

Het meten van onderpresteren bij whiplashslachtoffers; veelbelovend maar juridisch lastig te vertalen

*Dr. A.A. Vendrig**

1. Inleiding

In whiplashzaken worden door medisch deskundigen expertiseonderzoeken uitgevoerd bij het slachtoffer om de ongevalsgevolgen in kaart te brengen. Neuropsychologisch onderzoek is een van de verschillende soorten expertiseonderzoek die geregeld bij whiplashslachtoffers worden uitgevoerd. Sinds enkele jaren zien we een gestage opmars van zogenoemde 'symptoomvaliditeitstesten' in neuropsychologische expertises van whiplashslachtoffers. Een andere term die in dit verband gebruikt wordt, is 'onderpresteren'. Het gaat om testen die de inzet van de onderzochte meten en die daarmee iets zeggen over de waarde, in vakjargon validiteit genoemd, van de uitkomsten van het onderzoek. Het is niet altijd even duidelijk voor letselschadeadvocaten en rechters wat nu de implicatie en reikwijdte is van de bevinding dat er sprake is van 'onderpresteren'. In de praktijk zien we namelijk dat er nogal uiteenlopende conclusies aan worden verbonden. De volgende vragen dringen zich op. Kan onderpresteren ook een gevolg zijn van klachten zoals pijn en vermoeidheid? Zegt onderpresteren iets over de betrouwbaarheid van de onderzochte? Hoe wordt onderpresteren eigenlijk vastgesteld? Zegt onderpresteren iets over de neiging om klachten te overdrijven? In deze bijdrage zal nader worden ingegaan op wat nu symptoomvaliditeitstesten inhouden, wat de reikwijdte ervan is, en zal getracht worden een antwoord te vinden op bovengestelde vragen.

2. Wat zijn eigenlijk symptoomvaliditeitstesten?

Om een goed begrip te ontwikkelen van symptoomvaliditeitstesten dienen we ons allereerst te realiseren dat bij de vaststelling van bepaalde klachten en beperkingen we de 'actieve medewerking' van de patiënt nodig hebben. Wat wordt hiermee bedoeld? Veel beperkingen, zo niet de meeste beperkingen, kunnen worden vastgesteld zonder dat enige inzet van de patiënt is vereist. Denk hierbij aan zaken zoals het constateren van afwijkingen in het bloed, het missen van een vinger, afwijkende reflexen, afwijkingen zichtbaar bij beeldvormend onderzoek, enzovoort. Anders ligt dit voor afwijkingen die pas zichtbaar worden bij inspanning. Voor het meten van de long-

inhoud is een zekere inspanning van de patiënt vereist. Dit geldt ook voor het vaststellen van een bewegingsbeperking. Als de arts aan de patiënt vraagt het hoofd te draaien en de patiënt doet dit niet of in zeer beperkte mate, dan kan op basis van deze waarneming niet zonder meer geconcludeerd worden dat er ook sprake is van een bewegingsbeperking. In theorie is dit alleen zo als de patiënt zich maximaal heeft ingespannen. Met andere woorden, de uitslag van een inspanningstest heeft alleen betekenis voor de vaststelling van een beperking als aan de voorwaarde is voldaan dat er ook een maximale inspanning is geleverd. In veel gevallen hoeven we hier niet aan te twijfelen. Als een patiënt bij zijn huisarts komt en deze vraagt een maximale inspanning te leveren bij een bepaalde test, en er spelen geen andere belangen dan de gezondheid van de persoon zelf, dan kunnen we aannemen dat de persoon ook daadwerkelijk een maximale inspanning zal leveren. Hoewel er dan zelfs ook factoren kunnen spelen die verstorend kunnen werken. Denk hierbij aan zaken zoals anticipatie op pijntoename en angst om een lichaamsdeel te forceren waardoor de persoon zich minder inspannt dan hij in werkelijkheid zou kunnen.

De context waarin patiënten worden onderzocht in het kader van een letselschadezaak is een geheel andere dan in de reguliere zorg. In letselschadezaken spelen factoren¹ die bewust of onbewust de patiënt ervan kunnen weerhouden zich maximaal in te spannen omdat een slechte uitkomst soms bepaalde voordelen kan opleveren.

Wat geldt voor het vaststellen van een bewegingsbeperking geldt in nog sterkere mate voor neuropsychologisch onderzoek. De uitkomst van neuropsychologische testen is in hoge mate afhankelijk van de inzet van de persoon. Als we de onderzochte vragen een serie woorden te onthouden en hij kan er slechts enkele reproduceren, dan moeten we het daarmee doen, ervan uitgaande dat hij zijn best heeft gedaan. Maar is dit ook zo? Weet hij ze echt niet meer? Doet hij wel zijn best? Het zijn deze vragen die het uitgangspunt vormen van symptoomvaliditeitstesten.

Symptoomvaliditeitstesten testen – althans dat is de prententie van deze testen – of aan de voorwaarde van maximale inspanning is voldaan. Hierbij moeten we wel goed in de gaten

* Dr. A.A. Vendrig is klinisch psycholoog en werkzaam in Gezondheidscentrum Vledder en Gezondheidscentrum 'De Wissel' in Noordwolde en als hoofddocent diagnostiek verbonden aan RINO Noord-Holland (postdoctoraal opleidingsinstituut voor beroepen in de GGZ).

1. In tabel 2 wordt een aantal van zulke factoren genoemd.

houden dat deze testen maar één kant op meten. Ze kunnen de onderzochten eruit pikken die zich onvoldoende hebben ingespannen. Echter, bij een niet-afwijkende uitslag op een symptoomvaliditeitstest weten we nog niet zeker of de onderzochte zich ook echt maximaal heeft ingespannen. De uitslag op een symptoomvaliditeitstest is dus nooit een 'bewijs' van maximale inzet. Maximale inzet valt simpelweg niet te bewijzen. Het enige dat we kunnen zeggen bij een 'negatieve' uitslag – als er geen onderpresteren is vastgesteld – is dat we geen reden hebben aan te nemen dat de persoon zich onvoldoende heeft ingespannen.

3. Hoe groot is het probleem?

Zoals gezegd, maximale inspanning is een voorwaarde waaraan voldaan moet zijn om van een valide neuropsychologisch onderzoek te kunnen spreken. Maar hoe groot is het probleem eigenlijk? Komt het vaak voor? In de Verenigde Staten zijn schattingen gepubliceerd van rond de 30% in letselschade- en arbeidsrechtelijke zaken.² Green en medeonderzoekers konden vaststellen dat de testresultaten van patiënten in een expertisearrangement voor ongeveer de helft verklaard worden door de mate van inzet.³ Green kwam in hetzelfde onderzoek tot de conclusie dat de invloed van de inzet van de betrokkene op het uiteindelijke testresultaat groter is dan de ernst van het hersenletsel. In een recent onderzoek waar de resultaten van eerdere studies opnieuw werden doorgerekend, kon men preciezer vaststellen dat de invloed van inzet op het testresultaat vijf keer zo groot is als de ernst van het letsel.⁴ Een in Nederland uitgevoerd onderzoek toonde aan dat bij 57% van de onderzochten – de onderzochten werden neuropsychologisch getest vanwege een arbeids- of civielrechtelijke procedure – sprake was van onderpresteren.⁵ Onderpresteren komt vaker voor bij whiplashpatiënten die worden onderzocht in expertises dan bij whiplashpatiënten die worden getest in de reguliere zorg.⁶ Nu zou men kunnen opvoeren dat patiënten die in een letselschadezaak verwickeld zijn, ernstiger letsel hebben omdat zij degenen zijn die klachten blijven houden. Nu doet zich echter de bijzondere situatie voor dat onderzoek consistent aantoonde dat onderpresteren juist frequenter voorkomt bij patiënten met lichter hersenletsel.⁷ Zou onderpresteren een gevolg zijn van het hersenletsel, dan zou men juist verwachten dat bij een toename van de ernst onderpresteren vaker voorkomt. Maar

het omgekeerde is juist het geval. Men zou ook kunnen zeggen dat zo'n observatie bewijst dat testen voor onderpresteren ongevoelig zijn voor de ernst van het letsel. Waarom onderpresteren zoveel vaker voorkomt bij patiënten met licht letsel en nauwelijks bij patiënten met ernstig letsel is niet helemaal duidelijk. Het vermoeden bestaat dat patiënten met ernstig letsel niet hun best hoeven te doen om hun klachten aan te tonen omdat daar geen twijfel over is.

4. Begrippenkader: onderpresteren, simulatie en somatisatie

Tot nu toe hebben we het gehad over de inzet van de onderzochte. Maximale inzet, oftewel maximale inspanning, is een voorwaarde om betekenis te kunnen toekennen aan de uitslag van de testen. Als de inspanning niet maximaal is geweest, spreken we van onderpresteren of suboptimaal presteren. Schmand en Ponds⁸ geven de volgende definitie van onderpresteren: '[M]et onderpresteren bedoelen we dat een patiënt minder goed presteert op een taak dan hij zou hebben gedaan als hij zich in redelijke mate zou hebben ingespannen om de taak naar behoren uit te voeren.' Als de onderzochte onderpresteert, betekent dit dat hij dan ook klachten simuleert? Dat wil zeggen dat hij willens en weten niet zijn best doet? Dit kan, maar het hoeft niet. We spreken van simulatie (*malingering*) als er sprake is van het opzettelijk (bewust) voorwenden of veinzen van klachten die de persoon in werkelijkheid niet heeft. Als het gaat om het aanzetten c.q. overdrijven van reëel bestaande klachten, dan spreken we van aggraviatie. Bij simuleren en aggraviatie gaat het per definitie om een extern motief, bijvoorbeeld een financieel voordeel. Het is echter ook mogelijk dat klachten opzettelijk worden voorgewend, maar dat het gaat om een intern (neurotisch) motief. In dat geval spreken we van een nagebootste stoornis. Bij de nagebootste stoornis is de persoon zich ervan bewust dat hij de klachten opzettelijk voorwendt, maar is hij zich niet bewust vanuit welke behoefte of welk conflict dit gebeurt. Ook is er bij de nagebootste stoornis een subjectief lijden dat niet aanwezig is bij simulatie. Een voorbeeld van een alledaagse 'miniatuur' nagebootste stoornis kunnen we zien bij kleine kinderen die zeuren om een pleister terwijl vader of moeder zojuist had geconstateerd dat er geen bloed is en daarom een pleister niet nodig is. Hiervan is het kind zich ook wel bewust, maar het kind is zich er waarschijnlijk niet van bewust wat de pleister zo aantrekkelijk maakt: het verkrijgen van aandacht of de heroïsche status van de verwonding. Dit voordeeltje c.q. trofee na een valpartij wil het kind zich niet zomaar laten ontzeggen.

Als medisch onverklaarbare klachten worden voortgebracht zonder dat dit opzettelijk gebeurt, spreken we van een somatoforme stoornis. Het gaat hierbij in de regel om interne motieven. De vorming en instandhouding van klachten is verweven met emotionele/psychische processen. Vaak betreft het klachten van vermoeidheid, algehele malaise en pijnklachten, maar ook concentratie- en geheugenklachten

2. W. Mittenberg, C. Patton, E.M. Canyock & D.C. Condit, Baserates of malingering and symptom exaggeration, *Journal of Clinical and Experimental Neuropsychology*, 2002, p. 1094-1102.
3. P. Green, M.L. Rohling, P.R. Lees-Haley & L.M. Allen, Effort has a greater effect on test scores than severe brain injury in compensation claimants, *Brain Injury* 2001, p. 1045-1060.
4. M.L. Rohling & G.J. Demakis, Failure to replicate or just failure to notice. Does effort still account for more variance in neuropsychological test scores than TBI severity?, *Clinical Neuropsychology* 2010, p. 119-136.
5. C.H.J. Hoogstraten & C.J.F. Kemperman, Malingering en onderpresteren bij neuropsychologische expertises, *Tijdschrift voor Bedrijfs- en Verzekeringsgeneeskunde* 2005, p. 8-12.
6. B. Schmand, J. Lindeboom, S. Schagen, R. Heijt, T. Koene & H.L. Ham-burger, Cognitive complaints in patients after whiplash injury: The impact of malingering, *Journal of Neurology, Neurosurgery & Psychiatry* 1998, p. 339-343.
7. Green e.a. 2001.

8. B. Schmand & R. Ponds, Suboptimaal presteren: simuleren, aggraveren en somatiseren, in: B. Deelman (red.), *Klinische neuropsychologie*, Amsterdam: Boom 2010.

kunnen voorkomen in het kader van een somatoforme stoornis. Een somatoforme stoornis staat niet op zichzelf maar vindt plaats in een context van gedragsmatige en cognitieve processen, zoals vermijdingsgedrag, selectieve waarneming, copingstijl, enzovoort. Ook onderpresteren kan deel uitmaken van deze context. In tabel 1⁹ worden de hierboven besproken begrippen schematisch samengevat.

Tabel 1 *Het onderscheid tussen simulatie/aggravatie, nagebootste stoornis en somatoforme stoornis*

	Extern motief (bijv. uitkering)	Intern motief (bijv. behoefte aan erkenning)
Intentioneel	Simulatie/aggravatie	Nagebootste stoornis
Onbewust	Somatoforme stoornis*	Somatoforme stoornis

* Bij een somatoforme stoornis spelen onbewuste en interne motieven een rol, maar bij het voortbestaan van klachten kunnen externe motieven ook een rol gaan spelen. Het gedrag van de persoon wordt bekrachtigd door factoren vanuit de omgeving. Als men bijvoorbeeld een conflictueuze arbeidsverhouding heeft, is het belonend als men door bepaalde klachten hieruit kan ontsnappen. Vooral bij chronische pijn zijn er zeer veel studies uitgevoerd die het bestaan van zulke mechanismen aantonen. Verder dient ten aanzien van de somatoforme stoornis te worden opgemerkt dat er altijd wel een bewuste component meespeelt. Men weet bijvoorbeeld dat de (te) hoge hypotheek voor veel stress zorgt, die van invloed is op de lichamelijke ongemakken, maar de persoon is niet bereid een stap terug te doen. Het niet kennen van het eigen hoge streefniveau kan men onbewust noemen, maar er is ook een bewust aandeel omdat men hier ook een keuze in kan maken. Hier botst ook de praktijk van de psychotherapie met de praktijk van de letselschade. In een psychotherapie bij een somatiserende patiënt probeert men zo veel mogelijk van wat 'onbewust' is bewust te maken. Daar waar eerst klachten worden geuit, probeert men de onderliggende emoties bewust te laten ervaren, bijvoorbeeld door te zeggen 'ik ben uitgekeken op mijn baan' i.p.v. 'ik heb last van moeheid'.

Het onderscheid tussen opzettelijk en niet-opzettelijk (onbewust) is overigens tamelijk arbitrair. In een serie recente experimenten¹⁰ werd aangetoond dat er gemakkelijk een beweging op gang kan worden gebracht van het simuleren van klachten naar het echt voelen van klachten. Proefpersonen die eerst de opdracht kregen klachten te veinzen op een vragenlijst en daarna de instructie kregen om eerlijk te antwoorden, rappor-

terden de tweede keer meer klachten dan de proefpersonen die vanaf het begin de opdracht kregen eerlijk te antwoorden. De onderzoekers trekken de conclusie dat mensen gaandeweg vergeten dat zij willens en wetens klachten overdrijven.

Gorissen en Schmand¹¹ betogen dat onderpresteren geen dichotomie is, geen alles-of-nietsvariabele, en dat het goed denkbaar is dat een patiënt deels intentioneel onderpresteert en deels onbewust. Evenals de dichotomie tussen bewust en onbewust lijkt het onderscheid tussen interne en externe motieven tamelijk arbitrair. Wat te denken van financiële compensatie (extern motief) die een functie kan krijgen van erkenning bij iemand die zich al langer in zijn leven miskend voelt (intern motief) en waarbij deze behoefte inzet wordt van een strijd die gepaard gaat met veel boosheid en stress? Hier beginnen interne en externe motieven volledig door elkaar te lopen. Maar ook het onderscheid tussen bewust en onbewust is arbitrair. Zijn de lichamelijke uitingen van de boosheid op te vatten als een logisch gevolg van de keuze die de persoon zelf maakt, of moeten we de lichamelijke equivalenten van de boosheid opvatten als een somatoforme stoornis? En hoe zit het dan als deze persoon, mogelijk als een vorm van zelfrechtvaardiging, tijdens het testen onderpresteert? Wat is bewust en wat is onbewust en wat is in dit geval nu een intern en extern motief? De uitersten zijn gemakkelijk te herkennen – de mensen die de boel willens en wetens beduvelen aan de ene kant en de mensen met een volstrekt reële klachtenpresentatie aan de andere kant – maar daartussen lijkt een grijs gebied te bestaan waar het niet zo duidelijk is waar de grenzen van interne en externe motieven en bewust en onbewust precies liggen.

5. Onderpresteren is niet synoniem aan simulatie

We kunnen de relatie tussen onderpresteren en simulatie als volgt typeren: bij simulatie is er per definitie sprake van onderpresteren, maar onderpresteren kan ook geïsoleerd voorkomen zonder dat er sprake is van simulatie. In 2009 is er door de American Academy of Clinical Neuropsychology een conferentie gehouden over de onderwerpen onderpresteren¹² en simulatie, met als resultaat een werkdocument¹³ met praktische richtlijnen. Over het onderscheid tussen onderpresteren en simulatie zegt dit document het volgende:

'Although one may exaggerate without malingering, malingering by definition includes symptom exaggeration.'

9. De indeling is overgenomen van: H. Merckelbach, M. Jelicic & B. Dandachi-Fitzgerald, Klachten veinzen en voelen, *De Psycholoog* 2010, p. 11-19.
 10. Merckelbach e.a. 2010.

11. M. Gorissen & B. Schmand, Mentale inspanning en onderpresteren, in: M. Hendricks (red.), *Neuropsychologische diagnostiek*, Amsterdam: Boom 2010.
 12. In het werkdocument van de American Academy of Clinical Neuropsychology spreekt men van 'exaggeration'. Het beneden het eigen kunnen presteren op geheugentaken is een vorm van 'exaggeration' omdat men daarmee de ernst van het geheugenprobleem overdrijft. Maar 'exaggeration' dient breder opgevat te worden dan onderpresteren alleen omdat er ook andere vormen van overdrijven zijn, zoals de wijze en intensiteit van klagen over de klachten, gebruik van hulpmiddelen, enz.
 13. R.L. Heilbronner, J.J. Sweet, J.E. Morgan, G.J. Larrabee & S.R. Millis, American Academy of Clinical Neuropsychology consensus conference statement on the neuropsychological assessment of effort, response bias, and malingering, *The Clinical Psychologist* 2009, p. 1093-1129.

Some psychological disorders are associated with symptom exaggeration. Pervasive negativism and cognitive distortions observed in some individuals with major depression can result in self reported symptoms and problems that appear to be, and frequently are, exaggerated. Additionally, some patients with chronic pain conditions and somatoform disorders are systematically reinforced, and evolve behaviorally and interpersonally, into describing their symptoms and problems in an exaggerated manner. That is, their interpersonal behavior changes over time, through environmental factors and social reinforcement, to include verbal and nonverbal behaviors that appear, and likely are, exaggerated.

The extent to which such exaggeration is intentional, with the goal of attaining some sort of secondary gain, can be difficult to determine. Some patients fear their symptoms will be dismissed, or minimized, by their health care providers. In response they might exaggerate the frequency, intensity, severity, and/or duration of their problems “to gain sympathy and help from medical professionals”. They might also utilize external devices (e.g., a cane, very dark sunglasses in the winter) to outwardly demonstrate impairment that they perceive as otherwise “invisible”.

Some patients exaggerate their symptoms to influence the dynamics of the doctor-patient relationship. From the patient perspective, the exaggeration might bring them more attention and make them a more interesting patient in the opinion of their physician or psychologist. Of course, some patients have a deep-seated psychological need to be in the sick role. These patients deliberately exaggerate their symptoms and problems in order to maintain themselves in this sick role, and thus they would meet diagnostic criteria for a factitious disorder [nagebootste stoornis; AAV].’

Tabel 2 geeft een overzicht van de diversiteit van factoren die ten grondslag kunnen liggen aan het overdrijven van klachten. Deze tabel is niet uitputtend en somt de factoren op die geregeld in de literatuur worden genoemd.

Tabel 2 Oorzaken van het overdrijven van klachten

Boosheid en wrok
Frustratie
Zelfrechtvaardiging
Vermijding van verantwoordelijkheden
Aandacht van partner of mensen in de nabije omgeving
Somatisatie
Sociaal-culturele invloeden
Ontlasting van de druk van eigen hoge streefniveau*
Externe voordelen zoals financiële compensatie en uitkering
Persoonlijkheidstrekken en -stoornissen
‘Good-old-days bias’**
Misattributie van klachten***
Nocebo-effect****

* Sommige mensen stellen hoge eisen aan zichzelf waar ze nauwelijks aan kunnen voldoen, maar hun ‘superego’ verdraagt het niet dit toe te geven. Het niet meer kunnen functioneren door een externe oorzaak (zoals een ongeval) is een ideale ‘oplossing’ voor dit intrapsychische conflict. Het ego is immers ontslagen van de te zware taak zonder dat dit komt door een persoonlijk falen. De klachten zijn een ideale oplossing die alle ‘partijen’ (lees: ego, superego en andere zelfrepresentaties) bindt.

** Ongevalsslachtoffers overschatten hun gezondheid voor het ongeval. Zij schatten hun gezondheid hoger in dan het gemiddelde van de bevolking.

*** Alledaagse klachten die een andere oorzaak hebben, worden ten onrechte toegeschreven aan het ongeval.

**** Het nocebo-effect is het tegenovergestelde van het placebo-effect. Negatieve verwachting over een ziekte of aandoening heeft een ongunstige invloed op het beloop ervan, onafhankelijk van andere risicofactoren. Zo toonde Buitenhuis aan dat het gebruik van de term whiplash het herstel negatief beïnvloedt.¹⁴

6. Hoe stellen we onderpresteren vast?

Testen die onderpresteren meten, zijn gebaseerd op het paradigma dat simulanten doorgaans niet weten dat patiënten met hersenletsel op eenvoudige taken goede prestaties kunnen behalen. Sommige geheugenfuncties zoals herkenning blijven intact, ook bij patiënten met ernstig hersenletsel. Zelfs patiënten die volledig dement zijn, kunnen bepaalde taken nog wel redelijk uitvoeren. Ter illustratie: 98,4 procent van een groep

14. J. Buitenhuis & P.J. de Jong, De term whiplash liever vermijden, Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde 2009, p. 153, B2.

dementiepatiënten maakt de Word Memory Test (WMT), een test voor onderpresteren, vrijwel foutloos.¹⁵ Als iemand zonder aantoonbaar hersenletsel veel fouten maakt op dezelfde test is dit vanzelfsprekend hoogst opmerkelijk.

Testen voor onderpresteren zijn zo ontworpen dat patiënten met aantoonbaar ernstig hersenletsel ze vrijwel foutloos maken. Een andere stap in de ontwikkeling van zulke testen is dat proefpersonen de opdracht krijgen om een geheugenstoornis te simuleren. Als de test in staat is om simulanten te onderscheiden van controleproefpersonen en patiënten met ernstig hersenletsel, dan kunnen we spreken van een valide test om onderpresteren mee vast te stellen.

Internationaal is het meeste onderzoek gedaan naar de WMT.¹⁶ De WMT is thans de meest gebruikte en best onderzochte en gevalideerde test om inzet te meten.¹⁷ In Nederland wordt naast de WMT ook de Amsterdamse Korte Termijn Geheugentest (AKTG)¹⁸ veel gebruikt.

Het vermogen van de test om een onderscheid te maken tussen simulanten en niet-simulanten wordt uitgedrukt in de begrippen sensitiviteit en specificiteit. Sensitiviteit duidt op het vermogen van de test om het te meten kenmerk (hier: onderpresteren) ook daadwerkelijk vast te stellen, en specificiteit duidt op het vermogen van de test om de mensen die dit kenmerk niet hebben ook als zodanig te identificeren. Als de test een sensitiviteit heeft van 80% en een specificiteit van 95%, dan betekent dit dat van de mensen die in werkelijkheid ook echt simuleren er 80% herkend wordt door de test, en van de mensen die in werkelijkheid niet simuleren, wordt er door de test 95% ook zo aangemerkt. Sensitiviteit en specificiteit zijn geen vaste waarden, maar variëren met het gekozen afkappunt. Clinici zullen altijd een afkappunt hanteren met een hoge specificiteit om te voorkomen dat iemand 'vals' wordt beschuldigd. Scoort iemand positief op de test, dan kunnen we vrijwel zeker aannemen dat iemand ook echt onderpresteert, maar – juist omdat de nadruk ligt op een hoge specificiteit – is er nog altijd een aanzienlijke kans dat iemand toch onderpresteert bij een negatieve uitslag. Dit betekent, zoals eerder gezegd, dat een negatieve uitslag op een test voor onderpresteren niet opgevat kan worden als een 'bewijs' voor maximale inspanning.

Een punt van kritiek is dat er gebruik wordt gemaakt van proefpersonen die geïnstrueerd worden om klachten te simuleren. Het is onduidelijk in hoeverre dit overeenkomt met het gedrag van 'echte' simulanten. Hier staat tegenover dat in stu-

dies ook andere methoden worden gebruikt, zoals de prestaties vergelijken van verschillende patiëntenpopulaties. Bijvoorbeeld door patiënten met dezelfde laesies te vergelijken als ze binnen en buiten een juridische context worden onderzocht.

6.1 *Pijn, vermoedheid en slaapttekort zijn niet van invloed*

Als er onderpresteren is vastgesteld, wordt in sommige neuropsychologische expertises als verklaring hiervoor gegeven dat dit komt door versturende variabelen zoals pijn en vermoedheid. De vraag is of deze verklaring juist is. Het is inderdaad zo dat onderzoeken aantonen dat patiënten die pijn hebben, vermoeid zijn, depressief, enzovoort slechtere scores behalen op concentratietesten en geheugentaken.¹⁹ Echter, lagere prestaties op een normale geheugentaak en concentratietesten is iets anders dan een uitslag op een test voor onderpresteren, juist omdat deze testen specifiek ontworpen en ongevoelig zijn voor ernstige stoornissen. Studies bevestigen deze stelling. Onderpresteren komt nagenoeg niet voor bij depressieve patiënten, terwijl in deze groep klachten zoals moeheid, slecht slapen en een sombere stemming juist prominent aanwezig zijn.²⁰ In een groep van patiënten met een reumatische aandoening bleek onderpresteren niet voor te komen.²¹ Reumapatiënten zijn bij uitstek een groep patiënten bij wie pijn, malaise, medicatiegebruik, slaapstoornissen, enzovoort prominent voorkomen. Daarentegen kwam onderpresteren in hetzelfde onderzoek juist wel weer frequent voor bij fibromyalgiepatiënten die in een claimprocedure verwickeld waren.

6.2 *Invloed van duurbelasting*

Een ander punt van discussie is of neuropsychologisch onderzoek wel representatief is voor de belasting in het dagelijks leven. In hoeverre kan een test met een beperkte tijdsduur iets zeggen over de problemen waar men tegenaan loopt in het dagelijks leven? Er is veel onderzoek gedaan en veel bekend over waar patiënten met bepaalde laesies in het dagelijks leven last van hebben en van deze groepen zijn testresultaten bekend. In zoverre kunnen interferenties worden gemaakt over de te verwachten problemen in het dagelijks leven bij een gegeven testuitslag. Andersom is een negatieve testuitslag (dus een goede testuitslag) geen bewijs dat iemand nergens last van kan hebben. Aan de andere kant moet men wel realiseren dat een neuropsychologisch onderzoek doorgaans een groot deel van de dag in beslag neemt en daarmee redelijk overeenkomt voor de mentale belasting van een gemiddelde werkdag en zelfs iets zwaarder is omdat de meeste beroepen niet een voortdurende mentale inspanning gedurende uren achter elkaar

15. P. Green, J. Montijo & R. Brockhaus, High specificity of the Word Memory Test and Medical Symptom Validity Test in a group with severe verbal memory impairment. *Applied Neuropsychology* 2011 (in druk).
16. Het valt buiten het bestek van deze bijdrage om alle studies te bespreken die naar de WMT zijn gedaan. Verwezen wordt naar de handleiding van de WMT waar de studies in beschreven staan: P. Green, *Word Memory Test for Windows, user manual and program*, Edmonton: Greens Publishing 2005.
17. D.E. Hartman, The unexamined lie is a lie worth fibbing: Neuropsychological malingering and the Word Memory Test, *Archives of Clinical Neuropsychology* 2002, p. 709-714.
18. B. Schmand, S. de Sterke & J. Lindeboom, *Amsterdamse Korte Termijn Geheugentest: handleiding*, Amsterdam: Pearson 1999.

19. Een voorbeeld van dergelijk onderzoek is een studie van Radanov uit 1992. Radanov en medeonderzoekers toonden aan dat hoofdpijn bij zowel whiplashpatiënten als patiënten met reumatische nekpijn samenhangt met slechter presteren op aandachtstesten; B.P. Radanov, J. Dvorak & L. Valach, Cognitive deficits in patients after soft tissue injury of the cervical spine, *Spine* 1992, p. 127-131.
20. Schmand e.a. 1999.
21. R. Gervais, A.S. Russell, P. Green, L.M. Allen, R. Ferrari & S. Pieschl, Effort testing in patients with fibromyalgia and disability incentives, *Journal of Rheumatology* 2001, p. 1892-1899.

inhouden. Indien men dan aan het einde van de dag goede resultaten bepaalt op een neuropsychologisch onderzoek, dan mag men gevoelig aannemen dat dit redelijk representatief is voor het dagelijks leven.

7. Niet-bestaande klachten als aanwijzing voor simuleren

Onderpresteren is een vorm van overdrijven van klachten. Door het presteren onder het eigen kunnen toont men een geheugenprobleem dat er in feite niet is, of in ieder geval niet in die mate. Dit overdrijven kan meer of minder bewust gebeuren, zoals hiervoor werd beargumenteerd. Een andere manier om klachtenoverdrijving vast te stellen is niet te kijken naar de inzet van de onderzochte, maar door te kijken naar de antwoorden die men geeft op een vragenlijst waarin niet-bestaande klachten zijn opgenomen. Bijvoorbeeld: 'mijn verleden en de belangrijkste gebeurtenissen daarin zijn plotseling uit mijn geheugen verdwenen' of het geven van foute antwoorden op simpele rekensommen die bijna alle patiënten, ook patiënten met ernstig letsel of ernstige psychiatrische aandoeningen, foutloos beantwoorden. Een positieve score op een lijst met zulke klachten is dan zeer verdacht.

De SIMS (Structured Inventory of Malingered Symptomatology) is een vragenlijst die gebruik maakt van deze methode.²² De SIMS bezit goede psychometrische eigenschappen²³ en weet een goed onderscheid te maken tussen personen die geïnstrueerd werden om te simuleren en controleproefpersonen en psychiatrische patiënten. De sensitiviteit en specificiteit zijn respectievelijk 93% en 98%. Dit betekent dat 93% van de mensen die simuleren door de test wordt herkend en 98% van de mensen die niet simuleren, door de test als zodanig correct wordt geïdentificeerd. De test is overigens niet specifiek ontworpen voor mensen die mogelijk geheugenklachten simuleren. Er zijn ook veel vragen over psychiatrische onderwerpen. De SIMS vindt dan ook vooral toepassing in de forensische psychiatrie. De auteurs benadrukken overigens dat de SIMS niet opgevat kan worden als een waterdichte indicatie voor simulatie. Een verhoogde score betekent niet meer en niet minder dan dat er een vermoeden van simulatie bestaat.

De SIMS wordt soms wel gebruikt als aanvulling op testen die de inzet meten, zoals de WMT en de AKTG. De SIMS wordt dan gebruikt om te kunnen concluderen of het onderpresteren

van bewuste of onbewuste aard is.²⁴ Een normale uitslag op de SIMS wordt soms gebruikt als argument om te stellen dat het onderpresteren (als dit dan wel vastgesteld is) van onbewuste aard moet zijn. Deze wijze van redeneren lijkt erg voorbarig. Weliswaar is het nauwelijks voorstelbaar hoe men niet-bestaande klachten kan rapporteren zonder dat er enig bewustzijn is van wat men aan het doen is. Maar wat eerder is gezegd over onderpresteren geldt hier ook: we kunnen slechts van simulatie spreken als er een extern motief speelt. Ook bij de SIMS is het niet uitgesloten dat er motieven meespelen zoals het willen verkrijgen van erkenning, boosheid, de behoefte om te laten zien hoe slecht men eraan toe is, enzovoort. Aspecten die we ook zien bij de nagebootste stoornis. Een ander punt is dat we ons goed moeten realiseren dat er vele manieren zijn hoe patiënten klachten simuleren of overdrijven: subtiel of meer dramatisch, enkele klachten of een diversiteit aan klachten, doortrapt en meegaand tijdens het onderzoek of zeer onwillig en opstandig, enzovoort. Elke methode sluit beter aan bij een bepaald type patiënt. De SIMS lijkt vooral goed aan te sluiten bij de neiging van sommige simulanten om hun klachten op een overdreven wijze te presenteren. Maar dit kan dus ook gelden voor patiënten die niet simuleren. Vandaar dat ook geadviseerd wordt om meerdere tests en methoden te gebruiken. Als er op de SIMS geen afwijkende score wordt behaald, kan niet de conclusie worden getrokken dat er geen sprake is van simulatie.

8. Wanneer wijst onderpresteren op simulatie van klachten?

Wil er sprake zijn van simulatie of aggraviatie, dan moeten er niet alleen klachten worden voorgewend of aangedikt – hier wijst de uitslag van testen zoals de AKTG en de SIMS op – maar er moet ook sprake zijn van een bewuste intentie dit te doen en er moet daarnaast ook nog een extern motief meespelen. Er is maar één manier die op ondubbelzinnige wijze aantoonbaar dat er sprake is van bewuste intentie en dat is als de persoon onder kansniveau presteert.²⁵

Een werkwijze die wordt voorgesteld in het eerdergenoemde consensusrapport van de American Academy of Clinical Neu-

22. De SIMS werd ontwikkeld door G.P. Smith en G.K. Burger, Detection of malingering: Validation of the Structured Inventory of Malingered Symptomatology (SIMS), *Journal of the Academy of Psychiatry and the Law* 1997, p. 180-183. De SIMS is in het Nederlands vertaald en over de psychometrische eigenschappen van de Nederlandse SIMS is gepubliceerd door H. Merckelbach, N. Koeyvoets, M. Cima & H. Nijman, De Nederlandse versie van de SIMS, *De Psycholoog* 2001, p. 586-591.

23. De psychometrische eigenschappen staan beschreven in Merckelbach e.a. (2001).

24. Deze manier van redeneren heb ik kunnen vaststellen in neuropsychologische expertiserapporten die door mij zijn bestudeerd. Ook is dit interpretatieschema verwoord in een Nederlandse publicatie: C.H.J. Hoogstraten & C.J.F. Kemperman, Malingering en onderpresteren bij neuropsychologische expertises, *Nederlands Tijdschrift voor Bedrijfs- en Verzekeringsgeneeskunde* 2005, p. 8-12.

25. Als men werkelijk alles vergeet, dan zou men verwachten dat de proefpersoon 'at random' antwoordt. Bij de mogelijkheid een keuze te maken tussen twee antwoorden per vraag zou men verwachten dat 50% van de vragen goed wordt beantwoord. Als men veel minder antwoorden goed heeft dan 50%, dan kan dit alleen verklaard worden doordat men kennelijk kennis heeft van de goede antwoorden en dat er dus expres gekozen is voor het foute antwoord. Hoewel deze methode waterdicht is, is de praktische toepassing ervan beperkt, omdat de meeste experimentele simulanten (en dus waarschijnlijk ook echte simulanten) subtieler te werk gaan en ook goede antwoorden geven. Het ligt meer voor de hand dat simulanten een deel eerlijk antwoorden en dit afwisselen door zo nu en dan expres fout te antwoorden.

ropsychology²⁶ is de volgende. Het uitgangspunt is dat er in ieder geval meerdere objectieve testen voor onderpresteren en overdrijven van klachten in het onderzoek aanwezig dienen te zijn. Het ontbreken van zulke testen in een expertisearchief betekent dat dit onderzoek onder de maat is en ter zijde kan worden gelegd. Als er een positieve uitslag op één of enkele *malingering*-testen gevonden wordt, dient men vervolgens de anamnestiche en observatiegegevens erbij te betrekken om te wegen wat meer of minder aannemelijk is. De eerste vraag die gesteld dient te worden, is of er een goede alternatieve verklaring mogelijk is voor de aangetoonde onderprestatie. Waarom presteert de persoon onder zijn eigen kunnen? De factoren die in tabel 1 genoemd staan, kunnen daarbij in ogenschouw worden genomen.

De aanwezigheid van onderpresteren in combinatie met de aanwezigheid van inconsistenties vormt een sterke aanwijzing dat er sprake is van simuleren of aggravatatie. Het betreft dan inconsistenties met betrekking tot: (1) toename van klachten in de loop van de tijd in plaats van een afname van klachten, (2) het verzwijgen of minimaliseren van gezondheidsproblemen vóór het ongeval, (3) inconsistenties in de uitkomsten van testen of onderdelen van testen die globaal hetzelfde meten, en (4) inconsistenties tussen de mate van klachten en beperkingen die naar voren komen tijdens het testen en de problemen die men ondervindt in het dagelijks leven.

8.1 De praktijk in Nederland

In Nederland is geen systematisch onderzoek gedaan naar hoe in de praktijk klinisch psychologen en neuropsychologen omgaan met symptoomvaliditeitstesten. Sommige experts adviseren een terughoudende opstelling. Gorissen en Schmand stellen het volgende:

‘Het meten van onderpresteren wordt niet uitgevoerd met het doel patiënten te ontmaskeren, of om voor detective of rechter te spelen. Het enige doel is het controleren en waarborgen van de validiteit van de neuropsychologische testresultaten zodat ongefundeerde uitspraken over cognitief functioneren voorkomen kunnen worden.’²⁷

Anderen²⁸ zijn het hiermee oneens en vinden dat als er aanwijzingen zijn voor simulatie of aggravatatie de clinicus dit moet melden in zijn conclusie. Alleen de vermelding dat er sprake is van ‘onderpresteren’ zonder er enige conclusie aan te verbinden vinden zij te mager. Merckelbach en Jelicic²⁹ wijzen erop dat een expertisearchief niet alleen het belang dient van de cliënt, maar ook dat van het maatschappelijk verkeer. In de beroepsethische code voor psychologen staat niets vermeld over hoe de psycholoog moet handelen als er vermoedens van

simulatie van klachten in het onderzoek naar voren komen. Als de aanvrager van het onderzoek meer specifieke informatie wil, zal hij meer specifieke vragen moeten stellen, zoals ‘Hebt u aanwijzingen dat patiënt klachten simuleert of overdrijft en, indien dit geval is, kunt u dit onderbouwen?’

9. Rechtspraak

Met de introductie van de hierboven besproken testen is het mogelijk geworden om de inzet van de betrokkene meetbaar te maken c.q. tot een objectivering te komen van een eventueel aanwezig onderpresteren of overdrijving van klachten. We zullen eerst kijken hoe dit uitwerkt in de praktijk van de rechtspraak en vervolgens analyseren wat mogelijke implicaties kunnen zijn in relatie tot de eisen die rechters stellen aan de objectivering van klachten.

Kolder heeft een uitputtend overzicht gemaakt van de rechtspraak bij whiplash van de afgelopen jaren.³⁰ Als vertrekpunt neemt hij de herziene en vierde editie van de richtlijn van de Nederlandse Vereniging voor Neurologie (NVvN) voor de beoordeling van functieverlies. Deze richtlijn stelt dat indien er geen neurologische afwijkingen worden vastgesteld – hetgeen bij WAD I/II per definitie het geval is – er ook geen functiebeperking kan worden aangemerkt.³¹ Hoewel in sommige arresten de nieuwe NVvN-richtlijn gevolgd wordt, bespeurt Kolder desalniettemin als hoofdlijn de ‘herontdekking van het criterium uit Zwolsche Algemeene/De Greef’.³² Dit criterium komt er kortweg op neer dat voor het bewijs van subjectieve gezondheidsklachten geen harde medische objectivering vereist is overeenkomstig de vigerende medische richtlijnen. Het is voldoende als objectief³³ kan worden vastgesteld dat de klachten *reëel, niet voorgewend, niet ingebeeld, en niet overdreven* zijn.

In één arrest dat Kolder bespreekt, is de uitslag van een test op onderpresteren expliciet onderwerp van discussie. In de meeste arresten wordt op enig moment vermeld dat de klachten niet zijn gesimuleerd. De klinische indruk van een deskundige is meestal voldoende. Deze lichte eis staat echter op gespannen voet met datgene wat wetenschappelijk onderzoek aantoonde en dat is dat klinici niet in staat zijn simulanten van echte patiënten te onderscheiden op basis van hun klinische blik, dat wil zeggen, zonder afname van testen gericht op het onderken-

26. Heilbronner e.a. 2009.

27. Gorissen & Schmand 2010.

28. Merckelbach en Jelicic nemen duidelijk stelling in een kritisch artikel. Zij vinden dat psychologen het moeten rapporteren als zij constateren dat de cliënt symptomen simuleert; zie De Psycholoog 2006, p. 90-93.

29. Merckelbach & Jelicic 2006.

30. A. Kolder, De juridische beoordeling van het whiplashsyndroom; stand van zaken, TPV 2011, p. 1-27.

31. Richtlijn van de NVvN, 2007, p. 39-40.

32. HR 8 juni 2001, NJ 2001, 433.

33. Een intrigerende vraag is hierbij hoe een rechter kan beoordelen wat objectief is, als er afgeweken kan worden van medische richtlijnen en waar onder wetenschappers consensus over bestaat. Want op basis van welke expertise kan een rechter beter de objectiviteit inschatten dan de experts?

nen van onderpresteren of overdrijven van klachten.^{34,35} In een enkel arrest is de aanname dat klachten niet gesimuleerd of overdreven zijn, gebaseerd op wel erg indirecte aannames. Bijvoorbeeld in het arrest van het Hof Leeuwarden³⁶ wordt de redenering gevolgd dat wanneer de deskundigen de patiënt zouden verdenken van simulatie of overdrijving van klachten zij niet zouden overgaan tot onderzoek van de patiënt. Omdat zij de patiënt wel hebben onderzocht, gaat het hof dan ook uit van het bestaan van de klachten.

9.1 Een fundamentele probleem

Vanuit een materialistische en reductionistische benadering is er een een-op-eenrelatie tussen het fysieke trauma en de klacht. Vanwege het ontbreken van lichamelijke schade bij WAD I/II kan op basis van medische objectiviteit geen functieverlies worden geduid. In de rechtspraak wordt deze eis van objectivering thans overwegend niet gesteld en mogen klachten ook subjectief zijn, mits de klachten *reëel, niet voorgewend, niet ingebeeld, en niet overdreven* zijn. Deze eis kan zonder problemen werken als men de assumptie hanteert dat de cognitieve klachten een direct gevolg zijn van het ongeval. En hier wringt de schoen omdat de cognitieve klachten ook kunnen voorkomen als uiting van een somatoforme stoornis³⁷ en in arresten daarvoor ook ruimte wordt geboden. Als niet alleen de cognitieve klachten, maar ook het onderpresteren worden verklaard als passend bij een somatoforme stoornis wordt het nog ingewikkelder. Op dit punt stuit men namelijk op een tegenstrijdigheid omdat de eis van *reëel, niet voorgewend, niet ingebeeld, en niet overdreven* impliceert dat er klachten zijn die niet ingebeeld en niet overdreven zijn, en klachten die dat wel zijn. Een impliciete aanname lijkt te zijn dat een klacht een entiteit is die 'werkelijk' bestaat, los van de verbeelding. Maar hier gaat men voorbij aan de essentie van psychische klachten, inclusief de somatoforme stoornissen, en dat is dat zulke klachten per definitie kwaliteiten bevatten van inbeelding en overdrijving. Bij dergelijke klachten is er per definitie een element van vervorming van de werkelijkheid aanwezig; daarom

zijn het psychische klachten. Iemand met sociale angst ziet blikken van afkeuring die er niet zijn, iemand met posttraumatische stress ervaart dat herinneringen de kwaliteit hebben van gebeurtenissen die nu plaatsvinden, en iemand met een somatoforme stoornis interpreteert normale emoties en fysieke sensaties als lichamelijke klachten. Met betrekking tot de eerste twee kenmerken – *reëel en niet voorgewend* – kan men nog steeds subjectieve klachten onderscheiden van gesimuleerde klachten; subjectieve klachten zijn *reëel* – het is datgene wat men werkelijk ervaart – en niet voorgewend. Zoals gezegd, inbeelding en overdrijving zijn in deze context de problematische eisen. Men moet het slachtoffer nemen zoals hij is, inclusief diens neiging tot somatisatie.³⁸ Maar hoe verhoudt dit zich tot de eis dat de klachten niet ingebeeld en overdreven mogen zijn? Het meest dramatische voorbeeld van 'inbeelding' van whiplashklachten is een studie van Castro,³⁹ waarbij vrijwilligers een aanrijding werd gesuggereerd waarvan in het geheel geen sprake was – een placeboaanrijding. Een aanzienlijk deel van de vrijwilligers ontwikkelde een compleet beeld van acute whiplash.

Een alternatief criterium kan het criterium zijn dat is gesteld door het Hof Den Bosch:⁴⁰

'4.14 (...) Onder omstandigheden kan er echter, ondanks de afwezigheid van naar de huidige stand van de medische techniek vaststelbare afwijkingen of aandoeningen, sprake zijn van een dusdanig consistent, consequent en samenhangend patroon van klachten, welke klachten eventueel in verband kunnen worden gebracht met bepaalde gebeurtenissen of bepaalde wel medisch vastgestelde afwijkingen of aandoeningen, dat niettegenstaande het feit dat klachten per definitie subjectief zijn, desondanks aannemelijk is dat er sprake is van aandoeningen of afwijkingen.'

Ook dit criterium kan niet zonder problemen worden toegepast. Consistentie is niet altijd een bewijs voor de aanwezigheid van een onderliggend substraat. Klachten kunnen ook consistent worden overdreven of worden ingebeeld.

Een somatoforme stoornis suggereert een verklaring die het in feite niet is. Als lichamelijke klachten consistent worden ervaren zonder dat daarvoor een goede somatische verklaring is en de persoon gaat daaronder gebukt, dan spreken we van een somatoforme stoornis. Het is echter geen diagnose in de zin van een verklaring. In feite voegt het niets toe aan datgene wat we al wisten: de persoon ervaart klachten die we niet goed kunnen verklaren.

In een enkel arrest wordt een onderscheid gemaakt tussen verwijtbaar en niet-verwijtbaar somatiseren. Ook dit komt gekunsteld over. Hoe zouden we een onderscheid kunnen maken tussen 'expres' overdrijven van klachten en 'niet-expres'

34. In twee publicaties in gezaghebbende tijdschriften wordt deze kwestie aan de orde gesteld: D. Faust & J. Ziskin, *The expert witness in psychology and psychiatry*, Science 1988 en G.J. Meyer e.a., *Psychological testing and psychological assessment; A review of evidence and issues*, *American Psychologist* 2001, p. 128-165. Een voorbeeld van een studie naar het vermogen van neuropsychologen om testprofielen van simulanten te onderkennen is: D. Faust, K. Hart, T.J. Guilmette & H.R. Arkes, *Neuropsychologists' capacity to detect adolescent malingerers*, *Professional Psychology: Research and Practice* 1988, p. 508-515.

35. De discussie is ook heel actueel in de forensische psychiatrie, waarbij sommigen het klinisch interview voorstellen en anderen, op basis van wetenschappelijk onderzoek, wijzen op de noodzaak van het uitvoeren van testonderzoek. Het is in het licht van de vorige voetnoot merkwaardig dat rechters en neurologen doorgaans een interview door een psychiater aanvragen om meer zicht te krijgen op aanwezige psychopathologie en in veel mindere mate een expertisearchief door een klinisch psycholoog.

36. Hof Leeuwarden 22 juni 2010, LJN BN0730.

37. Eigenlijk weten we niet of dit zo is, het is meer een hypothese. Er is stevig bewijs dat onderpresteren bij whiplashpatiënten in expertisearrangements frequent voorkomt, maar de meeste experts betwijfelen dat simulatie hieraan ten grondslag ligt. De 'diagnose' somatoforme stoornis wordt vaak gegeven bij het ontbreken van een goede verklaring.

38. HR 8 juni 2001, NJ 2001, 433.

39. W.H. Castro e.a., *No stress – No whiplash? Prevalence of 'whiplash' symptoms following exposure to a placebo rear-end collision*, *International Journal of Legal Medicine* 2002, p. 249-250.

40. JA 2008, 64.

overdrijven van klachten? Ook al gebeurt het misschien niet met volle bewustzijn, het blijft ergens wringen dat klachten worden toegekend terwijl iemand aantoonbaar meer kan dan hij op de test laat zien.

10. Conclusie

Het meten van onderpresteren als onderdeel van een neuropsychologisch onderzoek is beslist een stap voorwaarts omdat hiermee een grotere objectivering van cognitieve klachten kan worden gerealiseerd. Een neuropsychologische expertise die niet ten minste enkele van zulke testen bevat, is ondermaats naar de huidige maatstaven. Indien onderpresteren wordt vastgesteld dienen er minimaal twee conclusies te worden getrokken: (1) het onderzoek is niet valide en om die reden kunnen we niks zeggen over de aanwezigheid van cognitieve klachten bij het slachtoffer, dat wil zeggen dat de klachten niet kunnen worden geobjectiveerd; en (2) er zijn *aanwijzingen* dat er sprake is van simulatie of aggraving. Meestal moeten we het hierbij laten en kunnen we niet zeggen dat dit onderpresteren een uiting is c.q. is veroorzaakt door simulatie; daarvoor zijn meer aanwijzingen nodig, tenzij natuurlijk deze aanwijzingen ook duidelijk aanwezig zijn. Maar het zou zeer bevreemdend zijn als de aanwezigheid van cognitieve klachten aannemelijk wordt geacht op basis van anamnestiche gegevens, mededelingen van behandelaars, klinische indrukken, enzovoort, terwijl er onderpresteren is vastgesteld. De persoon heeft immers zijn capaciteiten lager getoond dan hij in werkelijkheid kan, dit is aangetoond en daar kunnen we niet omheen.

Anderzijds zou men ook kunnen beargumenteren dat, hoewel er onderpresteren is vastgesteld, de persoon toch cognitieve klachten kan hebben omdat de persoon niet verwijtbaar somatiseert, oftewel de klachten niet expres inbeeldt. Als men deze lijn volgt en men doet dit consequent, dan moet men ook concluderen dat de eis van *'reëel, niet voorgewend, niet ingebeeld, en niet overdreven'* onhoudbaar is omdat men immers toestaat dat er wél inbeelding en overdrijving mogen zijn. De conclusie moet zijn dat vooralsnog in de rechtspraak met twee maten wordt gemeten. Objectivering van klachten gaat samen met ruimte voor subjectiviteit, terwijl deze twee juist op gespannen voet staan. Met objectivering van klachten streeft men er juist naar om subjectiviteit buiten te sluiten. Hoewel veelbelovend is de juridische vertaling van het concept symptoomvaliditeit vooralsnog lastig. Het dwingt ons na te denken over waar de grenzen liggen van de subjectiviteit van klachten. Hoeveel 'overdrijving' van klachten mag er bestaan als dit niet expres gebeurt? De juridische betekenis van symptoomvaliditeit krijgt pas gestalte wanneer deze vraag ondubbelzinnig wordt beantwoord.

Effect deelgeschilprocedure veel groter dan zichtbaar aan alleen het aantal uitspraken

Mr. A.J. Van en mr. A.J. Akkermans*

1. Inleiding

Op 1 juli 2010 trad de Wet deelgeschilprocedure in werking. Een jaar later staan er zestig uitspraken op Rechtspraak.nl.¹ Dat zullen niet alle gedane uitspraken zijn,² maar vermoedelijk toch wel het merendeel.³ De gevreesde hausse aan deelgeschillen is er dus niet gekomen, al lijkt na een langzame start het aantal wel wat sneller toe te nemen.⁴ Het aantal uitspraken zegt echter lang niet alles. Een aantal deelgeschillen eindigt in een minnelijke regeling of wordt om andere redenen ingetrokken voordat het tot een uitspraak komt. Bij de Rechtbank Amsterdam zou dit op een bepaald moment om ongeveer een kwart van de ingediende zaken zijn gegaan.⁵ Daarnaast valt in de praktijk te beluisteren dat het vaak niet eens tot de indiening van een verzoek hoeft te komen omdat de enkele mededeling dat een deelgeschil wordt overwogen voldoende is om beweging in het standpunt van de wederpartij te krijgen. Dat zou veel vaker voorkomen dan het daadwerkelijk indienen van een verzoekschrift. Als dat waar is, dan laten die zestig uitspraken op Rechtspraak.nl van de werkelijke impact van de Wet deelgeschilprocedure maar het topje van de ijsberg zien. Om dit te verifiëren hielden wij een enquête, die in deze bijdrage wordt besproken. De uitkomsten bevestigen dat de betekenis van de deelgeschilprocedure voor de buitengerechtelijke prak-

tijk veel groter is dan alleen de uitspraken zouden kunnen doen vermoeden.

2. Uitkomsten slechts beperkt representatief

Omdat een enquête volgens alle regelen der kunst te tijdrovend en te duur zou zijn geweest, wilden wij niet meer doen dan een soort *quick scan*. Doel was slechts om te verifiëren of de anekdotische aanwijzingen kloppen: (1) dat reeds de louter mogelijke om een deelgeschilprocedure te starten de onderhandelingen positief beïnvloedt; (2) dat dit veel vaker voorkomt dan het daadwerkelijk indienen van een verzoekschrift; en (3) dat een flink deel van de ingediende verzoekschriften wordt ingetrokken voordat het tot een uitspraak komt. Voor een zo representatief mogelijk beeld zouden wij alle mogelijke categorieën belangenbehartigers en alle soorten betrokkenen aan verzekeraarszijde moeten benaderen. In plaats daarvan hebben wij ons beperkt tot een enquête onder de leden van de Vereniging van Advocaten voor Slachtoffers van Personenschade (ASP). Voor een deel waren de redenen daarvoor tamelijk banaal: van deze vereniging konden wij op eenvoudige wijze alle e-mailadressen verkrijgen, en omdat de enquête aldus min of meer een ASP-aangelegenheid werd, dachten wij op een wat hogere respons te kunnen rekenen. Maar inhoudelijke redenen waren er ook. Voor wat de betekenis van de Wet deelgeschilprocedure betreft nemen de bij de ASP aangesloten advocaten een belangrijke plaats in. Het blijkt immers dat men vooral aan de slachtofferkant van de deelgeschilregeling gebruik maakt. De verzekeraars laten zich tot dusver nauwelijks zien. En binnen de kringen van belangenbehartigers lijkt men voor de deelgeschilprocedure vooral bij de advocaten te moeten zijn, want in veel gevallen is procesvertegenwoordiging noodzakelijk. Deze redenering lijkt te worden ondersteund door de omstandigheid dat een meerderheid van de gepubliceerde deelgeschillen aanhangig is gemaakt door ASP-advocaten.⁶ Anderzijds ging het ons juist om de impact op de buitengerechtelijke onderhandelingen. Om die te kunnen benutten hoeft je zeker geen advocaat te zijn. En dat wij de verzekeraarskant zelfs in het geheel niet hebben bevraagd, verdient zeker geen schoonheidsprijs. Hoe dat ook

* Mr. A.J. Van is advocaat te Amsterdam en senior onderzoeker aan de Vrije Universiteit Amsterdam en is verbonden aan het Interfacultair samenwerkingsverband Gezondheid en Recht (IGER) van VU en VU medisch centrum. Prof. mr. A.J. Akkermans is hoogleraar privaatrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en is verbonden aan het Interfacultair samenwerkingsverband Gezondheid en Recht (IGER) van VU en VU medisch centrum.

1. Medio augustus 2011 leverde het trefwoord 'deelgeschil' op Rechtspraak.nl zestig uitspraken op, waarvan slechts één stamt van na 1 juli 2011, namelijk Rb. Assen 6 juli 2011, LJN BR0730.
2. Wie gaat turven, vindt namelijk ook uitspraken die niet op Rechtspraak.nl, maar wel elders worden gesignaleerd, bijv. in Nieuwsbrief Personenschade of in Actualiteiten Personenschade, de tweewekelijkse elektronische nieuwsbrief van het PIV.
3. Zie bijv. het overzicht van de eerste 41 uitspraken in voetnoot 11 van G. de Groot, De deelgeschilprocedure in de rechtspraak: goede start, spannende vlucht, behouden landing, Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging 2011, p. 41-49.
4. Zie De Groot 2011, die spreekt van een 'stijgende lijn' (p. 48 r.k.).
5. Zie De Groot 2011 in voetnoot 12 op p. 42. Zoals zij aangeeft, was dat maar een momentopname.

6. Ten tijde van de enquête (april 2011) waren er 39 uitspraken gepubliceerd. Volgens opgave van de ASP-leden waren 24 daarvan uit hun kring afkomstig.

zij, door praktische beperkingen kon ons onderzoekje niet meer zijn dan 'quick and dirty'.⁷ Vanwege alle beperkingen hebben wij geen bezwaar als men het zou willen afdoen als een *quick and dirty scan*.⁸ De uitkomsten kunnen in elk geval maar beperkt representatief worden geacht voor de letselschadesector in zijn geheel.⁹ Maar zij vormen naar onze mening wel een tamelijk betrouwbare indicatie.

3. De resultaten in een notendop

Op 30 maart 2011 werd aan alle leden van de ASP per e-mail een lijst toegezonden met vragen over hun ervaringen met de Wet deelgeschilprocedure. De sluitingsdatum van de enquête was 20 april 2011. Er werden 53 ingevulde vragenlijsten gerecentreerd, hetgeen een respons betekent van 47%. Op dat moment waren er 39 beschikkingen in deelgeschillen gepubliceerd.¹⁰ De 53 respondenten hadden in totaal 266 keer met een deelgeschilprocedure bedreigd en 84 keer een verzoekschrift ingediend. Dat is ongeveer 3:1. Van die 84 zaken waren er 29 alsnog geschikt of anderszins ingetrokken en 24 hadden tot een uitspraak geleid. Dat is bijna 1:1. Van 31 zaken was de afloop nog niet bekend. Over de beperkte representativiteit van deze cijfers is inmiddels genoeg gezegd. In het navolgende werken wij de resultaten van de enquête per onderwerp nader uit.

4. De deelgeschilprocedure als pressiemiddel voor benadeelden

Uit de ingevulde vragenlijsten komt naar voren dat het aantal van de gepubliceerde beschikkingen (destijds 39) inderdaad het topje van een ijsberg is. Vrijwel alle respondenten (51 van de 53) hadden hun wederpartij wel eens bedreigd met het starten van een deelgeschilprocedure. Zoals gezegd was dat in totaal 266 maal gebeurd, wat neerkomt op gemiddeld vijf keer per respondent. In tabel 1 is aangegeven tot welke gevolgen dit leidde.

Tabel 1 Gevolgen van dreigen met een deelgeschilprocedure

De wederpartij stemde volledig in met uw standpunt	51	19%
De wederpartij stemde gedeeltelijk in met uw standpunt en u hebt daarna afgezien van een deelgeschilprocedure of de zaak op andere wijze opgelost	60	23%
De wederpartij stemde niet in met uw standpunt en u hebt daarna afgezien van een deelgeschilprocedure of de zaak op andere wijze opgelost	9	3%
De wederpartij stemde niet of niet volledig in met uw standpunt en u hebt een deelgeschilprocedure gestart	84	32%
Nog niet bekend	62	23%
Totaal	266	100%

Uit deze tabel blijkt dat het aantal keren dat was bedreigd met een deelgeschilprocedure (266) aanzienlijk hoger lag dan het aantal malen dat een dergelijke procedure daadwerkelijk was ingezet (84). Zoals gezegd is dat ongeveer 3:1. Dat vormt een aanwijzing dat de Wet deelgeschilprocedure inderdaad een groter effect heeft op de letselschadepraktijk dan op basis van het aantal gepubliceerde beschikkingen mag worden verwacht. Wel is het zo dat de dreiging in 3% van de gevallen tot geen, en in 32% van de gevallen tot onvoldoende resultaat had geleid, en dit resultaat in 23% van de gevallen nog niet bekend was. Toch lijkt dreigen met een deelgeschilprocedure voor advocaten van benadeelden in het algemeen erg lonend te zijn: in 19% van de gevallen leidde dit tot volledige en in 23% tot gedeeltelijke instemming met het ingenomen standpunt.¹¹ Deze bevindingen zijn in lijn met het oordeel van respondenten over de Wet deelgeschilprocedure. Een van hen schreef: 'Je hoeft soms niet meer te dreigen, het besef bij de verzekeraar dat het slachtoffer een eenvoudige rechtsgang heeft, doet wonderen.' Een ander merkte op: 'Aankondiging van een deelgeschil blijkt tot op heden voldoende om het gewenste resultaat te bereiken.'

5. Wat gebeurt er na het starten van een deelgeschilprocedure?

Op het LSA-Symposium van 28 januari 2011 gaf de Amsterdamse rechter De Groot een overzicht van de twintig op dat moment bekende beschikkingen in deelgeschilprocedures. Daarbij wees zij erop dat sprake was van een 'dark number', waarmee zij doelde op het aantal gestarte procedures dat om verschillende redenen nooit tot een beschikking had geleid.

7. 'Quick and dirty' is een ironische uitdrukking waarmee wordt bedoeld op een snelle maar daardoor minder optimale oplossing.

8.

9. Hier is ook onmiddellijk door derden op gewezen. Zie P. Oskam & Chr.H. van Dijk, Deelgeschilprocedure: een jaar in de praktijk, PIV-Bulletin 2011, nr. 5, p. 12-20 (op p. 12 l.k.).

10. Stand per 1 april 2011.

11. In werkelijkheid liggen deze percentages waarschijnlijk nog iets hoger, omdat ten tijde van het afnemen van de enquête in 23% van de gevallen waarin was bedreigd met een deelgeschilprocedure nog niet bekend was waartoe dit zou gaan leiden.

Hierover waren op dat moment geen cijfers bekend.¹² De resultaten opgenomen in tabel 2 geven hiervan een indicatie.

Tabel 2 *Gevolgen van het starten van een deelgeschilprocedure*

Intrekking van het verzoek voordat de mondelinge behandeling had plaatsgevonden	9	11%
Schikking voordat de mondelinge behandeling had plaatsgevonden	10	12%
Intrekking van het verzoek tijdens de mondelinge behandeling	0	0%
Schikking tijdens de mondelinge behandeling	10	12%
Beschikking van de rechter over het deelgeschil	24	28%
Nog niet bekend	31	37%
Totaal	84	100%

In totaal waren door de deelnemers aan de enquête 84 deelgeschilprocedures gestart. Daarvan waren er 24 geëindigd met een beschikking, en van 31 zaken was nog niet bekend hoe zij zouden aflopen. Het valt te verwachten dat een deel daarvan nog zal eindigen met een beschikking. Op basis van het aantal beschikkingen enerzijds (24) en het aantal voortijdig beëindigde procedures anderzijds (29) is niet ondenkbaar dat beide cijfers elkaar uiteindelijk ongeveer in evenwicht zullen houden, in die zin dat tegenover bijna elke gepubliceerde beschikking een voortijdig beëindigde procedure staat.

6. Verzekeraars terughoudend

Hoewel in de memorie van toelichting bij de Wet deelgeschilprocedure een duidelijke voorkeur wordt uitgesproken voor een door beide partijen gezamenlijk ingediend verzoek, komt uit de enquête naar voren dat dit zich tot dusverre relatief weinig heeft voorgedaan. In een ruime meerderheid van de gevallen is het de advocaat van de benadeelde die het initiatief neemt, zoals blijkt uit tabel 3.

Tabel 3 *Het initiatief tot de deelgeschilprocedure*

Advocaat benadeelde	72	86%
Advocaat aangesproken partij	2	2%
Gezamenlijk ingediend verzoek	10	12%
Totaal	84	100%

12. Later heeft zij het cijfer genoemd dat het bij de Rechtbank Amsterdam in ongeveer een kwart van de zaken niet tot een uitspraak komt. Zie De Groot 2011 in voetnoot 12 op p. 42. Zoals zij aangeeft, was dat maar een momentopname.

Het is mogelijk dat dit beeld enigszins is vertekend doordat de enquête is uitgevoerd onder advocaten die uitsluitend optreden voor benadeelden. De gepubliceerde uitspraken in deelgeschilprocedures geven echter eenzelfde beeld te zien: ook daarbinnen zijn de door verzekeraars geïnitieerde procedures te tellen op de vingers van één hand.¹³ Voor PIV-directeur Theo Kremer was dat aanleiding om de verzekeraars aan te moedigen de deelgeschilprocedure meer te benutten.¹⁴ Het zou kunnen dat aan verzekeraarszijde sprake is van koudwatervrees. Ook zou een rol kunnen spelen dat de benadeelde de kosten van de deelgeschilprocedure niet zelf hoeft te dragen wanneer de aansprakelijkheid vaststaat of in het deelgeschil komt vast te staan (art. 1019aa Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv)). De deelgeschilprocedure is daardoor voor hem een erg aantrekkelijk instrument, terwijl het voor verzekeraars wellicht een relatief duur middel is ten opzichte van buitengerechtelijk dooronderhandelen. Het zal geen verrassing zijn dat de respondenten – die immers uitsluitend voor benadeelden optreden – positief zijn over dit aspect van de Wet deelgeschilprocedure. Een van hen merkt op dat deze wet een ‘eerlijkere machtsverdeling tussen partijen’ bewerkstelligt en een ander geeft als zijn mening te kennen dat partijen hierdoor ‘in een gelijkwaardigere positie ten opzichte van elkaar’ komen te staan.

7. De kosten van het deelgeschil

Kort voor de invoering van de Wet deelgeschilprocedure heeft de ASP voor haar leden een notitie opgesteld over het in deelgeschilprocedures te hanteren uurtarief (de zogenoemde ASP-staffel).¹⁵ Het uitgangspunt daarvan is het uurtarief dat door de Recofa (het landelijk overlegorgaan van rechters-commissarissen in faillissementen en surseances van betaling) als basis is genomen voor de honorering van curatoren en faillissementsmedewerkers. Dat tarief is op dit moment € 198 inclusief kantoorkosten en exclusief btw. Voor advocaten met meer dan acht jaar ervaring met de behandeling van letselschadezaken kan dit volgens de ASP-staffel worden vermenigvuldigd met een factor 1,5.¹⁶ Daarnaast kan eventueel rekening worden gehouden met het belang van de zaak. In de praktijk gebeurt dat echter sporadisch. Uit de enquête blijkt dat vrijwel alle respondenten hun uurtarief baseerden op de ASP-staffel. Afgaande op de ten tijde van de enquête (1 april 2011) op Rechtspraak.nl gepubliceerde beschikkingen in deelgeschilprocedures nemen rechters dit uurtarief niet altijd over. In tabel 4 staan de resultaten van een analyse van deze uitspraken op dit punt.¹⁷

13. Gepubliceerd zijn Rb. Amsterdam 23 december 2010, LJN BP1581 en Rb. Rotterdam 16 april 2011, LJN BQ0244.

14. PIV Jaarverslag 2011 p. 11.

15. ASP, De kosten van het deelgeschil; criteria voor de begroting van de kosten in het kader van de deelgeschilprocedure, juli 2010. Zie voorts J.F. Roth, Een redelijk uurtarief, L&S 2010, p. 19-23.

16. In de Recofa-richtlijn wordt eveneens een ervaringsfactor gehanteerd. Vanaf acht jaar bedraagt deze 1,0. Boven de twaalf jaar ervaring mag een factor 1,3 worden toegepast. Daarnaast mag een factor 1,2 worden toegepast als de boedel meer bedraagt dan € 50.000.

17. Deze cijfers zijn afkomstig van niet-gepubliceerd onderzoek door mr. C.P.J. Wijnakker.

Tabel 4 Uurtarieven in deelgeschilprocedures

Toegewezen conform verzoek (ASP-staffel)	12	30%
Gematigd	10	26%
Ieder eigen kosten	7	18%
Anders/onbekend	10	26%
Totaal	39	100%

Uit de gepubliceerde beschikkingen is niet altijd te herleiden of de matiging ziet op het uurtarief of het aantal opgevoerde uren. In vier gevallen was duidelijk dat het ging om de uren. In één geval betrof de matiging het uurtarief. In de overige vijf gevallen noemde de rechter eenvoudig een bedrag zonder aan te geven waarop dit was gebaseerd.¹⁸

In de enquête is gevraagd naar het gebruik van de ASP-staffel in gevallen waarin de deelgeschilprocedure voortijdig is geëindigd. De resultaten zijn vermeld in tabel 5.

Tabel 5 Uurtarieven in voortijdig geëindigde deelgeschilprocedures*

Toegewezen conform verzoek (ASP-staffel)	20	50%
Gematigd tot > € 200	12	30%
Gematigd tot < € 200	2	5%
Anders/onbekend	6	15%
Totaal	40	100%

* Dit aantal van 40 spoort niet helemaal met de cijfers uit tabel 2, maar betreft wel het aantal respondenten dat bij deze vraag een antwoord heeft ingevuld ('11. Kunt u hieronder voor elk van de gevallen waarin de deelgeschilprocedure voortijdig is beëindigd, aangeven wat er is gebeurd met de kosten die u hebt moeten maken in de deelgeschilprocedure?').

Een vergelijking tussen beide tabellen laat zien dat rechters niet geneigd zijn het uurtarief volgens de ASP-staffel zonder meer toe te passen en dat een buitengerechtelijke oplossing van het deelgeschil een grotere kans biedt op honorering van dat uurtarief. Het aantal onderzochte gevallen is echter gering. Deze conclusies hebben daardoor hooguit een voorlopig karakter. De resultaten geven wel aanleiding tot een aantal aanbevelingen voor de beroepsgroep. In de eerste plaats lijkt het raadzaam om in het verzoekschrift een zo uitgebreid mogelijke specificatie te geven van de werkzaamheden die zijn

verricht in het kader van de deelgeschilprocedure. Dat maakt inzichtelijker of de kosten terecht zijn gemaakt en verkleint de kans dat deze zonder nadere redengeving worden gematigd. In de tweede plaats verdient het overweging om in de ASP-staffel voor de verschillende, met het voeren van een deelgeschilprocedure samenhangende, werkzaamheden in de vorm van een bandbreedte aan te geven hoeveel tijd een redelijk ervaren advocaat daaraan door de band genomen zal moeten besteden. Dat maakt een inhoudelijke discussie mogelijk over de hoogte van de gevorderde kosten, waarmee uiteindelijk alle partijen zullen zijn gebaat.

8. Waar gaan de deelgeschillen over?

In de literatuur zijn inmiddels door De Groot¹⁹ en door Oskam en Van Dijk²⁰ inventarisaties gemaakt van de inhoud van de gepubliceerde deelgeschillen. Ook in de enquête is hieraan aandacht besteed. De respondenten is gevraagd voor elk van de gevallen waarin zij hebben bedreigd met of betrokken zijn geweest bij een deelgeschilprocedure aan te geven wat daarvan het onderwerp was. De resultaten zijn weergegeven in tabel 6.

Tabel 6 Onderwerpen van deelgeschilprocedures

Verjaring	1	0,3%
Kring van gerechtigden art. 6:108 BW	1	0,3%
Aansprakelijkheidsvraag	47	18%
Eigen schuld	23	9%
Causaal verband	32	12%
Betekenis deskundigenrapport	23	9%
Benoeming deskundige	9	3%
Medewerking aan deskundigenonderzoek	5	2%
Begroting smartengeld	7	3%
Vaststellen restverdiencapaciteit	24	9%
Omvang buitengerechtelijke kosten	20	7%
Overleggen medische informatie (patiëntenkaart)	1	0,3%
Anders	73	27%
Totaal	266	100%

Het meest genoemd (18% van de gevallen) is de aansprakelijkheidsvraag. Dat is misschien verrassend, als men bedenkt dat bij deelgeschilprocedures over die vraag niet vanzelf spreekt dat de kosten van de procedure worden gedragen door de

18. Zie voor een bespreking van de gepubliceerde uitspraken voorts Oskam & Van Dijk 2011, p. 17-18.

19. De Groot 2011.

20. Oskam & Van Dijk 2011.

wederpartij (verzekeraar). Als de aansprakelijkheid niet komt vast te staan, draagt ieder immers zijn eigen kosten. Geheel onbegrijpelijk is het echter niet. Een deelgeschil is in dit soort gevallen namelijk altijd nog aantrekkelijker dan een bodemprocedure, waarbij in geval van winst nog steeds een groot deel van de kosten voor eigen rekening blijft.

9. Suggesties tot verbetering

Aan het slot van de enquête is de respondenten gevraagd om suggesties tot wijziging of verbetering van de deelgeschilprocedure. Het past niet binnen het bestek van deze bijdrage deze uitvoerig te bespreken. Vermeldenswaard is in ieder geval het voorstel om – analoog aan de verwijsplicht van artikel 98 Rv – in de Wet deelgeschilprocedure een verwijsplicht op te nemen voor het geval de rechter tot de conclusie komt dat de zaak ongeschikt is voor behandeling als deelgeschil. Op het eerste gezicht is dit een sympathieke gedachte, maar het is de vraag in hoeverre deze uitvoerbaar is. Alleen al het feit dat het hier gaat om verschillende kostenregimes roept allerlei vragen op. Beter uitvoerbaar lijkt het voorstel om voor de deelgeschilprocedure een landelijke leidraad in te voeren, vergelijkbaar met de Richtlijn Wet deelgeschilprocedure die momenteel wordt gehanteerd door de Rechtbank Utrecht.²¹ Tot slot is voorgesteld de reikwijdte van de Wet deelgeschilprocedure uit te breiden tot geschillen over de uitvoering van particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekeringen en verzekeringen voor letsel ontstaan door deelname aan medisch-wetenschappelijk onderzoek (de zogenoemde proefpersonenverzekeringen). Dit zijn kwesties die regelmatig voorkomen als onderdeel van een letselschadezaak,²² maar niet vallen binnen de omschrijvingsgrenzen van artikel 1019w Rv.²³

10. Conclusie

Het antwoord op alle drie de onderzoeksvragen luidt bevestigend: (1) de loutere mogelijkheid om een deelgeschilprocedure te starten heeft een sterke invloed op de onderhandelingen. Vanuit het perspectief van de benadeelde is dat zeker een uitgesproken positieve invloed, omdat zijn wederpartij hem in de meeste gevallen reeds na het dreigen met een deelgeschil geheel of gedeeltelijk tegemoetkomt. Vermoedelijk betekent dit toch ook vanuit de verzekeraars gezien een positieve invloed, omdat het dwingt tot het innemen van goed doordachte en afgewogen standpunten, en partijen sneller tot elkaar brengt. Om hier meer over te kunnen zeggen zou ook het perspectief van de verzekeraars moeten worden onderzocht. (2) Beïnvloeding van de onderhandelingen door de loutere mogelijkheid om een deelgeschilprocedure te starten komt inderdaad veel vaker voor dan het indienen van een verzoekschrift. Door alle beperkingen van deze *quick scan* is de zeggingskracht van de verkregen cijfers beperkt, maar deze conclusie lijkt toch wel verant-

woord. (3) Een groot deel van de ingediende verzoekschriften wordt inderdaad ingetrokken voordat het tot een uitspraak komt. De uitkomsten van de enquête suggereren zelfs bijna de helft. Of dat in werkelijkheid inderdaad zo is, valt nog te bezien, maar het gaat in elk geval om een zeer substantieel gedeelte.

De uitkomsten van de enquête bevestigen dat de deelgeschilprocedure zich in korte tijd een belangrijke plaats heeft verworven binnen de letselschadepraktijk. Niet alleen kunnen benadeelden daarmee binnen een kort tijdsbestek en vaak op kosten van de wederpartij een vastgelopen onderhandelings-traject vlot trekken. Ook lijkt de loutere mogelijkheid om een deelgeschilprocedure te starten ertoe te hebben geleid dat partijen in een gelijkwaardiger positie ten opzichte van elkaar zijn komen te staan. De deelgeschilprocedure is, zoals een van de respondenten opmerkte, 'een zegen voor de letselschadepraktijk'.

21. Zie voor de vindplaats daarvan: <www.rechtspraak.nl/Organisatie/Rechtbanken/Utrecht/RegelsEnProcedures/Pages/Richtlijn-wet-deelgeschilprocedure.aspx>.

22. Het zou hier gaan om een uitbreiding van het bereik van de deelgeschilprocedure naar vorderingen uit 'first party'-verzekeringen.

23. Zie voor een niet-ontvankelijkheidsverklaring om deze reden: Rb. Arnhem 2 mei 2011, LJN BQ3863.

Pandora geëvalueerd

Een interview met mr. Francie Peters, directeur van CED Mens, over het Pandora-project

*Mevrouw mr. H.M. Storm**

1. Inleiding

Voor degenen die werkzaam zijn in de letselschade zal project Pandora geen onbekend begrip meer zijn. In dit tijdschrift werd al eerder aandacht aan het project besteed.¹ In dit project, een initiatief van expertisedienst CED Mens, ontwikkelden WA- en rechtsbijstandverzekeraars en letselschadeadvocaten en -bureaus gezamenlijk een nieuw proces van schadeafwikkeling bij niet-objectiveerbare aandoeningen (zoals whiplash) en voerden dit ook uit.² Tussen de deelnemende verzekeraars en belangenbehartigers in het project zijn afspraken gemaakt over de afwikkeling van de schade, de bejegening van het slachtoffer en het medisch traject. Zo is onder andere afgesproken dat gedurende een jaar niet over aansprakelijkheid of causaliteit wordt gediscussieerd en tevens dat gedurende dit jaar de medisch adviseurs van de belangenbehartiger en de verzekeraar inhoudelijk geen rol spelen in het proces. Voorts is afgesproken dat de belangenbehartiger een bedrag van € 5000 in depot krijgt, waaruit hij naar eigen inzicht voorschotten uitbetaalt aan het slachtoffer. Belangrijk element is voorts dat op kosten van de verzekeraar aan het slachtoffer een herstelcoach³ van CED Mens wordt toegewezen die alle hulp organiseert die voor een snel herstel nodig is. Daarbij kan worden gedacht aan medische of alternatieve hulpverlening, maar ook aan hulp bij het vinden van praktische oplossingen bij re-integratieproblemen.

Naar aanleiding van de evaluatie van dit project spreek ik met mr. Francie Peters. Zij is sinds 2006 directeur van CED Mens en als zodanig nauw betrokken bij de ontwikkeling en uitvoering van Pandora. Zij constateerde in de praktijk van de letselschadeafwikkeling een mechanisme dat zij zelf een 'fout' noemt in het systeem van schade afwickelen: elke partij vraagt impliciet aan haar eigen medisch adviseur om het voor haar gunstigste uitgangspunt te formuleren. Uit de aard der zaak komen partijen daarmee met hun standpunt ver uit elkaar te liggen, met veel discussie en strijd tot gevolg, en een voor het slachtoffer vaak zeer belastend proces. Dat zou anders moeten, was haar idee. Als ander voorbeeld van kwalijke praktijken werpt zij nog de vraag op hoe het bestaat dat in een whiplash-zaak tot 26 keer een medisch adviseur om een advies kan worden gevraagd, wetende dat whiplash niet objectiveerbaar is. Dergelijke overwegingen leidden binnen CED Mens tot gedachten over een alternatief schadeafwikkelingsproces. De filosofie van Pandora sluit ook aan bij de ontwikkelingen rondom de Gedragscode en wordt door De Letselschaderaad, Slachtoffer Nederland, de Stichting Personenschade Instituut van Verzekeraars (PIV) en de Vrije Universiteit Amsterdam met grote belangstelling gevolgd. Uiteindelijk leidde dit ertoe dat in november 2008 Pandora daadwerkelijk met de eerste zaak van start ging.

2. Verloop van het experiment

Niet alles verliep zoals van tevoren bedacht. Zo was het streven dat er ten minste honderd zaken à la Pandora behandeld zouden moeten worden, opdat er sprake zou zijn van een representatief bestand dat een evaluatie zou kunnen ondergaan aan de hand waarvan wetenschappelijke conclusies kunnen worden getrokken. Daarbij was de gedachte dat bij een jaarlijks aantal van zo'n 20.000 whiplashzaken (volgens opgave van het Verbond) er zich genoeg zaken zouden lenen voor deelname in het Pandora-project. In de praktijk bleek het echter lastig te zijn voldoende zaken 'te vinden'. Zoekend naar een oorzaak heeft Peters het idee dat met name de behandelaars op de werkvloer van de verzekeraars sceptisch stonden tegenover de nieuwe aanpak, wellicht ook doordat men toch nog onvoldoende kennis had over de uitgangspunten waarmee in Pandora gewerkt wordt. Ook is het huidige intakestelsel bij de verzekeraars ingericht op het wachten door de verzekeraar op berichten over het medisch herstel. In Pandora wordt daaren-

* Mevrouw mr. H.M. Storm is advocaat bij de afdeling Rechtshulp van de ANWB.

1. Zie F.Th. Peters, Pandora: een innovatie in de behandeling van whiplashschade, TVP 2009, p. 63-67. Zie voorts o.a. F.L.M. van Steen, Het project Pandora, PIV-Bulletin, 7 juni 2010, p. 21-23 en P. van der Steen, Gedragscode leidt tot nieuw letselschadeproces, Het Verzekeringsblad, 29 juli 2010, p. 32-33.

2. De deelnemersgroep van Pandora bestond uit rechtshulpverleners (0800-ongeval, Asselbergs & Klinkhamer Adv., Bureau Letselschade NL, DAS Rechtsbijstand, Drost Letselschade, Europrotector, Korevaar Van Dijk Letselschade, Munneke Lourens Advocaten, SAP Advocaten en Van der Toorn Personenschade), verzekeraars (ABN Amro, ASR, Delta Lloyd, Erasmus, Nationale Nederlanden, OHRA, Reaal, Turien & Co en Waarborgfonds), providers (Ascender, Benefit, Body@home, DBC Nederland, EM-Care, Gezond Management, Hippus, Jassentechniek, Katalyse Coaching, ProMind, Tijdmaat en Tools Training @ Coaching) en overige stakeholders (CED Mens (uitvoering), De Letselschade Raad, Q-consult (kwaliteitsmeting), Slachtofferhulp Nederland, Stichting PIV).

3. Deze herstelcoaches zijn van beroep arbeidsdeskundigen.

tegen aanstonds een actieve houding verlangd, gericht op onmiddellijke begeleiding van het slachtoffer tot het bereiken van dit herstel. Ook leek er een angst te bestaan dat de controle over de schaderegeling verloren zou gaan. Overigens ontdekte zij ook bij de belangenbehartigers soms wantrouwen, bijvoorbeeld over het vermeend eigenbelang dat CED zou hebben bij het opstarten van dit project. Peters vindt het jammer dat dergelijke sentimenten mogelijk de aanmelding van zaken in het project hebben beïnvloed. Zij benadrukt dat Pandora is ontstaan vanuit de wens tot verbetering op het huidige schaderegelingstraject, waarover slachtoffers vaak hun onvrede laten blijken. Uiteindelijk zijn er 78 zaken in het experiment terechtgekomen, die zo veel mogelijk zijn meegenomen in de evaluatie.

3. Evaluatie

Onderdeel van het project Pandora is dat de zaken die in Pandora hebben deelgenomen, worden geëvalueerd.

Tijdens het rondetafelcongres 'Whiplashschades: van strijdtoneel naar harmoniemodel' op 27 mei 2011 werden de resultaten van deze kwaliteitsmeting van het Pandora-project aan de letselschadewereld gepresenteerd door het onderzoeksbureau Q-consult.⁴ De kwaliteitsmeting is door Q-consult verricht door een aantal betrokkenen bij het project Pandora te bevragen over het geboekte resultaat. Daarbij is vooraf vastgesteld wat volgens de betrokkenen de vier succesfactoren voor Pandora zouden zijn: mate van cliënttevredenheid, aantal gevallen van volledige re-integratie, transparantie van de kosten per zaak en vertrouwen bij de stakeholders.

Uit de bekendgemaakte metingsresultaten blijkt dat Pandora vooral op het gebied van de cliënttevredenheid goed scoort. Peters is daar niet verbaasd over: Pandora biedt het slachtoffer de mogelijkheid om zelf actief mee te denken over de mogelijkheden van het herstel. De herstelcoach – die door betrokkenen zeer positief wordt gewaardeerd – biedt daarbij waardevolle begeleiding.

Het aantal succesvolle re-integraties bleef enigszins achter bij de verwachtingen. Peters licht dat toe: uit het onderzoek door Q-consult blijkt dat in de deelnemende zaken de schade van zelfstandigen relatief oververtegenwoordigd is.⁵ Dit beïnvloedt de uitkomst van de metingen. Overigens is toch nog 71% van de zaken uiteindelijk succesvol afgerond, waarvan 83% binnen de doelstelling (binnen een jaar).

Ook de beoordeling van de kosten van de behandeling van de Pandora-zaken behoeft een toelichting: de zelfstandigenschaden brachten relatief veel tijd en daarmee kosten met zich mee. Een oververtegenwoordiging van zelfstandigenschaden geeft daarmee een vertekend beeld van de gemiddelde kosten. Deze kosten van behandeling kwamen in de zaken in het

Pandora-project gemiddeld op € 23.444 per zaak (inclusief depot), en bestonden gemiddeld per zaak uit persoonlijke schade (€ 8344), BGK (€ 5777), kosten herstelcoach (€ 6362) en uitgegeven kosten behandelingen (€ 2570). Deze kosten zijn tot tevredenheid van betrokkenen transparant gemaakt. Vraag is natuurlijk wel hoe deze kosten in verhouding staan tot de behandeling van zaken die in de traditionele manier worden behandeld. Q-consult geeft aan dat algemene schadelastgegevens zich moeilijk met Pandora-zaken benchmarken, omdat de zaken in Pandora een zwaarder karakter hebben dan reguliere whiplashzaken. Bovendien zijn bij de schadelastgegevens vaak uitsluitend de persoonlijke schade en de BGK meegenomen en niet de operationele kosten. Deze kosten dienen dus eerst te worden berekend en opgeteld, alvorens er een vergelijking kan worden gemaakt. Peters vindt het jammer dat hier niet meer concrete gegevens over zijn te geven. Overigens wijst zij erop dat de kosten van het depot (van tevoren op € 5000 gesteld, maar in een aantal zaken gedurende de looptijd opgehoogd) wel in genoemd bedrag zijn opgenomen, maar de kosten van de afwikkeling van de schade nog niet.

De laatste kritiekfactor die is gemeten, is 'vertrouwen'. De gemeten resultaten laten gemiddeld genomen zien dat het vertrouwen van de stakeholders wel voldoende is, maar toch nog wat te wensen overlaat. Een mogelijke verklaring voor dit gematigd vertrouwen is dat de letselschadebranche zich in algemene zin kenmerkt door een gebrek aan vertrouwen, tegengestelde belangen, concurrentiële verhoudingen en inhoudelijke of principiële verschillen van mening of commerciële belangen. Een innovatief project als Pandora, dat afhankelijk is van een breed draagvlak, heeft daar last van.

Voor Peters ligt de winst van het Pandora-project in de tevredenheid van het slachtoffer over het proces. De herstelcoach heeft daar flink aan bijgedragen. Ook het grote aantal zaken waarin herstel is bereikt, stemt tot tevredenheid. Nu is het de vraag hoe de markt dit project zich eigen maakt. Er is geen actieve bemoeienis meer door Peters zelf (hoewel zij het project nog wel geksherend 'haar kindje' noemt) of CED. Zij blijft uiteraard geïnteresseerd, en CED kan indien gewenst een herstelcoach leveren, maar de vraag ligt nu bij de branche: willen verzekeraars en de belangenbehartigers – gelet op de resultaten van Pandora – hun zaak conform het Pandora-project laten lopen? De cijfers geven vertrouwen; Peters hoopt voor slachtoffers van niet-objectiveerbaar letsel van harte dat schadeafwikkeling à la Pandora door de markt wordt voortgezet.

4. De resultaten van deze meting zijn te vinden op de Pandora-website: <www.ced-pandora.nl>. Op deze site is de eindrapportage van Q-consult te downloaden.

5. Volgens de eindrapportage van Q-consult ging het in 21% van de Pandora-zaken om een zelfstandigenschade. Er wordt niet vermeld hoe dit zich verhoudt tot een 'traditioneel' bestand.

Jurisprudentie

Aansprakelijkheid voor (letsel)schade van een zzp'er

Hof Amsterdam 22 februari 2011, LJN BP6637 (procedure 1), BP6622 (procedure 2), BP6445 (procedure 3)

Feiten

Een zzp'er, een hoofd- en een onderaannemer (X, BAM en Wibo; hierna: de aannemers) hebben – al dan niet via een schakel – een (andere) zzp'er (geïntimeerde) ingeschakeld om kalkzandsteenblokken te lijmen. De zzp'er loopt bij deze werkzaamheden letsel op en spreekt vervolgens de aannemers aan uit hoofde van (onder meer) artikel 7:658 lid 4 Burgerlijk Wetboek (BW).

Ten aanzien van de aansprakelijkheid van de aannemers uit hoofde van artikel 7:658 lid 4 BW heeft de Kantonrechter Utrecht overwogen dat – anders dan de aannemers betoogden

'de stelling dat aan de werking van het vierde lid van artikel 7:658 BW in de weg staat dat geïntimeerde de onderhavige arbeid heeft verricht in het kader van zijn eenmansbedrijf evenmin doel [treft] als de stelling dat aan die bepaling geen betekenis toekomt bij het ontbreken van een gezagsverhouding'.

Volgens de kantonrechter kan artikel 7:658 lid 4 BW daarom van toepassing worden geacht op de onderhavige zaken.

De kantonrechter achtte – na toetsing van de (overige) vereisten van artikel 7:658 BW aan de hand van de feiten en omstandigheden – de aannemers hoofdelijk aansprakelijk voor het geïntimeerde overkomen ongeval.

Procedureverloop

X, maar ook BAM en Wibo zijn van voornoemd vonnis van de kantonrechter in beroep gekomen. In hoger beroep bij het Gerechtshof Amsterdam richtten de aannemers (onder andere) een grief tegen voornoemde overweging van de kantonrechter ten aanzien van de toepasselijkheid van artikel 7:658 lid 4 BW. Aldus stond in deze procedures de vraag centraal of artikel 7:658 lid 4 BW van toepassing is op de aansprakelijkheid van de opdrachtgever voor de schade van een zzp'er. Ten aanzien van deze grief concludeerde het hof in het arrest van 22 februari 2011 aangaande aannemer X (procedure 1) onder meer:

'4.8 [geïntimeerde] 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]. (...).

Ter beantwoording van de vraag of er sprake was van zeggenschap van X over de uitvoering van de werkzaamheden, had geïntimeerde een aantal feiten en omstandigheden gesteld ten aanzien van (onder meer) de beschikkingstelling door X van het werkmateriaal, de zeggenschap van X over de werkdagen en werktijden en de wijze van declareren. Omdat X nog niet op deze stellingen had kunnen reageren, verwees het hof de zaak naar de rol voor een akte aan de zijde van X.

Ten aanzien van de aansprakelijkheid van aannemers Wibo en BAM heeft het hof in afzonderlijke procedures (procedure 2 en procedure 3) overwogen dat – hoewel geïntimeerde volgens het hof naar 'de letter van de tekst' als 'een persoon' als genoemd in de eerste zinsnede van artikel 7:658 lid 4 BW kon worden beschouwd¹ – aan de overige voorwaarden van artikel 7:658 lid 4 BW² niet was voldaan. Om die reden strandde de vordering van geïntimeerde op grond van artikel 7:658 lid 4 BW in de procedures tegen Wibo en BAM. Wel zal in deze procedures de eventuele aansprakelijkheid van BAM en Wibo aan de hand van andere – subsidiair ingeroepen – grondslagen³ worden beoordeeld.

Commentaar

In bovengenoemde zaken stond de vraag centraal of artikel 7:658 lid 4 BW ook bedoeld is voor de toepassing op een zelfstandig ondernemer, in dit geval een zzp'er ('zelfstandige zonder personeel'). Teneinde deze vraag te kunnen beantwoorden moet allereerst worden teruggegrepen naar de ontstaansgeschiedenis van artikel 7:658 BW en de gedachte van de wetgever bij de invoering van lid 4.

Artikel 7:658 lid 4 BW; de discussie

Op grond van artikel 7:658 lid 1 BW dient de werkgever zorg te dragen voor de veiligheid van zijn werknemer in de uitoefening van diens werkzaamheden. Hoewel deze zorgplicht van de werkgever geen absolute plicht behelst, strekt deze verplichting behoorlijk ver, zo is uit de rechtspraak gebleken. Uit hoofde van lid 2 van dit artikel rust er bovendien een gunstige stelplicht en bewijslast op de werknemer.

1. Zie r.o. 4.11 van procedure 2 en r.o. 4.8 van procedure 3.
2. Namelijk (1) of de activiteiten ook door de eigen werknemer van de opdrachtgever zouden kunnen worden verricht 'in het kader van de uitoefening van het bedrijf, en (2) of sprake is van zeggenschap van de opdrachtgever over het verrichten van de werkzaamheden van de betreffende 'persoon'.
3. Zoals art. 7:751, 6:171, 6:76, 7:760 lid 2 en 6:77 BW.

Artikel 7:658 BW is geplaatst in titel 10 van Boek 7, dat ziet op rechtsverhoudingen die als arbeidsovereenkomst kunnen worden aangemerkt. Het feit dat het arbeidsovereenkomstenrecht de werknemer veel bescherming biedt en de zorgverplichting uit artikel 7:658 BW is gericht tot de werkgever, wordt gerechtvaardigd door het feit dat een werknemer in vele opzichten afhankelijk is van zijn werkgever. Zo is een werknemer in economische zin afhankelijk, omdat de bron van zijn bestaan gelegen is in de inkomsten die hij verwerft. Maar ook in sociale zin, omdat het hebben van een betaalde baan vaak bepalend is voor de maatschappelijke status van de werknemer. Op de werkvloer zelf wordt de ongelijkheid tussen de werknemer en de werkgever vormgegeven door het feit dat de werkgever zeggenschap heeft over de uitvoering van de werkzaamheden alsmede over de inrichting van de werkplek. In dat verband maakt de werkgever de keuze voor bepaalde productieprocessen, materialen, hulpmiddelen en veiligheidsmaatregelen. De werknemer verkeert dus in velerlei aspecten in een ondergeschikte positie ten opzichte van zijn werkgever; er is sprake van ongelijkheid. De wetgever heeft geprobeerd deze ongelijkheid in juridische zin te compenseren door de werknemer zo veel mogelijk bescherming te bieden. Derhalve heeft de wetgever de werkgever in artikel 7:658 BW de plicht opgelegd te zorgen voor een veilige en gezonde werkomgeving van de werknemer.⁴ Omdat de werkgever bovendien beter inzicht heeft in de getroffen veiligheidsmaatregelen, rust ook de bewijslast ten aanzien van de zorgplicht overeenkomstig lid 2 van artikel 7:658 BW op de werkgever.

Op 1 januari 1999 is – in het kader van de Wet flexibiliteit en zekerheid – een vierde lid aan artikel 7:658 BW toegevoegd, dat luidt:

‘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.’

Met de invoering van lid 4 werd vooral beoogd de rechtspraak inzake ingeleend personeel te codificeren, zo blijkt uit de toelichting op de wet. Daarmee wordt bedoeld op het arrest *Stormer/Vedox* (15 juni 1990, NJ 1990, 716), waarin de Hoge Raad oordeelde dat een werknemer die door zijn werkgever bij een derde tewerk is gesteld – en tussen deze werknemer en derde dus geen arbeidsovereenkomst bestaat – deze derde naast zijn eigen werkgever op grond van artikel 7:658 BW aansprakelijk kan stellen.⁵

4. Door sommige schrijvers, onder wie G.C. Boot, worden ook wel de profijtgedachte (werkgever heeft de lusten en behoort ook de lasten te dragen) en de verzekeraarbaarheid van de risico's aan deze zorgverdeling ten grondslag gelegd.

5. ‘In zulk een geding zal hetgeen in de rechtspraak is aanvaard terzake van stelplicht en bewijslast in een geding op de voet van art. 1638x (...) overeenkomstige toepassing kunnen vinden’, aldus de letterlijke tekst van de Hoge Raad.

De noodzaak van deze codificatie werd door de wetgever als volgt toegelicht:

‘De aansprakelijkheid van de inlener is wenselijk omdat de vrijheid van degene die een 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. Anders gezegd: 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. Daarom dient de aansprakelijkheid van de inlener voor bedrijfsongevallen waarbij (ook) andere dan eigen werknemers betrokken zijn, een specifieke wettelijke grondslag te krijgen. De hier voorgestelde bepaling biedt deze grondslag.

Deze bepaling is met name van belang voor uitzendarbeid, uitlening en aanneming van werk, waarbij tussen de werknemer en de derde (inlener) geen overeenkomst bestaat. Het is echter ook mogelijk dat tussen degene die de arbeid verricht en degene voor wie hij de arbeid verricht wel een overeenkomst is gesloten, zij het geen arbeidsovereenkomst. Men denke bijvoorbeeld aan bepaalde stageovereenkomsten. Vgl. Hof Arnhem 7 mei 1996, JAR 1996, 127.

(...)

De voorgestelde bepaling kan tot gevolg hebben dat zowel de werkgever als de inlener bij wie de arbeid wordt verricht, ingevolge artikel 658 aansprakelijk zijn. Zij zijn dan hoofdelijk verbonden (art. 6:102 BW), maar kunnen onderling regres nemen. Het staat hun uiteraard vrij hieromtrent afspraken te maken, bijvoorbeeld in de overeenkomst van opdracht als bedoeld in het voorgestelde artikel 690. (...).’

Over de reikwijdte van lid 4 bestond – en bestaat tot op zekere hoogte nog altijd – veel onduidelijkheid. Kijkt men naar de tekst van lid 4, dan lijkt de strekking van deze bepaling zeer ruim en ogenschijnlijk te zien op elke opdracht die beroeps- of bedrijfsmatig door de werkgever is verstrekt aan ‘een persoon met wie hij geen arbeidsovereenkomst heeft’. Daarmee wordt de suggestie gewekt dat lid 4 ziet op elke opdracht waarbij tussen de werknemer en de derde (inlener) geen arbeidsovereenkomst bestaat. Anderzijds kan uit de toelichting op deze bepaling eveneens worden opgemaakt dat het niet de bedoeling van de wetgever is geweest dat op iedereen die in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf arbeid door een ander laat verrichten de zorgplicht van artikel 7:658 lid 1 BW rust. Hoe ver lid 4 precies reikt, blijkt uit de toelichting echter niet.

De meeste jurisprudentie die tot op heden is gewezen over artikel 7:658 lid 4 BW ziet op de zogenoemde ‘driehoeksverhouding’, waarbij het gaat om een situatie waarbij een werk-

nemer door zijn eigen werkgever bij een derde tewerk wordt gesteld en tussen deze werkende en de inlener geen arbeids-overeenkomst bestaat.⁶ Daarbij kan men denken aan bijvoorbeeld uitzendarbeid, uitlening en aannemingsituaties. Uit de jurisprudentie is gebleken dat de werknemer die schade oploopt in een dergelijk geval een beroep kan doen op artikel 7:658 lid 4 BW wanneer (1) de activiteiten ook door de eigen werknemer van de inlener zouden kunnen worden verricht en (2) er sprake is van zeggenschap van de inlener over het verrichten van de werkzaamheden van deze gelaedeerde werknemer. Deze rechtspraak is tot op heden redelijk uitgewerkt.

Discussiepunt; de rechtstreekse opdrachtrelatie

Het is echter ook mogelijk dat tussen degene die de arbeid verricht en degene voor wie de arbeid wordt verricht wel een overeenkomst bestaat, zoals een stageovereenkomst, een vrijwilligersovereenkomst of een opdrachtovereenkomst. Ten aanzien van de stagiair en de werkzaamheden van een vrijwilliger is reeds duidelijk geworden dat ook deze personen onder het bereik van artikel 7:658 lid 4 BW vallen.⁷ Een van de vragen die tot op heden echter onbeantwoord is gebleven, is of het vierde lid van artikel 7:658 BW ook van toepassing is op de rechtstreekse opdracht/aannemingsituatie, waarbij de opdrachtnemer – anders dan de werknemer in de voornoemde driehoeksverhouding – niet wordt uitgeleend aan de derde, maar *zelf* de overeenkomst met de opdrachtgever afsluit. Meer in het bijzonder kan worden gedacht aan de werkverhouding tussen de opdrachtgever en een zelfstandig ondernemer. Daarover gingen de in deze noot te bespreken zaken bij het Hof Amsterdam. In het kader van de vraag of de zzp'er onder het bereik van artikel 7:658 lid 4 BW valt, overweegt het hof in procedure 1:

'4.7 (...) In de literatuur is wel verdedigd dat ook de kleine zelfstandige aannemer onder het bereik van de bepaling valt. De rechtspraak geeft een wisselend beeld; er zijn uitspraken gedaan waarin de bepaling ook van toepassing werd geacht op iemand die werkzaamheden had verricht als zelfstandige (zzp'er).'

Terecht merkt het hof in deze uitspraken op dat de rechtspraak tot nu toe een wisselend beeld geeft over de vraag of een zelfstandig ondernemer een beroep kan doen op artikel 7:658 lid 4 BW in het geval hij schade oploopt in de uitvoering van zijn werkzaamheden voor een opdrachtgever (r.o. 4.7). Er zijn uitspraken gewezen waarin de bepaling in dat geval onverkort

van toepassing werd geacht,⁸ maar nagenoeg evenzoveel uitspraken zijn gewezen waarin werd geoordeeld dat een zelfstandige juist niet onder het bereik van het vierde lid van artikel 7:658 BW zou vallen.⁹ De Hoge Raad heeft zich over deze vraag nog niet expliciet uitgelaten.

Ook in de literatuur lopen de meningen uiteen. Zo is bijvoorbeeld in lijn met een (latere) uitspraak van de Rechtbank Zwolle¹⁰ door Frenk bepleit dat in gevallen van opdracht artikel 7:658 lid 4 BW hoe dan ook niet van toepassing is, omdat artikel 7:406 lid 2 BW een speciale regeling geeft voor het geval de opdrachtnemer schade lijdt doordat een aan de opdracht verbonden gevaar zich heeft verwezenlijkt.¹¹ Volgens Frenk kent deze regeling exclusieve werking omdat zij berust op een afweging van de belangen van de opdrachtgever en de opdrachtnemer. Boot betoogt evenwel dat als de wetgever de redenering van de Rechtbank Zwolle had voorgestaan, het voor de hand had gelegen het aan het oorspronkelijke artikel 7:658 BW toegevoegde lid 4 te voorzien van een integrale uitzondering voor de opdrachtovereenkomst, hetgeen niet is gebeurd.¹² Hartlief meent dat uit de tekst en de wetsgeschiedenis van artikel 7:406 lid 2 BW niet afgeleid zou kunnen worden dat met deze regeling exclusiviteit is beoogd. De regeling zou bovendien van regelend recht zijn.¹³ Overigens wijst Hartlief een (te) ruime uitleg van artikel 7:658 lid 4 BW van de hand. Hartlief wijst er in dat verband op dat een ruime interpretatie van deze bepaling, waarbij ook alle situaties van een overeenkomst van opdracht en aanneming onder het bereik van deze bepaling zouden vallen, tot ongewenste consequenties in de branche zouden kunnen leiden, waarop marktpartijen niet hebben gerekend en welke risico's niet zijn verzekerd.

Lindenbergh en Schneider concluderen dat voor het antwoord op de vraag of in een geval van een opdracht aan een zelfstandig ondernemer artikel 7:658 lid 4 BW van toepassing is, vooral relevant is of de aard van de door de zelfstandige te verrichten werkzaamheden in het verlengde liggen van die van de opdrachtgever en tevens of de opdrachtgever zelf ook feitelijk betrokken was bij de uitvoering en daarbij zeggenschap had over de werkzaamheden van degene die de schade heeft

6. Zie onder meer Rb. Rotterdam 1 maart 2002, JAR 2003, 12; Ktr. Den Haag 12 juli 2002, NJ 2002, 493.

7. Dat de stagiair onder het bereik van deze bepaling kan vallen, blijkt uit de toelichting op de wet (Tweede NvW, Kamerstukken II 1997/98, 25 263, nr. 14, p. 6). Uit de rechtspraak volgt dat dit artikel ook van toepassing kan worden geacht op de vrijwilliger (Hof Arnhem 11 januari 2005, JAR 2005, 47).

8. Zie onder meer HR 18 november 2005, JAR 2005, 288 (Grevestette/Van Oel); Ktr. Arnhem 19 december 2008, LJN BH1484; Hof Den Bosch 2 november 2010, LJN BP8468; Ktr. Assen 22 maart 2011, JAR 2011, 99.

9. Zie onder meer Rb. Zwolle 28 november 2001, NJ 2002, 253 (Stichting Pensioenfonds ABP/Bogaerds Cord); Rb. Rotterdam 4 februari 2009, LJN BI7365; Hof Arnhem 17 augustus 2009, JAR 2010, 247; Hof Den Haag 22 april 2005, JAR 2005, 170 (Van der Pol Bouw- en Industrienservice/Van Dorp Installatie).

10. Rb. Zwolle 28 november 2001, NJ 2002, 253, r.o. 6.3 (Stichting Pensioenfonds ABP/Bogaerds Cord).

11. N. Frenk, Aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen in driehoeksverhoudingen en buiten arbeidsovereenkomst, NTBR 1998, nr. 2, p. 35. Zie ook Rb. Rotterdam 4 februari 2009, LJN BI7365.

12. G.C. Boor, Arbeidsrechtelijke bescherming (diss. Leiden), Den Haag: Sdu Uitgevers 2004, p. 311.

13. T. Hartlief, De reikwijdte van de aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen mede in het licht van recente wetgeving, SR 1998, nr. 7/8, p. 224.

opgelopen.¹⁴ Dat is in lijn met de jurisprudentie over zogeheten ‘driehoeksverhoudingen’.

Arresten van het Hof Amsterdam vs. Hof Arnhem

Na een uitgebreide uiteenzetting van de toelichting op artikel 7:658 lid 4 BW en de ontstaansgeschiedenis van dit artikel overweegt het Hof Amsterdam in de onderhavige arresten ten aanzien van de toepassing van artikel 7:658 lid 4 BW dat geïntimeerde naar de letter van de tekst als ‘een persoon’ als genoemd in de eerste zinsnede van artikel 7:658 lid 4 BW kan worden beschouwd. Het hof¹⁵ richt zich vervolgens op de beantwoording van de (meer materiële) vragen, namelijk (1) of de activiteiten ook door de eigen werknemer van de opdrachtgever zouden kunnen worden verricht ‘in het kader van de uitoefening van het bedrijf’, en (2) of sprake is van zeggenschap van de opdrachtgever over het verrichten van de werkzaamheden van de betreffende ‘persoon’.¹⁶ Daarmee lijkt het hof de vraag of artikel 7:658 lid 4 BW van toepassing is op de aansprakelijkheid van een opdrachtgever voor schade van de zelfstandig ondernemer (in dit geval een zzp’er) bevestigend te beantwoorden.

Enkele maanden eerder dacht het Hof Arnhem genuanceerder over de vraag of artikel 7:658 lid 4 BW van toepassing is op een zelfstandig ondernemer. In het arrest van 17 augustus 2010¹⁷ overwoog het Hof Arnhem:

‘3.8 (...) Nu vaststaat dat appellant de werkzaamheden als (onder)aannemer in opdracht van Allspan, dus niet als werknemer van Allspan heeft verricht, is hij naar de letter van de tekst “een persoon” die Allspan arbeid heeft laten verrichten als in de aanhef van de bepaling bedoeld (...). De vraag is echter of dit inderdaad de strekking van de bepaling is dan wel of de wetgever ten aanzien van aanneming van werk heeft bedoeld de strekking van de bepaling te beperken tot personen die werknemer zijn van degene die – in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf – arbeid laat verrichten, zoals een (onder)aannemer. (...)

3.10 (...) Uit de plaatsing van de bepaling in titel 10 van boek 7, welke titel betrekking heeft op de arbeidsovereenkomst, lijkt te volgen dat de wetgever met de bepaling bescherming heeft willen bieden aan werknemers, niet ook aan zelfstandigen. Verder kan verdedigd worden dat van zelfstandigen (zoals eenmanszaken, ZZP’ers) mag worden verwacht dat zij zichzelf naar behoren verzekeren tegen de gevolgen van arbeidsongevallen. Men kan echter tegenwerpen dat er geen goede grond is kleine zelfstandigen een aanspraak op de bepaling te onthouden, temeer nu zij

(zoals in dit geval voor appellant geldt) niet altijd over een behoorlijke verzekering tegen de risico’s van arbeidsongevallen beschikken.’

De vraag die het Hof Amsterdam in zijn arresten in het midden laat – en het Hof Arnhem wel aanstipt, maar uiteindelijk onbeantwoord laat¹⁸ – is of de bepaling van artikel 7:658 lid 4 BW wel van toepassing is op een zelfstandig ondernemer die op grond van een rechtstreekse opdrachtovereenkomst werkzaamheden verricht of dat de wetgever heeft bedoeld de strekking van deze bepaling te beperken tot personen die werknemer zijn van degene die – in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf – arbeid laat verrichten.

Het Hof Amsterdam concludeert dat de zzp’er ‘naar de letter van de tekst’ van artikel 7:658 lid 4 BW onder deze bepaling zou vallen en toetst de situatie vervolgens aan de (mede in de jurisprudentie ontwikkelde) vereisten van deze bepaling. Dit impliceert dat het voor het hof niet wezenlijk uitmaakt of de ‘persoon’ die schade heeft opgelopen, werkzaam was als ‘gewone’ werknemer die door zijn werkgever werd uitgeleend dan wel als zelfstandig ondernemer die zelf een overeenkomst met de opdrachtgever heeft gesloten (zoals een zzp’er). Met het Hof Arnhem zijn wij echter van mening dat de enkele constatering dat een zelfstandige ‘naar de letter van de tekst’ onder deze bepaling zou vallen, te kort door de bocht is. Daartoe geldt het volgende.

Voor wie is lid 4 geschreven?

Uit de wetsgeschiedenis komt duidelijk het beeld naar voren dat de wetgever bij de invoering van lid 4 primair oog heeft gehad voor de situatie waarbij een werknemer door zijn eigen (formele) werkgever wordt ‘uitgeleend’ aan een derde, de inlener. De keuzevrijheid van deze inlener om het werk door eigen werknemers of door anderen te laten uitvoeren zou niet van invloed mogen zijn op de rechtspositie van degenen die het werk verrichten, zo was de gedachte van de wetgever. In de toelichting (25 263, nr. 14, p. 6) staat met zoveel woorden beschreven dat de aansprakelijkheid van de inlener wenselijk is ‘omdat de vrijheid van degene die een 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 (...)’. In het geval de betreffende ‘uitgeleende’ werknemer bij de uitoefening van deze werkzaamheden onverhoopt schade oploopt, dan zorgt artikel 7:658 lid 4 BW ervoor dat deze werknemer niet in zijn juridische status benadeeld wordt door het feit dat hij door zijn formele werkgever is uitgeleend aan een derde.

14. S.D. Lindenbergh & P.L.M. Schneider, Over de grenzen van ... artikel 7:658 lid 4 BW, Tijdschrift voor Arbeidsrechtpraktijk 2009, special 3, p. 28.

15. Overeenkomstig de conclusie van Lindenbergh & Schneider 2009, p. 28.

16. Zie overeenkomstig onder meer Hof Leeuwarden 14 april 2009, LJN BI2482 (appellant/Staalbouw Nauta Heeg & Friso) en V.z. Rb. Rotterdam 1 maart 2002, JAR 2003, 12 (Boufzi/Kramer Vlees).

17. Hof Arnhem 17 augustus 2010, JAR 2010, 247.

18. Het Hof Arnhem kwam in deze zaak tot de conclusie dat – ook als zou worden aangenomen dat een zelfstandig ondernemer zou kunnen worden aangemerkt als ‘een persoon’ als in art. 7:658 lid 4 BW wordt genoemd – doorslaggevend was dat niet voldaan was aan het vereiste dat de bij de opdrachtgever verrichte werkzaamheden waren verricht in de uitoefening van diens bedrijf. Hierop strandde de vordering hoe dan ook.

Uit de toelichting op artikel 7:658 lid 4 BW volgt dat de wetgever bij de werking van lid 4 aldus oog heeft gehad voor de bescherming van de werknemer die in juridische zin geen nadeel mag hebben van het feit dat hij door zijn werkgever aan een derde is uitgeleend. Hem komt 'gewoon' een beroep toe op artikel 7:658 BW als ware hij werknemer van de inlener, al is tussen deze partijen in formele zin geen arbeidsovereenkomst afgesloten.

Gelet op deze achterliggende (beschermings)gedachte lijkt de conclusie voor de hand te liggen (zoals ook het Hof Arnhem reeds eerder concludeerde) dat lid 4 vooral bedoeld is ter bescherming van 'werkenden' met wie de inlener zelf weliswaar geen arbeidsovereenkomst heeft gesloten, maar in feitelijke zin wel een arbeidsrelatie onderhoudt, zoals uitzendkrachten, vrijwilligers of stagiairs. Dezen bevinden zich immers net als een gewone werknemer in een ondergeschikte positie, waarbij de zorg voor hun veiligheid wordt 'overgelaten' aan een derde (de inlener).¹⁹ Zoals in het voorgaande reeds is aangestipt, dient artikel 7:658 BW vooral ter juridische compensatie van deze ondergeschiktheid.

Of deze bepaling ook van toepassing kan zijn voor de aansprakelijkheid voor schade van zelfstandig ondernemers, is daarmee nog altijd niet duidelijk. De hiervoor beschreven achterliggende gedachte van artikel 7:658 lid 4 BW leidt ertoe dat ter beantwoording van deze vraag zal moeten worden bekeken of de zzp'er kan worden aangemerkt als een met een werknemer vergelijkbaar persoon en aldus een dergelijke 'werknemersbescherming' toekomt.

De opdrachtovereenkomst

De zzp'er zal over het algemeen via een rechtstreekse opdrachtovereenkomst werkzaamheden uitvoeren voor zijn opdrachtgever. De opdrachtovereenkomst wordt geregeld in artikel 7:400 e.v. BW. Volgens de definitie van de opdrachtovereenkomst verbindt de opdrachtnemer zich jegens de opdrachtgever om werkzaamheden te verrichten 'anders dan op grond van de arbeidsovereenkomst'. Daarmee wordt een duidelijk – wettelijk – onderscheid gemaakt tussen de opdrachtovereenkomst en de arbeidsovereenkomst.

Het verschil tussen de arbeidsovereenkomst en de opdrachtovereenkomst is van groot belang voor de rechtspositie van de 'werkende'. Anders dan bij een arbeidsovereenkomst zijn bij de overeenkomst van opdracht de aanspraken die de wetgever de werknemer biedt in Boek 7 titel 10 BW immers niet van toepassing. Zo is de opdrachtnemer – anders dan de werknemer – niet beschermd door het ontslagrecht en evenmin geldt voor hem de bescherming van andere BW-bepalingen, zoals de bepaling met betrekking tot loondoorbetaling bij ziekte, recht op vakantiegeld, enzovoort. Daarnaast mist de opdrachtnemer

de bescherming van andere bepalingen die specifiek voor werknemers geschreven zijn, zoals de Wet aanpassing arbeidsduur, de Wet minimumloon en minimumvakantiebijslag, de Arbeidstijdenwet en de Wet arbeid en zorg.²⁰

Vaak is een scheidslijn tussen de opdrachtovereenkomst en de arbeidsovereenkomst moeilijk te maken en lijkt de opdrachtnemer – ondanks de door hemzelf gesloten opdrachtovereenkomst – in de praktijk vaak te functioneren als ware hij een werknemer. In dat geval moet worden nagegaan of toch is voldaan aan de definitie van de arbeidsovereenkomst. Is dat het geval, dan is – onafhankelijk van de benaming die partijen aan de overeenkomst hebben gegeven – toch sprake van een arbeidsovereenkomst en geen opdrachtovereenkomst, met alle (arbeidsrechtelijke) gevolgen van dien. De vraag is dus waaruit het onderscheid tussen beide overeenkomsten exact bestaat.

Zowel bij de arbeidsovereenkomst als bij de opdrachtovereenkomst worden werkzaamheden verricht tegen loon. Hierin valt aldus geen verschil te ontdekken tussen de opdrachtnemer en de werknemer. Derhalve moet het verschil tussen beide rechtsvormen worden gezocht in de woorden 'in dienst van', die wel in de definitie van de arbeidsovereenkomst worden genoemd, maar niet in de definitie van de opdrachtovereenkomst. Over het begrip 'in dienst van' en de uitleg daarvan is veel geschreven. De Hoge Raad heeft de woorden 'in dienst van' vertaald door 'ondergeschiktheid' of 'onder zeggenschap werkzaam zijn' en acht daarmee de vraag of er sprake is van een gezagsverhouding essentieel voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst.²¹

Zoals reeds hiervoor is aangestipt, wordt de opdrachtnemer (veel) minder beschermd dan de werknemer. Dit wordt grotendeels gerechtvaardigd door het feit dat de opdrachtnemer in veel mindere mate ondergeschikt geacht wordt te zijn aan zijn opdrachtgever dan de werknemer aan zijn werkgever. De hiervoor genoemde ongelijkheidscompensatie waartoe artikel 7:658 BW dient, heeft de opdrachtnemer gelet op zijn onafhankelijke status aldus niet nodig. Overeenkomstig de overwegingen van het Hof Arnhem lijkt dan ook de conclusie gerechtvaardigd dat de (rechtstreekse) opdrachtnemer geen beroep toekomt op de bescherming van artikel 7:658 BW, net zomin als de opdrachtnemer een beroep toekomt op de arbeidsrechtelijke bescherming van titel 10 Boek 7 BW.

Initiële bedoeling partijen doorslaggevend

De gezagsverhouding lijkt aldus van doorslaggevende betekenis te zijn voor het onderscheid tussen de opdrachtovereenkomst en de arbeidsovereenkomst²² en daarmee ook voor de vraag of de werkende een beroep kan doen op lid 4 van artikel

19. Hoewel de tekst van art. 7:658 lid 4 BW die eis niet stelt, sluit het wel aan bij de tekst van de Stormer/Vedox-uitspraak, waarin wordt gesproken van een situatie waarin de uitleener de *zorg voor de veiligheid* geheel of ten dele overlaat aan de inlener.

20. J.J. Trap, De werknemer en de opdrachtgever, in: J.J.M. Tecuwes e.a., De werknemer in beweging, Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 30.

21. HR 8 mei 1998, JAR 1998, 168.

22. Zie ook Asser/Coehorst, De Leede & Thunnissen, Bijzondere overeenkomsten III (zesde druk), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 10 e.v. en conclusie A-G Leijten voor HR 22 mei 1984, NJ 1985, 17.

7:658 BW.²³ Maar zo simpel is het (toch) niet. Het begrip 'gezagsverhouding' heeft in de arbeidsrechtelijke jurisprudentie inmiddels een relatief karakter gekregen, waardoor de scheidslijn tussen de opdrachtovereenkomst en de arbeidsovereenkomst aanzienlijk is vervaagd.

Uit de arbeidsrechtelijke jurisprudentie volgt namelijk dat een gezagsverhouding al aanwezig wordt geacht bij het *kunnen* geven van aanwijzingen en instructies over de werkinhoud. Voor het bestaan van een gezagsverhouding is niet vereist dat dergelijke aanwijzingen en instructies ook daadwerkelijk *worden* gegeven.²⁴ Ontbreekt deze mogelijkheid tot het geven van werkinhoudelijke of disciplinaire regels, dan is er geen sprake van een arbeidsovereenkomst. Zijn deze regels er wel of kunnen deze regels worden opgelegd, dan betekent dit echter nog niet dat er sprake is van een arbeidsverhouding en (dus) geen opdrachtovereenkomst. Ook artikel 7:402 BW kent immers aan de opdrachtgever een instructiebevoegdheid toe. De aanwijzingsbevoegdheid van de opdrachtgever wijkt niet wezenlijk af van de instructiebevoegdheid van de werkgever. Beiden vertellen de werkende wat deze, in het kader van een bepaalde te verrichten werkzaamheid, moet doen. De werknemer is gehouden zo'n (redelijke) opdracht op te volgen, zo volgt uit artikel 7:611, 7:661 en 7:678 BW. Ook de opdrachtnemer is in beginsel gehouden aanwijzingen uit te voeren.

Kortom, hoewel de aanwezigheid van een gezagsverhouding wel vereist is voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst, vormt dit element in de praktijk vaak geen duidelijk onderscheid met de opdrachtovereenkomst. Om die reden is in de literatuur en jurisprudentie betoogd dat dit verschil moet worden gevonden in andere aspecten dan (enkel) de gezagsverhouding. Zo overwoog de Hoge Raad in het arrest HR 14 november 1997 (NJ 1998, 149, Groen/Schroevens):

'Voor de vraag of een rechtsverhouding moet worden gekwalificeerd als een arbeidsovereenkomst dan wel als opdracht, is bepalend wat partijen bij het sluiten van de overeenkomst voor ogen stond, dan mede in aanmerking genomen de wijze waarop ze feitelijk aan de overeenkomst uitvoering hebben gegeven en aldus daaraan inhoud hebben gegeven.'

Wanneer een overeenkomst zich bevindt in het schemergebied tussen de arbeidsovereenkomst en de opdrachtovereenkomst, is aldus de initiële partijbedoeling bij de overeenkomst doorslaggevend. Wat partijen beogen, blijkt niet alleen uit wat zij afspreken, maar ook uit de wijze waarop zij zich feitelijk

jegens elkaar gedragen.²⁵ De partijbedoeling kan dan ook niet los worden gezien van de uitvoering en wordt daardoor – mede – ingekleurd.²⁶ Daarbij moeten alle relevante aspecten van de relatie tussen partijen in beschouwing worden genomen. Zo zal onder meer kunnen worden gekeken naar de uiterlijke verschijning van de opdrachtovereenkomst, de formulering van de opdracht, de wijze van declareren,²⁷ de vraag of er btw over de declaratie wordt berekend, de vraag of vakantiegeld wordt uitbetaald, of het gaat om een arbeidsrelatie met een incidenteel karakter, de mate van zelfstandigheid van de werknemer, enzovoort.²⁸

Naast de afweging van de initiële bedoeling van partijen en mede in aanmerking genomen de feitelijke uitvoering van de overeenkomst wordt in de literatuur ook wel de maatschappelijke positie van de persoon die arbeid verricht van doorslaggevend belang geacht bij de vraag of er sprake is van een opdrachtovereenkomst of een arbeidsovereenkomst.²⁹

De (rechts)positie van de zzp'er

De term 'zzp'er' wordt nergens in wet- of regelgeving genoemd. Een wettelijke definitie ontbreekt dan ook. In algemene zin verricht de zzp'er werkzaamheden in opdracht van opdrachtgevers, opereert hij als zelfstandige en heeft hij geen personeel in dienst. Het aantal zzp'ers is de afgelopen jaren sterk toegenomen. Deze groei kan deels worden verklaard door het feit dat aan het zelfstandig ondernemerschap voor zowel de zzp'er zelf als de opdrachtgever aanzienlijke voordelen kleven. Zo is de zzp'er voor de opdrachtgever voordeliger dan een gewone werknemer. De opdrachtgever van een zzp'er hoeft immers geen op de cao gebaseerde arbeidsvoorwaarden³⁰ of pensioenregelingen te betalen en evenmin loonbelasting en werkgeverslasten sociale zekerheid af te dragen.

23. Ook de Arbowet definieert in art. 1 als werkgever in de eerste plaats degene die een ander op basis van een arbeidsovereenkomst of een publiekrechtelijke aanstelling werkzaamheden laat verrichten. Daarnaast geldt volgens deze wet als werkgever degene aan wie een ander ter beschikking wordt gesteld voor het verrichten van arbeid die deze werkgever gewoonlijk doet verrichten. Ten slotte wordt ook degene die een ander onder zijn gezag arbeid doet verrichten, aangemerkt als werkgever in de zin van de Arbowet.

24. HR 28 september 1983, NJ 1984, 92.

25. De werkgever zal in beginsel deze strijdige partijbedoeling of uitvoering aannemelijk dienen te maken ex art. 7:610a BW. Dit artikel bepaalt dat er een vermoeden is van een arbeidsovereenkomst als iemand ten behoeve van een ander gedurende drie opeenvolgende maanden wekelijks dan wel gedurende ten minste twintig uur per maand arbeid verricht. Deze bepaling is eveneens in het kader van de Wet flexibiliteit en zekerheid in de wet gekomen en beoogt de werknemer op (bewijsrechtelijke) voorsprong te stellen als hij gedurende enige periode voor een werkgever werkzaam is. In het geval van een discussie over de vraag of sprake is van een opdrachtovereenkomst of een arbeidsovereenkomst, zal de opdrachtgever aldus moeten bewijzen dat deze arbeidsovereenkomst niet bestaat (en de opdrachtovereenkomst wel).

26. Trap 2007, p. 40.

27. Zo zal de opdrachtgever de opdrachtnemer slechts betalen als deze daadwerkelijk gewerkt heeft. Voor de werkgever geldt de loondoorbetalingsverplichting.

28. Zie ook conclusie A-G Strikwerda bij HR 11 november 1988, NJ 1989, 173.

29. Boot (2004) maakt daarbij onderscheid tussen zogenoemde 'onafhankelijke opdrachtnemers' en 'afhankelijke opdrachtnemers', waarbij de laatste categorie eerder onder de bescherming van het arbeidsrecht zou vallen dan de eerste categorie. Terecht merkt Trap (2007, p. 42) in dat verband op dat de maatschappelijke positie een 'diffuus en polyinterpretabel begrip' is. Gaat het daarbij om de opleiding van de werker, om zijn financiële positie, macht of reputatie of om andere aspecten, zoals economische afhankelijkheid, zo vraagt Trap zich af.

30. Zoals bijv. toeslagen voor het werken op onregelmatige tijden of vakantiegeld.

Bovendien geldt dat de opdrachtgever niet verbonden is aan de arbeidsrechtelijke bescherming die een werknemer wel toekomt. Zo valt de opdrachtnemer niet onder het ontslagrecht, behoeft de opdrachtgever geen loon door te betalen bij ziekte, geen rekening te houden met arbeidstijden, enzovoort.

De zzp'er kiest er op zijn beurt vaak bewust voor om aan het keurslijf van de arbeidsovereenkomst te ontkomen en daarmee voor de voordelen van de met het zelfstandig ondernemerschap samenhangende vrijheid. Een zzp'er opereert immers als een zelfstandig gevestigd ondernemer, met een eigen (onafhankelijke) bedrijfsvoering, vrijheid van ondernemerschap en een eigen eindverantwoordelijkheid. Een zzp'er kan – gemakkelijker dan een werknemer – zelf beslissen over zijn inkomen, werktijden, werkdagen, vakantie, enzovoort. Overigens is het financiële aspect ook voor veel zzp'ers belangrijk; een (productieve) zzp'er houdt vaak netto meer geld over dan een vergelijkbare werknemer in loondienst. Kortom, voor zowel de opdrachtnemer als de opdrachtgever kleven er grote (al dan niet financiële) voordelen aan het sluiten van een opdrachtsovereenkomst in plaats van een 'gewone' arbeidsovereenkomst.

Gelet op deze volledig zelfstandige en economisch onafhankelijke positie verschildt de status van de zzp'er wezenlijk van de status van een 'normale' werknemer. Gelet op deze status en de (financiële) voordelen die daaraan kleven voor zowel de zzp'er zelf als de opdrachtgever, lijkt de initiële bedoeling van partijen op het eerste gezicht duidelijk; zij hebben beide de bedoeling gehad om een opdrachtsovereenkomst te sluiten met het (impliciete) doel daarmee expliciet de bepalingen van het arbeidsrecht te ontwijken. Geven partijen ook uitvoering aan deze bedoeling, dan zou dit *in theorie* tot de conclusie moeten leiden dat de zzp'er nimmer een beroep toekomt op artikel 7:658 lid 4 BW. Van een ondergeschikte positie – waarvoor artikel 7:658 lid 4 BW bedoelt bescherming te bieden – kan immers bij een zzp'er, gelet op het voorgaande, niet worden gesproken.

Voor de zzp'er geldt dan ook dat hij – in beginsel – niet alleen voor eigen rekening, maar ook voor eigen risico werkt. In dat kader kan van een professionele opdrachtnemer worden verwacht dat hij vooraf de aan de opdracht verbonden gevaren kan inschatten, de nodige maatregelen zal treffen en zich voor aanvang van zijn werkzaamheden deugdelijk zal verzekeren tegen de gevolgen van arbeidsongeschiktheid.³¹ De prijs van deze verzekeringspremies kan de zzp'er vervolgens verdisconteren in de prijs die hij zijn opdrachtgever voor zijn werkzaamheden laat betalen. Gelet op het feit dat de opdrachtsovereenkomst hoofdzakelijk wordt bepaald door regelend recht, heeft de zzp'er bovendien – wederom anders dan een 'normale' werknemer – zelf in de hand wat hij met zijn opdrachtgever afsprekt. Dit geldt niet alleen ten aanzien van de inhoud van de werkzaamheden of de prijs die daarvoor betaald moet worden, maar ook ten aanzien van onderwerpen als veiligheid en

aansprakelijkheid. Het staat de zzp'er vrij om – buiten de algemene zorgverplichtingen die op de opdrachtgever rusten en de overige bepalingen die een zelfstandig recht op schadevergoeding geven (bijvoorbeeld uit hoofde van art. 6:162 of 6:170 BW of de contractuele aansprakelijkheid van bijvoorbeeld art. 6:76 of 7:406 BW) – afspraken te maken met zijn opdrachtgever over eventuele aansprakelijkheid voor (letsel)schade. Hiermee kan de zelfstandig ondernemer het gebrek aan bescherming van artikel 7:658 BW goed ondervangen.³²

Tot zover de theorie. Het kan echter *in de praktijk* zo zijn dat partijen aan hun initiële bedoelingen bij het sluiten van de overeenkomst geen of minder uitvoering hebben gegeven en de zzp'er niet zozeer als economisch onafhankelijk en zelfstandig opdrachtnemer opereert, maar eerder als 'gewone' werknemer lijkt te werken. Na een afweging van alle feiten en omstandigheden – waarbij ook de eventueel zwakke maatschappelijke positie een rol kan spelen³³ – kan deze feitelijke uitvoering van de overeenkomst alsnog de doorslag geven en leiden tot de conclusie dat de opdrachtnemer een beroep op lid 4 openstaat omdat in feite (toch) sprake blijkt te zijn van een arbeidsovereenkomst, althans van een daarmee vergelijkbare arbeidsverhouding.

Conclusie

De beschermingsgedachte van artikel 7:658 lid 4 BW is gericht op de afhankelijke positie van werknemers. De regering had bij de invoering van de wet vooral het doel om de groeiende groep 'flexwerkers' de bescherming van het arbeidsrecht te bieden. Inmiddels is uit de rechtspraak en de wetsgeschiedenis duidelijk geworden dat naast de flexibele arbeidskrachten als uitzendkrachten, gedetacheerden of seizoensarbeiders ook stagiairs en vrijwilligers een beroep kunnen doen op de bescherming van deze bepaling. Of het ook de bedoeling van de wetgever is geweest om de zzp'er onder het bereik van artikel 7:658 lid 4 BW te laten vallen, lijkt gelet op de – theoretische – onafhankelijke status van de zzp'er niet voor de hand te liggen. Een zzp'er heeft bij een beroep op artikel 7:658 lid 4 BW naar onze mening alle schijn tegen. Een zzp'er heeft immers expliciet gekozen voor het zelfstandig ondernemerschap, met de daarbij behorende eigen en onafhankelijke bedrijfsvoering. Deze zelfverkozen status met de daarbij behorende voordelen kan niet gelijk worden gesteld

31. Zie in dat verband r.o. 3.10 van het Hof Arnhem d.d. 17 augustus 2010, JAR 2010, 247.

32. In lijn met zijn onafhankelijke positie heeft de opdrachtnemer ingevolge art. 6:402 BW bovendien de mogelijkheid om de overeenkomst op te zeggen wegens gewichtige redenen, wanneer hij – op redelijke grond – niet bereid is de opdracht volgens de hem gegeven aanwijzingen uit te voeren en hij door zijn opdrachtgever wel aan deze aanwijzingen wordt gehouden. Dit bevestigt nog maar eens het feit dat de opdrachtnemer verantwoordelijk is voor zijn eigen handelen. Wordt de opdrachtnemer bijvoorbeeld geconfronteerd met gevaarlijke werkzaamheden, die hij op redelijke grond niet wenst uit te voeren, dan doet hij er verstandig aan met zijn opdrachtgever nadere afspraken te maken over het op verantwoorde wijze uitvoeren van zijn taken dan wel de opdracht te staken.

33. De schijnzelfstandige – door Boor afhankelijke opdrachtnemer genoemd – is een opdrachtnemer die er, in ieder geval 'op papier', voor kiest geen werknemer te willen zijn, maar die in de praktijk feitelijk afhankelijk is van een enkele opdrachtgever; vaak is dat de ex-werkgever.

met de ondergeschikte positie van een werknemer aan wie wel de bescherming van artikel 7:658 BW toekomt.

Van de professionele zzp'er mag worden verwacht dat deze de risico's van zijn opdracht van tevoren in kan schatten en zich tegen de eventuele gevaren van die opdracht deugdelijk verzekert. In die zin kunnen wij instemmen met de overwegingen van het Hof Arnhem die leidden tot de conclusie dat artikel 7:658 lid 4 BW niet van toepassing is op de zelfstandig ondernemer.

Het enkele feit dat een (kleine) zelfstandige niet altijd over een behoorlijke verzekering tegen de risico's van arbeidsongevallen blijkt te beschikken, is voor ons – anders dan het Hof Arnhem lijkt te overwegen – echter geen goede reden om de zzp'er alsnog een beroep te laten toekomen op lid 4. Dit lijkt niet de bedoeling van de wetgever te zijn geweest en evenmin komt een dergelijke gedachtegang de rechtszekerheid ten goede. Hoewel toegegeven moet worden dat een dergelijke verzekering vaak duur is, behoort het inschatten en verzekeren van risico's nu eenmaal tot de bedrijfsvoering van een zelfstandig ondernemer. Bovendien valt het – meer in algemene zin – moeilijk te rechtvaardigen dat een zzp'er zou mogen genieten van alle voordelen van het zelfstandig ondernemerschap (het zijn van eigen baas, hand in eigen inkomen, flexibiliteit, enzovoort), waarmee hij zich aldus onderscheidt van een 'gewone' werknemer, terwijl de zzp'er zich aan de andere kant ook zou kunnen beroepen op de bescherming van artikel 7:658 BW als ware hij een 'gewone' werknemer. Dit geldt temeer wanneer daarvan sprake zou zijn enkel en alleen omdat een zzp'er 'niet altijd over een behoorlijke verzekering tegen de risico's van arbeidsongeschiktheid blijkt te beschikken', zoals het Hof Arnhem overwoog.

Dit zou slechts dan anders kunnen zijn wanneer in de praktijk blijkt dat de feitelijke uitvoering van de overeenkomst wezenlijk afwijkt van de bedoelde onafhankelijke status van de zzp'er. In dat kader moet de initiële partijbedoeling en daarmee tevens de uitvoering van de overeenkomst nauwkeurig worden onderzocht, waarbij alle aspecten van de rechtsverhouding in onderling verband moeten worden bekeken. Ook de eventuele zwakke maatschappelijke positie van de opdrachtnemer zou dan (wel) een rol kunnen spelen.³⁴

In onderhavige uitspraken gaat het Hof Amsterdam voorbij aan de vraag of, en zo ja, onder welke omstandigheden artikel 7:658 lid 4 BW (ook) bedoeld is ter bescherming van zelfstandig ondernemers. De hiervoor genoemde onafhankelijke status van de zzp'er en de gevolgen die deze status heeft voor de weging van de initiële partijbedoeling bij de overeenkomst krijgen van het hof evenmin aandacht. Zolang geen duidelijke

richtlijnen in de jurisprudentie worden gegeven over de toepasselijkheid van lid 4 op de zelfstandig ondernemer, zal er nog veel over deze kwestie worden geprocedeerd, waarbij we aldus hoop kunnen houden op een duidelijk antwoord vanuit de rechtspraak. Tot die tijd valt de opdrachtgevers van zzp'ers slechts aan te raden om aan de initiële bedoeling van de overeenkomst ook daadwerkelijk feitelijke uitvoering te geven,³⁵ dit teneinde het risico van eventuele aansprakelijkheid uit hoofde van artikel 7:658 lid 4 BW te voorkomen. Zolang (nog) niet duidelijk is of, en zo ja, in welke gevallen een zzp'er een beroep op artikel 7:658 lid 4 BW toekomt, zal een goede verzekering die de schade van eventuele aansprakelijkheid uit hoofde van artikel 7:658 lid 4 BW dekt, evenmin een overbodige luxe zijn.

Mr. H. Lebbing en mevrouw A. van der Veen

34. Zo zouden we ons kunnen voorstellen dat de opdrachtnemer in economische zin dermate afhankelijk is van een enkele opdrachtgever, dat de opdrachtnemer genoeg neemt met een lage(re) prijs en daarom het afsluiten van een dure verzekering tegen de risico's van arbeidsongeschiktheid niet tot de mogelijkheden behoort.

35. De opdrachtgever doet er tevens goed aan voor de uitvoering van de werkzaamheden een VAR (Verklaring arbeidsrelatie) bij de zzp'er op te vragen. Met deze verklaring kan de opdrachtgever vooraf zekerheid krijgen over de vraag of in fiscale zin sprake is van een arbeidsovereenkomst, en dus of hij loonbelasting/premie volksverzekeringen, premies werknemersverzekeringen en inkomensafhankelijke bijdrage Zorgverzekeringswet (samen loonheffingen genoemd) moet inhouden en afdragen. Dit geeft een indicatie van de initiële bedoeling van partijen.

Trappend paard Loretta

HR 1 april 2011, LJN BP1475, RvdW 2011, 455, JA 2011, 56, RAV 2011, 65 (Trappend paard Loretta)

1. De feiten

Op 29 juli 1997 trapt het paard Loretta Marloes, een 10-jarig meisje, in het gezicht. Marloes loopt onder meer een verbrijzeld neusbeen, een gebroken kaak, een gebroken oogkas en een hersenschudding op. Loretta is eigendom van Van de Water, die het paard ondergebracht heeft bij manege De Gulle Ruif en die met De Gulle Ruif een beleringsovereenkomst heeft gesloten om het paard zadelmak te maken. Van Hoof, schoondochter van Van de Water, is de beoogd berijder van Loretta, zodra het paard zadelmak zal zijn.

Na afloop van de training van Loretta verlaat de trainster de 'bak' waar de training plaatsvond. Van Hoof is bezig om – op instructie van de trainster – Loretta uit te laten lopen, terwijl de deur van de bak openstaat. Marloes, die bij de training had staan toekijken, loopt de bak in. Op het moment dat zij achter Loretta langs loopt, trapt het paard achteruit.

De verzekeraar van Van de Water gaat met (de ouders van) Marloes een overeenkomst aan, op basis waarvan hij, zonder erkenning van aansprakelijkheid, overgaat tot het betalen van voorschotten op de schadevergoeding. Aldus volgt de verzekeraar – naar analogie – de Schaderegeling Schuldloze Derde: de eerst aangesproken verzekeraar treedt op als 'schaderegelaar'.¹

2. Het procedureverloop

De ouders van Marloes, in hun hoedanigheid als haar wettelijk vertegenwoordigers, spreken Van de Water aan tot vergoeding van de schade. Zij voeren als grondslag aan: 'dat hetzij Van de Water als bezitter van het paard aansprakelijk is voor de schade van Marloes, hetzij De Gulle Ruif als exploitant van de manege en werkgeefster van de trainster die tegen de regels en instructies in de toegangsdeur tot de bak heeft laten open staan', aldus het tussenvonnissen van de rechtbank.²

Een opmerkelijke grondslag, gezien het feit dat zij dus Van de Water dagvaardden en niet De Gulle Ruif.³ Van de Water roept De Gulle Ruif op in vrijwaring, als bedrijfsmatig gebruiker dan wel als werkgeefster van de trainster.⁴ De Gulle Ruif roept op haar beurt weer schoondochter Van Hoof in ondervrijwaring

op.⁵ Nu alle drie de aangesproken partijen (Van de Water, De Gulle Ruif en Van Hoof) verzekerd zijn, komt men in het feitenrelaas van de rechtbank drie verzekeraars tegen. Wij beperken ons in deze noot tot de hoofdzaak.

De rechtbank acht de vordering van Marloes op Van de Water niet toewijsbaar op grond van artikel 6:179 Burgerlijk Wetboek (BW) omdat zij van oordeel is dat Van de Water terecht heeft aangevoerd dat De Gulle Ruif bedrijfsmatig gebruik maakte van Loretta en dat de aansprakelijkheid daarom op grond van artikel 6:181 BW op De Gulle Ruif rust, en niet op Van de Water als eigenaar van Loretta. De rechtbank meent evenwel dat de vordering wel toewijsbaar is op grond van de overeenkomst tussen de verzekeraar (als vertegenwoordiger van Van de Water) en Marloes, waarbij de rechtbank dus uit de toezegging van de verzekeraar een verplichting tot schadevergoeding construeert:

'[Marloes] kan echter de vordering wel baseren op de door VVAA kennelijk als vertegenwoordiger van Van de Water gesloten overeenkomst, waarbij VVAA heeft toegezegd de schade van [Marloes] te zullen vergoeden onder cessie van de vorderingen van [Marloes] op de andere betrokkenen. Dat is blijkens de dagvaarding ook de bedoeling van [Marloes], die de discussie over de risicoaansprakelijkheid voor het paard aan Van de Water en De Gulle Ruif wil overlaten.'

De rechtbank en het Hof Den Bosch zitten op één lijn wat betreft het bedrijfsmatige gebruik van het paard door De Gulle Ruif. Het hof honoreert dan ook het verweer van de eigenaar van het dier, Van de Water, dat de aansprakelijkheid van De Gulle Ruif als bedrijfsmatig gebruiker van Loretta zijn aansprakelijkheid als bezitter uitsluit. Daarbij overweegt het hof uitdrukkelijk dat het beleren van een paard een vorm van bedrijfsmatig gebruik is van het dier. Anders dan de rechtbank is het hof echter van oordeel dat uit de overeenkomst met de verzekeraar niet een gehoudenheid tot vergoeding van de schade afgeleid kan worden.⁶ Het vonnis van de rechtbank wordt dan ook vernietigd.

Marloes stelt cassatie in. Haar cassatiemiddelen richten zich met name tegen het oordeel van het hof dat de aansprakelijkheid op grond van artikel 6:181 BW op De Gulle Ruif rust (middelen A-C). Deze middelen gaan uit van de veronderstelling dat artikel 6:181 BW alleen van toepassing is als de bedrijfsmatige gebruiker ook bezitter is van het bedrijfsmatig gebruikte dier (dan wel zaak of opstal).⁷ Aldus komt in cassatie de vraag aan de orde wat nu onder 'bedrijfsmatig gebruik' dient te worden verstaan.

1. De regeling is te vinden op de site van het Verbond van Verzekeraars. Directe link: <<http://tinyurl.com/3qh8cbx>>.
2. Rb. Den Bosch 22 september 2004, NJF 2004, 604.
3. Wij begrijpen niet goed waarom de ouders van Marloes niet (ook) De Gulle Ruif aangesproken hebben. Deze processtrategie pakt voor Marloes hoogst ongelukkig uit.
4. Als grondslag voor de vrijwaring werden aangevoerd art. 6:181, 6:174 en 6:76 jo. 6:170 BW. Bij incidenteel arrest van 7 maart 2006 heeft het Hof Den Bosch de hoofdzaak en de vrijwaringszaak gevoegd. De Hoge Raad heeft het cassatieberoep in de vrijwaringszaak op grond van art. 81 Wet RO afgedaan; zie HR 1 april 2011, LJN BP1477.

5. De ondervrijwaring heeft als grondslag art. 6:162 BW. Zie daarvoor het vonnis van de rechtbank d.d. 22 september 2004, r.o. 7.1.
6. Tussenarresten Hof Den Bosch 23 december 2008 en 12 mei 2008, waartegen op basis van art. 401a lid 2 Rv cassatieberoep mogelijk was.
7. Een merkwaardig cassatiemiddel. Want als die veronderstelling (koppeling bezit en bedrijfsmatig gebruik) juist zou zijn, wat zou dan nog de toegevoegde waarde zijn van art. 6:181 BW naast art. 6:179 BW?

A-G Langemeijer belicht in een lezenswaardige conclusie de verhouding tussen bezit en bedrijfsmatig gebruik en zet het debat in het juiste perspectief:

‘De memorie van antwoord gaf aan, waarom de aansprakelijkheid bij de bezitter is gelegd indien de zaak, de stof, de opstal of het dier niet wordt gebruikt in de uitoefening van een bedrijf. In de onderhavige zaak is nu juist in geschil, of het dier ten tijde van het ongeval door [De Gulle Ruij] werd gebruikt in de uitoefening van haar bedrijf.’

De A-G verwerpt de opvatting van het middel dat artikel 6:181 BW uitsluitend van toepassing is als de bedrijfsmatige gebruiker tevens bezitter is van het dier (respectievelijk de zaak of de opstal). Hij benadrukt verder de concentratie- en beschermingsgedachte die aan het middel ten grondslag ligt:

‘3.16 Ten aanzien van de woorden “in de uitoefening van een bedrijf” zou men als criterium kunnen aanleggen of de desbetreffende zaak volgens de boekhouding deel uitmaakt van de activa van het bedrijf: hetzij als bedrijfsmiddel, hetzij als onderdeel van de voorraden (vóór, tijdens of na de bewerking). Een dergelijke uitleg zou echter al spoedig in botsing komen met de concentratie- en beschermingsgedachte die aan art. 6:181 BW ten grondslag ligt; zie alinea 2.11 hiervoor. De omstandigheid dat een te beleren paard te vergelijken is met een zaak die in het bedrijf wordt bewerkt in opdracht van de eigenaar/bezitter, maakt dit niet anders. Stel, bijvoorbeeld, dat de eigenaar van een hijskraan deze voor de jaarlijkse onderhoudsbeurt of voor een reparatie in handen geeft van een gespecialiseerd onderhoudsbedrijf, waarna een monteur ermee aan de slag gaat en de kraan in een hoek van het bedrijf stalt. Vervolgens gaat de kraan uit zichzelf rijden, waait de giek ergens tegen aan of valt een last naar beneden, met schade tot gevolg. In zo’n denkbeeldige situatie kan onduidelijkheid bestaan over de vraag óf een gebrek van de zaak de oorzaak is. Het is om de in paragraaf 2 besproken redenen aantrekkelijker, de aansprakelijkheid te concentreren op de plaats waar de risico’s samenkomen.’ (curs. FEK & FTO)

3. De Hoge Raad

De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep, in overeenstemming met de conclusie van A-G Langemeijer. De kern van de overwegingen van de Hoge Raad is te vinden in r.o. 3.3. Eerst gaat de Hoge Raad in op het wettelijke systeem van de kwalitatieve aansprakelijkheid voor dieren in afdeling 6.3.2 BW. De kwalitatieve aansprakelijkheid van de bezitter van een dier uit artikel 6:179 BW verschuift op het moment dat het dier gebruikt wordt in de uitoefening van het bedrijf van een ander. Over de achtergrond van het artikel zegt de Hoge Raad, onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis:

‘Art. 6:181, en daarmee ook de verlegging van de aansprakelijkheid die daardoor wordt bewerkstelligd, berust, kort samengevat, enerzijds op de overweging dat de benadeelde

niet behoort te worden belast met de moeilijkheden die inherent zijn aan het onderzoek naar en de bewijslevering betreffende de identiteit van de schuldenaar, en anderzijds op de eenheid van de onderneming in het kader waarvan het dier wordt gebruikt, het feit dat bedrijfsmatig verrichte activiteiten in beginsel zijn gericht op het verkrijgen van profijt, en het feit dat van een ondernemer kan worden gevergd dat hij zijn bedrijfsrisico als één risico verzekert (Parl. Gesch. Boek 3, (Inv. 3, 5 en 6), blz. 1003).’

Kennelijk in reactie op een van de middelen overweegt de Hoge Raad dat voor de verlegging⁸ van de aansprakelijkheid ex artikel 6:181 BW niet van belang is of de bedrijfsmatige gebruiker van het dier die verlegging ook heeft gewild of daar toestemming voor heeft gegeven: deze verlegging berust immers op de wet.

De bedrijfsmatige gebruiker is op grond van artikel 6:181 BW exclusief aansprakelijk: cumulatie van kwalitatieve aansprakelijkheid van de bezitter en de bedrijfsmatige gebruiker van een dier is dus niet aan de orde. Wel is het mogelijk dat naast een kwalitatieve aansprakelijkheid van de bezitter dan wel de bedrijfsmatige gebruiker tevens een derde aansprakelijk is op grond van de foutaansprakelijkheid ex artikel 6:162 BW. In dat opzicht is cumulatie dus wel degelijk mogelijk.

Ten slotte merkt de Hoge Raad nog op dat bij het bepalen of de aansprakelijkheid van artikel 6:179 BW op de bezitter van het dier dan wel op de bedrijfsmatige gebruiker ervan niet van belang is: (a) of de bedrijfsmatige gebruiker bezitter dan wel houder van het dier is, (b) of het doel van het bedrijfsmatige gebruik bijna bereikt is en (c) of de bedrijfsmatige gebruiker het dier duurzaam en ten eigen nutte gebruikt.

4. Commentaar

4.1 Inleiding

Na enkele inleidende opmerkingen staan wij in de eerste plaats stil bij de vraag wat nu precies onder ‘gebruik in de uitoefening van een bedrijf’ dient te worden verstaan. In de tweede plaats besteden wij aandacht aan de exclusieve werking van artikel 6:181 BW. Ten slotte vestigen wij de aandacht op de verhouding tussen artikel 6:181 BW en de artikelen 6:170 en 6:171 BW, van belang voor de uitleg en de reikwijdte van eerstgenoemd artikel.

Artikel 6:181 BW is een betrekkelijk jong en uniek artikel. Jong omdat het artikel pas bij de invoering van het nieuw BW in werking is getreden en onder het oude recht een vergelijkbare bepaling ontbrak. Ook het ontwerp-Meijers kende de bepaling nog niet; het artikel is pas bij het gewijzigd ontwerp geïn-

8. A. Kolder acht de woordkeuze ‘verlegging’ onjuist omdat de Hoge Raad daarmee suggereert dat art. 6:181 BW een uitzondering is op art. 6:179 BW, hetgeen naar zijn oordeel niet juist is. Het gaat immers om een rechtstreekse aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker, buiten de bezitter om. Zie zijn noot onder het onderhavige arrest in JA 2011, 56.

roduceerd. De bepaling is daarnaast uniek omdat geen van de ons omringende rechtsstelsels een bepaling kent op grond waarvan de bedrijfsmatige gebruiker van een zaak, opstal of dier aansprakelijk is in plaats van de bezitter ervan.⁹

Het doel van artikel 6:181 BW is het bevorderen van de overzichtelijkheid door concentratie van aansprakelijkheid. Deze strekking vloeit voort uit de (beperkte) parlementaire geschiedenis.¹⁰ In de woorden van Schoonbrood-Wessels:

'Kort gezegd strekt art. 6:181 ertoe de aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen overzichtelijk te maken: overzichtelijk voor de benadeelde, opdat hij op eenvoudige wijze kan vaststellen wie hij moet aanspreken; overzichtelijk voor alle betrokkenen aan de andere zijde, opdat zij hun risico's met een zekere precisie kunnen berekenen, en zo nodig, adequaat verzekeren.'¹¹

4.2 'Gebruik in de uitoefening van een bedrijf'

Wat dient nu te worden verstaan onder gebruik van een dier 'in de uitoefening van een bedrijf'? De parlementaire geschiedenis leert dat we de term 'bedrijf' moeten uitleggen in het licht van de strekking van het artikel zelf, maar neemt direct een schot voor de boeg waar de wetgever zegt: 'Waar het vooral op aan komt is in hoeverre de betreffende activiteiten naar buiten moeten worden gezien als afkomstig van een eenheid.'¹² Verder wordt de uitleg van het begrip verruimd doordat een winsttoegmerk of het behalen van voordeel niet beslissend wordt geacht.

Voor het bepalen van de reikwijdte geeft de parlementaire geschiedenis vier overwegingen: (a) de eenheid van de onderneming, (b) het feit dat het voor een benadeelde soms lastig is om vast te stellen wie bezitter is van (in ons geval) het schade-toebrengende dier, (c) het profijtbeginsel en (d) 'het feit dat van een ondernemer kan worden gevergd dat hij zijn bedrijfsrisico's als één risico verzekert'.

De wetgever maakt een uitzondering voor beroepsbeoefenaars. Kennelijk is met de term 'bedrijfsuitoefening' beoogd om degenen die een vrij beroep uitoefenen van de werking van artikel 6:181 BW uit te sluiten. Wij achten de uitsluiting van beroepsbeoefenaars niet meer van deze tijd: de grenzen tussen beroep en bedrijf zijn vervaagd, onder meer door de toegenomen commercialisering van de vrije beroepen.¹³ Terecht zal in de nieuwe wetgeving voor de personenvennootschappen het

onderscheid tussen beroep en bedrijf vervallen bij de inwerkingtreding van titel 7.13 BW.¹⁴ Overigens wordt in de parlementaire geschiedenis het onderscheid direct gerelativeerd doordat gezegd wordt dat het uitoefenen van een beroep via een praktijk-bv wel onder artikel 6:181 BW valt.

Een andere uitzondering heeft de wetgever willen maken voor het 'bedrijfsmatig bewaren en vervoeren' van zaken, opstallen of dieren, waarover hierna meer. In het Loretta-arrest hoeft de Hoge Raad zich niet uit te laten over de vraag of De Gulle Ruif meer doet dan alleen het stallen (c.q. bewaren) van het dier. Tussen partijen staat niet ter discussie dat het paard 'ter belering' ondergebracht is bij de manege. Volgens de rechtbank is bij belering tegen betaling naar gewoon spraakgebruik geen sprake van bedrijfsmatig gebruik, maar in de betekenis van artikel 6:181 BW wel.

Het hof en de Hoge Raad gaan mee in de ruime uitleg van artikel 6:181 BW. Immers, de Hoge Raad acht niet van belang of de bedrijfsmatige gebruiker ook bezitter is, of het doel waarvoor Loretta werd gebruikt – het zadelmak maken – bijna bereikt was, en of De Gulle Ruif het paard 'duurzaam en ten eigen nutte' gebruikt. Niet vereist is ook – anders dan het middel stelde – dat het dier als bedrijfsmiddel op de balans van De Gulle Ruif geactiveerd is.

Mede gelet op de ruime uitleg die aan het begrip 'gebruik in de uitoefening van een bedrijf' gegeven wordt, menen wij bij de afbakening van dit begrip een aanknopingspunt te vinden bij het begrip zeggenschap. Bedrijfsmatig gebruik impliceert zeggenschap: de gebruiker heeft het in zijn macht om te bepalen óf er iets met de zaak, de opstal of het dier gebeurt, en zo ja, wat ermee gebeurt. Bij deze benadering komt het ons voor dat gebruik zowel een actieve als een passieve zijde heeft: gebruiken kan naar ons oordeel eveneens inhouden de feitelijke macht dat een zaak, opstal of dier niet gebruikt wordt.

Zeggenschap brengt immers verantwoordelijkheid mee. De lijn van de wetgever verder uitbouwend houdt die verantwoordelijkheid in dat de ondernemer zijn bedrijfsactiviteiten afbaken en de daaraan verbonden risico's inschat. Naar aanleiding van die risicotaxatie dient hij allereerst veiligheidsmaatregelen te treffen en kan van hem worden verwacht dat hij voor de risico's die hij aldus niet (verder) kan beperken een verzekering afsluit.

Onze benadering sluit aan bij de concentratie- en beschermingsgedachte waar de A-G de nadruk op legt: het concentreren van de aansprakelijkheid daar waar de risico's samenkomen. De aansprakelijkheid voor de kraan die in reparatie is en uit zichzelf gaat rijden, berust bij het onderhoudsbedrijf omdat het bedrijf op dat moment de zeggenschap heeft wat er met de kraan gebeurt. Ook het voorbeeld dat Hartlief geeft

9. Zie de conclusie van A-G Langemeijer onder nummer 2.14 voor een beknopt rechtsvergelijkend overzicht.

10. Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 745-747 en 767 en Boek 3 (Inv. Boek 3, 5 en 6), p. 1003.

11. A.P. Schoonbrood-Wessels, De aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken, opstallen, dieren en gevaarlijke stoffen in concernverhoudingen, WPNR (1991) 6026, p. 792-793. Zie ook C.H.W.M. Sterk, Verhoogd gevaar in het aansprakelijkheidsrecht (diss.), Deventer: Kluwer 1994, p. 263.

12. Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. Boek 3, 5 en 6), p. 1003.

13. Zie reeds in 1997: F.T. Oldenhuis, Vijf jaar nieuw vermogensrecht; onrechtmatige daad en kwalitatieve aansprakelijkheid, NTBR 1997, p. 273.

14. Het wetsontwerp in recentelijk tegen alle verwachting in ingetrokken. Bij het ter perse gaan van dit nummer was het officiële intrekingsbesluit nog niet bekend.

van de versnellingspook die afbreekt op het moment dat de automonteur met die auto een stukje gaat rijden, past in dit perspectief.¹⁵

4.3 De uitsluiting van bewaren en vervoeren

Zoals hiervoor aangegeven, geldt – volgens de parlementaire geschiedenis althans – bij het bepalen van het begrip ‘gebruik’ een expliciete uitzondering als het gaat om zaken, opstallen of dieren ‘die iemand in de uitoefening van zijn bedrijf bewaart of vervoert’. De aansprakelijkheid voor het vervoeren van zaken is in Boek 8 BW ondergebracht en voor het bewaren van gevaarlijke stoffen geldt direct een ‘uitsluiting op de uitzondering’. De uitsluiting van bewaren en vervoeren is dus niet zo categorisch als het lijkt.

De minister overweegt:

‘Wanneer het gaat om gebrekkige zaken, (...), of om dieren, dan is de band tussen schaden die door de gebruikelijke zorg voor dergelijke objecten niet kunnen worden voorkomen, en de uitoefening van het bedrijf van de bewaarder niet sprekend genoeg om schade van deze soort tot een bedrijfsrisico te maken.’^{16,17}

Wij hebben onze bedenkingen bij het uitsluiten van het bewaren en vervoeren bij de inkleuring van het begrip ‘gebruik in de uitoefening van een bedrijf’ als bedoeld in artikel 6:181 BW. Allereerst is de motivering voor deze uitsluiting buitengewoon mager. Waarom meent de minister dat de band tussen schade en het professioneel ‘bewaren en vervoeren’ van dieren niet sprekend genoeg is? Bovendien is de scheidslijn tussen bewaren en vervoeren enerzijds en gebruiken (zeker bij dieren) anderzijds heel dun.

Cahen komt met het (sprekende) voorbeeld van het gebruik van een dier dat zonder meer leidt tot aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker ex artikel 6:181 BW.¹⁸ Een krokodil in de dierentuin ontsnapt en verwondt een bezoeker. Zonder twijfel een geval van gebruik in de uitoefening van het bedrijf van de dierentuinexploitant. Om de gedachten te bepalen veranderen wij de casus: stel nu dat de krokodil niet tentoongesteld wordt aan de bezoekers, maar slechts in een hok achteraf op het terrein verblijft omdat het dier te gast is uit een andere dierentuin die wegens onderhoud gesloten is. Strikt genomen wordt het dier dan dus ‘bewaard’ en niet ‘gebruikt’. Niet valt in te zien waarom de band tussen de schade van de bezoeker en de ‘stallingsactiviteiten’ van de dierentuin in dit geval minder sprekend zou zijn dan in het oorspronkelijke voorbeeld van Cahen.

15. T. Hartlief, Aansprakelijkheid in kwaliteit, NJB 2011, p. 1313.

16. Parl. Gesch. Boek 6, p. 747.

17. Let wel: het gaat de minister om de band tussen de schade en de uitoefening van het bedrijf en dus niet om de band tussen de zaak, de opstal of het dier en het bedrijf. Anders en minder juist: C.J.M. Klaassen, Risicoaansprakelijkheid (diss.), Zwolle: Tjeenk Willink 1991, p. 90.

18. Pitlo/Cahen, Algemeen deel van het verbintenissenrecht, Deventer: Kluwer 2002, nr. 175.

Een tweede voorbeeld van een – naar onze mening – sprekende band tussen een schade en gebruik van een dier in de uitoefening van een paardenpension is te vinden in de uitspraak die betrekking heeft op het paard Pina Colada.¹⁹ Het paard werd tezamen met andere paarden in een paardenpension gestald en verzorgd. In gevecht met een ander paard loopt Pina Colada letsel op. Dit lijkt een geval van schade die rechtstreeks verband houdt met het feit dat het paardenpension paarden stalt. Aangezien dat bedrijfsmatig geschiedt, lijkt kwalitatieve aansprakelijkheid voor de bedrijfsmatige gebruiker voor de hand te liggen, ware het niet dat ‘bewaren’ als gezegd is uitgesloten. De kantonrechter wijst de vordering van de eigenaar van Pina Colada tegen het paardenpension dan ook af met een verwijzing naar de parlementaire geschiedenis.

De vraag is echter of men (zeker op dit punt) de tekst van de parlementaire geschiedenis niet wat te veel gewicht toekent. De motivering van de uitsluiting van bewaren en vervoeren is, als gezegd, zeer summier. Bovendien neemt in het algemeen de waarde van de parlementaire geschiedenis bij het uitleggen van wetteksten in de loop der tijd af.

Als wij de genoemde overwegingen die aan artikel 6:181 BW ten grondslag liggen, toepassen op ‘bewaren’, valt niet goed in te zien waarom die overwegingen minder gelding hebben in het geval van bewaren dan bij andere vormen van gebruik. De eenheid van de onderneming, het voorkomen van een speurtocht voor de benadeelde en het profijtbeginsel zijn alle drie geldige argumenten om bewaren onder gebruik in de uitoefening van een bedrijf te scharen. Alleen bij de vierde overweging ligt de zaak iets genuanceerder: het is denkbaar dat onze benadering leidt tot dubbele of hogere verzekeringslasten. In ons aan Cahen ontleende voorbeeld zou immers zowel de dierentuin waar de krokodil te gast is als de dierentuin waar hij thuishoort zich behoren te verzekeren. Het economische nadeel dat de (verzekerings)risico’s aldus wellicht iets toenemen, moet echter niet worden overschat.

Kortom, het functioneel verband, ‘gebruik in de uitoefening van een bedrijf’, ex artikel 6:181 BW dient ruim te worden uitgelegd. De uitzondering die in de Kamerstukken wordt gemaakt voor het bewaren en vervoeren is in dat licht slecht verdedigbaar en verdient naar onze mening heroverweging.

4.4 Exclusieve werking

Bij het bevorderen van de overzichtelijkheid die de wetgever met de introductie van artikel 6:181 BW heeft willen creëren, past dat het artikel ten opzichte van de artikelen 6:173, 6:174 en 6:179 BW een exclusieve werking toekomt. Op het moment dat een dier (dan wel een zaak of opstal) in de uitoefening van een bedrijf wordt gebruikt, is de bezitter niet langer kwalitatief aansprakelijk, maar uitsluitend de bedrijfsmatige gebruiker. Aldus wordt beoogd dubbele verzekeringspremies te voorkomen, omdat niet zowel de bezitter als de

19. Ktr. Bergen op Zoom 16 januari 2008, NJF 2008, 83.

bedrijfsmatige gebruiker zich hoeft te verzekeren. In de praktijk zal men echter vaak zien dat desondanks beiden een verzekering afsluiten, zoals ook in het Loretta-arrest het geval was. Het brak Marloes op dat zij slechts degene (Van de Water) in rechte betrok wiens verzekeraar op basis van de 'Schaderegeling Schuldloze Derde' als schaderegelaar optrad.

De vergelijking met de Cakewalk-uitspraak dringt zich op.²⁰ In die uitspraak had de benadeelde niet de (onverzekerde) bedrijfsmatige eindgebruiker van de gebrekkige kermisattractie aangesproken, maar diens (wel WA-verzekerde) voorganger in de keten. Lid 2 van artikel 6:181 BW bepaalt echter:

'Wanneer de zaken, opstallen of dieren in de uitoefening van een bedrijf worden gebruikt door ze ter beschikking te stellen voor gebruik in de uitoefening van het bedrijf van een ander, dan wordt die ander als de uit hoofde van het vorige lid aansprakelijke persoon aangemerkt.'

De rechtbank wees de vordering van de benadeelde daarom af.

De exclusiviteit in ons systeem van kwalitatieve aansprakelijkheid kan voor het slachtoffer behoorlijk nadelig uitpakken.^{21,22} Hetzij omdat de benadeelde de verkeerde (want: niet-aansprakelijke) persoon aanspreekt, hetzij omdat de benadeelde wel de juiste kwalitatief aansprakelijke persoon aanspreekt, die echter geen verzekering blijkt te hebben en ook overigens geen verhaal biedt.²³ Het feit dat een van de bedrijfsmatige gebruikers zich verzekert, kan dus in ons systeem van exclusiviteit een misleidend ijkpunt zijn voor de benadeelde.

Volledigheidshalve merken wij nog op dat de exclusiviteit van artikel 6:181 BW slechts geldt ten opzichte van de kwalitatieve aansprakelijkheid ex artikelen 6:173, 6:174 en 6:179 BW. Het is dus wel denkbaar dat naast de bedrijfsmatige gebruiker van een zaak, opstal of dier de bezitter ook aansprakelijk is op grond van de foutaansprakelijkheid van artikel 6:162 BW. In het geval van Loretta: stel bijvoorbeeld dat Van de Water het paard had staan ophitsen op het moment dat Marloes de bak inkwam, dan zou Van de Water op grond van eigen onrechtmatig handelen aansprakelijk zijn.

4.5 Verhouding tot artikel 6:170 en 6:171 BW

Voor het bepalen van de grenzen van de kwalitatieve aansprakelijkheid ex artikel 6:181 BW is het ook van belang te kijken naar de kwalitatieve aansprakelijkheid voor ondergeschikten en zelfstandige hulppersonen (respectievelijk ex art. 6:170 en

6:171 BW). Wij stippen deze kwestie hier slechts kort aan en verwijzen verder naar hetgeen Kolder hier recentelijk over heeft geschreven.²⁴

De drie artikelen hebben gemeenschappelijk dat zij de eis stellen van een functioneel verband. Het gaat om het verband tussen enerzijds de fout van de ondergeschikte, zelfstandige hulppersoon respectievelijk het gebrek van de zaak, de opstal of het dier en anderzijds het bedrijf van de kwalitatief aansprakelijke persoon waarin deze worden ingezet. Artikel 6:171 BW stelt strengere eisen aan het functioneel verband dan artikel 6:170 BW. Anders gezegd: het functioneel verband wordt dus voor ondergeschikten eerder aangenomen dan voor zelfstandige hulppersonen.

In de parlementaire geschiedenis en de literatuur is artikel 6:181 BW echter wel omschreven als de 'tegenhanger' van artikel 6:171 BW.²⁵ Kolder wijst er terecht op dat de restrictieve uitleg van artikel 6:171 BW gerechtvaardigd wordt door de (economische) zelfstandigheid van de hulppersoon. Zowel bij ondergeschikten als bij zaken, opstallen en dieren die als bedrijfsmiddel worden ingezet, is van die zelfstandigheid nu juist geen sprake: zij worden direct ingezet voor het bedrijf van de werkgever respectievelijk gebruiker.

Hiervoor zagen wij dat het functioneel verband in artikel 6:181 BW – naar ons oordeel terecht – ruim wordt uitgelegd. Die ruime uitleg past goed bij de stelling dat artikel 6:181 BW eerder aansluiting vindt bij artikel 6:170 dan bij artikel 6:171 BW. Niet alleen wat de ruime interpretatie betreft passen artikel 6:170 en 6:181 BW meer bij elkaar, ook tonen ze gelijkenis in hun exclusiviteit: waar de opdrachtgever van de zelfstandige hulppersoon *naast* de hulppersoon zelf aansprakelijk is, is slechts bij artikel 6:170 en 6:181 BW de werkgever respectievelijk bedrijfsmatige gebruiker *exclusief* aansprakelijk.

5. Conclusie

Kortom, artikel 6:181 BW lijkt een slachtoffervriendelijke bepaling, en dat was ook een van de doelen die de wetgever voor ogen had (maar niet het enige).²⁶ Uit het arrest inzake het paard Loretta komt echter scherp naar voren dat het artikel voor de benadeelde een belangrijke valkuil kent. De grenzen van het gebruik van een dier (of een zaak of opstal) in de uitoefening van het bedrijf van een ander dan de bezitter zijn niet altijd duidelijk, ook al lijkt het erop dat de Hoge Raad een ruime uitleg aan dit functioneel verband geeft. In combinatie met de exclusieve werking van artikel 6:181 BW ten opzichte van artikel 6:179 BW (respectievelijk art. 6:173-174 BW) en

20. Rb. Breda 21 mei 2002, LJN AL1648.

21. Zie ook noot 10 van de conclusie van A-G Huydecoper voor HR 26 november 2010, JA 2011, 11.

22. Evenzo Hartlief 2011, p. 1313.

23. Een verplichting tot het afsluiten van een adequate verzekering bestaat immers niet. Wel zou voor ondernemingen die in stand gehouden worden door een rechtspersoon het niet afsluiten van verzekeringen mogelijk kunnen leiden tot aansprakelijkheid van hun bestuurders, maar het voert te ver om daar in dit verband op in te gaan. Verwezen zij naar: Schoonbrood-Wessels 1991, p. 794-795.

24. Uitvoerig over deze verhouding: A. Kolder, Begrenzing van kwalitatieve aansprakelijkheid; functioneel verband binnen artikel 6:181 BW, NTBR 2010, p. 295-307 en de noot van A. Kolder onder het Loretta-arrest in JA 2011, 56.

25. Parl. Gesch. Boek 6, p. 727.

26. Niet uit het oog verloren moet worden dat de wetgever ook de belangen van de bezitter dan wel de bedrijfsmatige gebruiker op het oog heeft gehad: ook zij moeten weten waar ze aan toe zijn.

de korte verjaringstermijn kan dat de benadeelde fataal worden.²⁷

Rechtens moge een dergelijke uitkomst juist zijn, vanuit het slachtofferperspectief heeft de uitkomst toch iets onbevredigends. Zeker in het onderhavige arrest waar maar liefst drie (potentieel) aansprakelijke partijen zich hadden verzekerd tegen een risico dat zich vervolgens verwezenlijkt. Als de benadeelde zekerheidshalve maar voor alle ankers moet gaan liggen, schiet het artikel toch een van zijn doelen voorbij.

Mr. F.E. Keijzer en prof. mr. F.T. Oldenhuis

27. Het gaat om de korte verjaringstermijn van vijf jaar ex art. 3:310 BW. Dat het wettelijk systeem voor het slachtoffer tot valkuilen leidt, is evenwel geen reden tot het 'openbreken' van de korte verjaringstermijn. Dat neemt niet weg dat naar onze mening een stevig debat over de vraag of het huidige systeem op dit punt geen verbetering (lees: verduidelijking) behoeft – op z'n Gronings gezegd – niet verkeerd is.

specialist in gezondheidsschade



MEDISCH ADVIES nodig in juridische zaken?

Lechnerconsult is expert op het gebied van gezondheidsschade. Met een vlijmscherp en helder medisch advies staan de specialisten van Lechnerconsult u bij in de vertaalslag van letsel naar personenschade. Van de operatietafel naar de rechtbank.

Lechnerconsult maakt schade inzichtelijk. Bij letselschade, maar ook in arbeidsongeschiktheidsvraagstukken.

Bel voor een vrijblijvende kennismaking met
010 47 62 870 en vraag naar dhr. C. Hoogenkamp.

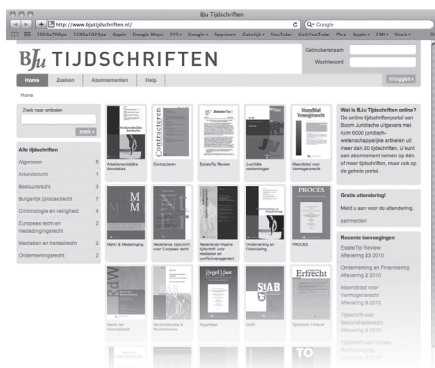
Lechnerconsult
Schiekade 458
3032 AX Rotterdam

T 010 47 62 870
F 010 47 72 075
E info@lechnerconsult.nl
W www.lechnerconsult.nl



De ideale combinatie van uw tijdschrift met een online archief

Stap nu over naar een plusabonnement!



Al onze tijdschriften staan ook online. Op www.bjutijschriften.nl zijn meer dan 20 juridisch-wetenschappelijke tijdschriften opgenomen. Ook zonder abonnement kunt u het gehele artikelenarchief doorzoeken. Een schat aan relevante informatie voor u als juridisch professional!

Een plusabonnement op een of meer tijdschriften biedt u optimaal gebruiksgemak. U krijgt alle nummers thuis gestuurd, maar u krijgt ook toegang tot het archief. Zodra een nieuw nummer wordt toegevoegd, ontvangt u een handige attendering per mail.

Veel abonnees zijn u al voorgegaan en profiteren nu van een plusabonnement. Kijk snel op www.bjutijschriften.nl en zet uw abonnement vandaag nog om!

Kijk ook op www.bju.nl

Bju

Boom Juridische uitgevers

Postbus 85576 | 2508 CG Den Haag | telefoon 070 330 70 33 | fax 070 330 70 30
e-mail verkoop@bju.nl | website www.bju.nl

Mr. Emo Bos

VUURWERK IN DE RECHTSZAAL

'De rechter keek de twee forse mannen die voor hem zaten beurtelings aan. Hij kneep zijn ogen toe, als om aan te geven dat hij de waarheid en niets dan de waarheid uit hen wilde persen. Het werd stil in het kleine zaaltje. Je kon de wandklok horen tikken.'

Dagelijks komen er mensen voor de rechter. Hoe vergaat het hen? Krijgen ze hun zin of worden ze fijngemalen door de raderen van justitie? En hoe kijkt de rechter tegen al die mensen en hun zaken aan? Wie zijn die rechters en officieren eigenlijk? De rechterspraktijk komt formeel en plechtig over, maar kent bepaald ook bizarre en humoristische kanten. In deze bundel juridische columns laat mr. Emo Bos de lezer op luchtige wijze iets zien van het gebeuren in en om de rechtszaal.



ISBN 978-90-8974-372-5

Prijs € 15,00

**Bestel nu op www.bju.nl
of via de boekhandel!**

Bju

Boom Juridische uitgevers