

**Pagina 1**  
Aansprakelijkheid voor niet-ondergeschikte

**Pagina 2**  
Ten Geleide

**Pagina 7**  
IWMD vraagstelling 'Causaal verband bij ongeval'

**Pagina 10**  
Gedragscode Verwerking Persoonsgegevens Financiële Instellingen

**Pagina 17**  
Deelgeschilprocedure 1e 6 maanden in de praktijk

**Pagina 22**  
Uitglieden in een restaurant

januari 2011



Het bereik van art. 6:171 BW ...

In Memoriam ...

Kanttekeningen ...

Reactie op PIV-Bulletin 2010, 6 en 7 ...

Beschikkingen onder de loep ...

Kelderluikcriteria ...

## Aansprakelijkheid voor de niet-ondergeschikte: nieuwe ontwikkeling in de rechtspraak

HR 18 juni 2010, NJ 2010, 389 (Koeman c.s./Sijm Agro)

De Hoge Raad heeft op 18 juni 2010 het arrest Koeman c.s./Sijm Agro<sup>1</sup> gewezen, waarin de grenzen van art. 6:171 BW zijn verduidelijkt en wellicht zelfs zijn opgerekt. In zijn arrest heeft de Hoge Raad namelijk bepaald dat dit artikel ook een basis kan bieden voor aansprakelijkheid van de opdrachtgever indien het voor de benadeelde duidelijk kenbaar is dat de schade is veroorzaakt door een fout van een niet-ondergeschikte hulppersoon. Mede in het licht van het standaardarrest Delfland/Stoeterij<sup>2</sup>, rechtvaardigt het oordeel van de Hoge Raad een nadere beschouwing.

Mevrouw mr.  
M.A. Gregoor  
Nysingh  
Advocaten



In art. 6:171 BW is bepaald: "Indien een niet ondergeschikte die in opdracht van een ander werkzaamheden ter uitoefening van diens bedrijf verricht, jegens een derde aansprakelijk is voor een bij die werkzaamheden begane fout, is ook die ander jegens de derde aansprakelijk."

Dit artikel gaat over de eerste begrenzing die in art. 6:171 BW is gegeven: de hulppersoon dient werkzaamheden te hebben verricht ter uitoefening van het bedrijf van de opdrachtgever.

### Ratio van art. 6:171 BW

Voor een goed begrip van deze begrenzing dient te

rade te worden gegaan bij de parlementaire geschiedenis van art. 6:171 BW en wat daarin is opgenomen over de achtergronden van de bepaling.

De ratio van art. 6:171 BW is voor het eerst aan bod gekomen in de Toelichting-Meijers en het daaropvolgende parlementaire debat.<sup>3</sup> Hieruit blijkt dat de kwalitatieve aansprakelijkheid is gebaseerd op de gedachte dat het voor een benadeelde in beginsel geen verschil mag uitmaken of de schade die hij lijdt nu wel of niet door een ondergeschikte is toegebracht. Voorts is het rede- >

## In Memoriam Gerrit Wassink

(\* 13 juli 1943 - † 31 december 2010)



*... van Oud & Nieuw, van Master & Apprentice ...*

Oud is 2010, het jaar dat achter ons ligt. Oud is eigenlijk ook alweer de start van het Nieuwe jaar 2011. Wees eerlijk. Is uw goede voornemen om drie keer per week te gaan sporten al niet achterhaald?

Nieuw was de beginneling die in 1998 voor het eerst zitting nam in de redactieraad van het PIV Bulletin. Geruststellend en heerlijk voor de nieuweling, dat oude meesters bereid waren hun kennis en ervaring te delen. Gerrit Wassink van Interpolis was zo'n oude meester die al in de redactieraad zat. Een goed jurist, een wijze man. Hij wist toen al dat voor het regelen van letselschaden meer nodig is dan feitenkennis alleen. Zijn ervaring had hem al geleerd dat oog hebben voor de menselijke aspecten van ons vak, tenminste zo belangrijk is als de juridische grondslagen waarbinnen wij moeten manoeuvreren. Maar geen vergissing mogelijk: een fanatiek vakman, voorovergebogen over de kopij, bril bovenop zijn hoofd geschoven, blad papier tegen de neus gedrukt: *"stukken overgelegd, niet: overlegd!"*

Gerrit, de kat uit de boom kijkend, hoefde niet zo nodig voor zijn beurt te spreken. Hij sprak wanneer dat zinvol was. Gerrit had altijd toegevoegde waarde. Bovendien een betrouwbaar en consciëntieus lid van de redactieraad. Begon Gerrit aan een klus, dan rondde hij hem ook altijd keurig af. Een naderende deadline voor kopij? Wie zei ook alweer: *"geen nood, Gerrit komt zijn toezeggingen altijd na. Soms duurt het even voordat Gerrit's pen in beweging komt, maar zodra zijn pen eenmaal in beweging komt, staat het ook meteen als een huis!"*

Na zijn pensionering in 2004, vertrok een erudiet en niet te vergeten zeer gezellige kompaan uit de redactieraad. Hij had zijn sporen in het vak nagelaten. Bijvoorbeeld bij Holland van 1859, maar vooral bij Interpolis en voor het PIV. Hij kreeg meer tijd om zijn voetsporen na te laten in de sneeuw van diverse hooggebergten, van Azië tot Afrika, waar hij graag heen reisde. Helaas heeft Gerrit te kort van zijn welverdiende pensioen kunnen genieten. Wij kregen de droeve tijding dat Gerrit op 31 december 2010, in de leeftijd van 67 jaar, is overleden. Het lijkt typerend voor Gerrit, zijn levenscirkel af te ronden, in de sneeuw, op de drempel van Oud & Nieuw.

Het verplicht de leerling, de onuitwisbare voetsporen van de meester naar eer en geweten te volgen.

*It was a rainy night the night the king went down  
Everybody was crying it seemed like sadness had surrounded the town  
Me I went to the liquor store  
And I bought a bottle of wine and a bottle of gin  
I played his records all night  
Drinking with a close, close friend*

*Now some people say that that ain't right  
And some people say nothing at all  
But even in the darkest of night  
You can always hear the king's call*

*(Phil Lynott & Mark Knopfler "The King's Call")*

> lijk om het risico dat de onderneming er niet in zou slagen om regres te nemen op de opdrachtnemer als een bedrijfsrisico te zien. Net zoals het een bedrijfsrisico zou zijn indien de onderneming haar bedrijf met ondergeschikten had uitgeoefend. In het algemeen zullen de kosten van dit risico via de premies voor aansprakelijkheidsverzekering worden gespreid over de afnemers van de onderneming. Of art. 6:171 BW van toepassing moet worden geacht, is, aldus de Minister van Justitie, vooral afhankelijk van het antwoord op de vraag in hoeverre de betreffende activiteiten naar buiten toe moeten worden gezien als afkomstig van een eenheid<sup>4</sup>. Uit de parlementaire geschiedenis bij de totstandkoming van art. 6:171 BW kan worden afgeleid dat voor de toepassing van art. 6:171 BW vereist is dat er een zekere eenheid bestaat tussen de opdrachtgever en de opdrachtnemer en dat deze eenheid naar buiten toe kenbaar is. In de literatuur is dit vereiste wel omschreven als 'het vereiste van uiterlijke eenheid'. Sommige auteurs geven aan dit vereiste een zeer strikte en beperkte uitleg. Zo meent Klaassen dat er voor toepassing van art. 6:171 BW geen plaats is indien voor de benadeelde duidelijk kenbaar is dat tussen de opdrachtgever en de opdrachtnemer sprake is van een gescheiden bedrijfsuitoefening<sup>5</sup>.

In de literatuur zijn echter ook andere opvattingen te vinden. Hartlief is bijvoorbeeld van mening dat de parlementaire geschiedenis geen eenduidig beeld geeft en dat deze in ieder geval niet dwingt tot de conclusie, dat een voor de benadeelde gebleken eenheid van onderneming een voorwaarde is voor aansprakelijkheid ex art. 6:171 BW<sup>6</sup>. Ook Lubach meent dat de afwezigheid van uiterlijke eenheid de toepassing van art. 6:171 BW niet op voorhand uitsluit<sup>7</sup>. De aanwezigheid van uiterlijke eenheid is slechts een aanwijzing dat sprake is van eenheid in de zin van art. 6:171 BW, aldus Lubach<sup>8</sup>.

### Delfland/Stoeterij<sup>9</sup>

De Hoge Raad laat zich in het arrest Delfland/Stoeterij voor het eerst uit over de hier aan de orde zijnde reikwijdte van art. 6:171 BW<sup>10</sup>.

Aan dit arrest ligt de volgende casus ten grondslag. Energiebedrijf Delfland had aannemingsbedrijf Baas opdracht gegeven werkzaamheden te verrichten op het terrein van De Stoeterij. De werkzaamheden betroffen het vernieuwen van elektriciteitskabels na een stroomstoring. Bij die werkzaamheden ontstond schade aan de eigendommen van De Stoeterij, tot vergoeding waarvan deze het energiebedrijf Delfland op grond van art. 6:171 BW aansprak.

De kantonrechter wees de vordering af, omdat duidelijk kenbaar was dat opdrachtgever en opdrachtnemer gescheiden bedrijfsactiviteiten uitvoerden.

De rechtbank oordeelde echter dat de aan Baas opgedragen werkzaamheden moesten worden beschouwd als werkzaamheden ter uitoefening van het bedrijf van Delfland. De graafwerkzaamheden hingen zo direct samen

met de vernieuwing van de elektriciteitskabels die door Delfland werden geëxploiteerd, dat de graafwerkzaamheden niet als losstaand van de bedrijfsvoering van Delfland dienden te worden opgevat.

De Hoge Raad volgt de rechtbank niet en overweegt daarbij: *“Bij de beoordeling van het middel moet worden vooropgesteld dat art. 6:171 BW restrictief moet worden opgevat. Dit komt ook naar voren in de passages uit de wetsgeschiedenis die zijn vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal Spier onder 4.3.1. Daar wordt immers de nadruk erop gelegd dat aansprakelijkheid voor onrechtmatig handelen van een niet ondergeschikte opdrachtnemer alleen bestaat indien het gaat om werkzaamheden die een opdrachtgever ter uitoefening van zijn bedrijf door die opdrachtnemer doet verrichten. Aansprakelijkheid kan niet worden aangenomen indien de benadeelde de dader en het bedrijf van diens opdrachtgever niet als een zekere eenheid kan beschouwen. De schade behoort dan niet tot de risicosfeer van de opdrachtgever.*

*Uit de vermelde wetsgeschiedenis kan voorts worden afgeleid dat de in art. 6:171 BW voorkomende woorden: ‘werkzaamheden ter uitoefening van diens bedrijf’ een belangrijke beperking inhouden. Alleen het geval van degene die aan de bedrijfsuitoefening zelf van de opdrachtgever deelneemt, valt eronder. Het artikel berust op de gedachte dat de eenheid die een onderneming naar buiten vormt, behoort mee te brengen dat een buitenstaander die schade lijdt en voor wie niet is te onderkennen of deze schade is te wijten aan een fout van een ondergeschikte of van een ander die ter uitoefening van het desbetreffende bedrijf werkzaamheden verricht, zich aan deze onderneming kan houden. Deze situatie kan zich volgens de wetsgeschiedenis met name voordoen, omdat de ondernemer werkzaamheden ter uitoefening van zijn bedrijf, zonder dat dit naar buiten kenbaar is, aan niet-ondergeschikte opdrachtnemers kan overlaten. Ook de in de vermelde passages uit de wetsgeschiedenis gegeven voorbeelden wijzen erop dat art. 6:171 BW restrictief moet worden uitgelegd.”; en voorts: “Tegen de achtergrond van de in het vorenstaande vermelde beperkte strekking van art. 6:171 BW moet worden geoordeeld dat de Rechtbank is uitgegaan van een onjuiste opvatting met betrekking tot dit artikel. De overweging van de Rechtbank dat het te dezen ging om het vernieuwen van elektriciteitskabels die door Delfland worden geëxploiteerd en dat de graafwerkzaamheden zo direct samenhangen met de vernieuwing van de kabels dat er geen grond is voor het oordeel dat deze graafwerkzaamheden door de Stoeterij als losstaand van de bedrijfsvoering van Delfland hadden dienen te worden opgevat, stemt niet overeen met deze beperkte strekking van art. 6:171 BW.”*

In het arrest Delfland/Stoeterij lijkt de Hoge Raad een betrekkelijk restrictieve uitleg aan art. 6:171 BW te geven. Volgens het oordeel van de Hoge Raad kan aansprakelijkheid van de opdrachtgever alleen bestaan als de zelfstandige hulppersoon deelneemt aan het bedrijf van de opdrachtgever, zodanig dat voor derden de zelfstandigheid van de opdrachtnemer wegvalt, althans deze niet duidelijk kenbaar is. Tot het arrest Koeman c.s./Sijm Agro werd dit

- > arrest gezien als het standaardarrest over de kwalitatieve aansprakelijkheid voor zelfstandige hulppersonen.

Het arrest Delfland/Stoeterij is in de literatuur wel bekritiseerd. Zo heeft Hartlief in zijn annotatie van het arrest in *Ars Aequi* de nodige bezwaren tegen het oordeel van de Hoge Raad geuit. Hartlief heeft, onder meer, vraagtekens geplaatst bij de argumentatie van de Hoge Raad en bij de consequenties van de restrictieve uitleg. Hartlief wijst er echter ook op dat de overwegingen van de Hoge Raad weliswaar in hoge mate suggereren dat de (mogelijkheid van) niet kenbare uitbesteding aan niet-ondergeschikten een voorwaarde is voor aansprakelijkheid, maar dat het arrest daarover geen zekerheid geeft.<sup>11</sup> Volgens Hartlief is het noodzakelijk om afstand te nemen van de wetsgeschiedenis, althans van de passages waaruit zou kunnen worden afgeleid dat gebleken eenheid van onderneming een voorwaarde voor aansprakelijkheid is. Maatgevend moet volgens Hartlief zijn of aan de opdrachtgever werkzaamheden ter uitoefening van het bedrijf van de opdrachtgever zijn uitbested. Bij deze vraag zijn, zo heeft Hartlief opgemerkt, vereenzelviging van opdrachtnemer en opdrachtgever geen vereiste, associatie van de opdrachtnemer evenmin. Het lijkt er op dat met Koeman c.s./Sijm Agro deze opvatting van Hartlief wordt gevolgd.

Ook Lubach heeft zich kritisch uitgelaten over het oordeel van de Hoge Raad in *Delfland/Stoeterij*<sup>12</sup>. Volgens Lubach verschafft het arrest weinig opheldering over de redenen voor een zeer beperkte uitleg van de kwalitatieve aansprakelijkheid van de opdrachtgever. Lubach meent dat het niet de bedoeling van de wetgever kan zijn geweest om 'uiterlijke eenheid' als absolute voorwaarde voor aansprakelijkheid te laten gelden. Er zijn, aldus Lubach, meer omstandigheden waaruit het bestaan van een eenheid van onderneming kan worden afgeleid.

### Lagere rechtspraak

In de lagere rechtspraak wordt ten aanzien van het hier centraal staande vereiste geen consistente lijn gevoerd<sup>13</sup>. Enerzijds is er een restrictieve lijn te onderkennen, waarin voor toepassing van art. 6:171 BW geen plaats is, indien er voor de benadeelde zichtbaar sprake is van gescheiden bedrijfsuitoefening. Daarnaast zijn er ook uitspraken waarin art. 6:171 BW minder strikt is uitgelegd. Illustratief voor de restrictieve lijn zijn een arrest van het Hof 's-Hertogenbosch en een vonnis van de Rechtbank Arnhem.

In het arrest van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch van 5 september 2006<sup>14</sup> ging het om het volgende. Tijdens de bouw van achtenveertig appartementen en een schoolgebouw had een onderaannemer gebruik gemaakt van een tuinslang, die hij had aangesloten op een kraan die vanaf de openbare weg bereikbaar was. Na afronding van zijn werkzaamheden, had hij wel de kraan maar niet de hoofdkraan afgesloten, omdat deze met hekken was afgeschermd. Onbekenden hadden de hoofdkraan echter opengedraaid waardoor er waterschade aan de school ont-

stond. De gemeente heeft de hoofdaannemer vervolgens op grond van art. 6:171 BW aansprakelijk gesteld. De rechtbank heeft de vordering van de gemeente toegewezen. Het hof heeft het vonnis echter, onder verwijzing naar *Delfland/Stoeterij*, vernietigd. Het hof overwoog dat zoals blijkt uit de parlementaire geschiedenis de opdrachtgever alleen aansprakelijk is indien voor een buitenstaander die schade lijdt niet is te onderkennen of de schade is te wijten aan een fout van een ondergeschikte of van een ander die ter uitoefening van het betreffende bedrijf werkzaamheden verricht. Het hof oordeelde dat deze situatie zich niet voordeed. De gemeente wist dat de onrechtmatige daad was gepleegd in het kader van de bouw van de school en/of de appartementen en zij wist dat de onderaannemer die werkzaamheden uitvoerde. Voorts stond vast, aldus het hof, dat van eventuele verwarring, waardoor gesproken zou kunnen worden van een zekere eenheid van onderneming, geen sprake was. Het hof achtte art. 6:171 BW daarom niet van toepassing.

De restrictieve lijn blijkt ook duidelijk uit het vonnis van de Rechtbank Arnhem van 19 januari 2005<sup>15</sup>. De casus die aanleiding vormde voor dit vonnis was als volgt. Bij herstelwerkzaamheden aan een beschadigde elektriciteitskabel werd schade toegebracht aan materialen van Van der Horst. De werkzaamheden waren verricht door een door Nuon ingeschakeld bedrijf. Van der Horst heeft Nuon op grond van art. 6:171 BW aangesproken voor de ontstane schade. De rechtbank wees, met verwijzing naar het arrest *Delfland/Stoeterij*, de vordering af. De rechtbank overwoog dat alleen als de zelfstandige hulppersoon deelneemt aan het bedrijf van de opdrachtgever, zodanig dat voor derden de zelfstandigheid van de opdrachtnemer wegvalt, althans niet duidelijk kenbaar is, het mogelijk is om art. 6:171 BW toe te passen. De rechtbank heeft eerst vastgesteld dat de werkzaamheden van de zelfstandige hulppersoon zijn verricht ter uitoefening van het bedrijf van de opdrachtgever. Voorts overwoog de rechtbank dat voor een geslaagd beroep op art. 6:171 BW eveneens vast diende te staan dat voor Van der Horst niet te onderkennen was dat de schade te wijten was aan een fout van een niet-ondergeschikte hulppersoon. De rechtbank heeft Van der Horst opgedragen te bewijzen dat voor haar niet te onderkennen was dat de schade door de betrokken ingeschakelde zelfstandige hulppersonen werd veroorzaakt. Ook in deze uitspraak is dus duidelijk te zien dat art. 6:171 BW alleen van toepassing werd geacht, indien voor de benadeelde niet kenbaar was dat de schade was veroorzaakt door een zelfstandige hulppersoon.

Illustratief voor de minder strikte opvatting is het arrest van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch van 16 juni 2009<sup>16</sup> waarin het ging om een ongeval van een tienjarig meisje. Het meisje was door een glazen tafel die in de tuin stond gevallen en had daarbij ernstige snijwonden opgelopen. De ouders van het meisje stelden dat het meisje was gestruikeld op een hoop puin of een in de grond gestoken pin. Deze zou zijn achtergelaten door werklui na het verrichten van renovatiewerkzaamheden aan de woning. Die

werkzaamheden waren verricht in opdracht van de verhuurster, die de werkzaamheden door verschillende aannemers had laten uitvoeren. De ouders hebben de verhuurster op grond van art. 6:171 BW aansprakelijk gesteld. Het hof heeft vooropgesteld dat de enkele omstandigheid dat de aannemers zich als zelfstandige aannemers hadden gepresenteerd en de gelaedeerden daarvan op de hoogte waren op zich zelf genomen de toepasselijkheid van art. 6:171 BW nog niet uitsloot. Voor wat betreft de oplevering van het werkterrein geldt, in ieder geval vanuit het gezichtspunt van de ouders die immers niet op de hoogte waren van de onderlinge contractuele afspraken tussen de verhuurster en de aannemers, een gezamenlijke verantwoordelijkheid van aannemer en opdrachtgever om het werkterrein veilig op te leveren. Voorts heeft het hof overwogen dat omstandigheden die het de ouders mogelijk maakten om te achterhalen voor wiens uiteindelijke verantwoordelijkheid de fout bij oplevering, het achterlaten van puin en pin, zijn gesteld noch gebleken. Het hof heeft de ouders opgedragen te bewijzen dat het meisje was gestruikeld over materiaal dat door werklieden was achtergelaten en zij daardoor schade had opgelopen.

Uit het voorgaande blijkt dat lagere rechters in het verleden verschillend zijn omgegaan met de vraag of art. 6:171 BW van toepassing kan zijn indien voor de benadeelde kenbaar is dat de schade is veroorzaakt door een zelfstandige hulppersoon. De Hoge Raad scheidt in het arrest *Koeman c.s./Sijm Agro* op dit punt echter duidelijkheid.

### **De nieuwe standaard: *Koeman c.s./Sijm Agro*<sup>17</sup>**

In dit arrest gaat het, kort gezegd, om een geschil tussen het bedrijf *Sijm Agro* dat wortels verbouwd, een bloembollenteler (de opdrachtgever) en een bedrijf dat voor de bloembollenteler op diens perceel bespuitingswerkzaamheden met bestrijdingsmiddelen verrichtte (de opdrachtnemer). De achtergrond van het geschil is dat het bestrijdingsmiddel na uitvoering van de opdracht schade bleek te hebben veroorzaakt aan de wortels die op het aangrenzende perceel werden verbouwd, waardoor deze niet meer geschikt waren voor consumptie. De schade zou zijn veroorzaakt door het overwaaien van het bestrijdingsmiddel naar het perceel van *Sijm Agro*.

*Sijm Agro* heeft naast de opdrachtnemer ook de bloembollenteler aangesproken voor de schade die hij heeft geleden en wel op basis van art. 6:171 BW. De bloembollenteler had, onder meer, als verweer opgeworpen dat van aansprakelijkheid op grond van art. 6:171 BW geen sprake kan zijn indien het de benadeelde ten tijde van de onrechtmatige daad, duidelijk was, dan wel moest zijn, dat de opdrachtnemer geen onderdeel uitmaakt van het bedrijf van de bloembollenteler. Dit verweer lijkt in lijn met het arrest *Delfland/Stoeterij* en de gedachte waarop art. 6:171 BW volgens de wetgever berust.

De rechtbank oordeelde in de eerste plaats dat de bespuitingswerkzaamheden tot de bedrijfsactiviteiten van de bloembollenteler behoorden. Het telen van bloembollen brengt immers mee dat het land daarvoor geschikt moet

worden gemaakt, aldus de rechtbank. Nu uit de verklaring van de bloembollenteler blijkt dat hij het spuiten ook zelf kon en mocht doen, maar er om hem moverende redenen voor heeft gekozen om het werk uit te besteden, was er naar het oordeel van de rechtbank sprake van een zogenaamde eenheid van onderneming. Daarnaast oordeelde de rechtbank dat de vraag of voor *Sijm Agro* kenbaar was dat de bloembollenteler de spuitwerkzaamheden had uitbesteed aan een niet-ondersgeschikte, geen beantwoording nodig heeft. Doorslaggevend voor de aansprakelijkheid van de bloembollenteler is, zo meende de rechtbank, dat de schade bij de uitoefening van spuitwerkzaamheden tot de bedrijfsrisico's van de bloembollenteler behoort.

In hoger beroep stelde het hof vast dat de bloembollenteler had bepaald met welk bestrijdingsmiddel gespoten moest worden, het bestrijdingsmiddel zelf had ingekocht, zelf had beslist over het aantal liter bestrijdingsmiddel dat nodig was en zelf beschikte over een spuitlicentie. Dit alles bracht volgens het hof mee dat de inbreng van de bloembollenteler bij de uitvoering van de opgedragen werkzaamheden zo groot was dat sprake was van het uitoefenen van werkzaamheden door de opdrachtnemer ter uitoefening van het bedrijf van de bloembollenteler. Hieraan doet volgens het hof niet af dat het voor *Sijm Agro* van meet af aan duidelijk was dat de opdrachtnemer de bespuitingswerkzaamheden had verricht. Gelet op de inbreng van de bloembollenteler doet zich wel degelijk een situatie voor waardoor het voor een buitenstaander onduidelijk is wie voor wat verantwoordelijk is en tot wie hij zich voor vergoeding van zijn schade nu eigenlijk moet wenden. De omstandigheid dat *Sijm Agro* is eerste instantie alleen de opdrachtnemer aansprakelijk heeft gesteld maakt dat niet anders, aldus het hof.

Ook bij de Hoge Raad vindt de bloembollenteler geen gehoor. Allereerst stelt de Hoge Raad vast dat het oordeel van het hof - dat het (doen) bespuiten van het betrokken perceel met een bestrijdingsmiddel behoort tot de werkzaamheden ter uitoefening van het bedrijf van de bloembollenteler - geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting, niet onbegrijpelijk is en niet onvoldoende is gemotiveerd. Vervolgens overweegt de Hoge Raad: "*weliswaar berust artikel 6:171 BW onder meer op de gedachte dat een buitenstaander veelal niet kan onderkennen of de schade is te wijten aan een fout van een ondersgeschikte of van een ander die ter uitoefening van het desbetreffende bedrijf werkzaamheden verricht, maar dat brengt niet mee dat de bepaling toepassing zou missen in een geval waarin het de benadeelde duidelijk is dat de schade is veroorzaakt door een fout van een niet-ondersgeschikte.*" (r.o. 4.1.2).

De Hoge Raad neemt hiermee een duidelijk standpunt in: art. 6:171 BW kan ook van toepassing zijn indien het voor de benadeelde duidelijk kenbaar is dat de schade is veroorzaakt door een fout van een niet-ondersgeschikte hulppersoon. Wel blijft vereist dat de werkzaamheden van de niet-ondersgeschikte hulppersoon moeten zijn verricht ter uitoefening van het bedrijf van de opdrachtgever. Er moet dus wel sprake zijn van eenheid van onderneming, in die

> zin dat de werkzaamheden van de niet-ondergeschikte hulppersoon moeten zijn verricht ter uitoefening van het bedrijf van de opdrachtgever. In het arrest Koeman c.s./Sijm Agro heeft het hof aan de hand van voor Sijm Agro op het eerste gezicht niet kenbare omstandigheden - de bloembollenteler beschikte zelf over een spuitlicentie, had het bestrijdingsmiddel zelf ingekocht en had zelf bepaald welk bestrijdingsmiddel in welke hoeveelheid moest worden gebruikt - vastgesteld dat hieraan was voldaan.

### Koeman c.s./Sijm Agro en de doctrine

Wat in de eerste plaats opvalt, is dat met het arrest Koeman c.s./Sijm Agro de in een deel van de literatuur wel verdedigde restrictieve uitleg van het vereiste “*eenheid van onderneming*” uitdrukkelijk is afgewezen. Daar waar de Hoge Raad in de kwestie Delfland/Stoeterij bij de toepassing van art. 6:171 BW nog bijzondere waarde leek toe te kennen aan de kenbaarheid van de eenheid van onderneming voor een derde, blijkt nu dat dit vereiste in feite geen onderscheidend vermogen heeft. De omstandigheid, dat het voor de benadeelde duidelijk kenbaar was dat de schade is veroorzaakt door een fout van een niet-ondergeschikte hulppersoon, brengt als zodanig niet mee dat art. 6:171 BW toepassing zou missen. Daarmee heeft een benadeelde dus een extra mogelijkheid om een partij aan te spreken voor vergoeding van zijn schade. De benadeelde kan ervoor kiezen om de opdrachtgever, de opdrachtnemer of beiden hoofdelijk aan te spreken. Het arrest Koeman c.s./Sijm Agro lijkt hiermee te passen in de door Spier in zijn conclusie voor het arrest Delfland/Stoeterij beschreven ontwikkeling in het aansprakelijkheidsrecht dat de grenzen, veelal ten gunste van slachtoffers worden verlegd. De verruimde uitleg van art. 6:171 BW leidt immers tot een uitbreiding van de bescherming van slachtoffers. Daarbij wijs ik er op dat de uitkomst van de zaken die hebben geleid tot de hiervoor besproken uitspraken van het Hof 's-Hertogenbosch en de Rechtbank Arnhem, wanneer de lijn van Koeman c.s./Sijm Agro was toegepast, hoogst waarschijnlijk anders zou zijn geweest. Dit geldt in ieder geval voor het vonnis van de Rechtbank Arnhem. De rechtbank had immers al vastgesteld dat de werkzaamheden van de zelfstandige hulppersoon waren verricht ter uitoefening van het bedrijf van de opdrachtgever. Met het arrest Koeman c.s./Sijm Agro staat de omstandigheid dat voor de benadeelde kenbaar was dat de schade was veroorzaakt door een niet-ondergeschikte hulppersoon niet meer aan toepassing van art. 6:171 BW in de weg. De rechtbank zou aldus niet aan de bewijsopdracht zijn toegekomen en de opdrachtgever op grond van art. 6:171 BW aansprakelijk hebben geacht.

### Conclusie

Met het arrest Koeman c.s./Sijm Agro is duidelijk geworden dat art. 6:171 BW geen toepassing hoeft te missen, indien de benadeelde weet dat de schade is veroorzaakt door een fout van een niet-ondergeschikte hulppersoon. Het eerder wel verdedigde vereiste van uiterlijke eenheid - dat wil zeggen dat voor de benadeelde niet is te onderkennen of de schade is veroorzaakt door een ondergeschikte

of een niet-ondergeschikte - is hiermee afgewezen. Wel is vereist dat de werkzaamheden zijn verricht ter uitoefening van het bedrijf van de opdrachtgever. Daartoe is vereenzelviging van opdrachtnemer en opdrachtgever geen vereiste, associatie van de opdrachtnemer evenmin. Of de werkzaamheden door de opdrachtnemer in de uitoefening van het bedrijf van de opdrachtgever zijn verricht, moet aan de hand van de omstandigheden van het geval worden bepaald.

Ook omstandigheden die voor de benadeelde niet kenbaar zijn - zoals de mate waarin de opdrachtgever betrokken is geweest bij het organiseren van de werkzaamheden en de omstandigheid dat de opdrachtgever de bewuste werkzaamheden zelf ook had kunnen verrichten - kunnen daarbij een (doorslaggevende) rol spelen.

Voor de praktijk betekent ‘de nieuwe standaard’ dat een opdrachtgever die een opdracht verstrekt aan een niet-ondergeschikte, zich dient te realiseren dat hij aansprakelijk kan worden gehouden voor fouten van de niet-ondergeschikte, ook al weet de benadeelde dat de fout is gemaakt door de niet-ondergeschikte. Het is voor zowel de opdrachtgever als de opdrachtnemer van belang dat zij zich bij het sluiten van de overeenkomst bewust zijn van het bereik van art. 6:171 BW en dat zij goede (contractuele) afspraken maken over welke partij de uiteindelijke schadelast dient te dragen. Die partij doet er goed aan dit risico af te dekken door een adequate verzekering. ■■■

<sup>1</sup> HR 18 juni 2010, NJ 2010, 389 (Koeman c.s./Sijm Agro).

<sup>2</sup> HR 21 december 2002, NJ 2002, 75 (Delfland/Stoeterij).

<sup>3</sup> TM, *Parl.Gesch.*, p. 719.

<sup>4</sup> MvA II Inv., *Parl.Gesch. Inv. Boek 3* (Inv. Boeken 3, 5 en 6), p. 1003.

<sup>5</sup> C.J.M. Klaassen, *Buitencontractuele risicoaansprakelijkheid voor niet-ondergeschikte opdrachtnemers: een NBW-nouveauté*, in: *Onderneming en nieuw burgerlijk recht*, Zwolle: Tjeenk Willink, 1991, p. 383.

<sup>6</sup> T. Hartlief, “Delfland/De Stoeterij: de (beperkte) betekenis van art. 6:171 BW”, *Ars Aequi* 2002, p. 892.

<sup>7</sup> R.D. Lubach, *Aansprakelijkheid voor zelfstandige hulppersonen*, Deventer: Kluwer 2005, p. 463.

<sup>8</sup> Lubach t.a.p., p. 276.

<sup>9</sup> HR 21 december 2001, NJ 2002, 75.

<sup>10</sup> Het criterium ‘naar buiten blijken eenheid van onderneming’ kwam eerder aan de orde in HR 11 mei 2001, NJ 2001, 631 (EMO/Witchin). Echter, in dit arrest werd niet helemaal duidelijk in welke mate het criterium een rol speelt bij de begrenzing van art. 6:171 BW. Ik heb het arrest daarom buiten beschouwing gelaten.

<sup>11</sup> Hartlief 2002, p. 886-896.

<sup>12</sup> Zie bijvoorbeeld: Lubach t.a.p. p. 256 en p. 270-282.

<sup>13</sup> Voor een overzicht van de lagere rechtspraak verwijs ik naar: Oldenhuis (*Onrechtmatige daad II*), art. 171, aant. 8 (losbl.).

<sup>14</sup> Hof Den Bosch 5 september 2006, LJN AY8214.

<sup>15</sup> Rechtbank Arnhem 19 januari 2005, LJN AS6086 (Van der Horst/Nuon).

<sup>16</sup> Gerechtshof 's-Hertogenbosch 16 juni 2009, LJN BI8702.

<sup>17</sup> HR 18 juni 2010, NJ 2010, 389. In dit artikel laat ik de overwegingen over de wijze waarop de omvang van de schade moet worden vastgesteld buiten beschouwing.

# Kanttekeningen bij de IWMD vraagstelling “Causaal verband bij ongeval” van januari 2010

Ruim negen maanden na de publicatie van de jongste versie van deze vraagstelling van de Interdisciplinaire Werkgroep Medische Deskundigen (IWMD, hierna te noemen de werkgroep) op haar site<sup>1</sup>, zal ik in deze bijdrage de eerste ervaringen met de vraagstelling bespreken, enkele kanttekeningen maken en voorstellen doen voor aanpassingen in de vraagstelling.

Alvorens specifiek in te gaan op de verschillende onderdelen van de vraagstelling bespreek ik enkele meer algemene zaken over de achtergronden van de vraagstelling. Bij het lezen van deze bijdrage is het handig om de vraagstelling “Causaal verband bij ongeval (onderdeel 1-3)” zoals gepubliceerd op de site van de werkgroep onder handbereik te houden.

U zult zich afvragen waarom ik deze bijdrage aan dit tijdschrift heb gestuurd en niet aan de werkgroep zelf. In de toelichting op de vraagstelling nodigt de werkgroep immers zelf de gebruikers uit tot het maken van opmerkingen en het geven van reacties op de vraagstelling. Mijn reden hiervoor is dat mijn opmerkingen en reacties zich niet zozeer tot de werkgroep richten, maar vooral tot de gebruikers van de vraagstelling in de praktijk. Het leek mij ook beter discussies over de vraagstelling niet keer op keer in individuele dossiers te voeren maar in alle openheid, opdat iedereen aan de discussie kan deelnemen.

Als medisch adviseur van een verzekeraar stel ik nog al eens kleine aanpassingen voor in de vraagstelling uit de oprechte overtuiging dat dit een betere rapportage van de expert tot gevolg zal hebben. Zelden of nooit wordt een dergelijk initiatief mij in dank afgenomen. Het wordt meestal afgedaan met de stelling dat de vragen zoals die nu gepubliceerd zijn, door knappe koppen zijn geformuleerd en dus ongewijzigd gebruikt dienen te worden. Aanhangers van deze op zich juiste stelling wijs ik dan op de specifieke toelichting bij de nieuwe versie van de vraagstelling waarin de volgende zinsneden zijn opgenomen: “Voorts gaat het hier om niet meer dan een raamwerk. Voor ieder individueel geval moet worden nagegaan of aanpassingen van de vraagstelling nodig zijn.”

De werkgroep laat de gebruikers dus wel degelijk de ruimte om naar eigen inzicht wijzigingen aan te brengen. In mijn ogen zou dat tussen partijen ook niet moeten worden geblokkeerd. Zeker niet als die wijzigingen geheel in lijn zijn met achtergronden van de vraagstelling zelf.

Drs. J. Lok, medisch adviseur  
Delta Lloyd Groep



Deze achtergronden vindt u terug op bladzijde twee van de publicatie onder het kopje algemene toelichting. De belangrijkste hiervan zijn de schadedefinitie als het verschil tussen twee toestanden en de aansluiting die de werkgroep bij de Richtlijn Medisch Specialistische Rapportage (RMSR)<sup>2</sup> heeft gezocht. Volgens de algemene toelichting wordt van de expert ook verwacht dat deze de richtlijn “zo veel als mogelijk” in acht neemt. In mijn ogen echter wordt de expert met de huidige vraagstelling te weinig aangespoord zich aan deze richtlijn te houden en blijven de achtergronden van de vraagstelling onderbelicht. Dat geldt des te meer nu in de praktijk de expert vrijwel nooit ook de toelichting bij de vraagstelling onder ogen krijgt en al helemaal niet de hyperlinks naar de RMSR, die in de digitale versie van de vraagstelling te vinden zijn.

Dat is niet in overeenstemming met de bedoelingen van de werkgroep, die zelf schrijft: “Hieronder volgt de tekst van de meest recente vraagstelling met de daarbij behorende toelichting (waarvan het de bedoeling is dat de deskundige deze ook te zien krijgt). De tekst en toelichting van de vraagstelling bevatten hyperlinks die behulpzaam kunnen zijn bij het gebruik van de vraagstelling. Er wordt dan ook aanbevolen de deskundige te verwijzen naar onderstaande digitale versie van de vraagstelling.”

Als medisch adviseur hecht ik zeer aan deze aansluiting bij de RMSR en een aantal van de hierna te maken opmerkingen over specifieke onderdelen van de vraagstelling zijn mede ingegeven door de strekking van deze richtlijn.

Lezen we de vraagstelling aandachtig door dan valt het op dat de expert nergens wordt gevraagd of hij van mening is > 7

- > dat de klachten van betrokkene en de bevindingen bij het onderzoek in causaal verband staan met het ongeval. Er wordt ook nergens gevraagd naar argumenten ter onderbouwing van die causaliteit.

Ironisch genoeg wordt door sommige gebruikers het antwoord van de expert op vraag d. naar de consistentie, indien bevestigend beantwoord, nog al eens opgevat als argument voor causaliteit. Dat is natuurlijk niet juist. De consistentie waarnaar hier wordt gevraagd is hooguit een noodzakelijke voorwaarde voor causaliteit. Zoals blijkt uit aanbeveling 2.2.8 van de RMSR - *“Als de anamnese niet overeenkomt met de feiten zoals die uit de stukken naar voren komen, dan dient uit het rapport te blijken dat de onderzochte, voor zover dat medisch verantwoord is, met deze discrepantie werd geconfronteerd. Vermeld wordt, wat zijn reactie daarop was en wat daaruit kan worden geconcludeerd.”* - mag de hier bedoelde consistentie niet worden verward met het begrip consistentie zoals dat in de sociale verzekeringsgeneeskunde wordt gehanteerd. In de sociale verzekeringsgeneeskunde wordt consistentie in het gedrag van een claimant in de verschillende levensgebieden als gezin, werk en vrijetijdsbesteding geaccepteerd als argument voor de realiteit van de gerapporteerde klachten. Overigens zou dat ook nog geen argument voor causaliteit impliceren.

Andere gebruikers zijn van mening dat de aanwezigheid van causaliteit afgeleid dient te worden uit het antwoord van de expert op vraag f.

Indien er sprake is van een werkelijke diagnose zou dat ook juist zijn. De term diagnose impliceert inderdaad inzicht in de causale keten tussen agens en klachten ( $\delta\iota\alpha\gamma\nu\acute{o}\sigma\acute{\epsilon}\iota\nu$  = doorzien, begrijpen). Vaak echter kan er geen diagnose worden gesteld en moet worden besloten tot een syndroom. Dat is een samenloop van klachten en verschijnselen zonder dat de onderlinge samenhang en de oorzaak daarvan bekend zijn ( $\sigma\upsilon\nu\delta\rho\rho\mu\omicron\varsigma$  = samenloop). In dat geval is uit het antwoord van de expert op vraag f niets af te leiden over de causaliteit.

Bezien we de titel van de vraagstelling en zoeken we aansluiting met aanbeveling 2.2.16 van de RMSR, waarnaar in de vraagstelling bij vraag 2 wel wordt verwezen, dan zijn meer specifieke vragen naar de causaliteit wenselijk. Aanbeveling 2.2.16 van de RMSR bepaalt: *“Een eventuele causaliteitsvraag wordt uitsluitend beantwoord vanuit de medische causaliteitsgedachte, dat wil zeggen op grond van datgene wat bekend en herkenbaar is met betrekking tot het ontstaan en het beloop van de onderhavige klachten en verschijnselen. Deze vraagstelling geschiedt in overeenstemming met de gangbare inzichten dan wel richtlijnen van de desbetreffende wetenschappelijke vereniging. De expert zal nimmer klachten aan een ongeval ‘toerekenen’ of de causaliteit ervan louter baseren op het feit dat ze pas na het ongeval debuteerden.”*

Hier is voor de niet medisch geschoolden een korte uitleg over het diagnostisch proces en de medische causaliteitsgedachte op zijn plaats.

Op basis van de klachten van betrokkene en zijn bevin-

dingen bij het onderzoek stelt een arts idealiter een differentiaal diagnose op. Dat is een lijst van diagnoses in volgorde van afnemende waarschijnlijkheid. De diagnoses dienen zoveel mogelijk de gerapporteerde klachten en gevonden afwijkingen bij het onderzoek te kunnen verklaren. U mag de differentiaal diagnose opvatten als een aantal hypothesen van waaruit de klachten kunnen worden verklaard. Bij iedere diagnose uit de differentiaal diagnose wordt vermeld welke argumenten pleiten voor deze diagnose en welke argumenten tegen. Op grond van een afweging van deze argumenten wordt uiteindelijk gekozen tot een werkdiagnose op grond waarvan de behandeling wordt ingezet. U zou de behandeling kunnen zien als een poging tot verificatie van de gekozen hypothese. Wordt de patiënt niet beter dan moet de hypothese worden verworpen en herhaalt het hele proces zich.

Een goed doorwrochte werkdiagnose bevat argumenten uit de anamnese, uit het lichamelijk onderzoek en uit eventueel hulponderzoek, die in een zodanig logisch opgebouwd redeneerschema zijn gevat dat iedere volgende stap te verklaren is vanuit de vorige. Op deze wijze wordt een causale keten geconstrueerd waarin klachten worden verklaard vanuit een gestoord functioneren - de pathofysiologie -, een gestoord functioneren vanuit een verstoorde anatomie - de pathologische anatomie -, en de verstoorde anatomie vanuit het inwerkend geweld of een ander agens. Lukt het een dergelijke keten van oorzaak en gevolg op een valide wijze te beredeneren, dan is causaliteit aannemelijk gemaakt.

In het licht van deze medische werkwijze is de vraagstelling niet helemaal gelukkig. Zij vraagt direct naar de diagnose en niet naar de stappen die daaraan vooraf gingen. Juist in die voorafgaande stappen echter ligt de motivering van de causaliteit besloten.

Ten opzichte van de vorige versie van de vraagstelling is het als winst te beschouwen dat nu in vraag f. wel naar de differentiaal diagnostische overwegingen wordt gevraagd. In de praktijk wordt deze vraag echter zelden of nooit door de expert beantwoord, omdat hij zijn diagnose daarvoor al in zijn antwoord op vraag f. heeft gegeven. De vraag naar de differentiaal diagnostische overwegingen kan beter vooraf gaan aan de vraag naar de diagnose. Om de diagnostische redenering van de expert zo goed mogelijk te kunnen volgen stel ik dan ook de volgende alternatieve en meer specifieke vragen voor:

- f. Hoe luidt uw differentiaal diagnose?
- g. Wat zijn uw differentiaal diagnostische overwegingen hierbij?
- h. Wat is uw werkdiagnose en op grond van welke overwegingen heeft u deze uit uw differentiaal diagnose geselecteerd?
- i. Op grond van welke argumenten heeft u de overige diagnoses uit uw differentiaal diagnose als werkdiagnose verworpen?

Gezien het hierboven gestelde is de causaliteitsvraag hier-



mee nog niet helemaal beantwoord. Zeker indien de expert in zijn werkdiagnose heeft geconcludeerd tot een syndroom.

Ik pleit dan ook voor de volgende aanvullende vragen:

j. Vanuit welk pathologisch anatomisch substraat en welk pathofysiologisch mechanisme verklaart u de klachten van betrokkene en de bevindingen bij uw onderzoek vanuit het ongeval?

k. Welke tekenen heeft u daarvan gevonden bij uw onderzoek?

In de praktijk krijg ik nogal wat weerwoord op het voorstel deze laatste twee vragen toe te voegen met als argument dat ik toch behoor te weten dat bijvoorbeeld bij een whiplash er helemaal geen afwijkingen kunnen worden gevonden. Dat mag dan zo zijn, doch dat ontslaat de expert niet van zijn plicht zich uit te spreken over de causaliteit en die te motiveren. Een laatste vraag kan daarbij dan uitkomst bieden.

l. Indien u de klachten van betrokkene en de bevindingen bij uw onderzoek aan betrokkene niet vanuit een pathologisch anatomisch substraat of pathofysiologisch mechanisme kunt verklaren; hoe verklaart u de klachten van betrokkene en uw bevindingen bij uw onderzoek dan vanuit het ongeval?

Zoals u ziet zijn deze door mij voorgestelde vragen alleen maar een specificatie van de bestaande vragen en worden de structuur van de bestaande vraagstelling en de achtergronden ervan geheel intact gelaten.

Naar mijn overtuiging zullen de voorgestelde vragen leiden tot een betere motivering van de antwoorden van de expert.

Van een heel andere orde is mijn commentaar op vraag 2c. Deze vraag kan immers door een medicus niet worden beantwoord, daar dit inzicht in een voorwaardelijk veranderde toekomst veronderstelt. De geneeskunde beschikt niet over een instrumentarium dat een dergelijk inzicht kan verschaffen. De goede expert, die zich bewust is van de grenzen van zijn competenties, zal het antwoord op deze vraag altijd schuldig blijven.

Naar mijn ervaring echter leidt deze vraag vaak tot antwoorden als: *“Ik heb geen redenen aan te nemen dat, indien het ongeval niet zou zijn gebeurd, betrokkene dezelfde klachten zou hebben ontwikkeld.”* Vaak wordt een dergelijk antwoord gebruikt als argument voor de stelling dat er causaliteit bestaat. Dat is echter een drogredenering. Om als argument voor causaliteit te kunnen worden gebruikt, dient de expert immers te antwoorden dat hij redenen heeft om aan te nemen dat zonder het ongeval betrokkene de klachten niet zou hebben ontwikkeld. Ik heb een expert zijn antwoord echter nooit zo zien redigeren. Die redenen zijn ook zelden of nooit te geven.

In feite is een antwoord op de nu bestaande vraag 2c geen medisch oordeel en kan de expert dat ook op geen enkele wijze motiveren vanuit zijn vakgebied. Ook bij de onge-traumatiseerde bevolking immers ontstaat vanuit het niets op enig moment een zekere hoeveelheid klachten.

Interessant is dat de werkgroep dit probleem al heeft gevoeld, zoals blijkt uit haar toelichting op vraag 2: *“Meestal zal het niet mogelijk zijn om onderstaande vragen (vooral de vragen 2c - 2e) met zekerheid te beantwoorden. Van u wordt ook niet gevraagd zekerheid te bieden. Wel wordt gevraagd of u vanuit uw kennis en ervaring op uw vakgebied uw mening wilt geven over kansen en waarschijnlijkheden. Het is dus de bedoeling dat u aangeeft wat u op grond van uw deskundigheid op uw vakgebied op deze vragen kunt antwoorden (aanbeveling 2.2.14 en aanbeveling 2.2.16 RMSR).”*

De weg die de werkgroep in haar toelichting kiest ter leniging van het probleem is echter een moeilijk begaanbare. Zo dient de werkgroep zich te realiseren dat de *expert view* - waarnaar zij in de toelichting vraagt - het laagste *level of evidence* biedt, waarvan men geen grote belangen afhankelijk kan maken.

Verder levert de vraag naar een *expert view* ook spanning op met de verwachting dat de expert zich aan de medische causaliteitsgedachte houdt en zijn oordeel baseert op in de beroepsgroep gangbare inzichten, wat een meer *evidence based medicine* veronderstelt.

Daarnaast zal de expliciete vraag naar een *expert view*, zoals nu in de toelichting is verwoord, leiden tot langdurige discussies over de keuze van de persoon van de expert, wat toch ook voorkomen moet worden. Wie kent niet de discussies over de keuze van een expert uit de *believers* of de *non-believers*.

In mijn ogen is het dan ook beter vraag 2c niet te stellen en te vervangen door de wel *evidence based* te beantwoorden vraag die dezelfde kennis oplevert: *“Kunnen de klachten en afwijkingen zoals betrokkene die presenteert ook op enig moment ontstaan bij leden van de niet getraumatiseerde bevolking?”*

Deze vraag is meer in overeenstemming met de richtlijnen van de RMSR. Het antwoord er op zal een hogere bewijskracht hebben en kan veelal door een medicus, eventueel na raadpleging van de literatuur binnen zijn deskundigheid worden beantwoord.

De op vraag 2c. volgende vragen uit de vraagstelling kunnen dan *mutatis mutandis* worden gehandhaafd.

Ik hoop dat ik met deze bijdrage de discussie over het gebruik van de IWMD vraagstelling in de praktijk boven dossierniveau heb kunnen tillen en u heb laten zien dat met kleine aanpassingen in de vraagstelling de doelen zoals geformuleerd in de toelichting op de vraagstelling beter kunnen worden gediend met behoud van de oorspronkelijk gekozen uitgangspunten.

Natuurlijk houd ik mij aanbevolen voor aanvullingen en kritiek.

<sup>1</sup> <http://www.rechten.vu.nl/nl/onderzoek/onderzoeksinstituten-en-centra/projectgroep-medische-deskundigen/index.asp>.

<sup>2</sup> [http://www.google.nl/search?sourceid=navclient&hl=nl&ie=UTF-8&rlz=1T4ADBF\\_nLN330NL340&q=richtlijn+medisch+specialistische+rapportage](http://www.google.nl/search?sourceid=navclient&hl=nl&ie=UTF-8&rlz=1T4ADBF_nLN330NL340&q=richtlijn+medisch+specialistische+rapportage).

# Gedragscode Verwerking Persoonsgegevens Financiële Instellingen



*Dr. J. Holvast  
Privacy Advies- en  
Onderzoeksbureau Holvast &  
Partner\**

**Op 13 april 2010 is de Gedragscode Verwerking Persoonsgegevens Financiële Instellingen met bijbehorende toelichting (in het vervolg: gedragscode) door het College bescherming persoonsgegevens (CBP) goedgekeurd<sup>2</sup>. Met deze goedkeuring is een wat moeizame fase van totstandkoming van een gedragscode afgerond. Niet alleen het CBP stelde hoge en zware eisen, ook vanuit het veld kwamen op het laatste moment tal van opmerkingen in de vorm van zienswijzen binnen. De goedkeuring wil echter niet zeggen dat deze gedragscode nu een voor iedereen duidelijk antwoord geeft op alle vragen die er leven. Niet voor niets heeft het Verbond van Verzekeraars een zogenoemd Question & Answer document opgesteld, waarin voorlopig al dertig vragen zijn beantwoord. De verwachting is dat dit aantal nog zal toenemen.**

De onduidelijkheid blijkt ook uit bijdragen die recent zijn verschenen in het PIV-Bulletin<sup>3</sup>. Hoewel veel van die bijdragen aansluiten bij recente uitspraken van de rechtbank in Zutphen en het Hof van Discipline, worden ook opmerkingen gemaakt die blijf geven van een onjuiste interpretatie van de gedragscode. Dat valt niet in alle gevallen de auteurs aan te rekenen, ook de gedragscode zelf is niet op alle onderdelen even duidelijk. Om die reden wordt in dit artikel een nadere toelichting op de gedragscode gegeven. Begonnen wordt met het weergeven van de voorgeschiedenis van deze gedragscode, waarna de belangrijkste verschilpunten tussen de oude en de nieuwe gedragscode worden geschetst. Vervolgens zullen de consequenties van die verschillen worden weergegeven. Daarna zal worden aangegeven hoe deze consequenties zijn vertaald in de gedragscode, in het bijzonder in paragraaf 6.1. van de gedragscode die gewijd is aan de verwerking van gegevens omtrent de gezondheid. Op grond van

deze vertaling zal op een aantal (naar mijn mening onjuiste) onderdelen van sommige bijdragen in de PIV-Bulletins worden gereageerd. Afgesloten wordt met enkele conclusies.

## **Voorgeschiedenis**

Sinds 1998 kent het Verbond van Verzekeraars een gedragscode die nadere invulling geeft aan de wet- en regelgeving op het gebied van bescherming van persoonsgegevens<sup>4</sup>. Deze eerste code was vooral gebaseerd op de toenmalige Wet persoonsregistraties (Wpr). Op grond van art. 15 van deze wet werd de gedragscode door de toenmalige Registratiekamer in overeenstemming verklaard met het bepaalde bij of krachtens deze wet. Dit oordeel van de toezichthouder was mede gebaseerd op de overweging dat de sector nauwkeurig werd omschreven en dat de code zorgvuldig was voorbereid, in het bijzonder omdat genoegzaam overleg was gepleegd met organisaties van belanghebbenden als Consumentenbond en de Stichting Waakzaamheid Persoonsregistraties.

In 2001 diende deze gedragscode te worden aangepast aan de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp), die in dat jaar de Wpr had vervangen. Gelet op de nauwe verwevenheid tussen banken en verzekeraars werd besloten een gezamenlijke gedragscode op te stellen en voor te leggen aan de nieuwe toezichthouder, het CBP. Deze gedragscode Verwerking Persoonsgegevens Financiële Instellingen werd op 3 februari 2003 gepubliceerd in de Staatscourant en van een goedkeurende verklaring voorzien voor een periode van vijf jaar<sup>5</sup>. In april 2006 werd aan deze gedragscode een Addendum toegevoegd, specifiek voor de zorgverzekeraars. Toen in 2008 de periode van vijf jaar was verstreken werd begonnen met de voorbereiding van een aan de, vooral technische, ontwikkelingen aangepaste gedragscode. In nauw overleg met het CBP besloot Zorgverzekeraars Nederland (ZN) met een eigen gedragscode te komen, meer toegesneden op de specifieke situatie van zorgverzekeraars. Naar verwachting zal deze gedragscode binnenkort ook van een goedkeurende verklaring worden voorzien.

Een eerste versie van de aangepaste gedragscode werd op 4 juni 2008 aan het CBP voorgelegd. Op 9 oktober 2008 verzond het CBP haar reactie op die nieuwe gedragscode<sup>6</sup>. Op maar liefst negen onderdelen werd uitvoerig commentaar geleverd. Een daarvan betreft de functionele eenheid. Het CBP geeft aan signalen te hebben ontvangen die inhouden dat medische gegevens binnen verzekeraars op te grote schaal worden gedeeld, waarbij sprake is van strijd

met de wet. In de praktijk blijkt er onderscheid te zijn tussen de ‘medische staf’ en de functionele eenheid. De functionele eenheid is een team dat met het oordeel van de medisch adviseur aan de slag gaat. Dit team bestaat, naar het oordeel van het CBP, onder andere uit acceptanten, juristen en dergelijke. Zij krijgen de beschikking over medische gegevens, soms zelfs over het medisch dossier, waardoor de medisch adviseur niet meer in staat is de daadwerkelijke verantwoordelijkheid voor de verwerking van persoonsgegevens binnen dat team te dragen. Om die reden is het CBP van oordeel dat een scheiding van de beoordeling van medische gegevens enerzijds, en besluitvorming over acceptatie anderzijds, essentieel is. Enigszins dreigend werd daaraan toegevoegd: “De gedragscode dient op deze onderdelen te worden aangepast.”

Na de gedragscode op dit en de andere door het CBP genoemde onderdelen te hebben aangepast, werd op 13 juli 2009 een herziene gedragscode ingediend met het formele verzoek deze te voorzien van een goedkeurende verklaring. Op 30 juli berichtte het CBP dat het voornemens was te verklaren dat deze gedragscode, gelet op de bijzondere kenmerken van de onderhavige sector, een juiste uitwerking vormt van de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) en andere wettelijke bepalingen betreffende de verwerking van persoonsgegevens. Het ontwerpbesluit is gepubliceerd op 10 augustus 2009<sup>7</sup>. Bij dat besluit is aangegeven dat belanghebbenden die opmerkingen wensen te maken over het ontwerpbesluit dat binnen zes weken kenbaar dienen te maken aan het CBP.

### Zes zienswijzen en andere reacties

Op deze oproep werden in totaal zes zienswijzen ingebracht, waarvan het merendeel betrekking had op de verwerking van persoonsgegevens omtrent de gezondheid. Twee daarvan waren min of meer gelijklopend en snijden hetzelfde probleem aan: MediRisk en VvAA Schadeverzekeringen N.V. Door beiden wordt aan leden - zijnde respectievelijk professionals in de gezondheidszorg en ziekenhuizen - een verzekering aangeboden tegen de risico's van medische aansprakelijkheid. Ter uitvoering van deze verzekeringen worden claims behandeld die door patiënten tegen verzekerden zijn ingediend. Bij de afhandeling van deze claims worden gegevens betreffende de gezondheid verwerkt van de claimant. Deze gegevens worden echter niet verwerkt met het oog op de beoordeling van gezondheidstoestand van de claimant, maar primair met het oog op de beoordeling van het (medisch) handelen van de zorgverlener die door de claimant aansprakelijk is gesteld. MediRisk en VvAA vragen zich af of deze verwerking van gegevens betreffende de gezondheid is voorzien in de gedragscode als afgedrukt in de Staatscourant. Aangezien zij daarover hun twijfels hebben, verzoeken zij het CBP pas met de gedragscode in te stemmen wanneer een regeling voor een dergelijke verwerking in alle duidelijkheid in de gedragscode is opgenomen.

Tegelijkertijd met de formele zienswijzen werd meer algemeen in kringen van aansprakelijkheidsverzekeraars

geconstateerd dat bij het melden van een claim door een verzekerde in veel gevallen gegevens omtrent de gezondheid worden medegedeeld of meegezonden aan de verzekeraar, zodat deze kan beoordelen of direct tot uitkering kan worden overgegaan of dat aanvullende (medische) informatie nodig is. Vanuit de aansprakelijkheidsverzekeraars werd de vraag gesteld of ook dat in de gedragscode als gepubliceerd is afgedekt.

Veel van de opmerkingen gemaakt in de zienswijzen waren terecht en leidden tot relatief kleine aanpassingen. Bij de opmerkingen van onder andere verzekeraars, en dan in het bijzonder MediRisk en VvAA, lag dat genuanceerder. Geconstateerd werd dat in de oude gedragscode veel aandacht wordt besteed aan het verzekeringsproces van acceptatie en uitvoering van de overeenkomst, maar relatief weinig aan letselschade en de afwikkeling van claims. De opmerkingen werden dan ook als terecht beoordeeld, waarbij enigszins verwonderd werd opgemerkt, waarom deze niet eerder zijn gemaakt bij een gedragscode die in de een of andere vorm sinds 1998 van kracht is. Omdat het een relatief nieuwe invalshoek betrof was vrij veel overleg nodig om de opmerkingen gestalte te geven in concrete aanpassingen van de gedragscode.

Deze en de andere opmerkingen hebben geleid tot een nieuwe inhoudelijke discussie over de gedragscode, waarbij vanaf het begin voor zover het de verwerking van gegevens omtrent de gezondheid betreft nauw overleg heeft plaatsgevonden met de Vereniging van Geneeskundig Adviseurs werkzaam in particuliere Verzekeringzaken (GAV). Uiteindelijk heeft dat geleid tot een nieuwe versie van de gedragscode<sup>8</sup>.

In de uiteindelijke versie van de gedragscode zijn alle opmerkingen van het CBP en de zienswijzen van verzekeraars verwerkt. Vergeleken met de gedragscode van 2002 heeft dat geleid tot een aantal opmerkelijke verschillen. In de eerste plaats is dat de strikte scheiding tussen advies en beslissing. In de tweede plaats betreft het de verwerking van gegevens van claimanten. In de derde plaats meer algemeen de verwerking van persoonsgegevens bij het indienen van een claim.

### Scheiding advies en beslissing

De scheiding tussen advies en beslissing is in de gedragscode uitgewerkt door nadrukkelijk onderscheid te maken tussen verwerkingen van persoonsgegevens die vallen onder de Wbp en verwerkingen die vallen onder de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst (WGBO). Aangezien in de oude gedragscodes voor wat betreft de gegevens omtrent de gezondheid vooral uit werd gegaan van de WGBO, is besloten meer de nadruk te leggen op wat op grond van de Wbp geoorloofd is. Daarbij werd aangesloten bij de wetsgeschiedenis van de Wbp.

In haar advies op het conceptvoorstel inzake de Wbp heeft de toenmalige Registratiekamer gepleit voor een aparte

> bepaling in de Wbp, volgens welke persoonsgegevens betreffende iemands gezondheid mogen worden verwerkt door een verzekeringsinstelling<sup>9</sup>. In dat advies betwijfelt de Registratiekamer of bij het afsluiten van een verzekering, en de daarop volgende fase van uitvoering van een afgesloten verzekering, bij het verstrekken van medische gegevens wel mag worden uitgegaan, zoals het concept voorstel Wbp doet, van toestemming in de zin van een 'vrije, specifieke en op informatie berustende wilsuiting'. Om die reden is de Registratiekamer van mening dat een aparte bepaling in de Wbp nodig is, volgens welke persoonsgegevens betreffende iemands gezondheid mogen worden verwerkt door een verzekeringsinstelling. Uiteraard alleen voor zover dat nodig is voor de uitvoering van de verzekeringsovereenkomst. Dat komt, naar de mening van de Registratiekamer, de rechtspositie van verzekerden en verzekeraars ten goede.

*Deze suggestie is door de wetgever overgenomen. "Hoewel de relatie tussen verzekerden en verzekeringsinstellingen doorgaans vorm krijgt in de contractuele sfeer, kan in veel gevallen - mede gelet op de strenge eisen die in het onderhavige wetsvoorstel op dit punt worden gesteld - niet steeds van een op een gegevensverwerking gerichte, uitdrukkelijke toestemming van de betrokkene worden uitgegaan", zo stelt de Memorie van Toelichting. "De Registratiekamer heeft daar terecht op gewezen. Daarom zal dan ook in veel gevallen de verwerking van gegevens omtrent gezondheid door verzekeringsinstellingen niet of althans niet automatisch op art. 23, eerste lid, onderdeel a, gebaseerd kunnen worden"<sup>10</sup>. Ten einde hoe dan ook elke twijfel uit te sluiten verdient het de voorkeur om in art. 21 een expliciete ontheffingsgrondslag voor bedoelde verwerkingen te creëren."<sup>11</sup>*

Naar aanleiding van dit advies van de Registratiekamer heeft de wetgever de verwerking van gezondheidsgegevens door verzekeraars gedurende het gehele proces van totstandkoming van de overeenkomst tot en met de uitvoering daarvan, ondergebracht in de algemene uitzondering op het verbod op de verwerking van gegevens omtrent gezondheid als aangegeven in art. 21, eerste lid, onderdeel b Wbp<sup>12</sup>. Als extra waarborg is in het tweede lid van dat artikel vastgelegd dat de acceptant en schadebehandelaar in dat kader een geheimhoudingsplicht moeten hebben uit hoofde van ambt, beroep of wettelijk voorschrift, dan wel krachtens overeenkomst.

Op de verwerking van persoonsgegevens door de medisch adviseur is daarnaast de WGBO van toepassing. De medisch adviseur dient conform deze wet een medisch dossier aan te leggen, waarin alle door de medisch adviseur verzamelde gegevens worden bewaard. Het is ter beoordeling en verantwoordelijkheid van deze medisch adviseur om in nauw overleg met de acceptant of schadebehandelaar vast te stellen welke gegevens omtrent iemands gezondheid uit dat dossier ten behoeve van het nemen van een beslissing strikt noodzakelijk zijn en aan hen mogen worden verstrekt. De acceptant en schadebehandelaar mogen deze gegevens uitsluitend gebruiken in het kader van die acceptatie of schadeafhandeling.

Op deze wijze wordt een scheiding aangebracht tussen de beoordeling van de gezondheidstoestand in de vorm van een advies van de medisch adviseur en de beslissing die mede op grond daarvan wordt genomen door de verzekeraar.

### Consequenties van scheiding advies en beslissing

De consequentie van deze scheiding is verschillend voor de twee situaties die zich bij een verzekering kunnen voordoen: de aanvraag en eventuele acceptatie van de verzekering, en de gehele periode die volgt op de totstandkoming van de overeenkomst, te weten de uitvoering van de verzekeringsovereenkomst.

#### Acceptatie

De eerste situatie doet zich voor wanneer iemand een aanvraag doet voor een bepaalde verzekering. Er kunnen in dat kader gegevens omtrent gezondheid worden verstrekt. Dit is onder meer het geval indien een cliënt met een financiële instelling een overeenkomst ten aanzien van een levensverzekering wenst aan te gaan. Deze gegevens zijn nodig ter vaststelling van het door de verzekeraar te beoordelen risico en mogen op grond van art. 21, eerste lid, onder b en 1° worden verwerkt. Bij de beoordeling van dat risico speelt de medisch adviseur een centrale rol. De medisch adviseur is verantwoordelijk voor alle verwerkingen van persoonsgegevens omtrent iemands gezondheid die door hem, en de personen die onder zijn verantwoordelijkheid aan het medisch advies werken, plaatsvinden. De kring van personen die onder zijn verantwoordelijkheid werken wordt aangeduid met medische staf of medische dienst. Gezondheidsverklaringen moeten daarom naar hem of zijn staf worden gezonden. Hij stelt een medisch onderzoek in, waarbij onder strikte voorwaarden tevens een keuringsarts kan worden ingeschakeld, en deelt de uitslag en gevolgtrekking als onderdeel van zijn gemotiveerd advies mede aan de verzekeraar. Bij het aangaan van een verzekering heeft de cliënt het recht om als eerste kennis te nemen van de uitslag en gevolgtrekking van het onderzoek als bedoeld in art. 7:464, tweede lid, onder b WGBO. Op grond daarvan mag hij beslissen of de uitslag en gevolgtrekking aan anderen mogen worden medegedeeld. Dat is ook de intentie van de tweede volzin onder art. 21, onder b en 1° Wbp: 'en de betrokkene geen bezwaar heeft gemaakt'. Om gebruik te kunnen maken van deze rechten dient de cliënt de verzekeraar schriftelijk kenbaar te maken dat hij als eerste kennis wil nemen van uitslag en gevolgtrekking.

#### Uitvoering overeenkomst

De tweede situatie doet zich voor bij de uitvoering van de overeenkomst van verzekering. Ook dan worden vaak persoonsgegevens omtrent gezondheid verwerkt. Bij deze uitvoering van de overeenkomst van verzekering kunnen zich wederom twee situaties voordoen. De eerste situatie doet zich voor wanneer de verzekerde zelf een claim of schade meldt. De tweede wanneer de claim of schade wordt ingediend door een derde, niet zijnde de verzekerde.

Bij de uitvoering van de verzekeringsovereenkomst kunnen door de schadebehandelaar persoonsgegevens omtrent gezondheid worden verwerkt. Bij een schademelding door een verzekerde zal de schadebehandelaar een indicatie moeten hebben van de omvang van de claim of schade om te kunnen beoordelen of aanvullende informatie noodzakelijk is of dat direct tot uitkering kan worden besloten. Dat is de strekking van het bepaalde in art. 6.1.8, onder b gedragscode. Verder vindt bij de uitvoering van de verzekeringsovereenkomst regelmatig contact plaats tussen de schadebehandelaar en verzekerde waarbij persoonsgegevens omtrent gezondheid aan de orde komen en dan worden verwerkt.

Ook bij de verwerking van persoonsgegevens omtrent de gezondheid in het geval van uitvoering van de overeenkomst van verzekering speelt de medisch adviseur een belangrijke rol. Indien aanvullend gegevens omtrent gezondheid moeten worden opgevraagd om als schadebehandelaar een beslissing te kunnen nemen, wordt de medisch adviseur ingeschakeld om in nauw overleg met de schadebehandelaar vast te stellen welke aanvullende gegevens omtrent de gezondheid noodzakelijk zijn. Daarbij kunnen verzoeken of suggesties van belangenhartigers van de cliënt een rol spelen, maar het is uiteindelijk de medisch adviseur die beslist welke gegevens worden opgevraagd en verstrekt. Bij het opvragen van gegevens omtrent de gezondheid bij anderen dan de cliënt wordt een gerichte machtiging van de cliënt gevraagd om deze gegevens te verstrekken. Vervolgens zal de medisch adviseur op basis van deze aanvullende informatie de medische situatie beoordelen en hierover adviseren richting de schadebehandelaar. Hierbij kan het voorkomen dat de schadebehandelaar overleg pleegt met de medisch adviseur over een bepaalde schade of claim.

Wanneer de claim of schade wordt ingediend door een derde tegen een verzekerde, moet de verzekeraar van die verzekerde ten behoeve van de afhandeling van die claim, gezondheidsgegevens van deze cliënt opvragen. Deze persoonsgegevens omtrent gezondheid moeten ertoe bijdragen dat de ingediende claim op een goede wijze kan worden afgehandeld. Daarbij geldt de norm dat de verstrekte persoonsgegevens omtrent gezondheid noodzakelijk moeten zijn voor de uitvoering van de overeenkomst en dat niet meer gegevens worden verstrekt dan voor dat doel noodzakelijk zijn.

Bij medische aansprakelijkheidszaken geldt dat nog voordat toegekomen wordt aan beoordelen van omvang van de schadeclaim, eerst de (juridische) aansprakelijkheid mede moet worden vastgesteld op basis van het medisch dossier. Bij deze zaken wordt de verzekerde aansprakelijk gehouden door de cliënt, niet zijnde de verzekerde, voor een behandeling bij de cliënt door verzekerde waarvan gesteld wordt dat deze niet op een juiste wijze heeft plaatsgevonden. Het gaat hierbij bijvoorbeeld om een situatie waarin een persoon een onjuiste behandeling heeft ondergaan bij een zorgverlener en hiervoor de zorgverlener aan-

sprakelijk stelt. De zorgverlener is tegen de risico's van aansprakelijkheid verzekerd en is in die relatie de verzekerde. In deze situatie moet de schadebehandelaar kunnen beschikken over gegevens omtrent gezondheid. De medisch adviseur zal het ontvangen medisch dossier beoordelen, de schadebehandelaar hierover adviseren en de noodzakelijke gegevens voor vaststellen van de aansprakelijkheid verstrekken, hetgeen in nauw overleg met de schadebehandelaar zal plaatsvinden.

### **Claimant en claim of schade**

Kern van de zienswijzen van MediRisk en de VvAA is dat de gedragscode, zoals gepubliceerd in de Staatscourant, onvoldoende duidelijk is voor wat betreft de verwerking van persoonsgegevens van claimanten van aansprakelijkheidsverzekeraars, zoals geschetst in de situatie hiervoor. Ook van deze claimanten, die geen verzekerden zijn, moeten gegevens omtrent hun gezondheid worden verwerkt om te kunnen bepalen in hoeverre de claim terecht is. In de voorgestelde gedragscode is de verwerking van die gegevens, zo stelt deze zienswijze, onmogelijk omdat de verwerking zich beperkt tot gegevens van cliënten als bedoeld in de Begripsbepaling onder f en daar vallen deze derden niet onder, zodat hun gegevens omtrent de gezondheid niet verwerkt mogen worden. Deze zienswijze sluit aan bij een soortgelijke opmerking gemaakt met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens van letselschadeslachtoffers in het kader van aansprakelijkheidsverzekeringen.

Om aan deze terechte opmerkingen tegemoet te komen zijn twee aanpassingen gedaan: het begrip cliënt is uitgebreid en paragraaf 6.1, die betrekking heeft op verwerking van gegevens omtrent gezondheid is herzien.

Wat betreft het begrip cliënt werd geconstateerd dat in de toelichting bij het concept van de gedragscode die in juli 2009 is ingediend, opgemerkt dat het een veelheid van personen kan omvatten. Zo kan het ook gaan om personen van wie een financiële instelling persoonsgegevens moet verwerken, louter en alleen op grond van de contractuele of wettelijke relatie die deze persoon met een cliënt heeft. In dat verband werd het voorbeeld van de begunstigde genoemd met wie een financiële instelling een relatie heeft via een cliënt. Aangezien de positie van de begunstigde wat betreft de verwerking van persoonsgegevens vergelijkbaar is met die van claimende derden, is deze groep van claimende derden toegevoegd aan de definitie van cliënt. Het betreft personen met wie geen directe verzekeringsovereenkomst is aangegaan, maar van wie door hun relatie met een verzekerde persoonsgegevens moeten worden verwerkt. Het kan dan bijvoorbeeld gaan om personen die vanwege opgelopen letsel een schadeclaim indienen bij de verzekeraar van een verzekerde als hiervoor bedoeld.

Om duidelijk te maken dat het bij verzekerde om zowel een natuurlijke persoon als om een rechtspersoon kan gaan, is aan de begripsbepaling in de gedragscode het begrip verzekerde toegevoegd.

> Ingrijpender waren de aanpassingen van paragraaf 6.1. In feite is deze drastisch herzien naar aanleiding van zowel de opmerkingen van het CBP als door de zienswijzen en de opmerkingen van letselschadeverzekeraars. Om die reden lijkt het goed om kort de onderdelen van paragraaf 6.1. nog eens toe te lichten.

Art. 6.1.1 geeft nadere invulling aan de rechtmatige grondslag van art. 8 Wbp, in combinatie met art. 21, eerste lid onder b. In de aangegeven situaties is het toegestaan om op grond van de WGBO (beoordeling) en Wbp (acceptatie en uitvoering van de overeenkomst), gegevens omtrent gezondheid te verwerken. Art. 6.1.2 is daarop een aanvulling, die aansluit bij art. 23 Wbp: ook in andere specifieke situaties mogen deze gegevens worden verwerkt. Art. 6.1.3 geeft nadere invulling aan de doelbinding en het verenigbaar gebruik. Gegevens omtrent de gezondheid verkregen voor het ene product of claim mogen niet gebruikt worden voor een ander product of claim.

Art. 6.1.4 tot en met 6.1.6 zijn voor wat betreft de medisch adviseur sleutelbepalingen. Alleen de medisch adviseur en leden van zijn medische dienst of staf mogen een medisch advies uitbrengen. Indien daarvoor aanvullende gegevens nodig zijn, is het alleen deze staf of dienst die deze gegevens mag opvragen. In aanvulling daarop is in art. 6.1.5 bepaald dat indien aanvullende gegevens nodig zijn bij iemand anders dan de cliënt daarvoor een machtiging nodig is, die specifiek moet zijn en niet algemeen van aard. De medisch adviseur dient voor de opslag van deze gegevens een medisch dossier aan te leggen. De cliënt heeft het recht van inzage en correctie van deze gegevens. Art. 6.1.7 onder a wijst op de noodzaak van legitimatie om persoonsverwisseling tegen te gaan. Onderdeel b is de vertaling van art. 464, tweede lid, onder b WGBO: de cliënt heeft altijd het recht om uitslag en gevolgtrekking van een onderzoek te vernemen. Als een verzekering al tot stand is gekomen, heeft de cliënt geen blokkeringsrecht. De medisch adviseur kan bij een claim altijd zijn advies en gevolgtrekking doorgeven aan de verzekeraar. Cliënt kan het doorgeven van dit advies niet blokkeren.

Art. 6.1.8 is bedoeld om duidelijk te maken dat de medisch adviseur niet verantwoordelijk en aansprakelijk is voor het beheer en gebruik van gegevens omtrent de gezondheid die hij heeft verstrekt aan medewerkers die niet werkzaam zijn binnen zijn medische dienst. Als de medisch adviseur strikt noodzakelijke gegevens omtrent de gezondheid heeft verstrekt aan een acceptant of schadebehandelaar, dan is de medisch adviseur niet aansprakelijk en verantwoordelijk voor de manier waarop de acceptant en schadebehandelaar met deze gegevens omtrent de gezondheid omgegaan. Wel dient de medisch adviseur zich steeds af te vragen of het noodzakelijk is dat gegevens worden verstrekt, wanneer en welke. Om die reden is ook uitdrukkelijk aangegeven in welke situaties hij niet verantwoordelijk en aansprakelijk is. De verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid zijn er niet: bij de beslissing die de verzekeraar neemt al dan niet op basis van uitslag en gevolgtrekking,

- a) bij de schadeafhandeling om de omvang van claim of schade vast te stellen; en
- b) wanneer het een aantal aanvullende min of meer administratieve handelingen betreft.

Aangezien het bij onderdeel b mogelijk is dat de omvang van schade of claim zonder aanvullende medische gegevens niet is vast te stellen, komt de medisch adviseur weer om de hoek kijken. Hij alleen is degene die deze informatie mag opvragen.

### Reactie op PIV-Bulletin

De artikelen in PIV-Bulletins 2010, 6 en 7 maken duidelijk dat de juridische invulling van de bescherming van persoonsgegevens een lastige materie is. Dat wordt niet zo zeer veroorzaakt door de gedragscode, als wel door de Wbp en de WGBO. Beide kennen een aantal open normen die zich voor verschillende interpretaties lenen. Voor een deel is geprobeerd om aan deze open normen nadere invulling te geven in de gedragscode, maar ook daar blijkt de materie weerbarstig te zijn. De bijdragen in de PIV-Bulletins getuigen daarvan. Als iets blijkt uit de bijdragen dan is het wel dat de invulling van het begrip functionele eenheid voor veel misverstanden en onduidelijkheid heeft gezorgd. Zo blijkt uit een uitspraak met betrekking tot een arbeidsdeskundige, dat een arts zich op het standpunt heeft gesteld dat een extern ingeschakelde arbeidsdeskundige tot de functionele eenheid behoort<sup>13</sup>. Het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg merkt op dat dit standpunt omstreden is. Meelker is in zijn bijdrage steller<sup>14</sup>. *“De advocaat kan wel degelijk tot een functionele eenheid worden gerekend, dat het hof dat betwijfelt is niet juist”*. Simons noemt enkel de uitspraak, maar geeft tevens aan dat door de gedragscode geen antwoord is gegeven op de vraag of bijvoorbeeld externe deskundigen wel of niet behoren tot de kring van personen van de medische dienst of staf als bedoeld in art. 6.1.4 van de gedragscode<sup>15</sup>. Ook voor Wervelman en De Jong is het afstand nemen van de functionele eenheid en de stap naar de medische staf niet duidelijk en wordt zelfs betreurd<sup>16</sup>. Kennelijk hebben zij de noodzaak van een strikte scheiding tussen advies en beslissing niet begrepen. Daarom is het dienstig nogmaals kort in te gaan op het onderscheid tussen functionele eenheid en medische dienst.

Zoals het College bescherming persoonsgegevens al opmerkte kenmerkt het beeld van de functionele eenheid zich door een zekere mate van willekeur bij de invulling. Afhankelijk van de situatie wordt deze ingevuld en voorzien van personen, die om uiteenlopende redenen toegang tot gegevens omtrent de gezondheid wensen. Als hiervoor aangegeven is deze situatie onwenselijk en is in de gedragscode de functionele eenheid vervangen door de medische dienst of staf. Deze dienst of staf bevat alleen personen die in staat zijn of behulpzaam zijn bij het uitbrengen van een medisch oordeel over een (potentiële) cliënt. Dat daartoe niet een advocaat hoort is duidelijk en dat was ook de bedoeling. Het is alleen de medisch adviseur die uiteindelijk het advies uitbrengt en daarvoor aansprakelijk kan worden gesteld. Door deze medische dienst of staf te beperken tot alleen personen die beroepshalve

bij het opstellen van dat advies betrokken zijn, wordt het voor de medisch adviseur mogelijk om greep op het gebruik van gegevens omtrent iemands gezondheid, die onder zijn verantwoordelijkheid zijn verzameld, te houden. Dat is ook juist, omdat de medisch adviseur uiteindelijk degene is die zich bij de tuchtrechter moet verantwoorden welke afweging is gemaakt.

Dit alles wil echter niet zeggen dat een extern adviseur op geen enkele wijze bij dat advies kan worden betrokken. Met hem zal in voorkomende gevallen overleg worden gepleegd en aan hem kan informatie, zelfs gegevens omtrent iemands gezondheid, worden verstrekt. Dat kan zijn om medische gegevens te bestuderen, maar het zal steeds voor een andere reden zijn dan die van een medisch adviseur die als enige bevoegd is om hierover een medisch advies aan de verzekeraar uit te brengen.

Het is dan ook aan de medisch adviseur om daarvoor een goede afweging te maken. Deze afweging vindt op drie momenten plaats. In de eerste plaats zal hij moeten vaststellen of verstrekking, gegeven de specifieke situatie, toegestaan is. Met andere woorden, hij zal moeten beoordelen of er op grond van art. 8, in combinatie met art. 21, eerste lid Wbp, een rechtmatige grondslag is. In de tweede plaats zal hij moeten beslissen of ook inderdaad tot verstrekking mag worden overgegaan. Voor verstrekking binnen en buiten de organisatie geldt de toetsing aan het verenigbaar gebruik, waarbij de criteria van art. 9, tweede en derde lid Wbp als toetsingskader dienen. Uit een uitspraak van het CBP in de zaak X wordt duidelijk dat bij die verstrekking moet worden meegewogen of de gegevens wel op een juiste wijze worden gebruikt<sup>17</sup>. In deze zaak tegen het handelsinformatiebureau X oordeelt het CBP dat de verwerking van persoonsgegevens bij X onrechtmatig, onbehoorlijk en onzorgvuldig is. Maar dat geldt niet alleen voor X, maar ook voor een aantal instanties dat op een onrechtmatige wijze gegevens aan X heeft verstrekt. Dat geldt in het bijzonder wanneer de verstrekking onder een geheimhoudingsverplichting of een gesloten verstrekkingenregime valt. Daarbij werd onder meer verwezen naar de oude gedragscodes van het Verbond van Verzekeraars. Indien een medisch adviseur het vermoeden heeft dat de gegevens onjuist of voor andere doeleinden worden gebruikt dient hij van verstrekking af te zien. In de derde plaats zal hij, indien aan de eerste twee voorwaarden is voldaan, moeten vaststellen welke gegevens worden verstrekt. Deze verstrekking aan derden geldt ook de advocaat. Gelet op de uitgangspunten als hiervoor genoemd is het onjuist om te veronderstellen dat een advocaat kan worden gerekend tot de medische staf of dienst, wie het is toegestaan om zonder meer in het kader van een medisch advies gegevens omtrent gezondheid te verwerken. De tijd van het even (tijdelijk) onderbrengen van een advocaat (of wie dan ook) in de functionele eenheid is voorbij. Dat wil echter in het geheel niet zeggen dat hij geen gegevens verstrekt kan krijgen, maar er zal wel steeds een afweging als hiervoor aangegeven moeten worden gemaakt. In veel gevallen zal dat echter niet gebeuren door de medisch adviseur, maar door de schade-

behandelaar die een beslissing heeft genomen die door de advocaat van een cliënt wordt aangevochten.

Een probleem van een geheel andere orde dat door Wervelman en De Jong wordt aangesneden, betreft de vraag welke rol een medisch adviseur speelt bij het blokkeringsrecht en andere rechten van een cliënt<sup>18</sup>. Om die vraag te kunnen beantwoorden moet echter eerst op een onjuistheid in de gedragscode worden gewezen, die door Wervelman en De Jong is ontdekt<sup>19</sup>. In de begripsbepaling wordt ten onrechte aangegeven dat een medisch adviseur een arts is die als verantwoordelijke optreedt. Dat is onjuist, omdat de verzekeraar de verantwoordelijke is in de zin van art. 1 Wbp. Beter was het geweest om in de begripsbepaling het begrip 'beheerder' op te nemen als degene die belast is met de dagelijkse zorg voor de verwerking van persoonsgegevens. De medisch adviseur treedt als zodanig op binnen een verzekeringsmaatschappij als hoofd van de medische dienst of staf en is vergelijkbaar met bijvoorbeeld het hoofd van de afdeling Personeelszaken of het hoofd van een afdeling Veiligheidszaken. Van een beheerder mag verwacht worden dat hij met de rechten van een cliënt op de hoogte is, omdat de verzoeken om blokkering, inzage en ook correctie bij hem zullen binnenkomen of althans naar hem zullen worden doorgeleid voor afhandeling. Hij beheert immers de dossiers/het dossier met de gegevens.

### Conclusie

Met de nieuwe gedragscode is een einde gekomen aan het gebruik van de term functionele eenheid. Het CBP was, door toedoen van het GAV, terecht van oordeel dat de invulling van dit begrip te onduidelijk en willekeurig was, waardoor de medisch adviseur onvoldoende zicht had op de personen die kennis konden nemen van gegevens omtrent de gezondheid. Met de vervanging van dit begrip door medische dienst of staf is tot uitdrukking gebracht dat het alleen om personen mag gaan die ook daadwerkelijk zeggenschap hebben over de inhoud van het medisch advies. Dat wil niet zeggen dat een medisch adviseur geen overleg mag plegen met externe deskundigen of gegevens aan hen mag verstrekken. Integendeel, collegiaal overleg zal duidelijker kunnen maken waarom gegevens nodig zijn en welke gegevens het betreft.

Om terug te keren naar de onbeantwoorde vraag van Simons. Onder de oude functionele eenheid werden externe adviseurs soms tot die eenheid gerekend om gemakkelijk toegang tot de medische gegevens te krijgen. Dat is thans niet zonder meer mogelijk, omdat daar de medisch adviseur als poortwachter tussen zit. Deze poortwachter zal steeds een afweging moeten maken. Deze verstrekking is, wanneer eenmaal die afweging is gemaakt, niet afhankelijk van de toestemming van het slachtoffer. Deze toestemming in de vorm van een machtiging geldt alleen wanneer aanvullende informatie nodig is bij anderen dan de cliënt. In dat opzicht zijn art. 6.1.4, 6.1.5 en 6.1.8 volstrekt duidelijk.

> In aanvulling hierop nog een korte reactie op wat Wervelman en De Jong noemen “*De wonderlijke artikelen 6.1.4 en 6.1.8 van de gedragscode*”<sup>20</sup>. Ik hoop dat na lezing van deze verduidelijking deze artikelen minder verwonderlijk zijn geworden. Inderdaad vallen, zoals Wervelman en De Jong betwijfelen, alle gegevens omtrent de gezondheid, die noodzakelijk zijn voor acceptatie, inclusief het advies en de gevolgtrekking van de medisch adviseur, buiten de verantwoordelijkheid van die medisch adviseur. Dat geldt uiteraard ook voor de gegevens die noodzakelijkerwijs aan een advocaat zijn verstrekt. Dat is de consequentie van het aanbrengen van een scheiding tussen advies en beslissing. Dat staat los van het medisch oordeel,

de Wet op de medische keuringen (WMK) en het Protocol Verzekeringskeuringen. Daar gaat het om het vormen van een medisch oordeel en dat is het terrein van een medisch adviseur, die vervolgens beoordeelt welke gegevens aan derden beschikbaar mogen worden gesteld. Dat is ook wat de CTG in haar uitspraak van 11 mei 2010 heeft bedoeld<sup>21</sup>. Het is een medisch adviseur niet toegestaan om het integrale medisch dossier zonder toestemming aan een arbeidsdeskundige beschikbaar te stellen. De medisch adviseur mag slechts die gegevens verstrekken die nodig zijn voor de beantwoording van de aan hem voorgelegde onderzoeksvraag.

<sup>1</sup> Jan Holvast was als adviseur van het Verbond van Verzekeraars nauw betrokken bij het opstellen van de Gedragscode Verwerking Persoonsgegevens Financiële Instellingen. Hij trad op als penvoerder voor de diverse commissies die zich met de inhoud van de gedragscode hebben bezig gehouden. Hij dankt die leden van de commissies die commentaar hebben geleverd op eerdere versies van dit artikel, maar is als enige verantwoordelijk voor de inhoud.

<sup>2</sup> *Staatscourant*, 26 april 2010, 6360.

<sup>3</sup> *PIV-Bulletin* 2010, 6 en *PIV-Bulletin* 2010, 7.

<sup>4</sup> *Stcrt.*, 5 maart 1998.

<sup>5</sup> *Stcrt.*, 3 februari 2003, nr. 23.

<sup>6</sup> Kenmerk: z2008-00802.

<sup>7</sup> *Stcrt.*, 10 augustus 2009, nr. 11881.

<sup>8</sup> *Stcrt.* 26 april 2010, nr. 6360.

<sup>9</sup> Registratiekamer, Wet bescherming persoonsgegevens, Advies van de Registratiekamer, februari 1997, p. 65-66.

<sup>10</sup> In dat artikel is verwerking van bijzondere gegevens, zoals gegevens omtrent de gezondheid, geoorloofd wanneer daarvoor de uitdrukkelijke toestemming is verkregen (auteurs).

<sup>11</sup> Kamerstukken II, 1997/98, 25 892, nr 3, p. 110.

<sup>12</sup> Kamerstukken II, 1997/98, 25 892, nr 3, p. 111.

<sup>13</sup> E.J. Wervelman, “Omgaan met medische gegevens tussen medisch adviseur en arbeidsdeskundige - 1, (CTG 2009/044, *Staatscourant* 11 juni 2010”, *PIV-Bulletin* 2010, 6, p. 26.

<sup>14</sup> J.R. Meelker, “Hof van Discipline 30 november 2009 en de WBP”, *PIV-Bulletin* 2010, p. 17.

<sup>15</sup> J.P.M. Simons, Omgaan met medische gegevens bij de behandeling van letselschades, *PIV-Bulletin* 2010, 6, p. 12.

<sup>16</sup> E.J. Wervelman en E.J.C. de Jong, “De medisch adviseur in de Gedragscode Verwerking Persoonsgegevens Financiële Instellingen: een onbegrijpelijke regeling voor het omgaan met medische gegevens”, *PIV-Bulletin* 2010, 7, p. 7, r.k.

<sup>17</sup> CBP, Uitspraak handhaving na bezwaar dwangsombesluit zorgvuldige verwerking persoonsgegevens en informatieplicht, 21 augustus 2003, z2003-0763.

<sup>18</sup> E.J. Wervelman en E.J.C. de Jong, “De medisch adviseur in de Gedragscode Verwerking Persoonsgegevens”, *PIV-Bulletin* 2010, 7p. 8, l.k.

<sup>19</sup> E.J. Wervelman en E.J.C. de Jong, “De medisch adviseur in de Gedragscode Verwerking Persoonsgegevens Financiële Instellingen: een onbegrijpelijke regeling voor het omgaan met medische gegevens”, *PIV-Bulletin* 2010, 7, p. 10, l.k.

<sup>20</sup> E.J. Wervelman en E.J.C. de Jong, “De medisch adviseur in de Gedragscode Verwerking Persoonsgegevens Financiële Instellingen: een onbegrijpelijke regeling voor het omgaan met medische gegevens”, *PIV-Bulletin* 2010, 7, p. 8, r.k.

<sup>21</sup> E.J. Wervelman, “Omgaan met medische gegevens tussen medisch adviseur en arbeidsdeskundige” - 1, (CTG 2009/044, *Stcrt.* 11 juni 2010, *PIV-Bulletin* 2010, 6, p. 26.

#### In Memoriam – Machiel Bohnen

(\*24-09-1948 – †18-01-2011)

Bij het ter perse gaan van dit bulletin ontvingen wij het bericht dat de heer Machiel (Chiel) Bohnen op dinsdag 18 januari 2011 is overleden.

Chiel was vanaf 1998 tot en met 2005 als voorzitter van de commissie Opleidingen bijzonder nauw betrokken bij het opzetten en ontwikkelen van de modules kennis en vaardigheden van de PIV Opleiding Personenschade, de voorganger van de huidige leergangen Middelzwaar en Zwaar letsel.

Onze gedachten zijn bij zijn echtgenote, kinderen en kleinkinderen.

Staf en oud-medewerkers Stichting PIV



# Deelgeschilprocedure: de eerste zes maanden in de praktijk

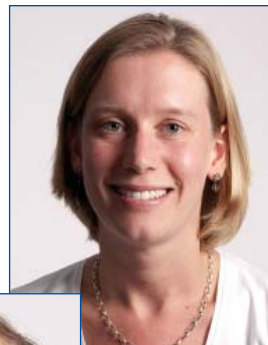
Op 1 juli 2010 is de Wet deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade in werking getreden. In PIV-Bulletin 2010, 4 kondigden wij al aan dat wij periodiek de relevante deelgeschillen zouden bespreken. Bij de behandeling van het wetsvoorstel sprak de minister van een grote belangstelling vanuit de rechtspraak<sup>1</sup>. De algemene verwachting was dat vanaf 1 juli 2010 een groot aantal verzoeken tot het geven van een beslissing omtrent een deelgeschil bij de rechtbanken zouden worden ingediend, mogelijk vooral door benadeelden omdat de kosten die gemoeid zijn met het voeren van een deelgeschilprocedure ex art. 6:96 lid 2 BW voor vergoeding door de aansprakelijke partij in aanmerking komen<sup>2</sup>. Hoeveel verzoeken vanaf 1 juli 2010 daadwerkelijk zijn ingediend, onttrekt zich aan onze waarneming. Voor zover ons bekend zijn tot op heden<sup>3</sup> achttien beschikkingen in deelgeschilprocedures gepubliceerd. Bezien tegen de achtergrond van de in de rechtspraak verwachte hausse aan deelgeschillen is dit aantal relatief beperkt, hoewel het aantal publicaties toeneemt.

In dit artikel zullen wij aan de hand van een aantal onderwerpen de eerste zes maanden na invoering van de deelgeschillenwet evalueren. Allereerst gaan wij in op het toepassingsbereik van de deelgeschilprocedure en wat daarover in de rechtspraak is overwogen. Daarna zullen wij ingaan op de kosten van de deelgeschilprocedure. Wij sluiten af met een overzicht van de onderwerpen waarover de deelgeschilrechter tot op heden heeft beslist en gaan aan de hand daarvan in op de vraag of het doel van de deelgeschilprocedure, namelijk een versterking van het buitengerechtelijke traject bij de afhandeling van personenschade door middel van een eenvoudige en snelle toegang tot de rechter, in de praktijk lijkt te worden behaald.

## Toepassingsbereik deelgeschilprocedure

Art. 1019w Rv. bepaalt dat een deelgeschilprocedure kan worden gevoerd over 'een geschil omtrent of in verband met een deel van hetgeen ter zake tussen hen rechtens geldt en waarvan de beëindiging kan bijdragen aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst'. In PIV-Bulletin 2010, 4 hebben wij besproken welke onderwerpen in een deelgeschilprocedure onder andere aan bod zouden kunnen komen. Het begrip 'deelgeschil' is ruim. Dit betekent echter niet dat de deelgeschilrechter geen toets hoeft aan te leggen: de beslissing in het deelgeschil dient immers te kunnen bijdragen aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst (art. 1019z Rv.). De rechter dient het verzoek dan ook af te wijzen, indien hij van oordeel is dat een beslissing over het deelgeschil onvoldoende bijdrage

Mevrouw mr. P. Oskam en mr.  
Chr.H. van Dijk  
Kennedy Van der Laan  
Advocaten



zal leveren aan de voortgang van het buitengerechtelijke traject. Hierbij dient de rechter zich af te vragen of de investering in tijd, geld en moeite in een redelijke verhouding staat tot het belang van de vordering en de bijdrage die de beslissing zou kunnen leveren aan een minnelijke regeling.

Uit de eerste achttien beschikkingen die de rechter heeft gewezen in deelgeschilprocedures, volgt dat de rechter zich in bijna alle zaken expliciet buigt over de vraag of a) daadwerkelijk sprake is van een deelgeschil; en b) zijn beslissing kan bijdragen aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst.

In de eerste procedure die als deelgeschilprocedure aan de rechter werd voorgelegd, komt de Kantonrechter Eindhoven tot het oordeel dat geen sprake is van een deelgeschil<sup>4</sup>. Het ging in deze zaak om het volgende. Op 21 oktober 2008 had een ongeval plaatsgevonden, waarvoor de aansprakelijkheidsverzekeraar namens haar verzekeringnemer aansprakelijkheid had erkend. Nadat over de omvang van de schade was gediscussieerd, hadden partijen een vaststellingsovereenkomst gesloten, waarin zij elkaar finale kwijting hadden verleend. Afsproken was dat de buitengerechtelijke kosten separaat zouden worden afgewikkeld. Vervolgens konden partijen geen overeenstemming bereiken over de omvang van de te vergoeden kosten en wendde de benadeelde zich tot de deelgeschil-

> rechter. De verzekeraar verweerde zich met de stelling dat geen sprake was van een deelgeschil in de zin van art. 1019w Rv. Dit verweer werd gehonoreerd. De kantonrechter overweegt: *“In dit geval sloten partijen al een vaststellingsovereenkomst. Een beslissing op de in het verzoekschrift geformuleerde vordering van [verzoekster] om [verweerder] en [verzekeraar] te veroordelen tot betaling van de buitengerechtelijke kosten kan dus niet bijdragen aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst.”* Naar onze mening valt op deze beschikking wel het een en ander af te dingen. Partijen hadden immers nog geen overeenstemming bereikt over de omvang van de buitengerechtelijke kosten; een beslissing van de deelgeschilrechter zou wel degelijk kunnen bijdragen aan een vaststellingsovereenkomst met betrekking tot die kosten.

De Amersfoortse kantonrechter moest zich buigen over de vraag of het verzoek van de benadeelde, om te bepalen dat zijn vordering niet verjaard was, zich leende voor een deelgeschilprocedure<sup>5</sup>. De aansprakelijk gestelde werkgever had zich in deze beroepsziektezaak verweerd met de stelling dat de verzochte beslissing niet kon bijdragen aan een vaststellingsovereenkomst. Dat verweer gaat niet op. De kantonrechter overweegt: *“Uit de overlegde correspondentie blijkt dat [werkgever] de mogelijkheid om de zaak buiten rechte af te doen heeft opgehouden tot zij zich begin augustus 2009 op het standpunt stelde dat de vordering verjaard was. Dit leidt tot de conclusie dat een beslissing omtrent de verjaring van de vordering ertoe kan leiden dat partijen opnieuw in overleg treden. Nu bovendien sprake is van een aanzienlijke hoofdvordering is aan de criteria van 1019z Rv voldaan.”* Deze conclusie lijkt ons juist. Wij zien geen redenen om aan te nemen dat de deelgeschilrechter zich wel over de aansprakelijkheidsvraag, maar niet over de verjaringsvraag zou kunnen buigen. Voor beide onderwerpen geldt dat het in veel gevallen niet tot een vaststellingsovereenkomst zal komen, indien de benadeelde in het ongelijk wordt gesteld; het buitengerechtelijk traject zal dan in veel gevallen tot een einde komen.

In een aan de kantonrechter in Rotterdam voorgelegd deelgeschil zijn uitgebreide overwegingen aan de aard van de deelgeschilprocedure gewijd<sup>6</sup>. De benadeelde verzocht de kantonrechter een beslissing te geven over de aansprakelijkheidsvraag. Primair betoogde de aansprakelijk gestelde partij X dat het verzoek zich niet leende voor behandeling in een deelgeschilprocedure. Aangevoerd werd dat beantwoording van de aansprakelijkheidsvraag veel tijd in beslag zou nemen en kostbaar zou zijn. Bovendien zou de verzochte deelbeslissing niet direct leiden tot een eindregeling omdat de zaak complex was en in de rede lag dat ook op andere punten geschillen zouden rijzen. De kantonrechter is het daar niet mee eens en overweegt onder verwijzing naar de memorie van toelichting dat de aansprakelijkheidsvraag wel degelijk in een deelgeschilprocedure aan de orde kan komen en dat de rechter zich, net als bij andere deelgeschillen, ook dan moet afvragen of de bijdrage van de verzochte beslissing aan de mogelijke totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst zodanig is

dat dit opweegt tegen de kosten en het tijdsverloop van de procedure. Dat de deelbeslissing mogelijk niet direct zou leiden tot een eindregeling, maakt dit niet anders, omdat daarmee onverlet blijft dat partijen de buitengerechtelijke onderhandelingen weer zouden kunnen oppakken na een oordeel over de aansprakelijkheidsvraag. Ook het feit dat de aansprakelijk gestelde partij in de deelgeschilprocedure niet de mogelijkheid had om een derde in vrijwaring op te roepen, vormt naar het oordeel van de kantonrechter geen reden om te concluderen dat het geschil zich niet leent voor behandeling in een deelgeschilprocedure.

Dat het enkele feit dat de beslissing in een deelgeschil niet direct tot een vaststellingsovereenkomst leidt, niet doorslaggevend is, overweegt ook de Rechtbank Utrecht<sup>7</sup>. Onduidelijkheid op meerdere vlakken is inherent aan veel letselschadeprocedures, zo overweegt de rechtbank, en het is zoals blijkt uit de toelichting van de wetgever op de Wet deelgeschilprocedure juist de gedachte achter de wet dat eliminatie van één of meer deelgeschillen de totstandkoming van een minnelijke regeling bevordert. Kortom, het gaat er om dat de beslissing in het deelgeschil een oplossing *dichterbij* brengt. Deze overwegingen zijn weinig verrassend: de toets of de verzochte beslissing kan bijdragen aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst is een zeer ruime toets waarbij de rechter veel beleidsvrijheid wordt gelaten. Akkermans en De Groot<sup>8</sup> hebben zich afgevraagd welke mate van waarschijnlijkheid de rechter nodig heeft om de proportionaliteitstoets van art. 1019w Rv positief te beantwoorden: moet het aannemelijk zijn dat de beslissing kan bijdragen aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst, moet er een redelijke mate van zekerheid over zijn, of een gerechtvaardigde verwachting? In de tot op heden gewezen beschikkingen wordt dit alles niet nodig geacht: voldoende is - in lijn met de bewoordingen in de wettekst - dat de beslissing in het deelgeschil kan bijdragen aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst. Niet noodzakelijk is dat de beslissing *zal* leiden tot een vaststellingsovereenkomst. Tegen deze achtergrond bezien is het niet verwonderlijk dat ook de Rechtbank Zutphen<sup>9</sup> het verweer van de verzekeraar dat de verzochte beslissing niet kan bijdragen aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst, niet volgt. Dat het deelgeschil de onderhandelingen heeft doen vastlopen, wil nog niet zeggen dat ook andere geschilpunten zullen leiden tot stagnatie van het buitengerechtelijke traject. In gelijke zin de Rechtbank Amsterdam<sup>10</sup> en nogmaals de Rechtbank Rotterdam<sup>11</sup>.

Een voorzichtige conclusie aan de hand van de tot op heden gepubliceerde beschikkingen luidt dat de deelgeschilrechter uitgaat van een breed toepassingsbereik van de wettelijke regeling en dat niet snel geoordeeld wordt dat een beslissing betreffende het deelgeschil niet kan bijdragen aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst.

Hoewel het toepassingsbereik van de deelgeschillenwet ruim is, *kunnen* er echter wel goede redenen zijn om het

verzoek af te wijzen<sup>12</sup>. Zo wees de Rechtbank Haarlem het verzoek van benadeelde af, omdat onvoldoende perspectief bestond op buitengerechtelijke afwikkeling<sup>13</sup>. In die zaak stelde verzoekster dat de aansprakelijkheidsverzekeraar van een ziekenhuis weigerde aansprakelijkheid te erkennen voor schade die verzoekster zou hebben geleden als gevolg van drie operaties. Uit de memorie van toelichting leidde de rechtbank af dat voor behandeling van een verzoek tot beslissing over een deelgeschil vereist is dat partijen zich bevinden in de fase van buitengerechtelijke onderhandelingen, en dat dit uit het verzoekschrift en de stukken die ter onderbouwing zijn overgelegd blijkt. De rechtbank overweegt dat de deelgeschilprocedure er naar zijn aard niet toe strekt een partij aan de onderhandelingstafel te dwingen: *“Wanneer er geen concrete aanwijzingen zijn dat bij beide partijen de bereidheid tot het voeren van buitengerechtelijke onderhandelingen aanwezig is, bestaat er in beginsel onvoldoende perspectief op een buitengerechtelijke afwikkeling van de schade en zal het verzoek dienen te worden afgewezen omdat de verzochte beslissing onvoldoende kan bijdragen aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst.”* Het verzoekschrift bevatte weliswaar een weergave van de feitelijke gang van zaken en van het standpunt dat de aansprakelijkheidsverzekeraar had ingenomen, maar nergens kon uit worden afgeleid dat voldoende perspectief bestond op een buitengerechtelijke afwikkeling van de schade (art. 1019w Rv.).

Ook de Rechtbank Arnhem zag in een beschikking van 10 januari 2011<sup>14</sup> aanleiding het verzoek om een beslissing af te wijzen. Het ging in die zaak om beoordeling van de aansprakelijkheidsvraag. Er hadden reeds voorlopig getuigenverhoren plaatsgevonden. Na afloop van die verhoren had benadeelde verweerder bij brieven van 15 september 2010 aansprakelijk gesteld. Op 23 september 2010 - verweerders hadden toen nog niet op de aansprakelijkstelling gereageerd - diende benadeelde een verzoekschrift in, waarin zij de rechtbank verzocht om een deelgeschilbeschikking met betrekking tot de aansprakelijkheidsvraag. De rechtbank wijdt allereerst overwegingen aan de aard van de deelgeschilprocedure, en oordeelt in lijn met de parlementaire geschiedenis dat een aansprakelijkheidsvraag zich op zichzelf leent voor een deelgeschilprocedure, ook als de onderhandelingen niet op gang komen door verschil van inzicht over de aansprakelijkheidsvraag. Nu partijen echter in deze kwestie in het geheel nog niet inhoudelijk hadden gecorrespondeerd over de aansprakelijkheidsvraag, kan de rechtbank in haar eigen bewoordingen geen zinnig woord zeggen over de vraag of haar beslissing kan bijdragen aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst: *“Verzoekster heeft echter (...) verweerders geen reële mogelijkheid geboden op die aansprakelijkstelling in te gaan. Zij heeft binnen enkele dagen daarna het onderhavige verzoekschrift ingediend. Bovendien is niet gebleken dat zij in dat stadium reeds enig inzicht heeft gegeven, al was het maar voorlopig, in de omvang van haar schade. Dat betekent dat de rechtbank slechts op basis van algemeenheden, zoals dat een oordeel over de aansprakelijkheid in het algemeen een vaststellingsovereenkomst naderbij*

*kan brengen, tot het oordeel zou moeten komen dat de verzochte beslissing voldoende bijdraagt aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst. Dat acht de rechtbank een onvoldoende basis.”*

### Kosten van de deelgeschilprocedure

Art. 1019aa lid 1 Rv. bepaalt: *“De rechter begroot de kosten bij de behandeling van het verzoek aan de zijde van de persoon die schade door dood of letsel lijdt in de beschikking en neemt daarbij alle redelijke kosten als bedoeld in art. 6:96, tweede lid van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek in aanmerking.”* De met het deelgeschil gemoeide kosten van de benadeelde moeten aldus als buitengerechtelijke kosten door de aansprakelijke partij worden betaald, waarbij voldaan dient te zijn aan de dubbele redelijkheidstoets. Het dient redelijk te zijn dat de kosten zijn gemaakt en ook de hoogte van de kosten dient redelijk te zijn. Voorafgaand aan inwerkingtreding van de wettelijke regeling werd verwacht dat in ieder geval de benadeelde vrij veelvuldig gebruik zou maken van de deelgeschilprocedure, omdat de kosten moeten worden betaald door de aansprakelijke verzekeraar. Hoewel het aantal gevoerde deelgeschilprocedures tot op heden, afgaande op de gepubliceerde beschikkingen, lijkt mee te vallen, valt wel op dat het in alle gevallen de benadeelde is die zich tot de deelgeschilrechter wendt. Verzekeraars lijken vooralsnog een afwachtende houding in te nemen, terwijl van de mogelijkheid om een gezamenlijk verzoek in te dienen tot op heden evenmin gebruik is gemaakt.

Aan de kosten van de deelgeschilprocedure zijn in de tot op heden gepubliceerde beschikkingen enkele interessante overwegingen gewijd. In een zaak die aan de Rechtbank Utrecht<sup>15</sup> werd voorgelegd vorderde verzoeker, onder verwijzing naar een advies van de Advocaten voor Slachtoffers van Personenschade (ASP) vergoeding van de kosten op basis van een bedrag van € 376,85 per uur, exclusief 6% kantoorkosten en exclusief BTW. De verzekeraar betwistte de redelijkheid van dit uurtarief en stelde dat een uurtarief van € 200 redelijk was. Interessant is de volgende overweging van de rechtbank: *“In zijn algemeenheid gaat de rechtbank er vooralsnog vanuit dat in die zaken die binnen het bereik van de Wet deelgeschilprocedure vallen eerst getoetst moet worden of er voorafgaand aan het deelgeschil dat ter beslissing wordt voorgelegd buitengerechtelijke kosten zijn betaald door een aansprakelijke partij. Als dat het geval is dan is er naar het oordeel van de rechtbank geen aanleiding om in het kader van de begroting van de kosten zoals bedoeld in art. 1019aa Rv. af te wijken van in dat kader gevorderde en door de aansprakelijke partij geaccepteerde tariefstellingen. Door [de aansprakelijkheidsverzekeraar] is in deze zaak gesteld dat er voorafgaand aan het deelgeschil buitengerechtelijke kosten zijn voldaan maar niet tegen welk tarief dat is gebeurd en [verzoeker] heeft zich evenmin daarover uitgelaten.”* Vervolgens begroot de rechtbank de met de behandeling van de zaak gemoeide kosten in redelijkheid op € 2000, te vermeerderen met het griffierecht. Van belang daarbij is dat het verzoekschrift niet meer dan vier pagina's beslaat en dat de omvang en com-

> plexiteit van de zaak beperkt zijn. Weinig verrassend is de overweging die de rechtbank daaraan toevoegt, dat het feit dat de aansprakelijkheidsverzekeraar al een bedrag aan buitengerechtigde kosten heeft voldaan voorafgaand aan de deelgeschilprocedure geen rol kan spelen bij begroting van de kosten van het deelgeschil. Een andere opvatting zou naar onze mening strijdig zijn met art. 1019aa Rv. Hetzelfde geldt voor de overwegingen van de Rechtbank Amsterdam in een beschikking van 28 oktober 2010<sup>16</sup>. In die zaak had benadeelde het verzoekschrift ingetrokken, omdat partijen tijdens de mondelinge behandeling afspraken hadden gemaakt voor de schaderegeling. Wel verzocht hij om een beslissing op de vordering betreffende de kosten van het verzoek. De verzekeraar stelde (sec) dat deze niet in redelijkheid zouden zijn gemaakt. De rechtbank gaat daar niet in mee.

De Rechtbank Utrecht voert kennelijk een beleid bij het beoordelen van de kosten, want ook de twee andere beschikkingen die tot op heden in Utrecht zijn geweest bevatten eenzelfde overweging<sup>17</sup>. Het (kennelijk) door de Rechtbank Utrecht gevoerde beleid komt ons zinvol voor. Indien de benadeelde partij buiten rechte immers akkoord is gegaan met een bepaald uurtarief, ligt het niet voor de hand in een deelgeschilprocedure vergoeding van de kosten op basis van een hoger uurtarief te verlangen.

De Rechtbank Breda oordeelde op 3 januari 2011<sup>18</sup> dat een uurtarief van € 290 exclusief 6% kantoorkosten en btw in de gegeven omstandigheden wel redelijk was. De benadeelde had aangevoerd dat zijn raadsman lid was van specialistenverenigingen LSA en ASP en dat hij “al 25 jaar een landelijke pionier en specialist in medische letselschade is.” De rechtbank overweegt, mede op grond van een publicatie van Roth<sup>19</sup>, dat het gehanteerde uurtarief voor een ervaren en gespecialiseerde advocaat niet ongebruikelijk is, ongeacht de exacte hoogte van de schade. Wel wordt een aantal uren in mindering gebracht op de door de aansprakelijke partij te vergoeden kosten, omdat deze onvoldoende gespecificeerd zijn.

Nu verschillende rechters tot verschillende oordelen zullen komen over de redelijkheid van uurtarieven en bestede tijd, zou het wat ons betreft zinvol zijn de kosten die gemoeid zijn met het voeren van een deelgeschilprocedure te standaardiseren. In zaken betreffende inbreuk op intellectuele eigendomsrechten is geen sprake van forfaitaire proceskostenveroordeling. De in het ongelijk gestelde partij wordt op grond van art. 1019h Rv veroordeeld in de “redelijke en evenredige gerechtskosten en andere kosten die de in het gelijk gestelde partij heeft gemaakt”. Per 1 augustus 2008 worden in deze zaken indicatietarieven gehanteerd, waarbij de complexiteit van de zaak een rol speelt. Een soortgelijke indicatietabel zou in deelgeschilprocedures ook nuttig kunnen zijn<sup>20</sup>.

### Onderwerpen deelgeschilprocedures

De onderwerpen die in de tot op heden gevoerde deelgeschilprocedures aan bod zijn gekomen, zijn, op één hierna

te bespreken onderwerp (en wellicht de hiervoor al besproken verjaringsvraag<sup>21</sup>), weinig verrassend. Hierbij laten we de zaken die weliswaar als deelgeschilprocedure aan de rechter werden voorgelegd, maar niet als zodanig werden afgedaan, buiten beschouwing<sup>22</sup>.

Zo velde de deelgeschilrechter oordelen over aansprakelijkheid en eigen schuld<sup>23</sup>. Voorts kwam het al dan niet gebonden zijn aan een deskundigenrapport aan de orde<sup>24</sup>; deze beschikkingen maken eens te meer duidelijk dat de rechter een deskundigenrapport, dat in gezamenlijk overleg tot stand is gekomen, niet snel opzijzet. Tot slot kwamen causaliteitsvragen, de omvang van de schade en de buitengerechtigde kosten aan bod<sup>25</sup>. Oordelen van de deelgeschilrechter in deze zaken zijn naar hun aard casuïstisch en als zodanig uiteraard bruikbaar in vergelijkbare gevallen. Omdat deze oordelen naar onze mening echter weinig nieuws bieden, zullen wij deze niet inhoudelijk bespreken.

Wel noemenswaardig is naar ons oordeel de volgende uitspraak van de Rechtbank Utrecht<sup>26</sup>. In die zaak ging het om een ongeval op 25 november 2005. Nadat een vrachtwagencombinatie op de Lekbrug op de A27 was geschaard, gedeeltelijk door een vangrail was gereden en met een gekantelde cabine boven de ruimte tussen de beide brugdelen tot stilstand was gekomen, heeft X geprobeerd de chauffeur van de vrachtwagen te bevrijden. Daarbij viel hij in een spleet die zich tussen de beide weggedeelten bevond en is hij dertig meter lager in het water van de Lek terechtgekomen. X overleed als gevolg hiervan. De WAM-verzekeraar van de vrachtwagen erkende geen aansprakelijkheid, maar nam wel de afwikkeling van de overlijdensschade in behandeling. Verzoekster in de deelgeschilprocedure is de ex-echtgenote van X. Hun huwelijk, waarin vier kinderen waren geboren, was op 31 maart 2004 door echtscheiding ontbonden. Daarna was echter weer een affectieve relatie tussen X en zijn ex-echtgenote ontstaan. De vraag of de ex-echtgenote op grond van art. 6:108 lid 1 BW in aanmerking kwam voor vergoeding van overlijdensschade, hield partijen verdeeld. Kernvraag was of de ex-echtgenote ten tijde van het overlijden van X in gezinsverband met hem samenwoonde (art. 6:108 lid 1 sub c BW). De rechtbank overweegt het volgende: “Voor het aannemen van samenwonen in gezinsverband is onvoldoende dat, zoals [verzoekster] stelt, de meeste tijd werd doorgebracht in de voormalige echtelijke woning en dat het vieren van verjaardagen en feestdagen en afspraken met vrienden daar ook plaatsvonden. Ook de omstandigheid dat er verschillende vakanties gezamenlijk zijn doorgebracht is onvoldoende om te kunnen concluderen dat er sprake was van samenleven in gezinsverband. Deze omstandigheden, bezien in het licht van het feit dat [verzoekster] op het moment dat [X] kwam te overlijden een eigen woning bezat, daar ook stond ingeschreven en [X] tot dat moment alimentatie betaalde aan [verzoekster] duidde er op dat van een hereniging als ware partijen gehuwd nog geen sprake was en/of dat de relatie (nog) niet in het stadium van feitelijk samenleven verkeerde.”

## Bevordering van een minnelijke regeling?

In de memorie van toelichting is de achtergrond van het wetsvoorstel als volgt toegelicht: *“door de grote hoeveelheid en diversiteit van rechtsvragen, de grote belangentegenstellingen en de veelal bestaande noodzaak tot inschakeling van deskundigen van verschillende disciplines zoals arbeidsdeskundigen, komen partijen in de buitengerechtelijke onderhandelingen niet zelden moeilijk tot een vergelijk. Fixatie op één of meer deelgeschillen kan ertoe leiden dat partijen de kern van de zaak uit het oog verliezen, waardoor de verhoudingen verslechteren en de duur van de afhandeling toeneemt, een eenvoudige en snelle toegang tot de rechter ter oplossing van deze deelgeschillen in de buitengerechtelijke onderhandelingsfase, kan de totstandkoming van een minnelijke regeling bij letsel- en overlijdensschade bevorderen. Dit voorstel voorziet daartoe in een nieuwe procesvorm: de deelgeschilprocedure.”*

Op voorhand waren wij van mening dat de deelgeschillenregeling een goede stap was naar een betere buitengerechtelijke schaderegeling, omdat deze voor beide partijen goede mogelijkheden biedt om voor de schaderegeling relevante punten bij de deelgeschilrechter aan de orde te stellen. In PIV-Bulletin 2010, 4 gaven wij al aan dat het

naar onze mening van groot belang is dat ook verzekeraars actief de deelgeschilrechter opzoeken als naar hun mening de efficiënte buitengerechtelijke afwikkeling van een zaak door een deelgeschil wordt belemmerd, ook omdat de deelgeschilprocedure aan de rechtsontwikkeling bijdraagt. In het eerste half jaar dat deelgeschilprocedures konden worden gevoerd, hebben verzekeraars hiervan, afgaande op de tot op heden gepubliceerde uitspraken, nog geen gebruik van gemaakt. Uit de hier besproken beschikkingen volgt dat de rechter vrij snel een knoop kan doorhakken in geschillen die partijen mogelijk al langere tijd verdeeld houden; de schadeafwikkeling kan daarmee worden vlot getrokken<sup>27</sup>. Van de rechtsontwikkeling in deelgeschilprocedures kan bovendien ook in het buitengerechtelijke traject in andere zaken worden geprofiteerd. Wij zijn nog steeds van mening dat de deelgeschilprocedure een goede bijdrage kan leveren aan de schadeafwikkeling en de doorlooptijd van zaken kan inkorten. In de komende tijd zullen wij de deelgeschilprocedure blijven volgen. Wij verwachten dat deze, naar mate de tijd vordert, en partijen hiermee vertrouwd raken, steeds meer zullen worden gevoerd. Wij zullen u van de ontwikkelingen op de hoogte blijven houden met een nadere evaluatie aan het eind van komend voorjaar.

<sup>1</sup> Kamerstukken II 2007/08, 31518, nr. 3.

<sup>2</sup> Zie o.a. C.J.P.M. Klaassen, ‘De Wet deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade: een nieuwe loot aan de processuele stam’, *TCR* 2010/2, p. 45 en Chr. van Dijk, ‘De deelgeschillenregeling: nieuwe ronde, nieuwe kansen’, *NTBR* 2010/7, p. 248.

<sup>3</sup> In dit artikel zijn de op [www.stichtingpiv.nl](http://www.stichtingpiv.nl); [rechtspraak.nl](http://rechtspraak.nl); en in Letsel & Schade gepubliceerde uitspraken t/m 18 januari 2011 meegenomen.

<sup>4</sup> Kantonrechter Eindhoven 23 september 2010, LJN BN8382.

<sup>5</sup> Kantonrechter Amersfoort 24 september 2010, L&S 2010/189.

<sup>6</sup> Kantonrechter Rotterdam 6 oktober 2010, LJN BN9805.

<sup>7</sup> Rechtbank Utrecht 13 oktober 2010, LJN BO1694.

<sup>8</sup> A.J. Akkermans en G. de Groot, ‘De deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade: nieuwe verantwoordelijkheid voor de rechter en voor partijen’, *TvP* 2010/3, p. 29/36.

<sup>9</sup> Rechtbank Zutphen 22 oktober 2010, LJN BO7286.

<sup>10</sup> Rechtbank Amsterdam 28 oktober 2010, LJN BO3227.

<sup>11</sup> Rechtbank Rotterdam 1 december 2010, LJN BO5673.

<sup>12</sup> Zie Chr.H. van Dijk, a.w., p. 249.

<sup>13</sup> Rechtbank Haarlem 23 november 2010, LJN BO6959.

<sup>14</sup> Rechtbank Arnhem 10 januari 2011, 205882 / HA RK 10-195 (gepubliceerd op [www.stichtingpiv.nl](http://www.stichtingpiv.nl)).

<sup>15</sup> Rechtbank Utrecht 13 oktober 2010, LJN BO1694.

<sup>16</sup> Rechtbank Amsterdam 28 oktober 2010, LJN BO9956.

<sup>17</sup> Rechtbank Utrecht 27 oktober 2010, LJN BO2891 en Rechtbank Utrecht 27 december 2010, 293471 HA RK 10-379 (gepubliceerd op [www.stichtingpiv.nl](http://www.stichtingpiv.nl)).

<sup>18</sup> Rechtbank Breda 3 januari 2011, LJN BO9631.

<sup>19</sup> J. Roth, ‘Een redelijk uurtarief’, *L&S* 2010/3.

<sup>20</sup> Zie ook Chr.H. van Dijk, a.w., p. 256.

<sup>21</sup> Kantonrechter Amersfoort 24 september 2010, L&S 2010/189.

<sup>22</sup> Kantonrechter Eindhoven 23 september 2010, LJN BN8382, Rechtbank Haarlem 23 november 2010, LJN BO6959 en Rechtbank Arnhem 10 januari 2011, 205882 / HA RK 10-195 (gepubliceerd op [www.stichtingpiv.nl](http://www.stichtingpiv.nl)).

<sup>23</sup> Kantonrechter Rotterdam 6 oktober 2010, LJN BN9805, Rechtbank Zutphen 22 oktober 2010, LJN BO7286, Rechtbank Den Haag 3 november 2010, LJN BO3565, Rechtbank Maastricht 13 december 2010, LJN BO7650 en Rechtbank Breda 3 januari 2011, LJN BO9631. Deze laatste is inhoudelijk interessant, omdat de rechter ingaat op aansprakelijkheid van een ziekenhuis op grond van art. 6:77 BW. Aan de hand van de parlementaire geschiedenis en maatschappelijke opvattingen komt de rechtbank tot de conclusie dat in de gegeven omstandigheden geen uitzondering wordt gemaakt op de toerekenbaarheid van dit artikel.

<sup>24</sup> Rechtbank Utrecht 13 oktober 2010, LJN BO1694, Rechtbank Amsterdam 28 oktober 2010, LJN BO3227 en Rechtbank Utrecht 27 december 2010, 293471 HA RK 10-379, (gepubliceerd op [www.stichtingpiv.nl](http://www.stichtingpiv.nl)).

<sup>25</sup> Rechtbank Amsterdam 28 oktober 2010, LJN BO9956, Rechtbank Rotterdam 1 december 2010, LJN BO5673, Rechtbank Zutphen 2 december 2010, LJN BO7282, Kantonrechter Eindhoven 23 december 2010, LJN BO9650 en Rechtbank Zutphen 5 januari 2011, LJN BP0054.

<sup>26</sup> Rechtbank Utrecht 27 oktober 2010, LJN BO2891.

<sup>27</sup> Een voorbeeld is de hiervoor al genoemde beschikking van de Rechtbank Amsterdam van 28 oktober 2010 (LJN BO9956). Daaruit blijkt dat partijen ter mondelinge behandeling afspraken maakten voor de verdere schadeafwikkeling.

# Uitglieden in een restaurant. Gladde vloer. Kelderluikcriteria

Rechtbank Zwolle-Lelystad 8 september 2010



Mr. A.F.J. Blondeel  
ASR Nederland

**Op 28 mei 2008 is een klant in een fast service restaurant (hierna restaurant) ten val gekomen, in het loopgedeelte kort achter de kassa's. Zij stelt te zijn uitgedegen over een doorzichtige vochtige substantie. Het restaurant heeft de aanwezigheid van die substantie ontkend. De vrouw heeft door de val een gecompliceerde heupfractuur opgelopen en het restaurant aansprakelijk gesteld voor de dientengevolge geleden schade. Uit ter plaatse door een expert ingesteld onderzoek bleek geen sprake te zijn van een gevaarlijke situatie.**

De rechtbank (LJN BO5031, zaaknummer/rolnummer 163980/ HA ZA 09-1598) stelt allereerst vast dat partijen het erover eens zijn dat de vrouw ten val is gekomen. Het restaurant heeft echter de door de vrouw gestelde oorzaak van de val betwist. Verder stelt het restaurant dat de vloer zelf, in droge toestand, niet te glad is.

De rechtbank stelt voorop dat de bewijslast van de toedracht op de eiser rust. Veronderstellenderwijs uitgaand van de door de vrouw gestelde toedracht, komt de rechtbank tot het volgende oordeel.

Art. 6:174 BW (aansprakelijkheid voor gebrekkige opstallen) is naar het oordeel van de rechtbank in deze casus niet van toepassing. De aanwezigheid op een vloer van vloeistof die daarop niet thuishoort, maakt die vloer nog niet tot een gebrekkige opstal. Verder heeft het restaurant mede aan de hand van het onderzoek door een expert, voldoende gemotiveerd weersproken dat de vloer als zodanig, in schone en droge omstandigheden, gevaarlijk glad zou zijn. De expert rapporteerde dat er sprake was van een gladheid werende tegel en dat water op het vloeroppervlak de vloer eerder stroever dan gladder maakt.

Voor wat betreft de tweede grondslag waarop eiseres haar vordering baseert - art. 6:162 BW - wijst de rechtbank er ook allereerst weer op, dat de stelplecht en bewijslast dat het restaurant onrechtmatig gehandeld zou hebben, op eiseres rust.

Vervolgens komt de vraag aan de orde welke voorzorgsmaatregelen en welke mate van onderhoud, gegeven de concrete feiten en omstandigheden van het geval, van het restaurant mogen worden verlangd. De rechtbank knoopt daarbij aan bij de zogenoemde Kelderluikfactoren, uit het arrest Hoge Raad 5 november 1966, NJ 1966, 136. Kort samengevat gaat het dan om beoordeling van: de kans op schade, de ernst van de schade indien het gevaar zich verwezenlijkt en de eventuele bezwaarlijkheid van het treffen van adequate voorzorgsmaatregelen.

Daarnaast refereert de rechtbank aan de overwegingen in Hoge Raad 9 december 1994, NJ 1996, 403 (zweepende tak): niet reeds de enkele mogelijkheid van een ongeval, als verwezenlijking van een gevaar dat aan een bepaald gedrag inherent is, doet dat gedrag onrechtmatig zijn. Zodanig gevaarscheppend gedrag is slechts onrechtmatig indien de mate van waarschijnlijkheid van een ongeval (in dit geval het uitglieden op een restaurantvloer) als gevolg van dat gedrag zo groot is, dat de dader zich naar maatstaven van zorgvuldigheid van dat gedrag had moeten onthouden.

In deze casus acht de rechtbank de volgende omstandigheden en gezichtspunten van belang:

*“Vast staat dat het restaurant een druk bezocht restaurant is en algemeen bekend is dat in restaurants niet alleen door het personeel maar ook door bezoekers wordt gelopen met voedsel en drankjes. De kans dat voedsel(resten) of vloeistof op de vloer wordt gemorst kan daardoor in een restaurant groter worden geacht dan de kans daarop in een restaurant waarbij de klanten aan tafel worden bediend. Deze omstandigheid is echter voor de bezoekers van het restaurant voorzienbaar en zichtbaar, terwijl het een voor het restaurant niet continue te vermijden omstandigheid betreft.*

*Doorgaans zal een val op een (glad geworden) vloer bij een normale loopsnelheid niet leiden tot ernstige letselschade, maar de mogelijkheid dat iemand ongelukkig terecht komt en daardoor relatief ernstig letsel oploopt kan, zoals in dit geval van [eiseres] ook blijkt, niet worden uitgesloten.*

*Het aanbrengen van een antisliplaag op de vloer heeft als nadeel dat de vloer daardoor minder eenvoudig te reinigen is. De exploitant van een restaurant staat daarmee voor een afweging tussen de mogelijke voordelen en de (vanuit hygiënisch oogpunt bestaande) nadelen van een antisliplaag.*

*Naar het oordeel van de rechtbank betekent dit dat van het restaurant zorgvuldig onderhoud van de vloer en controle op de aanwezigheid van voedsel- en drank(resten) kan worden verlangd, maar niet dat van haar kan worden gevegd dat zij zodanige maatregelen neemt dat ieder risico op het plaatsvinden van een val als gevolg van op de vloer terecht gekomen vloeistof wordt uitgesloten.*

*het restaurant heeft (met verklaringen onderbouwd) gesteld dat het schoonmaken van de restaurantvloer onder meer gebeurt aan de hand van een schoonmaakplanning. Uit die schoonmaakplanning blijkt dat elke avond - zo ook op de datum van de val - de restaurantvloer van het restaurant door één (of meer) medewerkers grondig wordt gereinigd. Daarbij wordt de restaurantvloer op gezette tijden grondig geveegd, gedweild en machinaal geschrobd. De schoonmaakwerkzaamheden worden iedere daaropvolgende ochtend gecontroleerd door de dienstdoende (assistent-)manager.*

*De dienstdoende (assistent-)manager loopt ieder half uur door het restaurant om de veiligheid en hygiëne te controleren. Indien wordt geconstateerd dat de vloer op één of meer plaatsen bevuild is, wordt dit opgemerkt en onmiddellijk door één van de medewerkers schoongemaakt. Het personeel van het restaurant is uitdrukkelijk geïnstrueerd de restaurantvloer gedurende de hele dag schoon en droog te houden en er is altijd gedurende de hele dag iemand aanwezig die toezicht houdt op en verantwoordelijk is voor het schoon en droog houden van de restaurantvloer. Indien een medewerker de schoonmaakwerkzaamheden niet (naar behoren) verricht, wordt deze medewerker daarop aangesproken door het management, indien nodig gevolgd door functioneringsgesprekken en uiteindelijk beëindiging van de arbeidsovereenkomst.”*

Het op voorhand door het restaurant geleverde tegenbewijs met betrekking tot de werkwijze van haar werknemers om ongevallen als de onderhavige te voorkomen, is door eiseres niet voldoende gemotiveerd weersproken. In het licht van het voorgaande acht de rechtbank de door het restaurant getroffen voorzorgsmaatregelen en de bij het restaurant gebruikelijke mate van onderhoud dan ook toereikend. De rechtbank overweegt voorts nog, dat gesteld noch gebleken is dat het personeel van het restaurant op de hoogte was van de door eiseres gestelde, maar door het restaurant gemotiveerd betwiste, aanwezigheid van vloeistof op de vloer en evenmin dat er op de betreffende plaats en tijd schoonmaakwerkzaamheden plaatsvonden. Het restaurant kan zodoende niet worden verweten dat er op dat moment geen waarschuwbord was geplaatst.

Eiseres had nog gesuggereerd dat het personeel van het

restaurant zich op de dag waarop zij is gevallen niet heeft gehouden aan de instructies, of dat zou zijn afgeweken van het normale onderhoudsschema. Ook die stellingen worden door de rechtbank als niet deugdelijk onderbouwd afgewezen.

De stellingen van eiseres over het niet willen overleggen van het (ingevulde) schoonmaakrooster en het niet bewaard hebben van de bewakingsvideo's, acht de rechtbank speculatief van aard, waarbij eiseres naar het oordeel van de rechtbank miskent dat de stelplicht en bewijslast op haar rust. De rechtbank gaat daarom aan die stellingen voorbij.

De rechtbank wijst de vordering af.

### **Commentaar**

Een restauranthouder dient door het schoon en droog houden van zijn vloeren de hygiëne in zijn restaurant te waarborgen. Ook dient hij ongevallen zoals valpartijen van bezoekers van zijn restaurant en eventuele andere derden te voorkomen. De meervoudige kamer van de Rechtbank Zwolle-Lelystad heeft zich in deze zaak uitgelaten over de vraag wat er van een restaurant in dit verband redelijkerwijs mag worden verwacht. Vanwege de duidelijke overwegingen met betrekking tot de feiten en de waardering van bewijs, vormt het vonnis een interessante aanvulling op de al bekende 'uitglijdjurisprudentie'.

Het vonnis geeft duidelijk aan dat het uitgangspunt is dat de bewijslast van de toedracht van een dergelijk ongeval volgens de hoofdregel van art. 150 Rv op de eisende partij rust. Slaagt eiser niet in dit bewijs, dan zal de vordering worden afgewezen.

Wanneer een eiser wel afdoende heeft gesteld en bewezen dat en waarom een vloer glad was en hij daardoor ten val is gekomen, zal de aangesproken ondernemer gemotiveerd moeten aangeven dat hij niet onzorgvuldig heeft gehandeld. Voor wat betreft de vereiste mate van onderhoud van de vloer en het toezicht daarop, zijn en blijven de Kelderluikfactoren van belang. Het is in kwesties als de onderhavige dan relevant om te beschikken over concrete informatie betreffende zaken zoals het schoonmaakrooster, schoonmaakfrequentie en andere documentatie over de hygiëne, reiniging en veiligheid binnen het bedrijf op dit vlak, evenals het toezicht daarop.

Een greep uit andere relevante recente jurisprudentie over gladde vloeren

- Rechtbank 's-Hertogenbosch 28 juli 2010, LJN BN2829, JA 2010, 113

Benadeelde glijdt uit bij het inleveren van afval op de gemeentelijke afvalinzamelingplaats. De rechtbank acht vastgesteld dat benadeelde uitgleed over door algerving glad geworden stelconplaten. De rechtbank stelt voorop dat geen al te hoge eisen mogen worden gesteld aan de inrichting en het onderhoudsniveau van een afvalstortplaats.

- > Toetsing aan de Kelderluikcriteria wijst uit dat de afvalinzamelingplaats niet voldeed aan de veiligheidseisen die daaraan in de gegeven omstandigheden mogen worden gesteld. De rechtbankbank wijst de vordering voor 50% toe op grond van art. 6:162 BW. Wegens onvoldoende oplettendheid aan de eigen zijde van benadeelde blijft 50% van zijn schade voor zijn eigen rekening.
- Gerechtshof Arnhem 23 februari 2010, LJN BL6032  
Bezoeker van sauna glijdt uit op ongeglazuurde tegels. Toetsing aan Kelderluikcriteria. Het hof oordeelt dat een volwassen man erop bedacht had moeten zijn dat de sauna glad kon zijn.
- Gerechtshof Amsterdam 26 januari 2010, LJN BO7591  
Directeur bedrijf glijdt uit in de hal van een bedrijfspand en loopt daarbij een beenbreuk op. Toetsing aan Kelderluikcriteria. Schoonmaakbedrijf aansprakelijk wegens onvoldoende maatregelen tegen uitglijden bij dweilen van geglazuurde plavuizen.
- Gerechtshof Arnhem 10 maart 2009, LJN BH7777  
Uitglijden over een of meer druiven op de groente- en fruitafdeling van een Albert Heijn supermarkt, met een beenfractuur tot gevolg. Albert Heijn niet tekortgeschoten in het schoonhouden van de vloer of in het daarop uitgeoefende toezicht. Onder de feiten en omstandigheden van die casus ook niet ingeval de op die afdeling werkzame medewerker kortdurend niet ter plaatste aanwezig is.
- Gerechtshof Arnhem 26 mei 2009, LJN BJ0833, JA 2009, 120  
Benadeelde struikelde bij een benzinestation over op de grond liggende benzinepompslangen. Geen aansprakelijkheid benzinepomphouder. Kelderluikcriteria. Ik noem deze zaak vooral vanwege de lezenswaardige noot van mw. mr. P.J. Klein Gunnewiek in de JA over de relevante aspecten bij de beoordeling van de “*kenbaarheid van het gevaar*” in een concrete situatie.
- Gerechtshof Leeuwarden 2 april 2008, LJN BC8794  
Onvoldoende gesteld of gebleken dat de gang in Hajé

Hotel geregeld glad zou zijn en onvoldoende veiligheidsmaatregelen zouden zijn getroffen om uitglijden te voorkomen. Schoonmaakinstructies, eenmaal per dag in de nachtelijke uren, voldoende.

Stelling van eiser dat het hotel ter plaatse een antislipmat had moeten leggen onvoldoende onderbouwd. Onder de concrete feiten en omstandigheden van die casus ook geen aanleiding voor het plaatsen van waarschuwingsbordjes.

- Rechtbank Arnhem 16 januari 2008, LJN BC3887, JA 2008, 36


Super De Boer aansprakelijk voor uitglijden op een door modder en natheid gladde vloer. Vloer liep bovendien af, terwijl de inloopmat een wezenlijk deel van de schuifdeuren af was verschoven.

Benadeelde geslaagd in bewijs toedracht. Gevaarzettende situatie, waar het treffen van afdoende veiligheidsmaatregelen door de supermarkt weinig bezwaarlijk was geweest.

- Gerechtshof Arnhem 9 mei 2006, VR 2007, 26

Bezoekster van een zorgcentrum komt ten val op een plaats waar eerder vloestof uit een airco-installatie was gelekt. Het hof oordeelt dat art. 6:174 BW niet van toepassing is, geen gebrekkige opstal. Ook geen onrechtmatige daad zorgcentrum. Niet bewezen dat vloer na schoonmaak door huishoudelijke dienst nog glad was. Toetsing aan de Kelderluikcriteria leidt tot de conclusie dat er sprake is van een ongelukkige samenloop van omstandigheden.

- PIV Bulletin 2000, 6

Voor wat betreft de door de Rechtbank Zwolle-Lelystad in dit actuele vonnis aangehaalde arresten Hoge Raad 5 november 1966, NJ 1966, 136 en Hoge Raad 9 december 1994, NJ 1996, 403, valt mij eens te meer op, dat wat ik daarover in *PIV-Bulletin* 2000, 6 schreef naar aanleiding van het arrest Hoge Raad 12 mei 2000 (verhuizende zusjes), ruim tien jaar later nog steeds geldend recht is. 

Het PIV-Bulletin is een regelmatig verschijnende uitgave van de Stichting Personenschade Instituut van Verzekeraars. Niets uit deze uitgave mag worden overgenomen zonder uitdrukkelijke toestemming van de redactie.

Redactiesecretaris  
Mevrouw J. (Jenny) M. Polman, Stichting PIV  
Postbus 93450  
2509 AL Den Haag  
Telefoon: 070 333 88 73  
Telefax: 070 333 88 33  
e-mail: [j.polman@verzekeraars.nl](mailto:j.polman@verzekeraars.nl)  
Website: [www.stichtingpiv.nl](http://www.stichtingpiv.nl)  
M.m.v. drs. P. (Peter) J.M. van Steen, tekstschrijver  
Creatie & realisatie: QuantesArtoos, Rijswijk