

Pagina 1

Opponenten samen naar een training

Pagina 5

Strikte causaliteit in de verzekeringsovereenkomst

Pagina 9

Vergoeding shockschade en directe confrontatie-eis

Pagina 12

Economische kwetsbaarheid

Pagina 15

Whiplash en richtlijnen NVvN

Pagina 18

Richtlijnen en boordeling functieverlies PWS

Pagina 22

HR 11 juli 2007, JIN 2008, 16

September 2008



Pagina 1

Harvard zoals Harvard bedoeld is ...

Pagina 5

Wettelijke regels en bewijslast ...

Pagina 9

Bij betrekken van aard norm-schending kan het verkeren ...

Pagina 12

Is NPP richtlijn economische kwetsbaarheid wel nodig ...

Pagina 15

De richtlijnen NVvN door de ogen van een arts ...

Pagina 18

AMA-Guides versus richtlijnen NVvN ...

Pagina 22

Op zoek naar evenwicht ...

Opponenten samen naar een training

Peter van Steen interviewde een aantal deelnemers

In het afgelopen voorjaar vond een opmerkelijke training plaats, die het PIV graag onder de aandacht brengt van zowel schadebehandelaars als belangenbehartigers. De training betrof de Harvard-onderhandelingsmethode. Er werd gelijktijdig aan deelgenomen door schadebehandelaars van Fortis ASR en advocaten van Beer advocaten. De training was een groot succes, niet in het minst doordat de deelnemers beter inzicht in elkaars werkzaamheden kregen, evenals begrip voor elkaars positie in letselschadezaken.

De training van anderhalve dag, met een diner en overnachting, werd verzorgd door Hans van der Hoeven en Dominique Nelissen, directeuren en trainers van het bureau Van der Hoeven Nelissen. Het programma tijdens het eerste dagdeel bestond uit een onderlinge kennismaking van de deelnemers en een opfrissing van de theorie van de Harvard-onderhandelingsmethode (alle deelnemers hadden eerder al de algemene training onderhandelen van Van der Hoeven Nelissen gevolgd). Tijdens de tweede dag werd het onderhandelen praktisch beoefend, aan de hand van reële letselschadecasusstiek. Bijzonder hierbij was, dat de deelnemers beurtelings de rol van schadebehandelaar, van belangenbehartiger en van slachtoffer speelden.



Van Laar, Collignon en Van Wassenaer
Beer advocaten

Samen ontwikkelen en volgen

De training werd ontwikkeld op initiatief van Henk den Hollander, unitmanager personenschade en aansprakelijkheid bij Fortis ASR. Den Hollander nam eerder dit jaar ook al het initiatief tot Letselplaza, een terugkerende bijeenkomst die eveneens op de ontmoeting van schadebehandelaars en belangenbehartigers is gericht. Den Hollander: "Nadat onze schadebehandelaars de training Harvard-onderhandelen hadden gevolgd, wilden we voorkomen dat die vaardigheid na ver- >

In Memoriam Peter Bekker

(* 1 augustus 1962 - † 14 september 2008)

Ons redactielid, Peter Bekker, overleed op 14 september 2008. Hij was slechts 46. Peter begon zijn loopbaan bij een Rotterdamse verzekeraar en maakte de gehele professionalisering van de personenschaderegeling mee. Hij heeft de positie van de aansprakelijke weliswaar altijd gehad, maar in de loop der jaren ontstee hij zowel vaktechnisch als emotioneel de beperkingen daarvan. Hij zag de betrekkelijkheid der dingen in en ging zich door objectiviteit laten leiden. In 2002 kwam hij onze redactie versterken op zijn eigen rustige en degelijke wijze. Dit jaar zag hij uit naar toepassing van zijn vele bekwaamheden in zijn nieuwe functie bij Andriessen & Geurst. Peter kende diverse tegenslagen, maar zat niet bij de pakken neer. In de negentiger jaren al wist hij langdurig een nare ziekte te overwinnen. Hij realiseerde zich het betrekkelijke van zijn bestaan, maar was zich goed bewust van de belangrijke plaats die hij voor zijn vrouw innam. Dat was wederkerig, echter voor beiden veel te kort. Peter was te bescheiden om te beseffen dat hij niet alleen voor zijn vrouw veel betekende. Zijn ziekte en overlijden kwamen ook voor ons niet alleen onverwacht, maar vooral veel te vroeg.



loop van tijd zou wegzakken. We wilden daarom een vervoltraining opzetten, waarbij anders dan in de eerste training met specifieke letselschadecasuïstiek zou worden geoefend. Die casuïstiek zouden we zelf opstellen en het leek mij interessant om dat samen met onze opponenten te doen. Dat idee heb ik bij Van der Hoeven en Nelissen neergelegd en zij hebben dat vervolgens besproken met José van de Laar, partner van Beer advocaten. Toen ook ontstond het idee om de training niet alleen samen te ontwikkelen, maar ook samen te volgen, zodat je een soort mediation in de vorm van een training zou krijgen. Ik vond het heel bijzonder dat Beer advocaten dit samen met ons wilde doen. Advocaten nemen toch een andere positie in dan wij: zij moeten er altijd voor zorgen dat ze onafhankelijk blijven. Ik was daarom blij verrast dat zij in deze opzet geen belemmeringen zagen.”

Super leerzaam

De training voor Fortis ASR en Beer advocaten werd twee keer gegeven, telkens voor acht deelnemers uit beide organisaties. Voor het PIV-Bulletin vroegen we zes betrokkenen en ook een van de twee trainers hun ervaringen onder woorden te brengen. Antoinette Collignon (Beer advocaten): *“Ik vond de training erg leerzaam en zinvol. Het is leuk om samen met een wederpartij de techniek van het Harvard-onderhandelen te oefenen en om daarbij een keer in de huid van die wederpartij te kruipen. Je ervaart dan hoe het voelt om aan de andere kant te staan en welke verantwoordelijkheden dat met zich meebrengt. Tegelijk kregen de schadebehandelaars inzicht in onze positie: hoe het is om*

een cliënt naast je te hebben en hoeveel extra energie dat kost. Het slachtoffer zit met emoties en daar gaat het bij Harvard-onderhandelen om: je probeert eerst die emoties eruit te halen en vervolgens op de inhoud verder te onderhandelen. Ik vond het super leerzaam om zo eens van rol te wisselen. Daarnaast hebben we over verschillende onderwerpen discussies met de hele groep gehad. Ook dat was leuk, omdat je daar anders eigenlijk nooit gelegenheid voor hebt. En natuurlijk hebben we de techniek van het Harvard-onderhandelen nog eens goed geoefend. Een belangrijk aspect vind ik, dat je creatief met problemen omgaat. Je moet je niet op standpunten ingraven, maar goed kijken naar ieders belangen, van het slachtoffer en ook van de verzekeraar. Je vermijdt dan dat je een welliesnietesdiscussie krijgt. In een eventuele vervoltraining zou ik nog meer van die praktijktoepassingen willen oefenen, want oefening baart kunst.”

Open en leuke discussie

Ingeborg Vleerbos (Fortis ASR): *“In het begin was het een beetje aftasten. Hoe gaan we met elkaar om? Wat vertellen we elkaar? Maar toen we in een apart groepje bij elkaar gingen zitten, bleek al heel snel dat we eigenlijk tegen dezelfde dingen aanlopen. Een van de advocaten vertelde vaak het gevoel te hebben dat ze te veel weggaf. Dat was heel herkenbaar, want dat gevoel hebben wij ook vaak. Wel zitten er verschillen in het medische gedeelte. Wij zijn voor een belangrijk deel afhankelijk van de medisch adviseur, terwijl zij veel meer zelf een richting kunnen aangeven. Ook daar hebben we discussie over gehad, maar op een open en leuke manier. Ik vond het heel verhelderend. De training is zeker*

voor herhaling vatbaar, bijvoorbeeld met belangenbehartigers van een ander kantoor. Je krijgt veel meer begrip voor elkaar. Meestal ben je geneigd om vanuit je eigen positie te denken. Als wij bijvoorbeeld een brief versturen, vergeten we soms welke impact dat voor het slachtoffer kan hebben. Het is daarom goed in je achterhoofd te houden dat er altijd een persoon achter het dossier zit. Positief vind ik ook, dat ik een band met de mensen van Beer heb opgebouwd. In het vervolg zal ik dan ook veel sneller de telefoon pakken om over zaken te praten. Je kunt dan dingen veel beter en sneller regelen dan als je alles schriftelijk doet.”

Onder de indruk

Geertruid van Wassenaer (Beer advocaten): “De training was echt de moeite waard. Vroeger leerde ik al, dat het heel belangrijk is om je wederpartij goed te kennen, omdat je dan zaken veel gemakkelijker kunt schikken. Deze training heeft weer eens bewezen hoe waar dat is. Na afloop ervan konden we verschillende zaken die al jaren speelden, weer vlottrekken. De training zelf was geweldig, net als de andere trainingen van Van der Hoeven en Nelissen die ik heb gevolgd. De manier van werken is zo persoonlijk en zo professioneel, ik ben daar erg van onder de indruk. De opzet dat je in de positie van de wederpartij moet verplaatsen, heeft echt een toegevoegde waarde. Het is een van onze gedragsregels om te onderzoeken welke mogelijkheden er zijn om een zaak in de minne op te lossen en je cliënt niet onnodig voor het gerecht te krijgen. Je verplaatsen in de positie van de wederpartij is een heel goede methode om dat te doen. Als tijd en kosten geen probleem zijn, zou ik absoluut ook met andere verzekeraars dergelijke sessies willen hebben. Er zijn gewoon bepaalde verzekeraars met wie het heel moeilijk garen spinnen is, vaak ook doordat ze schaderegelars op pad sturen die maar een kleine onderhandelingsmarge meekrijgen. De Harvard-methode gaat over goed en respectvol onderhandelen, maar als je gesprekspartner daar niet de juiste persoon voor is, schiet het natuurlijk niet op. Wel heb ik de indruk dat de grotere verzekeraars echt de wens hebben om slachtoffervriendelijker te werk te gaan en dus om onnodige conflicten te vermijden. Veel zaken worden sneller opgelost dan toen ik met dit werk begon.”

Snel een klik

Gesine Westland (Fortis ASR) is teamleider en was nauw betrokken bij de ontwikkeling van de training. “In het begin was het best wel spannend: zij zijn de advocaten, wij de verzekeraars, hoe zal dat onderling gaan? Maar na de eerste kennismaking was er al heel snel een klik. Ik vond het leuk en zinvol om je in het verhaal van de ander in te leven. Zij hebben veel contact met het slachtoffer en wij relatief minder. Dat maakt het toch anders. Als het slachtoffer emoties toont, kun je daar even van schrikken, maar wij hoeven



Westland, Vleerbos en Den Hollander
Fortis ASR

daar niet mee om te gaan en zij wel. De opzet in anderhalve dag vond ik goed: eerst de theorie even opfrissen en gezellig met elkaar samenzijn en dan de volgende dag aan de slag met de cases. Bij Fortis ASR Personenschade hechten we veel belang aan het Harvard-onderhandelen. We vinden het zinvol om niet meer vanuit standpunten te onderhandelen, maar om naar ieders belangen te kijken. Alle mensen op de afdeling zijn er daarom in opgeleid en deze training was er een mooi vervolg op. Het zou mooi zijn als we in de toekomst met andere partijen dezelfde training zouden kunnen doen. Ik hoop dat andere partijen ook willen aanschuiven, nu ze hebben gezien dat Beer advocaten en Fortis ASR dit met elkaar hebben aangedurfd. De training maakt mensen zich er nog eens extra van bewust, dat het om het slachtoffer gaat. Wat dat betreft kan iedereen er veel van leren.”

Hoop op een vervolg

Josée van de Laar (Beer advocaten): “De training was absoluut een succes. Ik heb van niemand negatieve reacties gehoord. Iedereen was enthousiast. We zijn elkaar over en weer veel beter gaan begrijpen, onder meer door de rolwisselingen tijdens de training. Nu de mensen elkaar hebben leren kennen, zullen ze gemakkelijker contact met elkaar opnemen. En als je elkaar spreekt, kom je sneller verder, want mondeling kunnen mensen zich toch beter uitdrukken dan op papier. Na de training zijn dan ook verschillende zaken meteen vlotgetrokken. Ik vind het daarom een heel positief verhaal en hoop ook dat dit initiatief een vervolg gaat krijgen. We hebben dat al bij het PIV en het bestuur van ASP-advocaten neergelegd. Het zou mooi zijn als deze training van daaruit wordt aanbevolen. Natuurlijk hebben we al genoeg trainingen en congressen waar verzekeraars en belangenbehartigers elkaar kunnen ontmoeten, maar deze setting gedurende anderhalve dag, onder leiding van Hans van der Hoeven en Dominique Nelissen, leent zich er veel beter voor om echt tot elkaar te komen. Harvard-onderhandelen, zacht op de relatie en hard op de inhoud, is wat dat betreft een hele goede insteek.”

Gezamenlijk referentiekader

Henk den Hollander (Fortis ASR): *“Iedereen kwam heel enthousiast terug van de training. Belangrijk is vooral, dat wederzijds begrip is ontstaan voor de posities die mensen innemen. Schadebehandelaars vereenzelvigen een advocaat en diens cliënt nogal eens, maar dan vergissen zij zich daarin. Een advocaat moet zijn cliënt veel uitleggen en dat is niet altijd gemakkelijk. Op hun beurt hebben de mensen van Beer ingezien, dat vragen om geld toch iets anders is dan beslissen over de uitkering. Zo’n beslissing brengt ook een bepaalde druk met zich mee. Dergelijke onderwerpen zijn tijdens de training aan de orde geweest, maar ook buiten het officiële trainingsgedeelte. Mensen vonden dat contact een verademing, heel positief, en ik denk dat dit begrip voor elkaars positie een grote winst van deze training is. In het algemeen hebben slachtoffers er geen baat bij om de relatie met de verzekeraar goed te houden - zij willen de zaak oplossen en hebben daarna niets meer met de verzekeraar te maken - maar voor belangenbehartigers ligt dat anders. Zij komen die verzekeraar later weer tegen en zijn dus wel gebaat bij een goede relatie. We hoeven niet ‘close’ met elkaar te zijn, de onderhandelingen hoeven geen onderhands handjeklap te worden, maar het is wel goed om elkaar in ieder geval te kennen. Wat dat betreft hebben de bijeenkomst onlangs in Houten, Letselplaza, en deze training een gemeenschappelijke doelstelling, namelijk een gezamenlijk referentiekader creëren, waardoor we het aan de zachte kant van ons vak beter gaan doen.”*

Een moedige stap

Dominique Nelissen (trainer): *“Wij hebben het in een aantal opzichten als een bijzondere training ervaren, om te beginnen alleen al vanwege het feit dat de training heeft plaatsgevonden. Een doorbraak is misschien een groot woord, maar men is het niet gewend en het is zeker niet vanzelfsprekend dat schadebehandelaars en belangenbehartigers op deze manier samen een training volgen. Iedereen vond dat spannend en wij keken er daarom op een andere manier naar uit dan normaal. Bijzonder was ook, dat we de gang van zaken in deze training meer dan gebruikelijk is, aan de mensen zelf konden overlaten. We merkten dat de mensen heel goed in staat waren om zelf vorm te geven aan datgene wat ze met elkaar wilden doen. Ze zijn vooral heel veel met elkaar in gesprek gegaan en ze hebben allerlei beelden uitgewisseld die ze van elkaar hebben. De training, die duidelijk in het verlengde lag van onze eerdere training aan deze mensen en die een plausible voortzetting daarvan was, was in feite de kapstok voor een programma waar de mensen zelf vorm en inhoud aan konden geven. We konden de directe regie loslaten, omdat de mensen op een heel zorgvuldige manier een uitwisseling met elkaar hadden, eigenlijk precies zoals ze het onderhandelen hebben geleerd. Ik heb het daarom, alles bij elkaar genomen, heel bijzonder gevonden en ik denk dat het een moedige stap is geweest, zowel van Fortis ASR als van Beer advocaten. Ik denk ook dat ze er veel voor hebben teruggekregen.”*

Strikte causaliteit in de verzekeringsovereenkomst

Hof Amsterdam 10 april 2008, 106.000.740/01, rolnummer 1077/2002 (ongepubliceerd)

Het Hof Amsterdam heeft op 10 april 2008 een belangrijk arrest gewezen met betrekking tot de vraag of sprake was van een gedekt evenement in de zin van een reis- en ongevallenverzekering. Ter beantwoording van deze vraag beoordeelde het hof of causaal verband bestond tussen een ongeval en lichamelijke klachten die een uiting zijn van een conversiestoornis. Het arrest verdient bespreking, omdat over deze problematiek weinig rechtspraak bestaat. In het hierna volgende wordt allereerst de casus besproken. Daarna worden achtereenvolgens het verschil in causaliteit en de bewijspositie van 'een slachtoffer' dat zijn eigen verzekeraar aanspreekt afgezet tegen 'een slachtoffer' dat (de verzekeraar van) de aansprakelijke partij aanspreekt. Eén en ander wordt tenslotte geïllustreerd aan de hand van recente jurisprudentie.

De casus

Een man (hierna: verzekerde) was in 1998 als inzittende van een auto betrokken bij een auto-ongeval op een openbare weg. Na het ongeval ontwikkelde hij steeds meer klachten, variërend van afwijkende oogbewegingen tot nekklachten. Hij werd door verschillende artsen onderzocht. Zij kwamen tot verschillende diagnoses. Maar nageenog allen kwamen zij (in ieder geval) tot de conclusie dat de klachten zeer waarschijnlijk ongevalsgevolg waren. Verzekerde claimde uitkering krachtens een reis- en ongevallenverzekering, waarvan de voorwaarden - voor zover hier van belang - als volgt luiden:

"Artikel 2. Begrippen

In deze voorwaarden wordt verstaan onder:

2.1 Blijvende invaliditeit

het geheel of gedeeltelijk blijvend verlies of functieverlies van enig deel, orgaan of vermogen van het lichaam van verzekerde, als gevolg van het door een ongeval, in de zin van artikel 2.4, veroorzaakte letsel.

(...)

2.4 Ongeval

een plotselinge, van buiten komende, onvrijwillige geweldsinwerking op het lichaam van verzekerde waaruit rechtstreeks en zonder medewerking van andere oorzaken een geneeskundig vast te stellen letsel is ontstaan. (...)"

Verzekerde stelde zich op het standpunt dat het verzekerde risico zich had verwezenlijkt. De verzekeraar wees de vordering af, stellende dat dit niet, althans onvoldoende, uit de door verzekerde overgelegde rapportages bleek. De Rechtbank Utrecht wees de vordering toe. Zij concludeerde op grond van de over en weer in de procedure

Mevr. mr. L. Beij
KBS Advocaten



overgelegde rapportages dat de vraag of de klachten geneeskundig vast te stellen ongevalsgevolg zijn, bevestigend moest worden beantwoord. Kort en krachtig door te overwegen dat de verzekeraar niet had bestreden dat verzekerde de onderhavige klachten en verschijnselen voor het ongeval niet had. Bovendien werd niet bestreden dat de klachten zonder het ongeval niet zouden zijn ontstaan en waren geen andere factoren bekend die de klachten konden hebben veroorzaakt of beïnvloed. Vervolgens nam de rechtbank op grond van de overgelegde rapportages als vaststaand aan dat de klachten tot blijvende invaliditeit van verzekerde in de zin van de door hem afgesloten verzekeringen leidde en wees de vordering toe.

De verzekeraar gaat in appel. Hangende het hoger beroep bereiken partijen overeenstemming over door het hof te benoemen deskundigen: een neuroloog, een neuroradioloog en een oogheekundige die gezamenlijk rapporteren. De cruciale vraag die, aldus de deskundigen, moet worden beantwoord is of de klachten van verzekerde en de afwijkingen die door diverse onderzoekers in de loop der jaren zijn gevonden 1) passen bij een hersenbeschadiging of -aandoening, die 2) veroorzaakt is door het ongeval. Zij komen tot de gezamenlijke conclusie dat geen sprake is van een hersenbeschadiging of -aandoening. Evenmin is dus sprake van een gevolg van het ongeval. Partijen worden over en weer in de gelegenheid gesteld om op de rapportage te reageren. Ten aanzien van de inhoudelijke bezwaren van partijen oordeelt het hof als volgt: *"Het onderhavige onderzoek onderscheidt zich van alle overige doordat het is gelast door het Hof en doordat de vragen specifiek zijn gericht op oplossing van het onderhavige geschil. Nu geen van de partijen relevante klachten hebben geuit omtrent de wijze waarop het onderzoek is uitgevoerd, geldt*

dat bovengenoemde bezwaren (...) niet afdoen aan de betekenis van het onderhavige deskundigenbericht (...). Dit betekent dat het Hof zich aansluit bij de door de deskundigen geformuleerde beschouwingen, conclusies en antwoorden.” Om te vervolgen: “Uit hetgeen hierboven is overwogen bij de bespreking van het deskundigenrapport, volgt dat het Hof van oordeel is dat niet is komen vast te staan dat verzekerde door het ongeval van 18 januari 1998 objectiveerbaar, organisch letsel heeft opgelopen. Het gaat (...) uitsluitend om een psychogene stoornis, waarschijnlijk een conversiestoornis, waartoe het ongeval de aanleiding vormde.”

Ten aanzien van de tussen partijen gesloten verzekeringsovereenkomsten oordeelt het hof: “Het Hof stelt voorop dat sprake is van een contractuele (verzekerings)relatie tussen partijen en dat het aan verzekerde is om aan te tonen dat de verzekeraar in de nakoming van haar verplichtingen jegens hem tekortschiet door in de gegeven omstandigheden niet uit te keren. Nu vaststaat dat verzekerde een ongeval is overkomen in de zin van artikel 2.4 van de ongevallenverzekering en van artikel 2.3 van de reisverzekering, gaat het uitsluitend om de vraag of sprake is van het geheel of gedeeltelijk verlies of functieverlies van enig deel, orgaan of vermogen van het lichaam van de verzekerde, als gevolg van een geneeskundig vast te stellen letsel dat rechtstreeks en zonder medewerking van andere oorzaken (cursief LB) als gevolg van dat ongeval is ontstaan.” Om te concluderen: “Die vraag beantwoordt het Hof ontkennend, ook indien geen sprake is van simulatie maar van een conversiestoornis. In de feiten noch in de beschouwingen en conclusies van de door het Hof benoemde deskundigen is een aanknopingspunt te vinden voor de veronderstelling dat het ongeval, of het daarbij ontstane letsel in de vorm van licht traumatisch schedelletsel heeft geleid tot de conversiestoornis. Uit het deskundigenrapport valt veeleer af te leiden dat de stoornis zijn oorsprong vindt in de persoon van verzekerde en in de gebeurtenissen die na het ongeval hebben plaatsgevonden. (...) De voor verzekerde te verwachten uitleg van de polisvoorwaarden houdt in dat lichamelijke klachten die een uiting zijn van een conversiestoornis zonder dat is gebleken van enig causaal verband met het ongevalletsel, geen aanspraak geven op uitkering.”

Volgt vernietiging van het vonnis waarvan beroep en afwijzing van de vordering.

Verskil in benadering van causaliteit

In de hiervoor besproken casus spreekt verzekerde zijn eigen verzekeraar aan tot uitkering uit hoofde van de polis. Anders dan in het kader van Afd. 6.1.10 BW, de wettelijke verplichting tot schadevergoeding, is dus niet aan de orde de vraag of een bepaalde schade kan worden toegerekend in de zin van art. 6:98 BW. De aansprakelijke heeft onder dat regime immers ook die schade te vergoeden die het gevolg is van buiten de lijn van de normale verwachtingen liggende omstandigheden als de persoonlijkheidsstructuur of psychische gesteldheid van het slachtoffer. De omstandigheid dat de vordering op de (verzekerings)overeenkomst is gebaseerd, rechtvaardigt dit verschil in benadering van de causaliteit¹.

Dat maakte de Hoge Raad al uit in zijn arrest van 8 juli

1993², door als volgt te overwegen: “In de hiervoor weergegeven overweging heeft het Hof tot uiting gebracht dat hier niet aan de orde is de vraag of, in het kader van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding, een bepaalde schade als gevolg van de gebeurtenis waarop aansprakelijkheid berust, aan de aansprakelijke kan worden toegerekend, doch de vraag of een causaal verband aanwezig is, dat in een overeenkomst voor een bepaald overeengekomen rechtsgevolg wordt geëist tussen twee gebeurtenissen van andere aard, hier het vermelde ongeval en de hiervoor bedoelde functiestoornis. Bij de beoordeling of een dergelijk in een overeenkomst geëist causaal verband aanwezig is, komt het in de eerste plaats aan op inhoud en strekking van die overeenkomst en, zo daarover geschil bestaat, op uitleg van die overeenkomst.”

Het standpunt van de Hoge Raad vindt steun in de Parlementaire Geschiedenis³.

Alle bepalingen van Afd. 6.1.10 BW, en dus ook art. 6:98 BW, zijn alleen rechtstreeks van toepassing op krachtens de wet bestaande verplichtingen tot schadevergoeding. Buiten het bereik van de afdeling vallen de gevallen waarin een primaire verbintenis tot schadevergoeding niet is gebaseerd is op de wet, zoals bij een verzekeringsovereenkomst.

Gelijke bewijspositie

Hoewel het (strikte) contractuele causaliteitscriterium van zaken waarin ‘het slachtoffer’ zijn eigen verzekeraar aanspreekt verschilt van het causaliteitscriterium dat wordt gehanteerd wanneer het slachtoffer (de verzekeraar van) de aansprakelijke partij aanspreekt, rust de bewijslast in beide gevallen in beginsel op grond van de hoofdregel art. 150 Rv op ‘het slachtoffer’. Voor de beoordeling van de vordering van verzekerde wordt door de rechter regelmatig een deskundige benoemd. Partijen hebben op grond van de in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering geformuleerde regels bij de totstandkoming van het deskundigenbericht invloed op de benoeming van de deskundige. Ook mogen partijen opmerkingen maken en verzoeken doen. Dit is, gelet op de invloed van de deskundigen op de bewijslastverdeling, maar goed ook. In dit licht concludeert Blom⁴: “Bij het vaststellen van de omstandigheden die hebben geleid tot de schade zijn de bevindingen van deskundigen vaak doorslaggevend. Deze bevindingen omvatten naast de beschrijving van deze omstandigheden ook het vaststellen van de oorzaak en de omvang van de schade. Hoewel het aan de rechter is het causaal verband tussen een gedekte/uitgesloten oorzaak en de schade vast te stellen en daarmee de dekkingsvraag te beantwoorden, baseert hij zijn oordeel doorgaans op door de deskundige uitgebrachte rapporten. Waardering van de inhoud hiervan is aan de rechter. Daarbij moet wel worden bedacht dat hij tegelijk in zekere mate is gebonden aan de bevindingen van een eventuele door hem benoemde deskundige. Wanneer hij van het oordeel van deze deskundige wil afwijken zal hij zulks volgens de Hoge Raad dienen te motiveren. (...)”

Een deskundigenbericht legt daarom doorgaans veel gewicht in de schaal en vormt het uitgangspunt voor de beoordeling van de vordering van verzekerde. Als verze-

kerde het met de uitgangspunten van het deskundigenbericht niet eens is, zal de rechter volgens de Hoge Raad⁵ voldoende gemotiveerd op specifieke bezwaren tegen de zienswijze van de door hem aangewezen deskundige moeten ingaan, als deze bezwaren een voldoende gemotiveerde betwisting inhouden van de juistheid van deze zienswijze.

Bespreking relevante jurisprudentie

De vraag of bepaalde klachten voor wat betreft het causale verband gedekt zijn is afhankelijk van de redactie van de polis. Zoals we hebben gezien kende de polis - die de inzet vormde tot het geding dat leidde tot het arrest van het Hof Amsterdam - een in de branche gebruikelijke strikte formulering van het causale verband. Dit (strikte) criterium kwam ook aan de orde in een arrest van de Hoge Raad dat twee weken na het hiervoor besproken arrest van het Hof Amsterdam volgde⁶. Daar ging het om het al dan niet bestaan van posttraumatische dystrofie. Vooral is interessant dat ook in die zaak een deskundige werd benoemd om de causaliteit te beoordelen en ook daarin het oordeel van de deskundige door (zowel de rechtbank als) het hof onverkort werd overgenomen. Verzekerde was in een kuil gestapt en betoogde als gevolg daarvan klachten aan de linkerenkel te ondervinden. Naar aanleiding daarvan claimde hij uitkering krachtens een ongevalverzekering, waarin het begrip ongeval in de voorwaarden - voor zover hier van belang - als volgt was beschreven: *“Een van buiten af op het lichaam inwerkend geweld, waardoor lichamelijk letsel, waarvan de aard en plaats geneeskundig zijn vast te stellen, rechtstreeks wordt veroorzaakt. Tevens wordt onder ongeval verstaan: (...) 8. verstuijing, verrekking, ontwrichting en scheuring van spier- en bandweefsel mits plotseling ontstaan en de aard en plaats van het letsel geneeskundig zijn vast te stellen. (...)”*

De rechtbank, die zich evenals het hof in bovenstaande casus geconfronteerd zag met een veelheid van (elkaar deels tegensprekende) medische verklaringen, benoemde vervolgens zelf een deskundige. Deze kwam tot het volgende oordeel: *“Het ongeval in december 1992 is het luxerende moment geweest, waarop de klachten van belanghebbende zijn ontstaan. Het is niet zo dat de klachten die de betrokkene thans ervaart, het directe gevolg zijn van het hem overkomen ongeval. Of deze klachten ook zouden zijn ontstaan, wanneer het ongeval niet had plaatsgevonden, is niet met zekerheid te zeggen, maar het ongeval is niet de oorzaak van de door belanghebbende ervaren klachten. Er zijn geen objectieve afwijkingen vast te stellen die door de belanghebbende aangegeven klachten als ongevalsgevolg duiden.”*

De rechtbank volgde het oordeel van de deskundige en de daaruit getrokken conclusie dat geen causaal verband bestond tussen de door eiser gestelde beperkingen en het ongeval. Verzekerde ging in hoger beroep en stelde onder meer dat de rechtbank ten onrechte de visie van de deskundige had gevolgd.

Het hof overwoog dienaangaande dat: *“Indien de rechter in het in rov. 4.8. omschreven geval de zienswijze van de door hem aangewezen deskundige, volgt dat hij zijn beslissing in het algemeen niet verder behoeft te motiveren dan door aan te geven dat de door deze deskundige gebezigde*

motivering - zeker als deze is gebaseerd op bijzondere kennis en ervaring - hem overtuigend voorkomt. Wel zal de rechter voldoende gemotiveerd op specifieke bezwaren van partijen tegen de zienswijze van de door hem aangewezen deskundige moeten ingaan, als deze bezwaren een voldoende gemotiveerde betwisting inhouden van de juistheid van deze zienswijze (Vgl. HR 5 december 2003, NJ 2004, 74).”

Omdat verzekerde in eerste aanleg in reactie op het deskundigenbericht had gerefereerd aan het oordeel van de rechtbank, hoefde de rechtbank niet te motiveren waarom zij het oordeel van de deskundige overnam. Voorts betoogde verzekerde in hoger beroep dat het hof de conclusies van de deskundige buiten beschouwing diende te laten en de vorderingen alsnog diende toe te wijzen op basis van bevindingen van andere artsen. Tevergeefs. Het hof oordeelde dienaangaande dat de door de rechtbank benoemde deskundige en de door hem daarvoor in dat rapport gegeven onderbouwing haar in voldoende mate hadden overtuigd van de juistheid van die conclusies. Temeer, omdat hiervoor ook steun was te vinden in bevindingen van (weer) andere artsen. Tenslotte bood verzekerde (nogmaals) aan te bewijzen dat sprake was van posttraumatische dystrofie door middel van het horen van artsen. Aan dit aanbod ging het hof voorbij. Verzekerde ging vervolgens echter tevergeefs in cassatie. Aan een inhoudelijk oordeel komt de Hoge Raad niet toe door de formele weg van artikel 81 RO te bewandelen en het cassatieberoep te verwerpen.

De omstandigheid, dat de vorderingen in de hiervoor besproken arresten van het Hof Amsterdam en de Hoge Raad niet waren gebaseerd op wettelijke aansprakelijkheid maar op verzekeringsovereenkomsten, rechtvaardigt een verschil in causaliteit. In beide zaken werd immers beoordeeld of het causale verband - zoals dat in de overeenkomst gedefinieerd was - aanwezig was. Daarbij gelden dus de polisvoorwaarden tot uitgangspunt⁷.

In de inleiding besprak ik dat hierover weinig rechtspraak bestaat. Over causaliteit in WAM-zaken daarentegen, waarin de vordering dus niet op de verzekeringsovereenkomst maar juist op wettelijke aansprakelijkheid is gebaseerd, bestaat veel recente jurisprudentie. Daar wordt al snel causaal verband aangenomen. Zo oordeelde de Rechtbank Zwolle-Lelystad op 10 november 2004 - LJN BC6457 - waarbij aan de orde was of gedragsverandering ongevalsgevolg was, dat geen aanwijzingen te vinden waren dat benadeelde voor het ongeval onheus gedrag vertoonde. De rechtbank overwoog bovendien dat bij schending van een verkeersnorm geen al te hoge eisen aan het bewijs van causaal verband tussen ongeval en gezondheidsklachten mogen worden gesteld. De Rechtbank Utrecht oordeelde op 15 maart 2006 - LJN AV6430 - in een procedure waarin een onafhankelijke neuroloog had vastgesteld dat benadeelde als gevolg van een ongeval een chronisch pijnsyndroom had, dat het causale verband tussen ongeval en klachten aanwezig was. De rechtbank overwoog daarbij dat ook schade die buiten die normale lijn der verwachting ligt en mede zijn oorzaak vindt in de persoonlijkheidsstructuur van het slachtoffer voor vergoeding in aan-

merking komen. De Rechtbank Rotterdam oordeelde op 6 februari 2008, LJN BC6460, in dezelfde lijn. Niet alleen de uit het ongeval voortvloeiende beperkingen, maar juist de combinatie van die beperkingen en de persoonlijkheid van benadeelde heeft ertoe geleid dat de hij uiteindelijk arbeidsongeschikt is geraakt. Dat de persoonlijkheid van de benadeelde een belangrijke factor is geweest, staat daaraan niet in de weg. In het licht van de in het arrest van het Hof Amsterdam besproken conversiestoornis, oordeelde Rechtbank Middelburg tenslotte op 21 maart 2007, LJN BA2069: *“Gelet op de hierboven omschreven omstandigheden, dat de rapporten in onderling overleg tussen beide partijen zijn uitgebracht en dat de rapporten voldoende eenduidig zijn, zal de Rechtbank de conclusies overnemen. Dat betekent dat als uitgangspunt zal worden gehanteerd dat [eiser] niet (langer) lijdt aan objectieve fysieke klachten, doch dat sprake is van een psychiatrische stoornis, te weten conversie, als gevolg waarvan [eiser] werkelijk gelooft dat hij lichamelijke klachten heeft. (...) Derhalve zal de Rechtbank aansluiting zoeken bij de conclusie van de deskundige (LB) en vaststellen dat de conversie van [eiser] voor 50% ongevalsgerelateerd is.”*

Ook het Hof Den Haag nam op 11 april 2008 causaal verband tussen een ongeval en de pijnklachten en de latere psychische klachten aan. Zij rekende het uitblijven van herstel als gevolg van persoonlijkheidsstructuur toe aan het ongeval. De Hoge Raad - LJN BC6773 - verwierp het tegen dit oordeel ingestelde cassatieberoep zonder nadere motivering.

De in deze uitspraken te ontdekken lijn is dat - ongeacht of de klachten en beperkingen met behulp van een deskundigenrapport in kaart zijn gebracht - óók klachten en beperkingen die op het eerste oog niet rechtstreeks ongevalgevolg zijn toch (ruim) worden toegerekend aan het ongeval. In het bijzonder blijkt dat aan het causale verband lage eisen worden gesteld. Mendel verwoordt dit in zijn annotatie onder HR 8 juli 1993 (Hogenboom/Unigarant), NJ 1994, 210 als volgt: *“De reden waarom de Hoge Raad relatief lage eisen stelt, is dat deze (wettelijke) verkeers- en veiligheidsnormen voor een belangrijk deel geschreven zijn ter voorkoming van dood of letsel door ongevallen die door overtreding van die normen gemakkelijk kunnen plaatsvinden en dat bijv. verkeersdeelnemers die deze normen overtreden, deze gevolgen dus kunnen verwachten en dat op grond van dit alles niet van belang behoort te zijn hoe precies de dood of het letsel waarom schadevergoeding wordt gevorderd is ontstaan.”*

Slotsom

Of verzekerde nu (de verzekeraar van) de aansprakelijke partij, of zijn eigen verzekeraar aanspreekt, de wettelijke regels wat betreft de bewijslast verschillen in beginsel niet. De wettelijke regels - wat betreft het causale verband bij de onrechtmatige daad en wanprestatie - zijn echter niet van toepassing in het verzekeringsrecht⁸.

De vraag rijst daarom of de vordering van verzekerde die door het Hof Amsterdam in het ongelijk werd gesteld, wel zou zijn toegewezen als verzekerde niet de eigen verzekeraar, maar de aansprakelijke partij had aangesproken. De vordering zou dan immers zijn beoordeeld in het kader van de wettelijke verplichting tot schadevergoeding op grond van Afd. 6.1.10 BW, waarbij de aansprakelijke persoon ook die schade moet vergoeden die het gevolg is van buiten de lijn van de normale verwachtingen liggende omstandigheden. Zijn vordering strandde nu echter (terecht) op de strikte causaliteit van de verzekeringsovereenkomst.

¹ Zie ook N. van Tiggele van-der Velde, op p. 272 e.v. van haar zeer lezenswaardige proefschrift *Beweisrechtelijke verhoudingen in het verzekeringsrecht*, diss. EUR, serie Verzekeringsrecht, Deventer 2008.

² NJ 1994, 210 (Hogenboom/Unigarant).

³ Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 331.

⁴ Vgl. A. Blom *“Causaliteit in het verzekeringsrecht”*, diss. EUR, serie Verzekeringsrecht, Deventer 2006, p. 200.

⁵ Vgl. HR 5-12-2003, NJ 2004, 74.

⁶ HR 25 april 2008, JOL 2008, 362.

⁷ Vgl. A. Blom, *Causaliteit in het verzekeringsrecht*, diss. EUR, serie Verzekeringsrecht, Deventer 2006, hoofdstuk 6.

⁸ Vgl. A. Blom, *Causaliteit in het verzekeringsrecht*, diss. EUR, serie Verzekeringsrecht, Deventer 2006, p. 143 e.v.

Vergoeding van shockschade en de directe confrontatie-eis

Bespreking van recente jurisprudentie en gevolgen daarvan voor de positie van de verzekeraar

In beginsel kunnen nabestaanden onder het huidige wettelijke stelsel geen aanspraak maken op vergoeding van immateriële schade als gevolg van hun verlies. De Hoge Raad heeft hierop twee uitzonderingen gemaakt¹:

1. Het geval waarin de aansprakelijke persoon met zijn handelen het oogmerk had om immaterieel nadeel toe te brengen aan die derde (art. 6:106 lid 1 sub a BW)²; en
2. Het geval waarin sprake is van schade die bestaat uit geestelijk letsel van een derde als gevolg van het waarnemen van een ongeval dat een ander is overkomen of het waarnemen van de gevolgen daarvan (shockschade)³.

De Hoge Raad heeft in het Kindertaxi-arrest overwogen dat shockschade op grond van art. 6:106 lid 1 sub b BW (aantasting in de persoon) in bijzondere gevallen voor vergoeding in aanmerking kan komen. Hiervoor dient te zijn voldaan aan de volgende criteria:

1. Letsel of overlijden door de overtreding van een verkeers- of veiligheidsnorm⁴;
2. Een ander dan de gewonde of overleden persoon ondervindt een hevige emotionele schok door waarneming van het ongeval of door de directe confrontatie met de ernstige gevolgen hiervan (directe confrontatie-eis);
3. De shock moet leiden tot geestelijk letsel;
4. Dit geestelijke letsel is een in de psychiatrie erkend ziektebeeld.

Deze criteria beperken de kring van gerechtigden die aanspraak kunnen maken op shockschade. In dit artikel wordt ingegaan op de toepassing van één van deze criteria, namelijk de directe confrontatie-eis. Hierbij worden de gevolgen hiervan voor de positie van de verzekeraar besproken.

Directe confrontatie-eis en de aard van de normschending

Volgens de Hoge Raad komt shockschade “in het algemeen slechts voor vergoeding in aanmerking indien de betrokkene rechtstreeks wordt geconfronteerd met de omstandigheden waaronder het ongeval heeft plaatsgevonden”⁵. Wanneer is hiervan sprake?

Ten aanzien van de directe confrontatie-eis is in de literatuur betoogd dat de grens van de kring van gerechtigden kan worden gevonden in het normschendend handelen⁶. In deze redenering wordt de band tussen de handeling en de getroffenene door de ernstige normschending versterkt; naarmate de normschending ernstiger is worden er min-

Mr. D.J. van der Kolk en
mevrouw mr. C.W.M. Brons
Houthoff Buruma



© Maartje Geels

der hoge eisen gesteld aan het confrontatieaspect. De normschending en de directe confrontatie werken dan als communicerende vaten⁷.

In de jurisprudentie wordt de directe confrontatie-eis niet eenduidig toegepast. Onder andere de Rechtbank Arnhem volgt de voorgaande visie uit de literatuur. Dit blijkt uit twee recente uitspraken. Het gaat daar om gruwelijke misdaden. In beide gevallen is er sprake van opzettelijke levensberoving. De ouders van - in beide gevallen - hun vermoorde dochter vorderen shockschade. In beide gevallen waren de ouders van het slachtoffer geen getuigen geweest van de moord⁸.

De Rechtbank Arnhem heeft overwogen dat voor een ‘rechtstreekse confrontatie’ niet is vereist dat de nabestaanden bij de dodelijke gebeurtenis aanwezig zijn. De rechtbank is van oordeel dat bij opzettelijke levensberoving aan de mate van rechtstreeksheid van de confrontatie minder strenge eisen dienen te worden gesteld omdat de normschending ernstiger is. Volgens de rechtbank is bij opzettelijke levensberoving met voorbedachten rade op de wijze zoals die in onderhavige geval heeft plaatsgevonden sprake van een zo ernstige normschending dat geen hoge eisen aan de rechtstreeksheid van de confrontatie kunnen worden gesteld. Daarbij zijn door de rechtbank nog een

aantal bijzondere omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, zoals de omstandigheid dat de ouders van het slachtoffer het slachtoffer niet meer konden zien omdat het lichaam te ernstig verminkt was. In de andere zaak wijst de rechtbank onder andere op de identificatie van het slachtoffer en het verzorgen van het lichaam door de ouders.

In deze uitspraken wordt de directe confrontatie-eis dus opgerekt naarmate de normschending ernstiger is.

Ook in een eerdere uitspraak van de Rechtbank Arnhem worden minder zware eisen gesteld aan de directe confrontatie⁹. In deze zaak is sprake van opzettelijke levensberoving met voorbedachten rade, hetgeen de rechtbank een zo ernstige normschending acht dat geen al te hoge eisen aan de rechtstreeksheid van de confrontatie gesteld kunnen worden.

De Rechtbank Den Bosch oordeelt dat in geval van moord sprake is van een zodanige aansprakelijkheidsvorm, dat hiermee ook ten opzichte van de nabestaanden van het slachtoffer onrechtmatig wordt gehandeld¹⁰.

Ook in onder meer uitspraken van de Rechtbank Utrecht, waar het gaat om een strafrechtelijke veroordeling wegens doodslag, en het Hof Amsterdam, waar het ook om doodslag gaat, worden minder hoge eisen aan de directe confrontatie gesteld vanwege een ernstige normschending¹¹.

De Rechtbank Maastricht heeft op de directe confrontatie-eis een andere visie¹². In deze zaak wordt Winterthur als WAM-verzekeraar aangesproken tot vergoeding van shockschade. Deze zaak betreft een wilde achtervolging door een Opel van een Honda met vier inzittenden. De Honda is tijdens de achtervolging tegen een boom gebotst. Drie inzittenden hebben het ongeval niet overleefd. Eisers hebben het ongeval niet zelf waargenomen. Zij zijn pas enige tijd later van het ongeval en de ernstige gevolgen op de hoogte gebracht. De bestuurder van de Opel en de rijder zijn veroordeeld wegens doodslag, respectievelijk mede plegen doodslag, meerdermalig gepleegd¹³.

De rechtbank oordeelt dat voor eisers geldt dat zij niet direct zijn geconfronteerd met de ernstige gevolgen van het ongeval voor hun dierbare. Over de opvatting van eisers dat minder zware eisen moeten worden gesteld aan het confrontatieaspect, omdat sprake is van een door de chauffeur opzettelijk begaan feit, oordeelt de rechtbank als volgt.

De rechtbank geeft aan dat de directe confrontatie-eis een wezenlijke eis is, omdat juist de confrontatie maakt dat (mits ook aan de andere voorwaarden is voldaan) sprake is van een onrechtmatige daad rechtstreeks ten opzichte van de nabestaanden. Vervolgens oordeelt de rechtbank dat de aard van de normschending niet kan leiden tot het afzwakken van de directe confrontatie-eis, omdat dan het onderscheid vervalt tussen de nabestaanden die rechtstreeks en op choquerende wijze met het ongeval en de gevolgen daarvan worden geconfronteerd en de nabestaanden die op ander wijze op de hoogte raken van het overlijden van een dierbare. De rechtbank wijst op het gesloten stelsel van schadevergoeding voor nabestaanden (art. 6:108 BW). De rechtbank geeft aan dat in de opvatting van eisers de uitzondering uit het Oogmerkarrest

wordt gecombineerd met de uitzonderingssituatie van het Kindertaxi-arrest. Daarvan uitgaande zou volgens de rechtbank voor nabestaanden een recht op vergoeding van immateriële schade bestaan, juist ook in een situatie dat niet is voldaan aan de eisen op grond van het Oogmerkarrest, terwijl evenmin volledig wordt voldaan aan de eisen van het Kindertaxi-arrest (geen rechtstreekse, choquerende confrontatie met het ongeval of de gevolgen daarvan).

Op deze manier wordt volgens de rechtbank afbreuk gedaan aan het gesloten stelsel van schadevergoeding voor nabestaanden. Daarbij is volgens de rechtbank nog van belang dat haar geen aanwijzingen zijn gebleken dat de wetgever een dergelijke situatie zou hebben gewild.

Onlangs heeft het Hof Den Bosch deze uitspraak van de Rechtbank Maastricht bekrachtigd¹⁴. Het hof vindt net als de rechtbank dat zolang het in de wet verankerde restrictieve stelsel voor vergoeding van schade aan nabestaanden door de wetgever niet is gewijzigd er onvoldoende aanleiding en ruimte is voor het stellen van minder zware eisen aan de directe confrontatie-eis.

Uit het voorgaande blijkt dat bij de beoordeling van een vordering tot shockschade in de ene procedure minder hoge eisen aan de directe confrontatie worden gesteld dan in de andere procedure. Wanneer sprake is van een ernstig opzetsdelict, kunnen minder hoge eisen aan de directe confrontatie-eis worden gesteld. Indien minder hoge eisen aan de directe confrontatie-eis worden gesteld, zal een vordering tot vergoeding van shockschade - indien ook voldaan is aan alle andere vereisten - eerder succesvol zijn.

Wat betekent dit voor de positie van de verzekeraar?

De aansprakelijkheidsverzekeraar bepaalt in de standaard opzetclausule dat van dekking uitgesloten wordt *“aansprakelijkheid van een verzekerde voor schade veroorzaakt door en/of voortvloeiende uit zijn/haar opzettelijk en tegen een persoon of zaak gericht wederrechtelijk handelen”*. Bij een ernstige normschending, zal veelal sprake zijn van een hoge schuldgradatie zoals opzet.

Indien de aansprakelijkheidsverzekeraar (al dan niet rechtstreeks door het slachtoffer) wordt aangesproken tot vergoeding van shockschade, zal deze zich bij schade als gevolg van een opzetsdelict veelal verweren met een beroep op de opzetclausule. Indien de oprekking van de directe confrontatie-eis beperkt blijft tot ernstige normschendingen waarbij sprake is van een opzetsdelict, zal deze jurisprudentie dan ook geen gevolgen hebben voor de positie van de aansprakelijkheidsverzekeraar. In die gevallen zal de verzekeraar juist dekking weigeren.

Door oprekking van deze eis wordt de kring van gerechtigden weliswaar verder uitgebreid, maar zij worden voor de verhaalbaarheid van hun schade afhankelijk van de financiële positie van de dader. De vraag rijst dan wat een slachtoffer met deze oprekking opschieft.

De WAM-verzekeraar echter dient ongeacht de intenties van de bestuurder van de auto, voor de civielrechtelijke aansprakelijkheid waartoe het motorrijtuig in het verkeer aanleiding kan geven, met uitsluiting van diefstal of

geweldpleging, dekking te verlenen. De WAM-verzekeraar dient in de gevallen waarin de normschending ernstig is, dus ook in geval van een opzetdelict, uit te keren. Voor de positie van de WAM-verzekeraar jegens benadeelden heeft deze jurisprudentie geen gevolgen.

De WAM-verzekeraar heeft nog wel de mogelijkheid om schade te verhalen op de aansprakelijke persoon in het geval dekking ontbreekt op basis van de polis vanwege het bijvoorbeeld (laten) rijden door een bestuurder die in staat van dronkenschap verkeert, of die niet over een rijbewijs beschikt (art. 15 WAM). Indien de normschending in dergelijke gevallen ook leidt tot minder hoge eisen aan de directe confrontatie, kan de WAM-verzekeraar dus proberen ook de uitkeringen tot vergoeding van shockschade te verhalen op verzekerde. Het is in die gevallen dus niet het slachtoffer dat afhankelijk is van de financiële positie van de dader maar de WAM-verzekeraar.

De gedachte dat de normschending met een lagere schuldgradatie dan opzet ook kan “communiceren” met het confrontatieaspect, is eerder geuit in de literatuur. Daar is betoogd dat dit “ook bij lichtere vormen van opzet zoals opzettelijk of dronken doodrijden van een fietser of voetganger verdedigbaar is, zij het dat ook hier ergens een grens moet worden gevonden”¹⁵.

De vraag rijst nu wel waar deze grens dan ligt. Welke vormen van schuld rechtvaardigen dat wordt afgeweken van de strikte uitleg van de directe confrontatie-eis?

Conclusie

Een van de eisen waaraan voldaan moet zijn voordat sprake is van shockschade die voor vergoeding aan nabestaanden in aanmerking komt, is de directe confrontatie-eis. De toepassing hiervan is niet eenduidig. Uit jurisprudentie blijkt dat afhankelijk van de aard van de normschending minder hoge eisen worden gesteld aan het confrontatieaspect.

De jurisprudentie waarin minder hoge eisen aan de directe confrontatie-eis worden gesteld brengt niet veel veranderingen voor de uitkeringsplicht van de aansprakelijkheidsverzekeraar met zich mee. De aansprakelijkheidsverzekeraar zal juist in die gevallen waarin sprake is van een ernstige normschending met een beroep op de opzetclausule weigeren dekking te verlenen voor de schade die veroorzaakt is door zijn verzekerde.

De WAM-verzekeraar echter dient bij ernstige normschendingen shockschade wel uit te keren aan benadeel-

den, waaronder de nabestaanden. Het betrekken van de aard van de normschending bij het beoordelen of voldaan wordt aan de directe confrontatie-eis, kan leiden tot meer eisende partijen en dus een grotere schadelast, waarbij de mogelijkheid tot het nemen van verhaal op de dader veelal gering zal zijn.

¹ Wetsvoorstel aanpassing van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Strafvordering en de Wet schadefonds geweldsmisdrijven in verband met de vergoedbaarheid van schade als gevolg van het overlijden of ernstig en blijvend letsel van naasten. Kamerstukken II 2004-2005, 28 781, nr. A laten wij hier buiten beschouwing.

² HR 26 oktober 2001, NJ 2002, 216, m.nt. JBMV (Oogmerkarrest).

³ HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240 m.nt. Vranken (Kindertaxi). Zie definitie shockschade J. den Hollander, “Affectie, shock en geld”, TVP 2002, nr. 2, p. 33.

⁴ In de rechtspraak wordt in het algemeen aangenomen dat de overtreding van strafbepalingen op één lijn te stellen is met de overtreding van verkeers- of veiligheidsnormen. Hierdoor wordt immateriële schade van derden als gevolg van een overtreding van strafbepalingen beoordeeld aan de hand van de criteria uit het Kindertaxi-arrest.

⁵ HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240 m.nt. Vranken (Kindertaxi) (r.o. 5.2).

⁶ S. D. Lindenbergh, “Psychische schade door schrik”, TREMA, september 2002, nr. 7, p. 335 e.v.

⁷ H. Th. Vos en E. Dans, “Vergoeding na het Kindertaxi-arrest”, TVP 2006, nr. 4, p. 111 e.v.

⁸ Rb. 16 april 2008, JA 2008, 76; Rechtbank Arnhem, 21 mei 2008, LJV BD2057.

⁹ Rb. Arnhem 29 maart 2006, NJF 2006, 252.

¹⁰ Rb. Den Bosch 5 februari 2003, NJ Kort 2003, 54 (r.o. 4.19).

¹¹ Hof Amsterdam 24 maart 2006, LJV AV8220; Rechtbank Utrecht, 30 januari 2008, JA 2008, 47.

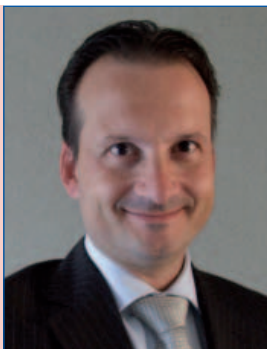
¹² Rb. Maastricht 3 mei 2006, NJF 2006, 326 en JA 2006, 92 (X c.s./Winterthur Schadeverzekering Maatschappij N.V.).

¹³ Zie ook A. Ales, “Ruim vijf jaar na het Taxibus arrest; recente jurisprudentie op het gebied van shockschade en/of affectieschade”, PIV-Bulletin 2007, 7, p. 7 e.v.

¹⁴ Hof Den Bosch 5 februari 2008, JA 2008, 44 m.nt. R. Rijnhout.

¹⁵ S. D. Lindenbergh, “Psychische schade door schrik”, TREMA, september 2002, nr. 7, p. 338.

Economische kwetsbaarheid: To be or not to be?



Mr. P.C.J.A. Janssen
ITEB b.v.

De laatste paar jaren komt regelmatig een nieuwe schadepost aan de orde. Het gaat om de zogenoemde economische kwetsbaarheid.

In het PIV jaarverslag 2000 schrijft mr. F.Th. Kremer al in paragraaf 2.1 over een waarneembare tendens dat de grenzen van de schadeposten worden verkend. Een voorbeeld hiervan is volgens hem de genoemde economische kwetsbaarheid.

De post werd eerder inderdaad nauwelijks genoemd. Tegenwoordig gebeurt dat wel steeds vaker, maar ook wordt deze post steeds vaker anders geïdentificeerd.

In dit artikel wil ik nagaan wat deze kwetsbaarheid is, hoe er in de literatuur mee wordt omgegaan, hoe de jurisprudentie hier mee omgaat en wat de praktische betekenis is in de praktijk van de schaderegeling

Economische kwetsbaarheid, een definitie

Op de vraag wat economische kwetsbaarheid nu eigenlijk is, is niet eenvoudig een eenduidig antwoord te geven. In alle literatuur en jurisprudentie in dit artikel genoemd komt geen duidelijk beeld naar voren.

Het Nationaal Platform Personenschade (NPP) richt zich, onder andere, op de normering van de letselschaderegeling. In dat kader is een definitie geponeerd. Laat ik deze gemakshalve aanhouden: *“Economische kwetsbaarheid is het risico dat het slachtoffer vanwege het bij het ongeval opgelopen letsel en de daardoor veroorzaakte beperkingen een verminderde kans op de arbeidsmarkt heeft, dan wel een meer kwetsbare positie inneemt in vergelijking met de situatie voor het ongeval.”*

Ook Van Dort¹ geeft een beschrijving van de economische kwetsbaarheid. Hij beschrijft het als de afgenomen kansen op de arbeidsmarkt enerzijds en het verhoogde risico op eerdere uitval anderzijds.

Beide definities ontlopen elkaar niet veel. Het lijkt er dan

ook op dat er voldoende duidelijkheid bestaat over de vraag wat nu economische kwetsbaarheid is. Hieronder zal ik trachten aan te tonen dat dit nog de vraag is. Daarnaast geldt dat beide definities uitgaan van de stelling dat er door het letsel inderdaad een andere positie op de arbeidsmarkt is ontstaan. In feite een “aangeschoten wild” theorie. Hier kan de vraag worden gesteld of dat wel zo is en als het zo is of er ook grenzen aan zijn. Ook dit aspect zal hieronder aan de orde komen.

Literatuur

Zowel Van Dort als het NPP komen niet verder dan een definitie. Dit is ook logisch gezien de achterliggende redenen van het NPP (discussie definiëren) en van Van Dort (het bieden van een globaal overzicht).

Tromp² geeft aan dat er een kwetsbaarheid kan ontstaan ondanks een al dan niet volledige re-integratie. Hij noemt dan specifiek de verergering van de aan het ongeval te relateren beperkingen, maar ook ontslag en reorganisatie. Tromp schrijft vervolgens dat hier gekozen kan worden voor een voorbehoud of een afkoop van een voorbehoud. In zijn boek geeft Tromp³ het nog iets specifieker aan.

Daar schrijft hij dat een slachtoffer later om welke reden dan ook zijn baan verliest en vanwege het opgelopen letsel een verminderde kans heeft op de arbeidsmarkt.

Elzas⁴ omschrijft de economische kwetsbaarheid als de verminderde kans op de arbeidsmarkt. In een voetnoot schrijft hij verder dat in dat geval de schade zich nog niet heeft gerealiseerd, maar dat de mogelijkheid bestaat dat de tengevolge van het letsel bestaande beperkingen in de toekomst mee kunnen brengen dat de arbeidscapaciteit niet in volle omvang kan worden aangewend. Wat hij hiermee bedoeld wordt in die tekst niet goed duidelijk. Men zou onder hetgeen hierboven is geschreven kunnen plaatsen een promotie of het meer werken. Maar voorafgaand aan de hierboven geplaatste tekst van Elzas noemt hij - los van de economische kwetsbaarheid - het verloren gaan van een promotiemogelijkheid.

In feite houdt hier de literatuur eigenlijk op.

De conclusie is dat de literatuur ons nauwelijks verder helpt in de duiding van het begrip economische kwetsbaarheid.

Jurisprudentie

Er zijn verschillende uitspraken waarin de economische kwetsbaarheid aan de orde komt. Bij sommige is het wel een onderdeel van de casus, maar wordt niet op dat specifieke onderdeel ingegaan, dan wel een toelichting gegeven⁵.

Van belang in de jurisprudentie is dat er voordat men aan

economische kwetsbaarheid toekomt, eerst beperkingen moeten vaststaan. Staan er geen beperkingen vast, dan kan er ook geen sprake zijn van een verhoogd risico op uitval vanwege causale beperkingen⁶.

De Rechtbank Arnhem⁷ gaat wel op de materie in. Benadeelde stelt dat zij ten gevolge van het ongeval last heeft van haar enkel en later opgekomen knieklachten. De causaliteit daarvan wordt door de verzekeraar betwist. Het expertiserapport wordt door de rechtbank terzijde geschoven omdat het niet begrijpelijk is gemotiveerd. Volgens benadeelde is er sprake van economische kwetsbaarheid, naast verlies van arbeidsvermogen en re-integratiekosten. De rechtbank overweegt eerst uitvoerig over het verlies van arbeidsvermogen. Dit wordt over een bepaalde periode toegekend. Ook wordt een vergoeding voor re-integratiekosten toegekend. Vervolgens overweegt de rechtbank: *“Met de aldus toe te wijzen bedragen wordt de bijdrage van het enkelletsel aan de (al bestaande) economische kwetsbaarheid van [eiseres] geacht volledig te zijn vergoed.”* In dit vonnis geen enkele aandacht voor een definitie van de economische kwetsbaarheid, al wordt wel verwezen naar een verhoogd risico op de arbeidsmarkt. De rechtbank ziet deze kwetsbaarheid echter vervat in de reeds toegekende schade vanwege verlies van arbeidsvermogen. In deze casus is vooral discussie gevoerd over de vraag hoe de goede en kwade kansen worden geduid door partijen. De rechtbank heeft op de visies van beide partijen iets aan te merken. Het lijkt er op dat de rechtbank de economische kwetsbaarheid als onderdeel van de afweging van goede en kwade kansen beschouwt.

De Rechtbank Arnhem⁸ heeft zich kort daarvoor ook al uitgelaten over de economische kwetsbaarheid. In deze casus is sprake van lichte beperkingen en 6% blijvende invaliditeit (BI). De vraag is aan de orde wat een reële toekomstverwachting is voor benadeelde. De rechtbank concludeert dat er na 2004 geen sprake meer is van causale arbeidsongeschiktheid. Betrokkene heeft na het ongeval een omscholing ondergaan en is daarop ook weer aan het werk gegaan in min of meer vergelijkbaar beloonde functies. Vervolgens volgt de rechtbank naar mijn idee een vreemde redenering. Zij stelt: *“Gelet op al het voorgaande moet het ervoor worden gehouden dat na 2004 geen sprake meer is (geweest) van ongevalsgerelateerde arbeidsongeschiktheid en/of werkloosheid en daardoor veroorzaakte arbeidsvermogensschade. De tot en met 2004 gebleken perioden van arbeidsongeschiktheid en werkloosheid dienen redelijkerwijs wel aan de ongevalsgevolgen worden toegeschreven. Het is immers zonder meer aannemelijk dat met het herstel en het volgen van de heftruckopleiding enige tijd gemoeid zal zijn geweest, terwijl eveneens voldoende aannemelijk is dat het ongeval tijdelijk tot (extra) economische kwetsbaarheid van [eiser] heeft geleid.”*

Ook hier weer geen woord over wat economische kwetsbaarheid nu eigenlijk is. Het lijkt er in deze casus op dat de economische kwetsbaarheid als het ware wordt gezien als een immateriële component van de post verlies van verdienvermogen. Immers de periode tot en met 2004 is al voorbij ten tijde van het vonnis, zodat eventuele schade in die periode eenvoudig te berekenen is. Zodra die periode

afloopt lijkt ook de kwetsbaarheid als gevolg van het ongeval verdwenen te zijn. De rechtbank noemt de post apart, maar verwerkt hem dan weer in de post verlies van verdienvermogen.

Wij gaan iets hoger in de rechterlijke macht zoeken

Hof Arnhem⁹ buigt zich ook over deze problematiek en zegt in het arrest *“Naar het oordeel van het Hof is de vrees van A. dat zij in de toekomst gekort kan worden op haar uitkering indien zij meer dan 50% arbeidsongeschikt zou raken en dus in de toekomst schade zou kunnen lijden, te weinig specifiek en te ongewis om tot enig (toekomstig) schadebedrag te kunnen leiden nog daargelaten het antwoord op de vraag of indien deze vrees bewaarheid zou worden er causaal verband bestaat met het ongeval in 1996.”*

Het hof gaat er hier van uit dat het gestelde verlies aan verdienvermogen en het ongevalletsel niet kan worden bewezen. Toch lijkt het erop dat het hof aangeeft dat indien er geen verlies aan verdienvermogen kan worden vastgesteld er ook geen economische kwetsbaarheid kan worden aangenomen. Naar mijn mening schuift het hof dan de economische kwetsbaarheid onder de post verlies van verdienvermogen en miskent dan het op zichzelf staande begrip economische kwetsbaarheid, of, indien het hof wel zou uitgaan van een op zichzelf staand begrip, wat nu niet duidelijk wordt in het arrest, dan is het enkele feit dat er geen verlies van verdienvermogen is, onvoldoende om de economische kwetsbaarheid terzijde te schuiven. Immers ik kan nú wel geen schade lijden, maar dat wil nog niet zeggen dat ik niet kwetsbaar ben in de toekomst. De Centrale Raad van Beroep¹⁰ lijkt de economische kwetsbaarheid eveneens op te vatten als een onderdeel van het verlies van verdienvermogen. In deze casus gaat het om een beroepsmilitair met een whiplash. De vordering van benadeelde wordt uiteindelijk niet toegewezen. De rechtbank heeft eerder in deze procedure wel een onderscheid tussen de posten gemaakt, maar de raad veegt beide componenten op een hoop.

Concluderend lijkt het er op dat in de rechtspraak de economische kwetsbaarheid niet als een afzonderlijke schade-post wordt beschouwd. Het al dan niet bestaande verhoogde risico op de arbeidsmarkt wordt als onderdeel van het toekomstige verdienvermogen beschouwd. Het verlies van arbeidsvermogen is dan een uitvloeisel van de economische kwetsbaarheid. Het één kan niet zonder het ander. Economische kwetsbaarheid lijkt wel een immateriële schade die enkel kan worden gematerialiseerd door verlies van arbeidsvermogen.

Duidelijk is dat er causale beperkingen moeten bestaan, wil er überhaupt over kwetsbaarheid worden gesproken, maar daarnaast lijkt het er ook op dat dit verhoogde risico enigszins aannemelijk moet worden gemaakt. Is het onvoldoende gesteld of onderbouwd, dan wordt de vordering afgewezen, wordt althans dit risico niet in de schadeberekening meegenomen.

Praktische toepassing

Wat moeten wij hier nu mee in de praktijk van alle dag? >

In de praktijk wordt de post economische kwetsbaarheid vaak gebruikt, in de literatuur enkel benoemd en in de rechtspraak lijkt men er eerder niet aan te willen. Wellicht kunnen wij eens dieper ingaan op deze post. Eigenlijk kan de economische kwetsbaarheid kortweg omschreven worden als een verhoogd risico op toekomstig al dan niet aanvullend verlies aan verdienvermogen. De rechtspraak laat al zien dat de stellende partij wel iets aannemelijk moet maken. In dat geval moet er sprake zijn van een reëel bestaand verhoogd risico. Echter als dit risico reëel is, kan het dan niet berekend worden, dan wel geschat, als onderdeel van het toekomstige verlies van arbeidsvermogen? En, indien dit risico toch niet al te concreet is, maar wel redelijk evident, is er dan geen ruimte voor een voorbehoud.

Ik besef overigens terdege dat het maken van een tekst voor een dergelijk voorbehoud niet gemakkelijk zal zijn.

Naarmate de concreetheit van de gestelde risico's minder wordt, zal het lastiger zijn een goede redactie te vinden.

Indien een goede sluitende redactie niet kan worden gemaakt, moet je je naar mijn mening afvragen of dan een voorbehoud wel zin heeft

Naar mijn mening kun je simpelweg stellen dat, nu er enige aannemelijkheid moet bestaan, een verhoogd risico ofwel in een voorbehoud moet worden geparkeerd, ofwel in de berekening van de schade moet worden meegenomen.

Indien ik dan verder redeneer, zie ik eigenlijk geen enkele reden om een aparte te vergoeden post economische kwetsbaarheid te duiden, althans niet voor de praktische schaderegeling. De vraag die overblijft, is of een voorbehoud voor partijen wenselijk is. Dan komt de afkoop van een voorbehoud om de hoek kijken. In de praktijk is ook dat een lastig vraagstuk, maar wel één waar men in der minne altijd uitkomt. Immers, als de afkoop te duur wordt, gaat die niet door en heeft de benadeelde alsnog het voorbehoud. Aan de andere kant kan de benadeelde niet worden bewogen een zaak finaal te regelen zonder voorbehoud, indien hij wel een voorbehoud wenst. Hooguit wordt een schade dan zonder vaststellingsovereenkomst geregeld, maar daar staan de meeste verzekeraars ook niet op te wachten, zeker niet als het om grote schades gaat.

Heden ten dage wordt vaak de post economische kwetsbaarheid ingeroepen, zonder dat deze kwetsbaarheid aannemelijk wordt gemaakt. Hierboven zagen wij al dat dan sprake is van een niet reëel risico, waardoor er geen ruimte voor toekenning van deze post bestaat. Vaak genoeg wordt een beroep gedaan op de algemene bekendheid van deze kwetsbaarheid die ik hierboven de 'aangeschoten

wild'-theorie heb genoemd. Ik begrijp volkomen de ideeën die hierover in de samenleving voorkomen, maar in feite is het niet meer dan een idee, een opvatting die in theorie wel mag kloppen, maar niet past binnen een concrete schadebegroting. Gevoelens horen thuis in het smartengeld.

Terwijl in de praktijk de economische kwetsbaarheid te pas en te onpas wordt gebruikt, moet eigenlijk de vraag worden gesteld of deze post een juridische onderbouwing kent. Ik meen hierboven duidelijk te hebben gemaakt dat een juridische onderbouwing ontbreekt. Daarmee is naar mijn mening de economische kwetsbaarheid geen juridische entiteit.

Spier zegt het in zijn conclusie van 18 juni 2004¹¹ zo: "Volledigheidshalve stip ik nog aan dat het recht m.i. voldoende mogelijkheden biedt voor slachtoffers in gevallen waarin later blijkt dat hun (inkomens)schade (aanzienlijk) hoger is dan aanvankelijk werd aangenomen en waarin een aansprakelijke persoon voorhanden is."

Afsluitende beschouwing

Het NPP is doende met het opstellen van een richtlijn voor economische kwetsbaarheid. Ik hoop met dit artikel te hebben aangegeven dat hiervoor eigenlijk geen reden bestaat. Wat overblijft, is een richtlijn om een afkoopsom vast te stellen voor (mogelijke) risico's in de toekomst. Ik vraag mij af of de praktijk hierop zit te wachten. Met de acceptatie van de richtlijn zoals die nu is voorgesteld zal in de praktijk een nieuwe schadepost worden toegevoegd, met alle problemen van dien. Immers, de jurisprudentie doet vooralsnog niets met deze post.

¹ Het verhaal van letselschade, mr. R. M. J. T van Dort, PICA 2004, p. 76.

² Mr. M. Tromp, handboek personenschade, 3030-32.

³ Mr. M. Tromp, *Personenschade in de praktijk*, 5.13.14.

⁴ Mr. R.Ph. Elzas, Vergoeding van personenschade in Nederland, A.J.Y. memo's, Mys en Breesch, 1999.

⁵ Rb. Den Haag 7 november 2007, BB8218 274227/HAZA 06-33.

⁶ Rb. Roermond 5 maart 2008, 80149/HAZA 07-436, ongepubliceerd.

⁷ Rb. Arnhem 29 augustus 2007, LJN BB3640 149614.

⁸ Rb. Arnhem 8 augustus 2007, LJN BB2000 151876.

⁹ Hof Arnhem, 28 maart 2006 2003/1227 L&S 2006, 71.

¹⁰ CRvB 28 september 2006, AY8657.

¹¹ Conclusie A-G Spier bij HR 29 oktober 2004, AR1531 C03/191HR.

Whiplash en de nieuwe richtlijnen van de NVvN

Het artikel van mr. P.C. Knijp - PIV-Bulletin, 2008, 5/6, p. 9 e.v. - toont hoezeer een jurist en een arts een andere taal spreken.

De stelling dat “een neurologische expertise die wordt uitgevoerd conform de nieuwe richtlijnen, waarbij geen neurologische afwijkingen aan het licht komen, zal leiden tot de slotsom dat er geen beperkingen kunnen worden aangenomen”, is een vat vol misverstanden en onduidelijkheden. Ten eerste ontbreekt een essentiële toevoeging namelijk: “... door de neuroloog”.

Indien een specialist op zijn of haar vakgebied geen afwijkingen kan duiden wil dat niet per definitie zeggen dat er in het geheel geen beperkingen bestaan. De auteur spreekt zichzelf ook tegen. Gesteld wordt dat psychiaters in veel gevallen die nu als ‘whiplash’ worden bestempeld wel een (psychiatrische) diagnose kunnen stellen. Los van de vraag of deze stelling juist is, de richtlijn is in hoofdstuk 3.2 aanzienlijk genuanceerder op dit punt, komt het mij als niet onaannemelijk voor dat in geval van een psychiatrische diagnose er mogelijk toch (psychische) beperkingen in het spel zouden kunnen zijn.

Ten tweede slaat de spraakverwarring weer eens toe.

De begrippen ‘afwijking’, ‘functieverlies’, ‘beperking’ en (te objectiveren) ‘klacht’ worden in het artikel naast en door elkaar gebruikt, zonder duidelijke definiëring of het benoemen van een referentiekader.

‘Functieverlies’, in de context van een baremale beoordeling (zoals de AMA-guidelines), van oorsprong gebaseerd op het Germaanse recht, kan niet zondermeer gekoppeld worden aan het begrip ‘beperking’, zonder dit begrip nader te definiëren. ‘Beperking’ kan worden gedefinieerd binnen de beginselen van het Romeinse recht, waarbij de schade wordt uitgedrukt in waarde binnen het economische verkeer. ‘Functieverlies’, in de zin van een baremale beoordeling, kan onafhankelijk van omgevings- en persoonsgebonden factoren worden beoordeeld.

‘Beperkingen’ worden door de patiënt echter, bewust of onbewust, binnen de context van omgevings- en persoonsgebonden factoren geclaimd. Het begrip ‘beperking’ zal dus nader gedefinieerd moeten worden. De invulling van het begrip ‘beperking’ binnen de private verzekeringen is onder andere beschreven in een TNO publicatie¹ waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen ‘beperking’ en ‘beperking in verzekeringsgeneeskundige zin’.

‘Beperkingen’ (in de zin van ‘limieten’) zijn in de ideale situatie objectief kwalificeerbaar en kwantificeerbaar. Anders gezegd: functionele, meetbare beperkingen/mogelijkheden. Het betreft per definitie een statische waarde, ofwel een momentopname. Binnen deze definitie van

J. Bronsema

Verzekeringsarts/RGA

‘beperking’ kan een verband bestaan met ‘functieverlies’, bijvoorbeeld zoals weergegeven in het referentiekader van de ICIDH².

‘Beperkingen in verzekeringsgeneeskundige zin’ (in de zin van ‘restricties’) zijn de vertaalslag in dynamische zin, waarbij zaken als prognose, herstelgedrag, best mogelijke behandelmogelijkheid, specifieke beroepseisen, wenselijkheden, mogelijkheden en reactivering worden meegewogen.

Binnen de beoordeling van ‘beperkingen in verzekeringsgeneeskundige zin’ is dus niet altijd het “niet kunnen” de norm, maar kan een combinatie van “niet kunnen” en “wat is wenselijk” de uitkomst van de beoordeling bepalen. De vraag naar verzekeringsgeneeskundige beperkingen is het kennisdomein van de verzekeringsarts en blijft te allen tijde een argumentatieve beoordeling en daarmee een individuele beoordeling en geen uitkomst van alleen een meetinstrument of klinische waarneming.

Op geen enkele wijze wordt in het artikel van mr. Knijp duidelijk welke definitie wordt gehanteerd.

De spraakverwarring wordt geïllustreerd door het voorbeeld van het gebroken been weer eens uit de kast te halen, met de opmerking dat een fractuur te objectiveren is, maar de begeleidende (mate van) pijn niet. De niet aflatende discussie rond causaliteit en objectiviteit. De patiënt wordt geabstraheerd uit zijn context en gereduceerd tot een fractuur. Helaas een patiënt is niet te isoleren of te reduceren. Dit is exact de achtergrond van de ontwikkeling van het ICF³ referentiekader, waarbij omgevings- en persoonsgebonden factoren als bepalend worden gezien in de beïnvloeding van stoornissen, functioneren en participatie.

Vele klachtencomplexen/syndromen zijn niet te objectiveren in de klassieke causale zin van het woord.

Binnen genoemd referentiekader blijft het probleem de verzekeringsgeneeskundige argumentatieve oordeelsvorming (naar beperkingen in verzekeringsgeneeskundige zin) en de kloof tussen de eis van objectiviteit vanuit het traditioneel biomedisch referentiekader en het geoperationaliseerde begrip objectiviteit op grond van de klachtenbeleving van de verzekerde.

De kern van de verzekeringsgeneeskunde omvat daarbij, binnen de argumentatieve beoordeling, in essentie het

toetsen op in- en externe consistentie en plausibiliteit⁴. De waarnemingen uit de buitenwereld behoren overeen te komen met wat een patiënt vertelt: externe consistentie. De ervaren beperkingen (bijvoorbeeld ten aanzien van werk) dienen overeen te komen met beperkingen in andere rollen: interne consistentie. De ervaren beperkingen moeten redelijkerwijs passen bij het medische beeld: plausibiliteit.

Gegeven de aandacht die de nieuwe richtlijn schenkt aan de mogelijke invloed van psychosociale variabelen, coping-factoren en psychische kwetsbaarheid lijkt het meer in de rede te liggen om bij WAD I en I⁵ een verzekeringsgeneeskundige expertise te overwegen, met duidelijke opgave welk referentiekader van toepassing is, dan door te modderen binnen het louter biomedisch causale model. Dit reduceert de patiënt slechts tot een nek, waaraan dan ook nog eens niets is te zien. Logisch dat een neuroloog hierop geen mate van *functieverlies* kan vaststellen. Dit zegt echter, mede afhankelijk van het toegepaste referentiekader, weinig tot niets over de mogelijke beantwoording van de vraag of er *beperkingen* in het spel zijn.

Het verdient dan ook aanbeveling om in de richtlijn aan te geven dat bij het lezen van de zin “*De commissie is van oordeel dat volgens de huidige inzichten hieraan door de neuroloog geen percentage functieverlies kan worden toegekend*” de klemtoon ligt op “... *de neuroloog* ...” en niet op “... *geen* ...”.

Voorts verdient de aanbeveling dat in richtlijnen een duidelijke begripsafbakening met vermelding van toegepaste referentiekaders wordt aangegeven, zodat niet alleen artsen onderling maar ook juristen en artsen elkaar beter gaan verstaan.

Worden met deze aanbevelingen de problemen opgelost? Ik denk het niet. Er zullen dan ongetwijfeld virtuele ‘zwarte’ en ‘witte’ lijsten van verzekeringsartsen/RGA-en gaan ontstaan. Daarom nog een laatste aanbeveling: stop het huidige tijdrovende en geldverslindende circus. Richt een externe onafhankelijke expertisedienst op, met verplichte winkelnering, welke open staat voor externe controle middels geregelde visitaties door de beroepsorganisaties. In die zin vind ik de basis van het oude model van de toenmalige GMD zo slecht nog niet.

¹ Mul CAM e.a. Schadebeoordeling en FCE-methoden. *TNO Arbeid*: Hoofddorp, februari 1999.

² WHO, *International Classification of Impairments, Disability and Handicaps*: Geneva 1980.

³ WHO, *International Classification of Functionality, Disability and Health*: Geneva 2002. Zie ook: <http://www.rivm.nl/who-fic/icf.htm>.

⁴ S. Knepper, “Claimbeoordeling”, *GAVscoop* 2006; 10 p. 4-11.

⁵ Whiplash Associated Disorder.

Naschrift mr. P. C. Knijp

In zijn reactie stelt Bronsema dat de stelling dat “*een neurologische expertise die wordt uitgevoerd conform de nieuwe richtlijnen, waarbij geen neurologische afwijkingen aan het licht komen, zal leiden tot de slotsom dat er geen beperkingen kunnen worden aangenomen*” een vat vol misverstanden en onduidelijkheden zou zijn. Daarvoor geeft Bronsema twee redenen.

In de eerste plaats zou, volgens Bronsema, uitsluitend de neuroloog geen beperkingen kunnen aannemen wanneer bij een neurologische expertise, uitgevoerd conform de nieuwe richtlijnen, geen neurologische afwijkingen aan het licht komen. Bronsema heeft op dit punt gelijk, en mij dunkt dat daarover toch bezwaarlijk misverstanden kunnen ontstaan. Aan de hierboven geciteerde zin zou - Bronsema volgend - zelfs nog kunnen worden toegevoegd “... *op neurologisch vlak*”, hoewel een dergelijke toevoeging mij om dezelfde reden wat overbodig voorkomt.

Het tweede punt dat Bronsema aandraagt graaft dieper. Het is in verband met dat tweede punt belangrijk om voor ogen te houden dat voor het toekennen van een (letsel)

schadevergoeding voldaan moet zijn aan een aantal vereisten, te weten:

- er moet sprake zijn van een onrechtmatige daad of tekortkoming;
- er moet schade zijn; en
- er moet een causaal verband bestaan tussen het hierboven genoemde handelen en de schade.

Anders gezegd: alleen die schade die het gevolg is van de onrechtmatige gedraging of tekortkoming komt voor vergoeding in aanmerking.

Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad moet voor de bepaling van de omvang van de te vergoeden schade een vergelijking worden gemaakt tussen de situatie na het ongeval, en de hypothetische situatie waarin het ongeval wordt weggedacht.

Om dat te kunnen doen, moet duidelijk zijn wat de gevolgen van het ongeval zijn.

Klachten die zich na een ongeval voordoen hoeven niet per definitie door dat ongeval te zijn veroorzaakt.

Klachten kunnen ook een andere oorzaak hebben, die losstaat van het ongeval. Het vaststellen van het letsel dat het gevolg is van een ongeval en het in kaart brengen van de

effecten die dat weer heeft op het vermogen van het slachtoffer om arbeid te verrichten, zijn nodig voor het bepalen van de omvang van de aan het slachtoffer uit te keren schadevergoeding.

Het voorgaande verzet zich tegen het laten beoordelen van whiplashletsels door de verzekeringsgeneeskundige.

Immers: in de beoordeling door de verzekeringsgeneeskundige worden, aldus Bronsema, onder meer de prognose, herstelgedrag, de best mogelijke behandelmogelijkheid, specifieke beroepseisen, wenselijkheden, mogelijkheden en reactivering meegewogen, waarbij bovendien niet altijd het “niet kunnen” de norm zou moeten zijn, aldus nog steeds Bronsema, maar een combinatie van “niet kunnen” en “wat is wenselijk” de uitkomst van de beoordeling mede zouden moeten bepalen. Wanneer een dergelijke toets wordt aangelegd, verdwijnt de toetsing aan het vereiste van het causaal verband, waarvan sprake moet zijn voordat tot toekenning van schadevergoeding kan worden overgegaan. Zelfs de beantwoording van bijvoorbeeld de vraag, of van het slachtoffer in het kader van zijn herstel niet meer had mogen worden gevergd - in het algemeen: vragen met betrekking tot de schadebeperkingsplicht - zou dan opgaan in de verzekeringsgeneeskundige expertise. En dat is niet juist want de vraag - of bijvoorbeeld een slachtoffer zich wel naar behoren heeft ingespannen om te herstellen, of om zijn resterende verdien capaciteit te gelde te maken - is in zaken, waarin sprake is van een civielrechtelijke (letsel)schadevergoedingsvordering, van juridische aard die niet door de expertiserende arts moet worden beantwoord.

In de door Bronsema gevolgde benadering staat de presentatie van de klachten door het slachtoffer centraal. De geuite klachten zijn - daar kan geen misverstand over bestaan - natuurlijk belangrijk, maar niet maatgevend in juridische zin. Immers, voordat een schadevergoeding kan worden toegekend moet vaststaan dat de klachten leiden

tot het wegvallen van arbeidsvermogen, of schade anderszins. En, minstens even belangrijk: het is zaak dat in kaart wordt gebracht waardoor die klachten zijn ontstaan.

Wanneer Bronsema in zijn benadering zou worden gevolgd, zou dat ertoe leiden dat wordt geabstraheerd van de onderliggende oorzaak van de door het slachtoffer geuite klachten. Dat is niet juist. Het is immers heel wel mogelijk dat na een ongeval bepaalde klachten ontstaan, waarvan de oorzaak losstaat van het ongeval. Erna is iets anders dan erdoor. En juist dit belangrijke aspect verdwijnt bij een verzekeringsgeneeskundige expertise, zoals die naar ik begrijp door Bronsema wordt voorgestaan, volledig uit het gezichtsveld, wat zich tegen het ‘vervangen’ van de neurologische expertise door een verzekeringsgeneeskundige expertise in vermeende whiplashgevallen verzet.

Bronsema staat een verzekeringsgeneeskundig onderzoek voor waarbij het in essentie gaat om consistentie en plausibiliteit. Dat is een onzalig voorstel, al was het maar omdat een dergelijk onderzoek niet tot gevolg heeft dat de belangrijkste vragen kunnen worden beantwoord, zoals:

- zijn de klachten een gevolg van het ongeval?
- in hoeverre leveren die klachten beperkingen op voor het verlies van verdienvermogen?
- wat is de vermoedelijke duur van die klachten?
- zijn therapeutische maatregelen mogelijk?

Bronsema zet bovendien aldus de deur naar subjectiviteit wagenwijd open. Hoe zou men kunnen beoordelen of klachten waarschijnlijk zijn, als men niet eens weet wat er in medisch opzicht aan de hand is? Oordelen over de plausibiliteit van klachten zijn dan louter afhankelijk van de subjectieve inzichten van de beoordelaar. Het lijkt mij uitermate onverstandig om in de schaderegeling deze kant op te gaan.

De betekenis van de richtlijnen bij de beoordeling van functieverlies van het postwhiplashsyndroom

Dr. H. J. Gelmers
Medisch adviseur

Bij de beoordeling van het functieverlies als gevolg van het postwhiplashsyndroom doen zich de laatste tijd, ook in dit tijdschrift, roerige discussies voor. Die zijn ontstaan nadat de Commissie Forensische Neurologie van de Nederlandse Vereniging voor Neurologie (NVvN) een nieuwe richtlijn over het postwhiplashsyndroom formuleerde (november 2007)¹ en vervolgens kort daarna een nieuwe editie van de AMA guides verscheen (januari 2008)². De nieuwe richtlijn stelt kort en bondig dat aan het postwhiplashsyndroom geen functieverlies meer kan worden toegekend. In de laatste (zesde) editie van de AMA guides wordt voor het eerst van 'chronic whiplash' gesproken en blijkt, dat het functieverlies met een percentage tussen de 1 en 3% kan worden gewaardeerd. Welke maatstaf moet nu worden gehanteerd? Het valt te begrijpen dat de partijen, die bij het letselschadeproces zijn betrokken, daarover van mening verschillen. Dit artikel gaat over de betekenis van de richtlijnen in relatie tot de AMA guides in geval van de beoordeling van het postwhiplashsyndroom.

De AMA guides

De AMA guides (*Guides to the Evaluation of Permanent Impairment van de American Medical Association*) zijn voortgekomen uit een dertiental artikelen, die sinds 1958 zijn verschenen over de beoordeling van blijvend functieverlies van verschillende lichamelijke aandoeningen. In 1971 zijn die artikelen gebundeld tot de eerste editie van de AMA guides³. Sindsdien hebben de Guides zich ontwikkeld als de meest gezaghebbende maatstaf voor de bepaling van blijvend functieverlies. Met enige regelmaat verschijnt er een nieuwe editie, waarin de nieuwste inzichten zijn verwerkt.

In het verleden bleken de Guides niet altijd volledig en soms onduidelijk (voor de Nederlandse situatie). Om daarin tegemoet te komen hebben verschillende beroepsverenigingen (van medische specialisten) richtlijnen opgesteld, bedoeld om de AMA guides aan te vullen. Een dergelijke onduidelijkheid betrof het postwhiplashsyndroom.

Het postwhiplashsyndroom en de richtlijn van 2001
Het postwhiplashsyndroom werd (tot aan de zesde editie)

in de AMA guides niet genoemd. Hoewel de diagnose postwhiplashsyndroom (of niet) zelden aan twijfel onderhevig is, heeft de Commissie Forensische Neurologie (de commissie) van de NVvN in 2001 een richtlijn over het postwhiplashsyndroom⁴ uitgegeven. Daarin verwoordde de commissie dat het postwhiplashsyndroom een chronisch pijnsyndroom was. Daarmee had kunnen worden volstaan, omdat de toenmalige vijfde editie van de AMA guides de mogelijkheid bood om chronische pijn te waarderen. Maar de commissie ging verder en formuleerde een zestal voorwaarden waaraan de klachten moesten voldoen om van het postwhiplashsyndroom te mogen spreken. Voorts kon de commissie meegaan met een functieverlies van 0 - 8%, waarvan de uiteindelijke vaststelling een subjectief element inhield, omdat het aan de inzichten, ervaring en door de vergelijking met gevallen van vergelijkbare ernst aan de deskundige werd overgelaten.

Het postwhiplashsyndroom en de richtlijn van 2007

De richtlijn van 2001 stemde allerm minst tot tevredenheid tussen de partijen. Een belangrijke grief vormde het toekennen van functieverlies, terwijl geen afwijkingen konden worden geobjectiveerd. De commissie voelde dit uiteindelijk ook zo en kon zich vervolgens in haar nieuwste richtlijn (2007) niet meer vinden in het toekennen van functieverlies op grond van uitsluitend klachten, ook al konden er asymmetrische bewegingen van de nek en plaatselijke spierhypertonie worden vastgesteld. Het eerdere standpunt, dat het postwhiplashsyndroom moest worden beschouwd als een chronisch pijnsyndroom, werd gehandhaafd.

Nieuwe ontwikkelingen in de AMA guides

De zesde editie van de AMA guides gaat uit van de ICF (*International Classification of Functioning, Disability and Health*)⁵. Die steunt in belangrijke mate op de ICD (*International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems*), inmiddels de tiende revisie⁶. De ICD is het bekendste en meest gebruikte systeem van ziekteclassificatie. Het wordt als een ethologisch raamwerk gezien, waar in Nederland de Landelijke medische Registratie (LMR) op berust, terwijl er ook gebruik van wordt gemaakt bij het formuleren van de Diagnose Behandel Combinaties (DBC's).

In de ICF wordt het menselijk functioneren bij gezondheidsproblemen op systematische wijze geordend en vanuit een drietal perspectieven beschouwd: het menselijke organisme, het menselijke handelen en de deelname aan het maatschappelijke leven. Het (falende) functioneren

moet gerelateerd zijn aan een gezondheidsprobleem en gebaseerd zijn op een diagnose, waarmee de ICF classificatie een aanvulling vormt op de ICD.

In de zesde editie van de AMA guides is de ICF centraal gesteld. Niet meer de oorzaak van een ziekte, waarbij morfologische definities worden gehanteerd, is de toets, maar het menselijk functioneren. Niet langer vormen de afwijkingen bij lichamelijk onderzoek de basis voor het toekennen van functieverlies, maar het tekort schieten van het menselijk functioneren. De termen stoornis, beperking en handicap zijn vervangen door een classificatie van activiteiten en participaties. In de zesde editie van AMA guides wordt deze fundamentele verandering aangeduid als de 'paradigma shift'.

Als consequentie van deze paradigma shift is in de zesde editie van de AMA guides de toets voor de activiteiten van het dagelijkse leven (ADL) uitgebreid. In vorige edities ging de toets daarvan niet verder dan de beoordeling van de zelfverzorging en de mobiliteit binnenshuis. Het moeilijkste element was het zonder hulp in bad kunnen gaan, maar de meeste mensen stellen meer eisen aan het leven. Aan die eisen is in de AMA guides tegemoet gekomen door een lijst met 'instrumentele' activiteiten van het dagelijkse leven (iADL) toe te voegen, waaronder (bijvoorbeeld) het opvoeden van kinderen, boodschappen doen, beheer van de financiën, het kunnen zorgen voor anderen enzovoort.

Het postwhiplashsyndroom en de AMA guides zesde editie

De zesde editie van de AMA guides stellen als voorwaarde, dat klachten en verschijnselen moeten berusten op een diagnose. In de ICD (tiende revisie) worden onder de code S13.41 en S13.42 acute respectievelijk chronische klachten (na 'whiplash') als ziekteverschijnselen beschouwd. Welke klachten aanwezig dienen te zijn om (tenminste) van het acute dan wel chronische postwhiplashsyndroom te mogen spreken is een kwestie van definitie. In de Quebec Task Force⁷ wordt een dergelijke definitie gegeven, maar ook in de richtlijn Diagnostiek en behandeling van mensen met *Whiplash Associated Disorder* I/II van de NVvN in 2006⁸ wordt de diagnostiek uitvoerig behandeld.

Het belangrijkste onderzoeksinstrument in de zesde editie van de AMA guides is (met enkele uitzonderingen) de anamnese. Op grond van de anamnese (uitgaande van de diagnose) wordt een geschikt notatiemodel ('template') gekozen. Dat notatiemodel is tabel 17.2, p. 564, waarin van 'chronic whiplash' wordt gesproken. Uit de tabel volgt het voorlopige functieverlies, dat 2% bedraagt⁹. Op grond van aanpassingsfactoren ('grid modifiers', de bevindingen van het lichamelijk dan wel neurologisch onderzoek, de bevindingen van het aanvullende onderzoek en de functionele mogelijkheden van de onderzochte) wordt een aanpassingscoëfficiënt berekend, die het voorlopige functieverlies modificeert tot ten hoogst 3% en tenminste 1%¹⁰. Door op deze manier het functieverlies te bepalen is er geen sprake meer van een keuze en is het subjectieve element nagenoeg uitgesloten.

De richtlijn 2007 en de AMA guides zesde editie

Met de opvatting dat geen functieverlies kan worden toegekend, wanneer geen afwijkingen kunnen worden vastgesteld, volgt de commissie in haar richtlijn van 2007 niet de voortschrijdende inzichten in het menselijk functioneren bij gezondheidsproblemen. Ook gaat de richtlijn voorbij aan de opvatting, dat klachten een functieverlies kunnen inhouden, wanneer die aanleiding zijn voor stoornissen in het menselijk handelen en deelname aan het maatschappelijke leven verhinderen. De commissie keert zich daarmee tegen de voortschrijdende inzichten en gangbare concepten van functieverlies, die gebruikelijk zijn in de rest van de wereld en het is moeilijk voor te stellen, dat dit de bedoeling is geweest van de commissie.

Door te stellen dat het postwhiplashsyndroom als een chronisch pijnsyndroom moet worden gezien, sluit de richtlijn van 2007 niet aan op de AMA guides. Zoals eerder aangegeven zijn de richtlijnen steeds bedoeld als een aanvulling op de AMA guides, waar die (voor de Nederlandse situatie) niet volledig of onduidelijk waren. Volgt men de richtlijn dat het gaat om een chronisch pijnsyndroom en volgt men vervolgens de AMA guides dan gaat de waardering van het postwhiplashsyndroom als pijnsyndroom niet op. Volgens AMA kan chronische pijn niet worden gewaardeerd, wanneer die deel uitmaakt van een elders in de AMA genoemde diagnose, wat het geval is voor het postwhiplashsyndroom, dat expliciet wordt genoemd.

De richtlijn van 2007 is dan ook niet meer te zien als een aanvulling, maar vormt een stellingname tegen de AMA guides. Ook dat is moeilijk voor te stellen als een bedoeling van de Commissie.

De richtlijn van 2007 is wat betreft het postwhiplashsyndroom dan ook onvolledig en tegenstrijdig en de voortschrijdende inzichten en gangbare concepten wat betreft het menselijk functioneren bij gezondheidsproblemen worden niet gevolgd. Daarmee lijkt de richtlijn van 2007 te zijn achterhaald en overbodig geworden.

De juridische context van richtlijnen

Het is onjuist te stellen, voor wie dat goed uitkomt, dat de richtlijnen prevaleren boven de AMA guides. Dat is nimmer de bedoeling geweest en nergens uitgesproken; integendeel, in de rechtspraak worden richtlijnen zelfs niet als doorslaggevend beschouwd¹¹.

De Rechtbank Roermond heeft (in 2004) uitgesproken¹², dat "de richtlijnen van een medische beroepsgroep de rechter niet binden, maar omdat de richtlijnen (van de NVvN) gezien dienen te worden als het (meest) gezaghebbende wat er (ten aanzien van het vraagstuk rond het postwhiplashsyndroom) voorhanden is, komt onmiddellijk de vraag op grond van welke maatstaven dan wel dient te worden beoordeeld?". Die maatstaven worden gevormd door de AMA guides, voor zover die niet onvolledig of onduidelijk zijn (voor de Nederlandse situatie).

Ook kan van de richtlijn worden afgeweken als de deskundige daarvoor een dragende motivering aanvoert¹³. De vraag is dan of als dragende motivering geldt dat de AMA guides kunnen worden beschouwd als de professionele

standaard. De Rechtbank Roermond sprak zich in soortgelijke zin uit: “Indien (andere) maatstaven worden gehanteerd (dan de NVvN richtlijn), komt de vraag in hoeverre die op enig draagvlak in de medische wereld kunnen rekenen”.

Als in de vaak roerige discussie over de waardering van het functieverlies (bij het postwhiplashsyndroom) geen overeenstemming kan worden bereikt tussen de partijen over de opvatting dat de AMA guides de professionele standaard zijn waaraan het functieverlies dient te worden getoetst en dat met de zesde editie van de AMA guides de NVvN 2007 overbodig is geworden omdat de AMA guides duidelijk zijn en geen aanvulling behoeven, zal de rechter moeten worden verzocht zich daar over uit te spreken.

Conclusies

De AMA guides worden wereldwijd gezien als het gezagsorgaan voor de bepaling van blijvend functieverlies. In gevallen waarin de AMA guides niet volledig of onduidelijk waren hebben de verschillende beroepsverenigingen richtlijnen opgesteld, bedoeld om de AMA guides aan te vullen. Een dergelijke onduidelijkheid betrof het postwhiplashsyndroom.

Aan de zesde editie van de AMA guides ligt een fundamentele verandering in het denkkader ten grondslag (de ‘paradigma shift’). Er wordt uitgegaan van de functiestoornis die uit een gestelde diagnose (een voorwaarde) voortvloeit, waarbij het vaststellen van afwijkingen bij lichamelijk onderzoek geen voorwaarde is.

De diagnose waarop het functiestoornis in geval van het postwhiplashsyndroom berust, wordt uitvoerig besproken in de NVvN richtlijn in 2006 Diagnostiek en behandeling van mensen met Whiplash Associated Disorder I/II.

De NVvN richtlijn van 2007 is overbodig geworden, omdat de zesde editie van AMA guides ten aanzien van

het postwhiplashsyndroom niet langer onvolledig of onduidelijk is.

¹ Nederlandse Richtlijnen voor de Bepaling van Functieverlies bij Neurologische Aandoeningen uitgegeven door de Nederlandse Vereniging voor Neurologie, Utrecht 2007.

² *Guides of the Evaluation of Permanent Impairment*. Chicago, American Medical Association, 6th edition, 2008

³ Ranavaya MI, Rondinelli, RD. *The major US disability and compensation systems: origins and historical overview*. In: Rondinelli RD, Katz RT ed. *Impairment Rating and Disability Evaluation*. Philadelphia. W. B. Saunders Co 2000:3-16.

⁴ Nederlandse Richtlijnen voor de Bepaling van Functieverlies bij Neurologische Aandoeningen, uitgegeven door de Nederlandse Vereniging voor Neurologie, Utrecht 2001.

⁵ ICF is uitgegeven bij Bohn Stafleu van Loghem, Houten 2002.

⁶ Internationale Statistische Classificatie van Ziekten en met Gezondheid verband houdende Problemen, Tiende Revisie, Deel 1-3 Geneve 1999. (In Nederlandse vertaling WHO-ICF Collaborating Centre, RIVM, Bilthoven).

⁷ W. O. Spitzer e.a. *Scientific monograph of the Quebec Task Force on Whiplash associated disorders: redefining whiplash and its management*. Spine, 20, 1S-63S, 1995.

⁸ Richtlijn van de Nederlandse Vereniging voor Neurologie betreffende Diagnostiek en behandeling van mensen met Whiplash Associated Disorder I/II, Utrecht 2006.

⁹ *Guides tot the Evaluation of Permanent Impairment*. Chicago, American Medical Association, 6th edition, 2008, p. 561 e.v.

¹⁰ *Guides tot the Evaluation of Permanent Impairment*. Chicago, American Medical Association, 6th edition, 2008, p. 582.

¹¹ Vgl. LJN BD6474, Rb. Zwolle, 126097/HA ZA 06-1351.

¹² Rb. Roermond 1 september 2004 (Mulders/Europese), JA 2004, 20.

¹³ HR 1 april 2005, LNJ AS 6006 (St. Lucas Andreas Ziekenhuis/ ZAO).

Naschrift redactie

De bijdragen van Knijp, Bronsema en Gelmers illustreren de marktbrede discussie die in de personenschaderegeling is ontstaan, nadat in november 2007 de NVvN-richtlijnen werden gewijzigd.

In een eerder stadium - PIV-Bulletin 2008, 3 - reageerde bedrijfs- en verzekeringsarts Boersma op een column van dr. Gelmers. Ten behoeve van een complete beoordeling van de discussie moeten wij verwijzen naar de publicatie van de voorzitter van de commissie forensische neurologie van de Nederlandse Vereniging voor Neurologie (NVvN) E.M.H. van den Doel, "Whiplash en de neuroloog", in TVP 2008, 1. Voorts is het van belang te wijzen op het feit dat AMA - 6 in Nederland nog niet wordt gehanteerd. De commissie forensische neurologie heeft nog geen standpunt bepaald. Immers AMA - 6 is pas verschenen na publicatie van de richtlijnen NVvN 2007. Ook door de specialistenverenigingen in andere disciplines en de GAV moeten nog standpunten worden bepaald ten aanzien van de hanteerbaarheid van AMA - 6.

Tevens verwijzen wij naar G.C. Endedijk, "Causaal verband bij personenschade; de nieuwe richtlijnen van de Nederlandse Vereniging voor Neurologie", eveneens in TVP 2008, 1 en tenslotte naar de voordracht van Van den Doel op het congres van de NVvN op 22 februari 2008. Een ander punt van aandacht is het verschil in beoordeling bij de contractuele, respectievelijk buitencontractuele situaties.

Op 14 augustus 2008 heeft de Rechtbank Amsterdam aangaande deze materie een interessante beschikking afgegeven in een verzoekschriftprocedure medisch deskundigenbericht. Tussen partijen bestond geen overeenstemming tussen de gestelde klachten en het gestelde oorzakelijk verband met het ongeval. Wat weer aanleiding was tot de vraag, welke deskundigen moesten worden benoemd en welke vraagstelling moest worden gehanteerd. De rechtbank geeft een duidelijke beslissing over deskundige en vraagstelling. De uitspraak kunt u nalezen op www.stichtingpiv.nl, onder het kopje '2008 Rb: whiplash: verzoek deskundigenbericht door revalidatiearts afgewezen, neuroloog benoemd; Rechtbank Amsterdam 14 augustus 2008 382191/HA RK 07-65, ongepubliceerd.'

In deze zaak ging het om een verzoek voorlopig deskundigenbericht door een revalidatiearts in een whiplashzaak. De rechtbank is met de verzekeraar van oordeel dat een neurologische expertise in de onderhavige kwestie het meest voor de hand ligt en benoemt Prof. Wokke. Door de verzekeraar was aangevoerd dat op basis van de nieuwe Richtlijnen van de NVvN nog steeds van belang is dat een neurologische evaluatie plaatsvindt om uit te kunnen maken of de klachten al dan niet moeten worden toegeschreven aan een aandoening van het zenuwstelsel. Bovendien werd aangevoerd dat een revalidatiearts niet specifiek is opgeleid om causale verbanden te onderzoeken en te beoordelen, maar meer gericht is op het stellen van revalidatiediagnoses.

Hoge Raad 11 juli 2007, nr. C07/010HR, LJN BC9365

Schadevergoeding bij overlijden; kostenvergoeding huishoudelijke hulp; behoeftegevoel; abstracte schadeberekening; begroting nog niet ingetreden schade

Annotatie voor JIN Jurisprudentie in Nederland, te verschijnen op 11 oktober 2008, nr. 16

Mrs. De Savornin Lohman, Kop, Numann, Van Oven, Streefkerk
(concl. A-G mr. Langemeijer)
Noot Van der Putt-van Vessem

1. In deze uitspraak heeft de Hoge Raad zich gebogen over de vraag of bij het bepalen van de behoefte van kinderen aan vervangende huishoudelijke hulp de inbreng van de nieuwe echtgenoot in de huishouding van invloed is óók wanneer geen kosten voor deze “vervangende” huishoudelijk hulp zijn of zullen worden gemaakt. Het onderhavige (voor aansprakelijkheidsverzekeraars wellicht onwelgevallige) arrest maakt duidelijk dat deze vraag ontkennend moet worden beantwoord. Wat was de casus?
2. Op 7 juni 1993 heeft een verkeersongeval met dodelijke afloop plaatsgevonden. Als WAM verzekeraar van de auto waarmee het ongeval werd veroorzaakt heeft Achmea aansprakelijkheid erkend voor de ten gevolge van het ongeval ontstane schade. De overledene vormde als moeder van twee kinderen van 7 en 4 jaar met haar man ten tijde van het ongeval een gezin. De vader werkte, zowel voor als na het ongeval, fulltime. Gedurende de uren waarop de moeder ook werkzaam was, werden de kinderen opgevangen door familie. In 1995 is de vader hertrouwd. Zijn nieuwe echtgenote, zonder eigen inkomen, had al een kind.
3. In hoger beroep staat (uitsluitend nog) centraal de vordering tot vergoeding van de door de kinderen geleden en te lijden schade uit hoofde van artikel 6:108 lid 1 sub d BW. Het Hof stelt vast dat door het gezin ten tijde van het ongeval geen afzonderlijke kosten van kinderopvang of huishoudelijke hulp werden gemaakt, terwijl het ook niet in de bedoeling lag die kosten in de toekomst te gaan maken. Het Hof wijst de vordering af op grond van het oordeel dat wanneer binnen de normale en gebruikelijke gang van zaken in het gezin kosteloos is of kan worden voorzien in de behoefte aan vervangende hulp, er geen sprake is van schade in de zin van artikel 6:108 lid 1, aanhef en onder d BW.
4. De Hoge Raad (r.o. 3.4.3) stelt vast dat voor de vraag of schade is geleden in de zin van voornoemd artikel niet aanmerking mag worden genomen dat de overblijvende ouder is hertrouwd. Hiermee zegt de Hoge Raad op zichzelf niets nieuws. In HR 28 februari 1986, NJ 1987, 100 was immers al uitgemaakt dat wanneer wel met de inbreng van de nieuwe echtgenoot rekening zou worden gehouden bij het vaststellen van de schade, de onderhoudslast ten onrechte, althans onbedoeld, in plaats van op de aansprakelijke persoon op de nieuwe partner zou worden gelegd. Fundamenteel anders dan in de onderhavige zaak is echter dat in voornoemd arrest van 28 februari 1986 sprake was van vermogensschade in de zin dat daadwerkelijk kosten werden gemaakt om in de zorgbehoefte te kunnen voorzien. Door niettemin aan te sluiten bij het arrest uit 1986 leert deze uitspraak dat bij het vaststellen van de behoefte van de kinderen aan vervangende hulp ook van de inbreng van de nieuwe echtgenoot in de huishouding mag worden geabstraheerd indien geen kosten voor vervangende hulp zijn of worden gemaakt.
5. De door de Hoge Raad gekozen benadering komt er op neer dat het in beginsel mogelijk is schadevergoeding toe te kennen zonder dat door de benadeelde concreet kosten zijn of zullen worden gemaakt. De Hoge Raad heeft in dit verband kennelijk aansluiting gezocht bij het arrest HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564 (Johanna Kruidhof). In die zaak ging het - kort en zakelijk weergegeven - om een zeer ernstig gewond kind waarvan de ouders zelf de voor genezing en herstel noodzakelijke verpleging en verzorging op zich hadden genomen, zonder daarvoor inkomen te derven. De (kern)vraag die in cassatie voorlag was of het gebruik van vrije tijd door de ouders voor vergoeding in aanmerking zou moeten komen als vermogensschade van het kind. Door de Hoge Raad werd tot uitgangspunt genomen dat het de rechter in dergelijke omstandigheden vrijstaat bij het beantwoorden van de vraag of vermogensschade is geleden te abstraheren van de omstandigheid dat geen concrete kosten zijn gemaakt of zullen worden gemaakt. Een verstrekkend oordeel, door de annotator bij dat arrest zelfs een “moedige beslissing” genoemd. Verstrekkend, omdat de consequentie van een dergelijk benadering is dat het in aansprakelijkheidsrecht gehuldigde uitgangspunt “herstel in oude toestand door volledige schadevergoeding” daarmee op de tocht komt te staan. Een aspect waar ook A-G Brunner op heeft gewezen in zijn conclusie door te stellen dat de vordering in de onderhavige kwestie kan botsten met het indemniteitsbeginsel.
6. De rechtvaardiging voor het aannemen van een derge-

lijk verstrekend uitgangspunt in de zaak Johanna Kruidhof is wel gezocht in het feit dat het hier ging om een zeer schrijnende situatie waardoor, vanuit het oogpunt van maatschappelijke wenselijkheid, vrije tijd - gespendeerd aan de gevolgen van een ongeval - voor vergoeding als geleden schade door het kind in aanmerking kon komen. Daarbij werd van belang geacht dat het ook redelijk was dat de ouders de betreffende zorg voor hun dochter niet aan derden wilden overlaten. In het arrest is door A-G Spier gepleit voor een (terughoudende) algemene redelijkheidsmaatstaf bij de beoordeling van de vraag onder welke omstandigheden abstracte schadeberekening op zijn plaats is.

7. De rechtvaardiging voor het aannemen van een dergelijk verstrekend uitgangspunt in de onderhavige kwestie is niet althans minder duidelijk herleidbaar. Klaarblijkelijk is redelijk gevonden dat de gebruikelijke taken van de nieuwe echtgenoot in een gezin, zoals huishoudelijke taken en/of opvoedingstaken, op geld kunnen worden gewaardeerd en voor rekening van de aansprakelijke dienen te komen. Het argument dat de onderhoudslast niet op de nieuwe partner mag rusten blijft derhalve ook overeind wanneer in verband met genoemde inspanningen geen concrete kosten zijn gemaakt of zullen worden gemaakt. Enige terughoudendheid zoals door A-G Spier bepleit, kan ik in het arrest niet bespeuren.
8. Hoewel in de rechtspraak op zichzelf de mogelijkheid bestaat om te abstraheren van het feit dat geen vermogensschade is geleden, zoals in de genoemde zaak

Johanna Kruidhof, leeft met deze uitspraak van de Hoge Raad meer dan ooit de vraag of het wenselijk is activiteiten in de gezinssfeer, waar in de regel geen prijskaartje aanhangt, op geld te gaan waarderen; een ontwikkeling door Lindenberg getypeerd als “*commercialisering van activiteiten in de gezinssfeer*”. Hiermee is onlosmakelijk verbonden de vraag of het maatschappelijk gezien (inderdaad) ongewenst is wanneer de “onderhoudslast van de kinderen op de nieuwe partner wordt gelegd” met name als dat niet leidt of zal leiden tot vermogensschade. Het antwoord daarop zal voor wat betreft de aansprakelijkheidsverzekeraar voluit neen luiden. Het zoeken naar een evenwicht is begonnen.

Noot van de Redactie

Wij stellen het bijzonder op prijs dat de redactie van JIN ons toestemming heeft gegeven bovenstaande annotatie eveneens op te nemen in ons bulletin.

Overigens is het opvallend dat in de commentaren op het onderhavige arrest - Zie ook AM 2008, 17 d.d. 19 september 2008 - niet wordt gerept over HR 5 juni 1981 (Hony/Tijsterman), NJ 1982, 221.

¹ Prof. mr. S.D. Lindenberg, *Verzorging en huishoudelijke hulp, onzichtbare schade op een lastig kruisvlak*, Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade 2006, nummer 4, p. 105 e.v.

In Memoriam Ben van Bekkum

(* 11 november 1950 - † 19 september 2008)

Op 19 september jl. overleed Ben van Bekkum. "Hoogverraad van het lichaam" schreven zijn vrouw en zoon.

Ben was vanaf zijn 21-ste jaar werkzaam in het verzekerings- en letselvak. Eerst bij de Zwolsche Algemeene en de afgelopen 19 jaar als schaderegelaar bij Assuraad B.V.



Ben kende zijn zaken en wist met fraai geformuleerde zinnen "papieren claimanten" zo uit te beelden dat ze gingen leven. Ben hield van taal, hij hield van zijn werk en hij hield van de mensen om hem heen. Iedere man die hij iets langer kende mocht rekenen op de begroeting "mijn jongen" en iedereen werd verhaald op talloze anekdotes. Anekdotes die hij opdeed bij het regelen van letselzaken. Hij heeft vele zaken tot een goede oplossing kunnen brengen met humor, een enorme levenslust en tomeloze energie.

We missen in hem een schaderegelaar van de oude stempel, een woordkunstenaar, een wereldmens. Groots nam hij zijn verlies.

Henk van Katwijk

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