



Whiplash en de beperkingenvraag

Jasper Keizer

SAP, LETSEL
SCHADE
ADVOCATEN

WAA-Lezing
28 juni 2023



Plan van aanpak

- Inleiding
- Bewijs van (bestaan van) beperkingen
- Hypothetische situatie zonder ongeval
- Maatregelen ter bevordering van herstel

Enkele eigen inleidende observaties



N=1

- Meeste personen herstellen
- Whiplash hoeft onder juiste omstandigheden en met juiste begeleiding niet tot blijvende arbeidsongeschiktheid te leiden
 - Zorg voor creëren van die omstandigheden en begeleiding
 - Financiële rust
 - Monocausaal ≠ doorbreking of ontbreken cv
 - Bijzondere persoonskenmerken (predispositie, psychische ontregeling)
- Een echt goed meetinstrument voor beperkingen bij pijnsyndromen zoals whiplash ontbreekt
 - Opleggen beperkingen anti-therapeutisch
 - Meer onderscheid beoordeling verleden, heden en toekomst?
 - Werk aan de winkel voor medisch adviseurs



Inleidende opmerkingen

Enkele vertrekpunten

- Juridisch bewijs is niet hetzelfde als natuurwetenschappelijk bewijs;
 - Vrije bewijsleer (152 Rv)
 - Pitlo/Hidma & Rutgers, Bewijs, nr. 4:

“Het juridisch bewijs onderscheidt zich van bijvoorbeeld het natuurlijkwetenschappelijk of wiskundig bewijs. In de wiskunde kennen wij het strikt logisch bewijs (...). In de rechtswetenschap is een dergelijk bewijs nimmer mogelijk. Enige mate van onzekerheid blijft altijd aanwezig. In de rechtswetenschap gaat het niet om logisch bewijs, maar om juridisch gekwalificeerd bewijs. Procespartijen moeten de rechter een redelijke mate van zekerheid bijbrengen dat de beweerde feiten en rechten in overeenstemming met de waarheid zijn.”

- HR 19 juli 2019 (ECLI:NL:HR:2019:1278, NJ 2020/391 inzake Groninger Aardbevingsschade, r.o. 2.9.5):

“Daarbij verdient opmerking dat voor bewijs in het burgerlijk procesrecht niet is vereist dat de te bewijzen feiten en omstandigheden onomstotelijk komen vast te staan. Voor bewijs kan volstaan dat de te bewijzen feiten en omstandigheden voldoende aannemelijk worden



Inleidende opmerkingen

Enkele vertrekpunten

- Tegemoetkoming bewijspositie benadeelde na vastgestelde normschending
 - Giesen 2001, Bewijs en aansprakelijkheid, p. 409 ev
 - Hartlief, verbintenissen uit de wet, nr. 224a
 - Proportionele aansprakelijkheid/omkeringsregel

- Rechtbank Rotterdam 18 juni 2019, RBROT:2019:4859

Tot op zekere hoogte komt het immers voor risico van de aansprakelijke partij dat het slachtoffer van een verkeersongeval daardoor ook klachten kan ondervinden die zich slechts in beperkte mate lenen voor objectivering.

- Rechtbank Rotterdam 23 juni 2021, RBROT:2021:5704

Voor die ruime toerekening is in dit geval geen plaats omdat de aansprakelijkheid berust op een verzekeringsovereenkomst en niet op een ongeval dat door een ander is veroorzaakt (onrechtmatige daad).

- Bij SVI in beginsel polisvoorwaarden bepalend
- Stel- en betwistplicht zijn communicerende vaten (uitkomst sterk casuïstisch)
 - 149 Rv, tweede zin
 - (Medische) informatie van vóór en na ongeval



Inleidende opmerkingen

Enkele vertrekpunten

- De “whiplash”-jurisprudentie staat niet op losse schroeven
- Hof ‘s-Hertogenbosch 30 mei 2023, GHSHE:2023:1751
Daarbij zal het hof, net zoals de rechtbank, tot uitgangspunt nemen dat de gezondheidsklachten het gevolg zijn van het ongeval als een consistent, consequent en samenhangend patroon van klachten aanwezig is en bovendien komt vast te staan dat deze gezondheidsklachten voor de aanrijding niet bestonden, terwijl die klachten op zichzelf door de aanrijding veroorzaakt kunnen worden, terwijl een alternatieve verklaring ontbreekt (gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 20 februari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:1661 en 24 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3988, Hof Amsterdam, 20 juli 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:2277 (HR: 23 december 2022, ECLI:NL:HR:2022:1944, 81 RO). Deze rechtspraak sluit aan bij Zwolsche/De Greef, ECLI:NL:HR:2001:AB2054, waarover S.D. Lindenbergh in *De Spier-bundel: de agenda van het aansprakelijkheidsrecht* (2016).
- (o.a.) Hoven Arnhem-Leeuwarden 23 februari 2021 (GHARL:2021:1759), Den Haag 8 juni 2021 (GHDHA:2021:1077) en Amsterdam 7 juli 2020 (GHAMS:2020:1986)
 - Bestonden klachten vóór ongeval?
 - Kunnen klachten op zich door ongeval worden verklaard?
 - Ontbreekt een alternatieve verklaring voor ontstaan klachten?



Inleidende opmerkingen

Enkele vertrekpunten

- Is het bestaan van gezondheidsklachten aangetoond?
- Hof Arnhem-Leeuwarden 9 april 2019, GHARL:2019:3142

Anders dan Bovemij lijkt te veronderstellen, is voor dat bewijs voldoende dat de benadeelde stelt dat hij/zij klachten heeft. *Natuurlijk zijn de verklaringen van de benadeelde - afgelegd ten overstaan van de rechter en vastgelegd in dossieraantekeningen, brieven en rapporten van behandelend artsen of in rapporten van deskundigen - cruciaal voor het te leveren bewijs.* Dat is inherent aan het object van het bewijs, de klachten die de benadeelde stelt te hebben. De enkele verklaringen van de benadeelde leveren onvoldoende bewijs op, maar moeten steun vinden in aanvullend bewijs dat voldoende sterk is en zodanig essentiële punten betreft dat zij de verklaringen van de benadeelde voldoende geloofwaardig maken. Dat aanvullend bewijs kan gelegen zijn in de informatie over de medische behandeling, in verklaringen van derden (zoals familieleden, burens, collega's) over hun ervaringen met de klachten van de benadeelde en in het oordeel van een of meer medisch deskundigen over de gestelde klachten in combinatie met het eigen onderzoek door de deskundige en de informatie uit het medisch dossier. Al deze informatie tezamen kan tot het oordeel leiden dat de gestelde klachten voldoende aannemelijk, 'plausibel', zijn. *Dat zal doorgaans het geval zijn wanneer kan worden vastgesteld dat sprake is van een consistent, consequent en samenhangend patroon van klachten.*



Inleidende opmerkingen

Enkele vertrekpunten

- Is de anamnese en klachtenpresentatie *op hoofdlijnen* voldoende consistent, consequent en samenhangend?

- Rechtbank Rotterdam 28 april 2021, RBROT:2021:3803

Voor wat betreft de overige door Allianz gestelde inconsistenties geldt dat deze zien op bijkomende details en geen betrekking hebben op de aard of frequentie van de door [naam eiseres] gestelde klachten. Daarbij is namens [naam eiseres] ter zitting verklaard dat zij weliswaar weleens fietst, maar dat dit haar klachten doet toenemen; eveneens is verklaard dat de afspraken ter zake het aantal overeengekomen te werken uren niet altijd overeenkwamen met het daadwerkelijke aantal gewerkte uren. Al met al doet het feit dat [naam eiseres] ten aanzien van een aantal bijkomende details door de jaren heen wellicht niet steeds eensluidend heeft verklaard, geen afbreuk aan het oordeel van de rechtbank dat sprake is van een consistent, consequent en samenhangend patroon van klachten.

- Situatie vóór en zonder ongeval zijn van belang
 - Hoge Raad 13 december 2002, NJ 2003/212 (B/Olifiers)
 - E.M. Deen, “Letselschade en de patiëntenkaart: een bewijsrechtelijke beschouwing”, Tijdschr. v. Civiele Rechtspleging 2010, nr 4, p 98 ev
 - Rb Midden-Nederland 15 februari 2017, RBMNE:2017:623 (r.o. 4.6)
 - Hof Arnhem-Leeuwarden 27 juli 2021, GHARL:2021:7144 (r.o. 3.17)
 - Gebruik de huisartseninformatie in je voordeel!
 - Geef het kleur/context



Bewijs van bestaan beperkingen

Algemene uitgangspunten

- Standpunt NVN niet beslissend (juridisch bewijs ≠ substraat)
- Hof Arnhem-Leeuwarden 25 februari 2020, GHARL:2020:1560

De vanaf 2007 geldende Nederlandse richtlijnen voor de bepaling van functieverlies en beperkingen bij neurologische aandoeningen van de Nederlandse Vereniging voor neurologie (NVvN) bepalen dat een postwhiplash-syndroom moet worden gezien als een chronisch pijnsyndroom zonder neurologisch substraat waaraan de neuroloog geen percentage functieverlies (en dan ook geen beperkingen) kan toekennen. In het licht van wat hiervoor is overwogen over het vaststellen van de beperkingen in de context van een civiele schadevergoedingszaak, *zal aan het oordeel van een neuroloog over het bestaan van beperkingen veelal geen beslissende betekenis toekomen.*

- Vrije bewijsleer (152 Rv)
 - Rapportages bedrijfsarts
 - Rapportages UWV
 - Rapporten AOV-verzekeraar
 - Rapportages arbeidsdeskundigen
 - Medische verslaglegging
 - Eigen verklaringen benadeelde en uit omgeving
 - Deskundigenrapport verzekeringsarts



Bewijs van bestaan beperkingen

Relevantie WIA-beoordeling

- Oordeel WIA niet zonder meer bepalend
 - Rechtbank Rotterdam 28 april 2021, RBROT:2021:3803
Uit het feit dat [naam eiseres] arbeidsongeschikt is in de zin van de sociale verzekeringswetten kan niet zonder meer worden afgeleid dat bij [naam eiseres] sprake is van schade (van de door haar gestelde omvang) in de zin van verlies aan verdienvermogen als gevolg van het ongeval. De regels die gelden voor de bepaling van de mate van arbeidsongeschiktheid ingevolge de WAO of WIA komen niet overeen met de normen waaraan een vordering vanwege verlies aan verdienvermogen in een onrechtmatige daad actie dient te worden getoetst. Het is mogelijk dat het feit dat [naam eiseres] niet werkt niet (uitsluitend) samenhangt met fysieke en geestelijke beperkingen als gevolg van het ongeval. Dit is immers niet onderzocht door de verzekeringsarts van het UWV.
- Als op basis van overige deskundigenrapporten andere oorzakelijke problematiek is uitgesloten soms wel volgen WIA in civilibus
 - Hof Arnhem-Leeuwarden 26 januari 2021, GHARL:2021:732
 - Hof 's-Hertogenbosch 5 november 2013, GHSHE:2013:5188
 - Hof Amsterdam 2 juli 2013, GHAMS:2013:2216
Het moge zo zijn dat de te hanteren maatstaven in het sociale verzekeringsrecht enerzijds en het privaatrecht anderzijds verschillen en dat die omstandigheid veelal met zich meebrengt dat een deskundigenrapport dat is opgesteld ten behoeve van een beoordeling in het ene rechtsgebied niet bruikbaar is in het andere, maar dat hoeft niet altijd het geval te zijn



Bewijs van bestaan beperkingen

Minder zware eisen aan bewijs beperkingen verleden?

- Rechtbank Rotterdam 3 november 2021, RBROT:2021:10870
 - Ongeval 2 april 2008
 - Per 1-4-2010 WIA op basis van 100 % a.o. (WGA)
 - AD-begeleiding mag niet baten
 - Neurologische expertise 5 maart 2014 (WAD, o.g.v. NVN geen beperkingen)
 - Per 19 oktober 2017 beslissing UWV a.o. 62,59 %, waartegen bezwaar

Op zichzelf voert Allianz terecht aan dat de vaststelling of en in welke mate [naam eiser] als gevolg van zijn gezondheidsklachten, waarvan hiervoor is vastgesteld dat deze in causaal verband staan tot het ongeval, (lichamelijke) beperkingen ondervindt waardoor hij in zijn functioneren gehinderd wordt, een (onafhankelijke) verzekeringsgeneeskundige beoordeling vergt en dat pas na een (onafhankelijke) arbeidskundige beoordeling kan worden vastgesteld of en in hoeverre de vastgestelde beperkingen tot verlies aan verdienvermogen hebben geleid en zullen leiden. De rechtbank is voorts met Allianz van oordeel dat uit het feit dat [naam eiser] arbeidsongeschikt is in de zin van de sociale verzekeringswetten niet zonder meer kan worden afgeleid dat bij [naam eiser] sprake is van schade (in de door hem gestelde omvang) in de zin van verlies aan verdienvermogen als gevolg van het ongeval. De regels die gelden voor de bepaling van de mate van arbeidsongeschiktheid ingevolge de WIA komen namelijk niet overeen met de normen waaraan een vordering vanwege verlies aan verdienvermogen in een onrechtmatige daad actie dient te worden getoetst. Het is mogelijk dat het feit dat [naam eiser] niet werkt niet (uitsluitend) samenhangt met fysieke en geestelijke beperkingen als gevolg van het ongeval.



Bewijs van bestaan beperkingen

Minder zware eisen aan bewijs beperkingen verleden?

- Rechtbank Rotterdam 3 november 2021, RBROT:2021:10870 (vervolg)
Het is echter de vraag of dit tot de conclusie moet voeren dat een volledige herbeoordeling van de gezondheidstoestand van [naam eiser] moet plaatsvinden vanaf het moment dat hem het ongeval is overkomen. Naar het oordeel van de rechtbank is daarvoor onvoldoende grond. De rechtbank neemt daarbij het volgende in aanmerking.
- Er zijn diverse pogingen gedaan om ander werk te vinden, de in gezamenlijk overleg ingeschakelde arbeidsdeskundige stelde in 2012 vast dat die mogelijkheden er niet waren
- Allianz heeft vóór 2017 nimmer aangegeven dat beoordeling UWV 2010 niet als uitgangspunt kon gelden en dat verzekeringsgeneeskundige expertise nodig was
- Allianz heeft zich er tot 2017 nimmer op beroepen dat benadeelde zijn arbeidsvermogen moest beperken en dat een verzekeringsarts de resterende arbeidsmogelijkheden onderzocht moesten worden; de discussie beperkte zich tot neurologisch (deskundigen)onderzoek
- Op een voorstel voor nieuwe re-integratiebegeleiding werd in 2017 door Allianz niet ingegaan

Mede gelet op hetgeen hiervoor onder 4.12 en 4.13 is overwogen komt het de rechtbank voor dat een herbeoordeling van de gezondheidstoestand en de daaraan gekoppelde functionele beperkingen van [naam eiser] in de periode gelegen vóór 20 oktober 2017 niet geïndiceerd is omdat dit geen redelijk doel zou dienen.



Bewijs van bestaan beperkingen

Minder zware eisen aan bewijs beperkingen verleden?

- Gerechtshof Den Haag 21 juli 2020, GHDHA:2020:2936, VR 2021/19
 - v.o. 30 november 2011
 - Per 24 augustus 2012 einde a.ovk met PostNL (fulltime procesmanager)
 - Per 29 april 2014 WIA op basis van 35-45 %
 - Via AD-begeleiding re-integratie als vinoloog, 20 u/wk als online wijnmarketeer
 - Neurologische expertise Bernsen 2016 (geen neurologische verklaring klachten, geen neurologisch bepaalde beperkingen)
 - Neuropsychologische expertise Bruins 2016: op basis van pijn en vermoeidheid beperkingen t.a.v. werken onder tijdsdruk en secundaire geheugenproblemen
 - (NB contra-rapport Verdonck leidt niet tot passeren bevindingen Bruins)

Anders dan Allianz meent, is wel onderzoek gedaan naar het bestaan van en de mate van arbeidsongeschiktheid van [geïntimeerde] . Het hof verwijst naar de eerder genoemde verzekeringskundige rapportage van het UWV (met FML) van 10 maart 2014 (...) Volgens [verzekeringsgeneeskundige] kan [geïntimeerde] slechts gemiddeld ongeveer 4 uur per dag werken en gemiddeld ongeveer 20 uur per week. Verzekeringsarts [verzekeringsarts] heeft in zijn medisch onderzoeksverslag van 10 maart 2014 gerapporteerd dat er duurzaam benutbare mogelijkheden zijn, maar dat [geïntimeerde] ook beperkingen heeft op het psycho-mentale vlak. Het hof verwijst daarnaast nog naar de hiervoor in rov. 4.13 samengevatte bevindingen van [revalidatiearts 1] , die eveneens wijzen op (al dan niet) gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid van [geïntimeerde]



Bewijs van bestaan beperkingen

Minder zware eisen aan bewijs beperkingen verleden?

- Gerechtshof Den Haag 21 juli 2020, GHDHA:2020:2936, VR 2021/19 (vervolg)

Hoewel partijen nog niet zijn gekomen tot het gezamenlijk benoemen van een verzekeringsgeneeskundige en een arbeidsdeskundige, is het hof op grond van de thans beschikbare gegevens, als bedoeld in rov. 4.16, voorlopig van oordeel dat [geïntimeerde] als gevolg van het ongeval klachten en beperkingen heeft die leiden tot gedeeltelijke arbeidsgeschiktheid.

Nu blijkt de voornoemde medische stukken de klachten en beperkingen, en de daarmee gepaard gaande arbeidsongeschiktheid, van [geïntimeerde] voortduren, is voorshands voldoende aannemelijk dat zijn inkomensverlies nog zal toenemen. Anders dan Allianz, ziet het hof vooralsnog geen aanwijzingen dat dit inkomensverlies door [geïntimeerde] in redelijkheid en op afzienbare termijn kan worden gecompenseerd door (aanvullende) inkomsten uit zijn activiteiten in de wijnbranche. Dat [geïntimeerde] na de beschikking van de rechtbank nog extra kosten heeft gemaakt is voorts - als zodanig - niet bestreden. Over de exacte omvang van het te vergoeden inkomensverlies en de toewijsbaarheid (en hoogte) van de gemaakte kosten dient nog door de rechtbank te worden beslist in de zaak ten principale. Het valt niet te verwachten dat binnen afzienbare tijd een regeling tussen partijen zal worden getroffen of de zaak definitief zal worden beslecht, zodat [geïntimeerde] voldoende belang heeft bij een extra voorschot. Om deze redenen acht het hof een *aanvullend* voorschot op de schadevergoeding toewijsbaar in appel, dat naar redelijkheid en billijkheid wordt bepaald op € 25.000,-.



Bewijs van bestaan beperkingen

Welk beoordelingskader?

- Wie moet beperkingen vaststellen?
 - Verzekeringsarts lijkt meest aangewezen
 - Eventueel revalidatiearts *voorafgaand* om ernst pijn en invloed daarop op algemene dagelijkse leven te kwalificeren
 - Rb Gelderland 17 maart 2022, RBGEL:2022:1548
 - Rb Zeeland-West Brabant 8 maart 2023, RBZWB:2023:1847
- Hof Arnhem-Leeuwarden 25 februari 2020, GHARL:2020:1560

Indien voor die vaststelling het oordeel van een deskundige is geïndiceerd, ligt het naar het oordeel van het hof voor de hand een verzekeringsgeneeskundige tot deskundige te benoemen. Het door verzekeringsgeneeskundigen gehanteerde beperkingenbegrip sluit aan bij wat hiervoor is overwogen over de beperkingen. Bovendien geeft het verzekeringsgeneeskundig protocol Whiplash associated disorder I/II van 17 juli 2008 aan dat het ontbreken van een neurologisch substraat er niet aan in de weg staat dat de verzekeringsgeneeskundige toch beperkingen vaststelt na een “multifactoriële analyse van de actuele problematiek” op grond waarvan de verzekeringsgeneeskundige beoordeelt in hoeverre sprake is van beperkingen die passen “in een consistent en plausibel geheel van stoornissen, beperkingen en participatieproblemen”.



Bewijs van bestaan beperkingen

Verzekeringsgeneeskundig protocol WAD I/II

(p. 25): “Het verzekeringsgeneeskundig protocol (WAD) biedt een handreiking aan verzekeringsartsen voor de verzekeringsgeneeskundige beoordeling bij werknemers met WAD I of II (...). Het protocol sluit aan bij de richtlijn Diagnostiek en behandeling van mensen met Whiplash Associated Disorder I/II van de NVN en het Kwaliteitsinstituut voor de gezondheidszorg CBO en de KNGGF-richtlijn Whiplash.”

(p.28): “Vooralsnog dient langdurige WAD I/II beschouwd te worden als een syndroom, dat wil zeggen: als een typische combinatie van klachten en symptomen waarvan het precieze ontstaansmechanisme nog onbekend is. De onduidelijkheid over de exacte aard en oorzaak van langdurige WAD I/II is voor de beoordeling van de functionele mogelijkheden niet van doorslaggevend belang.”

(p.31): “Pijn is een van de centrale kenmerken van WAD I/II. Pijn is geen geïsoleerd symptoom. Ernstige pijn veroorzaakt vermoeidheid, vermindert de concentratie, tast de stemming aan, verstoort de slaap en doet de dagelijkse activiteiten afnemen. Voor veel patiënten is er een punt waarop pijn het dagelijks leven ernstig verstoort en een cascade aan gevolgen veroorzaakt.(...)

De manier waarop met de pijn wordt omgegaan, de betekenis die aan de pijn wordt toegekend en emoties als depressie en angst, hebben grote invloed op de gevolgen van pijn, waaronder die voor het functioneren.”



Bewijs van bestaan beperkingen

Verzekeringsgeneeskundig protocol WAD I/II, p 48

Bij WAD I/II is per definitie geen sprake van neurologische afwijkingen of wervelletsel. Voortzetting of hervatting van arbeid zal bij WAD I/II geen organische schade veroorzaken. Dat neemt niet weg dat WAD I/II een aandoening is die gepaard kan gaan met een grote diversiteit aan klachten, stoornissen en beperkingen van functionele mogelijkheden.

De verzekeringsarts verricht een multifactoriële analyse van de actuele problematiek en beoordeelt op grond hiervan of en in hoeverre bij de werknemer sprake is van beperkingen die passen in een consistent en plausibel geheel van stoornissen, beperkingen en participatieproblemen.(...) Hij is zich er bovendien van bewust dat langdurige WAD I/II weliswaar algemene kenmerken heeft, maar dat op individueel niveau sprake is van grote verschillen in aard en ernst van de stoornissen en beperkingen

De verzekeringsarts houdt rekening met de mogelijkheid van zowel fysieke als cognitieve beperkingen. De cognitieve stoornissen kunnen bijvoorbeeld verklaard worden door een chronische pijnstoornis of door comorbiditeit. Er zijn geen aanwijzingen dat de cognitieve stoornissen bij WAD I/II het gevolg zijn van morfologische of functionele neurologische schade. Als de cognitieve klachten op de voorgrond staan en de verzekeringsarts hierover onvoldoende informatie aantreft in het dossier of twijfelt op grond van het eigen onderzoek, dan overweegt hij een neuropsychologisch onderzoek. Indien hij daartoe besluit, dan moet ook de symptoomvaliditeit onderzocht worden. Als een werknemer cognitieve beperkingen heeft, dan wil dat niet altijd zeggen dat hij daarmee ook lager scoort dan de normaalwaarden die in de Functionele mogelijkhedenlijst voor aandacht en concentratie gehanteerd worden. Niettemin kunnen de beperkingen relevant zijn voor de uitoefening van het eigen beroep en voor de te duiden functies



Bewijs van bestaan beperkingen

Verzekeringsgeneeskundig protocol WAD I/II

Aandachtspunten bij de beoordeling van de functionele mogelijkheden van iemand met langdurige WAD I/II zijn:

- Specifieke voorwaarden voor persoonlijk functioneren:
 - hoog handelingstempo
 - deadlines en productiepieken
 - langer durende mentale inspanning, met name aandacht en concentratie
 - veelvuldige storingen, verschillende taken tegelijk verrichten.
- Fysieke belasting:
 - dynamische handelingen met belasting van de halswervelkolom en de schoudergordel
 - statische belastingen met belasting van de halswervelkolom en de schoudergordel
 - energetisch belastende dynamische handelingen, bijvoorbeeld lopen, traplopen, tillen, dragen, frequent uitgevoerde handelingen
 - energetisch belastende statische houdingen, bijvoorbeeld langdurig staan.
- Aanpassing aan omgevingseisen, bijvoorbeeld gebruik van beschermende middelen en ondergaan van lichaamstrillingen.
- Werktijden.

(Voorwaarden t.a.v. sociaal functioneren worden niet genoemd)

- NB: Urenbeperking in FML-systematiek
 - voor algemeen gangbare arbeid (los van overige voorwaarden)
 - dus niet automatisch voor maatgevende/passende arbeid



Bewijs van bestaan beperkingen

Resterende problemen/vragen

- VG-protocol WAD I/II bij gebrek aan beter of best practice?
 - Probleem maatmanbeoordeling/strikte toepassing urencriterium
 - FML richt zich op (loonvormende) arbeid.
 - Is arbeid-privé (nog) wel in balans/welke opofferingen mogen geveerd?
- Welke verzekeringsarts is voldoende in staat goede civiele beoordeling?
 - Onderscheid (inschatting) heden en toekomst
 - Vraag verschil (subjectief) ervaren beperkingen en bevestigde beperkingen te benoemen, en naar mogelijke verklaring(en)verschil
- Hoe kunnen we beperkingen als gevolg van chronische pijn vaststellen?
 - Opleggen blijvende beperkingen kan anti-therapeutisch zijn
 - Is standaard npo wel in staat subtiele beperkingen te objectiveren?
 - AP 2023, nr 2, p. 28 ev “Hoe de onzichtbare gevolgen van hersenletsel zichtbaar worden met de PRPP@Work”, mw Jansen-Polak
- Rol medisch adviseurs
 - Kom tot een beter toetsingskader geschikt voor civiele beoordelingen
 - Wat zijn de actuele wetenschappelijke inzichten over pijn(syndromen)?
 - Oorzaken / Invloed op dagelijkse leven
 - Meten/weten
 - Effectieve behandeling / herstel



Hypothetische situatie zonder ongeval

Uitgangspunten – bestaan a.o. is aangetoond

- Ruime toerekening “gewoon” van toepassing
 - HR 27 november 2015, NJ 2016/138 (Moonen/Vossen Laboratories);
 - HR 22 april 2022, HR:2022:590, NJ 2022/172 (onrechtmatige Tv-uitzending)
- Brunner, annotatie bij NJ 1989/751 (ABP/Van Stuyvenberg)

In de eerste plaats moet worden bedacht, dat aan mensen niet de eis kan worden gesteld, dat zij gemiddeld gezond en robuust zijn, een eis die wel aan zaken kan worden gesteld. Er zijn nu eenmaal sterken en zwakken, jongeren en ouderen. Het recht moet hen allen beschermen tegen de gevolgen van onrechtmatige daden. *Wie oordeelt, dat de kwetsbaren voor eigen risico aan het maatschappelijk verkeer deelnemen, ontnemt de bescherming van het recht aan hen die deze het meest behoeven.*

Het is ongerijmd om de meer dan gemiddeld goede conditie van het slachtoffer ten gunste van de aansprakelijke persoon te doen strekken en de bijzonder kwetsbare conditie ten laste van de benadeelde te brengen. *Bovendien wordt letsel- en overlijdensschade concreet begroot, dat wil zeggen dat op de individuele omstandigheden van het slachtoffer wordt afgestemd.* Daarmee is niet te verenigen, dat voor de lichamelijke en geestelijke conditie van het slachtoffer als factor die de schadeomvang mede bepaalt, een uitzondering wordt gemaakt en het normatieve criterium van de gezondheid van de gemiddelde mens bepalend zou zijn.

Hypothetische situatie zonder ongeval



De Hoge Raad bevestigt zijn leer regelmatig

- HR 9 juni 1972, NJ 1972, 360 (posttraumatische depressie)
 - HR 21 maart 1975, NJ 1975/372 (aangereden hartpatiënt)
 - HR 2 november 1979, NJ 1980/77 (vader Versluis)
 - HR 8 februari 1985, NJ 1986/136 (Joe/Chicago Bridge);
 - HR 8 februari 1985, NJ 1986/137 (Henderson/Gibbs);
 - HR 4 november 1988, NJ 1989 /751 (ABP/van Stuyvenberg);
 - HR 13 januari 1995, NJ 1997/175 (De Heel/Korver);
 - HR 11 juni 2010, NJ 2010/332 (Sulman/Reaal);
 - HR 3 oktober 2014, NJ 2014/429 (Deurmat);
 - HR 27 november 2015, NJ 2016/138 (Moonen/Vossen Laboratories);
 - HR 17 februari 2017, NJ 2017/115 (Watermolen);
 - HR 19 juli 2019, HR:2019:1278 (Aardbeving/Gaswinningschade);
 - HR 20 september 2019, NJ 2020/233 (Schietincident de Ridderhof);
 - HR 22 april 2022, HR:2022:590, NJ 2022/172 (onrechtmatige Tv-uitzending)
-
- Predispositie staat aan vaststellen causaal verband niet in de weg
 - Predispositie kan wel rol spelen bij omvang schade

Hypothetische situatie zonder ongeval



HR 22 april 2022, HR:2022:590, NJ 2022/172 (onrm tv-uitzending)

- Hof Amsterdam 18 augustus 2020, GHAMS:2020:590

Het was voor SBS c.s. niet voorzienbaar dat eiser als gevolg van de uitzending langdurig en volledig arbeidsongeschikt zou raken wegens psychische klachten. De reactie van eiser op het voorval is extreem heftig en langdurig. *Ook als sprake was van een predispositie, konden SBS c.s. hiermee niet bekend zijn.* Het verlies van arbeidsvermogen door de voortdurende arbeidsongeschiktheid van eiser is daarom niet aan SBS c.s. toerekenbaar. Hetzelfde geldt voor de medische kosten bestaande in kosten voor psychologische hulp en de immateriële schade in verband met de psychische klachten van eiser.

- Oordeel HR

In geval van schade die bestaat in fysiek of geestelijk letsel moet het deel van die schade dat (mede) is ontstaan of verergerd door een eventuele persoonlijke predispositie van de *benadeelde waarvan niet aannemelijk is dat deze zonder de aansprakelijkheidvestigende gebeurtenis in de toekomst zou hebben geleid tot (dat deel van) die schade*, in beginsel op grond van art. 6:98 BW aan de aansprakelijke worden toegerekend

Hypothetische situatie zonder ongeval



HR 22 april 2022, HR:2022:590, NJ 2022/172 (onrm tv-uitzending)

- Vervolg HR

Het bestaan en de omvang van schade door verminderd arbeidsvermogen - waaronder pensioenschade - na een aansprakelijkheidvestigende gebeurtenis dienen te worden vastgesteld door een vergelijking te maken tussen het inkomen van de benadeelde in de feitelijke situatie na die gebeurtenis en het inkomen dat de benadeelde in de hypothetische situatie zonder die gebeurtenis zou hebben verworven. De stelplicht en bewijslast van het bestaan en de omvang van de schade liggen in beginsel op de benadeelde. *Aan de benadeelde mogen in dit verband echter geen strenge eisen worden gesteld; het is immers de aansprakelijke die aan de benadeelde de mogelijkheid heeft ontnomen om zekerheid te verschaffen omtrent hetgeen in die hypothetische situatie zou zijn geschied.* Bij de beoordeling van de hypothetische situatie komt het dan ook aan op hetgeen hieromtrent redelijkerwijs te verwachten valt. In dat verband dienen de goede en kwade kansen te worden afgewogen, bij welke afweging de rechter een aanzienlijke mate van vrijheid heeft

- Vehof/Helvetia (NJ 1998/624) ook voor “medische” beoordeling

- Vervolg HR

Hoewel het resultaat van die afweging in cassatie beperkt toetsbaar is, dient het oordeel van de rechter wel consistent en begrijpelijk te zijn. Het voorgaande betekent dat het oordeel dat redelijkerwijs te verwachten valt dat een predispositie tot nadeel zou hebben geleid in de hypothetische situatie zonder de aansprakelijkheidvestigende gebeurtenis *herleidbaar moet zijn tot concrete aanwijzingen.*

Hypothetische situatie zonder ongeval



Conclusie Hartlief 30 september 2022 (PHR:2022:883)

*“Als het reëel is om te verwachten dat de benadeelde wegens zijn bijzondere lichamelijke en/of geestelijke gesteldheid zonder ongeval **eveneens geheel of gedeeltelijk zou zijn uitgevallen**, bijvoorbeeld als gevolg van gebeurtenissen die in (vrijwel) ieders leven voorkomen (zogenoemde life events), dan ontbreekt in zoverre immers het condicio-sine-qua-non-verband tussen het ongeval en die uitval. **De rechter mag dit echter niet lichtvaardig aannemen**. Het oordeel dat redelijkerwijs te verwachten valt dat een predispositie tot nadeel zou hebben geleid in de hypothetische situatie zonder de aansprakelijkheidvestigende gebeurtenis moet herleidbaar zijn tot **concrete aanwijzingen**. Als er aanwijzingen zijn dat de benadeelde zonder ongeval met succes een bepaalde carrière zou hebben kunnen vervolgen en de rechter oordeelt op basis van een enkele, onduidelijke aanwijzing anders, zoals bijvoorbeeld aan de orde leek te zijn in Vehof/Helvetia, dan kan zo’n oordeel niet op de instemming van Uw Raad rekenen. **Zuivere speculatie over de uitval van de benadeelde op een bepaalde leeftijd op basis van de wijze waarop de benadeelde op het ongeval heeft gereageerd, tolereert Uw Raad evenmin**, zo volgt uit het arrest dat ook wel bekendstaat als Jerrycan. De vrijheid van de rechter vindt daar haar begrenzing. **Een goed en aan de hand van concrete aanwijzingen (en in het bijzonder (para)medische gegevens) gemotiveerd oordeel van de feitenrechter met als inhoud dat de benadeelde ook zonder ongeval geheel of gedeeltelijk zou zijn uitgevallen, zal in cassatie echter in stand blijven. Het is immers de feitenrechter die een knoop moet doorhakken – waaraan enige speculatie inherent is – en de rechtspraak van Uw Raad brengt niet mee dat bij twijfel **altijd** in het voordeel van de benadeelde moet worden beslist.”***



Hypothetische situatie zonder ongeval

Alternatieven voor “alles of niets” benadering

- Oordeel dat op enig moment in toekomst csqn volledig ontbreekt in uitzonderingssituaties
 - Benadeelde wordt door werkelijkheid ingehaald (Staat/Vermaat)
 - Zeer concrete aanwijzingen in deskundigenberichten
- Beredeneerde proportionele benadering kans op uitval is wel mogelijk
 - Ook dan wel herleidbaar tot voldoende concrete aanwijzingen
- Rechtbank Gelderland 16 april 2015, RBGEL:2015:2599.
 - Ongeval 25 januari 2011
 - Vanaf december 2010 tot medio januari 2011 uitval ivm overbelasting
 - Eerder ongeval in 2007 met vergelijkbare klachten (waarvan hersteld)

De geschonden norm strekt (...) tot bescherming van de verkeersdeelnemer ter voorkoming van aanrijdingen. Bovendien staat de aansprakelijkheid van de verzekerde van Univé vast en bestaat een niet zeer kleine kans dat het oorzakelijk verband tussen de geschonden norm en de geleden schade aanwezig is. In dat geval is het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar de onzekerheid over de mate waarin de aanrijding van 25 januari 2011 heeft bijgedragen aan de schade in zijn geheel op [verzoeker] af te wentelen, terwijl het eveneens onaanvaardbaar is de onzekerheid van het causaal verband met de schade van [verzoeker] geheel voor risico van Univé te laten komen in weerwil van de niet geringe kans dat de (voor risico van [verzoeker] komende) overbelasting de schade heeft veroorzaakt (...)

Aangezien geen van partijen de rechtbank aanknopingspunten heeft gegeven voor een andere verdeling dan 50/50, zal met de thans beschikbare gegevens worden uitgegaan van een toerekening van vier uren per week ten laste van Univé. De andere vier uren blijven voor risico van [verzoeker], omdat ze in wezen zijn terug te voeren op de door het eerste ongeval ontstane kwetsbaarheid van [verzoeker] wat betreft het handhaven van een goede balans in de belastbaarheid.



Hypothetische situatie zonder ongeval

Alternatieven voor “alles of niets” benadering

- Van Dijk & Verdam, “Omgaan met onzekerheid bij predispositie. Pleidooi voor een onzekerheidscorrectie bij (ernstige) twijfel.” PPS-bulletins 2022-4 en 2023-1
 - a) Naarmate de benadeelde ten aanzien van de situatie met ongeval op basis van betrekkelijk ‘dun’ bewijs op essentiële punten meer het voordeel van de twijfel krijgt (bijvoorbeeld bij medisch moeilijk objectiveerbare klachten), wordt het eerder redelijk om de situatie zonder ongeval kritisch(er) te bezien en een onzekerheidscorrectie toe te passen.
 - b) Als er tekenen zijn van aggraving of simulatie of onjuiste mededelingen van de kant van de benadeelde, kan een onzekerheidscorrectie eerder aan de orde komen.
 - c) De duur van de voortdurende schade: hoe langer de duur (en dus hoe jonger de benadeelde op het moment van uitval), hoe meer plaats er is voor een correctie. Bij een langere looptijd is de kans dat de predispositie zich voor de uitval nog niet verwezenlijkt had en later toch tot schade leidt in beginsel groter dan wanneer de looptijd veel korter is.
 - d) De duur van de predispositie: hoe langer de duur, hoe meer plaats voor een correctie. (...) indien aangenomen moet worden dat zijn persoonlijkheidsstructuur, die leidde tot de hevige reactie, permanent is en dus niet zozeer veroorzaakt is door tijdelijke oorzaken, pleit dit eerder voor een billijkheidscorrectie dan wanneer deze predispositie van tijdelijke duur zou zijn geweest.
 - e) De aard van de predispositie: hoe meer de predispositie dezelfde schade zelfstandig zou kunnen hebben veroorzaakt, hoe meer een billijkheidscorrectie gepast kan zijn. Als de persoonlijkheidsstructuur (...) geen, of een nauwelijks ingrijpende gebeurtenis of een andere (schadelijke) gebeurtenis ‘nodig’ zou hebben gehad om tot de algehele uitval te leiden, geeft dat meer ruimte voor een billijkheidscorrectie.
 - f) Het oordeel van artsen over het hypothetisch intreden van schade door de predispositie: hoe nauwkeuriger of krachtiger het oordeel (...), hoe meer ruimte er is voor een billijkheidscorrectie wegens die predispositie.
 - g) De aard van de aansprakelijkheid: hoe ernstiger de normschending, hoe minder ruimte voor een billijkheidscorrectie. Een ‘korting’ vanwege de predispositie ten laste van de benadeelde ligt minder voor de hand naarmate het te maken verwijt ernstiger is. Andersom ligt een onzekerheidscorrectie meer voor de hand naarmate de vestiging van het condicio sine qua non-verband met het letsel in de situatie met ongeval meer omgeven is met (medische) onzekerheden maar de benadeelde het voordeel van de twijfel krijgt, zoals bij moeilijk objectiveerbare ziektebeelden.

Hypothetische situatie zonder ongeval



Conclusies

- Meer proportionele benadering lijkt wel mogelijk, maar ook dan terughoudend
 - Aard en ernst van de normschending
 - Ernst/impact van de aanrijding
- Akkermans (TVP 2003, nr. 4, p. 103)
 - Het moet zodanig aannemelijk zijn dat de predispositie [of pre-existentie] ook zonder ongeval tot *relevante beperkingen* zou hebben geleid, dat het ten opzichte van de aansprakelijke partij niet langer redelijk is om van het tegendeel uit te gaan.
- Kolder (TVP 2015, nr 2, p. 27)
 - Zou ook zonder ongeval zodanige gezondheidsproblematiek zijn ontstaan, dat de benadeelde geheel of deels in zijn rolvervulling (arbeid, huishouden, zelfwerkzaamheid) zou zijn uitgevallen?
 - *dat deze zonder de aansprakelijkheidvestigende gebeurtenis in de toekomst zou hebben geleid tot (dat deel van) die schade* (HR 22 april 2022, HR:2022:590)
- Voorspellingen aan de hand van historie en feitelijke ontwikkelingen
 - Gebruik het huisartsenjournaal in voordeel van de benadeelde!
 - Hoe heeft benadeelde gereageerd op eerdere gezondheidsklachten?
 - Hoe heeft de benadeelde gereageerd op eerdere life events vóór en na ongeval?
 - Medische literatuur
 - Statistiek (uitval in bepaalde beroepsgroep)



Voorkomen van beperkingen

Voorkomen is beter dan genezen (restitutio in integrum)

- HR 5 december 2008, NJ 2009, 387 (Rijnstate/Reuvers)

“Als uitgangspunt voor de berekening van de omvang van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding dient dat de benadeelde zoveel mogelijk in de toestand moet worden gebracht waarin hij zou hebben verkeerd indien de schadeveroorzakende gebeurtenis zou zijn uitgebleven.”

- Akkermans e.a., ‘Excuses in het Privaatrecht’, WPNR 2008/6772, p. 780.

“Voor het terrein van de letselschade staat immers buiten kijf dat herstel vóór schadevergoeding gaat. Dit volgt uit het beginsel dat de schuldeiser zoveel mogelijk in de toestand moet worden gebracht waarin hij zou hebben verkeerd als het schadeveroorzakende feit achterwege was gebleven. Bij personenschade kan financiële compensatie daarvoor niet meer zijn dan een tweederangs middel.”

- Lindenbergh, “Herstel bij letsel” (<https://repub.eur.nl/pub/76122/>)

“Uit deze arresten [Johanna Kruidhof en Bakkum/Achmea, JGK] kan onmiskenbaar een proactieve taak van de aansprakelijke worden afgeleid. Hij kan niet wachten tot verdere schade is geleden en het dan op compensatie laten aankomen, maar dient de benadeelde te faciliteren in de hulp die deze behoeft. Schadevergoeding staat in dat licht meer in het teken van herstel en meer subsidiair in de sleutel van compensatie. Dat is een gedragsregel die in de letselschadepraktijk wel wat meer aandacht zou mogen krijgen.”



Voorkomen van beperkingen

Voorkomen is beter dan genezen (restitutio in integrum)

- A.J. Akkermans, “Think Rehab” – LSA bundel 2015
“Belangenbehartigers zouden de mogelijkheden beter kunnen uitproberen om van de aansprakelijke partij financiering te krijgen voor herstelgerichte dienstverlening ten behoeve van hun cliënten; hetzij als kosten van schadebeperking, hetzij als een gewone schadepost. Als dat in overleg met de aansprakelijke partij niet wil lukken lijkt de deelgeschilprocedure de mogelijkheid bij uitstek te zijn om deze mogelijkheden nader te verkennen.“
 - Grondslag in 6:103 BW of 6:96 lid 2 sub a BW
- Rechtbank Rotterdam 6 juni 2016, www.letselschademagazine.nl/2016/rb-rotterdam-060616
- Rechtbank Noord-Holland 8 mei 2019, RBNHO:2019:4526
- Voor duur behandeltraject verplichting bevoorschotting
 - Rechtbank Limburg 6 maart 2018, RBLIM:2018:2152
 - Rechtbank Noord-Holland 16 januari 2020, RBNHO:2020:284



Voorkomen van beperkingen

Voorkomen is beter dan genezen (restitutio in integrum)

- Er liggen hier dus kansen!
- Nog geen deskundigenberichten?
 - Doel traject is nu juist voorkomen langdurige beperkingen
 - Medische paragraaf GBL
 - Deskundigenberichten zijn belastend en kunnen daarmee herstel belemmeren
- Financiële rust is voorwaarde voor goed herstel (voorschot in sleutel herstel)
 - Eventueel vanuit concrete behoefte bevoorschotting benaderen
 - Rechters voor “verleden”/korte(re) termijn sneller bereid c.v. ongeval en beperkingen aan te nemen
- Schept duidelijkheid in het dossier
 - Kan voor uitkomst procedure relevant zijn
 - Toerekening (GHDHA:2017:2368)
 - Schadebeperking
 - Smartengeld, Rb Den Haag 5 januari 2022, RBDHA:2022:12



Conclusies

- Dat aan gezondheidsklachten geen medisch-objectiveerbare oorza(a)k(en) ten grondslag liggen is in rechte niet doorslaggevend, ook niet voor vaststellen beperkingen
- Onderscheid verleden (geleden schade) en heden/toekomst
- Probleem in rechte (en de praktijk) is het ontbreken van een goed systeem van het meten van beperkingen bij/als gevolg van (niet-gesimuleerde) chronische pijn
 - Whiplashprotocol bij gebrek aan beter of best practice?
- Voorkomen is beter dan genezen
 - Hoe kunnen we het letselschadeproces faciliterend maken aan herstel?
- In sleutel van schadevoorkomingsacties is op korte(re) termijn (zonder vermoeiend deskundigentraject) het nodige te realiseren
 - Afdwingen herstelmaatregelen en -kosten
 - Temporeel voorschot gedurende hersteltraject



Jasper Keizer

Letselschade advocaat
jg.keizer@sapadvocaten.nl

