

## CIVIELE WHIPLASHZAKEN

- Doelstelling Awb: rechtseenheid of rechtsstaat?
- Cesare Beccaria en het strafrecht
- Artikel 1F vluchtelingenverdrag: criminal charge?
- Raad van State en voorhangprocedure

P. 1140-1207 JAARGANG 90 1 MEI 2015

# 17



# Civiele whiplashzaken

## Een volgende fase

Arvin Kolder<sup>1</sup>

Na het 'standaardarrest' *Zwolsche Algemeene vs. De Greef I* en vele daarop gebaseerde lagere rechtspraak, is de afgelopen periode een tweetal 'whiplash-arresten' van de Hoge Raad verschenen. Met de door de Hoge Raad afgegeven signalen lijken nu definitief stappen gezet in een discussie, die tot nog toe in veel whiplashzaken een constructieve regeling van de schade in de weg stond. Maar het ontbreken van 'objectieve' neurologische, neuropsychologische en/of psychiatrische afwijkingen en stoornissen, hoeft het aannemen van *rechtens* relevante klachten en beperkingen niet meer in de weg te staan. De 'whiplashdiscussie' gaat daarmee een volgende fase in. In een poging alvast wat lijn aan te brengen, wordt voor dit nieuwe stadium alvast een vijftal (aandachts)punten gesignaleerd. De laatste daarvan luidt dat nu van ieder whiplashslachtoffer, op straffe van sancties, een redelijke opstelling en medewerking in het kader van de schaderegeling wordt verlangd het niet onlogisch is dat (minstens) iets vergelijkbaars zou moeten gelden voor juist (de verzekeraar van) degene die het ongeval heeft veroorzaakt.

### 1. Inleiding

De Hoge Raad heeft de afgelopen periode een tweetal arresten gewezen op het gebied van 'whiplash'.<sup>2</sup> Arresten die, ondanks dat een van de zaken onder toepassing van artikel 81 lid 1 RO werd afgedaan, van wezenlijk belang zijn voor de civiele letselschadepraktijk. Niet alleen omdat een voornaam deel van letselschade in ons land voortkomt uit 'whiplash',<sup>3</sup> maar vooral vanwege de met de verschijning van beide arresten geschapen duidelijkheid. Met de door ons hoogste rechtscollege afgegeven signalen lijken nu definitief stappen gezet in een discussie, die tot nog toe in veel whiplashzaken een constructieve regeling van de schade in de weg stond. Hiermee breekt in de 'whiplashdiscussie' ook direct een volgende fase aan, aangezien een allesomvattende oplossing (nog) niet is bereikt. Wat dit laatste betreft heeft ondergetekende, gegeven de omvang van de whiplashproblematiek en het continue 'geworstel' daarmee door velen op dossierniveau, eerder al benadrukt dat de rechtspraak gebaat zou zijn bij een 'dossieroverstijgende' aanpak.<sup>4</sup> Instanties als de Letselschade Raad en het PIV zouden gezien hun doelstellingen daar bij uitstek voor in aanmerking komen. Nu die handschoen niet wordt opgepakt blijft men aangewezen op de rechter, die maar stapsgewijs en daardoor stapvoets kan antwoorden op 'toevallig' voorgelegde vragen. Omdat het zodoende voornamelijk gaat om 'rechtensrecht', wordt in deze bijdrage niet enkel de uitkomst van voornoemd tweetal

arresten van de Hoge Raad besproken maar ook de bredere betekenis daarvan voor de rechtspraak (par. 4). Eerst kort enige aandacht voor het fenomeen 'whiplash' en de daarmee in letselschadezaken specifiek samenhangende problemen (par. 2). Ook komen de ontwikkelingen die zich de afgelopen periode in de lagere 'whiplashrechtspraak' hebben voltrokken aan de orde (par. 3). Afgerond wordt met een conclusie en vooruitblik (par. 5).

### 2. 'Medisch onverklaarbaar'

Een 'whiplash' kan worden omschreven als een acceleratie-deceleratiemechanisme waarbij krachten inwerken op de nek, dat onder meer optreedt bij auto-ongevallen, met name bij aanrijdingen van achteren of de zijkant.<sup>5</sup> Slachtoffers kunnen zich geconfronteerd zien met tal van 'typische klachten' als pijn in de nek, het hoofd, schouders en armen, duizeligheid, cognitieve problemen en ook psychologische veranderingen.<sup>6</sup> In de meeste whiplashzaken levert de vraag naar de aansprakelijkheid voor het ontstaan van het ongeval zelden problemen op.<sup>7</sup> Als het gaat om de *gevolgen* van datzelfde ongeval, ligt dit volstrekt anders: principiële discussies tussen (de belangenbehartiger van het) slachtoffer en verzekeraar staat niet zelden een zorgvuldige en voortvarende afwikkeling in de weg. Zaken worden op (te) pragmatische wijze geschikt<sup>8</sup> ofwel slepen zich eenmaal in procedure jarenlang moeizaam voort. Ter illustratie: in het in deze bijdrage te bespreken

# In de meeste whiplashzaken levert de vraag naar de aansprakelijkheid voor het ontstaan van het ongeval zelden problemen op. Als het gaat om de gevolgen van datzelfde ongeval, ligt dit volstrekt anders

arrest *Zwolsche Algemeene vs. De Greef II* ging het om een slachtoffer dat in 1990 op 37-jarige leeftijd van achteren werd aangereken. De discussie over de ongevalsgevolgen werd door de Hoge Raad evenwel in 2013, derhalve 23 jaar later(!), definitief beslecht. Aangetekend kan worden dat gelet op het deels slagen van het cassatieberoep wederom verwijzing door de Hoge Raad eigenlijk in de rede lag.<sup>9</sup> Laatstgenoemde, kennelijk van mening dat qua looptijd de grenzen wel waren bereikt – het slachtoffer mocht zich inmiddels een zestiger noemen –, deed de kwestie echter zelf af. Deze zaak staat helaas bepaald niet op zichzelf: whiplashzaken met een extreem lange looptijd zijn nog altijd aan de orde van de dag.<sup>10</sup> Dit staat in schril contrast met het streven van ‘de branche’ om de schadebehandeling in letselschadezaken binnen twee jaar na het ongeval te hebben afgerond.<sup>11</sup>

De reden dat whiplashzaken zacht gezegd geen ‘makkelijke’ letselschadezaken zijn, komt doordat de claimklachten naar hun aard (overwegend) subjectief zijn en in die zin ‘medisch onverklaarbaar’, dat naar de huidige medisch-wetenschappelijk stand geen – althans niet op algemeen geaccepteerde wijze<sup>12</sup> – onderliggende anatomische afwijkingen of beschadigingen zijn te duiden.<sup>13</sup> Niettemin redde de letselschadepraktijk zich hier aanvankelijk mee door voor voorlichting over de ongevalsgevolgen de neuroloog als expertiserend arts in te schakelen. Deze kon onder in voor zijn beroepsgroep geldende richtlijnen opgenomen voorwaarden aan ‘whiplashletsel’ een bepaald percentage functieverlies en ook beperkingen toeschrijven.<sup>14</sup> Een dergelijke (neurologische) ‘objectivering’ gaf de jurist vervolgens houvast bij de afwikkeling van de zaak. Echter, in 2007 heeft de Nederlandse Vereniging voor Neurologie (NVN) haar richtlijnen voor de bepaling van func-

tieverlies en beperkingen ingrijpend gewijzigd. Door de NVN is besloten conform de principes van de zogenoemde ‘evidence-based medicine’ alleen nog die pijnsyndromen te kwantificeren waaraan medisch ‘objectieve’ (dat wil zeggen: zichtbare) afwijkingen ten grondslag liggen.<sup>15</sup> Nu ingeval van whiplashletsel onderliggende afwijkingen als bedoeld juist ontbreken – de NVN spreekt van een ‘chronisch pijnsyndroom zonder neurologisch substraat’<sup>16</sup> –, kan de hedendaagse neuroloog daaraan, ongeacht de aard en ernst van de klachten, geen beperkingen meer toekennen.<sup>17</sup> Dit terwijl in letselschadezaken de omvang van de schadevergoedingsverplichting nu juist met name wordt bepaald door de (ongevalgerelateerde) beperkingen in het functioneren.

## 3. Lagere rechtspraak

In de eerste ‘whiplashrechtspraak’ sinds de (discussie over de betekenis van de) in 2007 gewijzigde NVN-richtlijnen, viel al gauw de lijn te bespeuren dat in civiele letselschadezaken een medicus ‘slechts’ een voorlichtende rol heeft, en de jurist – aan het einde van de rit – de beslissende stem. Zo is het uiteindelijk steeds aan de rechter om aan de hand van de bevindingen van de medisch deskundige antwoord te geven op de vraag naar het *in juridische zin* bestaan van 1. de gestelde klachten, 2. het causaal verband tussen die klachten en het ongeval en 3. de uit deze ongevalgerelateerde klachten voortvloeiende beperkingen.<sup>18</sup> In civiele whiplashzaken behoeft met betrekking tot deze drie ‘deelvragen’ aldus niet geneeskundig (lees: in medische zin) het bewijs van het gestelde geleverd te worden, maar ‘juridisch’. En naar juridische maatstaven gaat het niet om wiskundig of natuurwetenschappelijk bewijs dat strikt logisch en sluitend dient te zijn,<sup>19</sup> maar om (vol-

### Auteur

1. Mr. A. Kolder is advocaat bij PUNT Letselschade Advocaten te Emmen, tevens docent en onderzoeker aan de RUG. Veel dank aan mr. H. Vorseelman, advocaat bij PlasBossinade Advocaten & Notarissen, voor zijn commentaar op het concept.

### Noten

2. HR 20 december 2013, NJ 2014/128, m.nt. Tjong Tjin Tai (*Zwolsche Algemeene vs. De Greef II*) en HR 13 februari 2015, RvdW 2015/318 (*London vs. X*).
3. Recent is de ‘Diepteanalyse Gedragscode Behandeling Letselschade’ d.d. 11 november 2014 in opdracht van de Stichting Persoonschade Instituut van Verzekeraars

(PIV) en het Verbond van Verzekeraars, waaruit blijkt dat binnen het gehele palet van verschillende letseltypen whiplashletsel er nog altijd ‘uit springt’.

4. Kolder, *TVP* 2011-1, p. 26-27.
5. Vergelijk de in 2008 verschenen CBO-richtlijn Diagnostiek en Behandeling van mensen met Whiplash Associated Disorder I/II (ook wel: Richtlijn Whiplash).
6. Zie nader Richtlijn Whiplash, p. 13.
7. De aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis wordt hierna gemakshalve met ‘ongeval’ aangeduid.
8. Vergelijk Hof Den Bosch 19 november 2013, ECLI:GHSHE:2013:5453, waarin de pragmatische afwikkeling van een whiplashclaim een beroepsfout van de rechtsbij-

standverlener opleverde.

9. In dezelfde kwestie was HR 8 juni 2001, NJ 2001/433 (*Zwolsche Algemeene vs. De Greef I*) reeds gewezen.
10. Expliciet bijv. Hof Den Bosch 11 oktober 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BU4023; Hof Arnhem 5 juli 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BR3964. Zie ook De Hek, *TVP* 2011-2, p. 40.
11. Vergelijk Gedragscode Behandeling Letselschade (GBL) 2012, regel 8.
12. Bijv. Koerselman, *TVP* 2008-4, p. 132-133; Van den Doel, *TVP* 2011-2, p. 57-59, in reactie op Vos, *TVP* 2011-1, p. 33-36; Oskam & Reitsma, *TVP* 2014-4, p. 117-118.
13. Het gaat om de zogenoemde gevallen

van Whiplash Associated Disorder I en II. Zie voor een klinische indeling de Richtlijn Whiplash, p. 12-13.

14. Derde editie NVN-richtlijnen (2001), p. 33.
15. Vierde editie NVN-richtlijnen (2007), p. 2, 39-40, ongewijzigd in de vijfde editie (2013), p. 39-40.
16. NVN-richtlijnen 2007 en 2013, p. 40.
17. Van den Doel, *TVP* 2011-1, p. 29.
18. Kolder *TVP* 2008-4, p. 118-125 en *TVP* 2011-1, p. 1-27, alsmede ‘Whiplash: evidence-based of plausibiliteit?’, in: *Whiplash: juristen aan het woord*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 13-79.
19. De geneeskunde is van oorsprong een natuurwetenschap.



doende) 'aannemelijkheid'. Aldus kan hetgeen waarvan het bewijs in geneeskundige zin ('evidence-based') niet is te leveren,<sup>20</sup> 'juridisch' wel degelijk meetellen. Zodoende vielen aanvankelijk de Hoven Leeuwarden<sup>21</sup> en Den Bosch<sup>22</sup> op door een uitgesproken 'dossieroverstijgende' whiplashkoers. Ook van het Hof Den Haag verscheen een richtinggevend arrest.<sup>23</sup> In latere rechtspraak bevestigden het Leeuwardense<sup>24</sup> en Bossche Hof<sup>25</sup> meermaals hun koers en bekende ook het Hof Arnhem op principiële wijze kleur.<sup>26</sup> Opvallend was dat het Hof Amsterdam aanvankelijk een andere koers leek te varen. Dit hof paste in een aantal whiplashzaken namelijk het medische oordeel van de

neuroloog één-op-één in de juridische context in: was weliswaar sprake van reële klachten maar duidde de neuroloog – wegens het ontbreken van 'objectieve' afwijkingen – geen beperkingen, dan achtte het hof reeds daarmee gegeven dat geen sprake kon zijn van daarop gebaseerde schade.<sup>27</sup> Na echter in latere arresten al langzaam te zijn opgeschoven in de richting van de overige 'whiplashrechtspraak',<sup>28</sup> volgde uiteindelijk een definitieve bijstelling van de Amsterdamse lijn.<sup>29</sup> Het hof overwoog in de voorliggende whiplashzaak op principiële wijze dat het 'in een zaak als de onderhavige uiteindelijk (niet om een medische, maar) om een juridische duiding van het voor-

liggende feitencomplex gaat'. Dat de betreffende neuroloog conform zijn medische richtlijnen bij gebreke van een onderliggend medisch substraat (ook) in dit geval geen beperkingen duidde, deed niet af aan 's hofs overtuiging dat het betreffende whiplashslachtoffer 'zonder meer' schade leed wegens arbeidsongeschiktheid als

## De jurist kijkt bij de waardering van whiplashletsel verder dan 'de neurologische neus' lang is

gevolg van het haar overkomen ongeval. Met dit arrest zaten de hoogste feitenrechters – sinds de in 2007 gewijzigde NVN-richtlijnen inmiddels zes jaren, veel buitengerechtelijk 'aangemodder' en talrijke procedures verder – op één lijn: de jurist kijkt bij de waardering van whiplashletsel verder dan 'de neurologische neus' lang is. De *juridische* beoordeling is namelijk niet geschoeid op de leest van 'evidence-based medicine', maar komt neer op een (meer) feitelijke benadering in de sleutel van 'plausibiliteit'. Aldus kunnen ook zonder medisch 'objectieve' afwijkingen wel degelijk rechtens relevante ongevalgerelateerde klachten én beperkingen aangenomen worden. Zodoende is blijkens de feitenrechtspraak overigens evenmin het bestaan van 'objectieve' neuropsychologische en/of psychiatrische afwijkingen en stoornissen vereist.<sup>30</sup> Dit is van belang, omdat in whiplashzaken náást een neuroloog ter medische voorlichting ook regelmatig een neuropsycholoog (cognitieve problematiek) en/of psychiater (mentale/sociale factoren) wordt ingeschakeld.

### 4. Hoge Raad

#### 4.1. Wat vooraf ging

HR 8 juni 2001, NJ 2001/433 (*Zwolsche Algemeene vs. De Greef*) wordt wel als standaardarrest op het gebied van 'whiplash' gezien. De zaak betreft buschauffeur De Greef, die in 1990 van achteren wordt aangereden en stelt daar-

door deels arbeidsongeschikt te zijn geraakt. Uit dit arrest volgt dat voor juridisch honorabele klachten ('deelvraag 1') niet nodig is dat onderliggende medisch 'objectieve' afwijkingen zijn te duiden. Voldoende is dat objectief kan worden vastgesteld dat de klachten 'aanwezig, reëel, niet ingebeeld, niet voorgewend en niet overdreven zijn'. Voorts werd aangenomen dat ter bewijsoverlevering van het *causaal verband* met het ongeval ('deelvraag 2') evenmin 'een specifieke, medisch aantoonbare verklaring' voor de klachten nodig is. Tot slot achtte de Hoge Raad het oordeel van het hof, dat – zonder voorlichting door een verzekeringsarts en/of arbeidsdeskundige – alle beschikbare informatie tezamen redelijkerwijze reeds geen andere conclusie toelaat dan dat uit de ongevalgerelateerde 'substraatloze' klachten van De Greef ook *beperkingen* ('deelvraag 3') tot het verrichten van arbeid voortvloeien, voldoende gemotiveerd. Waar voorstanders erop wezen dat hiermee duidelijk is dat óók de Hoge Raad meent dat 'substraatloos' whiplashletsel rechtens honorabele gevolgen kan hebben, bepleitten tegenstanders dat hij louter vanwege cassatie-technische redenen niet anders kon dan het voor De Greef gunstige oordeel van het hof in stand laten. Niettemin vormde dit arrest uit 2001 de basis voor vele lagere whiplashrechtspraak nadien, waaronder met name de na de in 2007 gewijzigde NVN-richtlijnen verschenen jurisprudentie. Ondanks de duidelijke 'lijn' die gaandeweg in deze rechtspraak ontstond (zie par. 3), verstomde de principiële discussie over 'whiplash' in de praktijk maar niet en bleef zodoende een constructieve schaderegeling in de weg staan. Nog altijd werden van verzekeraarszijde op medische bevindingen gebaseerde rigide *juridische* standpunten ingenomen: nu medisch 'objectieve' afwijkingen niet zijn vastgesteld kan in relatie tot het ongeval geen sprake zijn van beperkingen (en daaruit voortvloeiende schade). Louter in het kader van een snelle pragmatische financiële afhandeling, zo luidde de boodschap dan vaak tevens nog, bestaat bereidheid uit te gaan van bepaalde beperkingen, zij het van slechts (zeer) *tijdelijke* aard. Zo schrijven advocaat Oskam en medisch adviseur Reitsma recent – zij het vóór de verschijning van het hierna te bespreken arrest *London vs. X* – nog op illustratieve wijze dat in whiplashzaken 'bij het ontbreken van een medische verklaring' categorisch hoogstens kan worden uitgegaan van een 'tot maximaal enkele jaren beperkte looptijd'.<sup>31</sup> Hiermee gaan (ook) deze auteurs 'gemakshalve' voorbij aan de overvloedige geheel anders luidende rechtspraak, en het

20. Met 'evidence-based medicine' wordt – in lijn met de NVN richtlijnen 2007 en 2013 – bedoeld op vaststellingen gestoeld op medisch 'objectieve' (lees: zichtbare) afwijkingen.

21. Hof Leeuwarden 22 juni 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BN0730; Hof Leeuwarden 10 augustus 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BN3975.

22. Hof Den Bosch 2 februari 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BN1779; Hof Den Bosch 13 juli 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BN1786; Hof Den Bosch 29 juni 2010,

ECLI:NL:GHSHE:2010:BN0292.

23. Hof Den Haag 23 september 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BH1627.

24. Hof Leeuwarden 9 oktober 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BX9658; Hof Arnhem-Leeuwarden 5 februari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ0801.

25. Hof Den Bosch 26 april 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BQ2765; Hof Den Bosch 11 oktober 2011,

ECLI:NL:GHSHE:2011:BU4023; Hof Den Bosch 15 mei 2012,

ECLI:NL:GHSHE:2012:BW5818; Hof Den Bosch 12 februari 2013,

ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ2030; Hof Den Bosch 14 mei 2013,

ECLI:NL:GHSHE:2013:CA0786; Hof Den Bosch 2 juli 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:2726; Hof Den Bosch 5 november 2013,

ECLI:NL:GHSHE:2013:5188; Hof Den Bosch 12 augustus 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:2782.

26. Hof Arnhem 5 juli 2011,

ECLI:NL:GHARN:2011:BR3964.

27. Hof Amsterdam 5 juli 2007, 05/1225;

Hof Amsterdam 26 mei 2009, 106.007.417/01 en 106.007.419/01; Hof

Amsterdam 29 april 2008, 104.004.098, alle gepubliceerd op de website van het PIV.

28. Hof Amsterdam 21 september 2010, VR 2012, 64; Hof Amsterdam 26 juni 2012, VR 2012, 133.

29. Hof Amsterdam 18 juni 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:5237.

30. Bijv. Hof Den Bosch 12 februari 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ2030 (*neuropsycholoog*); Rb. Zutphen 25 oktober 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BY1386 (*psychiater*).

31. TVP 2014-4, p. 121; *PIV-Bulletin* 2015-1, p. 1-8.

juridische kader dat daarin gedurende een proces van jaren tot stand is gekomen. Omdat zij – de rechter denkt er klaarblijkelijk anders over – het daarmee niet eens zijn, wordt met weinig gevoel voor nuance vooral getracht de ‘whiplashdiscussie’ ver terug in de tijd te werpen.

#### 4.2. HR 20 december 2013, NJ 2014/128 (Zwolsche Algemeene vs. De Greef II)

De Hoge Raad kreeg de kans zich voor een tweede keer uit te laten over de civielrechtelijke gevolgen van De Greefs ‘whiplash’. In de hoofdzaak had het hof in 1999 bij eindarrest aangenomen dat de buschauffeur ten gevolge van het ongeval in 1990 voor 50% arbeidsongeschikt is geraakt voor zijn eigen werk en volledig is beperkt in het verrichten van ander werk. Nadat de Hoge Raad in 2001 (zie par. 4.1) dit ‘plausibiliteitsoordeel’ van het hof in stand had gelaten, volgde een afzonderlijke schadestaatprocedure. Hierin werd in hoger beroep de schade becijferd op basis van 25% arbeidsongeschiktheid, omdat het hof inmiddels uit arbeidsdeskundig onderzoek was gebleken dat De Greef naast zijn werkzaamheden als buschauffeur toch nog in staat was ander betaald werk te verrichten. In cassatie klaagt De Greef dat het hof in de schadestaatprocedure ten onrechte niet is uitgegaan van ‘s hofs oordeel in de hoofdzaak, waarin van 50% arbeidsongeschiktheid werd gesproken.

Ten eerste is relevant dat de Hoge Raad, na zijn eerdere arrest in deze zaak uit 2001, in 2013 wederom de ‘plausibiliteitstoets’ van het hof uit 1999 in de hoofdzaak in stand laat. En volgens de Hoge Raad anno 2013 wel in die zin, dat De Greef in de periode vanaf het ongeval in 1990 tot 1999 wegens de uit de ongevalgerelateerde klachten voortvloeiende beperkingen niet meer dan halve dagen als buschauffeur kon werken en tot andere arbeid in het geheel niet in staat was. De Hoge Raad casseert zodoende, omdat het hof in de schadestaatprocedure voor de periode 1990-1999 ten onrechte was uitgegaan van slechts 25% arbeidsongeschiktheid. De bredere betekenis van dit oordeel van de Hoge Raad – dit maal geen twijfel over een mogelijke afdoening van louter cassatie-technische aard<sup>32</sup> – is de bevestiging dat in whiplashzaken geen sprake is van oordeelsvorming geschoeid op de leest van ‘evidence-based medicine’, maar neerkomt op een ‘plausibiliteitstoets’ aan de hand van de feiten.

Ten tweede is relevant dat volgens de Hoge Raad het hof in de schadestaatprocedure over de periode vanaf 1999 terecht de onderbouwde stelling van de verzekeraar heeft onderzocht, inhoudende dat De Greef naast zijn werk als buschauffeur nog andere betaalde werkzaamheden verrichtte. Dat daaruit na arbeidsdeskundig onderzoek volgens het hof naar voren kwam dat bij de schadebegroting vanaf 1999 moet worden uitgegaan van ‘slechts 25% – en niet 50% – arbeidsongeschiktheid, acht de Hoge Raad niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd. Dat derhalve op dit punt het cassatieberoep van De Greef faalt, is goed verklaarbaar in het licht van de in whiplashzaken aan te leggen ‘plausibiliteitstoets’. Immers, door de reële aanwijzingen dat De Greef op zeker moment naast zijn gedeeltelijke werkzaamheden als buschauffeur (toch) nog andere betaalde werkzaamheden kon verrichten, kwam de ‘plausibiliteit’ van de (omvang van de) eerder aangenomen beperkingen onder druk te staan. Van die

beperkingen kon rechtens dan ook niet langer zonder meer worden uitgegaan, en lag ter vaststelling daarvan nader onderzoek – het hof benoemde een arbeidsdeskundige – in de rede. Van bredere betekenis is verder dat in cassatie overeind blijft dat het ‘substraatloze’ whiplashletsel van De Greef óók vanaf 1999 en wel tot eindleeftijd (in casu 65 jaar) heeft geleid tot beperkingen in relatie tot het ongeval, corresponderend met 25% arbeidsongeschiktheid. Ook hier derhalve geen sporen van een natuurwetmatige insteek en evenmin van een in whiplashzaken (op

## De Hoge Raad doet de letselschadezaak van De Greef (na 23 jaar) zelf af als ware hij feitenrechter en neemt daarbij letterlijk ook zelf de rekenmachine ter hand

voorhand) – in de woorden van Oskam & Reitsma – ‘tot maximaal enkele jaren beperkte looptijd’. Moeilijk te volgen is ook Van Beurden,<sup>33</sup> die stelt dat de Hoge Raad in dit vervolgarrest uit 2013 *niet* ingaat op de vraag of naar zijn aard subjectieve klachten ook kunnen resulteren in beperkingen. Opmerkelijk is eveneens haar stelling, dat met dit vervolgarrest in de kwestie De Greef nog niets is gezegd over ‘de (mate van de) beperkingen, de duur daarvan en de (hoogte van de) schade die daaruit zou kunnen voortvloeien’. De Hoge Raad doet de letselschadezaak van De Greef (na 23 jaar) immers zelf af als ware hij feitenrechter en neemt daarbij letterlijk ook zelf de rekenmachine ter hand. Zo rekent hij met respectievelijk 50% en 25% arbeidsongeschiktheid (*mate beperkingen*), maakt onderscheid in de periodes vanaf het ongeval tot 1999 en vanaf 1999 tot einddatum (*duur beperkingen*) en komt zodoende ook tot definitief concrete bedragen (*hoogte schade*). Aldus rijst welhaast de vraag of Van Beurden over een ander arrest beschikt dan zoals gepubliceerd. En dat brengt me bij het volgende arrest.

#### 4.3. HR 13 februari 2015, RvdW 2015, 318 (London vs. X)

Wederom een whiplashzaak waarvan de afwikkeling sinds het ongeval al meer dan twintig jaar op zich laat wachten. Dit maal werd het slachtoffer in 1994 van achteren aangereden, waarvoor WAM-verzekeraar London de aansprakelijkheid erkende. Vervolgens heeft laatstgenoemde blijkens de uitvoerige conclusie van A-G Spier voor het arrest alles uit de kast gehaald om haar schadevergoedingsverplichting zo beperkt mogelijk te houden. Onder meer door, aldus Spier, in zowel hoger beroep als cassatie in ruime mate een verkeerde voorstelling van zaken te geven – ‘Wanneer ik niet zou beschikken over het procesdossier van London, zou de gedachte kunnen postvatten dat zij beschikt over andere arresten van het Hof dan ik’ – en

vele nutteloze verweren te voeren. De zaak draait – in de woorden van Spier<sup>34</sup> – om een slachtoffer dat ten tijde van het ongeval een baan op betrekkelijk bescheiden niveau van productiemedewerker had. Dit was een bewuste keuze, zodat hij de vereiste tijd kon besteden aan zijn gezin met vier jonge kinderen waarvan twee (ernstig) gehandicapt. Na het ongeval – vanwege de klachten lukte het eigen werk niet meer – werkte het slachtoffer in het kader van de letselschadezaak actief mee aan omscholing tot technisch tekenaar. Deze nieuwe functie heeft hij weliswaar enige tijd in deeltijd vervuld, maar bleek toch te zwaar in combinatie met de zorg voor het gezin. Hierbij kwam dat financiële moeilijkheden ontstonden mede door de weigering van London verdere voorschotten te verstrekken. Laatstgenoemde meende dat in relatie tot het ongeval hooguit sprake kon zijn van *tijdelijke* arbeidsongeschiktheid. Het slachtoffer belandde mede door zijn persoonlijkheidsstructuur in een ‘psychische crisissituatie’, waarna totale uitval volgde. Door het UWV werd hij volledig arbeidsongeschikt geacht wegens nekklachten, cognitieve problemen en psychische problematiek. Het slachtoffer stelt dat door het ongeval al met al een onomkeerbare situatie is ontstaan met *blijvende* arbeidsongeschiktheid tot gevolg.

De expertiserend neuroloog concludeert in relatie tot het ongeval tot een postwhiplashsyndroom inclusief cognitieve problematiek. Ondanks de ernstige klachten, ondervindt het slachtoffer ‘bij gebreke van structurele afwijkingen’ volgens de neuroloog slechts lichte, niet nader te specificeren beperkingen.<sup>35</sup> De neuroloog meent voorts dat de klachten zonder ongeval niet zouden zijn ontstaan. De expertiserend psychiater geeft aan geen diagnose te kunnen stellen, dat een stoornis op zijn vakgebied ontbreekt en *dus* op zijn vakgebied geen beperkingen zijn te duiden. Na het ongeval is er vermoedelijk wel psychiatrische problematiek geweest, met als waarschijnlijke oorzaak de thuissituatie in combinatie met financiële problemen door de geweigerde bevoorschotting, aldus de psychiater. Het slachtoffer heeft zijns inziens nog altijd ‘duidelijke’ klachten. Mede door zijn manier van hiermee omgaan, ervaart het slachtoffer volgens de psychiater daardoor ook beperkingen. Zijns inziens zou het ongeval weggedacht het leven van het slachtoffer anders zijn gelopen. Of zonder ongeval ‘ooit’ problematiek op zijn vakgebied zou zijn ontstaan, acht de psychiater speculatief en nauwelijks te beantwoorden. Tot slot wordt door de psychiater aangegeven dat zijn onderzoek betrouwbaar is verlopen, het verhaal van het slachtoffer overeenstemt met de dossiergegevens, dat geen tegenstrijdigheden of onwaarheden zijn ontdekt, het slachtoffer oprecht overtuigd is van zijn verhaal en dat nabootsing of simulatie onwaarschijnlijk is. Op basis van deze medische bevindingen betwist London dat het slachtoffer (in relatie tot het ongeval) arbeidsongeschikt is: psychiatrisch zijn geen beperkingen geduid en gelet op de door de neuroloog

slechts aangenomen lichte beperkingen is het slachtoffer in staat ‘normale werkweken’ te werken.

Het hof neemt aan de hand van de medische expertises in relatie tot het ongeval het bestaan van nek- en cognitieve klachten aan. Ook de mede door de financiële problemen later opgetreden psychische klachten brengt het hof, gelet op de ‘ruime toerekening’,<sup>36</sup> in rechtens relevant verband met het ongeval. Ten aanzien van de ‘beperkingenvraag’ oordeelt het hof dat het slachtoffer *feitelijk* volledig ongeschikt moet worden geacht om nog loonvormende arbeid te verrichten. Ter motivering wijst het hof op de neurologische expertise, waarin weliswaar van lichte beperkingen wordt gesproken, maar tevens van ernstige klachten. Ook de psychiater geeft volgens het hof aan dat reële klachten bestaan en daardoor ook beperkingen worden ervaren. De psychiater, die meent dat sprake is van een consistent en oprecht verhaal zonder tegenstrijdigheden, spreekt van een eindtoestand waarin de gelaedereerde zich geïdentificeerd heeft met een rol als whiplashslachtoffer en zijn leven daar ook naar ingericht heeft. Van belang volgens het hof is voorts dat het slachtoffer door het UWV wegens zijn whiplash(achtige) klachten volledig arbeidsongeschikt is verklaard. Voorts zijn er nog partijdeskundigenberichten van een psychiater en arbeidsdeskundige, waarin een zeer beperkte psychische draagkracht is vastgesteld en naar voren komt dat het slachtoffer wil voorkomen dat hij uit zijn fragiel evenwicht raakt. Tot slot wijst ook het hof erop dat de door het slachtoffer gegeven informatie consistent is met alle overige informatie en aldus steun vindt in de feiten. Hoewel ‘medisch’ geen (ernstige) beperkingen zijn geobjectiveerd, concludeert het hof aldus niettemin aan de hand van een ‘plausibiliteitstoets’ tot volledige en blijvende arbeidsongeschiktheid in relatie tot het ongeval.

Dit voor het slachtoffer gunstige oordeel wordt door London in cassatie integraal bestreden. Het cassatieberoep wordt zeer principieel opgetuigd: meerdere middelen stellen het gehele juridische kader zoals de afgelopen jaren in de ‘whiplashrechtspraak’ ontstaan ten gronde ter discussie. Volgens London is ‘s hofs oordeel in deze zaak exemplarisch voor een bredere lijn in de rechtspraak, die haar wortels vindt in het arrest *Zwolsche Algemeene vs. De Greef* uit 2001 en berust op een verkeerde lezing daarvan. Het cassatieberoep strekt er volgens London uitdrukkelijk mede toe deze rechtspraak ‘bij te stellen’: in plaats van het aanleggen van steeds maar een ‘plausibiliteitstoets’, moet de rechter volgens London juist aansluiten bij ‘medisch geobjectiveerde inzichten’ over schade en causaal verband. Tevens geldt volgens London de leer van de ‘ruime toerekening’ ex artikel 6:98 BW niet in whiplashzaken.<sup>37</sup>

De A-G acht het oordeel van het hof evenwel juist en toereikend gemotiveerd. Een ‘medisch aantoonbare oorzaak’ is zijns inziens niet vereist om het juridische bewijs te kunnen leveren van ongevalgerelateerde klachten en

32. De Hoge Raad gaat op dit punt zelfs contrair aan het advies van de advocaat-generaal.

33. *PIV-Bulletin* 2014-1, p. 8-9.

34. Conclusie sub 3.5.1.

35. In dit rapport uit 2005 schemert al de invloed door van de toen in 2007 nog te verschijnen ‘nieuwe’ NVN-richtlijnen.

Expertiserend neuroloog was Van den Doel, voorzitter van de neurologische commissie

die destijds de ingrijpende koerswijziging voorbereidde en ook doorvoerde.

36. The tortfeasor takes the victim as he finds him: in letselschadezaken staat een bijzondere lichamelijke/geestelijke zwakheid

en/of privésituatie niet aan toerekening ex art. 6:98 BW in de weg.

37. Zie voor een en ander de conclusie van Spier sub 5.1-5.9.

bepkeringen. Anderzijds is volgens Spier de subjectieve beleving van het slachtoffer alléén ook niet voldoende. Toch is die beleving zijns inziens niet geheel zonder gewicht: naarmate de stellingen van het slachtoffer geloofwaardiger zijn en ook worden ondersteund door ander bewijs, kan wel degelijk voldoende bewijs bestaan om die stellingen voldoende aannemelijk te achten. ‘Zekerheid’ is namelijk niet de maatstaf die geldt voor het geleverd zijn van bewijs in rechte, aldus Spier. Hij benadrukt, onder verwijzing naar artikel 152 lid 2 Rv, dat de beoordeling van de vraag of bewijs geleverd is ‘een feitelijke bezigheid’ betreft. Spier geeft nog aan dat wellicht scenario’s denkbaar kunnen zijn waarin het wél wenselijk is ‘slachtofferonvriendelijke’ regels te formuleren op het gebied van bewijslevering, zoals een regel die erop neer komt dat zonder aantoonbare medische oorzaak in beginsel geen csqn-verband mag worden aangenomen. Daarvoor moeten dan wel zeer klemmende redenen bestaan, zoals volgens Spier maatschappelijk gezien ondraaglijke schadelasten. In zaken als ‘hier aan de orde’ is daarvan volgens Spier geen sprake, temeer niet nu een controleerbare onderbouwing van verzekeraarszijde ontbreekt.<sup>38</sup> De A-G adviseert de Hoge Raad het cassatieberoep te verwerpen.

Ons hoogste rechtscollege laat vervolgens ‘s hofs ‘slachtoffervriendelijke’ arrest onder toepassing van lid 1 van artikel 81 RO in stand. Voor de praktijk zou het uiteraard fraaier zijn geweest indien de Hoge Raad zich in deze zaak wél inhoudelijk had uitgelaten. En het liefst dan ook nog eens op ‘dossieroverstijgende’ wijze. Een aantal mogelijke redenen voor het daarvan afzien, is overigens wel invoelbaar. Zo is niet ondenkbaar dat de Hoge Raad meent de consequenties in deze toch complexe materie (op dit moment) anders maar moeilijk te kunnen overzien. Ons hoogste rechtscollege laat zich op het gebied van het aansprakelijkheidsrecht tegenwoordig, zeker indien zich (potentieel) veel gelijksoortige gevallen (kunnen) voordoen, wel vaker niet in de kaart kijken.<sup>39</sup> Ook geldt dat de huidige koers van feitenrechters op het gebied van ‘whiplash’ inmiddels helder is, zodat die in de ogen van de Hoge Raad wellicht geen bijsturing behoeft. En de afgelopen periode verscheen van hemzelf natuurlijk ook al het wél ‘inhoudelijke’ arrest *Zwolsche Algemeene vs. De Greef II*. Niettemin dient in beginsel steeds voorzichtigheid te worden betracht met het toekennen van een bepaalde betekenis aan ‘81 RO-arresten’.

## Voor de praktijk zou het uiteraard fraaier zijn geweest indien de Hoge Raad zich in deze zaak wél inhoudelijk had uitgelaten

Tegen deze achtergrond kan van het onderhavige arrest mijns inziens in ieder geval *niet* gezegd worden dat zij niet van betekenis is voor de letselschadepraktijk. In cassatie stellen namelijk meerdere middelen op principiële

le wijze alle belangrijke facetten van het de afgelopen periode in de ‘whiplashrechtspraak’ ontstane juridische kader ter discussie. Naar aanleiding daarvan houdt Spier in zijn conclusie de Hoge Raad ook een keuze voor: of ‘substraatloos’ letsel in het aansprakelijkheidsrecht niet (langer) honorabel achten, dan wel een slachtoffervriendelijker benadering met het karakter van ‘plausibiliteit’. Spier kiest voor het laatste en meent zelfs dat voor het pleidooi van London ‘niets of hooguit weinig’ valt te zeggen.<sup>40</sup> Bovendien stelt Spier de keuze verder op scherp door de Hoge Raad voor te houden dat indien hij in deze zaak met het principiële betoog van London zou meegaan, laatstgenoemde gelijk krijgt dat het arrest *Zwolsche Algemeene vs. De Greef I* – waarop nadien een veelheid lagere ‘whiplashrechtspraak’ is gebaseerd – géén zelfstandige regels bevat ter juridische beoordeling van whiplashletsel.<sup>41</sup>

Indien vervolgens de Hoge Raad anno 2015 zou menen dat in feite alle feitenrechters (waaronder het Borsche Hof in de onderhavige zaak) de afgelopen jaren een verkeerde uitleg aan zijn eigen ‘standaardarrest’ uit 2001 hebben gegeven en/of vandaag de dag inzake ‘whiplash’ op een principiële onjuist spoor zitten, zou hij in de onderhavige zaak zonder twijfel hebben ingegrepen. Ons hoogste rechtscollege heeft echter integendeel ondanks het uiterst principiële cassatieberoep van London en met vijf raadsheeren in de zetel,<sup>42</sup> het ‘plausibiliteitsoordeel’ van het hof in stand gelaten. Nu bovendien geen aanleiding bestaat voor de veronderstelling dat de Hoge Raad op echt andere gronden vindt dat de klachten ex artikel 81 lid 1 RO niet tot cassatie kunnen leiden, onderschrijft hij daarbij mijns inziens de – niet mis te verstane – conclusie van de A-G. Zodoende is dit ‘81 RO-arrest’ in lijn met het hiervoor besproken arrest *Zwolsche Algemeene vs. De Greef II*. De uitspraak moet bovendien vooral worden gezien als een bevestiging van de zelfstandige betekenis van het ‘standaardarrest’ *Zwolsche Algemeene vs. De Greef I* alsmede het juridische beoordelingskader – kort gezegd: geen ‘evidence-based’ maar ‘plausibiliteit’ – dat daarop geïnspireerd de afgelopen periode in de lagere ‘whiplashrechtspraak’ tot stand is gekomen.

Tevens is nog van belang dat het onderhavige ‘81 RO-arrest’ ook licht werpt op de – voor de begroting van de uiteindelijke schade benodigde – bepaling van de hypothetische situatie zónder ongeval. Ondanks de ook daarop in cassatie door London afgevuurde giftige (principiële) pijlen, houdt evenzeer stand ‘s hofs visie dat terughoudendheid moet worden betracht met het aannemen van (ook) duurzame uitval het ongeval weggedacht. Het hof meende dat ‘onvoldoende aanknopingspunten’ bestaan voor de aanname dat de ‘psychische predispositie’ van het slachtoffer in combinatie met zijn gezinssituatie *zelfstandig*, dat wil zeggen zónder ongeval, ook tot uitval voor zijn werk zou hebben geleid. Het ging daarbij af op de expertiserend artsen, die blijkens hun rapportages geen aanleiding zagen voor de reële veronderstelling dat het slachtoffer het ongeval weggedacht baan en zorg niet zou hebben kunnen blijven combineren.

Dat pas ongeval van echt een ‘concreet aanknopingspunt’ daartoe, in dit verband ruimte bestaat voor het beperken van de looptijd van de schade wordt in de literatuur niet door eenieder onderschreven. Zo ziet De Hek in



## Ondanks de daarop in cassatie door London afgevuurde giftige (principiële) pijlen, houdt evenzeer stand 's hofs visie dat terughoudendheid moet worden betracht met het aannemen van (ook) duurzame uitval het ongeval weggedacht

whiplashzaken reeds in het opgelopen letsel zélf reden voor (discussie over) mogelijke uitval in de situatie zonder ongeval.<sup>43</sup> Medisch adviseur Lok stelt zelfs voor in whiplashzaken bij de bepaling van de situatie zonder ongeval de abstracte – in zijn ogen ‘wel evidence-based te beantwoorden’ – vraag beslissend te achten, of de gezondheidsproblemen die de betrokkene presenteert ook op enig moment *kunnen* ontstaan bij leden van de niet-getraumatiseerde bevolking.<sup>44</sup> Voor dit tweetal ‘alternatieve’ opvattingen blijft de deur vooralsnog dus dicht.

Waar het arrest *London vs. X* gezien het vorenstaande voor ‘de branche’ als geheel verdere principiële duidelijkheid geeft, geldt voor het hier individueel bij betrokken whiplashslachtoffer de wrange constatering dat zijn letselshadezaak daarmee inmiddels 21 jaar na het ongeval nog altijd niet ten einde is. Anders dan het hiervoor besproken arrest *Zwolsche Algemeene vs. De Greef II* betreft het onderhavige arrest namelijk een tussentijds cassatieberoep, door London ingesteld één dag na de comparitie waarop het hof met partijen wilde spreken over een minnelijke regeling dan wel voortprocederen over de specifieke schadeposten inclusief mogelijk zelfs nog benoeming van deskundigen.

### 5. Conclusie en vooruitblik

Na het ‘standaardarrest’ *Zwolsche Algemeene vs. De Greef I* en vele daarop gebaseerde lagere rechtspraak, is de afgelopen periode een tweetal ‘whiplasharresten’ van de Hoge Raad verschenen. Zodoende is al met al in de jurisprudentie, met als ‘vliegwiél’ de koerswijziging van de NVN in 2007, gaandeweg een duidelijke ‘whiplashlijn’ ontstaan. Het gaat er in essentie steeds om of, ondanks het ontbreken van medisch ‘objectieve’ afwijkingen, sprake is van een ‘plausibel’ patroon van klachten en beperkingen.<sup>45</sup> Deze ‘plausibiliteitstoets’ komt neer op een sterk *feitelijke* beoordeling aan de hand van alle beschikbare informatie.<sup>46</sup> Aldus behoeft het ontbreken van ‘objectieve’ neurologische, neuropsychologische en/of psychiatrische afwijkingen en stoornissen, het aannemen van *rechtens* relevante

klachten en beperkingen niet in de weg te staan. Qua bewijslevering inzake het causaal verband geldt dat evenmin ‘een medisch aantoonbare verklaring’ is vereist. Het bewijs van het csqn-verband is in beginsel geleverd, indien het slachtoffer vóór het ongeval de betreffende gezondheidsklachten niet had, de klachten op zich door het ongeval veroorzaakt kunnen worden en een alternatieve verklaring voor de klachten ontbreekt.<sup>47</sup> Tevens is ook in whiplashzaken ‘ruime toerekening’ ex artikel 6:98 BW het uitgangspunt. Een bijzondere lichamelijke of geestelijke zwakheid dan wel privésituatie zou echter wel van invloed kunnen zijn op de hypothetische situatie zonder ongeval. Terzake is terughoudendheid het uitgangspunt, in die zin dat enkel ingeval van een ‘concreet aanknopingspunt’ (ook) het ongeval weggedacht duurzame (arbeids)uitval mag worden aangenomen.<sup>48</sup>

Gelet op de principiële knopen die inmiddels in bestendige rechtspraak stevig zijn doorgehakt, gaat de ‘whiplashdiscussie’ een volgende fase in. In een poging alvast wat lijn aan te brengen, signaleer ik voor dit nieuwe stadium een vijftal (aandachts)punten.

Ten eerste is van belang dat in de rechtspraak bij de ‘plausibiliteitsbeoordeling’ van de beperkingen sprake is van een ‘tweetrapp’. Soms komen reeds na beantwoording van de vraag naar de klachten en het causaal verband (deelvragen 1 en 2’) de rechter – gezien de aard en ernst van de klachten in combinatie met de specifieke context van het slachtoffer – bepaalde daaruit voortvloeiende beperkingen reeds voldoende ‘plausibel’ voor.<sup>49</sup> Soms wordt voor een oordeel over de beperkingenvraag wél (nadere) medische voorlichting wenselijk geacht. In plaats van de neuroloog wordt daartoe doorgaans de *verzekeringsarts* ingeschakeld.<sup>50</sup> Wat de komende periode zal moeten blijken, is hoe deze zich van zijn taak kwijt en of dit – al dan niet gevolgd door een hierop voortbouwend arbeidsdeskundig onderzoek – ook werkelijk een bevredigende oplossing biedt.<sup>51</sup> In elk geval vrees ik dat bij gebreke van dossieroverstijgende initiatieven het ook hier zal aankomen op (stap-

38. Conclusie sub 5.21.1-5.24.

39. T. Hartlief, ‘Opwinding in het actuele aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht: terughoudendheid in de Kazernestraat?’, in: *Kritiek op Recht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 177-212.

40. Conclusie sub 7.69.

41. Conclusie sub 7.69, inclusief voetnoot 103.

42. Vergelijk C.E. Drion, ‘HR Watching’, *NJB* 2014/1172, afl 24, p. 1597, die wijst

op het verschil tussen zogenoemde vijf- en driezaken: in driezaken mogen kort gezegd geen nieuwe dingen gebeuren en belangrijke zaken worden steeds met vijf raadsheren in de zetel beslist.

43. *TVP* 2011-2, p. 41-43.

44. *PIV-Bulletin* 2011-1, p. 9.

45. H. Vorrsmann, ‘Whiplash: het bewijs van de beperkingen en de beperkingen van het bewijs’, in: *Whiplash: juristen aan het woord*, Den Haag: Boom Juridische uitge-

vers 2012, p. 127-147.

46. Zie voor concrete informatiebronnen en indicatoren Kolder, *TVP* 2011-1, p. 22-23.

47. In plaats van velen bijv. Hof Leeuwarden 9 oktober 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BX9658.

48. Zoals bijv. in Hof Den Haag 22 januari 2013, ECLI:GHDHA:NL:2013:BZ2176 (*Ziekte van Parkinson*).

49. Hiervan bieden (ook) de in deze bijdrage besproken arresten *Zwolsche Algemeene*

*vs. De Greef I en II*, alsmede *London vs. X* een illustratie. Uitvoerig is Vorrsmann 2012, p. 127-147.

50. In plaats van velen bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden 5 februari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ0801.

51. Zie voor mogelijke valkuilen Kolder *TVP* 2011-1, p. 24-26.

voetse) ontwikkelingen in de jurisprudentie.<sup>52</sup>

Ten tweede is 'nieuw' dat nu in de achterliggende periode vooral duidelijkheid is ontstaan over de beoordeling van de situatie mét ongeval, het (principiële) 'whiplashdebat' (verder) zal verschuiven naar de bepaling van de hypothetische situatie zónder ongeval. Dienaangaande is door de Hoge Raad met het arrest *London vs. X* inmiddels een eerste signaal afgegeven.

Ten derde zal de opstelling van bepaalde 'spelers in de markt' een andere moeten zijn: geaccepteerd moet

## Mede vanwege de 'ruime toerekening' plukte deze verzekeraar uiteindelijk zelf in financiële zin de wrange vruchten van haar (proces)houding

worden dat ook whiplashletsel kan leiden tot op beperkingen gebaseerde duurschade. Voor sommigen zal zodoende het 'nieuwe' vertrekpunt moeten zijn dat in civiele whiplashzaken wel degelijk blijvende beperkingen *kunnen* ontstaan maar zoveel mogelijk moet worden voorkomen dat dit ook werkelijk gebeurt, in plaats van het in dergelijke zaken op voorhand hardnekkig ontkennen dat überhaupt relevante beperkingen *kunnen* ontstaan (met het risico dat dit wellicht juist mede daarom alsnog gebeurt?). Het arrest *London vs. X* illustreert in dit verband – in de woorden van Spier – dat zeker professionele partijen als verzekeraars zich ervan bewust moeten zijn, dat het innemen van bepaalde standpunten in de schaderegeling van negatieve invloed op de gezondheid van slachtoffers kan zijn.<sup>53</sup> In deze zaak lag in 's hofs arrest en ook het rapport van de psychiater besloten dat de – uiteindelijk onomkeerbaar geworden – met het postwhiplashsyndroom samenhangende psychische problematiek deels op het conto van (de opstelling van) *London* kon worden geschreven.<sup>54</sup> Mede vanwege de 'ruime toerekening' plukte deze verzekeraar uiteindelijk zelf in financiële zin de wrange vruchten van haar (proces)houding.

Ook de 'houding' van Oskam en Reitsma is in dit verband illustratief. Zij blijven pleiten voor het in whiplashzaken moeten bestaan van medisch-wetenschappelijk bewijs, en hamerend op anders slechts 'tijdelijkheid' menen zij dat juist érkenning van *blijvende* beperkingen 'in afwezigheid van werkelijk letsel' c.q. 'op twijfelachtige medische gronden' schadelijke gevolgen kan hebben voor het individu. Het aannemen van blijvende beperkingen

ingeval van 'substraatloos' letsel wordt zelfs als 'onethisch' aangemerkt.<sup>55</sup> De stelling dat 's Hogen Raads arresten *Zwolsche Algemeene vs. De Greef I* en *II* alsmede *London vs. X* en ook nagenoeg alle lagere 'whiplashuitspraken' zodoende in feite 'onethisch' zijn, komt mij zacht gezegd nogal gewaagd voor. Bovendien kan bedoelde, toch wat simplistische, conclusie ook worden bereikt als van het omgekeerde wordt uitgaan. Wat immers te denken van het apodictisch erin volharden dat iemand iets kan, terwijl diegene daar ondanks onder meer een actieve opstelling en langdurige medische hulpvraag feitelijk maar niet toe in staat blijkt te zijn? Persoonlijk kan ik mij dan ook niet voorstellen dat de opvatting van Oskam en Reitsma representatief is voor 'de' verzekeraar.

Dit brengt me bij het vierde punt: waar de praktijk nu (wel) bij gebaat zou zijn is dat verzekeraars, in het bijzonder gezien de recente rechtspraak, 'boven dossierniveau' - bijvoorbeeld via vertegenwoordigende instanties als het PIV en/of Verbond van Verzekeraars – laten weten over welke principiële-juridische insteek van whiplashzaken aan hun zijde thans consensus bestaat. Dat zou vooraf belangrijke duidelijkheid op dossierniveau verschaffen, hetgeen – indachtig ook de GBL 2012 – zal bijdragen aan een voortvarender behandeling van talrijke feitelijk vergelijkbare zaken met discussies over telkens weer dezelfde rechtsvragen.

Ik rond ten vijfde af met de constatering dat van ieder whiplashslachtoffer, gezien de op hem ex artikel 6:101 BW rustende 'schadebeperkingsplicht', op straffe van sancties een redelijke opstelling en medewerking in het kader van de schaderegeling wordt verlangd. Niet onlogisch is de gedachte dat (minstens) iets vergelijkbaars geldt voor juist (de verzekeraar van) degene die het ongeval heeft veroorzaakt. Zodoende ligt gezien de in deze bijdrage besproken jurisprudentie in de lijn der verwachting dat verzekeraars, voor zover nog nodig,<sup>56</sup> hun 'whiplashbeleid' hierop zullen aanpassen. Voor zover er nog een enkele verzekeraar zou zijn die blijft volharden in inmiddels achterhaalde (principiële) standpunten waardoor een constructieve schaderegeling niet of nauwelijks van de grond komt, kan een (dreigende) claim tot extra vergoeding wegens onzorgvuldige schadeafwikkeling<sup>57</sup> en/of verdring tot volledige vergoeding van proceskosten wellicht tot preventieve prikkel dienen. •

52. Denk in ieder geval aan de ontwikkeling van een uniforme adequate instructie/vraagstelling voor de verzekeringarts en arbeidsdeskundige.

53. Conclusie sub 7.2.1.

54. Conclusie sub 3.2.

55. *TVP* 2014-4, p. 120.

56. Ik wens te benadrukken dat in de hedendaagse letselschadepraktijk uiteraard

ook diverse whiplashzaken naar volle tevredenheid van partijen onderling worden opgelost.

57. Bijv. J.L. Smeehuijzen, 'Schadevergoeding wegens onzorgvuldige afwikkeling van letselschadevorderingen', *NTBR* 2009-9 (26), p. 328-341.