebben we bovendien afgesproken om nog meer dossiers met elkaar te gaan bespreken. Daarnaast heb ik nog met belangenbehartigers gesproken die ik uit andere dossiers ken, maar nog nooit had ontmoet. Wat dat betreft is het ook efficiënt. Je kunt in één keer met verschillende mensen zaken doen, in plaats van met iedereen afzonderlijk een afspraak te moeten maken. Ik ben er echt een voorstander van om dit vaker per jaar te doen.”*

Hete hangijzers

Daniël Hofmans, directeur van Hofmans Associates: *“We ontmoeten elkaar ook wel op congressen en seminars, maar praten dan nooit over concrete zaken. Nu konden we een aantal hete hangijzers aankaarten en dat heeft in ieder geval voor ons in één zaak tot een concreet resultaat geleid. Daarnaast hebben we met een aantal betrokkenen in zijn algemeenheid besproken hoe we van beide kanten dingen kunnen verbeteren. Ik vond het positief dat er leidinggevendenden aanwezig waren, waardoor je zaken uit de behandelings sfeer kon trekken, maar aan de andere kant vind ik het ook belangrijk dat juist de behandelaars gezamenlijk bekijken of ze in bepaalde zaken tot een oplossing kunnen komen. Wat mij betreft moeten die er zeker bij betrokken blijven. De formule met een workshop erbij vond ik heel geslaagd, vooral ook omdat die niet een hele dag of een hele middag duurde. Wat de frequentie betreft, zou ik minimaal vier keer per jaar willen voorstellen.”*

Hakken in het zand

Rini Withagen, directeur van Groot Expertisebureau BV: *“Ik ben buitengewoon positief over Letselplaza, om te beginnen omdat in ieder geval door verzekeraars een opening wordt geboden om op een andere manier met belangenbehartigers in gesprek te komen dan aan de onderhandelings tafel. Binnen een wat meer informele sfeer wordt met elkaar gesproken, waarbij je niet vanuit een permanente verdediging van het belang tegenover elkaar aan tafel zit. Ik had twee zaken meegenomen. De ene zat al een hele poos in een impasse en die hebben we daar ter plekke kunnen regelen, in de andere zat eigenlijk geen ‘follow up’ meer en die was binnen een week ‘vlot getrokken’. Ik heb daar dus een heel positief gevoel aan overgehouden. Wel meen ik dat het belangrijk is dat daar ook de leidinggevendenden aan tafel zitten. Bijvoorbeeld die ene zaak die ik daar heb kunnen regelen, dat zou met een behandelaar nooit zijn gelukt. Die zat zo met de hakken in het zand, dat hij zijn stelling niet zo maar zou hebben prijsgegeven. Soms is het nodig een helikopterview erop los te laten en een leidinggevende kan dat. Die is*

ook bevoegd om besluiten te nemen en kan zijn behandelaar ‘overrulen’. Hiermee wil ik overigens absoluut niet zeggen dat behandelaars daar niet welkom zouden zijn. Wat mij betreft komen ze beiden, want het is alleen maar goed dat behandelaars en belangenbehartigers elkaar beter leren kennen. Een minpuntje was wel, dat sommige verzekeraars op voorhand nog niet bereid waren om aan Letselplaza mee te doen. Juist met die verzekeraars had ik wel het een en ander te bespreken gehad. Wanneer dit initiatief een vervolg krijgt, hetgeen ik zeker verwacht, dan ben ik ervan overtuigd dat meer verzekeraars en belangenbehartigers eraan zullen gaan deelnemen. Marktbreed wordt er in ieder geval heel positief over gesproken.”

Geen handjeklap

Volgens initiatiefnemer Henk den Hollander kunnen een volgende keer een paar aspecten beter iets anders worden geregeld. Om te beginnen zullen dan meer mensen worden uitgenodigd en zal het daarom niet meer voor de hand liggen om de bespreking van dossiers centraal te regelen. Hij zegt: *“Ik vind dat we aan partijen zelf moeten overlaten wie er komen en welke zaken ze eventueel willen bespreken. Ze kunnen dat heel goed onderling regelen. Het doel is dan ook zuiverder, namelijk werken aan een goede relatie in het verlengde van de gedragscode behandeling letselschade. Het kan immers een verkeerde uitstraling hebben wanneer de nadruk te veel op het regelen komt te liggen. De indruk kan dan ontstaan dat onder het genot van een borrel handjeklap over zaken wordt gedaan en dat is natuurlijk helemaal niet het geval.”* Henk den Hollander zou er een voorstander van zijn om Letselplaza vier keer per jaar te organiseren. Men kan dan om de drie maanden met elkaar bespreken hoe het in moeilijke dossiers verder moet, waardoor wordt voorkomen dat in die zaken te lang niets gebeurt. Wel vindt hij dat een betere ruimte moet worden gevonden, omdat nu alle gesprekken bij elkaar in een nogal lawaaiig geheel resulteerden. Verder hoeft er wat hem betreft niet veel te veranderen. *“We hebben aan iedereen gevraagd om cijfers op een schaal van 1 tot 10 te geven. Je verwacht dan dat die scores op 7 à 7,5 uitkomen, want dat is meestal zo bij enquêtes. Maar nu zat niemand onder een 8. Kennelijk voorziet deze opzet in een behoefte, hoe simpel het ook is en hoe vanzelfsprekend een buitenstaander het ook zal vinden.”*

Lage snelheid, delta v vanuit juridisch gezichtspunt



Mr. J.R. Meelker
Marree & Dijkhoorn Advocaten

In dit blad zijn tot nu toe drie artikelen¹ verschenen van Blondeel als verzekeraar; Castro als neuroloog; en Wartenbergh als ongevallenanalist, waarbij vanuit verschillende invalshoeken aandacht is geschonken aan het ontstaan van letsel bij een kop-staartbotsing. Uitgangspunt hierbij is steeds dat het aanrijdende motorrijtuig met zeer gering snelheidsverschil tegen het daarvoor aanwezige motorrijtuig aanrijdt. Er moet althans sprake zijn van een zeer geringe energieoverdracht, die - omdat deze in snelheid wordt uitgedrukt - delta v wordt genoemd.

Kader

In dit artikel zal op dit thema worden ingegaan vanuit het perspectief van de advocaat die optreedt voor de aangesproken aansprakelijkheidsverzekeraar en het accent worden gelegd op jurisprudentie over dit onderwerp.

Algemeen

Op het eerste gezicht lijkt er voor een door de verzekeraar van het aanrijdende motorrijtuig ingeschakelde advocaat weinig eer te behalen. De aansprakelijkheid voor het ontstaan van de aanrijding is immers veelal onbetwistbaar, uitgezonderd het sporadische geval van remmen zonder verkeersnoodzaak door de bestuurder van het aangereden motorrijtuig. Vaak is de aansprakelijkheid voor de veroorzaking van de aanrijding zelfs al erkend, ruimschoots voordat de advocaat bij de zaak wordt betrokken. Bij dit type ongevallen - die zich dus onderscheiden doordat de aanrijding een geringe snelheidsverandering teweegbrengt op het aangereden motorrijtuig - is in een aantal gevallen de ervaring, dat de inzittende van het aangereden motorrijtuig daarna klachten ontwikkelt. Klachten, die door paramedici als fysiotherapeuten - maar ook door medici als huisartsen en neurologen - worden

gelabeld als whiplash of daarmee overeenstemmende benamingen, zoals WAD of acceleratie-deceleratie trauma. Ik zal dit in dit artikel verder 'whiplash' noemen. Vaak wordt deze benaming als 'diagnose' gepresenteerd, hoewel whiplash uitsluitend iets zegt over het ongevalmechanisme dat betrokkene heeft doorgemaakt: een zweepslagbeweging met het hoofd, als gevolg van de botsing². De inzittende van het aangereden motorrijtuig - die ik verder 'benadeelde' zal noemen - ontwikkelt na de aanrijding dus gezondheidsklachten en raakt daardoor arbeidsongeschikt. Vanuit juridisch oogpunt is er, naar door de benadeelde wordt gesteld, *door* de aanrijding letselschade ontstaan. Dat is een duidelijke stelling inzake het oorzakelijke verband.

De gestelde schade is moeilijk aanvaardbaar, wanneer de gegevens van de aanrijding luiden dat van schade aan de betrokken motorrijtuigen nauwelijks sprake is. De toch al moeizame aanvaardbaarheid neemt verder af, naarmate de schade aan het aangereden motorrijtuig geringer is. Nog moeilijker te begrijpen wordt het optreden van letselschade, wanneer men vaststelt dat het motorrijtuig waarin de benadeelde zich bevond van moderne makelij is.

Die datering van de constructie heeft tot gevolg dat het aangereden motorrijtuig zo is ontworpen en zo is gebouwd, dat schokabsorberende materialen, samen met voorgeprogrammeerde kreukelzones, een de inzittende beschermende kooiconstructie en schokeffecten verminderende stoelen daar deel van uitmaken. Saab en Volvo claimen bijvoorbeeld speciale stoelconstructies te hebben die het optreden van whiplash beperken en of voorkomen. Kortom, allemaal technische voorzieningen gericht op bescherming, op handhaving van de fysieke integriteit van de inzittende van het aangereden motorrijtuig.

Ook het gegeven, dat de behandelende artsen van de benadeelde wel klachten te horen krijgen maar op hun vakgebied geen beschadigingen kunnen vaststellen, draagt niet bij aan de aannemelijkheid van de stelling van de benadeelde dat bij hem door de aanrijding letsel is ontstaan.

Oorzakelijk verband

Zo komen we bij een basisregel voor het recht op schadevergoeding: er moet (bewijs van) oorzakelijk verband aanwezig zijn. Beter geformuleerd: het opgetreden gevolg moet een logisch, typisch, te verwachten en dus ook voorzienbaar gevolg zijn van de onrechtmatige daad, dus van de aanrijding. Het is in dat geval ook redelijk om de gevolgen van de aanrijding aan de daarvoor aansprakelijke toe te rekenen. Iedereen met een beetje ontwikkeld rechtsgevoel voelt wel aan dat bij aanrijdingen met de hiervoor geschetste kenmerken er op dit onderdeel in de gedachte-

gang spanning ontstaat. Spanning die niet afneemt wanneer men ook weet dat whiplash een medisch zeer omstreden beeld is. Spanning die evenmin afneemt wanneer vastgesteld wordt dat whiplash als oorzaak voor langdurige klachten, beperkingen en arbeidsongeschiktheid in veel landen niet voorkomt.

Bewijslast benadeelde

Feit is dat het bewijs van causaal verband tussen de onrechtmatige gedraging en de schade door de benadeelde moet worden geleverd. De Hoge Raad is daarover duidelijk, zelfs in het door velen bejubelde arrest van 8 juni 2001, Zwolsche Algemeene/De Greef, NJ 2001, 433. Daarin werd geoordeeld dat op de benadeelde, De Greef, de verplichting rust om het causaal verband te bewijzen. Opzienbarend is die opvatting niet. Immers, art. 150 Rv legt ook de bewijslast op degene die rechtsgevolgen verbonden wil zien aan zijn stelling, wanneer diens stelling wordt betwist.

Rust op de benadeelde de bewijslast, dan zou men zich kunnen afvragen wat de aansprakelijke dan nog moet met een natuurkundig onderzoek naar de delta v. Waarom niet volstaan met afwijzing van de vordering? Ik meen dat dit niet verstandig is. Immers in Zwolsche Algemeene/De Greef - heeft de Hoge Raad de beslissing van het hof intact gelaten, dat aan het causaal verband tussen onrechtmatige daad en schade bij een moeilijk vaststelbaar klachtenpatroon {als whiplash, RM} geen al te hoge eisen mogen worden gesteld. De Hoge Raad heeft op geen enkele wijze aangegeven wat hieronder moet worden verstaan. De praktijk leert dat deze overweging voor benadeelden zeer drempelverlagend is.

Hoewel geen arts een waarneembare afwijking kan vaststellen die het veelal omvangrijke, therapieresistente en bovendien nog sterk wisselende klachtenpatroon kan verklaren, kan de jurist dat met deze vage norm wel: het komt door de aanrijding! Zulks vanuit de gedachte dat vóór ongeval deze klachten niet bij benadeelde bestonden en nadien wel. Als logica wordt dan ook nog opgevoerd dat benadeelde voordien een goed inkomen had en daar uiteraard niet vrijwillig afstand van doet. Op deze eendimensionale en wel wat naïeve gedachten valt het nodige af te dingen, maar dat gaat het bestek van dit artikel te buiten.

Verweer en delta v

Vorenstaande omstandigheden maken dat de aansprakelijke er goed aan doet om in daarvoor in aanmerking komende gevallen de onaannemelijkheid van het optreden van letsel te bestrijden. En dat kan met een door een verkeersongevallenanalist opgemaakt rapport betreffende de delta v. Levert dit rapport als uitkomst een delta v van zodanige omvang dat het optreden van letsel onaannemelijk moet worden geacht, dan geldt het rapport als een gemotiveerde betwisting van het causaal verband. Immers, zoals Blondeel in zijn bijdrage over dit onderwerp uiteen heeft gezet, speelt de delta v ook een belangrijke rol bij het antwoord op de vraag of benadeelde en whiplashsyndroom heeft. Het gaat daarbij om het door de Nederlandse Vereniging voor Neurologie (NVvN) tot november 2007

gehanteerde criterium van een mechanisch te begrijpen geweldsinwerking op de nek van benadeelde. Een criterium dat ook na november 2007 nog kan worden gebruikt.

Jurisprudentie:

1. Hof Arnhem 5 februari 2002 (Amersfoortse/Maghaddam)

Mijn eerste ervaring met een zaak waarin sprake was van een letselschadeclaim als gevolg van een aanrijding waarbij nauwelijks sprake was van schade aan het aangereden motorrijtuig, leidde tot het arrest van Hof Arnhem d.d. 5 februari 2002³

Kort samengevat verwierp het hof de volgende stellingen van De Amersfoortse:

- er zijn onvoldoende aanknopingspunten om te komen tot het vermoeden dat Moghaddam en zijn echtgenote geen schade - lees: whiplashachtig letsel - als gevolg van de aanrijding hebben geleden (r.o. 4.2)
- het is gelet op de geringe snelheid van de voertuigen en de geringe krachten die bij het ongeval zijn vrijgekomen onmogelijk dat het door Moghaddam gestelde letsel is veroorzaakt. (r.o. 4.4)

Dat was dus geen succes voor mij en mijn cliënte.

Mogelijk speelde daarbij mee dat in de procedure geen analyse van het ongeval wat betreft de delta v ter beschikking stond. Meer dan een onderzoeksrapport betreffende de toedracht met verklaringen van de betrokkenen bij de aanrijding, de herstelnota's en foto's hadden we toen niet. Echter, ik ben er niet gerust op dat een delta v onderzoek met gunstige uitkomst voor mijn cliënte tot een ander oordeel zou hebben geleid. Zoals blijkt uit r.o. 4.2 kende het hof namelijk verregaande betekenis toe aan de mededelingen van Moghaddam tijdens pleidooi betreffende zijn letsel en beperkingen. Moghaddam had verklaard dat hij vanaf 1 augustus 1997 tot aan de dag van de aanrijding had gewerkt, evenals dat hij vóór de aanrijding niet onder doktersbehandeling was en nadien wel. Ook het feit dat Moghaddam na het ongeval zich onder medische behandeling had gesteld vanwege zijn klachten, waarbij een forse hypertonie van de nekspieren en bewegingsbeperking van de nekwerfels werd geconstateerd, vond het hof zwaar wegen.

Daaropvolgend overwoog het hof in r.o. 4.4: *“Het hof is van oordeel dat een geringe botssnelheid, waarvan weliswaar op zichzelf in casu sprake is maar waarvan de exactheid allerminst vaststaat, de mogelijkheid van (een verergering van) whiplash(achtig) letsel niet op voorhand uitsluit. De verkeerskundigen zijn daar - anders dan Amersfoortse lijkt te suggereren - bepaald niet eenduidig in.”*

Vervolgens voegde het hof nog toe:

“Bij het veroorzaken van een dergelijk letsel kunnen ook andere factoren een rol spelen zoals de precieze houding (van de nek) van Moghaddam en zijn echtgenote op het moment van de botsing, hun predispositie e.d.”

Op het gevaar af als een 'slecht verliezer' te worden gezien, heb ik veel kritiek op de overwegingen van dit hof. Die kritiek zal ik hier nu niet spuien, omdat partijen in onderhandeling zijn over de omvang van de schadevergoeding. >

Daarnaast wordt het belang van kritiek wat minder, nu de Rechtbank Almelo in deze zaak bij vonnis d.d. 19 december 2007 de vordering wegens verlies van arbeidsvermogen volledig heeft afgewezen. Duidelijk was het hof met voormelde overwegingen wel: het hof sluit het optreden van letsel bij een geringe botsnelheid op voorhand niet uit.

2. Voorzieningenrechter Rechtbank Utrecht 20 juli 2007

In lijn met voormeld arrest van Hof Arnhem oordeelde de Voorzieningenrechter in kort geding van de Rechtbank Utrecht op 20 juli 2007⁴. Dit vonnis is besproken door Blondeel in PIV-Bulletin 2007, 6. Het vonnis is voorzien van een instemmende noot, met verwijzingen naar literatuur betreffende de aannemelijkheid van het optreden van letsel, van mr. L.E.M. Charlier in L&S 2007, 178. Voor het leesgemak herhaal ik hier de relevante kern van dit vonnis: *De bewijslast voor het causaal verband rust op de benadeelde, aldus de Voorzieningenrechter. De voorzieningenrechter deelde onder de feiten en omstandigheden van het geval niet de mening van de verzekeraar, dat op voorhand het ontbreken van causaal verband moest worden aangenomen. De voorzieningenrechter was verder van oordeel dat de verzekeraar voorschotten op de uiteindelijk vast te stellen schade moest blijven verstrekken, totdat uit onderzoek van een medicus duidelijkheid zou komen inzake het causaal verband.*

Een nogal kras oordeel, omdat bij twijfel ten aanzien van het causaal verband, juist bij een geldvordering in kort geding, de aannemelijkheid dat in de bodemprocedure toewijzing zal volgen dubieus is. En dat is volgens vaste jurisprudentie reden voor weigering van de verzochte voorlopige maatregel.

3. Hof Amsterdam, nevenzittingsplaats Arnhem 29 april 2008

Zoals Blondeel al schreef ging de betrokken verzekeraar in hoger beroep van het vonnis van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Utrecht d.d. 20 juli 2007. Hof Amsterdam, nevenzittingsplaats Arnhem wees op 29 april 2008 arrest in deze zaak⁵. Inmiddels had op feitelijk gebied een belangrijke ontwikkeling plaatsgevonden, want er was een voorlopig deskundigenonderzoek verricht door een hoogleraar neurologie. Onder de aan deze neuroloog toegezonden stukken bevond het rapport betreffende de delta v dat de aansprakelijke verzekeraar had laten maken. Ten aanzien van de delta v overwoog de neuroloog in antwoord op de hem gestelde vragen: *“Uit de rapportage van ing. Wartenbergh blijkt dat er sprake is geweest van een bij onderhavig ongeval opgetreden snelheidsverandering (naar voren en tegelijk iets naar links) van 4.3 tot 6.9 km/u. Ten tijde van deze snelheidsverandering begrijp ik dat betrokkene mogelijk iets voorovergebogen zat en daarbij zijn hoofd en/of bovenlijf iets naar rechts gedraaid had. Met name de snelheidsverandering en de lichaamspositie zijn factoren, dewelke een belangrijke rol spelen bij het optreden van geweldsinwerking op de cervicale wervelkolom. In onderhavig geval lijkt, in zoverre, door mij te beoordelen, hierbij voldaan aan punt 2 van de voorwaarden van de regelgeving vanuit de Nederlandse Vereniging voor Neurologie, dat wil zeggen dat het ongeval aanleiding moet hebben gegeven tot een mechanisch te begrijpen geweldsinwerking op de cervicale wervelkolom.”*

Als je dit zo leest en tot je laat doordringen lijkt alle moeite voor niets: de neuroloog vindt deze geringe snelheidsverandering toch te begrijpen als een mechanisch te begrijpen geweldsinwerking. Dat de moeite vergeefs was, is een conclusie die te kort door de bocht is. De neuroloog concludeerde namelijk ook dat benadeelde te maken had *“... met een status na acceleratietrauma over de cervicale wervelkolom, waarbij er thans geen criteria meer bestaan voor een zich eventueel nadien ontwikkeld hebbend postwhiplash syndroom van de cervicale wervelkolom of voor een ongeval-gerelateerd ziektebeeld anderszins.”*

Interessant voor de beeldvorming is voorts dat de neuroloog op de vraag naar de differentiaal diagnostiek antwoordde: *(...) Gezien het specifieke beloop van betrokkene direct in aansluiting aan onderhavig ongeval opgetreden klachten lijken eerder beschouwd te moeten worden als samenhangend met dit ongeval en derhalve te beschouwen als een status na acceleratietrauma van de cervicale wervelkolom.”*

De neuroloog achtte dus blijkens deze overweging wel oorzakelijk verband tussen de klachten van benadeelde en het ongeval aanwezig. Echter, met de voorgaande overweging maakte hij duidelijk dat ten tijde van zijn onderzoek dat verband niet meer aanwezig kon worden geacht.

Het hof stelde in r.o. 5.2: *“In deze procedure gaat het om de vraag of er causaal verband bestaat tussen het ongeval en de hiervoor omschreven - door verzekeraar niet bestreden - klachten van benadeelde.”* In r.o. 5.8 citeert het hof uit het rapport inzake de delta v. Naast de hiervoor geciteerde snelheidsverandering van 4,3 tot 6,9 km/u citeert het hof ook: *“De gemiddelde voertuigversnelling heeft daarbij 1,0 tot 1,9 g bedragen”*. Voor diegenen die daar niet in thuis zijn vermeld ik dat de kracht die op het lichaam wordt uitgeoefend ook wel wordt uitgedrukt in een factor van het eigen lichaamsgewicht, ‘g’ genaamd. Daarbij geldt dat 1 g overeenkomt met wat in rust wordt ervaren. Bij aanrijdingen wordt de kracht ook in de rijrichting (van het aanrijdende voertuig) ervaren. Daardoor kan niet gesteld worden dat er geen aanvullende krachtsinwerking op het lichaam is indien een aanrijding plaatsvindt met een kracht van 1 g. Even surfen op het internet leerde mij: Vanaf 3 g kunnen de meeste mensen g krachten goed waarnemen. Bij 6 g worden mensen misselijk, daarom is in Nederland overeengekomen dat in achtbanen en dergelijke de blootstelling beperkt blijft tot maximaal 5 g. Bij 9 g raken mensen buiten bewustzijn. Bij 14 g en meer gaan mensen dood. Het is wel nodig je te realiseren dat ook de tijd gedurende welke de krachtsinwerking wordt ondergaan van belang is. Ik verwijs daarvoor ook naar het artikel van Wartenbergh in dit blad.

Benadeelde heeft in dit geval dus een kracht ervaren gelegen tussen de grenswaarde die geen verandering inhield (1 g) en de grenswaarde waarbij sprake is van een kracht die nog niet tweemaal het eigen lichaamsgewicht bedraagt. Het hof overwoog in r.o. 5.9 dat de verzekeraar als verweer had aangevoerd dat de door de deskundige vastgestelde lage delta v onvoldoende aanknopingspunt bood voor het door benadeelde gestelde causaal verband tussen het ongeval en zijn klachten. Benadeelde had de inhoud van de delta v rapportage zoals het hof dat noemde “gemoti-

veerd”bestreden. Het hof overwoog dienaangaande: “Die enkele bestrijding is echter onvoldoende om aan te nemen dat er wel verband bestaat tussen het ongeval en de klachten van benadeelde. Het hof acht daarbij van belang dat benadeelde zelf geen op zijn situatie toegespitst deskundigenrapport heeft overgelegd, dat enige onderbouwing voor zijn stellingen kan bieden.”

Tenslotte overwoog het hof: “Het hof laat uitdrukkelijk in het midden of, zoals verzekeraar heeft aangevoerd en benadeelde gemotiveerd heeft betwist, voor het aannemen van causaal verband tussen ongeval en klachten een ‘minimum’ delta v is vereist.”

Deze overweging valt te betreuren, omdat de kans om duidelijkheid te scheppen op dit punt onbenut is gelaten. Anderzijds valt wel een lichte verschuiving in de opvatting te bespeuren in vergelijking met de uitspraak van Hof Arnhem in de Moghaddam zaak. Daar was het hof immers nog van oordeel dat een geringe botsnelheid het ontstaan van (een verergering van) whiplash(achtig) letsel niet op voorhand uitsluit. Het hof onthoudt zich nu van een oordeel en dat is toch een stapje achteruit.

Het vonnis van de Voorzieningenrechter sneuvelde wel op het ontbreken van causaal verband tussen ongeval en klachten, maar vooral vanwege het oordeel van de medische deskundige dat hij geen ongevalgerelateerde klachten had waargenomen bij benadeelde.

4. Hof Den Bosch 6 mei 2008

Hof Den Bosch wees op 6 mei 2008 arrest in een vergelijkbare zaak, zij het dat het daar niet hoger beroep van een kort geding betrof. Hier had de rechtbank (!) een delta v rapport laten maken. Op grond daarvan had de rechtbank vastgesteld dat de snelheidstoename die de door benadeelde bestuurde auto door de botsing had ondergaan tussen de 6,5 en 8,7 km/u heeft gelegen. Tegen deze vaststelling van de rechtbank was in hoger beroep niet gegriefd. Het hof had dientengevolge daarvan ook uit te gaan.

Verzekeraar had aangevoerd dat bij een dergelijk relatief geringe snelheidstoename whiplashletsel niet te verwachten was. Bij pleidooi had benadeelde gesteld dat de grootte van bij een botsing op het menselijke lichaam uitgeoefende krachten een aanwijzing kon vormen voor de gevolgen voor het betrokken lichaam.

Vervolgens komt een belangwekkend oordeel van het hof: “Het hof is van oordeel dat het bij een relatief geringe snelheidstoename als de onderhavige niet in de rede ligt te veronderstellen dat daardoor whiplashletsel is veroorzaakt.” Het arrest is ook op het gebied van whiplashletsel de moeite van het lezen waard, maar dat aspect laat ik verder onbesproken. Wel vermeld ik dat de in deze zaak ingeschakelde medisch deskundigen geen objectieve (neurologische) lichamelijke afwijkingen hadden vastgesteld die de pijnklachten van benadeelde konden verklaren. De deskundigen verschilden van mening of de subjectieve klachten whiplash gerelateerd waren. Het hof volgde het oordeel van de deskundige die meende dat de klachten van benadeelde niet konden worden gekwalificeerd als post whiplashsyndroom.

Conclusie

Vergelijking van deze recente uitspraken van respectievelijk Hof Amsterdam, nevenzittingsplaats Arnhem en Hof Den Bosch levert onder andere het volgende op:

- De delta v was in het Amsterdamse geval geringer dan in de Bossche zaak, maar dat lijkt vooralsnog niet van betekenis te zijn geweest. De benoemde medisch deskundige vond desondanks een mechanisch te begrijpen geweldsinwerking aannemelijk, wat merkwaardig genoemd kan worden vanwege de betekenis van 1 g tot 1,9 g. In de Bossche zaak lijkt dit aspect in de medische beeldvorming geen rol te hebben gespeeld, althans uit de publicatie van het arrest blijkt niet of de deskundigen kennis hadden van de delta v. Het blijft vooralsnog een onbeantwoorde vraag of die deskundigen tot een ander(s) gemotiveerd oordeel zouden zijn gekomen bij kennis van de delta v.
- Het Amsterdamse hof zette de beoordeling nadrukkelijk in de sleutel van het bewijs van oorzakelijk verband. Daarbij gold het delta v rapport als een gemotiveerde betwisting daarvan door de partij op wie strikt genomen geen bewijslast rustte. Immers de bewijslast voor het oorzakelijke verband tussen klachten en ongeval rustte op de benadeelde. Uit het arrest blijkt niet wat benadeelde, anders dan de toedracht van de aanrijding, klachten en verwijzing naar de stukken van de behandelende sector, daaromtrent had aangevoerd. In de Bossche zaak stelde het hof zelf voorop dat niet in de rede ligt te veronderstellen dat letsel is ontstaan bij een dergelijk geringe geweldsinwerking. Dat laat zich lezen als een rechterlijk vermoeden. Een dergelijk vermoeden is voor degene waartegen zich dat richt lastig, want legt op die partij bewijslast. Het rechterlijke vermoeden zal ontzenuwd moeten worden.

Op grond van de voorgaande jurisprudentie is een voorlopige en voorzichtige tussenconclusie te trekken: het loont om in daarvoor in aanmerking komende zaken een delta v rapport te laten maken ter betwisting van de stelling van benadeelde dat er oorzakelijk verband bestaat tussen zijn letsel en het hem overkomen ongeval. Een daarop gebaseerd verweer is bepaald niet kansloos, zoals de behandelde jurisprudentie leert.

[Met dank aan mijn kantoorgenoot mr. M.F. Lameris en ing. B. Wartenbergh, die de conceptversie van commentaar voorzagen, RM]

¹ Achtereenvolgens PIV-Bulletin 2007, 6, p. 6; PIV-Bulletin 2008, 1, p. 11; en PIV-Bulletin 2008, 2, p. 12.

² Zie in deze zin A-G Bakels voor HR 31 oktober 1997, NJ 1998, 98.

³ Rolnummer 2000/537, De Amersfoortse/Moghaddam, Nieuwsbrief Personenschade, mei 2002, p. 9.

⁴ Zaaknummer/rolnummer 231925/KG ZA 07-554.

⁵ Zaaknummer 104.004.098.

Aleid Wolfsen nieuwe voorzitter Nationaal Platform Personenschade (NPP)



Op 7 november 2008 neemt Aleid Wolfsen, burgemeester van Utrecht, het voorzitterschap van het Nationaal Platform Personenschade (NPP) over van Wim Deetman, voorzitter van het NPP vanaf de oprichting in 1998. Deetman draagt tijdens het NPP congres de voorzittershamer over aan Wolfsen.

Aleid Wolfsen heeft tijdens zijn Tweede Kamerlidmaatschap regelmatig blijk gegeven van grote betrokkenheid

bij slachtoffers en de manier waarop zij na een ongeval of misdrijf worden behandeld.

Het bestuur van het NPP is verheugd dat hij bereid is het voorzitterschap van het Nationaal Platform Personenschade op zich te nemen.

Onder het voorzitterschap van Deetman heeft het NPP zich in de afgelopen tien jaar ontwikkeld tot een gezaghebbend platform van alle relevante partijen die betrokken zijn bij de afhandeling van letselschade.

Op het NPP Congres - naar aanleiding van het tienjarig jubileum - staat de verbetering van het medische traject binnen de letselschade centraal. In het bijzonder wordt aandacht besteed aan de medische paragraaf die op termijn de Gedragscode Behandeling Letselschade zal aanvullen.

Binnen het NPP, dat de harmonie bij en de duidelijkheid over de afhandeling van personenschade wil vergroten, streven relevante marktpartijen gezamenlijk naar een betere en meer persoonlijke behandeling van benadeelden en naar verbetering van de technische aspecten van de schaderegeling.

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.

Redactiesecretaris
Mevrouw J. (Jenny) M. Polman, Stichting PIV
Postbus 93450
2509 AL Den Haag
Telefoon: 070 333 88 73
Telefax: 070 333 88 33
e-mail: j.polman@verzekeraars.nl
Website: www.stichtingpiv.nl
M.m.v. drs. P. (Peter) J.M. van Steen, tekstschrijver
Creatie & realisatie: Artmark BNO, Rijswijk