



Dit artikel is verschenen in het kader van de werkzaamheden van de Interdisciplinaire Werkgroep Medische Deskundigen (IWMD) in het Tijdschrift voor Gezondheidsrecht (TvG), 2003/ 4, p. 263 - 269.

Noot bij beschikking Gerechtshof te 's-Hertogenbosch 9 januari 2003¹

*M.H. Elferink*²

1. In bovenstaande uitspraak oordeelt het Gerechtshof in een geschil tussen verzekeraar en slachtoffer van een verkeersongeval over de uitoefening van het 'blokkeringsrecht' ten aanzien van een medische deskundigenrapportage. Dit recht is vastgelegd in art. 7:464 lid 2 sub b BW. Het geeft een keurling het recht om de uitslag en de gevolgtrekking van een medische keuring als eerste te vernemen, zodat hij kan beslissen of daarvan mededeling aan derden mag worden gedaan. In dit geval ging het om een voorlopig deskundigenonderzoek van een door het Gerechtshof benoemde onafhankelijke deskundige. Het Gerechtshof wijst in deze zaak een beroep op het blokkeringsrecht af en oordeelt dat het slachtoffer ex art. 198 lid 3 Rv de verplichting heeft om mee te werken aan het deskundigenonderzoek.³

2. Deze uitspraak is van belang omdat zij illustreert welk spanningsveld bij medische expertises in civielrechtelijke aansprakelijkheidszaken kan ontstaan. Dit spanningsveld betreft enerzijds het recht op privacy van de benadeelde (art. 10 Gw en art. 8 EVRM) en anderzijds het recht op een eerlijk proces van de aangesproken partij in het kader van het 'equality of arms'-beginsel (art. 6 EVRM). Als de balans te ver doorslaat naar het individuele recht op privacy van de benadeelde, kan dit tot een ontoelaatbare onevenwichtigheid tussen partijen in hun processuele positie leiden. De benadeelde beschikt dan immers over voor de beoordeling van het geschil essentiële medische gegevens, terwijl de aangesproken partij daar geen beschikking over heeft. Partijen moeten in het kader van het 'equality of arms'-beginsel aan de hand van hetzelfde feitencomplex een eigen beoordeling van de claim kunnen maken. Dit laatste geldt overigens evenzeer voor de rechter. Wil de rechter tot een aanvaardbare uitspraak kunnen komen die recht doet aan de belangen van beide partijen, dan zal er een volledige rechterlijke toetsing van 'the merits of the matter' moeten plaatsvinden. Bovendien rusten op beide partijen motiveringsplichten: eiser moet zijn eis motiveren en gedaagde moet de stellingen van eiser gemotiveerd betwisten. Als gedaagde dit nalaat, staan de stellingen van eiser als onbetwist vast (art. 149 Rv). Partijen hebben dus een processuele mededelings- en informatieplicht zowel ten opzichte van de rechter als de wederpartij.⁴ In zoverre is de beslissing van het Gerechtshof in bovenstaande zaak dus goed te begrijpen. De vraag rijst echter of het Gerechtshof in dit geval niet een té vergaande inbreuk maakt op het recht op privacy van het slachtoffer door een beroep op het blokkeringsrecht te weigeren. Daarbij is relevant of de onevenwichtigheid in de processuele positie van partijen die ontstaat in het

¹ AF 2943, R200100157. Gepubliceerd in Nieuwsbrief Personenschade 2003/3, p. 10-11.

² Mirjam Elferink is universitair docent privaatrecht aan de VU.

³ Ook de Rechtbank Arnhem wees recentelijk een beroep op het blokkeringsrecht af, 6 juni 2002, 31955/HA ZA 98-31.

⁴ Zie hierover uitgebreid: W.A.J.P. van den Reek, *Mededelingsplichten in het burgerlijk procesrecht*, diss. Tilburg 1997; I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid*, diss. Tilburg: Boom Juridische Uitgevers: 2001; I. Giesen, 'De (pre)processuele mededelingsplichten in het civiele procesrecht en hun verhouding tot de bewijslastverdeling', *TCR* 2002/4, p. 85-92; Chr. Van Dijk, 'Informatie en mededelings(werkings)plichten in het burgerlijk procesrecht', *TvP* 1999/4, p. 86-89.

geval een beroep op het blokkeringsrecht wél gehonoreerd zou worden, op een andere manier hersteld kan worden.

3. Wat ging er aan bovenstaande beschikking van het Gerechtshof vooraf?

Onderwerp van geschil tussen Levob Schadeverzekering N.V. (hierna: Levob) en mevrouw X (hierna: eiseres) is de afwikkeling van schade veroorzaakt door een verkeersongeval. Eiseres vordert in een bodemprocedure een bedrag van in totaal Fl. 857.628,- aan geleden schade. Partijen verschillen echter van mening over de vraag welke schade eiseres ten gevolge van het ongeval heeft geleden en over de omvang daarvan. Eiseres heeft zelf reeds een onderzoek naar haar medische beperkingen door een neuroloog en een neuropsycholoog laten uitvoeren. Hun conclusies heeft zij in de bodemprocedure overgelegd. Levob kon zich daar echter niet in vinden en verzocht om een voorlopig deskundigenonderzoek door een psychiater. Eiseres verzette zich daartegen. De Rechtbank wees het verzoek om een voorlopig deskundigenonderzoek in eerste instantie af.⁵ In het door Levob ingestelde hoger beroep van die tussenbeslissing achtte het Gerechtshof het belang van Levob bij een psychiatrisch onderzoek echter gerechtvaardigd vanwege de door eiseres gestelde klachten, haar bijzondere gezinssituatie alsmede de bevindingen van de diverse medici. Om de aan het verkeersongeval toerekenbare medische beperkingen van eiseres te kunnen vaststellen, heeft het Gerechtshof daarom een voorlopig deskundigenonderzoek gelast.⁶ Eiseres nam daarop zelf contact op met de psychiater en verzocht hem - in afwijking van de opdracht van het Gerechtshof - om de conceptrapportage eerst alleen aan haar toe te zenden, in plaats van tegelijkertijd aan beide partijen en de rechter. Eiseres beriep zich daarbij op het blokkeringsrecht ex art. 7:464 lid 2 sub b BW. De deskundige lichtte hierover de advocaten van beide partijen in. Levob verzette zich daarop uitdrukkelijk tegen een beroep op het blokkeringsrecht, omdat dit in strijd zou zijn met de beginselen van een goede procesorde. Bovendien voerde Levob aan dat het ongerijmd was van eiseres om enerzijds een aanzienlijke claim in te dienen en anderzijds niet mee te willen werken aan de beoordeling van deze claim. Levob heeft daarom het Gerechtshof verzocht om te interveniëren en een comparitie van partijen te gelasten waarin moest worden onderzocht of de ontstane impasse kon worden doorbroken. Het Gerechtshof willigde dit verzoek in.

4. Naar aanleiding van deze comparitie overweegt het Gerechtshof in rechtsoverweging 12.5 dat art. 7:446 lid 5 BW en art. 7:464 BW op het voorlopig deskundigenonderzoek van toepassing zijn. Deze artikelen staan in afdeling 7.7.5 BW, wellicht beter bekend als de (Invoerings)Wet inzake de geneeskundige behandelingsovereenkomst (WGBO). In deze afdeling wordt de relatie tussen arts en patiënt geregeld. De WGBO ziet primair op de situatie dat er een behandelingsovereenkomst is tussen arts en patiënt, waarbij de patiënt opdrachtgever is (art. 7:446 lid 1 BW). Keuringen in opdracht van een ander dan de patiënt vallen echter niet onder het begrip behandelingsovereenkomst (art. 7:446 lid 5 BW). Ook de opdracht van het Gerechtshof aan de psychiater om de gezondheidstoestand van eiseres te beoordelen in verband met de vaststelling van de aanspraken van eiseres jegens Levob, valt niet onder het begrip behandelingsovereenkomst (art. 7:446 lid 5 BW).⁷ Maar voor deze niet-contractuele situaties⁸ in de zin van de WGBO is een schakelbepaling opgenomen in artikel 7:464 BW die bepaalt dat de bepalingen van de WGBO (afdeling 7.7.5 BW) van *overeenkomstige toepassing zijn, voorzover de aard der rechtsbetrekking zich daartegen niet*

⁵ Beschikking Rb. Roermond 22 februari 2001, 42142/HARK 00-355.

⁶ Beschikking Gerechtshof 's-Hertogenbosch 8 augustus 2001, R200100157.

⁷ Vgl. C.J.M. Klaassen, 'De rechter als contractant? De rechtsverhouding tussen de deskundige, de rechter en de procespartijen gezien vanuit het materiële recht', *TCR* 2002/4, p. 93-102. Klaassen betoogt dat deze is te kwalificeren is als een overeenkomst van opdracht in de zin van titel 7 van Boek 7 BW.

⁸ In dat geval is er sprake van een verbintenis uit de wet. *Kamerstukken II* 1990/91, 21 561, nr. 6, p. 25 (*MvA*).

verzet. De gedachte hierachter is, dat de wetgever de keurling een soortgelijk beschermingsniveau wil bieden als voor patiënten wordt beoogd met de WGBO. In rechtsoverweging 12.6 oordeelt het Gerechtshof vervolgens: "Artikel 7:446 lid 5 BW staat in de in artikel 7:464 lid 1 BW aangehaalde afdeling 5 van titel 7 van boek 7 BW. Ook artikel 7:464 lid 2 [het blokkeringsrecht] staat in deze afdeling. De aard van de rechtsbetrekking tussen de deskundige [Y] en [de vrouw], welke rechtsbetrekking op zich genomen valt onder de definitie van artikel 7:446 lid 5, verzet zich echter naar het oordeel van het hof tegen de toepassing van artikel 7:464 lid 2 [het blokkeringsrecht]." Voorts overweegt het Gerechtshof dat in de situatie dat de rechter een deskundigenonderzoek gelast, de persoon op wie het onderzoek betrekking heeft niet kan verhinderen dat het rapport aan de rechter wordt uitgebracht.

5. Zoals reeds opgemerkt is het de vraag of het Gerechtshof met deze beslissing niet een té vergaande inbreuk maakt op het recht op privacy van de benadeelde. Vanwege het speciale karakter van keuringen is in art. 7:464 lid 2 een tweetal regels opgenomen dat specifiek betrekking heeft op de keuringssituatie: de verkorte bewaartermijn van de uitslag van de keuring (sub a) en het blokkeringsrecht (sub b). Bij keuringen kunnen immers betrekkelijk snel individuele grondrechten van keurlingen in het geding zijn (recht op privacy en bescherming van de persoonlijke integriteit, artikelen 10 en 11 Gw). Bovendien spelen bij keuringen vaak belangen van derden (mede) een rol. Daardoor verkeert de keurling in de regel in een afhankelijke positie, ook al gaat het om een 'vrijwillige' keuring. Géén keuring betekent vaak ofwel geen baan, verzekering of uitkering dan wel geen schadevergoeding. Daardoor is er sprake van een zekere 'drang' om aan de keuring deel te nemen, ondanks de (beperkte mate van) keuzevrijheid van de keurling om zich aan een keuring te onderwerpen.⁹ Gezien dit fundamentele karakter van het blokkeringsrecht, is het de vraag of daarop een beperking zou moeten worden aangebracht zoals in de onderhavige zaak is geschiedt door een beroep hierop niet toe te kennen. Inbreuk op het recht op privacy is alleen mogelijk op zwaarwegende gronden. Art. 10 Gw bepaalt dat op dit recht slechts beperkingen kunnen worden aangebracht, indien deze in wetgeving zijn vastgelegd. Ook art. 8 EVRM bepaalt dat inbreuk hierop slechts mogelijk is indien bij wet voorzien en dan alleen nog maar onder bepaalde voorwaarden.¹⁰ Vanuit deze achtergrond bezien, zijn voor een beperking van het blokkeringsrecht zwaarwegende argumenten nodig. De afwijzing van het beroep op het blokkeringsrecht had in het onderhavige geval in ieder geval een uitgebreidere motivering van het Gerechtshof verdiend. Het behoud van het 'equality of arms'-beginsel tussen partijen kan weliswaar worden beschouwd als een zwaarwegend argument, maar mijns inziens uitsluitend als dit evenwicht niet op een andere manier kan worden behouden. Hier kom ik later nog op terug.

6. Een tweede kanttekening bij deze uitspraak betreft een wetstechnisch argument. Het Gerechtshof wijst een beroep op het blokkeringsrecht af met de overweging dat de aard der rechtsbetrekking tussen de deskundige en de benadeelde zich tegen de toepassing daarvan verzet in de situatie dat de rechter een deskundigenonderzoek heeft gelast (r.o. 12.6). Deze afweging lijkt op het eerste oog in overeenstemming met het systeem van de wet. De schakelbepaling van art. 7:464 lid 1 BW biedt immers de vrijheid om met betrekking tot keuringssituaties van geval tot geval een afweging te maken of de aard der rechtsbetrekking

⁹ 'Drang' onderscheidt zich van 'dwang' omdat de keurling in principe keuzevrijheid toekomt om al dan niet deel te nemen aan een keuring. Zie over 'drang' en 'dwang': H.J.J. Leenen, *Handboek gezondheidsrecht, deel I. Rechten van mensen in de gezondheidszorg*, Bohn Stafleu van Loghum: Houten: 2000, p. 217-220.

¹⁰ Zo moet de beperking bij wet noodzakelijk zijn in een democratische samenleving in het belang van o.m. de veiligheid, bescherming van gezondheid of goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

zich nu wel of niet verzet tegen onverkorte toepassing van de WGBO. Het is mijns inziens echter maar de vraag of deze afweging wel kan worden gemaakt voor het blokkeringsrecht. Uit de tekst van art. 7:464 lid 2 BW volgt namelijk dat dit artikel specifiek voor keuringssituaties is geschreven: 'Betreft het handelingen als omschreven in art. 7:446 lid 5 [keuringen] (...)', dan geldt de verkorte bewaartermijn van de uitslag (art. 7:464 lid 2 sub a BW) en het blokkeringsrecht (art. 7:464 lid 2 sub b BW). Dat het hier gaat om specifieke 'keuringsrechten' blijkt ook uit de Memorie van Antwoord bij het wetsvoorstel inzake de WGBO, waarin staat: "(...) geldt art. 1653t [schakelbepaling art. 7:464 lid 1 BW] in zijn nieuwe vorm met name ook voor alle keuringssituaties in opdracht van een ander dan de keurling zelf. Ook daarvoor geldt dus dat voorzover een strikte toepassing van sommige bepalingen tot niet wenselijke resultaten zou leiden, afwijking daarvan mogelijk is. Daarnaast bestaat naar onze mening behoefte aan enkele specifieke bepalingen met betrekking tot keuringen in opdracht van een ander. In een nieuw tweede lid van art. 1653t zijn daarom bepalingen opgenomen die specifiek op de keuringssituatie [waaronder het blokkeringsrecht dus] toegesneden zijn."¹¹ Bij het opstellen van deze specifieke, op keuringen betrekking hebbende, rechten (art. 7:464 lid 2 sub a en b BW) is dus uitgegaan van een keuringssituatie als bedoeld in art. 7:446 lid 5 BW, waarin er géén behandelingsovereenkomst is tussen de keurling en de arts. De schakelbepaling van art. 7:464 lid 1 BW, daarentegen, ziet op de 'van overeenkomstige toepassingverklaring' van bepalingen uit de WGBO die speciaal voor de behandelingsovereenkomst tussen arts en patiënt zijn geschreven. Een wezenlijk verschil dus. Een bijkomend argument dat mijns inziens pleit voor de stelling dat de clause uit de schakelbepaling van art. 7:464 lid 1 BW niet van toepassing is op het blokkeringsrecht, is gelegen in de uitgestelde inwerkingtreding van het blokkeringsrecht op onder meer het terrein van de arbeidsomstandigheden, sociale verzekeringen en voorzieningen.¹² De inwerkingtreding van het blokkeringsrecht is niet voor niets uitgesteld, terwijl de schakelbepaling ex art. 7:464 lid 1 BW al wél in werking is getreden. Als immers met de clause uit de schakelbepaling van art. 7:464 lid 1 BW ('voorzover de aard der rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet') van geval tot geval kan worden beoordeeld of onverkorte toepassing van het blokkeringsrecht in de voorkomende situatie gerechtvaardigd is, zou het uitstel van de inwerkingtreding van het blokkeringsrecht niet nodig zijn. In die gevallen zou immers met de clause uit lid 1 van art. 7:464 BW steeds een beroep op het blokkeringsrecht opzij gezet kunnen worden, indien dit nodig mocht zijn. Het voorgaande rechtvaardigt mijns inziens de conclusie dat de clause uit art. 7:464 lid 1 BW '(...)voorzover de aard der rechtsbetrekking(...)' niet van toepassing is op het blokkeringsrecht. Dit zou betekenen dat het blokkeringsrecht áltijd van toepassing is in keuringssituaties.¹³

7. Dan kom ik nu toe aan enkele overwegingen van meer materiële aard. Wat zou er in deze zaak op tegen zijn geweest om het beroep op het blokkeringsrecht gewoon toe te kennen? Eiseres had misschien wel een gerechtvaardigd belang bij bescherming van haar privacy. Een voorbeeld van een integer beroep op het recht op privacy is de situatie dat er in de rapportage melding wordt gemaakt van een incestverleden of andere informatie waarvan de benadeelde niet wil dat deze in de openbaarheid komt. Een benadeelde kan derhalve zeer begrijpelijke en honorabele overwegingen bij een beroep op het blokkeringsrecht hebben, waarmee overigens niet gezegd is dat dergelijke informatie niet relevant kan zijn voor de beoordeling van de door de benadeelde ingestelde vordering. Het probleem is echter dat de aard van het blokkeringsrecht nu juist met zich meebrengt dat er geen onderscheid kan worden gemaakt tussen een 'integer' beroep op het recht op privacy en een 'oneigenlijk' beroep hierop. Dit

¹¹ Kamerstukken II 1990/91, 21 561, nr. 6, p. 22 (MvA).

¹² Besluit van 13 maart 2000, *Stb.* 2000, 121. iwtr. is uitgesteld tot 1 mei 2005.

¹³ Mits in werking getreden. (Besluit van 13 maart 2000, *Stb.* 2000, 121).

laatste is bijvoorbeeld het geval indien er voor de vordering van de benadeelde *onwelgevallige* informatie uit het deskundigenonderzoek naar voren komt. Voor beide gevallen bestaat het risico dat een benadeelde zijn blokkeringsrecht (mede) ‘misbruikt’. Dit is echter niet controleerbaar voor rechter en aangesproken partij, nu pas bij kennisneming van het geblokkeerde rapport, al dan niet duidelijk zou kunnen zijn, waarom in het betreffende geval een beroep op het blokkeringsrecht werd gedaan.

8. Stel nu dat het Gerechtshof het beroep op het blokkeringsrecht in deze zaak wel had toegestaan, wat zou dan de situatie zijn? Hoe zou in dat geval moeten worden omgegaan met de botsing tussen het recht op privacy van de benadeelde en de spelregels die nu eenmaal in een procedure gelden en die zijn vastgelegd in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering? Het Gerechtshof geeft in rechtsoverweging 12.6 aan dat art. 198 lid 3 Rv van toepassing is op de onderhavige situatie. Op grond hiervan zijn partijen verplicht om mee te werken aan een deskundigenonderzoek. Op niet-naleving van deze verplichting staat de sanctie dat de rechter daaruit de gevolgtrekkingen kan maken die hij geraden acht. Volgens het Gerechtshof betekent dit dat eiseres geen beroep kon doen op het blokkeringsrecht ex art. 7:464 lid 2 sub b BW, maar dat eiseres hoogstens de vrijheid had om al dan niet mee te werken aan het deskundigenonderzoek (r.o. 12.6). Hiermee brengt het Gerechtshof mijns inziens een vreemd onderscheid aan: het blokkeringsrecht is niet van toepassing, maar art. 198 lid 3 Rv wel. Volgens mij hoeft het een het ander niet uit te sluiten. Via het blokkeringsrecht kan de *uitbrenging van* een deskundigenbericht worden verhinderd, nadat aan het onderzoek is meegewerkt. Materieel gezien komt het echter op hetzelfde neer als wanneer men in het geheel niet zou meewerken aan een deskundigenonderzoek. Als men immers via het blokkeringsrecht verhindert dat het deskundigenrapport wordt uitgebracht aan rechter en wederpartij, heeft dit dezelfde uitkomst als wanneer men medewerking aan een deskundigenonderzoek weigert. In beide gevallen is er immers geen (bruikbaar) deskundigenrapport. Of zou het Gerechtshof hiermee (on?)bedoeld hebben dat men slechts van te voren kan beslissen om al dan niet mee te werken aan het deskundigenonderzoek, maar dat men als men eenmaal heeft besloten om mee te werken, men zich daarna niet meer kan beroepen op het blokkeringsrecht?

9. Het voorgaande roept de vraag op hoe ver de verplichting van partijen strekt om mee te werken aan deskundigenonderzoek (art. 198 lid 3 Rv). De verplichting ex art. 198 lid 3 Rv ligt in het verlengde van art. 21 Rv op grond waarvan partijen gehouden zijn om de voor de beslissing van belang zijnde *feiten* volledig en naar waarheid aan te voeren.¹⁴ Op beide verplichtingen staat de sanctie dat bij niet-naleving de rechter de gevolgtrekking kan maken die hij geraden acht. Al in 1953 besliste de Hoge Raad in het Bloedproef-arrest dat partijen gehouden kunnen zijn informatie te verstrekken, ook al zouden zij daarmee bewijs tegen zichzelf verschaffen.¹⁵ Verder besliste de Hoge Raad in het Bloedproef-arrest dat een weigering om mee te werken aan een gerechtelijke verrichting die wordt verlangd, ten nadele van de weigerende partij kan worden uitgelegd. Volgens de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel inzake de herziening van het procesrecht is een gevolgtrekking die de rechter kan maken bijvoorbeeld het niet als juist aanvaarden van een stelling van de weigerachtige

¹⁴ E.J. Moreé 2002, (T&C Rv), artikel 198 Rv, aant. 4.

¹⁵ HR 12 juni 1953, *NJ* 1954, 61, m.n.t. DJV (*Bloedproef*). Het ging i.c. om een zgn. vaderschapsactie. De vermeende vader ontkende het vaderschap en verzocht om een bloedonderzoek bij de moeder om dat vast te stellen. De vraag was of dit van de moeder geveerd kon worden. Het hof meende van niet, omdat niet zou kunnen worden verlangd dat iemand tegenbewijs tegen zich zelf aan rechter en wederpartij verschaft. De Hoge Raad was het hiermee niet eens. Dit standpunt heeft de Hoge Raad recentelijk bevestigd in zijn arrest van 21 september 2001, *RvdW* 2001, 146 (*Rowa/Hooters*).

partij.¹⁶ Een dergelijke sanctie wordt regelmatig toegepast door de rechter.¹⁷ Ook kan de rechter een vermoeden ten nadele van de weigerachtige partij uitleggen door bijvoorbeeld een verweer van gedaagde te honoreren alsof dit voldoende aannemelijk is gemaakt.¹⁸ Sommigen betogen dat de rechter in geval van weigering tot medewerking aan een deskundigenonderzoek het geschil zou moeten beslechten met de gegevens die wél ten processe beschikbaar zijn.¹⁹ Dit lijkt mij een niet goed doordachte oplossing. In het onderhavige geval zou dit er namelijk toe kunnen leiden dat de rechter de vordering van eiseres op basis van haar eigen overgelegde deskundigenrapportages zou toewijzen, terwijl de verzekeraar hiertegen geen gemotiveerd verweer zou kunnen voeren. Voor het voeren van gemotiveerd verweer is de verzekeraar immers afhankelijk van de ‘geblokkeerde’ informatie uit het psychiatrisch onderzoek. Hierdoor ontstaat een ontoelaatbare ongelijkheid in de processuele positie van partijen, waarin bovendien de weigerachtige partij nog ‘beloond’ wordt ook.

10. Als een partij zich beroept op het blokkeringsrecht en daardoor de uitbrenging van een deskundigenrapport frustrereert, mag de rechter daaraan de gevolgtrekkingen verbinden die hij geraden acht (art. 198 lid 3 Rv). Een beroep op het blokkeringsrecht kan dan worden uitgelegd als een weigering om mee te werken aan het deskundigenonderzoek. Een oplossing voor de ontoelaatbare onevenwichtigheid in de processuele positie van partijen die hierdoor ontstaat, is naar mijn mening gelegen in de bewijswaardering door de rechter. De rechter zou in dat geval bijvoorbeeld een ‘processueel vermoeden’ kunnen aannemen. Daarbij hangt het ervan af welke functie het deskundigenrapport vervult. Dienen de ‘geblokkeerde’ gegevens ter onderbouwing van de stelling van eiser, dan wel ter onderbouwing van een verweer van gedaagde? Gaat het om de onderbouwing van een stelling van eiser, dan zal die stelling in beginsel als onvoldoende bewezen terzijde moeten worden gelegd. In het onderhavige geval dienden de geblokkeerde gegevens echter ter onderbouwing van een verweer van gedaagde. De rechter zou in dit geval – in lijn met vaste jurisprudentie²⁰ – een bewijsvermoeden ten nadele van de blokkerende partij kunnen brengen,²¹ door het verweer van gedaagde te honoreren als ware het voldoende aannemelijk gemaakt. Uiteraard dienen de consequenties van een beroep op het blokkeringsrecht op voorhand duidelijk gemaakt te worden. In het uiterste geval zou een beroep op het blokkeringsrecht voor de blokkerende partij immers wel eens tot verlies van de procedure kunnen leiden.

¹⁶ *Kamerstukken II 1999-2000*, 26 855, nr. 3, p. 54 (*MvT*). Op p. 55 wordt opgemerkt dat een partij die haar stellingen moet bewijzen het risico loopt dat zij de procedure verliest in geval van verzuim van bewijs d.m.v. de benodigde medische informatie.

¹⁷ Zie hierover het artikel en het jurisprudentie-overzicht in noot 36 van I. Giesen, 'De (pre)processuele mededelingsplichten in het civiele procesrecht en hun verhouding tot de bewijslastverdeling', *TCR* 2002/4, p. 87;

¹⁸ Vgl. Gerechtshof Amsterdam 31 mei 1990, *TvGR* 1993/33, p. 173-174 (*X/WUH*). Deze zaak betrof een geschil tussen verzekerde en verzekeraar. Ter afwijking van de vordering van een verzekerde voert de verzekeraar aan dat verzekerde in strijd met de waarheid een keuringsformulier had ingevuld. Verzekerde zou voor dat tijdstip al aan rugklachten leiden. De bewijslast van deze stelling rust op verzekeraar die inzage vordert in het medisch dossier. Verzekerde weigert dit met een beroep op zijn recht op privacy. Het Gerechtshof verbindt aan deze weigering het vermoeden dat verzekerde reeds voor datum van invullen van het keuringsformulier aan rugklachten leed. In dit geval wordt de weigering dus ten nadele van de eiser gebracht door het verweer van gedaagde te honoreren alsof dit voldoende aannemelijk was gemaakt; Vgl. ook Rb. Leeuwarden 2 juni 1999, rolnr. H 95/963, n.g. m.n.t. Chr. van Dijk, *TvP* 1999/4, p. 86-89. Dit geschil betrof een verzoek om afgifte van de patiëntenkaart van een slachtoffer i.v.m. door de verzekeraar te leveren tegenbewijs. De rechtbank oordeelde daarover dat het slachtoffer de vrijheid heeft al dan niet medewerking te verlenen, maar dat het gevolg van niet-medewerking zou zijn dat de rechtbank de verzekeraar in het haar opgedragen bewijs geslaagd zal achten.

¹⁹ Vgl. F.C.B. van Wijmen in zijn annotatie bij HR 9 januari 1998, *NJ* 1998, 456 (*Ruiter/Stichting Pensioenfondsen Fysiotherapeuten*) en Langemeijer in zijn conclusie bij dit arrest.

²⁰ Zie de hiervoor in noot 14, 16 en 17 aangehaalde literatuur en jurisprudentie.

²¹ Anders J.M. Beer, 'De medische keuring of expertise en het blokkeringsrecht van de betrokkene', *VR* 2000/1, p. 5-7. Beer betoogt dat de blokkerende partij niet automatisch bestraft kan worden.

11. Zoals uit het voorgaande is gebleken roept bovenstaande beschikking vraagtekens op. Betoogd zou kunnen worden dat een verwerping van het beroep op het blokkeringsrecht niet gerechtvaardigd is, omdat er een alternatieve methode is om aan de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij tegemoet te komen, namelijk door het bewijsvermoeden ten nadele van de blokkerende partij te brengen. Hierdoor zou de onevenwichtigheid in de processuele positie van partijen, die ontstaat in het geval een beroep op het blokkeringsrecht wél gehonoreerd zou worden, hersteld kunnen worden. Bovendien blijft het fundamentele karakter van het blokkeringsrecht en het daaraan ten grondslagliggende recht op privacy, op die manier gewaarborgd. Het lijkt erop dat het Gerechtshof dit alternatief onvoldoende heeft doordacht.²²

²² Hierover zal het oordeel van de Hoge Raad moeten worden afgewacht. In deze zaak is cassatieberoep ingesteld.