

Pagina 1
WAD I of II

Pagina 4
Persoonsgebonden budget

Pagina 6
Deskundigenbericht vs.
deskundigenbericht

Pagina 13
Is uitbreiding 7:661 wenselijk?

Pagina 15
Juridische consequenties
gebrekkige heupimplantaten

Pagina 19
De zzp'er en 7:658 lid 4

mei 2012



Het recht kent beperkingen ...

Pgb bezuinigt mee ...

Een Salomonsoordeel? ...

Risico bij pseudowerkgever ...

Vordering patiënt en regres
ziekenhuis ...

AOV toch geen overbodige
luxe ...

Klachten aanwezig, reëel, niet ingebeeld, niet voorgewend, niet overdreven, en dan?

WAD I of II

In dit artikel wil ik de aandacht vestigen op een aantal recente uitspraken van de Rechtbank Amsterdam en het Hof Amsterdam, waarbij ik opmerk dat deze uitspraken dateren van na de inwerkingtreding van de nieuwe richtlijnen van de Nederlandse Vereniging voor Neurologie (NVN)¹.

Indien het slachtoffer na een ongeval blijvende klachten uit over nek- en hoofdpijn, schouderklachten, concentratie- en geheugenstoornissen, duizelingen, oorsuizen, problemen met lezen, ernstige vermoeidheid, emotionele ontregeling, enzovoorts, is het – ondanks dat de NVN hun richtlijnen in 2007 hebben gewijzigd – gebruikelijk een expertise door een neuroloog te laten verrichten.

Veelal kan de expertiserende neuroloog op zijn vakgebied vervolgens geen (ongevalgerelateerde) afwijkingen/functiestoornissen van het centrale en/of perifere zenuwstelsel vaststellen en stelt hij op basis van de in de anamnese beschreven klachten de diagnose *Whiplash Associated Disorder* (WAD I of II)². Met betrekking tot de vraag of de neuroloog op zijn vakgebied beperkingen kan vaststellen, luidt het antwoord veelvuldig dat, nu geen sprake is van neurologische afwijkingen of functiestoornissen, er ook geen beperkingen door hem kunnen worden vastgesteld.

Wat betreft het daadwerkelijk bestaan van de

Mevrouw mr.
N. Haase
DLA Piper
Nederland



klachten en causaal verband tussen deze klachten en het ongeval rust de bewijslast op het slachtoffer. In dat kader moet objectief zijn vastgesteld dat de klachten aanwezig, reëel, niet ingebeeld, niet voorgewend, en niet overdreven zijn en aan dat bewijs mogen niet al te hoge eisen worden gesteld³. Indien de neuroloog geen aggraviatie of simulatie bij het slachtoffer heeft geconstateerd, het slachtoffer dezelfde klachten niet voor het ongeval had, er sprake is van een consistent, consequent, en samenhangend klachtenpatroon en een alternatieve verklaring voor het ontstaan van de klachten ontbreekt, wordt veelal aangenomen dat de door het slachtoffer aangegeven klachten bestaan en een gevolg van het ongeval zijn. Ik verwijs ter illustratie naar de arresten van het Hof Leeuwarden⁴, het Hof Den Bosch⁵ en het Hof >

- > Arnhem⁶ in welke arresten de vraag centraal stond of de klachten een gevolg zijn van het ongeval.

Als vaststaat dat de klachten ongevalgevolg zijn en de neuroloog niet tot de conclusie komt dat er ook ongevalgerelateerde beperkingen zijn, komt de al met horten en stoten in beweging zijnde trein van de schaderegeling veelal tot stilstand. Klachten zijn immers geen beperkingen. Een klacht is een verbale uiting van beleving van stoornissen en een beperking is een vermindering of verlies van het ondernemen van activiteiten als gevolg van een stoornis (anders gezegd: de moeilijkheden die iemand heeft met het verrichten van activiteiten)⁷. Pas als vaststaat dat er ongevalgerelateerde beperkingen zijn, kan nader onderzoek worden gedaan naar al dan niet bestaande arbeidsongeschiktheid (dit voor het bepalen van het verlies van arbeidsvermogen), naar de huishoudelijke hulpbehoefte, naar verlies zelfwerkzaamheid, enzovoorts.

Hoe verder als de klachten als ongevalgevolg worden beschouwd maar de expertiserende medisch specialist (veelal een neuroloog en/of een psychiater) geen beperkingen kan vaststellen? De Amsterdamse rechtbank heeft recent een aantal vonnissen gewezen waarin haar oordeel luidde dat – ook al is vast komt te staan dat de klachten reëel, niet ingebeeld, niet voorgewend; niet overdreven en ongevalgevolg zijn – het nog steeds aan het slachtoffer is om aan te tonen dat zijn klachten resulteren in beperkingen. Weliswaar mogen aan dat bewijs niet al te hoge eisen worden gesteld, maar het antwoord op de vraag of er beperkingen zijn, kan niet uitsluitend op de subjectieve klachten worden gebaseerd. Daarvoor is echter een medisch oordeel vereist. Wanneer een medisch specialist – zoals een neuroloog of een psychiater – geen ongevalgerelateerde beperkingen kan vaststellen, heeft het slachtoffer niet aan de op hem rustende bewijslast voldaan, wat (grotendeels) afwijzing van de vordering met zich meebrengt, aldus de Rechtbank Amsterdam 14 september 2011, LJN BV1156⁸: “4.5 Op zichzelf biedt het rapport van Wolters voldoende onderbouwing van de stelling van [A] dat sprake is van objectiveerbare reële, niet ingebeelde, niet voorgewende en niet overdreven klachten die te duiden zijn als ongevalsgevolg. Dit laat evenwel onverlet dat het aan [A] is om het benodigde bewijs van de hem gestelde beperkingen, die hij aan deze klachten toegekend wenst te zien, bijeen te brengen. (...) Ook in het onderhavige geval, waarin gesteld wordt dat sprake is van aan een kop-staartbotsing gerelateerd PWS, aan het bewijs waarvan geen al te hoge eisen worden gesteld, behoort het oordeel van de rechtbank met betrekking tot de vraag of daaruit beperkingen voortvloeien niet uitsluitend te worden gebaseerd op de vaststelling van ongevalgerelateerde klachten die, ook al komen zij reëel voor in vorenbedoelde zin, naar hun aard subjectief zijn. (...) 4.6 (...) In dit rapport is een van de belangrijkste conclusies dat [A] in zijn huidige toestand, gezien vanuit het vakgebied van de neurologie, geen beperkingen ondervindt in het dagelijks leven, bij de vrije tijdsbesteding, bij het verrichten van huishoudelijke werkzaamheden en bij het verrichten van loonvormende arbeid. Daarmee is de vraag waarover par-

tijen verdeeld zijn, te weten of er (medische) beperkingen bestaan die als ongevalsgevolg hebben te gelden, door de door hen daartoe aangewezen deskundige beantwoord. (...) 4.9 (...) De stelling van [A] dat hij medische beperkingen heeft ten gevolge van een ongevalgerelateerd PWS, wordt niet ondersteund door de onder r.o. 4.2. weergegeven conclusies van Wolters. Hieruit volgt dat deze stelling onvoldoende is onderbouwd en dus niet kan slagen.”

De uitspraken van de Rechtbank Amsterdam zijn in de geest van de arresten van het Hof Amsterdam. Ik verwijst naar het recente arrest van het Hof Amsterdam van 12 april 2011 waarin het oordeel luidde dat als er door de expertiserend medisch specialist geen ongevalgerelateerde beperkingen kunnen worden geduid, het doek voor de vordering van het slachtoffer valt⁹: “Wolters heeft echter in antwoord op vraag H vastgesteld, hetgeen door [A] niet is bestreden, dat er geen beperkingen te stellen zijn voor wat betreft de verrichtingen van het dagelijks leven, de vrijetijdsbesteding, het verrichten van huishoudelijke werkzaamheden en het verrichten van loonvormende arbeid. Dit betekent dat uit het rapport van Wolters niet kan worden afgeleid dat de mogelijkheid dat als gevolg van het ongeval inkomens- en pensioenschade of schade wegens afgenomen zelfredzaamheid is of zal worden geleden aannemelijk is.

Indien een medisch specialist – bijvoorbeeld een neuroloog of een psychiater – heeft gerapporteerd en deze geen ongevalgerelateerde beperkingen heeft kunnen vaststellen, gebeurt het veelal dat het slachtoffer verzoekt om de benoeming van een verzekeringsarts als deskundige, opdat deze kan onderzoeken of de ongevalgerelateerde klachten tot beperkingen leiden. Het Hof Amsterdam ziet daar – evenals de Rechtbank Amsterdam¹⁰ – geen enkele aanleiding toe en overweegt dat als een medisch specialist al een onderzoek heeft uitgevoerd, er geen enkele grond bestaat om dit onderzoek door een verzekeringsarts nog eens dunnetjes over te laten doen¹¹.

Op 30 maart 2012 vond de PIV Jaarconferentie plaats, waar ook raadsherr mr. H. de Hek van het Hof Leeuwarden over de huidige whiplashproblematiek sprak. De Hek is – anders dan Rechtbank en Hof Amsterdam – van mening dat subjectieve klachten beperkingen kunnen opleveren, óók als deze beperkingen niet door een medisch specialist zijn vastgesteld¹². Volgens De Hek zou de verzekeringsarts hierin een rol kunnen vervullen¹³. Voornoemde raadsherr sprak op eigen titel, maar ik sluit niet uit dat zijn mening over het in zijn optiek juridisch juiste ook in de raadkamer met de andere raadsheren gedeeld zal worden.

De conclusie is vooralsnog dat het arrest Zwolsche Algemeene/De Greef gaat over de op het slachtoffer rustende bewijslast dat zijn klachten daadwerkelijk bestaan en in causaal verband staan met het ongeval. Het arrest Zwolsche Algemeene/De Greef zegt niets over de vraag of de ongevalgerelateerde (subjectieve) klachten in beperkingen kunnen resulteren. En ook de hoven Leeuwarden, Den Bosch en Arnhem hebben zich (nog) niet expliciet over

voornoemde vraag uitgelaten. Of de ongevalgerelateerde klachten resulteren in beperkingen, is dan ook nog steeds een vraag die door een medisch specialist (tot wiens vakgebied de geuite klachten kunnen worden gerekend) beantwoord moet worden. Het is niet de taak van de verzekeringsarts op zoek te gaan naar beperkingen. Dit lijkt op een bij wet verboden *fishing expedition*¹⁴. Het voorgaande betekent, hoe onbevredigend dit misschien ook kan zijn, dat het recht hier zijn beperkingen kent.

¹ De whiplashproblematiek heeft de laatste tijd al veel pennen in beweging gezet, ik verwijs bijv. naar het artikel van mr. A. Kolder, "De juridische beoordeling van het postwhiplashsyndroom: stand van zaken", *TVP* 2011, 1; mr. P.C. Knijp, "De juridische beoordeling van het postwhiplashsyndroom: een reactie", *TVP* 2011, 2; mr. A. Kolder, "Whiplash: hoe gaat de rechter om met de nieuwe NVvN-richtlijnen?", *TVP* 2008, 4; mr. A.J.J.G. Schijns, "Hof Arnhem 5 juli 2011 – Verlichting bewijspositie benadeelde whiplash? (Pleidooi voor uniformiteit ...)", *PIV-Bulletin* 2012, 1; J. Bronsema – Verzekeringsarts/RGA – met naschrift mr. P.C. Knijp, "Whiplash en de nieuwe richtlijnen van de NVvN (De richtlijnen NVvN door de ogen van een arts ...)", *PIV-Bulletin* 2008, 7.

² Ook wel genoemd (post)whiplashsyndroom, whiplash, whiplash-letsel of whiplashtrauma.

³ HR 8 juni 2001, *NJ* 2001, 433 (Zwolsche Algemeene/De Greef).

⁴ 10 augustus 2010, LJN BN3975 en 22 juni 2010, LJN BN0730.

⁵ 26 april 2011, LJN BQ2765 en 2 februari 2010, LJN BN1779.

⁶ 5 juli 2011, LJN BR3964.

⁷ Drs. A.W.A. Elemans, 'Het vaststellen van beperkingen in het kader

van de berekening van schade door verlies van arbeidsvermogen', *PIV-Bulletin* 2009, 2.

⁸ Zo ook Rb. Amsterdam 14 december 2011, LJN BV1323; Rb. Amsterdam 26 oktober 2011, LJN BV1275.

⁹ Zaaknummer 106.004.233/01 (www.stichtingpiv.nl), zie ook Hof Amsterdam 26 mei 2009, zaaknummer 106.007.417/01 en 106.007.419/01 (www.stichtingpiv.nl) en Hof Amsterdam 29 april 2008, zaaknummer 104.004.098.

¹⁰ 2 februari 2012, LJN BV8484 (r.o. 4.2).

¹¹ 28 juni 2011, LJN BR2588: "Met de Rb. is het hof van oordeel dat het verzochte onderzoek naar het bestaan en aard van beperkingen in het kader van loonvormende arbeid, zoals hierboven onder 2.5. weergegeven, een onderzoek vergt dat reeds ligt besloten in de hierboven onder 2.2. en 2.3. besproken onderzoeken van de twee neurologen en de psychiater naar de (mate van de) beperkingen van [Appellant] ten gevolge van voormeld ongeval. (...) Aldus zou het onderzoek waarom is verzocht, een herhaling zijn van de eerdere onderzoeken."

¹² Zie ook zijn artikel "Whiplash – observaties van een rechter", *TVP* 2011, 2.

¹³ Zo ook de Rb. Rotterdam 7 februari 2012, LJN BV3066. De rechtbank gelast – ondanks dat de neuroloog geen beperkingen kan vaststellen – dat de aansprakelijke verzekeraar haar medewerking dient te verlenen aan een onderzoek door een verzekeringsarts. Zie ook Rb. Utrecht 28 september 2011, LJN BT8647 deze rechtbank is zelfs van oordeel dat het in neurologische zin ontbreken van beperkingen niet betekent dat ook in juridische zin geen sprake kan zijn van (aan het ongeval toe te schrijven) beperkingen en oordeelt voorts – zonder dat er nader medisch onderzoek heeft plaatsgevonden – dat er bij het slachtoffer sprake is van ongevalgerelateerde beperkingen.

¹⁴ MvT, Parl. Gesch. Nieuw Rv, p. 154.

Persoonsgebonden budget¹



Mevrouw mr. E. Fijma
Cunningham Lindsey

Met een persoonsgebonden budget (pgb) kunnen mensen die zorg nodig hebben door ziekte, ouderdom of handicap eigenhandig zorg inkopen. De Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ) voorziet hierin en financiert het pgb. Het pgb kan ook worden aangevraagd voor zorg uit de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo). Per 1 januari 2012 is de toegang tot het pgb vanuit de AWBZ beperkt en de voorwaarden zijn strenger geworden. Hieronder zet ik kort uiteen wat de achtergrond is van de nieuwe regeling. Bovendien ga ik dieper in op wat de nieuwe regeling inhoudt, stip kort de Wmo aan en eindig met een samenvatting van wat beschreven is.

Achtergrond van de nieuwe regeling

Uit een Kamerbrief van 21 juni 2011 volgt dat de pgb-regeling met gemiddeld 23% (van € 414 miljoen naar € 2,2 miljard)² per jaar groeit. Het aantal mensen met een pgb neemt maandelijks toe met 1650. Dit leidt tot een probleem van bijna € 900 miljoen in 2015, ondanks extra investering van € 500 miljoen. Om deze reden is de wijziging in het pgb per 1 januari 2012 voorgesteld. De keuze voor pgb is met deze regeling voorbehouden aan personen met de zwaarste zorgvraag³. Deze keuze is allereerst geënt op de mening van het kabinet dat niemand gedwongen moet worden om naar een instelling te verhuizen. Voorts wil het kabinet de verscheidenheid van de huidige intramurale zorg verder stimuleren⁴.

Omdat het mogelijk is dat in bijzondere gevallen er nog geen adequaat zorgaanbod in natura beschikbaar zal zijn (flexibele zorgvraag), is de Vergoedingsregeling persoonlijke zorg geïntroduceerd⁵. Zie hiervoor onder het kopje 'Overgangsregelingen bestaande pgb-houders'.

Met de voorgenomen maatregelen – waarvan de opbrengsten oplopen van € 0,1 miljard in 2012 naar € 0,9 miljard in 2015 – wil het kabinet de verwachte overschrijdingen voorkomen om zodoende binnen het geraamde budget voor de pgb's te blijven. Dit is geen bezuiniging. Het kabinet wil alleen de uitgaven beheersen, aldus de Staatssecretaris⁶.

Door de nieuwe regeling blijft de financiële compensatie voor de inzet van mantelzorgers gewaarborgd.

AWBZ: zorg met verblijf

De situatie ten aanzien van het pgb op grond van de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ) is op 1 januari 2012 veranderd. Per die datum behoudt iedereen zijn recht op zorg vanuit de AWBZ voor wat betreft de zorg in natura. Het pgb wordt echter voorbehouden aan mensen met een verblijfsindicatie. Dit betekent dat deze mensen zoveel zorg nodig hebben dat een verblijf in een verzorgings- of verpleeghuis wordt aangeraden.

Vanuit de AWBZ kunnen persoonlijke verzorging, verpleging, begeleiding, behandeling en verblijf aangevraagd worden (art. 9a en b AWBZ). De aanvraag voor zorg vanuit de AWBZ kan worden gedaan via één van de zorgkantoren die de budgetten voor de pgb's toekennen of via één van de CIZ-kantoren.

Een voorwaarde voor het verkrijgen van een pgb is een indicatiebesluit voor 'zorg met verblijf'. Deze indicatie wordt uitgegeven door het Centrum Indicatiestelling Zorg (CIZ). Voor minderjarigen wordt deze indicatie verstrekt door Bureau Jeugdzorg.

Het CIZ-kantoor stuurt het indicatiebesluit naar de aanvrager en naar een zorgkantoor. Het zorgkantoor betaalt het pgb uit. Met ingang van 1 januari 2012 moet een aparte bankrekening worden geopend voor het pgb vanuit de AWBZ. Het kabinet wil monitoren hoe de huidige regeling zich ontwikkelt in de praktijk en wat het effect is van de pgb-maatregelen. Zo kan het hierop zo nodig tijdig bijsturen⁷.

Uitzonderingen

Uitgangspunt van de nieuwe regeling is dat iedereen met indicatiebesluit voor 'zorg zonder verblijf' recht heeft op zorg in natura via de AWBZ. Hierop zijn echter twee uitzonderingen.

Overgangsregelingen bestaande pgb-houders

Personen die op basis van een AWBZ-indicatiestelling voor zorg zonder verblijf vóór 1 januari 2012 al een pgb hadden, hebben in beginsel het recht hun pgb te behouden tot 1 januari 2014. Na 1 januari 2014 gelden de volgende situaties

- Bij de indicatie 'begeleiding' zijn de bestaande pgb-houders aangewezen op begeleiding vanuit de gemeente via de Wmo. Personen die vanaf 1 januari 2013 een herindicatie nodig hebben voor begeleiding, vallen vanaf dat moment al onder de Wmo.
- Bij de indicatie 'persoonlijke verzorging' en/of 'verpleging' hebben de bestaande pgb-houders vanaf uiterlijk 1 januari 2014 recht op zorg in natura.

Vanaf 1 januari 2014 zal één en ander in de wet verankerd

worden. De regels rond het pgb zijn nu nog vastgelegd in een subsidieregeling. Het wetsvoorstel zal halverwege 2012 naar de Tweede Kamer gestuurd worden. Na goedkeuring zal het wetsvoorstel daarna uiteraard nog moeten worden goedgekeurd door de Eerste Kamer en worden gepubliceerd in het Staatsblad.

Vergoedingsregeling persoonlijke zorg

Personen met een na 1 januari 2012 afgegeven indicatie 'zorg zonder verblijf' kunnen bij hoge uitzondering in aanmerking komen voor de Vergoedingsregeling persoonlijke zorg (Vpz), ingegaan per 1 januari 2012. Dit is echter alleen mogelijk bij personen "met een extramurale AWBZ-indicatie met een specifieke complexe zorgvraag die (nog) niet door de 'reguliere' zorg in natura geboden kan worden. Het gaat om een intensieve zorgvraag van meer dan 10 uur, met elementen als niet te plannen zorg, zorg die dag en nacht nodig is [...], flexibele zorg [...] en/of zorg waarbij de continuïteit van zorgverleners voorwaardelijk is"⁷⁸. Er dient een onderbouwd zorgplan te worden overgelegd, dat wordt getoetst door het zorgkantoor waar het plan is ingediend.

Verskil pgb en zorg in natura

Met een pgb vanuit de AWBZ kan men zelf kiezen wie de zorgverlener wordt en hoe aan de te ontvangen zorg wordt vormgegeven. Bij zorg in natura bepaalt de aanbieder hoe aan de (geïndiceerde) zorg vorm wordt gegeven. De hulp wordt geleverd door zorginstellingen, zoals thuiszorgorganisaties. De administratie wordt door de zorgaanbieder bijgehouden. Ook bij zorgverzekeringen is een tendens te zien waarin de zorgverzekeraars bepalen van welke zorgaanbieder gebruik mag worden gemaakt. In dat licht lijkt de nieuwe regeling dan ook aan te sluiten bij de huidige tendens in zorgverzekeringland.

Wmo

Om aan te geven dat hulp vanuit de AWBZ anders is dan vanuit de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo), haal ik deze kort aan. Ook vanuit de Wmo kan een pgb worden verstrekt (art. 6 Wmo). De Wmo ziet op hulp in de huishouding, hulpmiddelen en woonvoorzieningen (opvang). Het moet gaan om een voorziening die persoonlijk voor de aanvrager bestemd is en die voor een langere tijd nodig is. De Wmo dient als een soort vangnet. Het doel van de Wmo is om mensen zo lang mogelijk zelfstandig te laten functioneren (zelfredzaamheid). Pas als mensen er zelf niet uitkomen en ondersteuning door naasten en vrijwilligersorganisaties (mantelzorg) geen uitkomst biedt, kan worden teruggevallen op vormen van maatschappelijke ondersteuning tot behoud en ter bevordering van het zelfstandig functioneren. Als het probleem met een algemene voorziening kan worden opgelost, wordt geen individuele voorziening verstrekt. Voor de aanvraag van een voorziening kan men zich richten tot een Wmo-loket van de gemeente waarin de aanvrager ingeschreven is. De gemeente beoordeelt per aanvraag of er recht is op zorg waarvoor een pgb is aangevraagd. De gemeente betaalt het pgb uit. Het pgb is geen subsidie in de zin van de Algemene Wet Bestuursrecht (art. 7 Wmo). Soms dient een eigen bijdrage te worden betaald. Er is een wets-

voorstel ingediend strekkende tot wijziging van de AWBZ en de Wmo in verband met de invoering van een vermogensinkomensbijtelling voor de vaststelling van de eigen bijdragen voor zorg of voorzieningen, dat ertoe strekt mensen met vermogen een hogere eigen bijdrage te laten betalen⁹. Als dit wetsvoorstel wordt aangenomen, zal het per 1 januari 2013 gaan gelden.

Samenvattend

Door de pgb-maatregelen verliest niemand zijn recht op zorg in natura. Al naar gelang de zorgbehoefte wordt de invulling van die zorg alleen anders. Iedereen met de indicatie 'zorg voor verblijf' houdt recht op het pgb via de AWBZ. Zorg in natura via de AWBZ blijft bestaan voor degenen met indicatie 'zorg zonder verblijf'. In uitzonderlijke gevallen heeft men recht op de Vergoedingsregeling persoonlijke zorg. De taak begeleiding wordt gedecentraliseerd naar de gemeenten.

Met de maatregelen verwacht het kabinet te kunnen 'bezuinigen', zodat het budgettekort in 2015 is ingelopen of zelfs is opgeheven.

De regeling is enkele maanden geleden in werking getreden. Kennelijk is het nog te vroeg om de effecten hiervan op dit moment al te kunnen zien. De Staatssecretaris wil elk kwartaal haar bevindingen aan de Tweede Kamer mededelen. Mogelijk volgt binnenkort een update van de ontwikkeling door de gevolgen van de nieuwe pgb-regeling. Vanwege de geplande kopijdatum, is dit artikel uitgebracht zonder de Kamerbrief van de Staatssecretaris af te wachten. Ten aanzien van de Wmo verandert er vooralsnog niet zoveel. Mogelijk wordt de eigen bijdrage voor pgb vanuit de Wmo verhoogd voor mensen met een eigen vermogen.

¹ www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/persoonsgebonden-budget-rgb.

² Kamerbrief d.d. 21 juni 2011 van Staatssecretaris mw. drs. M.L.L.E. Veldhuizen van Zanten-Hyllner van het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, p. 2, alinea 2. Percentage gebaseerd op informatie van het CVZ.

³ Kamerbrief d.d. 21 juni 2011 van Staatssecretaris mw. drs. M.L.L.E. Veldhuizen van Zanten-Hyllner van het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, p. 1, alinea 2. [Mogelijk is het bedrag ad € 900 miljoen dat in deze brief genoemd is later herzien. In de brief van 1 december 2011 wordt namelijk gesproken over € 700 miljoen, red.]

⁴ Kamerbrief d.d. 21 juni 2011 van Staatssecretaris mw. drs. M.L.L.E. Veldhuizen van Zanten-Hyllner van het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, p. 1, alinea 2.

⁵ Kamerbrief d.d. 1 december 2011 van Staatssecretaris mw. drs. M.L.L.E. Veldhuizen van Zanten-Hyllner van het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, p. 1, alinea 2.

⁶ Kamerbrief d.d. 21 juni 2011 van Staatssecretaris mw. drs. M.L.L.E. Veldhuizen van Zanten-Hyllner van het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, p. 4, citaat alinea 1.

⁷ Kamerbrief d.d. 1 december 2011 van Staatssecretaris mw. drs. M.L.L.E. Veldhuizen van Zanten-Hyllner van het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, p. 3, alinea 2.

⁸ Kamerbrief d.d. 8 november 2011 van Staatssecretaris mw. drs. M.L.L.E. Veldhuizen van Zanten-Hyllner van het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, citaat p. 1.

⁹ TK2011-2012, 33 204, nr. 3 (Memorie van Toelichting), p. 1-5.

Deskundigenbericht tegenover deskundigenbericht



Mr. R. Meelker
Marree en Dijkhoorn Advocaten

Wie een schadevergoedingsvordering op een aansprakelijke partij heeft, ziet die niet altijd meteen na een eerste verzoek betaald worden. Dat is niet vreemd als de vordering ondeugdelijk is onderbouwd en voor tegenspraak vatbaar is. Vrijwel niemand trekt onmiddellijk de portemonnee om een in zijn ogen dubieuze vordering te voldoen. Juridisch is dit ook verklaarbaar: de benadeelde die stelt schade te lijden, draagt bij betwisting de bewijslast van zowel de schadepost als het daarmee gemoeide bedrag³. Ook art. 150 Rv verklaart dit. *“De partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, draagt de bewijslast van die feiten of rechten, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit.”*

Er moet dus bewezen worden. Het is goed daarbij voor ogen te houden dat bewijzen in het burgerlijk recht niet het zelfde is als bewijs in de wiskunde. Bewijzen in het recht komt in feite neer op het overtuigen van de rechter. De rechter moet het gestelde aannemelijk vinden. Je kunt ook zeggen dat de rechter het bewijs waardeert. De rechter is in die waardering vrij, tenzij de wet anders bepaalt, aldus art. 152 lid 2 Rv.

Ook niet uit het oog te verliezen is dat in ons recht de vrije bewijsleer geldt. Dat betekent dat in beginsel op alle mogelijke manieren bewijs kan en mag worden geleverd. En zo staat het ook in art. 152 lid 1 Rv.

Deskundigenbericht

Een veel voorkomende manier waarop bewijs wordt geleverd is door deskundigenbericht.

Op het eerste gezicht uitermate comfortabel voor de rechter. De rechter heeft immers niet overal verstand van. Voorlichting door een deskundige helpt dan bij de beoordeling van de stellingen van een partij. De rechter maakt veelvuldig gebruik van de mogelijkheid een deskundigen-

bericht te bevelen. Art. 194 Rv biedt hem daarvoor de mogelijkheid.

Een op de voet van art. 194 Rv tot stand gekomen deskundigenbericht is ook om andere redenen comfortabel. In art. 198 leden 2 en 4 Rv is de werkwijze bepaald. Het recht op hoor en wederhoor is in lid 2 opgenomen. Op die manier wordt voldaan aan art. 6 EVRM. In lid 4 is bepaald dat het schriftelijke bericht met redenen is omkleed, zonder dat het persoonlijk gevoel van de deskundige hoeft te blijken. Op die manier is er een motiveringsplicht en een objectiveringsplicht. In lid 1 wordt de deskundige, die zijn benoeming heeft aanvaard, opgelegd de opdracht onpartijdig en naar beste weten te volbrengen. Nog een instrument om objectiviteit en een eerlijk proces te bewerkstelligen.

Dit alles verklaart de kracht van het door de rechter bevelen deskundigenbericht. Het verklaart ook waarom rechters een dergelijk deskundigenbericht meestal overnemen en daarop hun beslissing baseren, ondanks kritiek van de partij die meent door het deskundigenbericht benadeeld te worden⁴.

Voor een deskundigenbericht dat op verzoek van een partij door de rechter is gelast is dat niet anders. Art. 202 Rv biedt de wettelijke basis aan een partij de rechter te verzoeken een deskundigenbericht te gelasten. Het is dus uiteindelijk wel de rechter die het deskundigenbericht gelast, maar het initiatief daartoe gaat van een partij uit. Die partij kan dit verzoek doen tijdens een al tussen partijen ahangige procedure. Ook kan het verzoek worden gedaan terwijl er nog geen procedure tussen partijen aanhangig is. Deskundigenberichten komen ook tot stand buiten de rechter om. Partijen spreken dan af dat een door hen aangewezen deskundige de volgens partijen relevante feitelijke vragen beantwoordt. De rechter is vrij in de waardering van een dergelijk deskundigenbericht. Is dit bericht tot stand gekomen op een vergelijkbare wijze als in art. 198 Rv is bepaald, dan neemt de rechter dat deskundigenbericht gemakkelijk over. Er zijn dan immers geen zwaarwegende beletselen. Zie daarvoor Hof Den Bosch 23 maart 1999 – LJN AK4071, VR 1999. 181 (Rialto/Van Enkevort), dat aangeeft welke beletselen er kunnen zijn. Van belang is of de aansprakelijke de deskundige heeft voorgesteld, of de aansprakelijke invloed heeft gehad op de vraagstelling en op de inhoud van het aan de expert voorgelegde dossier en welk doel (afronding van het debat tussen partijen of anders?) de expertise heeft. De bezwaren tegen een aldus tot stand gekomen expertiserapport zullen dan zwaarwegend en steekhoudend moeten zijn, wil de rechter dit naast zich neerleggen.

In voorgaande introductie heb ik geschreven over deskundigenbericht in enkelvoud.

Een tot hier niet uitgesproken uitgangspunt daarbij is dat dit deskundigenbericht er komt ter onderbouwing en ter objectivering van de stellingen van de benadeelde.

Het probleem: een contra deskundigenbericht

Het komt voor dat een der partijen een deskundigenbericht overlegt, terwijl er al een door de rechter bevolen deskundigenbericht ligt. Het – bewijsrechtelijke – doel hiervan is om het voorliggende bewijs (lees: het door de rechter bevolen deskundigenbericht) tegen te spreken en te ontzenuwen.

En dan zit de rechter met zijn handen in het haar. De comfortabele positie van maar één deskundigenbericht waarop de beslissing kan worden gebaseerd is niet meer. Hoe nu te oordelen? Want dat er geoordeeld moet worden staat vast, dat is de taak van de burgerlijke rechter.

HR 8 juli 2011⁵; HR 8 juli 2011⁶; en HR 9 december 2011⁷

In de hierboven vermelde drie arresten heeft de Hoge Raad een gelijkkluidende instructie gegeven aan de rechter, die tegenover het rapport van het door hem gelaste deskundigenbericht een rapport van een andere deskundige gesteld ziet. De instructie van de Hoge Raad luidt kort samengevat: Bij de beantwoording van de vraag of hij de conclusies waartoe een deskundige in zijn rapport is gekomen in zijn beslissing zal volgen dient de rechter:

1. alle ter zake door partijen aangevoerde feiten en omstandigheden in aanmerking te nemen en
2. op basis van die aangevoerde stellingen in volle omvang te toetsen of er aanleiding bestaat van de in het rapport geformuleerde conclusies af te wijken;
3. zijn beslissing over het algemeen niet verder hoeven te motiveren dan door aan te geven dat de door deze deskundige gebezigde motivering, zeker als deze vooral is gebaseerd op bijzondere kennis, ervaring en of intuïtie, hem overtuigend voorkomt (dit laatste is van toepassing in een geval waarin de geleerde opinie van andere, door een der partijen geraadpleegde deskundige(n) op gespannen voet staat met die van de door de rechter benoemde deskundige(n) en de rechter desondanks de door hem aangewezen deskundige volgt); en
4. op specifieke bezwaren van partijen moeten ingaan als deze bezwaren een voldoende gemotiveerde betwisting inhouden van de juistheid van deze zienswijze.

Op deze criteria kom ik nog terug.

De arresten Hoge Raad 8 juli 2011 – LJN BQ3514 (Stichting Nederlandse Algemene Keuringsdienst voor Zaaizaad en Pootgoed van Landbouwgewassen/Van Steenberg en LJNBQ3519 NAK/X – hebben betrekking op een vordering uit beroepsziekte veroorzaakt door blootstelling aan gevaarlijke stoffen. In beide gevallen ging het om werknemers bij dezelfde werkgever. Uit de conclusie van A-G Spier voor Hoge Raad LJN BQ3519 lijkt op te maken dat er door zestien werknemers zaken tegen deze werkgever aanhangig zijn gemaakt⁸.

Hoge Raad 9 december 2011 – LJN BQ3519 (NAK/X) – heeft betrekking op een vordering uit medische aansprakelijkheid.

Dat weerhield de Hoge Raad niet in deze drie zaken gelijkkluidend te oordelen over deze vraag. In het navolgende zal ik vooral ingaan op Hoge Raad 8 juli 2011 – LJN BQ3514 (NAK/Van Steenberg)⁹. Alvorens dat te doen nog even een paar opmerkingen vooraf.

De Hoge Raad stelt voorop dat de rechter, bij de beantwoording van de vraag of hij de conclusies waartoe een deskundige in zijn rapport is gekomen in zijn beslissing zal volgen, alle terzake door partijen aangevoerde feiten en omstandigheden in aanmerking dient te nemen en op basis van die aangevoerde stellingen in volle omvang dient te toetsen of er aanleiding bestaat van de in het rapport geformuleerde conclusies af te wijken. Daarbij verwijst de Hoge Raad naar zijn arrest van 19 oktober 2007 – LJN BB5172 (X/Interpolis)¹⁰. In dit arrest heeft de Hoge Raad de in de zaak NAK/Van Steenberg vooropgestelde regel geformuleerd.

De rechter zal op specifieke bezwaren van partijen tegen de zienswijze van de door hem aangewezen deskundige moeten ingaan, als deze bezwaren een voldoende gemotiveerde betwisting inhouden van de juistheid van deze zienswijze. Voor deze regel verwijst de Hoge Raad naar Hoge Raad 15 december 2003 – LJN AN8478 (Nieuw Vredenburg/Nieuwe Hollandsche Lloyd)¹¹.

Voorts herhaalt de Hoge Raad de regel dat ten aanzien van zijn beslissing om de bevindingen van deskundigen al dan niet te volgen, voor de rechter een beperkte motiveringsplicht geldt.

De Hoge Raad verwijst daarvoor naar zijn arrest van 19 februari 2010 – LJN BK4476 (Chipshol III BV/Schiphol)¹².

De Hoge Raad overweegt dan in relatie tot de cassatieklachten van NAK: De bestreden oordelen over de tegen het rapport aangevoerde bezwaren laten zich vanwege hun feitelijke aard in cassatie slechts in beperkte mate toetsen. Het hof, dat (zoals het heeft overwogen) alle door partijen aangevoerde relevante feiten en omstandigheden in zijn oordeel heeft betrokken, heeft elk van de bezwaren afzonderlijk beoordeeld en gemotiveerd ongegrond bevonden. Deze oordelen zijn niet onbegrijpelijk en onttrekken zich voor het overige wegens hun verwevenheid met waarderingen van feitelijke aard, aan beoordeling in cassatie. NAK ziet haar cassatieklachten dus niet gehonoreerd, omdat het hof haar beslissing zo heeft ingekleed dat deze voldoet aan voormelde toetsen.

De criteria van de Hoge Raad nader bezien

De Hoge Raad stelt mijns inziens met de formulering van deze criteria het door de rechter bevolen deskundigenbericht voorop. Vanuit de hiervoor geschetste kenmerken (hoor en wederhoor, onpartijdigheid) is dat alleszins begrijpelijk. Dat de Hoge Raad het door de rechter bevolen deskundigenbericht voorop stelt blijkt volgens mij uit criterium 2. Dit criterium luidt dat de rechter op basis van die aangevoerde stellingen in volle omvang dient te toetsen of aanleiding bestaat van de in het rapport (van de

> door hem benoemde deskundige) geformuleerde conclusies af te wijken. De vraag is dus of er moet worden afgeweken en dat is afhankelijk van wat er wordt aangevoerd. Op zichzelf beschouwd is dit zeer vanzelfsprekend. Het houdt echter geen zelfstandige toetsingsplicht van de rechter in en zo staat het rapport van de door de rechter zelf benoemde deskundige in beginsel buiten kijf. De rechter die het rapport van de door hem benoemde deskundige wil volgen wordt het gemakkelijk gemaakt zijn beslissing te motiveren. De motivering kan zelfs beperkt blijven tot de in criterium 3 gegeven formule. Die formule luidt: de rechter zal zijn beslissing in het algemeen niet verder behoeven te motiveren dan door aan te geven dat de door deze deskundige gebezigde motivering, zeker als deze vooral is gebaseerd op bijzondere kennis, ervaring en of intuïtie, hem overtuigend voorkomt.

Je kunt je afvragen hoe zich dat verdraagt met de behoefte aan meer overtuigingskracht van rechterlijke uitspraken. Het gebrek aan overtuigingskracht van de rechterlijke beslissing wordt natuurlijk vooral dan gevoeld, wanneer de aangevoerde bezwaren sterk zijn en niet zijn terug te brengen tot: *“En toch ben ik het er niet mee eens!”*.

Wanneer de aansprakelijke het voorliggende deskundigenbericht aanvecht met het rapport van een door hem geraadpleegde deskundige, doet het wel erg zuinig aan dat de rechter van de Hoge Raad de vrijheid krijgt om de door hem aangewezen deskundige te volgen met de minimalistische formule van criterium 3. Op die manier kan de rechter het aan hem voorgelegde probleem van een contrarapport gemakkelijk omzeilen. Vegter geeft in zijn annotatie van de zaak NAK/Van Steenberg te kennen dat de Hoge Raad als vaste lijn hanteert dat de rechter slechts beperkt hoeft te motiveren waarom hij een deskundigenbericht al dan niet volgt. Vegter acht die lijn wel begrijpelijk, maar betreurt hem omdat het deskundigenbericht in zaken betreffende beroepsziekte zo'n doorslaggevende rol speelt. Vegter acht het des te belangrijker dat de rechter dergelijke deskundigenberichten zorgvuldig toetst. Aldus mr.dr. M.S.A. Vegter, *TRA* aflevering 10, oktober 2011, p. 26.

Gelukkig voor de rechtspraktijk heeft de Hoge Raad in criterium 1 en 2 de rechter opgedragen een volle toetsing uit te voeren, waarbij alle feiten en omstandigheden moeten worden gewogen.

Hoe dat moet gebeuren is weliswaar niet aangegeven, maar dat kan ook bezwaarlijk.

Dat zal afhangen van het concrete geval. Het maakt uiteraard verschil of op die toetsing en weging wordt aange-stuurd door de desbetreffende partij.

In criterium 4 geeft de Hoge Raad daarenboven aan dat de rechter op 'specifieke' bezwaren van partijen zal moeten ingaan. Dat lijkt een open deur, maar zo wordt wel aangegeven dat niet kan worden volstaan met algemene opmerkingen. Een voorbeeld van een algemeen bezwaar lijkt mij te kunnen zijn: deze deskundige is slachtoffer vriendelijk en daardoor bevooroordeeld, althans partijdig. Er zal zeer specifiek en dus zeer concreet moeten worden aangegeven

waaruit dit bezwaar in dit rapport van deze deskundige blijkt. Daar is als voorwaarde aan verbonden dat dit alleen geldt als deze bezwaren een voldoende gemotiveerde betwisting inhouden van de juistheid van de zienswijze van de door de rechter aangewezen deskundige. Dat sluit aan bij de procesrechtelijke norm dat een voldoende gemotiveerde betwisting ertoe leidt dat een stelling niet zonder meer wordt gevolgd.

Het hiervoor geschetste probleem is er dan weer. Immers, de rechter zal dan toch moeten beoordelen welke bezwaren een voldoende gemotiveerde betwisting inhouden. Dat vergt afweging van wat de door de rechter aangewezen deskundige heeft vermeld ten opzichte van hetgeen de partijdeskundige heeft aangevoerd.

Problemen

De problemen die zich hierbij kunnen voordoen zijn talrijk. In Hoge Raad 8 juli 2011 – LJN BQ3514 (NAK/Van Steenberg) – was er onder andere de volgende informatie ter beschikking van de rechter:

In 2000 berichtte de behandelend medisch specialist als conclusie: aanvankelijke longklachten naast algemene malaise en gewrichtsklachten, waarschijnlijk ten gevolge van blootstelling aan hoge concentraties endotoxines, met thans persisterende klachten waarbij vooralsnog geen somatische oorzaak is gevonden¹³. Als beleid en advies stond in deze brief onder meer: *“Voorts willen we patiënte naar een reumatoloog verwijzen om fibromyalgie uit te sluiten.”*

In 2000 schreef de internist in opleiding, mede namens de reumatoloog naar aanleiding van door hem verricht onderzoek van Van Steenberg: *“Het blijkt te gaan om artralgieën en tendomyalgieën; de klachten passen bij fibromyalgie. We kunnen geen duidelijke link leggen met een blootstelling aan endotoxinen.”*

In 2001 schreef de bedrijfsarts: *“Uw bovengenoemde patiënt heb ik als bedrijfsarts gezien met onbegrepen langdurige klachten, welke mogelijk veroorzaakt zijn door blootstelling aan toxische stoffen op hun werk in het zaaizaadlaboratorium van NAK te Emmeloord. (...) Bij ruim 10 werknemers zijn zeer langdurige gezondheidsklachten aanwezig met veel onderlinge overeenkomst, verdacht voor de gevolgen van blootstelling aan (gemeten) veel te hoge endotoxinewaarden en wellicht nog andere graszaadcomponenten. (...) Uit de literatuur is bekend dat endotoxinen (...) luchtwegklachten en moeheid kunnen geven, doch deze klachten zouden alle reversibel zijn na een aantal weken staken van de blootstelling¹⁴. De klachten van de bedoelde werknemers duren veel langer. Komt dit door de extreem hoge concentraties endotoxinen? Door gelijktijdige mycotoxinenblootstelling? (...)”*

In een rapport van 2004 schreef een klinisch neuro-psycholoog naar aanleiding van een onderzoek van Van Steenberg: *“Uit het onderzoek wordt duidelijk dat bij betrokkene evidente neurocognitieve functiestoornissen worden aangetroffen. (...) Het beeld maakt (...) de indruk een organisch cerebrale oorzaak te hebben en doet denken aan de gevolgen van een intoxicatie (...) Het is op basis van de – helaas beperkte – wetenschappelijke literatuur (...) plau-*

sibel om een (langdurige) blootstelling aan endotoxinen en het manifesteren van neurocognitieve dysfuncties met elkaar in verband te brengen. (...) Het lijkt ondergetekende niet terecht om de klachten van betrokkene uitsluitend te reduceren tot een psychiatrisch ziektebeeld, waarbij geredeneerd wordt dat het opgetreden arbeidsconflict op basis van onderliggende persoonlijkheidsproblematiek de klachten zou hebben veroorzaakt en na zoveel jaren nog steeds in stand houdt. Temeer daar uit de correspondentie is op te maken dat betrokkene een vrouw is die voor 1997 (...) normaal functioneerde(...).”

Commentaar op medische aspecten

Als medisch leek – en dat is de rechter – zie je dus iemand voor je met gezondheidsklachten, waarvan wordt gesteld door de arts dat er geen harde en duidelijke relatie is tussen de klachten en de blootstelling aan gevaarlijke stoffen¹⁵. Letterlijk wordt over dat verband geschreven “waarschijnlijk”. Dat is dus geen zekerheid, maar zoals hiervoor vermeld dat hoeft voor de rechterlijke oordeelsvorming niet. Aannemelijkheid volstaat en ‘waarschijnlijkheid’ is meer dan dat. Zou dit de enige overweging mogen zijn dan ben je klaar en kan van oorzakelijk verband worden uitgegaan. In het geval van Van Steenbergem komt daar nog bij dat de Hoge Raad in zijn arrest van 17 november 2000 – LJN AA8369, NJ 2000, 230 (Unilever/Dikmans) – de bewijslast heeft omschreven voor werknemers die arbeidsongeschiktheid stellen als gevolg van een beroepsziekte. Van juridisch oorzakelijk verband tussen de door de werknemer gestelde ziekte en de werkomstandigheden mag worden uitgegaan, wanneer vast staat dat de werkgever niet heeft voldaan aan de zorgplicht van art. 7:658 lid 1 BW. NAK voldeed hieraan niet door de haperende afzuiging.

Maar er is meer: sprake was van aanvankelijke longklachten naast algemene malaise en gewrichtsklachten met thans persisterende klachten waarbij vooralsnog geen somatische oorzaak is gevonden. De vraag is waarop het ‘waarschijnlijk’ betrekking heeft en of dit een werkdiagnose is waarvan de juistheid nog moet blijken, of dat dit de uiteindelijke diagnose is.

De longklachten zijn niet gespecificeerd, wat een relatie met de blootstelling niet echt duidelijk maakt. Algemene malaiseklachten is een verzamelaanduiding en zegt niets over de oorzaak daarvan. Sterker nog, algemene malaiseklachten komen veelvuldig voor zonder dat er sprake is van blootstelling aan gevaarlijke stoffen. Voor de klachten van Van Steenbergem is zelfs geen somatische oorzaak gevonden. Die constatering draagt samen met de voorgaande constatering in deze alinea ook niet bij aan de begrijpelijkheid van de relatie tussen de blootstelling en de klachten.

Blootstelling aan endotoxinen kan luchtwegklachten en moeheid geven, maar dat houdt een aantal weken na het staken van de blootstelling op, aldus de bedrijfsarts. Bij Van Steenbergem was dat echter niet het geval. Dat zou dus kunnen wijzen op een andere oorzaak.

Na gericht onderzoek wordt opgemerkt: de klachten passen bij fibromyalgie. Vervolgens wordt geschreven: “We

kunnen geen duidelijke link leggen met een blootstelling aan endotoxinen.”

Einde oefening voor Van Steenbergem zou je dan denken. Zij is immers degene op wie de bewijslast rust voor het medisch oorzakelijk verband. Met dit materiaal lukt dat niet erg. Zij heeft fibromyalgie. Fibromyalgie is weliswaar een bekend ziektebeeld, maar waardoor het wordt veroorzaakt is tot op heden onbekend. Van Steenbergem kan dus niet aannemelijk maken dat fibromyalgie is veroorzaakt door de blootstelling. Bovendien maakt dit alles dat de hiervoor genoemde “waarschijnlijkheid” van de relatie tussen de klachten en de blootstelling wel erg op de tocht staat.

Hof

Toch eindigde de procedure hier niet voor Van Steenbergem. Het hof stelde voorop dat Van Steenbergem moet stellen en zo nodig bewijzen dat zij gedurende haar werkzaamheden aan voor de gezondheid schadelijke stoffen is blootgesteld. Voorts moet zij van het hof bewijzen dat zij lijdt aan een ziekte of gezondheidsklachten die door die blootstelling ‘kunnen’ zijn veroorzaakt. Daarbij verwijst het hof naar Hoge Raad 23 juni 2006¹⁶, waarin de Hoge Raad de bewijslast voor werknemers die stellen te zijn getroffen door de gevolgen van een beroepsziekte zo heeft bepaald.

Vast staat dat de afzuiging in het laboratorium te Ede waar Van Steenbergem heeft gewerkt vanaf november 1997 onvoldoende is geweest. Ook staat vast dat zich in het laboratorium te Emmeloord in 1998 en 1999 (veel) te hoge concentraties endotoxinen hebben voorgedaan. Gegeven de door Spier in zijn conclusie vermelde feiten stelt het hof dit terecht vast. Het eerste deel van de bewijslast (blootstelling aan schadelijke stoffen) stelt Van Steenbergem dan niet voor een probleem.

Opmerkelijk vind ik dat het hof ten aanzien van het tweede deel van de bewijslast (ziekte of gezondheidsklachten die door de blootstelling veroorzaakt kunnen zijn) het voorshands aannemelijk acht dat de gezondheidsklachten die Van Steenbergem stelt te hebben, hun oorzaak kunnen vinden in de blootstelling aan de schadelijke endotoxinen. Juridisch is dit wel juist gezien door het hof, gelet op Hoge Raad 17 november 2000 – LJN AA8369, NJ 2000, 230 (Unilever/Dikmans). De Hoge Raad oordeelde dat van juridisch oorzakelijk verband tussen de door de werknemer gestelde ziekte en de werkomstandigheden mag worden uitgegaan, wanneer vaststaat dat de werkgever door de haperende afzuiging niet heeft voldaan aan de zorgplicht van art. 7:658 lid 1 BW.

Zoals ik hiervoor heb vermeld, komt dat mijns inziens uit de medische informatie nu juist niet overtuigend naar voren.

Het hof denkt daar dus anders over, al komt in de publicatie van de uitspraak over dat standpunt niet meer naar voren dan hiervoor is vermeld. Het hof acht NAK in beginsel aansprakelijk.

Vervolgens ziet het hof slechts nog als vraag *in welke mate*

- > de omstandigheden in de laboratoria aan de door Van Steenbergen geleden schade hebben bijgedragen. [Cursivering van mij, RM] Het hof legt niet uit waarom het de mate waarin de omstandigheden bij NAK hebben bijgedragen aan de gezondheidsklachten van belang acht, althans uit de publicatie blijkt dit niet. Kennelijk zag het hof ook andere de gezondheid van Van Steenbergen beperkende omstandigheden? Heeft het hof hier wellicht een analogie met Hoge Raad 31 maart 2006 – LJN AU6092, NJ 2011, 250 (Nefalit/Karamus) – in beeld? In Nefalit/Karamus betrof het aansprakelijkheid van de werkgever tegenover de werknemer wegens blootstelling aan asbest, waarbij deskundigen hadden vastgesteld dat de longkanker van de werknemer ook kon zijn veroorzaakt door het rookgedrag van de werknemer. Om die vraag beantwoord te krijgen gelast het hof deskundigenbericht. De twee door het hof benoemde deskundigen hadden zeven vragen te beantwoorden. Ik geef enkele geparafraseerd weer.

De diagnose luidt volgens de deskundigen: *”Chronische effecten van acute en langdurige blootstelling aan concentraties organisch stof, zeer hoge concentraties endotoxinen en wrsch mycotoxinen. (...)”* De deskundigen menen dat er een eindstadium is bereikt, de laatste jaren zijn de gezondheidsklachten stabiel. De vraag in welke mate de omstandigheden in de laboratoria van NAK hebben bijgedragen aan de geconstateerde klachten en/of stoornissen krijgt een eenvoudig antwoord van de deskundigen. Zij stellen dat de omstandigheden in de laboratoria van NAK verantwoordelijk zijn voor de geconstateerde klachten en stoornissen. Zij vermelden daarbij dat de endotoxinenconcentraties door de omstandigheden (temperatuur en procesverandering) konden oplopen tot 5000 x de door de Gezondheidsraad geadviseerde concentratie. In antwoord op vraag 7 (heeft u nog iets op te merken dat voor de beoordeling van de kwestie van belang kan zijn?) geven de deskundigen aan dat NAK kon weten dat endotoxinen, stof en mycotoxinen vrijkwamen en schadelijk zijn voor de gezondheid van haar werknemers.

”Al sinds in ieder geval 1986 is bekend dat het werken met endotoxinen en stof schade voor de gezondheid oplevert (ODTS). De publicatie uit 1986 gaat over graan maar dit werd tevens verwerkt in het NAK laboratorium.”, luidt de afsluitende opmerking van de deskundigen.

Commentaar op deskundigenbericht aan het hof

Hiermee is de zaak voor Van Steenbergen rond. Immers, zij voldoet met dit rapport aan de bewijsopdracht die het hof had geformuleerd. Er is maar een oorzaak voor al haar klachten en dat is de blootstelling aan gevaarlijke stoffen. Opmerkelijk vind ik dat in de publicatie van de zaak in de vakbladen NJ, RvdW en JAR, niets is terug te lezen over een weging door de deskundigen van de hiervoor vermelde niet aan de blootstelling te relateren gezondheidsproblemen zoals fibromyalgie. Dit is een waarneming die wel vaker voorkomt bij letselschade. In plaats van een holistische visie op het voorliggende probleem, ontstaat een kokervisie waarbij enkel en

alleen aandacht is voor nog maar een mogelijkheid¹⁷. Een heldere argumentatie waarom de aansprakelijkheid schepende gebeurtenis als enige oorzaak moet worden aangemerkt wordt dikwijls niet aangetroffen. Daarbij is de ervaring dat het meestal zinloos is de deskundige daarnaar te vragen, als hij eenmaal de aansprakelijkheid schepende gebeurtenis als de enige oorzaak heeft aangemerkt. Er volgt namelijk op zijn best een antwoord waarin het al bekende standpunt van de deskundige wordt verdedigd. Op zichzelf is dat ook wel verklaarbaar. Betrokkene is immers een deskundige, althans beschouwt zichzelf als zodanig. Deskundigheid is in dit kader synoniem voor: ik heb er verstand van en ik weet het.

Aan de andere kant: het zou ook vreemd aandoen indien de deskundige na kritische vragen gemakkelijk het roer omgooit en antwoorden geeft die de vraagsteller behagen. Een dergelijke afwijking vergt motivering. Motiveren kan lastig zijn en kan ook arbeidsintensief zijn. Waar rechters (en partijen soms ook) genoeg (moeten) nemen met dooddoeners als: “De vraag is niet relevant” of: “*Zie mijn antwoord op vraag 1*” is het voor een deskundige ook wel erg gemakkelijk om te blijven bij wat hij in zijn conceptrapport heeft geschreven.

Voorts ontbreken de rechter en de aansprakelijke partij mogelijkheden om deskundigen ter verantwoording te roepen. De angst dat er dan geen deskundige meer zal zijn te vinden die wil rapporteren in het kader van een civiele zaak zal naar mijn inschatting hier (on)bewust ook wel een rol bij spelen. Het devies lijkt te luiden: *“laat de deskundige maar”*.

Reactie NAK op deskundigenbericht aan hof

NAK volgde een andere route, zij stelde nauwelijks vragen aan de deskundigen welke het hof had benoemd. NAK reageerde op de door het hof benoemde deskundigen uitgebrachte conceptrapport, dat zij niet al haar bezwaren tegen hun rapportage uit de doeken zou doen. Dat bewaarde zij voor de memorie na deskundigenbericht. A-G Spier vindt dat een omstandigheid die het hof mag meewegen. Hij stelt voorts: *“Hij die het debat schuwt, moet er niet later over klagen dat het niet heeft plaatsgehad.”* Gegeven deze opvatting is het dus verstandig, ondanks mijn hiervoor vermelde ervaringen, om (uitgebreid) te reageren op een conceptrapport van een deskundige.

NAK heeft het niet hierbij gelaten. Zij bracht namelijk ook een rapport in van prof. Heederik, een autoriteit op het onderhavige gebied. Dat deed NAK bij afzonderlijk processtuk. Het rapport van Heederik werd door NAK niet toegezonden aan de door het hof benoemde deskundigen. Heederik acht het rapport van de door het hof benoemde deskundigen niet juist. A-G Spier somt als voornaamste kritiekpunten van prof. Heederik op:

- voor zover bekend is het enige bekende chronische effect van de blootstelling aan stof als in de laboratoria van NAK met endotoxinen en mogelijk mycotoxinen aantasting van de longfunctie;
- niet blijkt dat door of vanwege de deskundigen long-

onderzoek bij Van Steenberg is gedaan, laat staan dat is vastgesteld dat de longfunctie van Van Steenberg is aangetast;

- c. de beschreven klachten zijn niet zonder meer in verband te brengen met de blootstelling aan het stof;
- d. niet (voldoende) is nagegaan of andere mogelijke oorzaken in het spel zijn, zoals roken.

Ook bracht NAK nog een e-mail van prof. Heederik in. Daarin staat: *“chronische effecten door de blootstelling aan endotoxine zijn hierboven beschreven (bronchitis). Andere effecten zijn in de literatuur niet beschreven of als hierover wordt geschreven dan bestaat hierover geen consensus.”* Tevens bracht NAK medisch adviseur Wiersma in stelling. Hij schreef:

“De beschrijvende ‘diagnosen’.

Chronische effecten en acute en langdurige blootstelling aan concentraties organische stof, zeer hoge concentraties endotoxinen en waarschijnlijk mycotoxinen”, zijn niet evidence based maar berusten op het verkregen verhaal en in de literatuur aangetroffen mogelijkheden.”

A-G Spier vindt dit niet erg duidelijk, noch erg overtuigend¹⁸. Zijns inziens geeft de brief van Wiersma waarin voormeld citaat staat, voedsel aan de gedachte dat er wel degelijk onderzoek is waarin verband wordt gelegd tussen de blootstelling aan de genoemde stoffen en gezondheidsklachten. De mail van Heederik vindt Spier onduidelijk. Er blijkt volgens Spier niet uit of bedoeld is te zeggen dat andere chronische klachten dan bronchitis in de literatuur in het geheel niet zijn beschreven of dat de opvattingen daarover uiteen lopen.

Hoewel de kritiek van Spier goed te volgen is, is het voor mij de vraag of de kwaliteitseis die Spier aldus aan het door NAK te leveren bewijs stelt wel terecht is. De mate van zekerheid die hier wordt verlangd lijkt mij verdergaand dan wat van Van Steenberg wordt verlangd¹⁹. En wat blijft er zo over van de heersende opvatting dat geen (absoluut) tegenbewijs hoeft te worden geleverd, maar dat mag worden volstaan met gemotiveerd tegen spreken, twijfel zaaien en ontzenuwen van het door de benadeelde – en in dit geval: de door het hof benoemde deskundigen – geleverde bewijs?

Ik wijs erop dat het bewijs ten gunste van Van Steenberg kennelijk is ingegeven door in de medische literatuur overwogen ‘mogelijkheden’, met andere woorden: klaarblijkelijk weet men het nog niet. ‘Mogelijkheden’ is dan ook te begrijpen als: suggesties of gedachten. Daar komt bij dat de als gevolg van de blootstelling aan te treffen schade waarover wel zekerheid bestaat, een aangetaste longfunctie, klaarblijkelijk niet is vastgesteld. Niet door de door het hof benoemde deskundigen en niet door de behandelend artsen. Dat is zeer opmerkelijk aangezien die aantasting wel medisch objectief vaststelbaar is. Dat mogelijke andere oorzaken überhaupt niet zijn onderzocht past bij het mono causale denken.

Een ander belangrijk kritiekpunt van NAK ziet op het feit dat een kleine groep (ongeveer tien) van het totaal van haar werknemers dat is blootgesteld aan de genoemde

stoffen daardoor blijvende klachten heeft ontwikkeld. De stelling van NAK lijkt te luiden: de meerderheid heeft geen klachten ontwikkeld. Daardoor is het optreden van de gestelde schade niet erg voorzienbaar, althans is het oorzakelijk verband tussen de blootstelling en het optreden van de klachten niet (erg) aannemelijk. Dit is een verweer dat is ontleend aan de leer inzake het oorzakelijk verband, genaamd de theorie van de adequate veroorzaking. Deze theorie was heersend totdat de leer van de redelijke toerekening zijn intrede deed. Volgens Hartkamp/Sieburg is evenwel de leer van de adequate veroorzaking nog wel van toepassing, omdat de eis dat de schade het redelijkerwijs te voorziene gevolg van de onrechtmatige daad ook onder de leer van de redelijke toerekening nog geldt. Echter, dit is niet het enige in aanmerking te nemen criterium voor de vaststelling van oorzakelijk verband.²⁰ Dat op zichzelf staand dit verweer niets uithaalt, is vanuit juridisch oogpunt begrijpelijk. Het verweer heeft betrekking op de voorzienbaarheid van schade. Bij schending van een veiligheidsverplichting hoeft daar niet veel effect van verwacht te worden: er wordt dan ruim toegerekend²¹. Zou het verweer bedoeld zijn om aan te geven dat er bij deze tien werknemers sprake is van een kennelijk verhoogde kwetsbaarheid, dan is dat voor het oorzakelijk verband evenmin doorslaggevend²². Wel is het dan een omstandigheid die bij de begroting van de schade in aanmerking moet worden genomen²³. Het deskundigenbericht kan daarbij behulpzaam zijn, maar was dat in het geval van Van Steenberg niet. Ik herinner eraan dat slechts monocausaal werd geredeneerd door de deskundigen van het hof.

Onbevredigend is de uitkomst wel: prof. Heederik en medisch adviseur Wiersma leverden mijns inziens serieuze en steekhoudende kritiek, in weerwil van hetgeen Spier daarover opmerkte. Het hof ging daar wel erg gemakkelijk aan voorbij.

Tot slot

De Hoge Raad hanteert niet als een doorslaggevend criterium dat de door de rechter benoemde deskundige betrokkene wel heeft onderzocht en de door de wederpartij ingeschakelde deskundige niet. Veel lagere rechters kennen hier – naar mijn mening ten onrechte – wel doorslaggevend betekenis aan toe²⁴. Daarbij wordt door die rechters kennelijk geen acht geslagen op de obstakels die er zijn. Een medisch onderzoek kan immers niet zonder medewerking van de keurling plaatsvinden, dat volgt uit het zelfbeschikkingsrecht dat in art. 10 Grw bescherming vindt.

Vervolgens heeft de keurling het blokkeringsrecht van art. 7:464 lid 2 BW²⁵. Een papieren expertise, waarbij dus de persoon waarop de expertise betrekking heeft niet daadwerkelijk door de rapporteur is onderzocht, lijkt dan de enige werkbare mogelijkheid. Het getuigt dan niet van een faire behandeling een aldus tot stand gekomen expertise-rapport af te wijzen op – onder andere – de grond dat de rapporteur betrokkene niet zelf heeft onderzocht²⁶.

Overigens is (het recht op) een papieren contra-expertise

> ook niet onomstreden. Ik verwijs ter adstructie naar de behandelde rechtspraak in PIV-Bulletin 2010, 6, de 'special' over levenssfeer, medische gegevens en dossier, en dan vooral naar Rechtbank Zutphen 8 oktober 2009 en de uitspraak d.d. 20 november 2009 van het Hof van Discipline. Zie voor een recent voorbeeld van problemen waarmee de expertisearts kan worden geconfronteerd Regionaal Tuchtcollege Zwolle 20 oktober 2011, LJN YG1433, L&S 2012, 10. De arts werd door het tuchtcollege de maatregel van waarschuwing opgelegd omdat hij in een papieren expertise een diagnose had gesteld. Het tuchtcollege overwoog daarbij dat de Richtlijn van de Nederlandse Vereniging voor Psychiatrie niet expliciet verbiedt om een rapport te maken zonder de patiënt te zien. Het tuchtcollege gaf tevens als oordeel dat de arts die het expertiserapport maakt moet nagaan of betrokkene daarvoor wel toestemming heeft gegeven. Als dit de norm blijft gaan papieren contra expertises van artsen waarschijnlijk tot het verleden behoren. Er zijn ook wel uitspraken van rechters die daar anders mee omgaan, zoals bijv. Rb. Amsterdam 9 februari 2011, LJN BP4341. Op de stellingen van eiseres dat het contrarapport in strijd met tuchtrechtelijke regels en in strijd met de Wbp tot stand is gekomen, oordeelde de rechtbank dat ook indien die stellingen juist zouden zijn, dat op zichzelf niet rechtvaardigt dat de aansprakelijk gestelde partij zich niet zou mogen beroepen op het contrarapport ter staving van haar verweer. Dat kan echter anders zijn in geval van bijkomende omstandigheden, aldus de rechtbank. De privacyschending levert geen zodanige bijkomende omstandigheid op.

¹ JAR 2011, 209 en RvdW 2011, 845.

² LJN BT2921, NJ 2011, 1599.

³ Zie in deze zin, maar niet als enige Hoge Raad 8 juni 2001, NJ 2001, 433 (Zwolsche Algemeene/De Greef).

⁴ Zie bijv. Hoge Raad 20 september 1996, NJ 1997, 326 (Halcion II).

⁵ LJN BQ3514, JAR 2011, 209 en RvdW 2011, 845 (NAK/Van Steenberghe).

⁶ LJN BQ3519, JA 2011, 162 (NAK/X).

⁷ LJN BT2921, NJ 2011, 1599 (Eisers/Flevoziekenhuis).

⁸ In noot 1 van zijn conclusie schrijft Spier: "[Betrokkene 6] heeft eerder cassatieberoep ingesteld dat werd verworpen bij arrest van 28 maart 2008, LJN BC3379, RvdW 2008, 370. Thans zijn tevens de vergelijkbare zaken van [betrokkene 16] en [betrokkene 12] aanhangig waarin ik heden separaat concludeer."

⁹ LJN BQ3514, JAR 2011, 209 en RvdW 2011, 845 (NAK/Van Steenberghe).

¹⁰ LJN BB5172, RvdW 2007,887 (X/Interpolis).

¹¹ LJN AN8478, NJ 2004, 74 (Nieuw Vredenburg/Nieuwe Hollandsche Lloyd).

¹² LJN BK4476, NJ 2011, 121 (Chipshol III BV/Schiphol).

¹³ Endotoxine is een bacterie, welke in normale omstandigheden al in het menselijk lichaam aanwezig is. Zij zijn voor mensen gevaarlijk wanneer zij in grote hoeveelheden in de bloedbaan komen. Dit kan in het uiterste geval zelfs tot sterfte leiden, aldus blijkt uit diverse publicaties op het internet, wanneer via Google endotoxine wordt gezocht. Uit de in het arrest vermelde medische gegevens blijkt niet dat de bloedbaan van Van Steenberghe is onderzocht. Bij licht verhoogde aanwezigheid bestrijdt het immuunsysteem van de mens succesvol deze concentratie.

¹⁴ Reversibel wil zeggen dat er sprake is van een omkeerbaar proces. De bedrijfsarts zegt dus dat de klachten na een aantal weken zouden verdwijnen als de blootstelling wordt stopgezet.

¹⁵ Een neuropsycholoog is geen arts, maar een gedragswetenschapper.

¹⁶ NJ 2006, 354 (Havermans/Luyckx).

¹⁷ Holisme wordt hier gebruikt in de betekenis van: kijken naar het geheel van oorzaken. Dus rekening houden met meerdere oorzaken.

¹⁸ De conclusie van Spier is zeer lezenswaardig en verdient een zelfstandige bespreking, wat echter de strekking van dit artikel te buiten gaat. Spier behandelt uiteraard ook het rechterlijke dilemma wanneer er twee tegenstrijdige deskundigenrapporten ter beoordeling voorliggen.

¹⁹ Een verklaring hiervoor zou kunnen zijn gelegen in de bescherming van de werknemer, art. 7:658 BW heeft immers die strekking.

²⁰ Zie Asser II-6 nr. 57.

²¹ Dat ten opzichte van Van Steenberghe een veiligheidsnorm was geschonden is af te leiden uit Hoge Raad 2 november 1979, LJN AB7349, NJ 1980, 77 (Vader Versluis), waarin de Hoge Raad voor het eerst verkeers- en veiligheidsnormen onderscheidt. Die ruime toerekening blijkt bijv. uit Hoge Raad 4 november 1988, LJN AB8920, NJ 1989, 751 (ABP/Van Stuijvenberg).

²² Aldus Hoge Raad 8 februari 1985, LJN AG4960, NJ 1986, 136 (Joe/Chicago Bridge).

²³ Aldus Hoge Raad 21 maart 1975, LJN AC5560, NJ 1975, 372 (aangereden hartpatiënt).

²⁴ Zie voor een recent voorbeeld Rb. Arnhem 25 november 2011, LJN BV0279, r.o. 4.4: "Daar komt bij dat dr. Grubben anders dan dr. Kappel en de behandelaars van [verzoekster] nooit heeft onderzocht."

²⁵ Welk recht zo sterk is dat dit verhindert dat de aansprakelijke kennis kan nemen van een op gezamenlijk verzoek aangevraagd deskundigenbericht, aldus Hoge Raad 12 augustus 2005, LJN AT3477, NJ 2009, 341. Kennisneming van de inhoud van een door de rechter bevolen deskundigenbericht kan op die grond aan de aansprakelijke zelfs ook worden onthouden, aldus Hoge Raad 26 maart 2004, LJN AO1330, NJ 2009, 340.

²⁶ Aldus ontstaat mijns inziens een fundamentele ongelijkheid, welke in de weg staat aan een eerlijk proces als bedoeld in art. 6 EVRM.

Is uitbreiding van art. 7:661 BW wenselijk?

Art. 7:661 BW bepaalt dat de werknemer – die bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst schade toebrengt aan de werkgever of aan een derde jegens wie de werkgever tot vergoeding van die schade is gehouden – niet jegens de werkgever aansprakelijk is, tenzij de schade een gevolg is van diens opzet of bewuste roekeloosheid. Dit artikel beperkt zich tot die situaties waarin sprake is van een arbeidsovereenkomst. Mede gezien de recente ontwikkelingen in het kader van art. 7:658 lid 4 BW – waarin de Hoge Raad heeft bepaald dat de zorgplicht van de werkgever ook kan gelden voor zzp'ers en andere zelfstandigen¹ – is thans wellicht een taak weggelegd voor de wetgever om aan art. 7:661 BW een lid toe te voegen, inhoudende dat ook personen die werkzaamheden verrichten in de uitoefening van een beroep of bedrijf van een ander en geen arbeidsovereenkomst hebben, bescherming dient toe te komen op grond van art. 7:661 BW. Een dergelijke uitbreiding ligt in lijn met de toelichting die de wetgever destijds heeft gegeven in het kader van art. 7:658 lid 4 BW, te weten dat aansprakelijkheid van de inlener wenselijk werd geacht omdat de vrijheid van degene die een bedrijf uitoefent om te kiezen voor het laten verrichten van het werk door eigen werknemers of door anderen niet van invloed behoort te zijn op de rechtspositie van degenen die het werk verrichten. Tegen deze achtergrond ligt uitbreiding van art. 7:661 BW zoals voornoemd voor de hand.

Het Gerechtshof Arnhem (nevenzittingsplaats Leeuwarden) heeft zich recentelijk² uitgelaten over de vraag of art. 7:661 BW analoog kan worden toegepast op de rechtsverhouding tussen een stagebedrijf en een stagiair, in die zin dat de stagiair slechts aansprakelijk is voor de door hem met opzet of bewuste roekeloosheid veroorzaakte schade aan het stagebedrijf, en heeft hierop bevestigend geantwoord. Het Hof Arnhem heeft hiermee de lijn van de Voorzieningenrechter Groningen voortgezet. In 2003 heeft de Voorzieningenrechter Groningen³ zich al uitgelaten over voornoemde rechtsvraag. In die zaak ging het om een stagiaire die in het kader van een stage werkzaam was bij een kapsalon. Zij had tijdens haar werkzaamheden een sigaret in de prullenbak gegooid, waarna er een brand ontstond. De voorzieningenrechter oordeelde dat het in het licht van de eisen van redelijkheid en billijkheid en de verplichtingen voortvloeiend uit goed werkgeverschap voorshands genoegzaam aannemelijk is geworden dat een stageovereenkomst gelijk dient te worden gesteld met een arbeidsovereenkomst en dat een stagiaire wat betreft schade toegebracht aan het stagebedrijf niet anders dient te worden behandeld dan een reguliere werknemer met betrekking tot de aansprakelijkheidskwestie.

Oordeel Hof Arnhem

In de zaak waarover het Hof Arnhem zich heeft gebogen,

Mevrouw mr. M. Hulstein en
mevrouw mr. drs. C. van der
Kolk-Heinsbroek
Holla Advocaten



was sprake van een stagiair die een opleiding bedrijfsleider/manager veehouderij volgde. In het kader van deze opleiding heeft hij stage gelopen bij een konijnenhouderij. Tijdens de stageperiode is een nieuwe stal op het bedrijf gereed gekomen en in opdracht van het bedrijf zette de stagiair ongeveer tweehonderd voedsters⁴ van de oude naar de nieuwe stal. Enige tijd daarna heeft de stagiair met een handveger het ontsmettingsmiddel “Tegodor NL” in de stal met voedsters gesprendeld. Vervolgens zijn binnen een week honderd voedsters en een veelvoud aan jonge konijnen gestorven. Ook is er een terugval in het aantal jongen per worp van de overgebleven voedsters vastgesteld. Ten gevolge hiervan lijdt het stagebedrijf schade waarvoor het zowel de school als de stagiaire aansprakelijk stelt. De school op grond van art. 6:170 lid 1 BW en art. 6:162 BW en de stagiair op grond van art. 6:164 BW. Bij het antwoord op de vraag of art. 7:661 BW analoog kan worden toegepast bespreekt het hof allereerst de verhouding die bestond tussen de stagiair en het stagebedrijf. Het hof stelt vast dat sprake was van een praktijkovereenkomst, wat inhield dat de stagiair bij het verrichten van zijn werkzaamheden zich diende te houden aan de binnen het bedrijf geldende regels en dat hij bij die werkzaamheden werd begeleid door een praktijkbegeleider. Voorts overweegt het hof dat wanneer de stagiair, bij zijn in het kader van de stage verrichte werkzaamheden voor het stagebedrijf, door een fout schade zou hebben toegebracht aan een derde, het stagebedrijf naar het oordeel van het hof aansprakelijk zou zijn jegens die derde op grond van art. 6:170 lid 1 BW. Omdat het stagebedrijf een instructiebevoegdheid heeft ten aanzien van de door de stagiair te verrichten werkzaamheden, is de stagiair te beschouwen als de ondergeschikte in dienst van het stagebedrijf, aldus het hof. In dat geval zou de stagiair in beginsel niet hoe-

- > ven bij te dragen aan de schade, tenzij de schade het gevolg is van zijn opzet of bewuste roekeloosheid.

Het stagebedrijf heeft betoogd dat het regime van art. 6:170 lid 3 BW strenger is dan dat van art. 7:661 BW – omdat in het geval van art. 6:170 BW de bescherming van een derde aan de orde is – en dat aldus het feit dat de stagiair in beginsel niet zou hoeven bijdragen aan de schade die hij heeft toegebracht aan een derde, niet meebrengt dat de stagiair bescherming zou moeten genieten uit hoofde van art. 7:661 BW. Het hof oordeelt dat dit betoog niet opgaat, omdat art. 6:170 lid 3 BW geen ruimere aansprakelijkheid jegens derden creëert, maar juist ziet op de interne verhouding tussen principaal en ondergeschikte. Het hof overweegt dat uit de wetgeschiedenis van art. 7:661 BW volgt dat de wetgever voor wat betreft de aansprakelijkheid van de werknemer jegens de werkgever één regime van toepassing wilde doen zijn, waarbij geen onderscheid zou worden gemaakt naar gelang het schadegeval binnen of buiten het bereik van art. 6:170 lid 3 BW valt⁵.

Het enkele feit dat de (pseudo)werknemer verzekerd is voor de schade vormt naar het oordeel van het hof evenmin voldoende rechtvaardiging voor het aannemen van een ruimere aansprakelijkheidsnorm in het kader van art. 6:170 lid 3 BW. Ook de aard van de betreffende stageovereenkomst, al dan niet in combinatie met de verzekering, rechtvaardigt een dergelijke verschuiving niet. Het moge zo zijn dat een stagiair doorgaans minder productief zal zijn dan een (ervaren) werknemer, maar een stagiair ontvangt voor zijn inspanningen (in tegenstelling tot een werknemer) geen loon. Anders dan het stagebedrijf betoogt, kan er dan ook niet van worden uitgegaan dat het vooral de stagiair is die belang heeft bij de stage. Bovendien geldt voor een stagiair, net als voor een werknemer, dat hij door in het (stage) bedrijf te werken wordt blootgesteld aan het risico dat hij bij die werkzaamheden schade toebrengt of oploopt. De hoofdregel van art. 7:661 lid 1 BW beoogt de werknemer nu juist tegen dat risico te beschermen. Temeer nu bij een stage per definitie geen sprake is van een situatie waarbij de (pseudo)werknemer een grote mate van zeggenschap heeft over de onderneming waarin de werkzaamheden worden verricht en over de aard en de omstandigheden van die werkzaamheden, noch van een situatie waarin werkgever en werknemer min of meer gelijkwaardig zijn. In die laatste situatie, die zich zou kunnen voordoen wanneer de werknemer een leidinggevende functie vervult, is er minder reden de werknemer te beschermen dan in de situatie waarin iemand als stagiair werkzaamheden verricht, aldus het hof.

Vervolgens trekt het hof een vergelijking met art. 7:658 lid 4 BW. In dat verband overweegt het hof dat art. 7:658 lid 4 BW bepaalt dat art. 7:658 BW ook van toepassing is op de situatie dat iemand in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf een ander – waarmee hij geen arbeidsovereenkomst heeft – arbeid laat verrichten en die ander schade lijdt in de uitoefening van zijn werkzaamheden. Naar het oordeel van het hof valt ook een stagiair – die schade lijdt in de uitoefening van zijn werkzaamheden voor een ander en gehouden is diens instructies op te volgen – onder het bereik van art.

7:658 lid 4 BW⁶. In het verlengde hiervan acht het hof het voor de hand te liggen dat de bijzondere regel van aansprakelijkheid waar art. 7:661 BW op ziet, ook van toepassing is op de situatie waarin de stagiair schade toebrengt aan het stagebedrijf.

Het hof heeft hiermee bevestigend geantwoord op de vraag of art. 7:661 BW analoog kan worden toegepast op de verhouding stagiair en stagebedrijf, en acht het verantwoord om de regel van art. 7:661 lid 1 BW ook van toepassing te achten op een stagiair, ondanks het feit dat in art. 7:661 BW een met art. 7:658 lid 4 BW vergelijkbare bepaling ontbreekt.

De slotsom is dat het hof de stagiair volgt in zijn stelling dat hij slechts aansprakelijk is voor de bij het stagebedrijf ontstane schade, wanneer deze schade het gevolg is van zijn opzettelijk of bewust roekeloos handelen. In dit kader oordeelt het hof dat de stagiair – zoals het stagebedrijf stelt, maar door de stagiair gemotiveerd is betwist – niet opzettelijk of bewust roekeloos heeft gehandeld toen hij, zonder een daartoe strekkende opdracht van het stagebedrijf, de stal heeft besprenkeld met “Tegodor NL”. Daarbij heeft het hof in aanmerking genomen dat tussen partijen niet ter discussie staat dat de stagiair in opdracht van het stagebedrijf een reinigingsmiddel is gaan zoeken met het oog op de ontsmetting van (een deel van) de stal. Gesteld noch gebleken is dat het stagebedrijf de stagiair toen heeft gewaarschuwd voor het gebruik van het middel. De stagiair hoefde zich er dan ook, ondanks de gebruiksaanwijzing op de verpakking van “Tegodor NL”, niet van bewust te zijn dat het gebruik van het middel in een stal met levende dieren onder alle omstandigheden gevaarlijk was en tot schade zou kunnen leiden. Het stagebedrijf had hem immers het middel – met het oog op het reinigen van de stal – laten halen. Het hof heeft bij dit oordeel in aanmerking genomen dat op de verpakking van “Tegodor NL” het gebruik van het middel in een stal met levende dieren niet wordt verboden maar wordt afgeraden, zodat de stagiair door het middel in een stal met levende dieren te gebruiken nog niet in strijd met de gebruiksvoorschriften heeft gehandeld. Kortom, de vorderingen van het stagebedrijf worden afgewezen.

Conclusie

Personen die werkzaamheden verrichten in de uitoefening van een beroep of bedrijf van een ander en daarmee geen arbeidsovereenkomst hebben, kunnen op grond van het arrest van het Hof Arnhem – in geval van schade aan de pseudowerkgever of aan een derde jegens wie de pseudowerkgever tot vergoeding van die schade is gehouden – bescherming ontnemen aan art. 7:661 BW. Een interessante ontwikkeling en mogelijk aanleiding voor een wetswijziging, in de zin van uitbreiding van art. 7:661 BW.

¹ Vgl. HR 23 maart 2012, LJN BV0616 (X/Allspan Barneveld).

² Hof Arnhem 31 januari 2012, LJN BV2352.

³ V.zr. Groningen, 27 juni 2003, LJN AH9008.

⁴ Vrouwelijke konijnen.

⁵ Kamerstukken II 1985/86, 17896, nr. 8, p. 27.

⁶ Hof Arnhem 7 mei 1996, JAR 1996, 127.

Juridische consequenties van gebrekkige heupimplantaten

De afgelopen jaren is in de media diverse malen aandacht besteed aan gebrekkige protheses zoals kunstheupen van DePuy en siliconenimplantaten gefabriceerd door Poly Implant Prothèse (PIP). Deze implantaten kunnen voor zowel de patiënten als de artsen en ziekenhuizen waar de protheses zijn geïmplantéerd de nodige juridische consequenties hebben. Door de vooraanstaande biomedische engineering expert Dr. Thomas Joyce² werd de situatie over de DePuy heupen zelfs omschreven als “*the biggest disaster in the history of orthopaedics*”

In dit artikel zetten wij de feiten uiteen die zien op de kunstheupen van DePuy waarna zowel de productaansprakelijkheid van DePuy als de aansprakelijkheid van orthopedisch chirurgen wordt besproken. Daarbij zullen de internationaal privaatrechtelijke aspecten aan de orde komen, evenals de bevoegde rechter.

Feiten

Tussen 2003 en 2010 fabriceerde en verkocht de in Engeland gevestigde DePuy International Ltd., 93.000 kunstheupen, met de merknaam DePuy ASR en DePuy ASR XL. Deze heupen hebben een metaal op metaalconstructie en zijn beweeglijker dan de oudere versies van heupimplantaten. Van de DePuy heupen werden er 8000 geleverd in Engeland, 35.000 in Amerika en 5500 aan Duitsland. Het is ons niet bekend hoeveel protheses in Nederland zijn geleverd. Naar alle waarschijnlijkheid gaat het om enkele duizenden kunstheupen.

Uit onderzoek is gebleken dat er bij deze kunstheupen mogelijk problemen van metaalvergiftiging door de metaal op metaalconstructie kunnen ontstaan en dat er sprake is van ongebruikelijk veel voortijdig falen³. DePuy heeft, nadat was gebleken dat er sprake was van een verhoogd risico op voortijdige noodzaak tot heroperatie, in maart 2010 actie ondernomen. Zij heeft orthopedisch chirurgen schriftelijk gewaarschuwd voor een hoger risico van disfunctioneren van de prothese. DePuy heeft daarbij gewezen op de technische gebreken en de wijze van implantatie. Niet werd ingegaan op het risico van metaalvergiftiging, anders dan een waarschuwing voor implantatie bij jonge vrouwen in verband met mogelijke schadelijke effecten tijdens zwangerschap voor de foetus door verhoogde metaalconcentratie.

Op 22 april 2010 heeft de MHRA (*UK Medicines and Health care products Regulatory Agency*) een waarschuwing uit doen gaan dat een kleine groep patiënten progressieve weke delenreacties kunnen ontwikkelen als gevolg van de metaaldeeltjes zonder dat zich symptomen openbaren.

Op 25 mei 2010 volgde een tweede device alert van de MHRA. Zowel DePuy ASR als DePuy ASR XL zijn vervolgens eind augustus 2010 teruggeroepen uit de markt, door

Mevrouw mr. C. van Weering en mevrouw mr. A. Collignon¹



middel van een *voluntary recall*⁴. Het advies van DePuy aan de orthopedisch chirurgen was om DePuy ASR en ASR XL niet langer te implanteren en daarnaast patiënten die de heup al geïmplantéerd hadden gekregen te informeren over de *recall* en hen uit te nodigen voor een *follow-up* consult. Ook werd een behandeladvies gegeven. In Amerika lopen op dit moment diverse *class actions* tegen DePuy. Dichterbij in Engeland wordt op dit moment eveneens door een aantal gerenommeerde advocaten kantoren een *class action* opgezet.

Product aansprakelijkheid DePuy

Op basis van art. 6:185 BW is de producent aansprakelijk voor schade veroorzaakt door een gebrek in het product dat hij in het verkeer heeft gebracht. Het betreft een risicoaansprakelijkheid die ontstaat zodra het product een gebrek bevat^{5 6}.

Art. 6:186 BW strekt tot implementatie in het Nederlands recht van Richtlijn 85/374/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 25 juli 1985. Het begrip ‘gebrek’ wordt in art. 6:186 BW nader toegelicht. Een product is gebrekkig indien het niet de veiligheid biedt die men daarvan mag verwachten, alle omstandigheden in aanmerking genomen en in het bijzonder de presentatie van het product, het redelijkerwijs te verwachten gebruik en het tijdstip waarop het product in het verkeer werd gebracht. Daarbij is verder relevant de bekendheid van de producent met de mogelijke bijverschijnselen van een product, het bestaan van ongevaarlijke alternatieven en de mate waarin de producent de consument informeert⁷. Met de woorden “*alle omstandigheden*” is niet bedoeld op het feitelijk gebruik door een individuele gebruiker. Het is

> daarom niet noodzakelijk dat benadeelden, die in een eventuele gezamenlijke actie een verklaring voor recht vragen dat DePuy jegens hen aansprakelijk is, hun individuele omstandigheden die met de implantatie van een DePuy heup samenhangen uiteenzetten^{8,9}. Gezien de feiten zou – ook in rechte – betoogd kunnen worden dat de prothese gebrekkig was in de zin van art. 6:185 e.v. BW, zodat DePuy in beginsel aansprakelijk is te houden voor de schade. Immers heeft DePuy de kunstheupen in het verkeer gebracht, terwijl dit product niet de veiligheid biedt die men daarvan mag verwachten. DePuy heeft in ieder geval haar verantwoordelijkheid genomen in die zin, dat zij heeft aangeboden om nadere behandelingen en heroperaties te bekostigen. Anderzijds is ook bekend, dat DePuy aansprakelijkheid van de hand wijst met het verweer dat de orthopedisch chirurgen de prothesen op onjuiste wijze zouden hebben geïmplantéerd. Dat verweer zou mogelijk kunnen worden gepareerd met een beroep op art. 6:185 BW respectievelijk art. 8 lid 1 van de Richtlijn die bepalen, dat de aansprakelijkheid van de producent niet wordt verminderd als de schade niet alleen door het gebrekkige product maar ook door een gedraging van een derde wordt veroorzaakt¹⁰.

Verjaring

De eventuele vordering van de patiënt op basis van productaansprakelijkheid tegen DePuy verjaart ex art. 6:191 BW 3 jaar na aanvang van de dag volgend op die waarop de benadeelde met de schade, het gebrek en de identiteit van de producent bekend is geworden of had moeten worden. De vordering tegen DePuy vervalt door verloop van 10 jaar na de aanvang van de dag volgend op die waarop de producent de zaak in het verkeer heeft gebracht. Concreet betekent dit dat die vordering op zijn vroegst vervalt in 2013. Opgemerkt zij, dat daarmee een eventuele claim van de patiënt nog niet uitgeput is. De patiënt heeft dan nog steeds de mogelijkheid om schade te vorderen op basis van een onrechtmatige daad ex art. 6:162 BW dan wel op basis van wanprestatie ex art. 6:74 BW¹¹. De vijfjarige verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW bij een eventuele regresvordering van het Ziekenhuis naar Nederlands recht vangt niet eerder aan dan op de dag na die waarop de schadevordering opeisbaar is geworden, ook indien voordien reeds bekend is dat de schade geleden zal worden en wie de aansprakelijke persoon is¹².

Aansprakelijkheid ziekenhuizen

De aansprakelijkheid van de artsen kan naast de algemene artikelen betreffende onrechtmatige daad en wanprestatie op verschillende gronden worden gebaseerd:

Art. 6:77 BW: gebrekkig hulpmiddel¹³

Op basis van dit artikel is de arts aansprakelijk indien bij de uitvoering van de verbintenis gebruik wordt gemaakt van een zaak, die daartoe ongeschikt is. Dat wordt anders indien het – gelet op de in het verkeer geldende opvattingen – onredelijk zou zijn om de aansprakelijkheid bij de arts te leggen. In de parlementaire geschiedenis¹⁴ is daarbij uitdrukkelijk overwogen dat aansprakelijkheid van de

producent daaronder valt. Het bewijs van die onredelijke situatie ligt bij de arts. In de doctrine wordt er vooralsnog van uitgegaan dat er onvoldoende grond is om aan te nemen dat aansprakelijkheid voor hulpzaken bij medische hulpverleners in de regel onredelijk is wanneer zij niet bekend waren met een gebrek. Hulpverleners verkeren immers niet zonder meer in een positie die afwijkt van andere opdrachtnemers. Ook stelt de doctrine dat het standpunt van de wetgever van destijds, inhoudende dat het ziekenhuis als regel niet aansprakelijk is voor gebrekkige hulpzaken, als achterhaald moet worden beschouwd. De Rechtbank Breda heeft dit standpunt overgenomen¹⁵. In Den Bosch wordt daar anders over gedacht¹⁶ doch vooralsnog lijkt de aansprakelijkheid van het ziekenhuis “in belangrijke mate uitgebreid”¹⁷ te zijn. Overigens is daarmee niet zonder meer gezegd dat dús het ziekenhuis aansprakelijk is. Dat hangt mede af van het gevoerde verweer en de omstandigheden van het specifieke geval.

Art. 7:448 BW: informed consent

Bij de beoordeling van de mogelijke aansprakelijkheid van ziekenhuizen voor schade geleden door de patiënt kan worden onderscheiden in twee periodes. In de eerste plaats de periode tussen 2003 en maart 2010, toen de arts redelijkerwijs niet op de hoogte kon zijn van de mogelijk schadelijke gevolgen van de DePuy heup, in de tweede plaats de periode daarna. De arts dient de patiënt te informeren over de normale, voorzienbare risico's van een behandeling¹⁸. De arts kan een patiënt uiteraard niet informeren over risico's die hem niet bekend waren of bekend hadden kunnen zijn. DePuy heeft in maart 2010 voor de eerste keer gewaarschuwd voor het verhoogde risico van disfunctioneren van de prothese. Voor zover het protheses betreft die vóór die datum zijn geïmplantéerd, geldt de gebruikelijke informatieplicht van de arts. Voor protheses die zijn geplaatst na die datum lijkt een zwaardere informatieplicht te gelden, ervan uitgaande dat de redelijk handelend en redelijk bekwaam orthopedisch chirurg op dat moment op de hoogte had moeten zijn van het verhoogde risico. Echter, DePuy noch de MHRA heeft expliciet gewaarschuwd voor de risico's van metaalvergiftiging. Er is slechts gewezen op de mogelijkheid van de aanwezigheid van metaaldeeltjes in de weke delen. Dit in verband met de eventuele risico's bij een heroperatie. De verzwaarde informatieplicht ziet dan, naar onze mening, slechts op de risico's van voortijdig falen van de prothese en niet op het risico van metaalvergiftiging. Dit wordt uiteraard anders als de orthopedisch chirurg op andere wijze, bijvoorbeeld via de literatuur op de hoogte had kunnen en moeten zijn van het risico van metaalvergiftiging. Het ziekenhuis kan – indien de vordering wordt toegewezen – op haar beurt regres nemen op de producent, DePuy. Het ligt in de lijn der verwachting, dat DePuy waar mogelijk tegen die vorderingen verweer zal voeren¹⁹.

Bevoegde rechter

Zoals hiervoor aangegeven zijn de heupprothesen afkomstig van het in Engeland gevestigde DePuy. In het geval

patiënten dan wel regresnemende ziekenhuizen of verzekeraars een gerechtelijke procedure willen starten tegen DePuy doet zich de vraag voor welke rechter bevoegd is. Op grond van Verordening (EG) nr. 44/2001²⁰ hebben patiënten, ervan uitgaande dat geen sprake is van een forumkeuze overeenkomst²¹, de keuze ofwel een gerechtelijke procedure te starten in het land waar DePuy is gevestigd²², dus in Engeland, ofwel in het land waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan²³.

De vraag is of het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan in Nederland of in Engeland. Is dat Engeland omdat daar de gebrekkige heupen zijn gefabriceerd of is dat Nederland waar de schade is geleden? De “plaats waar het schadebrengende feit zich heeft voorgedaan” als bedoeld in art. 5 sub 3 ziet volgens het Europese Hof van Justitie in het Kalimijnenarrest²⁴ zowel op de plaats waar de schade is ingetreden (*Erfolgsort*) als op de plaats van de veroorzakende gebeurtenis (*Handlungsort*). Dit betekent dat op grond van art. 5 sub 3 Nederlandse patiënten de keuze hebben DePuy zowel voor de Nederlandse als voor de Engelse rechter te roepen.

In Engeland wordt op dit moment een class action regelingsactie opgezet. Aangezien Nederlandse patiënten ook in Engeland kunnen procederen is deze regelingsactie ook voor hen toegankelijk.

Toepasselijk recht

Indien in Nederland een procedure wordt gestart, zal de Nederlandse rechter Nederlands internationaal privaatrecht toepassen. De Nederlandse rechter zal toetsen aan het Haags Productaansprakelijkheidsverdrag 1973²⁵.

Op grond van dit verdrag is Nederlands recht van toepassing²⁶. Art. 5 bepaalt immers dat het recht van de Staat van gewone verblijfplaats van de persoon die schade lijdt van toepassing is indien dit tevens de Staat is waar het product is verkregen.

In het geval een patiënt ervoor zou kiezen om in Engeland een procedure te starten zal de Engelse rechter aan de hand van het Engels internationaal privaatrecht beoordelen welk recht op de vordering van toepassing is. Voor gevallen waarin de schadeveroorzakende gebeurtenis zich heeft voorgedaan na 11 januari 2009 zal de Engelse rechter verordening Rome II²⁷ toepassen²⁸. In dat geval zal Nederlands recht worden toegepast op zowel de vraag of DePuy aansprakelijk²⁹ is als op de omvang van de schadevergoeding³⁰. In de gevallen waarin de schadeveroorzakende gebeurtenis zich heeft voorgedaan vóór 11 januari 2009 zal de Engelse rechter het toen geldende Engels internationaal privaatrecht toepassen. Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen het recht dat van toepassing is op de vraag of DePuy aansprakelijk is en het recht dat van toepassing is op de vaststelling van de schade.

Voor het oordeel over aansprakelijkheid zal de Engelse rechter waarschijnlijk Engels recht toepassen. Het zal overigens niet veel uitmaken of Nederlands of Engels recht wordt toegepast, nu in beide landen de Europese richtlijn inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken van 1985³¹ van toepassing is.

Voor de vaststelling van de hoogte van de schadevergoe-

ding maakt dit wel uit. Volgens Engels recht wordt de schadevaststelling als een onderdeel van het procesrecht gezien³². Nu de Engelse rechter het Engelse procesrecht toepast, moet ook de schade naar Engels recht worden vastgesteld, met dien verstande dat de Engelse rechter geen schadevergoeding zal toekennen voor schadeposten die niet vorderbaar zijn naar Nederlands recht³³. Engels schadevergoedingsrecht is voor patiënten veel gunstiger dan Nederlands recht. De vergoedingen voor smartengeld zijn aanzienlijk hoger dan in Nederland³⁴.

Conclusie

De conclusie luidt dat patiënten, bij wie een heupimplantaat van DePuy werd geïmplanteerd, voor de eventuele schadelijke gevolgen DePuy aansprakelijk zouden kunnen stellen. Gezien de feiten zou – ook in rechte – betoogd kunnen worden dat de prothese gebrekkig is in de zin van art. 6:185 e.v. BW. DePuy heeft immers de kunstheupen in het verkeer gebracht, terwijl dit product niet de veiligheid biedt die men daarvan mag verwachten. Daarnaast zouden patiënten het ziekenhuis op grond van art. 6:77 BW of 7:448 BW aansprakelijk kunnen stellen. Mocht die vordering worden toegewezen, dan kan het ziekenhuis eventueel regres nemen op DePuy. Nu DePuy in Engeland is gevestigd is er een mogelijkheid om haar zowel in Nederland als in Engeland aan te spreken. Dit geldt zowel voor de vordering van de patiënt als voor de eventuele regresvordering van het ziekenhuis.

¹ Beiden zijn partner bij Legaltree en gespecialiseerd in medische aansprakelijkheid en grensoverschrijdende (letsel) schade en aansprakelijkheid.

² Newcastle University, England.

³ Volgens DePuy zou onderzoek hebben aangetoond dat vijf jaar na implementatie ongeveer 12% van de patiënten die het ASR Hip system hebben ontvangen en 13% van de patiënten die het totale ASR heupvervangende hebben ontvangen een revisieoperatie nodig hadden. Zie ook <http://www.depuy.com/netpatient>. (Volgens een recent onderzoek zou het percentage echter veel hoger zijn, te weten 49% binnen 6 jaar)

⁴ Zie ook <http://www.depuy.com/healthcare-professionals/news/recall/all-divisions/2010?page=1> [10/4/2010 11:32:06 AM].

⁵ DES arrest, HR 9 oktober 1992, NJ 1994,535.

⁶ L. Dommering-van Rongen, *Productaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2000.

⁷ Halcion arrest, HR 30 juni 1989, NJ 1990, 652

⁸ Vioxx arrest, Gerechtshof 11 januari 2011, NBP 2011, 11.

⁹ Zie ook art. 6 van de Richtlijn 85/374/EEG van 25 juli 1985 en de considerans daarop.

¹⁰ Asser/Hartkamp 2006 (III), nr 211a.

¹¹ Art. 6:193 BW Dit vloeit voort uit het aanvullende karakter van afdeling 3.

¹² HR 5 april 2012, LJN BU3784 en HR 10 oktober 2003, LJN AF9416, NJ 2003/680.

¹³ Zie ook: Broekema-Engelen, “Verbintnissenrecht” art. 77 BW.

¹⁴ Parlementaire Geschiedenis Boek 6, p. 270-272 en MvT 21561 nr 3 bij art. 7:462 BW.

¹⁵ Rb Breda 3 januari 2011, LJN BO9631 met verwijzing naar Asser 7-IV, nr 456.

¹⁶ Rb. Den Bosch 21 juli 2012, L&S 2011, 125.

- > ¹⁷ Zie De Ridder, *TvGR* 2011, pagina 682 en de daar genoemde literatuur.
- ¹⁸ HR 23 november 2002, *NJ* 2002, 386 en 387.
- ¹⁹ Zie boven onder Productaansprakelijkheid van DePuy.
- ²⁰ Verordening (EG) nr. 44/2001 van de Raad betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken; Brussel, 22 december 2000 (Brussel I)
- ²¹ Art. 23 Brussel I bepaalt dat partijen een forumkeuze overeenkomst kunnen afsluiten.
- ²² Art. 2 Brussel I bepaalt dat gedagvaard kan worden in het land waar de gedaagde woonplaats heeft.
- ²³ Art. 5 lid 3 Brussel I.
- ²⁴ HvJEU 30 november 1976, zkr 21/76 *NJ* 1977, 494.
- ²⁵ Verdrag inzake de wet welke van toepassing is op de aansprakelijkheid wegens produkten; 's-Gravenhage, 2 oktober 1983. *Trb.* 1974,84 Dit verdrag heeft een universeel formeel toepassingsgebied (art. 11).
- ²⁶ Art. 5b Haags Productenaansprakelijkheidsverdrag 1973.
- ²⁷ Verordening (EG) nr. 864/2007 van het Europese Parlement en de Raad van 11 juli 2007 betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen, *Pb EU L* 199.
- ²⁸ Volgens art. 31 is de verordening van toepassing op schadeveroorzakende gebeurtenissen die zich voordoen na de inwerkingtreding van de verordening. Rome II trad in werking op 11 januari 2009 (zie ook *Homawoo vs. GMF Assurances*, ECJ SA C-412/10).
- ²⁹ Art. 5 lid 1 a Rome II.
- ³⁰ Art. 15 Rome II.
- ³¹ *PbEG* 7.10.85, nr. I. 210/29.
- ³² Zie ook *Harding v. Wealands* op <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd060705/hardin-1.htm2006> Session 2005-2006 [2006] UKHL32 (House of Lords).
- ³³ Bijvoorbeeld smartengeld voor nabestaanden.
- ³⁴ Zie ook *Guidelines for the assessment of general damages in personal injury cases*.

De zzp'er en art. 7:658 lid 4 BW: de Hoge Raad oordeelt

Sinds de invoering van art. 7:658 lid 4 BW bestaat er onduidelijkheid in de rechtspraak en literatuur over de vraag of een zzp'er op grond van art. 7:658 lid 4 BW vergoeding van zijn schade kan vorderen van degene voor wie hij werkzaamheden heeft verricht. Op 23 maart 2012 heeft de Hoge Raad een arrest gewezen, waarin hij uitspeelt wanneer een zzp'er onder het toepassingsbereik van art. 7:658 lid 4 BW kan vallen en neemt hij een deel van de in de rechtspraak bestaande onduidelijkheid over de rechtspositie van een zzp'er weg.

In het hierna volgende bespreek ik eerst wat een zzp'er is. Daarna ga ik in op de achtergrond van art. 7:658 lid 4 BW en de in de rechtspraak en literatuur spelende vraag of een zzp'er onder het toepassingsbereik daarvan valt. Tegen deze achtergrond kom ik vervolgens toe aan een bespreking van het arrest van de Hoge Raad en sluit ik af met een beschouwing.

De zzp'er

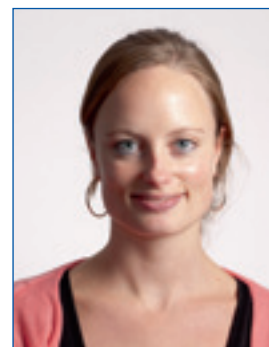
Met een zzp'er wordt een 'zelfstandige zonder personeel' bedoeld. Het gaat hier om een zelfstandig ondernemer die geen personeel in dienst heeft en die doorgaans vanuit een eenmanszaak opereert¹. De term 'zzp'er' is geen juridische. De wet kent het begrip niet.

Een zzp'er verricht in algemene zin werkzaamheden in opdracht van zijn opdrachtgever. De positie van een zzp'er verschilt daarbij van die van een werknemer die werkzaamheden op grond van een arbeidsovereenkomst verricht. Zo zijn de WW en WIA niet van toepassing, komt een zzp'er geen aanspraken uit hoofde van een cao toe en valt de zzp'er niet onder het ontslagrecht. Voor een opdrachtgever is het inschakelen van een zzp'er hierdoor vaak voordeliger is dan wanneer voor dezelfde werkzaamheden een werknemer zou worden aangesteld. Bovendien biedt het inschakelen van zzp'ers voor een opdrachtgever flexibiliteit.

Ook voor de zzp'er zelf kleven er voordelen aan het zelfstandig ondernemerschap. Hij geniet ondernemersvrijheid en kan zijn bedrijfsvoering inrichten zoals hij wil. Daar komt bij dat zzp'ers, indien zij als ondernemer kunnen worden aangemerkt, profiteren van gunstige fiscale tarieven². Daar staat echter tegenover dat zzp'ers op eigen risico werken. Zoals hiervoor werd genoemd, valt een zzp'er niet onder de WW en WIA. Raakt een zzp'er zijn opdrachten kwijt, dan zal hij uiteindelijk zijn aangewezen op een bijstandsuitkering. Voor ziekte en arbeidsongeschiktheid dient een zzp'er zelf een (particuliere) arbeidsongeschiktheidsverzekering af te sluiten³.

Een zzp'er is er in vele soorten en op vele werkterreinen. Zzp'ers zijn onder meer te vinden in de bouw, advies- en

Mevrouw mr. J. Kruijswijk Jansen
Kennedy Van der Laan Advocaten



dienstverlening, zorg, kinderopvang, post- en administratieve sector.

Achtergrond art. 7:658 lid 4 BW

Het beschermingsbereik van art. 7:658 BW is bij de inwerkingtreding van de Wet flexibiliteit en zekerheid in 1999 uitgebreid door toevoeging van lid 4. Art. 7:658 lid 4 BW bepaalt: "Hij die in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf arbeid laat verrichten door een persoon met wie hij geen arbeidsovereenkomst heeft, is overeenkomstig de leden 1 tot en met 3 aansprakelijk voor de schade die deze persoon in de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt."

In de wetsgeschiedenis en rechtspraak is uitgemaakt dat de bescherming van art. 7:658 lid 4 BW ziet op werknemers die door hun werkgever bij een derde worden tewerkgesteld, zoals bij uitzendarbeid, uitlening en aanneming van werk⁴. De bescherming van lid 4 ziet daarnaast ook op degene die niet op basis van een arbeidsovereenkomst maar op basis van een andere overeenkomst arbeid verricht in de uitoefening van het beroep of bedrijf van een ander. Voor deze laatste situatie hadden de wetgeschiedenis en de rechtspraak vooral oog op stagiairs en vrijwilligers⁵. In de literatuur is in dit verband ook wel opgemerkt dat lid 4 van art. 7:658 BW bedoeld is ter bescherming van 'werkenden' met wie de inlener weliswaar zelf geen arbeidsovereenkomst heeft gesloten, maar wel in feitelijke zin een arbeidsrelatie onderhoudt⁶. Gelet op het hiervoor genoemde toepassingsbereik, rees tot voor kort de vraag of een zelfstandige ook binnen de bescherming van art. 7:658 lid 4 BW valt. Dit ligt niet meteen voor de hand. Zo is een zzp'er geen werknemer en kan er daarom geen sprake zijn van tewerkstelling van een werknemer bij een derde. Hoewel de zzp'er doorgaans op basis van een overeenkomst zijn werkzaamheden voor zijn opdrachtgever verricht, lijkt hij niet zomaar op één lijn gesteld te kunnen worden met een stagiair of een vrijwilli-

> ger. Niet alleen staat de zzp'er met de beloning die hij voor het uitvoeren van zijn werkzaamheden ontvangt in een andere afhankelijkheidsrelatie tot zijn opdrachtgever dan een stagiair of vrijwilliger, die hooguit tegen een onkostenvergoeding werkzaamheden verrichten. Maar het doel om een zzp'er in te schakelen is ook anders dan wanneer het om een stagiair of vrijwilliger gaat. Een zzp'er wordt doorgaans als deskundige of vakman ingeschakeld voor het verrichten van specifieke werkzaamheden. Een zzp'er neemt hiermee vaak een onafhankelijke positie in ten opzichte van zijn opdrachtgever, terwijl een stagiair en vrijwilliger doorgaans juist in een duidelijk ondergeschikte en afhankelijke positie tot hun stagebedrijf of organisatie staan.

De ene zzp'er is echter de andere niet. Hiervoor werd al genoemd dat zzp'ers er in vele soorten en op vele terreinen zijn. Daarbij geldt dat per type zzp'er de voordelen en risico's anders liggen. Zo zal een zzp'er in de bouw gemakkelijker een arbeidsongeval met ernstige gevolgen overkomen, dan een financieel adviseur. De zelfstandige interim-manager zal een veel hoger uurloon kunnen bedingen dan een zelfstandige kapper of gastouder. Voor elk type zzp'er geldt dat zij in geval van een arbeidsongeval geen aanspraak kunnen maken op een werknemersverzekering. Zzp'ers dienen zich voor de risico's van arbeidsongeschiktheid zelf te verzekeren. Een arbeidsongeschiktheidsverzekering is echter vaak kostbaar, terwijl de dekking zeer specifiek is. Mede gelet op de onderlinge beloningsverschillen tussen de diverse zzp'ers bevreemdt het dan ook niet dat zzp'ers niet altijd – sterker nog, slechts in de helft van de gevallen – over een behoorlijke verzekering tegen de gevolgen van arbeidsongevallen beschikken⁷.

Tegen deze achtergrond is de vraag of een zzp'er zich op art. 7:658 lid 4 BW kan beroepen, voor een zzp'er van belang. Art. 7:658 BW brengt namelijk ten opzichte van andere aansprakelijkheidsgrondslagen – zoals art. 6:162 BW – het procesuele voordeel mee dat de bewijslast van het schenden van een zorgplicht rust op de aangesproken partij rust en dat met eventuele eigen schuld geen rekening wordt gehouden, tenzij sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid. Daar staat tegenover het belang van de opdrachtgever, die vaak een zzp'er inschakelt om daar de werkzaamheden volledig aan uit te besteden en niet om (toch) een arbeidsverhouding aan te gaan⁸. In de rechtspraak is diverse malen de vraag opgeworpen of een zzp'er op grond van lid 4 zijn schade kan verhalen op zijn opdrachtgever. De uitkomst van die procedures levert een wisselend beeld op. Hieronder doe ik een korte – niet-uitputtende – greep uit de diverse uitspraken op dit terrein.

Zo oordeelde de Rechtbank Rotterdam in haar vonnis van 4 februari 2009 dat een zelfstandig agrarische loonwerker, die op basis van een (rechtstreekse) overeenkomst van opdracht werkzaamheden voor zijn opdrachtgever verrichtte, niet onder de bescherming van art. 7:658 lid 4 BW valt⁹. De Rechtbank Zwolle oordeelde in een ouder vonnis dat voor deze situatie, waarin sprake is van een rechtstreekse opdrachtovereenkomst, art. 7:406 BW een speci-

fieke schadevergoedingsregeling biedt en art. 7:658 lid 4 BW niet hiervoor is geschreven¹⁰.

Hier staat tegenover het vonnis van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Bosch van 9 juli 2007, waarin de voorzieningenrechter oordeelde dat een zzp'er een vordering op grond van art. 7:658 lid 4 BW tegen zowel de zzp'er door wie hij is ingehuurd als diens opdrachtgever, de hoofdaannemer van het bouwproject, op grond van art. 7:658 lid 4 kan instellen¹¹. Dat de zzp'er geen werknemer is, staat niet aan toepassing van art. 7:658 lid 4 BW in de weg. Het Hof Den Bosch oordeelde in zijn arrest van 2 november 2010 dat ook de situatie dat een zzp'er door zijn opdrachtgever wordt tewerkgesteld bij een derde, de zzp'er de mogelijkheid geeft om op grond van art. 7:658 lid 4 BW deze derde aan te spreken.

In het afgelopen jaar sprongen de arresten van het Hof Amsterdam van 22 februari 2011 in het oog¹². Deze zien op hetzelfde feitencomplex, waarbij een zzp'er door een andere zzp'er was ingeschakeld om lijmwerkzaamheden te verrichten op een bouwproject van 37 nieuwbouwwoningen. De zzp'er sprak in de procedure naast zijn opdrachtgever (de andere zzp'er) zowel de aannemer als de hoofdaannemer aan op grond van art. 7:658 lid 4 BW. In deze arresten oordeelde het hof: *“Geïntimeerde [de zzp'er; JKJ] kan naar de letter van de tekst als “een persoon” als genoemd in de eerste zinsnede van artikel 7:658 lid 4 BW worden beschouwd. Voor een bevestigende beantwoording van de vraag of in dit geval artikel 7:658 lid 4 BW van toepassing is, is echter vereist a. dat de (door geïntimeerde) verrichte werkzaamheden vallen onder de normale bedrijfsuitoefening van X en b. of sprake was van enige gezagsverhouding tussen X en geïntimeerde in die zin dat X zeggenschap had over de wijze van uitvoering van de werkzaamheden door geïntimeerde.”*¹³.

Maar ook met deze arresten bleef in de rechtspraak nog de nodige onduidelijkheid bestaan over het toepassingsbereik van art. 7:658 lid 4 BW. Hiervan getuigt het vonnis van de Rechtbank Den Bosch van 13 juli 2011, waarin de rechtbank oordeelde dat de jurisprudentie van art. 7:658 lid 4 BW niet eenduidig is, vooral nu niet vaststaat of dit artikel zo ruim moet worden uitgelegd dat niet alleen werknemers maar ook zelfstandigen hieraan aanspraken kunnen ontlenen¹⁴. Kortom, voor de rechtspraak was een oordeel van de Hoge Raad gewenst.

Wat zegt de Hoge Raad

In het arrest van 23 maart 2012 buigt de Hoge Raad zich (eindelijk) over de vraag of een zzp'er de bescherming van lid 4 van art. 7:658 BW kan genieten. In deze zaak is het volgende het geval. X dreef een eenmanszaak waarmee hij in opdracht van derden onder meer staalconstructies en machines vervaardigde en machines repareerde. X heeft eind 2004 tot en met begin 2005 in opdracht van Allspan Barneveld B.V. (hierna Allspan) reparatiewerkzaamheden verricht aan een vezelverwerkingsmachine bij een aan Allspan gelieerde vennootschap, te weten N.V. Royalspan (hierna Royalspan). X verrichtte de reparatiewerkzaam-

heden als (onder)aannemer van Allspan. Bij het uitvoeren van de werkzaamheden aan de vezelverwerkingsmachine is X op 8 februari 2005 een ernstig ongeval overkomen. X is met zijn rechterbeen in de draaiende schroef van de machine terechtgekomen. X heeft daarop Allspan op grond van art. 7:658 lid 4 BW aansprakelijk gesteld voor de door hem geleden en te lijden schade.

De rechtbank en het hof wezen de vordering van X af. Het hof overwoog daartoe dat – los van de vraag of X als zelfstandig ondernemer kan worden aangemerkt als een persoon in de zin van art. 7:658 lid 4 BW – de vordering van X niet kon slagen omdat niet was voldaan aan het vereiste dat de door X bij Royalspan verrichte werkzaamheden zijn verricht in de uitoefening van het bedrijf van Allspan. Volgens het hof bestaat de bedrijfsuitoefening van Allspan uit het verwerken van resthout uit de houtindustrie tot houtkrullen en houtkorrels, waarbij van vezelverwerkingsmachines gebruik wordt gemaakt. Het verrichten van regulier onderhoudswerk aan deze machines kan nog worden aangemerkt als werkzaamheden die worden verricht in de uitoefening van het bedrijf, nu dit onderhoudswerk aan de vezelverwerkingsmachines in het verlengde ligt van de verwerking van resthout. Dat is echter niet het geval met reparatiewerkzaamheden aan deze machines. Deze werkzaamheden kunnen volgens het hof bezwaarlijk worden gerekend tot het verwerken van resthout. Daarop wijst ook de omstandigheid dat Allspan deze reparatiewerkzaamheden niet zelf verricht, maar juist uitbesteedt aan derden zoals X. Bovendien heeft X de reparatiewerkzaamheden niet aan een machine van Allspan zelf verricht, maar aan die van een derde, Royalspan.

In cassatie staan vervolgens twee vragen centraal. Allereerst komt aan de orde of X als zelfstandig ondernemer kan worden aangemerkt als “een persoon” die in de zin van art. 7:658 lid 4 BW arbeid verricht in het bedrijf van zijn opdrachtgever. Daarnaast is aan de orde of de reparatiewerkzaamheden die X aan de vezelverwerkingsmachine van Royalspan verrichtte, zijn aan te merken als werkzaamheden in de uitoefening van het bedrijf van Allspan. Voor de beantwoording van deze vragen gaat de Hoge Raad in op de achtergrond van lid 4 van art. 7:658 BW.

“Een persoon”

De Hoge Raad wijst erop dat met lid 4 is beoogd om, zoals hiervoor bij de bespreking van de achtergrond van art. 7:658 lid 4 BW al ter sprake kwam, ook voor de gevallen waarin een werknemer die door zijn werkgever bij een derde wordt tewerkgesteld een grondslag voor aansprakelijkheid te bieden indien die derde tekort schiet in het treffen van veiligheidsmaatregelen en de werknemer daardoor schade lijdt. De bescherming van lid 4 ziet daarnaast ook op degene die niet op basis van een arbeidsovereenkomst, maar op basis van een andere – bijvoorbeeld stage) overeenkomst – arbeid verricht in de uitoefening van het beroep of bedrijf van een ander. De Hoge Raad verwijst naar de wetsgeschiedenis, waaruit blijkt waarom het in al deze situaties wenselijk is dat degene die arbeid laat verrichten in zijn bedrijf aansprakelijk is voor een ongeval als

hij verwijtbaar tekort is geschoten in de op hem rustende verplichting om veiligheidsmaatregelen te treffen:

“Achtergrond van het nieuwe lid 4 is dat de vrijheid van degene die een beroep of bedrijf uitoefent om te kiezen voor het laten verrichten van het werk door werknemers of door anderen niet van invloed behoort te zijn op de rechtspositie van degene die het werk verricht en betrokken raakt bij een bedrijfsongeval of anderszins schade oploopt. Met andere woorden: een werkgever die zijn zorgverplichtingen niet nakomt dient op gelijke voet aansprakelijk te zijn voor de schade van werknemers en anderen die bij hem werkzaam zijn.”¹⁵

Een soortgelijk citaat werd ook eerder tijdens de parlementaire behandeling van de invoering van art. 7:658 lid 4 BW genoemd, waaraan toen werd toegevoegd: *“Daarom dient de aansprakelijkheid van de inlener voor bedrijfsongevallen waarbij (ook) anderen dan eigen werknemers betrokken zijn, een specifieke wettelijke grondslag te krijgen. De hiervoor gestelde bepaling biedt deze grondslag.”¹⁶*

Volgens de Hoge Raad volgt uit deze citaten dat de wetgever heeft bedoeld om met art. 7:658 lid 4 BW: *“bescherming te bieden aan personen die zich, wat betreft de door de werkgever in acht te nemen zorgverplichtingen, in een met een werknemer vergelijkbare positie bevinden. Dit brengt mee dat art. 7:658 lid 4 zich voor toepassing leent indien de persoon die buiten dienstbetrekking werkzaamheden verricht, voor de zorg van zijn veiligheid (mede) afhankelijk is voor degene voor wie hij die werkzaamheden verricht. Of dit het geval is, zal aan de hand van de omstandigheden van het geval bepaald moeten worden, waarbij onder meer van belang zijn de feitelijke verhouding tussen betrokkenen en de aard van de verrichte werkzaamheden, alsmede de mate waarin de “werkgever”, al dan niet door middel van hulp-personen, invloed heeft op de werkomstandigheden van degene die de werkzaamheden verricht en de daarmee verband houdende veiligheidsrisico’s.”¹⁷*

De door het hof niet beantwoorde vraag – of een zelfstandige als “een persoon” in de zin van art. 7:658 lid 4 BW kan worden aangemerkt – kan volgens de Hoge Raad wel worden beantwoord en wel aan de hand van de maatstaven uit het hiervoor aangehaalde citaat. Dit betekent voor de onderhavige zaak dat het enkele feit dat X als zelfstandige werkzaamheden als (onder)aannemer heeft verricht, op zichzelf niet aan een beroep op art. 7:658 lid 4 BW in de weg staat, aldus de Hoge Raad.

Bedrijfsuitoefening

Ten aanzien van de tweede vraag, te weten of de reparatiewerkzaamheden die X in opdracht van Allspan bij Royalspan verrichtte behoren tot de bedrijfsuitoefening van Allspan, wijst de Hoge Raad op het volgende. De minister merkte tijdens de parlementaire behandeling van lid 4 van art. 7:658 BW op dat het voor werkzaamheden die een opdrachtgever in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf laat verrichten, moet gaan om: *“werkzaamheden die de derde [de opdrachtgever; JKJ] in het kader van de uitoefening van zijn beroep of bedrijf ook door eigen werknemers had kunnen laten verrichten.”¹⁸*

- > In de wetsgeschiedenis worden verder geen criteria gegeven aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of sprake is van werkzaamheden die tot de bedrijfsuitoefening van de opdrachtgever behoren. De Hoge Raad oordeelt in vervolg hierop: *“Aangenomen moet worden dat de reikwijdte van de bepaling niet beperkt is tot werkzaamheden die tot het wezen van de beroeps- of bedrijfsuitoefening van de desbetreffende opdrachtgever kunnen worden gerekend of normaal gesproken in het verlengde daarvan liggen. Mede gelet op het beschermingskarakter van art. 7:658 lid 4 kunnen daaronder ook andere werkzaamheden vallen, waarbij bepaald is of de verrichte werkzaamheden, gelet op de wijze waarop de desbetreffende opdrachtgever aan zijn beroep of bedrijf invulling pleegt te geven, feitelijk tot zijn beroeps- of bedrijfsuitoefening behoren. Dit zal aan de hand van de omstandigheden van het geval beoordeeld moeten worden.”*

Voor de onderhavige zaak betekent dit dat het oordeel van het hof dat de reparatiewerkzaamheden van X in het algemeen niet behoren tot werkzaamheden die in het verlengde liggen van de verwerking van resthout en dat daarom geen sprake is van werkzaamheden die tot de bedrijfsuitoefening van Allspan behoren, onjuist is. De door X verrichte reparatiewerkzaamheden kunnen tot de bedrijfsuitoefening van Allspan gerekend worden indien zij, gelet op de wijze waarop Allspan invulling placht te geven aan haar bedrijf, feitelijk tot haar bedrijfsuitoefening behoren. Ook het feit dat Allspan de reparatiewerkzaamheden juist had uitbesteed aan een derde zoals X en de werkzaamheden niet bij Allspan maar bij Royalspan werden uitgevoerd, betekent op zichzelf niet dat X deze werkzaamheden niet in de uitoefening van het bedrijf van Allspan heeft verricht. De Hoge Raad hecht in dit verband waarde aan de stellingen van X in hoger beroep dat één van de bedrijfsactiviteiten van Allspan juist bestond uit het voor derden op locatie verrichten van reparatiewerkzaamheden en dat de bestuurder van Allspan de benodigde technische kennis zelf in huis had en ook betrokken was bij de uitvoering van de reparatiewerkzaamheden van X bij Royalspan. Deze stellingen had het hof niet kenbaar in zijn beoordeling betrokken, maar kunnen volgens de Hoge Raad op zichzelf de conclusie dragen dat de door X bij Royalspan verrichte werkzaamheden hebben plaatsgevonden in de uitoefening van het bedrijf van Allspan. De slotsom van het arrest is dat de zaak wordt terugverwezen naar het hof, alwaar op basis van de door de Hoge Raad geschetste maatstaven zal dienen te worden beoordeeld of X als zelfstandig ondernemer aanspraak kan maken op de bescherming van art. 7:658 lid 4 BW.

Beschouwing

De Hoge Raad maakt duidelijk dat een zzp'er onder het toepassingsbereik van art. 7:658 lid 4 kan vallen. De discussie over de vraag of een zzp'er 'een persoon' in de zin van lid 4 kan zijn en dus aanspraak kan maken op dit artikel, is hiermee definitief beslecht. Wel blijkt uit het arrest dat een zzp'er niet zonder meer onder de bescherming van lid 4 valt. Het gaat erom of de zzp'er zich in een vergelijkbare positie met een werknemer bevindt. In een situatie,

waarin de opdrachtgever de keuze heeft om ofwel een werknemer in dienst te nemen voor het uitvoeren van de werkzaamheden ofwel een zzp'er in te schakelen, dient de zzp'er dezelfde rechtsbescherming te kunnen genieten als een werknemer. Deze keuzevrijheid van de opdrachtgever mag er volgens de beschermingsgedachte namelijk niet toe leiden dat afbreuk wordt gedaan aan de zorgplicht van de opdrachtgever voor een veilige werkomgeving. Voor de beantwoording van de vraag of een zzp'er zich in een vergelijkbare positie met een werknemer bevindt, dient volgens de Hoge Raad per geval te worden beoordeeld of de zzp'er voor zijn veiligheid afhankelijk is van de opdrachtgever voor wie hij zijn werkzaamheden verricht. Dit wordt mede ingevuld door de feitelijke verhouding tussen de zzp'er en zijn opdrachtgever en de aard van de werkzaamheden die de zzp'er voor zijn opdrachtgever verricht. Ook de mate waarin de opdrachtgever invloed heeft op de werkomstandigheden van de zzp'er en op de daarmee verband houdende veiligheidsrisico's spelen bij deze beoordeling een rol¹⁹.

Naar mijn oordeel sluit de Hoge Raad hiermee in zekere zin aan bij de arresten van het Hof Amsterdam van 22 februari 2011, waarin één van de twee vereisten om onder het toepassingsbereik van art. 7:658 lid 4 BW te vallen, betrof het bestaan van enige gezagsverhouding tussen de zzp'er en zijn opdrachtgever in die zin dat de opdrachtgever zeggenschap heeft over de wijze van uitvoering van de werkzaamheden. Hoewel de Hoge Raad niet specifiek een gezagsverhouding en zeggenschap noemt, maar volstaat met een in algemene bewoordingen gevat beoordelingskader, meen ik dat dit aspect wel past binnen de geest van dat beoordelingskader. Het gaat er immers om te verifiëren of een zzp'er zich voor wat betreft zijn veiligheid in een afhankelijke positie ten opzichte van zijn opdrachtgever bevindt²⁰. Zeggenschap over de wijze waarop een zzp'er zijn werkzaamheden dient te verrichten lijkt een duidelijke indicatie voor een dergelijke afhankelijke positie. In die situatie dient een zzp'er immers de (eventuele) aanwijzingen en instructies van de opdrachtgever over de wijze waarop hij zijn werkzaamheden moet verrichten, op te volgen en zal hij zich dus moeten scharen achter de door de opdrachtgever bepaalde (onveilige of veilige) werkwijze.

Ook in de situatie dat sprake is van een (meer) onafhankelijk opererende zzp'er, valt mijns inziens niet uit te sluiten dat deze zzp'er onder het toepassingsbereik van art. 7:658 lid 4 BW zou kunnen vallen. Het door de Hoge Raad geschetste beoordelingskader heeft immers tot doel de vraag te beantwoorden of de zzp'er zich voor wat de betreft de zorgplicht van de opdrachtgever in een vergelijkbare positie met een werknemer bevindt. Dat een zzp'er autonoom is in het uitvoeren van zijn werkzaamheden, betekent niet zonder meer dat de opdrachtgever geen enkele invloed meer zou hebben op de omstandigheden waaronder de zzp'er zijn werkzaamheden uitvoert en daardoor in een andere positie zou verkeren dan de werknemers van de opdrachtgever. Een zzp'er kan immers zijn gehouden zijn werkzaamheden in het kantoorpand

van de opdrachtgever uit te voeren of gebruik te maken van gereedschappen of hulpmiddelen van de opdrachtgever. Indien de zzp'er een ongeval overkomt dat (uitsluitend) is veroorzaakt door een onveilig pand, gebrekkige gereedschappen of hulpmiddelen, maakt het niet zo veel uit hoe autonoom de zzp'er was in de uitvoering van zijn werkzaamheden. Het gaat er mijns inziens om of de zzp'er zich gelet op

- de aard van het ongeval;
- de omstandigheden waaronder dat plaatsvond; en
- het soort zorgplichtschending dat in het geding is, in een vergelijkbare positie met werknemers bevindt²¹.

Wil een zzp'er met succes zijn opdrachtgever kunnen aanspreken voor de in de uitvoering van zijn werkzaamheden opgelopen schade, dan is daarnaast vereist dat de werkzaamheden die de zzp'er heeft verricht tot de bedrijfsuitoefening van de opdrachtgever behoren. Uit het onderhavige arrest kan worden afgeleid dat het hierbij niet alleen gaat om werkzaamheden die de zogenoemde core business van het bedrijf van de opdrachtgever betreffen. Ook daarbuiten gelegen werkzaamheden kunnen tot de bedrijfsuitoefening van de opdrachtgever behoren. Het gaat er namelijk niet om of de door de zelfstandige verrichte werkzaamheden in het algemeen tot het bedrijf van de opdrachtgever behoren, maar of die werkzaamheden feitelijk deel uitmaken van de bedrijfsuitoefening van de opdrachtgever. Hoe groot het aandeel van die werkzaamheden in de bedrijfsuitoefening van de opdrachtgever is, lijkt niet (direct) van belang.

De Hoge Raad maakt aldus duidelijk dat de in de literatuur ook wel verdedigde objectieve benadering voor de beantwoording van de vraag of de werkzaamheden tot de bedrijfsuitoefening van de opdrachtgever behoren, niet opgaat²². Volgens die benadering is bepalend of de betreffende werkzaamheden in objectieve zin tot het terrein van de opdrachtgever kunnen worden gerekend. Ook het door het Hof Amsterdam aangenomen vereiste of de werkzaamheden van de zzp'er behoren tot de 'normale' bedrijfsuitoefening van de opdrachtgever, volgt de Hoge Raad niet²³. De term 'normale' bedrijfsuitoefening doet immers verwijzen naar de bedrijfseigen werkzaamheden (core business) van de opdrachtgever. De Hoge Raad wil hier allemaal niet aan: per geval zal aan de hand van de concrete omstandigheden dienen te worden beoordeeld of de werkzaamheden feitelijk tot de bedrijfsuitoefening van de opdrachtgever behoren, ongeacht wat haar hoofdactiviteit is.

Bij de beoordeling of de werkzaamheden feitelijk tot de bedrijfsuitoefening van de opdrachtgever behoren, gaat het erom of de opdrachtgever de werkzaamheden die hij aan de zelfstandige heeft uitbesteed, ook door zijn eigen werknemers had kunnen laten verrichten. De Hoge Raad geeft aan dat bij deze toets de wijze waarop de opdrachtgever invulling pleegt te geven aan zijn bedrijf in ogenschouw dient te worden genomen. Mijns inziens vormen deze aspecten elkaars verlengde en zijn zij inwisselbaar. Enerzijds vormt het feit, dat een opdrachtgever bepaalde

werkzaamheden ook aan eigen werknemers kan overlaten, een aspect van de wijze waarop de opdrachtgever aan zijn bedrijf invulling pleegt te geven. Anderzijds vormt de wijze, waarop de opdrachtgever aan zijn bedrijf invulling geeft, een indicatie dat de werkzaamheden ook door eigen werknemers kunnen worden verricht. Dit is wellicht precies wat de Hoge Raad bij deze beoordeling voor ogen heeft: linksom en rechtsom kan – in beginsel – worden vastgesteld of sprake is van werkzaamheden die gegeven alle omstandigheden van het geval tot de feitelijke bedrijfsuitoefening van de opdrachtgever behoren. De toets of de werkzaamheden ook door eigen werknemers hadden kunnen worden verricht, sluit aan bij de hiervoor genoemde toets of de zzp'er zich in een met een werknemer vergelijkbare positie bevindt, die in het kader van de vraag of een zzp'er "een persoon" is in de zin van art. 7:658 lid 4 BW dient plaats te vinden. Beide toetsen komen zij neer op dezelfde beschermingsgedachte: de bescherming, die de eigen werknemers genieten komt – juist omdat deze hetzelfde soort werk doet onder omstandigheden die ook zouden gelden voor eigen werknemers – ook toe aan een persoon als bedoeld in lid 4,²⁴. Ook hier lijkt aldus te gelden dat de keuzevrijheid die de opdrachtgever heeft om niet een werknemer maar een zzp'er in te schakelen, geen afbreuk dient te doen aan de zorgplicht van de opdrachtgever voor een veilige werkomgeving.

Tot slot wil ik erop wijzen dat het algemene oordeel van de Hoge Raad over de reikwijdte van art. 7:658 lid 4 BW, waartoe de Hoge Raad op basis van de achtergrond en wetsgeschiedenis van dit artikellid komt, zich niet beperkt tot situaties waarin getoetst dient te worden of een zzp'er onder het toepassingsbereik van lid 4 valt. Het oordeel van de Hoge Raad betreft immers een algemeen oordeel over de reikwijdte van art. 7:658 lid 4 BW. Dit brengt mee dat het arrest ook buiten de situatie van een zzp'er toepasbaar is. In alle situaties waarin een persoon, anders dan op basis van een arbeidsovereenkomst, werkzaamheden in het bedrijf van zijn opdrachtgever verricht, dient aldus op basis van de hiervoor geschetste maatstaven van de Hoge Raad te worden beoordeeld of sprake is van "een persoon" in de zin van lid 4 en of die persoon werkzaamheden heeft verricht die tot de bedrijfsuitoefening van de opdrachtgever behoren.

Conclusie

Met het arrest van de Hoge Raad is er meer duidelijkheid gekomen over de rechtspositie van de zzp'er die in de uitoefening van zijn werkzaamheden voor zijn opdrachtgever een ongeval overkomt. Een zzp'er kan onder het toepassingsbereik van art. 7:658 lid 4 BW vallen indien hij zich voor wat betreft de zorgplicht van de opdrachtgever in een vergelijkbare positie met een werknemer bevindt en hij aldus voor zijn veiligheid afhankelijk is van zijn opdrachtgever. In dat geval moet de zzp'er bovendien werkzaamheden voor de opdrachtgever hebben verricht die tot zijn bedrijfsuitoefening behoren. Hiervan is sprake als de werkzaamheden, gelet op de wijze waarop de opdrachtgever aan zijn bedrijf invulling geeft, feitelijk tot

> de bedrijfsuitoefening behoren en zij ook door eigen werknemers hadden kunnen worden verricht. Duidelijk mag echter zijn dat het arrest van de Hoge Raad niet impliceert dat een zzp'er zonder meer de bescherming van art. 7:658 lid 4 BW geniet. Het hangt van alle concrete omstandigheden van het geval af of een zzp'er op één lijn gesteld kan worden met eigen werknemers en of zijn werkzaamheden deel uitmaken van de bedrijfsuitoefening van de opdrachtgever. Juist nu zzp'ers er in vele soorten en op vele terreinen zijn, blijven er aan hun rechtspositie onduidelijkheden kleven. Het afsluiten van een deugdelijke arbeidsongeschiktheidsverzekering is mijns inziens voorlopig dan ook nog geen overbodige luxe voor een zzp'er.

¹ Volgens de SER drijft 70% van de zzp'ers een eenmanszaak en 30% opereert vanuit een VOF, maatschap of commanditaire vennootschap of ander formeel samenwerkingsverband. Zie het SER advies: *Zzp'ers in beeld*, 15 oktober 2010, p. 30.

² SER advies: *Zzp'ers in beeld*, 15 oktober 2010, p. 45.

³ In de praktijk blijkt dat slechts de helft van de zzp'ers dit doet. Zie SER advies: *Zzp'ers in beeld*, 15 oktober 2010, p. 107.

⁴ Zie voor het toepassingsbereik van art. 7:658 lid 4 BW in de wetsgeschiedenis: Kamerstukken II, 1997/1998, 25 263, nr. 14, p. 6.

⁵ Zie bijv. voor stagiairs Hof Arnhem 7 mei 1996, *JAR* 1997, 127 en voor vrijwilligers Hof Arnhem 11 januari 2005, *JAR* 2005, 74. De minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid heeft destijds naar aanleiding van laatstgenoemd arrest aan de Tweede Kamer laten weten zich te kunnen verenigen met de uitspraak van het hof dat de zorg van de werkgever voor de veiligheid van de voor hem werkzame personen zich ook tot vrijwilligers uitstrekt (Aanhangsel van de Handelingen, 2004 – 2005, nr. 1651).

⁶ H. Lebbing en A. van der Veen, "Aansprakelijkheid voor (letsel) schade van een zzp'er", *TVP* 2011, 3, p. 93.

⁷ SER advies: *Zzp'ers in beeld*, 15 oktober 2010, p. 107.

⁸ Zie ook H. Lebbing en A. van der Veen, "Aansprakelijkheid voor

(letsel) schade van een zzp'er", *TVP* 2011, 3, p. 94/95, waarin zij wijzen op de initiële partijbedoeling van de zzp'er en zijn opdrachtgever die erop lijkt te zijn gericht de bepalingen van het arbeidsrecht te ontwijken.

⁹ Rb. Rotterdam 4 februari 2009, *LJN* BI7365.

¹⁰ Rb. Zwolle 28 november 2001, *NJ* 2002/253.

¹¹ V.zr. Rb. Den Bosch 9 juli 2007, *LJN* BA9363.

¹² Hof Amsterdam 22 februari 2011, *LJN* BP6637, BP6445 en BP6622.

¹³ Dit oordeel is ten aanzien van alle aangesproken partijen gegeven.

¹⁴ Rb. Den Bosch 13 juli 2011, *LJN* BR1652.

¹⁵ *Kamerstukken I*, 1998/1999, 26 267, nr. 110b, p. 7.

¹⁶ *Kamerstukken II*, 1997/1998, 25 263, nr. 14, p. 6.

¹⁷ Slot r.o. 3.6.2 van Hoge Raad 23 maart 2012, *LJN* BV0616.

¹⁸ *Kamerstukken II*, 1998-1999, 26 257, nr. 7, p. 15.

¹⁹ Zie rechtsoverweging 3.7 en 3.6.2 van het arrest.

²⁰ Zie in dit verband ook A-G Hammerstein in r.o. 3.35 en 3.37 van zijn conclusie voor het arrest van Hoge Raad 23 maart 2012, *LJN* BV0616.

²¹ Anders: K. Teuben in de bespreking van het onderhavige arrest op www.cassatieblog.nl. Zij wijst erop dat een interim-manager die zich voor een uurtarief van enkele honderden euro's per uur laat inhuren door een bedrijf en zijn werkzaamheden daar met een hoge mate van autonomie verricht, niet zonder meer kan worden vergeleken met bijvoorbeeld een verpleegkundige die als zzp'er in een ziekenhuis werkt en zich niet onderscheidt van andere verpleegkundigen die daar in loondienst werken. Mijns inziens zal, zoals gezegd, het vooral van de aard van het ongeval, de omstandigheden waaronder dat plaatsvond en het soort zorgplichtschending dat in het geding is, afhangen of een zzp'er met andere werknemers van de opdrachtgever is te vergelijken en aldus de bescherming van art. 7:658 lid 4 BW geniet.

²² Zie bijv. T. Hartlief, "Het bereik van de werkgeversaansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen: de betekenis van art. 7:658 lid 4", *WPNR* 1999, 6379, p. 852.

²³ Hof Amsterdam 22 februari 2011, *LJN* BP6637, BP6445 en BP6622.

²⁴ Zie A-G Hammerstein in r.o. 3.34 van zijn conclusie voor het arrest van Hoge Raad 23 maart 2012, *LJN* BV0616.

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

Website: www.stichtingpiv.nl

M.m.v. drs. P. (Peter) J.M. van Steen, tekstschrijver

Creatie & realisatie: Quantas, Rijswijk