

Causaliteit bij letselschade en medische expertise

Prof. mr. A.J. Akkermans

Inleiding

Dit artikel handelt over de hoofdlijnen van de juridische causaliteit bij letselschade en met name over het leerstuk van de predispositie. Ik besteed daarbij bijzondere aandacht aan de vertaalslag die hierover moet worden gemaakt naar de medisch adviseur en de medische expertise. Die vertaalslag verloopt zoals bekend allesbehalve soepel. Het navolgende is mede de vrucht van de activiteiten verricht in het kader van de Interdisciplinaire Werkgroep Medische Deskundigen (IWMD),¹ en vormt inhoudelijk een aanloop naar de eveneens in dit nummer opgenomen bijdragen van Van en Elferink, die – net als de bijdrage van Smeehuijzen – in dezelfde context tot stand zijn gekomen. Na aandacht te hebben gevraagd voor de onderschatte consequenties van het bestaan van verschillende juridische causaliteitscriteria recapituleer ik het leerstuk van de predispositie en introduceer ik een schema als hulpmiddel voor de communicatie tussen de juridische en de medische disciplines. Daarna bespreek ik de invloed van een predispositie op de situatie mét ongeval, waarbij ik met name inga op de beperkte betekenis van de schadebeperkingsplicht van een benadeelde met een psychische predispositie. Vervolgens bespreek ik de invloed van een predispositie op de hypothetische situatie zónder ongeval. Daarbij betrek ik de problematiek van de afweging van goede en kwade kansen en ga ik in op netelige kwesties als de bewijslastverdeling en de bewijswaardering. Tot slot bespreek ik de vraag of psychische predisposities anders moeten worden behandeld dan lichamelijke, signaleer ik nog wat problemen bij de *fact finding* met betrekking tot predisposities, en rond ik af met een conclusie.

Verskillende juridische causaliteitscriteria

Dat de samenwerking tussen artsen en juristen in het kader van de afwikkeling van letselschade problematisch kan zijn, wordt vaak geweten aan de verschillen die bestaan tussen de medische en de juridische causaliteit. De problemen zijn echter nog groter dan dit enkele onderscheid tussen disciplines doet vermoeden, want 'de' juridische causaliteit bestaat als zodanig niet. Ons recht kent vrij uiteenlopende causaliteitscriteria, afhankelijk van het rechtsgebied (civielrecht, strafrecht, sociale zekerheid) en de precieze context (civielrechtelijke aansprakelijkheid, 'first party' verzekering) waarin de betreffende causaliteitsvraag wordt gesteld. Deze veelvormigheid is voor de alledaagse afwikkeling van letselschades relevanter dan men misschien zou denken. Waar lang niet alle betrokken juristen voldoende op bedacht zijn, is dat de artsen waarmee zij werken – zowel de medisch adviseurs als de expertiserende specialisten – in hun beroepsuitoefening ook met heel andere juridische (causaliteits)criteria te

maken krijgen dan die van afdeling 6.1.10 BW en de daarop geënte jurisprudentie waarmee de aansprakelijkheidsjurist zo vertrouwd is. En deze artsen zijn op hun beurt lang niet altijd bedacht op de verschillen tussen deze criteria en de (aanzienlijke) consequenties daarvan voor hun eigen werkkterrein.

Naast de wettelijke criteria over causaliteit en schadeaardering van afdeling 6.1.10 BW hebben medisch adviseurs en expertiserend artsen veelal ook te maken met contractuele criteria uit particuliere first party verzekeringen, en de expertiserend artsen daarnaast ook nog met het medisch arbeidsongeschiktheids criterium zoals dat geldt in het kader van de socialezekerheidswetgeving, waaronder de WAO.² Niet zelden spelen in één en hetzelfde dossier twee (WAO en aansprakelijkheid) en soms drie (ook nog een particuliere ongevallen- of arbeidsongeschiktheidsverzekering) sets criteria een rol. Zij hebben echter bepaald niet dezelfde inhoud, en de uitkomst – toekenning van de betreffende claim ja of nee – hoeft beslist niet hetzelfde te zijn. De medische stukken komen echter nogal eens bij elkaar op één grote hoop. Verwarring dreigt vooral met betrekking tot de betekenis van expertises, die immers elk hun eigen, op de betreffende context toegespitste, vraagstelling vereisen. Een vraagstelling in het kader van een WAO-procedure of in het kader van een particuliere OV- of AOV-verzekering is volstrekt inadequaat in het kader van een aansprakelijkheidsprocedure en vice versa. Het is onthutsend om in aansprakelijkheidsprocedures niettemin vraagstellingen aan te treffen die geheel of gedeeltelijk zijn afgestemd op contractuele criteria uit first party verzekeringen (in de zin van: 'Zijn de klachten uitsluitend en rechtstreeks het gevolg van het ongeval?') en die in de betreffende context niet of minder geschikt zijn. Dit met alle gevolgen voor de bruikbaarheid van de betreffende expertise van dien. Voor meer over de vraagstelling verwijs ik naar de bijdrage van Van in dit nummer. Op deze plaats wil ik benadrukken dat duidelijk is gebleken dat men in de praktijk – niet alleen artsen maar ook juristen – lang niet altijd alle consequenties van het onderscheid tussen de verschillende juridische causaliteitscriteria in voldoende mate voor ogen weet te houden. Op een aantal pregnante verschillen en hun consequenties kom ik in het navolgende nog terug.

1. Zie over de IWMD www.rechten.vu.nl/iwmd, alsmede A.J. Akkermans & A.J. Van, De medische expertise bij personenschade: knelpunten en mogelijke oplossingen, TVP 2002, p. 57-61.
2. Schattingsbesluit arbeidsongeschiktheidswetten, Stb. 2000, 307.

Predispositie revisited

Zoals bekend worden bij de juridische causaliteit in het kader van civielrechtelijke aansprakelijkheid twee stappen onderscheiden, eerst het zogenoemde *conditio sine qua non*-verband en daarna de toerekening. Er is wel eens beweerd dat het tegenwoordig allemaal alleen om toerekening zou gaan,³ maar uit recente arresten volgt zonneklaar dat de Hoge Raad het onderscheid tussen beide stappen nog steeds maakt,⁴ wat mij betreft gelukkig maar, want dat onderscheid is onverminderd zinvol.⁵ Om voor de lezers van TVP niet te veel open deuren in te trappen houd ik het kort: bij de schending van verkeers- en veiligheidsnormen (of voor onze context eigenlijk nauwkeuriger: bij de schending van normen die ertoe strekken te beschermen tegen het ontstaan van letsel) wordt met betrekking tot het *conditio sine qua non*-verband op grond van de zogenoemde ‘omkeringsregel’ de bewijslast omgekeerd (althans voor wat betreft de eerste schakel in de causale keten),⁶ en voor de toerekening geldt dat in beginsel alle gevolgen worden toegerekend, ook zeldzame en onwaarschijnlijke. Bij de schending van normen die *niet* de strekking hebben om te beschermen tegen het ontstaan van letsel, worden dus niet per se alle gevolgen toegerekend. Een bekend voorbeeld van dit laatste is het arrest Versluis/ Ziekenzorg,⁷ waarover zo dadelijk meer.

Het voor ons onderwerp veruit belangrijkste onderdeel van de juridische causaliteit is het leerstuk van de predispositie. In het kader van de civiele aansprakelijkheid geldt dat ook gevolgen die zijn terug te voeren op een bijzondere lichamelijke of geestelijke zwakheid van de benadeelde, als het gevolg van de onrechtmatige daad of wanprestatie aan de aansprakelijke partij moeten worden toegerekend. Ik recapituleer de inhoud van dit leerstuk aan de hand van een aantal klassieke uitspraken.

In het Aangereden hartpatiënt-arrest⁸ kwam bromfietser Van Baar ten val toen de bestuurder van een tractor hem geen voorrang gaf. Ongeveer drie uur later overlijdt Van Baar thuis aan een hartaanval. Vastgesteld wordt dat Van Baar leed aan coronaire trombose (bloedproppen in de hartkransslagader). De Hoge Raad overweegt dat aanrijdingen met een dodelijke afloop herhaaldelijk voorkomen, dat een verkeersdeelnemer daarom rekening dient te houden met een dergelijke afloop, ook bij een aanrijding als de onderhavige, en vervolgt: ‘(...) dat hieruit voortvloeit dat de dader, die een dergelijke verkeersfout maakt, in beginsel aansprakelijk is voor het dodelijk gevolg, ook al valt de wijze, waarop in een bepaald geval het overlijden van het slachtoffer is ingetreden, aan te merken als zelden voorkomend, of als liggend buiten de lijn van de normale verwachtingen.’

Ik merk nog op dat van het bestaan van *conditio sine qua non*-verband tussen de aanrijding en de hartaanval zonder meer werd uitgegaan, het ging alleen om de vraag of dit uitzonderlijke gevolg wel aan de aanrijding kon worden toegerekend. Een belangrijke beperking is nog gelegen in het volgende: ‘(...) dat de ziekelijke hartafwijking van Van Baar en het daaruit voortvloeiende verhoogde risico van diens vroegtijdig overlijden eventueel wel een factor kan vormen waarmee rekening moet worden gehouden bij de berekening van de (...) te betalen schadevergoeding.’

Geen verminderend effect van een predispositie op de vergoedingsplicht in het kader van de causaliteit dus, maar eventueel wél in het kader van de schadeberekening. Wat dit precies betekent, zullen we zo dadelijk nader zien. Dit geldt dus bij verkeersovertredingen, maar ook bij de schending van andere veiligheidsnormen. Soms wordt wel gedaan alsof dit bij elk soort normschending geldt, maar dat is vooralsnog niet het geval. Dat blijkt uit een ander klassiek geworden arrest, namelijk Versluis/ Ziekenzorg.⁹

In het hospitaal ‘Ziekenzorg’ wordt de 21-jarige Mia Versluis geopereerd. Zij ontwaakt niet meer uit de narcose (en overlijdt vijfenhalf jaar later). Vader Versluis vermoedt dat een medische fout is gemaakt. De betreffende arts ontkent dat, een langdurige tuchtprocedure volgt. Vader Versluis wordt door Ziekenzorg niet goed opgevangen, maar eigenlijk afgewimpeld en aan zijn lot overgelaten. Twee jaar later stort hij in, moet zijn werk staken en lijdt inkomensschade. Het hof gaat veronderstellenderwijs uit van de door Versluis gereleveerde feiten en van enig (csqn-)verband tussen de gedragingen van het ziekenhuis en de schade van Versluis, maar oordeelt dat de schade van Versluis niet aan het ziekenhuis kan worden toegerekend. Dit oordeel blijft in cassatie in stand. De Hoge Raad overweegt dat bij de overtreding van verkeers- en veiligheidsnormen, die in de regel strekken ter voorkoming van verkeers- of arbeidsongevallen, rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid van ernstige gevolgen, hoe deze zich ook in het concrete geval mogen voordoen. Dit kan niet worden aangenomen ten aanzien van de niet-naleving van de zorgvuldigheidsnormen, in strijd waarmee Ziekenzorg in ’s hofs veronderstelling jegens Versluis heeft gehandeld (de onheuse bejegening van de verwanten van een patiënt).

Of uitzonderlijke en onverwachte gevolgen kunnen worden toegerekend, hangt dus af van de geschonden norm: wel bij verkeers- en veiligheidsnormen, niet bij normen met een andere strekking, zoals normen inzake een correcte bejegening. Waar het op aankomt, is of de geschonden norm de strekking heeft te

3. Zie J.M. van Dunné, Causaliteitsproblemen in het milieu-aansprakelijkheidsrecht: alternatieve causaliteit en *res ipsa loquitur* II, TMA 199, p. 145 e.v. (op p. 151 e.v.), alsmede Schending van veiligheidsnormen en causaliteit: *conditio sine qua non* als rudimentair vereiste, TMA 2001, p. 1-14 (op p. 6. e.v.).
4. HR 29 november 2002, RvdW 2002, 190 en 191 (TFS/NS en Kastelijn/Achtkarspelen) en HR 18 april 2003, RvdW 2003, 81 (Verzekeraars/Fino).
5. Zie A.J. Akkermans, De ‘omkeringsregel’ bij het bewijs van causaal verband, Den Haag 2002, p. 47 in het bijzonder voetnoot 193.
6. Zie A.J. Akkermans, Causaliteit, Inleidingen LSA 2003, Den Haag 2003, p. 27-30, alsmede A.J. Akkermans, a.w. (zie noot 5), p. 140 e.v. Zo ben ik zelf van mening dat de omkeringsregel niet behoort te worden toegepast op het verband tussen de onrechtmatige gedraging (bijv. het rijgedrag) en whiplash. Voor een mooi uitgewerkte andere opvatting zie Rb. Den Bosch 18 juni 2003, NJKort 2003, 78 (Veldkamp/Interpolis).
7. HR 2 november 1979, NJ 1980, 77 m.nt. GJS.
8. HR 21 maart 1975, NJ 1975, 372 m.nt. GJS (Aangereden hartpatiënt of Coronaire trombose).
9. HR 2 november 1979, NJ 1980, 77 m.nt. GJS.

beschermen tegen het ontstaan van letsel.¹⁰ Dat blijkt expliciet uit de beide Antillenarresten Joe/Chicago Bridge¹¹ en Henderson/Gibs of Renteneurose,¹² waarvan ik kortheidshalve alleen de laatstgenoemde bespreek.

Tijdens de jaarlijkse carnavalsoptocht op de Antillen slaat politieagent Gibbs Henderson met een wapenstok op hoofd en lichaam zonder dat daar een reden voor was. Als gevolg daarvan heeft Henderson fysiek en geestelijk nadeel, bestaande in hoofdpijn, geheugenstoornis en achteruitgang van intellectuele capaciteiten, opgelopen. Volgens het hof is sprake van bijzondere omstandigheden die rechtvaardigen dat geen toerekening plaatsvindt. Het zou hier namelijk gaan om renteneurose (een neurotische behoefte aan het ontvangen van schadevergoeding waardoor betrokkene ziek blijft), aggravatatie (overdrijven) en querulerende gedragingen. De Hoge Raad rekent echter toe: 'Bij een onrechtmatige daad die bestaat in het toebrengen van letsel zullen de gevolgen van een door de persoonlijke predispositie van het slachtoffer bepaalde reactie op die daad in het algemeen als een gevolg van de onrechtmatige daad aan de dader moeten worden toegerekend, ook al houdt die reactie mede verband met de neurotische behoefte van het slachtoffer een vergoeding te verkrijgen en ook al zijn die gevolgen daardoor ernstiger en langer van duur dan in de normale lijn der verwachtingen ligt.'

Een uitzondering hierop is het geval dat het slachtoffer handelt in strijd met zijn schadebeperkingsplicht: 'Dit zou slechts anders zijn onder bijzondere omstandigheden, bijv. indien het slachtoffer zou hebben nagelaten van zijn kant alles in het werk te stellen wat redelijkerwijs – mede in aanmerking genomen zijn persoonlijkheidsstructuur – van hem kan worden verlangd om tot het herstelproces bij te dragen.'

Ook de in het Aangereden hartpatiënt-arrest al aangegeven consequentie voor de schadeberekening wordt herhaald: 'Dit alles laat overigens onverlet dat de persoonlijke predispositie van het slachtoffer en de daaruit in het algemeen voortvloeiende risico's voor het ontstaan van klachten als de onderhavige wel een factor kunnen vormen waarmee rekening valt te houden bij de begroting van de schade.'

Over de toerekening van schade wegens renteneurose is de literatuur nogal kritisch.¹³ Veel hangt af van hoe de genoemde uitzondering – wat mag redelijkerwijs van het slachtoffer worden verwacht – wordt ingevuld. In Duitsland is men op dit punt duidelijk strenger dan bij ons. Ook daar is men aansprakelijk voor de gevolgen van een psychische predispositie van de benadeelde, aldus het *Bundesgerichtshof*, maar dat gaat niet zover dat men het ongeval met zijn gevolgen al of niet bewust mag aangrijpen om de *Schwierigkeiten des Arbeitslebens auszuweichen*.¹⁴ De terugkeer naar het Dal der Plichten mag niet worden belemmerd door het lonkend perspectief van het schadevergoedingsrecht, zo vat Nieuwenhuis de Duitse benadering samen.¹⁵

Zelf meen ik dat de lijn van het Renteneurose-arrest wel wat bijsturing behoeft. In de eerste plaats is relevant of de benadeelde van zijn neurose zou genezen wanneer hem schadevergoeding wordt ontzegd. Zodra dat voldoende aannemelijk is, wordt toerekening absurd en in strijd met het uitgangspunt dat herstel vóór

schadevergoeding behoort te gaan.¹⁶ In de tweede plaats zouden de eisen die in het kader van de bedoelde uitzondering worden gesteld – wat mag redelijkerwijs van het slachtoffer worden verwacht – naar mijn mening in het algemeen best wat robuuster mogen worden ingevuld dan thans in de rechtspraak het geval lijkt te zijn.¹⁷ Hier is veel meer over te zeggen en dit artikel is daar niet de plaats voor.¹⁸ Ik merk slechts op dat – hoewel de afweging uiteraard een andere is – het maatschappelijk niet gewenst lijkt wanneer een al te grote discrepantie ontstaat met bijvoorbeeld de reïntegratieverplichtingen van de zieke werknemer in het kader van de Wet verbetering poortwachter.¹⁹

De laatste klassieker die ik in herinnering wil roepen, is ABP/Van Stuyvenberg.²⁰ In deze zaak werd lange tijd na een verkeersongeval een verhaalsvordering ingesteld door het ABP ter zake van de uitkeringen wegens arbeidsongeschiktheid aan Baaren, die als amanuensis werkzaam was. De aanrijding was te wijten aan Van Stuyvenberg. Het ongeval had een compressiefractuur veroorzaakt, maar uiteindelijk zijn het vooral psychische klachten en privé-moeilijkheden geweest die maakten dat Baaren veelvuldig gedurende kortere of langere tijd uitviel en elf jaar later definitief arbeidsongeschikt werd verklaard. Die arbeidsongeschiktheid is mede te wijten aan de neurotische persoonlijkheidsstructuur van Baaren, aldus het hof, dat oordeelt dat op die grond de schadevergoedingsplicht dient te worden verminderd op de voet van artikel 6:101 BW over 'eigen schuld'. De Hoge Raad casseert onder herhaling van de inmiddels bekende uitzondering: 'Voor zulk een verdeling [ex art. 6:101] is slechts plaats onder bijzondere omstandigheden, bijvoorbeeld indien het slachtoffer van zijn kant zich – mede in aanmerking genomen zijn persoonlijk-

10. Het zal zich overigens niet vaak voordoen dat een norm werd geschonden die niet de strekking heeft om te beschermen tegen het ontstaan van letsel, terwijl toch letsel is ontstaan. Schending van bejegeningennormen zoals in Versluis/Ziekenzorg, waardoor psychisch letsel ontstaat, lijkt een voorbeeld van een relatief zeldzame uitzondering. En op dit punt spelen ook veranderde maatschappelijke opvattingen en inzichten een rol. Versluis/Ziekenzorg stamt uit 1979. Mogelijk was dat destijds nog anders, maar het lijkt mij dat heden ten dage met recht kan worden aangevoerd dat de mogelijkheid van het ontstaan van (ernstig) psychisch letsel bij de ouders van een kind dat mogelijk door een medische fout in een uitzichtloze coma is geraakt, zodanig voorzienbaar is (zeker voor de normadressant in kwestie), dat de norm dat men deze ouders op een zorgvuldige wijze heeft te bejegenen, ten minste tevens strekt tot bescherming tegen het ontstaan van psychisch letsel. De voorzienbaarheid van dit letsel is ook in die zin maatgevend dat, zeker in een langdurige affaire zoals in Versluis/Ziekenzorg, signalen dat het met de betrokkene wel eens 'fout' kon gaan, rechtstreeks van invloed zullen zijn op de te bezigen zorgvuldigheid.
11. HR 8 februari 1985, NJ 1986, 136 m.nt. CJHB.
12. HR 8 februari 1985, NJ 1986, 137 m.nt. CJHB.
13. Zie de verwijzingen in de noot in de NJ van Brunner onder het arrest.
14. BGH 29 februari 1956, BGHZ 20, 137, NJW 1956, 1108.
15. J.H. Nieuwenhuis, Eurocausaliteit, Preadvies voor de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland, gepubliceerd in TPR 2002-4, p. 8.
16. In deze zin reeds A.R. Bloembergen, Schadevergoeding bij onrechtmatige daad (diss. Utrecht), Deventer 1965, nr. 150.
17. Zie A.L.M. Keirse, Wie is bang voor de schadebeperkingsplicht?, TVP 2002, p. 69-79.
18. Mogelijk zal de discussie hierover worden aangezwengeld door het zojuist verschenen proefschrift van A.L.M. Keirse, Schadebeperkingsplicht. Over eigen schuld aan de omvang van de schade (diss. Groningen), Deventer 2003.
19. Art. 7:660a BW.
20. HR 4 november 1988, NJ 1989, 751 m.nt. CJHB.

heidsstructuur en privé-moeilijkheden – onvoldoende inspanning om een bijdrage te leveren aan het herstelproces.’

Predispositie buiten de context van civiele aansprakelijkheid

Het is precies dit soort ruime toerekening die men zo veel mogelijk probeert te vermijden in de meeste particuliere ongevallen- en arbeidsongeschiktheidspolissen. In AOV-polissen gebeurt dat door middel van de bepaling dat alleen dekking bestaat indien de verzekerde ‘rechtstreeks en uitsluitend door medisch vast te stellen gevolgen van een ongeval en/of ziekte arbeidsongeschikt is’,²¹ of een formulering van vergelijkbare strekking. Dat sluit privé-moeilijkheden als medeoorzaak uit, maar niet een neurotische persoonlijkheidsstructuur voorzover deze kan worden aangemerkt als ‘ziekte’. Reden waarom men ook het begrip ‘ziekte’ wel probeert in te perken. In OV-polissen wordt de dekking in de regel beperkt tot ‘ongevallen’ en worden ‘ongevallen en ziekteomstandigheden als direct of indirect gevolg van psychische stoornissen’ wel expliciet van dekking uitgesloten.²² Voorzover bijvoorbeeld de arbeidsongeschiktheid van amanuensis Baaren mede was te wijten aan privé-moeilijkheden, zou zij onder een particuliere AOV- of OV-polis niet zijn gedekt, en onder een OV-polis zou zij daarboven evenmin zijn gedekt voorzover zij zou zijn te wijten aan Baarens neurotische persoonlijkheidsstructuur.²³

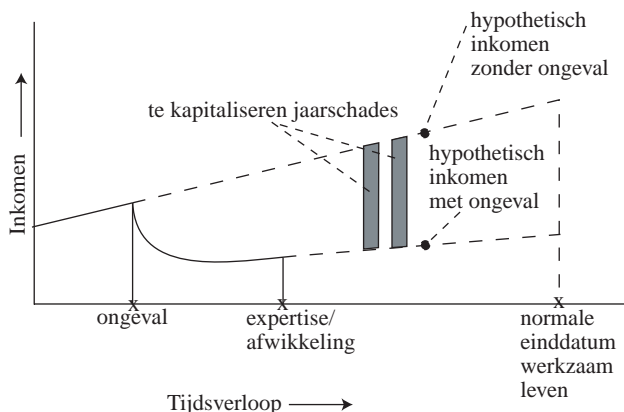
In het kader van het medisch arbeidsongeschiktheids criterium van de socialezekerheidswetgeving is de eventuele medeoorzaakelijkheid van een predispositie zoals een neurotische persoonlijkheidsstructuur als zodanig irrelevant: in het Nederlandse systeem geldt (nog) dat de oorzaak van de arbeidsongeschiktheid er niet toe doet. Hier is het ‘ziek is ziek’, en komt het er dus enkel op aan om vast te stellen wanneer sprake is van een ‘ziekte’, waarover zo dadelijk meer. In het geval van Baarens neurotische persoonlijkheidsstructuur leverde dat kennelijk geen probleem op, want Baaren was volledig arbeidsongeschikt verklaard in het kader van de WAO.

Communicatie tussen verschillende disciplines: de inschatting van twee hypothetische arbeidslevens

Zoals het voorgaande laat zien, is het leerstuk van de predispositie van aanvang af in de sleutel gezet van de causale toerekening van artikel 6:98 BW, terwijl de eventuele uitzondering op die toerekening, schending van de schadebeperkingsplicht van het slachtoffer, wordt gezien als een kwestie van ‘eigen schuld’ in de zin van artikel 6:101 BW. De mogelijke invloed van de predispositie op de schadeomvang wordt weer geduid als een kwestie van schadeberekening, in welk verband men wel komt aanzetten met artikel 6:105 BW over de vergoeding van toekomstige schade. Die dogmatische indelingen zijn niet altijd even vanzelfsprekend, worden niet steeds consistent gehanteerd, en leiden in de praktijk soms tot spraakverwarring. Dan gaat het bij de juristen al mis, en dan hebben we de vertaalslag naar de dokters nog niet eens gemaakt.

De ervaring leert dat men artsen niet met al die wetsartikelen en de bijbehorende leerstukken moet lastigvallen, maar dat men met hen over deze materie moet communiceren in een taal die zo veel mogelijk is gevrijwaard van juridische dogmatiek. Abstraheren wij van die dogmatiek, dan kan men de problematiek waar het om gaat, heel goed uiteenzetten aan de hand van het schema in figuur 1.

Figuur 1: schematische weergave bepaling omvang arbeidsvermogensschade



Deze figuur bevat een schematische weergave van de bepaling van de omvang van arbeidsvermogensschade, de centrale schadepost waar het bij civielrechtelijke aansprakelijkheid voor letsel bijna allemaal om draait. Arbeidsvermogensschade is niet alleen qua omvang veelal de belangrijkste, maar ook qua begroting de meest problematische schadepost. Van de inschattingen die moeten worden gemaakt om arbeidsvermogensschade te waarderen, kunnen doorgaans ook de andere ‘moeilijke’ schadeposten worden afgeleid, zoals de behoefte aan huishoudelijke hulp en het verlies van zelfwerkzaamheid.

Arbeidsvermogensschade wordt begroot door de vergelijking van twee verdienvermogens. Omdat zij praktisch altijd wordt afgewikkeld door betaling van een bedrag ineens, gaat het daarbij om de vergelijking van twee hypothetische situaties. In de eerste plaats is dat het verdienvermogen dat de benadeelde zou hebben gehad als de onrechtmatige daad of wanprestatie (voor de eenvoud aangeduid als ‘het ongeval’) niet had plaatsgevonden. In het schema wordt deze hypothetische situatie weergegeven door de bovenste gestippelde lijn. In de tweede plaats is dat het verdienvermogen dat de benadeelde thans nog resteert. In het schema wordt deze situatie weergegeven door de onderste, grotendeels gestippelde lijn. Dit tweede verdienvermogen is weliswaar bekend voor de periode tussen het ongeval en het tijdstip waarop de afwikkeling c.q. de expertise plaatsvindt (vandaar de doorgetrokken lijn), maar voor de toekomst, dat wil zeggen de periode tussen de afwikkeling en de normale einddatum van het werkzame leven van de benadeelde, is dit niet minder hypothetisch dan het verdienvermogen zonder ongeval (vandaar dat de rest van de

21. In deze zin bijv. de polisbepalingen in HR 31 oktober 1997, NJ 1998, 98 (Oomen/Interpolis) en HR 16 april 1999, NJ 1999, 666 m.nt. Clausing (L./Interpolis).
22. Aldus bijv. de polisbepalingen in HR 8 juli 1993, NJ 1994, 210 m.nt. MMM (Hoogenboom/Unigarant).
23. Een en ander uiteraard afhankelijk van (de uitleg van) de polisvoorwaarden. Bij medeoorzaakelijkheid van niet-gedekte factoren kan een gedeeltelijke uitkering op zijn plaats zijn. Voor een voorbeeld van zo'n gedeeltelijke uitkering (i.c. 10%) wegens een psychische predispositie (i.c. leidend tot een zgn. conversie-hysterie) bij een OV-polis HR 8 juli 1993, NJ 1994, 210 m.nt. MMM (Hoogenboom/Unigarant).

lijn gestippeld is). De eerste situatie kan kortweg worden aangeduid als de 'vergelijkingshypothese', de tweede als de 'toekomsthypothese'.

Omdat het gaat om *hypothetische* situaties, kunnen zij niet worden vastgesteld zonder de 'afweging van goede en kwade kansen' waar artikel 6:105 BW van spreekt.²⁴ Anders dan wel wordt verondersteld, kan men aan dat waarden van kansen niet ontkomen door in plaats van een som ineens slechts een periodieke uitkering toe te kennen om te zien wat de (nabije) toekomst brengt: dat helpt slechts voor wat de toekomsthypothese betreft en niet voor de vergelijkenhypothese. De situatie zonder ongeval blijft hoe dan ook hypothetisch en daarmee onvermijdelijk onderwerp van het verschil van mening dat men daarover nu eenmaal in alle redelijkheid kan hebben.

Is eenmaal overeengekomen of vastgesteld van welke beide hypothetische verdienvermogens zal worden uitgegaan, dan is de berekening van de arbeidsvermogensschade een relatief eenvoudige kwestie. Vergelijking op jaarbasis van beide verdienvermogens levert de schade per jaar op. In het schema zijn twee van deze jaarschades aangegeven door middel van een grijze kolom. Vervolgens worden deze jaarbedragen gekapitaliseerd, dat wil zeggen dat de contante waarde van deze jaarschades wordt vastgesteld op een gefixeerde datum (de zogenoemde kapitalisatiedatum), zodat men uitkomt op een bedrag in één som.

Invloed van een predispositie op het inkomen met ongeval: geen, tenzij schending schadebeperkingsplicht

Wat is nu de betekenis van een predispositie van het slachtoffer voor de omvang van de vergoedingsplicht van de aansprakelijke partij? Voor de bepaling van het verdienvermogen in de situatie mét ongeval is de omstandigheid dat dit verdienvermogen mede is verminderd vanwege een bijzondere lichamelijke of geestelijke zwakheid van de benadeelde, in beginsel volstrekt irrelevant. Juridisch gezegd: het uitgangspunt is volledige toerekening, zie de hiervoor besproken rechtspraak. In het schema: voor de bepaling van de onderste lijn, het verdienvermogen in de situatie met ongeval, is uitsluitend relevant wat het werkelijke verdienvermogen van het slachtoffer is op het moment van de expertise, en wat dit, doorgetrokken naar de toekomst, redelijkerwijs te schatten verder zal zijn, dus ongeacht het eventuele multicausale karakter van de beperkingen van het slachtoffer.²⁵

Wanneer die beperkingen door middel van een expertise moeten worden vastgesteld, is het dus niet behulpzaam om de expertiserende arts de vraag voor te leggen welke beperkingen gezien kunnen worden als 'het uitsluitend en rechtstreeks gevolg' van het ongeval: ook mede door andere factoren veroorzaakte en onrechtstreekse gevolgen moeten worden toegerekend. Zoals reeds signaleerd worden dit soort voor aansprakelijkheidszaken ongeschikte vragen niettemin nog steeds gesteld.

Een grens aan deze toerekening is gelegen in de schadebeperkingsplicht van de benadeelde, die – zoals wij hiervoor zagen – in het geding is 'indien het slachtoffer van zijn kant zich – mede in aanmerking genomen zijn persoonlijkheidsstructuur en privé-moeilijkheden – onvoldoende inspant om een bijdrage te leveren aan het herstelproces'. Theoretisch is dit prima in orde, maar in de praktijk rijst hier een groot probleem. Wanneer kan praktisch gesproken worden gezegd dat onvoldoende meewerken aan her-

stel *niet* aan de persoonlijkheidsstructuur van het slachtoffer is toe te schrijven? Zoals Hartlief het formuleert: 'Iemand doet toch wat hij doet, kennelijk omdat hij zo in elkaar steekt, zelfs als het om simuleren of overdrijven gaat.'²⁶ Een sterk voorbeeld is dat van de zelfverwonding door een meisje dat het slachtoffer was geworden van een verkeersongeval. Het Hof Den Bosch oordeelde dat zij tot die zelfverwonding was gepredisponeerd en rekende de daarmee verband houdende schade toe aan de aansprakelijke partij.²⁷ Bij automutilatie ligt die toerekening in de rede omdat men normaal gesproken zal kunnen uitgaan van de dwangmatige aard van het zelfverwondingsgedrag. Maar bij andere psychische complicaties is dat juist de vraag. Zo gaat men bij renteneurose ervan uit dat sprake is van een psychische ziekte waaraan de patiënt niets kan helpen, maar is het in een concreet geval praktisch gesproken wel mogelijk om te verifiëren of dat werkelijk zo is? Als door de rapporterende artsen aggraving wordt geconstateerd of vermoed, wanneer gaat het dan om een ziekte, en wanneer niet meer? In welke gevallen is het slachtoffer te goeder trouw, en waar begint verwijtbaarheid of bedrog? De juristen hopen dat de dokters de grens tussen beide kunnen aangeven, maar of zij daar werkelijk voldoende toe in staat zijn, is maar de vraag.

Ter illustratie van deze problematiek een praktijkgeval.²⁸ Een echtpaar wordt op een kwade dag in hun bestelbus zijdelings aangereden. Beiden hebben whiplash-achtige klachten, die in de loop der tijd extreem verhevigen. Er worden verschillende onderzoeken gedaan. Omdat het echtpaar zulke vergelijkbare klachten heeft, vinden die onderzoeken – eerst neurologisch, later psychiatisch – steeds gelijktijdig plaats. De neuroloog en de psychiater rapporteren een opmerkelijk fenomeen. Man en vrouw presenteren hun klachten op extreme en zelfs 'theatrale' wijze. De neuroloog rapporteert dat hij niet anders kan concluderen dan dat het echtpaar zich schuldig maakt aan aggraving van de klachten. Wat er medisch/objectief aan de hand zou kunnen zijn, zegt hij niet te kunnen vaststellen. De psychiater concludeert ook tot aggraving. Hij verklaart die neiging tot aggraveren uit de huwelijksinteractie die concurrentie meebrengt. De man en de vrouw willen niet voor elkaar onderdoen in de ernst van hun klachten. Als hij veel fysiotherapie nodig heeft, dan zij ook. Als zij een halskraag draagt, dan hij ook. Als hij pijn heeft, dan heeft zij méér pijn.

In de regreszaak van de ziektekostenverzekeraar tegen de WAM-verzekeraar voor de kosten van de fysiotherapie wijst de rechtbank die slechts voor 50% toe.²⁹ De predisposities van beide echtelieden hebben in belangrijke mate aan de kosten van de fysiotherapie bijgedragen, aldus de rechtbank, en onder die bijzondere omstandigheden brengt de billijkheid mee dat een deel van de

24. Zie daarover A.J. Akkermans, Theorie en praktijk van proportionele aansprakelijkheid, in: A. Akkermans, M. Faure & T. Hartlief (red.), Proportionele aansprakelijkheid, Den Haag 2000, p. 119-124.

25. Dit alles uiteraard mits de geschonden norm de strekking heeft om te beschermen tegen het ontstaan van letsel. Zoals toegelicht in noot 10 zal aan deze voorwaarde slechts bij uitzondering niet zijn voldaan.

26. T. Hartlief, Causaliteit, in: Bijzonder letsel, Inleidingen LSA 1995, Lelystad 2002, p. 27-49, op p. 39.

27. Hof Den Bosch 18 juni 1980, VR 1981, 72.

28. Ook besproken door A.L.M. Keirse, TVP 2002 (zie noot 17), p. 74-75.

29. Rb. Zutphen 18 juli 2002, LJN AE 5637 (Amicon/Noordhollandsche).

schade ten laste van de ziektekostenverzekeraar blijft. In de procedure van de beide slachtoffers tegen de WAM-verzekeraar vraagt de rechtbank de psychiater om een aanvullend rapport over de vraag of het echtpaar 'er wat aan kan doen' dat het aggraveert.

Dat lijkt in dit soort gevallen inderdaad de cruciale vraag. Hartlief toont zich niet optimistisch over de mogelijkheid om op dit punt helderheid te verkrijgen. Hij voorspelt dat een deskundige niet snel zal oordelen dat het uitblijven van herstel in het geheel niet aan de predispositie dient te worden toegeschreven.³⁰ Met Keirse³¹ meen ik dat het in het kader van de schadebeperkingsplicht niet nodig is dat de reactie van het slachtoffer *in het geheel niet* aan zijn persoonlijkheidsstructuur kan worden toegeschreven. Waar het blijkens bovenstaande rechtspraak om draait, is of hij zich *minder inspant voor zijn herstel dan voor hem redelijkerwijs mogelijk is*. Dat is een voor het slachtoffer iets strengere maatstaf.

Maar ik ben bang dat Hartlief's pessimisme als zodanig wel op zijn plaats is. Een vergelijkbaar probleem speelt bij het medisch arbeidsongeschiktheids criterium van de WAO, in de vorm van de vraag wanneer de arbeidsongeschiktheid het gevolg is van een 'ziekte' of 'gebrek' in de zin van artikel 18 lid 1 WAO. Volgens de nota van toelichting bij het Schattingsbesluit arbeidsongeschiktheidswetten komt het aan op het volgende:

'Met name bij de beoordeling van psychische klachten speelt nog de vraag waar men de scheidslijn moet trekken tussen verschijnselen die als ziekte of gebrek moeten worden beschouwd en verschijnselen van onwelbevinden die niet voor deze kwalificatie in aanmerking komen. In het algemeen kan worden gesteld dat karaktertrekken en eigenaardigheden niet als ziekte of gebrek moeten worden beschouwd, maar dat ziekte en gebrek wel aan de orde zijn, indien betrokkene op zijn gedrag geen greep meer krijgt. In de zin van dit besluit nemen zij dan het karakter aan van stoornissen. Indien er ook beperkingen en handicaps worden vastgesteld, kan er sprake zijn van ongeschiktheid als uiting van ziekte.'³²

Het criterium dat iemand *op zijn gedrag geen greep meer krijgt*, lijkt de lat voor de benadeelde nog wat hoger te leggen dan het criterium dat iemand *zich minder inspant voor zijn herstel dan voor hem redelijkerwijs mogelijk is*. Maar de schijnbaar niet te stuiten instroom in de WAO van onder andere wegens psychische klachten arbeidsongeschikte werknemers³³ doet vermoeden dat de medische stand niet of slechts beperkt in staat is om in dit opzicht het kaf van het koren te scheiden. Als dat in het kader van de WAO maar niet wil lukken, ondanks de vele pogingen om de betreffende beoordeling uniformer, controleerbaarder en strenger te maken,³⁴ waarom zou dat dan bij expertises in het kader van de civiele aansprakelijkheid wél mogelijk zijn?

Keirse gaat ervan uit dat het slachtoffer in principe is gehouden om zich onder (psychiatrische) behandeling te stellen.³⁵ Als die verplichting al als een soort ondergrens van de schadebeperkingsplicht zou kunnen worden gezien, gaat het in elk geval niet om een 'harde' ondergrens. De enkele weigering door het slachtoffer om zich onder psychiatrische behandeling te stellen zal door de rechter niet snel worden aangemerkt als een omstandigheid op grond waarvan de vergoedingsplicht moet worden verminderd in de zin van artikel 6:101 BW. Dezelfde psychische eigenaardighe-

den die aanleiding zouden moeten zijn voor de behandeling, kunnen aan toerekening van de weigering daarvan in de weg staan. Bovendien moet voor een vermindering van de vergoedingsplicht ervan kunnen worden uitgegaan dat het zich onder behandeling stellen uiteindelijk ook de verdien capaciteit zou hebben vergroot (c.q. zou vergroten), hetgeen lang niet altijd voldoende zal komen vast te staan.³⁶ De betekenis van de weigering om zich onder behandeling te stellen lijkt mij niet meer dan een 'gewoon' onderdeel van de vraag of het slachtoffer zich voldoende inspant voor zijn herstel.

Bij psychische predisposities lijkt er voor de aansprakelijke partij dus praktisch gesproken maar weinig muziek te zitten in de schadebeperkingsplicht van het slachtoffer. Maar consequenties voor de vraagstellingen bij expertises heeft het vorenstaande in elk geval wel. Uit de schadebeperkingsplicht vloeit voort dat het bij medeoorzakelijkheid van psychische factoren een relevante vraag is of het slachtoffer van zijn kant alles in het werk stelt wat redelijkerwijs – mede in aanmerking genomen zijn persoonlijkheidsstructuur – van hem kan worden verlangd om aan zijn herstel bij te dragen. Wanneer (mogelijk) sprake is van aggravatie of renteneurose draait het erom in hoeverre voor het slachtoffer alternatieve handelwijzen openstaan. In het kader van een expertise door een psycholoog of een psychiater kan het dus geboden zijn om daar expliciet naar te vragen. Zoals gezegd moeten van de medici op dit punt geen wonderen worden verwacht, maar dat neemt niet weg dat het nuttig kan zijn om expliciet een oordeel te vragen over de mogelijkheden van het slachtoffer. In elk geval zal het nodig zijn om zicht te krijgen op de behandelingsperspectieven van de psychische problemen. Het lijkt alleszins voorstelbaar dat het antwoord van de deskundige op de vraag of het slachtoffer 'er wat aan kan doen' niet zal luiden in een simpel ja of nee. Het is hoe dan ook vervolgens aan de juristen om te beslissen of het aggraveren en/of het zich niet onder behandeling stellen kan worden aangemerkt als een omstandigheid die aan het slachtoffer kan worden toegerekend in de zin van artikel 6:101 BW.

Invloed van een predispositie op het inkomen zonder ongeval: afhankelijk van het karakter van de predispositie in kwestie

Voor de aansprakelijke partij lijkt in het algemeen meer muziek te zitten in de tweede beperking, die blijkt uit de rechtspraak van de Hoge Raad: de persoonlijke predispositie van het slachtoffer en de

30. T. Hartlief, a.w. (zie noot 26), p. 39.

31. TVP 2002 (zie noot 17), p. 74.

32. NvT Schattingsbesluit arbeidsongeschiktheidswetten, Stb. 2000, 207, p. 14.

33. Ongeveer een derde van alle nieuwe arbeidsongeschikten krijgt de diagnose 'psychische klachten', aldus de Arbobalans 2002, par. 32. Zie voorts het Signaleringsrapport beroepsziekten 2003 van het Nederlands Centrum voor Beroepsziekten, p. 31 e.v. (www.beroepsziekten.nl).

34. Zie o.a. J.A.M. Daalhuizen, De positie van de verzekeringsarts ten aanzien van het medisch arbeidsongeschiktheids criterium, Wetenschapswinkel Universiteit Maastricht, 2002; R. van de Water, Het medisch objectiveren van arbeidsongeschiktheid, Sociaal Recht 2003, p. 73-77.

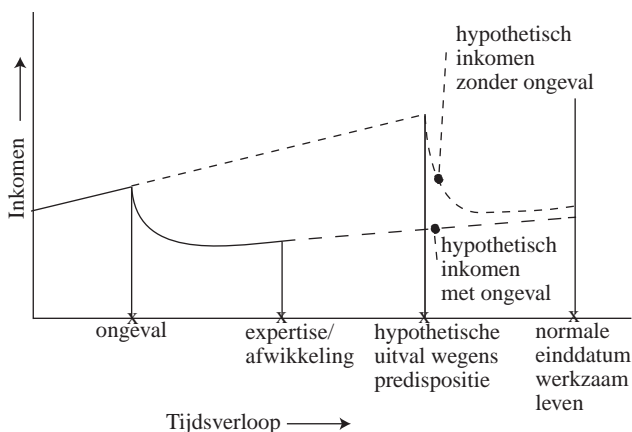
35. TVP 2002 (zie noot 17), p. 76 e.v.

36. Zie voor een oordeel in deze zin Hof Amsterdam 1 juli 1984, VR 1985, 62. Wél een vermindering van de schadevergoedingsplicht vond plaats in Hof Leeuwarden 21 november 2001, LJN AD 7178. Daar ging het echter om een door medici expliciet aanbevolen en naar verwachting heilzame psychotherapeutische behandeling. Beide uitspraken worden besproken door A.L.M. Keirse, TVP 2002 (zie noot 17), p. 69 e.v.

daaruit in het algemeen voortvloeiende risico's kunnen wél een factor vormen waarmee rekening valt te houden bij de begroting van de schade. Te bedenken valt dat de ruime toerekening in het kader van het predispositie-leerstuk niet een soort zieligheidcorrectie betreft, maar de logische consequentie is van het uitgangspunt van concrete schadeberekening dat in het letselschaderecht wordt gehanteerd. De werkelijke schade van het concrete slachtoffer heeft als uitgangspunt te gelden, niet de schade zoals die zou worden geleden door een normaal robuuste en fitte persoon. De logische keerzijde hiervan is dat, wanneer de arbeidsongeschiktheid mede aan de bijzondere kwetsbaarheid van het slachtoffer is toe te schrijven, het in het algemeen niet reëel lijkt om zijn toekomstverwachtingen in de situatie zonder ongeval dan wél zonder meer gelijk te stellen aan die van iemand zonder die predispositie.³⁷ Hartlief meent daarom dat de rechter bij de schadeberekening met de predispositie rekening moet houden.³⁸ Ik ben het met hem eens dat bij het vaststellen van de vergelijkingshypothese de betekenis van de predispositie logischerwijs (expliciet) onder ogen moet worden gezien, maar volg hem niet voorzover hij mocht bedoelen dat aan die factor automatisch ook een schadeverminderend effect zou moeten worden toegekend. Dat gebeurt in de praktijk ook minder vaak dan men op grond van de hiervoor weergegeven redenering zou kunnen verwachten. Dat heeft naar mijn mening vooral te maken met de omstandigheid dat de benadeelde bij het bewijs van de vergelijkingshypothese een zeker voordeel van de twijfel toekomt, waarover zo dadelijk meer.

Ook bij de communicatie met artsen over dit onderwerp kan het eerder gepresenteerde schema goede diensten bewijzen. Figuur 2 bevat een (zeer) schematische weergave van de mogelijke invloed van een predispositie op het hypothetische inkomen zonder ongeval.

Figuur 2: invloed van een predispositie op het hypothetische inkomen zonder ongeval



Zoals deze figuur laat zien, speelt de eventuele schade verminderende invloed van een predispositie zich geheel af in de vergelijkingshypothese. Wanneer wordt aangenomen dat de predispositie ook zonder ongeval het verdienvermogen van de benadeelde negatief zou hebben beïnvloed, verminderen in de betreffende periode de jaarschades, en daarmee het gekapitaliseerde bedrag ineens. In de praktijk geschiedt het verdisconteren van een predispositie zowel door het beperken van de looptijd van de schade tot een bepaald tijdstip gelegen vóór de normale einddatum van het

werkzame leven van de benadeelde (na welk tijdstip de jaarschades op nul worden gesteld) als door het simpelweg 'naar redelijkheid en billijkheid' naar beneden bijstellen van het totaalbedrag zonder dat een looptijd wordt geëxpliciteerd. Maar het komt ook wel voor dat op grond van een bepaalde redenering het hypothetische jaarinkomen in de situatie zonder ongeval geleidelijk wordt verminderd (zoals afgebeeld in het schema). Een en ander is mede afhankelijk van de cijfermatige gedetailleerdheid waarmee de rechter zijn oordeel onderbouwt, en van de aard van de klachten die door de predispositie zouden worden veroorzaakt en de te veronderstellen invloed daarvan op de verdiencapaciteit.

In wat voor soort situaties kan nu van een dergelijke beperkende werking op de schade-omvang worden uitgegaan? Waar het om draait, is of het redelijk is om te veronderstellen dat de betreffende predispositie ook zonder de aansprakelijkheid schepende gebeurtenis tot een verminderd verdienvermogen zou hebben geleid. Voor een verminderd effect op de schade-omvang is vereist dat de predispositie *zelfstandig* – dat wil in deze context zeggen: de aansprakelijkheid schepende gebeurtenis weggedacht – tot inkomstenderving zou hebben geleid, of althans met voldoende waarschijnlijkheid zou hebben kunnen leiden. Een sterk voorbeeld is het arrest Vermaat/Staat,³⁹ waarin het ging om een ambtenaar die zeven jaar na het ongeval een hartaanval had gekregen. De Hoge Raad oordeelde dat de schadevergoedingsverplichting van de aansprakelijke partij niet zover gaat, dat zij ook zou moeten opkomen voor schade die zonder het ongeval voor risico van de benadeelde zou komen, zoals schade als gevolg van een later door de benadeelde opgelopen ziekte die geen verband houdt met het door het ongeval veroorzaakte letsel. Voor inkomensschade na de hartaanval bestond dus geen aansprakelijkheid. In geval van voor eigen risico komende gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid geldt hetzelfde voor het deel van de inkomensschade dat van die gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid het gevolg zou zijn, aldus de Hoge Raad. In het schema: een hartaanval zoals in Vermaat/Staat zou een verminderende invloed hebben op het hypothetische inkomen in de situatie zonder ongeval, en daarmee op de omvang van de totale schade. Deze invloed wordt in figuur 2 afgebeeld door de dalende curve in de bovenste gestippelde lijn.

Dit is anders bij een predispositie die uitsluitend *samen* met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid is gebaseerd, tot schade(verhoging) leidt. Bijvoorbeeld een predispositie waardoor het slachtoffer langzamer dan normaal van het opgelopen letsel geneest. Een dergelijke predispositie krijgt uitsluitend vanwege dat letsel haar schadeverhogende effect. Wanneer ervan uit kan worden gegaan dat deze predispositie zonder dat letsel een leven lang was blijven sluimeren zonder ooit tot schade te leiden, is er geen plaats voor een vermindering van de looptijd van de schade, hoezeer de predispositie in de feitelijke situatie de arbeidsongeschiktheid ook moge hebben verergerd. In de termen van het schema: zo'n predispositie heeft wel invloed op het inkomen in de situatie met ongeval, maar niet op het hypothetisch

37. In dezelfde zin A.L.M. Keirse, TVP 2002 (zie noot 17), p. 73 en T. Hartlief, a.w. (zie noot 26), p. 40.

38. T. Hartlief, a.w. (zie noot 26), p. 40.

39. HR 2 februari 1990, NJ 1991, 292 m.nt. CJHB.

inkomen in de situatie zonder ongeval. Er wordt immers van uitgegaan dat de predispositie zonder het ongeval niet tot nadelige gevolgen voor het verdienvermogen van de benadeelde zou hebben geleid.

In deze laatste veronderstelling zit het problematische van deze categorie. Bij veel van dit soort predisposities is het goed denkbaar dat zij op enig moment naar aanleiding van een gebeurtenis waarvoor niemand aansprakelijk is, en die dus voor risico van de benadeelde zelf zou zijn gekomen, sowieso tot een verminderd verdienvermogen zouden hebben geleid. Anders gezegd: het is nu feitelijk wel het ongeval geweest waardoor deze predispositie tot beperkingen heeft geleid (in veelgebruikt jargon: waardoor de beperkingen werden 'geluxeerd' of 'geprovoceerd'), maar dergelijke beperkingen hadden, gezien de betreffende predispositie, ook heel goed door een andere omstandigheid kunnen worden 'geluxeerd'. Een typisch voorbeeld is het vonnis van de Rechtbank Amsterdam in de zaak van een 57-jarige vrouw met door een te hoog lichaamsgewicht ernstig versleten knieën.⁴⁰ Door een val in een plotseling remmende stadsbus was in haar linker knie een gewrichtsmuis (een los stukje bot in het gewricht) losgeschoten en ingeklemd geraakt, hetgeen tot invaliditeit had geleid. De rechtbank overwoog dat zonder dat ongeval de gewrichtsmuis nog jaren had kunnen blijven zitten, maar evengoed veel eerder ingeklemd had kunnen raken, bijvoorbeeld als de vrouw zich in huis had verstart of op straat in een kuiltje was gestapt. De rechtbank gaf zich er rekenschap van dat een en ander speculatief was, maar hield niettemin bij het bepalen van de omvang van de schade expliciet rekening met de mogelijkheid dat de vrouw binnen een beperkt aantal jaren hetzelfde zou zijn overkomen op grond van een niet voor rekening van de aansprakelijke partij komende oorzaak.

Het kan dus zijn dat wordt geoordeeld dat een predispositie die feitelijk samen met de aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis tot schade heeft geleid, ook zelfstandig – althans in de zin van: de aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis weggedacht – op enig moment aanleiding tot het ontstaan van schade zou hebben gegeven. Er is dus niet altijd een duidelijk onderscheid tussen predisposities die een *zelfstandige oorzaak* kunnen zijn van schade (zoals de hartaanval in Vermaat/Staat), en predisposities die daarvoor slechts een *onvoldoende voorwaarde* zijn. De indeling in een van beide categorieën moet dan plaatsvinden door de 'afweging van goede en kwade kansen', die zo vaak bij de waardering van letselschade onvermijdelijk is.

De afweging van goede en kwade kansen met betrekking tot een predispositie: feitelijke aanknopingspunten

De afweging van goede en kwade kansen die hier moet plaatsvinden, is bijzonder lastig. Hoe groot moet de kans zijn dat de predispositie ook zonder het ongeval tot beperkingen zou hebben geleid om op grond daarvan de schade te verminderen? En – niet te scheiden vervolgvraag – welke vermindering zou dan op zijn plaats zijn?

Nu is die afweging niet altijd even speculatief als in het geval van de losgeschoten gewrichtsmuis. In de eerste plaats kunnen zich bijzondere omstandigheden voordoen waardoor er met zekerheid van kan worden uitgegaan dat de predispositie ook zonder het ongeval tot schade zou hebben geleid. Zo ging het in

Vermaat/Staat om een verhaalsvordering die pas vele jaren na het ongeval werd ingesteld. Door dit tijdsverloop *stond vast* dat de benadeelde ook in de hypothetische situatie zonder ongeval arbeidsongeschikt zou zijn geworden, en wel vanaf het moment van die hartaanval.⁴¹ Een vergelijkbare omstandigheid doet zich voor wanneer de predispositie reeds vóór het ongeval een merkbare invloed op de gezondheid van de benadeelde uitoefende, zoals het geval was in Keller/Univé.⁴² Keller leed aan fibromyalgie, waardoor hij ten tijde van het ongeval reeds arbeidsongeschikt was. Het verloop van fibromyalgie is doorgaans progressief, dat wil zeggen dat de lichamelijke mogelijkheden afnemen. De aanrijding zou whiplashklachten hebben veroorzaakt, alsmede een verergering van de fibromyalgie-symptomen.⁴³ De rechtbank ging ervan uit dat de aan het ongeval toe te rekenen kosten⁴⁴ 'in de loop der tijd worden verdrongen door de kosten die Keller anders ook zou hebben gehad', en beperkte op die grond de looptijd van de schade. In zo'n geval kan er eveneens met redelijke *zekerheid* van worden uitgegaan dat de benadeelde ook in de hypothetische situatie zonder ongeval (meer) beperkingen zou zijn gaan ondergaan, hetgeen het onvermijdelijk maakt om de predispositie bij de bepaling van de vergelijkingshypothese in aanmerking te nemen.⁴⁵

Een tweede situatie waarin aanknopingspunten kunnen bestaan voor het maken van de afweging om een predispositie al of niet in aanmerking te nemen bij het bepalen van de vergelijkingshypothese, is wanneer men erin slaagt om daarover van terzake deskundige medici uitspraken te ontlokken waar men wat mee kan. Om die informatie van de deskundige los te krijgen moet men dus expliciet vragen naar een prognose voor de arbeidsgeschiktheid van de benadeelde in de situatie *zonder* ongeval. Daarbij moet er rekening mee worden gehouden dat bij het zich op alternatieve wijze manifesteren van de predispositie niet noodzakelijk precies dezelfde beperkingen zouden optreden. Ook moet worden gevraagd om een inschatting van het tijdstip waarop die beperkingen in de situatie zonder ongeval zouden zijn opgetreden.

Opmerkelijk genoeg gebeurt dit in de praktijk lang niet altijd. In sommige vraagstellingen ontbreken expliciete vragen naar de prog-

40. Rb. Amsterdam 10 november 1982, VR 1984, 81 (Brilleman-Davidson/Amsterdam).

41. Althans wanneer men die hypothetische situatie voor wat het optreden van de hartaanval betreft gelijk kan stellen met de feitelijke situatie, hetgeen ik aannemelijk acht.

42. Rb. Zwolle 16 februari 2000, TVP 2000, p. 78 e.v. m.nt. A.J. Akkermans; VR 2000, 197.

43. In hoger beroep werd anders geoordeeld. Zie Hof Arnhem 13 augustus 2002, TVP 2003, p. 30 e.v. m.nt. A.J. Akkermans.

44. Het ging vooral om de abstract te berekenen kosten van huishoudelijke hulp.

45. In de praktijk wordt in dit verband ook wel de term 'preëxistent' gebruikt, en dan afgezet tegen 'predispositie' in die zin dat pre-existentïes wél tot vermindering van de schadevergoedingsplicht aanleiding zouden geven, maar predisposities niet. Deze terminologie is verwarrend. Predisposities zijn namelijk eveneens reeds aanwezig op het moment van het ongeval (dus in zoverre reeds preëxistent), terwijl anderzijds situaties denkbaar zijn waarin factoren die pas na het ongeval invloed uitoefenen op de lichamelijke of psychische mogelijkheden van de betrokkene (en in zoverre dus post-existentïes zijn), toch van invloed zijn op de schade-omvang. Het gaat niet om de vraag op welk tijdstip een factor 'existent' kan worden genoemd, maar enkel om de vraag of de betreffende factor onafhankelijk van de aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis tot een verminderde (duur van de) arbeidsgeschiktheid zou hebben geleid.

noses in de hypothetische situatie zonder ongeval geheel, en wordt uitsluitend gefocust op de vraag of de met de predispositie samenhangende klachten al of niet 'het gevolg van het ongeval' zijn.⁴⁶ Andere vraagstellingen bevatten wel een begin van een vraag over de vergelijkingshypothese, maar zijn niet voldoende terzake of zetten de deskundige op het verkeerde been. Ik verwijs opnieuw naar de bijdrage van Van in dit nummer. Een expertise die vermoedelijk gebukt ging onder een inadequate vraagstelling, lag ten grondslag aan het arrest van het Hof Arnhem in Schrijver/Interpolis.⁴⁷ In de buitengerechtelijk overeengekomen expertise had neuroloog Hamburger gerapporteerd dat de benadeelde behalve aan een post-whiplashtrauma ook leed aan een meest waarschijnlijk erfelijk bepaald 'costoclaviculair compressiesyndroom' (een aandoening waarbij de naar de arm lopende zenuwen en bloedvaten worden afgekneld) waarvan de verschijnselen volgens de deskundige 'niet ongevalsgevolg zijn te achten'. De benadeelde vocht deze conclusie aan met een beroep op twee latere rapportages. Het hof oordeelt dat de betreffende verschijnselen eerst zijn opgetreden na het ongeval en door het ongeval zijn geprovoceerd, en derhalve moeten worden toegerekend. Het vervolgt:

'Dit zou slechts anders zijn onder bijzondere omstandigheden, die evenwel zijn gesteld noch gebleken. In dit verband kan de stelling van Interpolis, dat de verschijnselen van de vermeende predispositie op termijn toch manifest zouden zijn geworden, voor zover deze stelling al juist kan worden geacht, aan het vorenoverwogene geen afbreuk doen. *Die stelling vindt immers geen steun in enige van de overgelegde medische rapporten en bewijs daarvoor is niet aangeboden.* [curs. toegevoegd; AA] Dit betekent dat de klachten en beperkingen van Schrijver in het rapport van dr Hamburger vervat alle aan Interpolis moeten worden toegerekend.'

Zoals dit arrest illustreert, is het niet behulpzaam om de expertiserende arts te vragen of bepaalde klachten al of niet 'aangemerkt kunnen worden als gevolg van het ongeval', maar is het nodig om expliciet te vragen of het slachtoffer ook in de situatie zonder ongeval beperkingen zou hebben ondervonden. Dat was hier kennelijk niet gebeurd.⁴⁸ Het is goed denkbaar dat over een specifieke aandoening, zoals het syndroom dat hier in het geding was, voldoende betrouwbare statistische gegevens beschikbaar zijn om een objectieve inschatting te maken van de goede en kwade kansen die de benadeelde in de vergelijkingshypothese zou hebben gehad. Mogelijk valt dat buiten de specialisatie van de betreffende arts, maar dan kan daarover een andere deskundige worden geraadpleegd. Blijken die gegevens er niet te zijn, of bieden zij onvoldoende aanknopingspunten, dan is ook dat een relevant gegeven voor een zo goed mogelijk onderbouwd oordeel.

Hoe het komt dat sommige vraagstellingen op dit punt evident inadequaat zijn, is moeilijk te zeggen. Misschien speelt een rol dat de noodzaak om de vergelijkingshypothese in beeld te brengen specifiek is voor civiele aansprakelijkheid. Bij de claimbeoordeling in het kader van de WAO en bij first party AOV- en OV-verzekeringen is de situatie zonder ongeval (voorzover daarvan al sprake is) niet relevant: bij de WAO wordt de hoogte van de uitkering gerelateerd aan het laatstverdiende loon, bij OV-verzekeringen aan de verzekerde som, en ook bij AOV-verzekeringen wordt

de hoogte van de uitkering in de polis op een of andere manier gefixeerd, bijvoorbeeld aan de hand van het inkomen waarover premie is betaald.

Het zal ondertussen duidelijk zijn dat de expertiserende arts in de regel geen gegevens over de mogelijke invloed van de predispositie zal kunnen produceren waaruit klip en klaar het hypothetische verdienvermogen in de situatie zonder ongeval kan worden afgeleid. Als de deskundige er al in slaagt om iets substantieels te zeggen over de vraag of een predispositie tot beperkingen zou hebben geleid, dan zal hij het in elk geval heel moeilijk hebben met de vraag *wanneer* dat dan zou zijn gebeurd.⁴⁹ Juridisch gezien is dan van belang op welke partij met betrekking tot deze kwestie de bewijslast rust en welke bewijswaarderingsmaatstaf dient te worden gehanteerd. In de volgende paragraaf ga ik hierop in. Voor de expertiserende arts is dat echter irrelevant. Hij hoeft de hier noodzakelijke afweging van goede en kwade kansen niet te maken, dat moeten de juristen doen. De arts moet door de vraagstelling worden uitgenodigd om in elk geval *die* gegevens over de prognose in de vergelijkingshypothese te produceren die de medische wetenschap naar haar huidige stand *kan* produceren. Het is dan vervolgens aan de juristen om uit te maken wat op basis van die (schrane) oogst moet worden beslist over het hypothetische verdienvermogen in de situatie zonder ongeval.

Het is uiteraard alleszins denkbaar dat het domweg niet lukt om van de deskundigen *enige* gegevens los te krijgen over de kans dat de in het geding zijnde predispositie ook in de hypothetische situatie zonder ongeval tot beperkingen zou hebben geleid. Zo overwoog de rechtbank in het hiervoor beschreven geval van de losgeschoten gewrichtsmuis dat de door partijen geraadpleegde deskundigen, ondanks de daarop gerichte vraagstelling, daarover geen nadere gegevens hadden kunnen verstrekken en dat het geen zin had om daarnaar een deskundigenonderzoek te gelasten. Dan wordt de te maken afweging uiteraard extra lastig. Ik kom hierop terug na de volgende paragraaf.

Bewijslastverdeling en bewijswaardering

Zoals gezegd is het juridisch gezien wél van belang op welke partij de bewijslast rust met betrekking tot de vraag of de predispositie ook zonder het schade veroorzakende voorval tot beperkingen zou hebben geleid. Ik stel voorop dat veel zaken worden afgedaan zonder dat deze kwestie expliciet aan de orde komt. Volgens de Hoge Raad komt het aan 'op de redelijke verwachting van de rechter omtrent de toekomstige ontwikkelingen'.⁵⁰ De rechter kan die redelijke verwachting uiteraard op basis van de beschikbare

46. Een voorbeeld (uit vele) dat eerder werd afgedrukt in TVP, is de vraagstelling in Rb. Zwolle 4 oktober 2000, rekestnr. 58479/HA RK 00-105, TVP 2001, p. 44.

47. Hof Arnhem 16 februari 1999, VR 2001, 98 (Schrijver/Interpolis).

48. Ik kan daarover niet 100% zeker zijn, omdat ik slechts beschik over het arrest voorzover gepubliceerd, en niet over de vraagstellingen en de rapportages.

49. Illustratief zijn bijv. de rapportages die ten grondslag lagen aan Rb. Zwolle 17 november 1999 en Hof Arnhem 12 december 2000 (Demirci/Univé), L&S 2001, nr. 3, p. 30 e.v.

50. HR 13 december 2002, NJ 2003, 212 (B./Oliifiers) en HR 4 januari 2000, NJ 2000, 437 m.nt. CJHB (Van Sas/Interpolis). Ik merk nog op dat het strikt genomen niet gaat om 'toekomstige' ontwikkelingen, maar om ontwikkelingen in een hypothetische toekomst die (in verband met het plaatsvinden van het ongeval) zich niet meer zal voltrekken.

medische rapportage vaststellen zonder daarbij (expliciet) gewicht toe te kennen aan de verdeling van de bewijslast.⁵¹ Maar het komt ook voor dat hij daarbij de bewijslastverdeling wél mee laat wegen.

Tot voor kort werd daarbij veelal aangenomen dat de bewijslast van het negatieve effect van een predispositie op het hypothetische verdienvermogen in de situatie zonder ongeval, op de aansprakelijke partij rust. Op de benadeelde rust weliswaar het bewijs van de omvang van de arbeidsvermogensschade waarvan hij vergoeding vordert,⁵² maar het beroep van de aangesproken partij op het beperkende effect van een predispositie op die omvang kan worden aangemerkt als een beroep op een door haar gesteld feit in de zin van artikel 150 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, met als gevolg dat op haar de bewijslast van dat feit rust.

Een voorbeeld is het arrest van het Hof Arnhem in Demirci/Univé.⁵³ De benadeelde had bij het ongeval slechts een dikke buil op zijn hoofd opgelopen. Niettemin had hij sindsdien gezondheidsklachten van voornamelijk psychische aard ontwikkeld op grond waarvan hij stelde voorgoed arbeidsongeschikt te zijn. De rechtbank had op basis van de uitgebrachte deskundigenrapporten geoordeeld 'dat er een reële kans bestond dat eiser op enig moment ook zonder ongeval zodanige psychische problemen zou zijn gaan ondervinden dat hij arbeidsongeschikt geworden zou zijn' en stelde de looptijd van de schade op vijftien jaar. Het hof oordeelde echter dat daarvoor in de rapportages 'onvoldoende aanknopingspunten' konden worden gevonden, en vernietigde het vonnis van de rechtbank onder andere op basis van de overweging dat '[op] Univé (...) in dezen de bewijslast rust'.

Die laatste veronderstelling is echter door de Hoge Raad expliciet verworpen in het recente arrest B./Olifiers.⁵⁴ Het ging daar om een medische fout bij operaties aan de knieën van de benadeelde, die werkzaam was als leraar. De arts had zich verweerd met de stelling dat de benadeelde onder andere vanwege de knieklachten die aanleiding waren geweest voor de operaties, ook zonder de medische fout niet tot haar zestigste zou hebben door- gewerkt. Volgens het hof was het aan de arts, 'die zich op dit voor hem (gedeeltelijk) bevrijdende feit beroept', om deze stelling te bewijzen. In cassatie oordeelde de Hoge Raad dat het hof daarmee van een onjuiste rechtsopvatting is uitgegaan:

'Naar het onderdeel terecht betoogt, rust op de benadeelde partij de bewijslast ter zake van de omvang van de schade waarvan zij vergoeding vordert, en geldt dit ook voorzover zij deze vordering baseert op verlies van toekomstige inkomsten uit arbeid. Het Hof heeft dan ook ten onrechte de gemotiveerde ontkenning door B. van Olifiers stelling dat zij nog tot haar zestigste levensjaar full time zou hebben gewerkt, aangemerkt als een stelling waarvan de bewijslast op hem rust. Wel moet bij dit een en ander het volgende in acht worden genomen. De vraag of de benadeelde schade heeft geleden door verlies van toekomstige inkomsten uit arbeid, moet worden beantwoord door vergelijking van de feitelijke inkomensituatie na het schade veroorzakende voorval met de hypothetische situatie bij wegdenken daarvan. Bij zulk een vergelijking komt het aan op de redelijke verwachting van de rechter omtrent toekomstige ontwikkelingen.'

Niet de stelling van de aansprakelijke partij dat de benadeelde *niet* tot haar zestigste zou hebben door- gewerkt, maar de (in de door haar ingebrachte berekening van de arbeidsvermogensschade besloten liggende) stelling van de benadeelde dat zij *wel* tot haar zestigste zou hebben door- gewerkt, moest dus van de Hoge Raad worden aangemerkt als het 'feit' waarvan degene die zich erop beroept, de bewijslast draagt. Om bij deze bewijslastverdeling uit te komen lijkt slechts nodig te zijn dat de aansprakelijke partij de door de benadeelde gestelde looptijd *gemotiveerd* ontkent. Daarvoor zal mijns inziens al snel voldoende zijn dat zij erop wijst dat het goed denkbaar is dat de predispositie in kwestie op enig moment ook zonder de aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis tot een verminderd verdienvermogen zou hebben geleid. Op dit punt lijkt mij de motivering van het hof in Dimirci/Univé dan ook onverenigbaar met het (later gewezen) arrest B./Olifiers.

Uit B./Olifiers lijkt dus te volgen dat telkens wanneer de reële mogelijkheid bestaat dat de predispositie ook zonder de aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis tot schade zou hebben geleid, en de aansprakelijke partij zich op die mogelijkheid beroept, het in beginsel de benadeelde is die de stelling moet onderbouwen dat er toch van moet worden uitgegaan dat zijn predispositie hem in die hypothetische situatie géén parten zou hebben gespeeld. Dat ligt in zoverre ook in de rede dat de basis van deze bewijsvoering voor een belangrijk deel is gelegen in (medische) gegevens die zich in zijn sfeer bevinden. Omdat het hier gaat om hypothetische situaties, kunnen aan dat bewijs echter geen strenge eisen worden gesteld. Zoals bekend heeft de Hoge Raad dat ook expliciet beslist in Vehof/Helvetia.⁵⁵ Maatgevend is en blijft wat een 'redelijke verwachting' is. Uit het arrest Van Sas/Interpolis kan worden afgeleid dat bij het bepalen daarvan ook statistische gegevens een rol kunnen spelen.⁵⁶

De afweging van goede en kwade kansen met betrekking tot een predispositie: het normatieve kader

Wat betekent het voorgaande nu voor de afweging van goede en kwade kansen die hier plaats dient te vinden? Naar mijn mening minder dan op het eerste gezicht lijkt, althans in het stadium dat alle beschikbare gegevens verzameld zijn en het op besluiten aankomt. Zoals gezegd stelt de rechter in veel gevallen op basis van de beschikbare medische rapportages vast wat een 'redelijke verwachting' is zonder daarbij de verdeling van de bewijslast (expli-

51. Zie voor een recent voorbeeld Hof Arnhem 12 augustus 2003, NJ Feitenrecht- spraak 2003, 27 (geen verkorting looptijd arbeidsvermogensschade tot 55-jarige leeftijd wegens mogelijke rug- en knieklachten vrachtautochauffeur).

52. HR 15 mei 1998, NJ 1998, 624 (Vehof/Helvetia) en HR 13 december 2002, NJ 2003, 212 (B./Olifiers).

53. Rb. Zwolle 17 november 1999 en Hof Arnhem 12 december 2000 (Demirci/Univé), L&S 2001, nr. 3, p. 30 e.v.

54. HR 13 december 2002, NJ 2003, 212.

55. HR 15 mei 1998, NJ 1998, 624.

56. HR 4 januari 2000, NJ 2000, 437 m.nt. CJHB. Dit arrest ging weliswaar over kansen waarbij de vrije wil van de benadeelde relevant is, maar er kan uit worden afgeleid dat ook buiten die specifieke context statistische gegevens een rol spelen bij de bepaling van wat voor een individueel geval een 'redelijke verwachting' is. Zie A.J. Akkermans, Statistisch bewijs van causaal verband tussen een rampzalige gebeurtenis en gezondheidsklachten, in: A. Akkermans & E. Brans, Aansprakelijkheid en schadeverhaal bij rampen, Nijmegen 2002, p. 303-335 (op p. 313).

ciet) te betrekken. Dat is ook heel begrijpelijk. De combinatie van de (althans in beginsel) objectieve rapportage door derden, de milde bewijswaardingsmaatstaf ('geen strenge eisen') en het maatgevende criterium ('redelijke verwachting') brengt in dat stadium een vergaande relativering van het belang van die bewijslastverdeling mee. Bovendien is hetgeen in deze context precies een 'redelijke verwachting' is, naar mijn mening niet alleen een feitelijke, maar tevens een *normatieve* vraag, afhankelijk van onder andere de aard van de aansprakelijkheid en van de schade. Daarmee drijven we af van voor bewijslastverdeling vatbare kwesties en komen we weer terug bij het normatieve kader van artikel 6:98 BW.

Van de feiten moet in deze context ook niet te veel worden verwacht. Ik stipte reeds aan dat de beschikbare medische rapportages over de hier in het geding zijnde vraag in de regel geen uitsluitel zullen bieden, en dat het regelmatig voorkomt dat de deskundigen zelfs in het geheel geen relevante gegevens kunnen aanleveren. Overigens is dat soms minder klemmend dan men wellicht zou denken. De inschatting van de kans dat een bepaalde predispositie ook in de hypothetische situatie zonder ongeval tot beperkingen zou hebben geleid, is regelmatig slechts tot op zekere hoogte een zuiver medische. In het hiervoor beschreven geval van de losgeschoten gewrichtsmuis bijvoorbeeld, ging het om de kans dat deze ingeklemd had kunnen raken door incidentjes zoals het zich in huis of op straat verstoppen. Bij psychische predisposities gaat het vaak om de mogelijkheid dat alledaags onheil, zoals ontslag, echtscheiding of het verlies van een naaste, tot een in psychisch opzicht vergelijkbaar effect als het ongeval zou hebben geleid. Wat de kwetsbaarheid van de benadeelde voor dat soort gebeurtenissen betreft, is de rechter uiteraard niet deskundig – dat terrein is voorbehouden aan de medici – maar regelmatig is van die kwetsbaarheid uit de feiten zelf reeds het nodige gebleken. En bij het inschatten van de waarschijnlijkheid van alledaagse gebeurtenissen is de rechter even (on)deskundig als wie dan ook. Dit maakt de uiteindelijke beslissing over de hypothetische situatie zonder ongeval eens temeer een typisch juridische.

Wat is nu het normatieve kader waarin die beslissing plaatsvindt? Aan de ene kant staat de aansprakelijke partij, die voor wat de situatie *met* ongeval betreft het slachtoffer moet nemen zoals het is, ook als het ongeval uitsluitend vanwege diens predispositie tot de gevorderde schade heeft geleid. Die predispositie niet in aanmerking nemen bij de vaststelling van de hypothetische situatie zonder ongeval zou betekenen dat de aansprakelijke partij voor wat die hypothetische situatie betreft die bijzondere kwetsbaarheid van het slachtoffer dan weer *niet* zou mogen verdisconteren, maar in plaats daarvan zou moeten uitgaan van een situatie gelijk aan die van een normaal robuust en fit persoon. Dat heeft toch onmiskenbaar iets merkwaardigs. Aan de andere kant staat de benadeelde, wiens beperkingen, hoezeer ook mede het gevolg van zijn persoonlijke predispositie, feitelijk zijn 'geluxeerd' door het ongeval. Die predispositie *wel* in aanmerking nemen bij de vaststelling van de hypothetische situatie zonder ongeval zou betekenen dat men de benadeelde voorhoudt dat hij nu eenmaal zo'n kneus is dat de door het ongeval geleden schade in werkelijkheid maar beperkt is.⁵⁷ Wat kan in het algemeen over de normatieve kant van deze afweging worden gezegd? Naar mijn mening het volgende. Bij deze afweging komt in het aansprake-

lijksrecht – anders dan in de sociale zekerheid of bij een particuliere first party polis – een zeker gewicht toe aan de omstandigheid dat de benadeelde nu eenmaal het lijdende voorwerp is van de onrechtmatige daad of wanprestatie van een ander, waarom hij niet heeft gevraagd. De betekenis daarvan komt mijns inziens erop neer dat aan de benadeelde een bepaald voordeel van de twijfel toekomt.⁵⁸ De mate waarin dat het geval is, hangt mede af van de aard van de aansprakelijkheid (onder andere van de beschermende strekking van de geschonden norm en de mate van verwijt) en de aard van de schade (bijvoorbeeld de mate waarin de benadeelde feitelijk in zijn bestaanszekerheid is getroffen). In verband met dit voordeel van de twijfel lijkt mij de maatstaf te zijn dat het zodanig aannemelijk moet zijn dat de predispositie ook in de hypothetische situatie 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. Veel meer durf ik hierover in zijn algemeenheid niet te zeggen. Wel zou ik er nog voor willen pleiten dat de rechter, telkens wanneer er sprake is van een predispositie die de schade significant verhoogt, de betekenis van die predispositie voor de vergelijkingshypothese expliciet onder ogen ziet, dus ook als hij uiteindelijk beslist om haar daarbij niet in aanmerking te nemen.

Psychische predisposities anders behandelen dan lichamelijke?

Peeperkorn heeft wel verdedigd dat het waarden van de kans dat een predispositie ook in de situatie zonder ongeval tot beperkingen zou hebben geleid, bij *psychische* predisposities niet op zijn plaats is:

'Het is niet zo, dat iemand met een kwetsbare persoonlijkheidsstructuur ook zonder ongeval toch op enig moment ziek of arbeidsongeschikt zou zijn geworden. Psychische reacties zijn per definitie gekoppeld aan de specifieke gebeurtenis die zo'n reactie oproept, dus juist aan dit ongeval en/of juist deze medische behandeling en/of bejegening. En tenslotte behoeft een kwetsbare persoonlijkheidsstructuur niet een verhoogd toekomstig risico te vormen. Iemand die in een eerdere fase van zijn leven kwetsbaar is, kan in een volgende uitgroeien tot een redelijk bestendig mens. Zo bepalen ook de concrete leef- en werkomstandigheden mede de psychische kwetsbaarheid.'⁵⁹

57. Vgl. Mon. Nieuw BW B37 (Bouman/Tilanus), Deventer 1998, nr. 32b, waar wordt opgemerkt dat iets dergelijks 'minder kies' is.

58. Vgl. A.J. Akkermans, Proportionele aansprakelijkheid bij personenschade, in: De kwaliteit van het schaderegelingsproces, Inleidingen LSA 2000, p. 25-39 (op p. 37-39). De verklaring van de Hoge Raad in *Vehof/Helvetia* van de enigszins verwante overweging dat geen hoge eisen aan het door de benadeelde te leveren bewijs mogen worden gesteld, namelijk omdat 'het immers de aansprakelijke veroorzaker van het ongeval [is] die aan de benadeelde de mogelijkheid heeft ontnomen om zekerheid te verschaffen omtrent hetgeen in die hypothetische situatie zou zijn gebeurd', acht ik niet in alle opzichten adequaat. Zie daarover A.J. Akkermans, De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband, Den Haag 2002, p. 118-119.

59. D.H.M. Peeperkorn, Juridische causaliteit: redelijk en adequaat?, in: Medische en juridische causaliteit, Inleidingen LSA 1990, Lelystad 1990, p. 1-31 (op p. 21).

Ik zie niet in waarom dat werkelijk zo zou zijn. In de praktijk wordt ook anders geoordeeld. Het vonnis van de rechtbank in Demirci/Univé⁶⁰ kwam hiervoor al aan de orde. Een ander voorbeeld is het vonnis van de Rechtbank Roermond in V./Delta Lloyd,⁶¹ waar het ging om een benadeelde die gewond was geraakt door een aanrijding en na herstel met geringe lichamelijke gevolgen arbeidsongeschikt was verklaard op grond van een 'bont klachtenpatroon na schedeltrauma'. Op grond van de opgemaakte medische rapportages nam de rechtbank aan dat de psychische predispositie van de benadeelde ook in de situatie zonder ongeval op enig moment tot arbeidsongeschiktheid zou hebben geleid:

'De rechtbank is geneigd om aan te nemen dat dat inderdaad het geval zou zijn. Daarbij enerzijds lettend op de wijze waarop de psychische problemen van V. thans hebben geleid tot zijn arbeidsongeschiktheid en anderzijds op het feit dat het in het algemeen zo is dat juist psychische problemen, die grote invloed hebben op iemands welbevinden, ook grote invloed hebben op iemands mogelijkheden om goed te blijven functioneren in zijn werk. Daarnaast geven de overgelegde stukken geen aanwijzing voor de gedachte dat V. in de toekomst anders op psychische problemen zou reageren (waardoor hij bijvoorbeeld wel zou kunnen blijven werken) dan thans het geval is.'

Op grond hiervan beperkte de rechtbank de looptijd van de schade tot twintig jaar.

Ik meen dat er geen reden bestaat om psychische predisposities anders te behandelen dan lichamelijke. Evengoed als bij lichamelijke predisposities lijkt het aangewezen om een zodanige vraagstelling aan een terzake deskundige psychiater of psycholoog voor te leggen, dat hij over de prognose in de vergelijkingshypothese alle gegevens produceert die op grond van de stand van de wetenschap in zijn discipline kunnen worden geproduceerd.⁶² De uiteindelijke beslissing is en blijft een typisch juridische, dat wil zeggen een van zowel feitelijke als normatieve aard.

Predisposities en medische informatie: *fact finding of fishing expedition?*

Ik signaleerde reeds dat in sommige vraagstellingen niet of op inadequate wijze wordt gevraagd naar de prognoses in de hypothetische situatie zonder ongeval, en dat de noodzaak om de vergelijkingshypothese in beeld te brengen specifiek is voor de civiele aansprakelijkheid. Deze noodzaak heeft echter ook gevolgen voor bepaalde aspecten van de medische informatiegaring, zoals de formulering van de machtiging voor het opvragen van gegevens bij de behandelende sector en de inzage in de zogenoemde patiëntenkaart van de huisarts. Ook die consequenties blijkt men zich in de praktijk lang niet altijd te realiseren.

In veruit de meeste gevallen blijkt de verhoogde kwetsbaarheid van het slachtoffer uit de ongebruikelijk ernstige gevolgen van het ongeval. Die kunnen dan aanleiding vormen om over de betekenis van de betreffende predispositie nadere medische informatie in te winnen. Omdat men weet waarnaar men moet zoeken, kan dat in principe ook door gerichte vragen. Maar ook wanneer niets van een predispositie is gebleken, is het in theorie noodzakelijk om onderzoek te doen naar de mogelijkheid van andere ziek-

ten of beperkingen bij het slachtoffer die tot een vermindering van het hypothetische verdienvermogen kunnen leiden. Voor een goede prognose van het hypothetisch inkomen zonder ongeval zijn immers ook ziektefactoren die niet in het verlengde van het ongevalsletsel liggen relevant. Zo had de hartaanval in Vermaat/Staat niets van doen met het letsel als gevolg van het ongeval. Vanuit het schadevergoedingsrecht geredeneerd is het ter bepaling van de hypothetische situatie zonder ongeval strikt genomen altijd vereist dat de volledige medische doopceel van de benadeelde op een of andere wijze wordt gelicht. Omdat men van tevoren niet kan weten waarnaar precies te zoeken, is het niet mogelijk om dat te doen door middel van gerichte vragen. In zoverre is het onvermijdelijk dat een adequate medische *fact finding* het karakter kan krijgen van een *fishing expedition*. Daaraan staat uiteraard het recht op privacy van de benadeelde in de weg. Daarom zal van geval tot geval een afweging moeten worden gemaakt. Naast de looptijd van de geclaimde schade zijn hierbij ook andere gezichtspunten relevant. Ik verwijs hiervoor naar de bijdrage van Elferink in dit nummer.

In de praktijk is de aandacht bij de medische informatiegaring vooral gericht op mogelijke medeoorzaken van 'de klachten' en niet op mogelijke andere ziekten of afwijkingen. Dat speelt niet alleen bij de patiëntenkaart een rol, maar ook bij de formulering van de machtiging voor het opvragen van gegevens bij de behandelende sector. Ter beperking van de inbreuk op de privacy van betrokkene wordt deze machtiging wel zo beperkt mogelijk geformuleerd. Bij de beoordeling van claims in het kader van de WAO of first party AOV- en OV-polissen is dat geen probleem, maar in het kader van de civiele aansprakelijkheid dient deze machtiging eigenlijk zeer ruim te worden geformuleerd.

Conclusies

Bepaalde problematische aspecten van het leerstuk van de juridische causaliteit bij letselschade zijn minder uitgekristalliseerd dan hun praktische belang zou doen vermoeden. Met name de betekenis van de schadebeperkingsplicht bij een psychische predispositie, en de besluitvorming over het effect van een predispositie op de hypothetische situatie zonder ongeval verdienen nadere aandacht. Voor deze en andere onderwerpen geldt bovendien dat bij de vertaalslag naar de medici nog veel aan kwaliteit valt te winnen. De ontwikkeling van betere vraagstellingen is daarvoor een noodzakelijke eerste stap. Uitdagingen te over voor de initiatieven die op dit terrein aan de weg willen timmeren. Wordt vervolgd.

Prof. mr. A.J. Akkermans

60. Rb. Zwolle 17 november 1999 en Hof Arnhem 12 december 2000 (Demirci/Univé), L&S 2001, nr. 3, p. 30 e.v. Het vonnis van de rechtbank is ook gepubliceerd in NJkort 2000, 14 en PIV Bulletin 2000, nr. 4, p. 7 e.v.
61. Rb. Roermond 16 mei 1991, VR 1992, 72 (V./Delta Lloyd).
62. Dat deskundigen soms wel degelijk in staat zijn zich over dit soort vragen uit te spreken, blijkt ook uit de rapportage die ten grondslag lag aan het hiervoor vermelde vonnis van de Rechtbank Roermond in V./Delta Lloyd, geciteerd in het artikel van Van in dit nummer.