

Het vaststellen van letsel (II)



Mr. M.R. Lauxtermann en
mevrouw mr. K.M. Volker
Lauxtermann Advocaten



In het eerste deel van ons artikel in PIV-Bulletin 2013, 1 hebben wij betoogd dat klachten alleen zich niet kwalificeren als letsel in de zin van art. 6:107 BW. Zodanig letsel veronderstelt een in de medische wetenschap erkend ziektebeeld. Bij het vaststellen hiervan dient te worden uitgegaan van objectieve maatstaven en daarmee van de beschikbare medische standaarden en richtlijnen, uitmondend in een rapportage die voldoet aan de Richtlijn Medisch Specialistische Rapportage (RMSR).

Kortom, het vaststellen van letsel veronderstelt deugdelijke medische diagnostiek. Een goed arts blijft niet steken bij de aan hem of haar gepresenteerde klachten maar zal op zoek gaan naar de mogelijke oorzaak daarvan. In de letselschadepraktijk heeft dit proces van het blootleggen van oorzaak en gevolg bijzondere betekenis. Iedere letselschadevordering veronderstelt immers dat het gestelde letsel gevolg is van de door de aangesproken partij gemaakte fout. Zonder een dergelijke causale relatie bestaat er geen toewijsbare aanspraak.

Het *condicio sine qua non* vereiste

Evenals in de medische diagnostiek komt het in de letselschadepraktijk aan op het blootleggen van de mogelijke oorzaken van het gestelde letsel. In de letselschadepraktijk wordt dit uitgangspunt regelmatig bestreden met de stelling dat het niet zou gaan om de medische causaliteit, maar om de juridische causaliteit. Voor zover daar meer of anders mee is bedoeld dan dat in rechte feiten lang niet altijd met natuurwetenschappelijke zekerheid kunnen worden vastgesteld en de juridische beoordeling meer omvat dan de enkele medische, achten wij dat onjuist.

Dit alles laat evenwel onverlet dat een letselschadevordering niet toewijsbaar is indien er niet op deugdelijke wijze een medisch causaal verband is gediagnosticeerd. Dit vloeit voort uit het *condicio sine qua non* vereiste¹. Als niet

aan dit vereiste is voldaan, ontbreekt het oorzakelijk verband dat aan toewijzing van een letselschadevordering ten grondslag moet liggen. De *condicio sine qua non* test houdt in dat nagegaan moet worden of de gestelde fout de noodzakelijke voorwaarde is voor het ontstaan van de schade. Deze test is natuurwetenschappelijk van aard en richt zich op het al dan niet bestaan van een feitelijk causaal verband².

Dat het moet gaan om een noodzakelijke voorwaarde, moet letterlijk worden genomen. Hierin schuilt de rechtvaardiging voor de toewijzing van de vordering ten laste van de veroorzaker. Hiermee is ook gegeven dat in overeenstemming met de hoofdregel van art. 150 Rv de bewijslast van het *condicio sine qua non* verband op de benadeelde rust.

Gezien de hierna te bespreken jurisprudentie van de Hoge Raad kan er geen misverstand over bestaan dat wat in de letselschadepraktijk doorgaans als het medisch causaal verband wordt aangeduid, deel uitmaakt van het *condicio sine qua non* vereiste. De bewijslast van de benadeelde ziet aldus ook hierop en hiermee dus ook op het risico dat het medisch causaal verband niet kan worden bewezen. Het Hof Leeuwarden bewijst in onze ogen slechts lippendienst aan het *condicio sine qua non* verband. Na eerst – ten onrechte – te hebben overwogen dat subjectieve gezondheidsklachten in het geheel niet medisch geobjectiveerd of als een erkend ziektebeeld aangemerkt hoeven te worden, oordeelt het hof vervolgens dat indien komt vast te staan dat de benadeelde deze klachten vóór het ongeval niet had, deze op zich door het ongeval kunnen worden veroorzaakt en een alternatieve verklaring hiervoor ontbreekt, het bewijs van het causaal verband veelal geleverd zal zijn³. Volgens het hof hoeven dus niet alleen de klachten niet medisch geobjectiveerd te worden, ook het causaal verband verlangt volgens het hof kennelijk geen medische objectivering. Uit tal van arresten van de Hoge Raad blijkt echter het tegendeel.

Jurisprudentie Hoge Raad

Uit de jurisprudentie over proportionele aansprakelijkheid blijkt al dat de door de Hoge Raad in het arrest Nefalit/Karamus ontwikkelde regel met terughoudendheid moet worden toegepast omdat daaraan het bezwaar is verbonden dat iemand aansprakelijk wordt gehouden voor een schade die hij niet, of niet in de door de rechter aangenomen mate, heeft veroorzaakt⁴.

In Nefalit/Karamus ging het, zoals bekend, om een werknemer met longkanker. Deze longkanker kan zowel zijn veroorzaakt door de vaststaande blootstelling aan asbest bij zijn werkgever, als door roken, genetische aanleg, veroudering of van buiten komende oorzaken⁵. In de eerste plaats valt op dat de Hoge Raad het onder zodanige omstandigheden in het algemeen voor de hand vindt liggen dat de rechter een deskundige benoemt om zich te laten voorlichten over de grootte van de kans dat de gezond-

heidsschade van de werknemer is veroorzaakt door de fout van de werkgever. Tegen de achtergrond van de ernst van die fout (te weten de blootstelling aan de bijzonder gevaarlijke stof asbest) alsmede de ernst van de vaststaande gezondheidsschade (te weten longkanker) wint de noodzaak van de inschakeling van een deskundige om het oorzakelijk verband vast te stellen aan gewicht. Zelfs in dergelijke gevallen valt aan deskundigenbewijs niet te ontkomen. Zo beschouwd is nauwelijks voorstelbaar dat wanneer die deskundige niet tot een in de medische wetenschap algemeen aanvaarde inschatting van die kans kan komen, dat er niet aan in de weg zou staan om dan toch enig oorzakelijk verband aan te nemen. Waarvoor zou die deskundige anders ingeschakeld moeten worden? Om zijn privéopvattingen te ventileren? Dan kan de rechter net zo goed van inschakeling van die deskundige afzien en zijn eigen oordeel hiervoor in de plaats stellen.

In de tweede plaats valt op dat de reeks in aanmerking komende alternatieve oorzaken in beginsel onbegrensd is en iedere enigszins mogelijke oorzaak in aanmerking kan worden genomen⁶. Dit betekent dat naarmate de gestelde gezondheidsklachten, gesteld al dat ze in voldoende mate objectiveerbaar zijn, een veel aspecifieker karakter hebben dan longkanker, alle mogelijke oorzaken bij de beoordeling of er überhaupt enige sprake is van een verband met de gemaakte fout betrokken moeten worden.

Dat is wat wij bedoelen met het lippendienst bewijzen aan het *condicio sine qua non* vereiste. De klachtenpatronen, waarom het in zaken waarop de Leeuwardense leer ziet, gaat, zijn volkomen aspecifiek en kunnen door van alles en nog wat veroorzaakt worden. Beziet men dan hoe wordt getoetst of er alternatieve oorzaken zijn, dan valt dit naast de benadering in Nefalit/Karamus in het geheel niet te begrijpen.

Dit beeld wordt versterkt door het oordeel in de zaak Landskroon/BAM⁷. Hier ging het om een bekistingstimmerman die jarenlang zware rugbelastende werkzaamheden in strijd met specifiek ter voorkoming van rugletsel geldende arboregels had verricht. Het was alleszins aannemelijk dat zijn rugklachten daardoor konden zijn ontstaan. Toch strandde zijn vordering in drie instanties. Getoetst aan de aangehaalde maatstaf van het Hof Leeuwarden, valt dat oordeel niet te begrijpen: het ging om acute, niet eerder bestaande rugklachten die zonder meer door het werk konden zijn veroorzaakt. De expertiserend orthopeed noteerde niet verrassend dat iemand met een degeneratieve rug en zwaar lichamelijk werk waarschijnlijk eerder uitvalt dan iemand met minder zwaar lichamelijk werk. De Hoge Raad: *“Dat de rugbelastende werkzaamheden aan de klachten van Landskroon kunnen hebben bijgedragen, heeft het hof onderkend, maar het heeft per saldo geoordeeld dat voor een oorzakelijk verband tussen deze werkzaamheden en het ontstaan van de klachten als zodanig onvoldoende grondslag is te vinden.”* En ook het ontbreken van alternatieve oorzaken maakte geen verschil: *“Daarbij verdient allereerst opmerking dat het door het hof vermelde feit dat de deskundigen geen objectieve verklaringen hebben kunnen vinden voor de rugklachten van*

Landskroon, niet zonder meer met zich brengt dat zijn stellingen op dit punt als juist moeten worden aanvaard of voldoende aannemelijk zijn.”

Voor wie in de praktijk van alledag actief is, springt het contrast tussen de afloop van deze zaak, waarin het ging om jarenlang rugbelastende werkzaamheden in strijd met de arboregels en de vaak zeer beperkte impact van een enkele achteropbotsing bij tal van whiplashclaims, in het oog. Gezien de aard van de klachten bestaat er geen enkele rechtvaardiging voor dit verschil in afloop. Nek- en schouderklachten zijn net zo aspecifiek als lage rugklachten en komen ook zonder trauma of belastend werk in de populatie voor.

Wellicht nog meer in het oog springend is de zaak tegen BK-Gas⁸. Het ging hier om een werknemster met RSI-klachten. Haar vordering werd door de kantonrechter toegewezen. Het hoger beroep van BK-Gas slaagde evenwel. Het daartegen ingestelde cassatieberoep werd door de Hoge Raad, ook al hadden de cassatiemiddelen een principieel karakter, zonder motivering (met toepassing van art. 81 RO) afgewezen. Bijzonder is dat het hof op grond van deskundigenberichten had vastgesteld dat de werkgever zijn zorgplicht had geschonden, dat de schade was ontstaan in de uitoefening van de werkzaamheden en dat de klachten niet een buiten het werk gelegen oorzaak hadden. Toch werd de vordering afgewezen, en wel omdat de zorgplichtschending gelet op de ingewonnen deskundigenberichten volgens het hof geen *wezenlijke bijdrage* had geleverd aan de ontstane klachten. De overweging dat de zorgplichtschending een *“wezenlijke bijdrage”* aan het ontstaan van de klachten had moeten leveren, bevestigt het gewicht van het *condicio sine qua non* vereiste. Ook al zou de zorgplichtschending enige invloed hebben gehad op het ontstaan van de klachten, dan nog was dit onvoldoende geweest. Vanzelfsprekend is hiertegen in cassatie opgekomen, maar, als gezegd, zonder succes.

Ook deze zaak staat volledig in het teken van het *condicio sine qua non* verband. De fout van de werkgever (de zorgplichtschending) staat vast en ook staat vast dat de werknemster op het werk schade had opgelopen (de RSI-klachten) zonder dat hiervoor alternatieve oorzaken buiten het werk waren aan te wijzen.

Zou de Leeuwardense lijn zijn gevolgd, dan was de vordering ongetwijfeld toegewezen: voor de aanvang van het dienstverband bestonden de klachten nog niet, de klachten konden heel goed door het werk zijn veroorzaakt en andere oorzaken, buiten het werk ontbraken. Dat de zaak niettemin negatief voor de werknemster afliep, illustreert dan ook dat het aankomt op de vraag of de expertiserend artsen een overtuigende medische verklaring kunnen geven voor de relatie tussen de door de werkgever gemaakte fout en de door hen aangenomen gezondheidsklachten. De uitkomst laat ook zien dat het risico dat het *condicio sine qua non* verband niet komt vast te staan, op de werknemer rust. De poging om in cassatie met behulp van de – al dan niet arbeidsrechtelijke – omkeringsregel tot een voor de werknemer gunstiger verdeling van de bewijslast en het bewijsrisico te komen liep op niets uit⁹.

> Uit de hier aangehaalde jurisprudentie blijkt dat het *condicio sine qua non* vereiste – zeker indien het gaat om moeilijk objectiveerbare gezondheidsklachten – een serieuze obstakel kan vormen. Er bestaat geen enkele aanleiding om te veronderstellen dat deze jurisprudentie – hoewel deze gewezen is in beroepsziektezaken – alleen daarop van toepassing zou zijn. Zoals A-G Spier het in zijn conclusie voor het arrest BK-Gas formuleerde: *“Tenslotte: zeker, maar niet alleen, ten aanzien van ziektes, kwalen of aandoeningen die in de medische wereld nog niet tot volle klaarheid zijn gekomen, is grote voorzichtigheid geboden. Betracht men haar niet dan zal de consequentie zijn dat veel werkgevers vergoeding moeten gaan betalen voor schade die niet door enige tekortkoming hunnerzijds teweeg is gebracht.”*¹⁰ Dat hier in andersoortige letselzaken anders tegenaan gekeken zou moeten worden, valt niet in te zien. Gelet op de aard en ernst van de in deze beroepsziektezaken aangenomen zorgplichtschendingen, zal in elk geval daarin geen onderscheidend element kunnen worden gevonden.

Ook valt niet in te zien dat in andersoortige letselzaken minder zwaar gewicht gehecht zou moeten worden aan de functie van het *condicio sine qua non* vereiste, te weten te voorkomen dat de aangesproken partij schade moet vergoeden die hij niet heeft veroorzaakt. Het uitgangspunt in ons schadevergoedingsrecht blijft nu eenmaal dat eenieder zijn eigen schade moet dragen totdat er voldoende rechtvaardiging wordt gevonden om deze te verplaatsen. Ook bezien vanuit de praktijk bestaan er nauwelijks klemmende redenen om de benadeelde te hulp te schieten door minder hoge eisen aan het *condicio sine qua non* verband te stellen. Vanuit onze ervaring durven wij de stelling wel aan dat zaken waarin het gaat om moeilijk objectiveerbaar letsel een zeer slepend karakter kunnen krijgen, juist omdat het, ook tegenover serieuze twijfels over het causaal verband altijd de moeite kan lonen het toch maar in rechte te proberen.

Pre-existentie en predispositie

Niet zelden wordt de afwikkeling van dergelijke zaken bemoeilijkt door discussie over eventueel bij de benadeelde aanwezige of sluimerende pre-existente aandoeningen. Bedacht dient te worden dat ook de bewijslast op dit vlak op de benadeelde rust. Het verweer dat de gestelde klachten heel goed een andere oorzaak kunnen hebben – bijvoorbeeld vanwege de prevalentie daarvan in de populatie zonder trauma – is te beschouwen als een gemotiveerd verweer, waarvan de aangesproken partij niet de bewijslast draagt. Het ligt dan ook niet op de weg van de aangesproken partij bij discussie over de mogelijkheid van alternatieve oorzaken de aanwezigheid daarvan te bewijzen. Integendeel, de bewijslast van het *condicio sine qua non* verband brengt mee dat deze alternatieve oorzaken door de expertiserend arts uitdrukkelijk in zijn overwegingen worden betrokken en hij verklaart in hoeverre deze al dan niet in het voorliggende geval aan de orde zijn¹¹. Opvallend is dat in de praktijk met toepassing van de Leeuwardense lijn vaak veel hogere eisen worden gesteld aan de vraag of er mogelijk alternatieve oorzaken zijn dan aan de vraag of de gestelde ongevalsklachten daadwerkelijk ongevalsgevolg zijn. Langs die weg worden episodische vóór

het ongeval met vergelijkbare klachten niet zelden als irrelevant ter zijde geschoven omdat toen bij onderzoek niets kon worden vastgesteld en de klachten vóór het ongeval waren geweest. Het punt is nu juist dat wanneer er in het verleden onverklaarbare klachten waren zonder harde aanwijzingen voor het tegendeel geenszins aanleiding bestaat om even lastig te objectiveren klachten na een ongeval als gevolg daarvan te zien. In elk geval spreekt het weinig aan om ten aanzien van de relatie met het ongeval niet al te hoge eisen aan te leggen en ten aanzien van de relatie met de onverklaarde toestand uit het verleden wel. Dat staat ook haaks op de medische standaard. Volgens de Richtlijn Medisch Specialistische Rapportage kan geen causaal verband worden gelegd vanwege de enkele omstandigheid dat klachten na een ongeval voor het eerst debuteerden¹². Dat geldt uiteraard nog sterker indien dergelijke klachten zich ook al in het verleden hebben gemanifesteerd.

Niet minder onjuist is het om onzekerheid over het *condicio sine qua non* verband te helen met een beroep op de predispositiearresten van de Hoge Raad. Deze jurisprudentie gaat ervan uit dat de veroorzaker van een ongeval de benadeelde moet nemen zoals hij is en eventueel ernstiger gevolgen dan in de normale lijn van de verwachting liggen, voor zijn rekening moet nemen. Deze jurisprudentie vormt een toepassing van de leer van de redelijke toerekening, zoals neergelegd in art. 6:98 BW. Het is een uitgemaakte zaak dat eerst het *condicio sine qua non* verband moet worden vastgesteld, voordat het toerekeningsverband van art. 6:98 BW kan worden ingeroepen. Zoals de Hoge Raad in het fibromyalgie-arrest oordeelde: *“De in de onderdelen vervatte klachten miskennen dat van ‘zodanig verband’ als bedoeld in art. 6:98 BW eerst sprake kan zijn, indien is voldaan aan de eisen van het condicio sine qua non verband.”*

Ook in dit licht is de Leeuwardense lijn aanvechtbaar. In het arrest van 10 augustus 2010 overwoog het hof met een beroep op de predispositiejurisprudentie: *“Dat na een ongeval door somatiseren klachten ontstaan, verergeren of voortbestaan betekent dan ook niet zonder meer dat van (juridisch relevante) causaal verband tussen de klachten en het ongeval geen sprake (meer) is.”* Deze overweging is uitsluitend juist voor zover het gaat om klachten waarvan het *condicio sine qua non* verband met het ongeval op deugdelijke wijze, namelijk in overeenstemming met de medische standaard, is vastgesteld. Als echter na een ongeval als gevolg van somatiseren klachten ontstaan, is daarmee nog niets gezegd over het verband met het ongeval.

Volgordelijkheid in tijd zegt nu eenmaal niets over eventuele causale verbanden.

Het praktisch belang hiervan dringt zich mogelijk op het eerste gezicht niet op. Dit belang schuilt er echter in dat men langs deze weg gedwongen wordt eerst exact vast te stellen wat de precieze gevolgen van het ongeval zijn geweest, en pas daarna de eventueel ernstiger gevolgen door de predispositie. Daarmee wordt immers blootgelegd hoe groot de invloed van de predispositie is geweest en juist die is relevant om te kunnen beoordelen hoe de toekomst voor de benadeelde zonder het betreffende ongeval eruit

zou hebben gezien. Een eventuele predispositie kan immers zonder meer van invloed zijn op de omvang of de looptijd van de schade¹³.

Afronding

In onze ogen gaat het niet aan om bij het vaststellen van letsel hoge of juist lage eisen te stellen. Waar het op neerkomt, is dat letsel bij uitstek tot het vakgebied van de medische wetenschap behoort en aldus bij het vaststellen hiervan uitgegaan moet worden van de medische standaard. Zonder die objectieve maatstaf ligt willekeur op de loer en juist willekeur leidt tot procedures. Zolang de Leeuwardense lijn niet door de Hoge Raad is

bevestigd, achten wij het onjuist om in dit verband van vaste jurisprudentie te spreken. Sterker nog, deze lijn lijkt juist haaks te staan op de door ons besproken jurisprudentie van de Hoge Raad.

Samengevat concluderen wij als volgt:

- klachten kwalificeren niet noodzakelijk als letsel;
- letsel moet objectief worden vastgesteld;
- de medische standaard is daarbij leidend;
- het risico dat het medisch causaal verband niet komt vast te staan, rust op de benadeelde;
- zonder medisch causaal verband geen juridisch causaal verband.

¹ Problemen van meervoudige en alternatieve causaliteit gaan het bestek van dit artikel (het vaststellen van letsel) te buiten. Het zelfde geldt voor de hiervoor in de jurisprudentie ontwikkelde oplossingen, zoals de proportionele aansprakelijkheid en de kansschade. Opgemerkt zij echter dat ook in geval van proportionele aansprakelijkheid, in welke gevallen nu juist niet aan het *condicio sine qua non* vereiste is voldaan, in elk geval medisch moet zijn vastgesteld dat er een reële kans bestaat dat de fout tot het gestelde letsel heeft geleid. *sser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013*, nr. 50.

² *Gerechtshof Leeuwarden, 10 augustus 2010, LJN BN3975, JA 2010/152.*

³ *HR 24 december 2010, NJ 2011, 251 (Fortis/Bourgonje).*

⁴ *HR 31 maart 2006, NJ 2011, 250 (Nefalit/Karamus).*

⁵ Dit wordt geaccentueerd door het eveneens op 31 maart 2006 gewezen arrest inzake *Eternit (JAR 2006, 101)*. In deze zaak ging het ook om een aan asbest blootgestelde werknemer met longkanker. Deze werknemer had echter nooit gerookt. In zijn geval werd de veroorzakingswaarschijnlijkheid van de blootstelling aan asbest gesteld op 63,5%. In het geval van *Karamus* bedroeg die 55%. De bijdrage van het roken was aldus beperkt, hetgeen betekent dat het belang van de overige genoemde oorzaken (genetische aanleg, veroudering of van buiten komende oorzaken) navenant toeneemt.

⁶ *HR 9 januari 2009, NJ 2011, 252 (Landskroon/BAM).*

⁷ *HR 19 oktober 2012, LJN BX7591 (BK-Gas).*

⁸ Zulks geheel in lijn met vergelijkbare zaken, waarin het ging om specifieke klachten zonder eenduidige oorzaken. *HR 9 april 2004, NJ 2004, 208 (fybromyalgie)*; *23 juni 2006, NJ 2006, 354 (Havermans/Luyckx; OPS)* en *9 januari 2009, NJ 2011, 252 (Landskroon/BAM; rugklachten)*.

⁹ Zulks geheel in overeenstemming met zijn conclusies voor de in noot 9 genoemde arresten.

¹⁰ Vergelijk *HR 13 december 2002, NJ 2003, 212 (B/Olifiers)*. Reeds uit deze uitspraak blijkt dat het beroep op een predispositie niet op de aangesproken partij, doch op de benadeelde rust.

¹¹ Aanbeveling 2.2.16 RMSR. Te vinden op knmg.artsennet.nl/publicaties.

¹² Onder verwijzing naar het hiervoor in noot 10 genoemde arrest zij in dit verband benadrukt dat de benadeelde ook op dit punt de bewijslast heeft. Zie nader *Akermans, Causaliteit bij letselschade en medische expertise, TVP 2003, 4, p. 102, l.k.*

Zwaar letsel opnieuw van start!

Deze leergang is bestemd voor behandelaars en regelaars van personenschade, belangenbehartigers en medewerkers van rechtsbijstandverzekeraars en leert u niet alleen dergelijke schade optimaal te regelen, maar ook maatschappelijke, financiële en persoonlijke schade van de benadeelde zoveel mogelijk te beperken. De leergang bestaat uit twee verplichte modules (Regie en Toekomstschade) en drie keuzemodules (*Schade bij zelfstandigen*, *Overlijdensschade en Beroepsziekten*).

Regie geeft inzicht in het gehele proces en leert de regie uit te zetten en een behandelplan op te stellen. Bij Toekomstschade worden in praktijksituaties relevante feiten geïnventariseerd, schadeposten benoemd en toekomstige schade berekend.

NIBESVV

Tijdens de keuzemodule *Schade bij zelfstandigen* maakt u de cursist zich aan de hand van praktijkgevallen eigen met de complexe behandeling van letselschade bij kleine zelfstandigen. *Overlijdensschade* geeft inzicht in het juridisch kader en de schadeberekening, terwijl *Beroepsziekten* ingaat op letselschadebehandeling bij beroepsziekten als bijvoorbeeld asbest en OPS.

De module Regie start op 10 september 2013 met een studiebijeenkomst. De eerste lesdag is op 26 september 2013.

Kijk voor meer informatie en zaken als pakketvoordeel op www.nibesvv.nl.