

Alles nog eens  
op een rijtje ...

Een voor- of  
een nadeel ....

Toch een uitzonderings-  
regel ...

Stijgende aantallen en  
hoger beroep ...

Hoe is het ook alweer met?

## Werkgeversaansprakelijkheid voor arbeidsongevallen, een update

Het leerstuk van de werkgeversaansprakelijkheid is continu in beweging. De mogelijkheden om de werkgever voor schade als gevolg van een arbeidsongeval met succes aansprakelijk te stellen zijn de afgelopen jaren verder uitgebreid en ook de groep van personen die schade tijdens het uitoefenen van werkzaamheden kunnen verhalen is door 'nieuwe' arbeidsverhoudingen gegroeid.

In dit overzicht wordt in vogelvucht stilgestaan bij de diverse aspecten die in het huidige tijdsgewricht een rol (kunnen) spelen in verband met de beoordeling van aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen, een en ander aan de hand van nog altijd geldende precedënten uit het verleden en actuele(re) rechtspraak van gerechtshoven en de Hoge Raad.

### Art. 7:658 BW

*Wat geldt ten aanzien van de verdeling van stelplicht en bewijslast?*

In het kader van de beoordeling van aansprakelijkheid van de werkgever ex art. 7:658 BW bij arbeidsongevallen zijn drie relevante 'bewijsmomenten' aan te wijzen.

*Eerste 'bewijsmoment': bewijs van causaal verband tussen de schade en het werk*

Op de werknemer rust de plicht om bewijs van causaal verband tussen de schade en de uitoefening van de werkzaamheden te leveren. De werknemer zal derhalve moeten stellen en bewijzen



Mevrouw mr. C. Blanken  
en  
mevrouw mr. A.H.M.  
van Noort  
Ekelmans & Meijer  
Advocaten

dat hij schade in de uitoefening van zijn werkzaamheden heeft geleden. Overigens zijn de eisen die ter zake aan de werknemer worden gesteld, beperkt. Met name hoeft de werknemer niet de precieze feitelijke toedracht van het ongeval te bewijzen<sup>1</sup>. Het enkele stellen dat schade tijdens het werk is ontstaan volstaat echter niet: van een werknemer mag in elk geval worden verlangd dat hij ten minste aangeeft wanneer het ongeval zou hebben plaatsgevonden, en dat hij in algemene zin beschrijft wat zich heeft voorgedaan<sup>2</sup>.

>

## Tijdljn

*'To seek the sacred river Alph; To walk the caves of ice;  
To break my fast on honeydew; And drink the milk of Paradise ...'*

"Wat ben je aan het doen?"; "Ik bevries de dingen in de tijd"; "Oh, kun jij dat dan en wat is het nut daarvan?"

"De Wijsgeer zegt dat tijd een eindeloze rivier is die altijd meandert. Achter elke bocht doemt een nieuwe uitdaging voor je op, waaraan je je inspanningen moet wijden. Meestal moet je het dus zelf doen en dat levert je doorgaans ook het meeste op, als je iets durft. Maar soms heb je wat hulp nodig. Bijvoorbeeld als je door toedoen van een ander tijdelijk of blijvend letsel en beperkingen oploopt. Van een wijze mentor leerde ik ooit dat je dan kunt afspreken om bepaalde aannames in de tijd te bevriezen. Dat is een vak geworden en toevallig nu het mijne."

*'I had heard the whispered tales of immortality; The deepest mystery;  
From an ancient book I took a clue; I scaled the frozen mountain tops of eastern lands unknown;  
Time and Man alone; Searching for the lost Xanadu. Xanadu ...'*

"Raar vak heb jij dan, ik vind het niet logisch. Niets staat stil in de tijd, dus je kunt het ook niet bevriezen, hoe koud het ook is buiten." "Ik ben dat met je eens, in de werkelijke tijd kan het niet. Maar in juridische tijd doen we het soms toch, als een truc en als het doel is om daarmee je medemens in nood te helpen, dan is dat toch eigenlijk ook wel een mooie truc?" "O.K., zolang het is om te helpen wel ja. Zie ik daarom op jouw beeldscherm die eindeloze woordenstroom: – redelijk – billijk – feiten – omstandigheden – onderling verband en samenhang – referentiekader – hypothetische situatie het ongeval weggedacht – concrete situatie na ongeval – onderbouwing – enzovoorts, enzovoorts – als een eindeloze rivier maar doorstromen?" "Rivier en doorstromen, dat bevalt me wel, je raakt dit vak in de kern. Het is goed, zolang het niet oeverloos is, denk ik."

*'To stand within the Pleasure Dome; Decreed by Kubla Khan; To taste anew the fruits of life;  
The last immortal man; To find the sacred river Alph; To walk the caves of ice;  
Oh, I will dine on honeydew; And drink the milk of Paradise'*

"Gelukkig hebben we de wetgever die ons roeispansen aanreikt, rechters die helpen koers bepalen en schrijvers, veel schrijvers. Kijk, we zijn met het laatste nummer van dit jaar bezig en zie wat de woordenstroom ons brengt: – leerstuk continu in beweging – mogelijkheden en groep van personen uitgebreid – door nieuwe arbeidsverhoudingen gegroeid – de diverse aspecten uit het huidige tijdsgewricht – nog altijd geldende precedentes uit het verleden en actuele(re) rechtspraak – het welbekende adagium dat ten grondslag ligt aan -feiten stellen én bewijzen – soms is gewoonweg niet duidelijk – hiervoor zijn diverse oplossingen bedacht, waaronder de leer der proportionele aansprakelijkheid – kan de omkeringsregel slechts in bepaalde gevallen worden toegepast – blijft de algemene bewijsregel het uitgangspunt – Vijf jaar geleden dat de Wet Deelgeschilprocedure in werking trad – verwachte impact lijkt te zijn uitgekomen.

Soms bevriest iets, maar doorgaans gaat het als vanzelf weer stromen."

*'A thousand years have come and gone but time has passed me by; Stars stopped in the sky;  
Frozen in an everlasting view; Waiting for the world to end, weary of the night;  
Praying for the light; Prison of the lost. Xanadu. Xanadu ...'*

Letsel, schade, de beschadigde mens die vooruit wil en daarbij soms door zijn medemens geholpen moet worden. Ben er als je er moet zijn. Een mooie gedachte in de naderende Kersttijd. Een gedachte die ook weer opkomt bij de merchandise-stand na dat grandioze popconcert, als onze blik valt op een portretje, vlak voor de tourshirts, op een doosje in de kleuren van de Franse Vlag: "In respectvolle nagedachtenis van onze vriend en collega Nick Alexander, gul, grappig, hulpvaardig en loyaal. Totaal onzinnig weggerukt uit het volle leven, tijdens het uitvoeren van zijn werk en hobby, in de Bataclan in Parijs. Niet te bevatten en niet te begrijpen." De tekst is alleszeggend. Nick deed, in zijn tijd van leven. Nick deed ertoe. Nick wilde niet bevroren, Nick wilde er zijn, voor zijn familie, vrienden en collega's en met zijn familie, vrienden en collega's. Maar Nick is er niet meer, zijn tijdljn ontijdig doorbroken, Nick wordt gemist. Nick was voor de mensen in zijn omgeving als een stromende rivier, die

de mensen meenam in zijn flow van kameraadschap en verbondenheid. Maar juist daarom 'was' Nick niet, Nick 'is'. Een mooi voorbeeld ter overdenking in de naderende Kersttijd.

*'Held within the Pleasure Dome; Decried by Kubla Khan;  
To taste my bitter triumph; As a mad immortal man;  
Nevermore shall I return; Escape these caves of ice;  
For I have dined on honeydew; And drunk the milk of Paradise.'*

Armand Blondeel, voorzitter Redactieraad PIV-Bulletin.

*Rush: "Exit ... Stage Left! Xanadu"*

- > De werknemer die (bijvoorbeeld door tijdverloop) moeilijkheden heeft om aan te tonen dat hij de door hem geleden schade juist in de uitoefening van de werkzaamheden heeft geleden wordt tegemoet gekomen door de omkeringsregel. Die situatie deed zich voor in Hof Den Haag 20 juli 2010 (*Kalai/Albron*)<sup>3</sup>, waarin een werknemer zijn werkgever eenmalig had geholpen bij het tillen van een zware oven en vervolgens zijn werkgever enige tijd later aansprakelijk stelde voor een pas toen bij hem geconstateerde hernia. Omdat vaststond dat de werkgever een Arbonorm had geschonden door geen mechanische hulpmiddelen ter beschikking te stellen, deze Arbonorm juist strekt ter bescherming tegen het gevaar van rugletsel en dit gevaar zich had verwezenlijkt, oordeelde het hof causaal verband tussen het werk en de hernia gegeven, behoudens tegenbewijs door de werkgever<sup>4</sup>.

De werkgever die causaal verband tussen het ongeval en de schade wil bestrijden dient er rekening mee te houden dat wanneer het conditio sine qua non-verband tussen de schade en de aansprakelijkheid-scheppende gebeurtenis vaststaat, eveneens snel toerekenbaarheid van de schade ex art. 6:98 BW zal worden aangenomen<sup>5</sup>.

#### *Tweede 'bewijsmoment': bewijs schending zorgplicht*

Het tweede 'bewijsmoment' betreft de schending van de zorgplicht. Als na het eerste 'bewijsmoment' vaststaat dat schade in de uitoefening van de werkzaamheden is geleden, dan is schending van de zorgplicht in beginsel gegeven en is het aan de werkgever om te bewijzen dat wel aan de zorgplicht is voldaan<sup>6,7</sup>.

Overigens kan wel van de werknemer worden verlangd dat hij de gemotiveerde stellingen van de werkgever dat aan de zorgplicht is voldaan concreet gemotiveerd betwist, bij gebreke waarvan de rechter kan oordelen dat de werkgever niet aansprakelijk is<sup>8</sup>.

#### *Derde 'bewijsmoment': bewijs causaal verband tussen schending zorgplicht en schade*

In het kader van de aansprakelijkheidsdiscussie bij arbeidsongevallen wordt niet zelden over het hoofd gezien dat er nog een derde 'bewijsmoment' bestaat. Zelfs indien vaststaat dat de schade in de uitoefening van de werkzaamheden is geleden (het eerste 'bewijsmoment') en de werkgever zijn werkgever zijn zorgplicht heeft geschonden (het tweede 'bewijsmoment') kan de werkgever immers

aan aansprakelijkheid ontkomen indien hij bewijst dat naleving van de zorgplicht het ongeval niet had kunnen voorkomen<sup>9</sup>. Indien de werkgever in dit bewijs slaagt, zal aansprakelijkheid (alsnog) ontbreken.

#### **Zorgplicht**

##### *Waar geldt de zorgplicht?*

De zorgplicht op grond van art. 7:658 BW geldt in de eerste plaats voor werkzaamheden die worden verricht op de 'arbeidsplaats'<sup>10</sup>. Dat is iedere plaats die in verband met het verrichten van de arbeid wordt of pleegt te worden gebruikt. Dat is een ruim begrip, want werknemers komen in verband met het werk vaak op vele plaatsen. Bijvoorbeeld als wordt gewerkt op een externe locatie (bouwplaats, buitenland<sup>11</sup>), bij mensen thuis (denk aan klantbezoek, uitvoeren van reparaties), er goederen bij derden moet worden gehaald en gebracht<sup>12</sup> enzovoort. Ook wanneer de werknemer voor zijn werk op plaatsen komt die niet als 'arbeidsplaats' kunnen worden aangemerkt, omdat de werkgever geen enkele zeggenschap heeft over de gesteldheid, inrichting, het gebruik door anderen en de veiligheid, kan de zorgplicht meebrengen dat de werkgever ten aanzien van de uitoefening van de werkzaamheden daar maatregelen treft en aanwijzingen geeft om zoveel mogelijk te voorkomen dat de werknemer schade lijdt<sup>13</sup>. Wat van de werkgever in die situaties precies kan worden verlangd, is afhankelijk van de mate van zeggenschap en de verdere beïnvloedingsmogelijkheden.

Bedacht moet worden dat als de werknemer in verband met de uitvoering van zijn werkzaamheden elders schade oploopt die het gevolg is van een tekortschieten van een ander – bijvoorbeeld de inlener – een andere aannemer op de bouwplaats of de klant, de werkgever wel risico-aansprakelijk kan zijn. Die ander kan namelijk soms worden aangemerkt als hulppersoon van de werkgever, ook als de werkgever over hem geen enkele zeggenschap heeft (bijvoorbeeld Hof Den Bosch 3 juli 2012<sup>14,15</sup>).

##### *Wat houdt de zorgplicht precies in? Wat moet de werkgever doen?*

Zoals de Hoge Raad al vaak in het kader van art. 7:658 BW heeft overwogen, in het kader van een arbeidsongeval voor het laatst op 5 december 2014 (*Pelowski/Vernooy*)<sup>16,17</sup>, wordt met de zorgplicht van de werkgever niet beoogd om een absolute waarborg te scheppen voor de bescherming van de werkgever tegen het gevaar van arbeidsongevallen. Ook niet als het gaat om werknemers bij wie de werk-

- > zaamheden bijzondere risico's op ongevallen meebrengen. De werkgever moet nog altijd die maatregelen nemen die "redelijkerwijs" nodig zijn om te voorkomen dat schade wordt geleden. Gelet op de ruime strekking van de zorgplicht zal niet snel worden aangenomen dat de werkgever daaraan heeft voldaan.

Welke maatregelen van de werkgever kunnen worden verlangd, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. De aard van de werkzaamheden, de kans dat zich een ongeval zal voordoen, de ernst van de gevolgen van een ongeval en de mate van bezwaarlijkheid van de te nemen maatregelen zullen bij die beoordeling een rol spelen. De rechtspraak over de invulling van de zorgplicht is zeer uitgebreid en casuïstisch. Om toch enig houvast te krijgen op welke wijze de zorgplicht moet worden ingevuld, zal deze besproken worden aan de hand van de volgende punten:

- A. algemeen bekende en dagelijks aanwezige gevaren
- B. onderzoeksplicht
- C. invloed van wet- en regelgeving
- D. maatregelen treffen en/of waarschuwen
- E. deskundigheid en ervaring werknemer

#### *A. Algemeen bekende en dagelijks aanwezige gevaren*

Een werkgever mag er in principe van uitgaan dat de werknemer die oplettendheid en voorzichtigheid in acht zal nemen die nodig is ter voorkoming van ongevallen zoals deze zich ook in het dagelijks leven kunnen voordoen. Van hem kan dus niet worden verlangd dat hij met het oog op ieder mogelijk gevaar voorzorgsmaatregelen neemt of hiervoor waarschuwt. Dit geldt zeker als het gaat om situaties die zich ook buiten het werk kunnen voordoen en van een bijzondere gevaarlijkheid eigenlijk geen sprake is. Het gaat hier om de zogenoemde huis-tuin-en-keukenongevallen; 'alledaagse gevaren'; 'algemeen bekende gevaren'; en 'ongelukkige samenloop van omstandigheden'<sup>18</sup>.

Eerder heeft de Hoge Raad al bepaald dat een werkgever bijvoorbeeld geen specifieke maatregelen hoefde te nemen tegen het gevaar van het ontstaan van letsel bij: het smeren van een broodje met een scherp mes<sup>19</sup>, het uitglijden op een natte vloer in een hotel na een regenbui<sup>20</sup>, het verliezen van het evenwicht bij het schoonmaken van een koffievlek<sup>21</sup>, het pakken van een doos met een daartoe niet geschikte trap<sup>22</sup>, het dichtklappen van een laaddeur van een vrachtwagen door harde wind<sup>23</sup>. Meer recent is dat ook bepaald voor: het gevaar van het ontstaan van letsel door overstekende konijnen<sup>24</sup>; het uitglijden over een gemorste plas koffie op een trap<sup>25</sup>; en het vallen als gevolg van een vriendschappelijke schouderklop<sup>26</sup>. Het feit dat vrijwel iedereen thuis een (huishoud)trap heeft, brengt overigens niet mee dat alle ongevallen die zich voordoen met dergelijke trappen zijn te scharen onder de huis-, tuin- en keukenongevallen en van de werkgever geen maatregelen of waarschuwingen verwacht mogen worden. Er dient altijd in een breder kader gekeken te worden: voldeed de verstrekte trap aan de eisen, was de trap het aangewezen hulpmiddel in de gegeven omstandigheden of was een alternatief (bijvoorbeeld steiger) veiliger<sup>27</sup>?

#### *B. Onderzoeksplicht*

Ter voorkoming van schade die voortkomt uit alledaagse risico's hoeft de werkgever dus in principe niets te doen. Naar het bestaan van andere dan alledaagse gevaren moet de werkgever als onderdeel van zijn zorgplicht onderzoek doen. Art. 5 lid 1 Arbeidsomstandighedenwet verplicht de werkgever een inventarisatie uit te voeren van de gevaren die de arbeid op het gebied van de veiligheid en gezondheid voor de werknemers met zich brengt en van de risicobeperkende maatregelen<sup>28</sup>. De werkgever zal dus moeten nagaan of de situaties waarin, de omstandigheden waaronder en de materialen, machines en werktuigen waarmee de werknemers zijn werkzaamheden moet verrichten naar hun aard gevaarlijk zijn. Dit betekent dat de werkgever zijn productie- en werkprocessen, bedrijfsinstallaties en machines moet laten doorlichten op mogelijke risico's voor zijn werknemers.

Verder zal hij ook de locatie waarop en het pand waarin gewerkt wordt, ook als dat niet zijn eigendom is<sup>29</sup>, in zijn onderzoek naar risico's moeten meenemen. Niet altijd kan van de werkgever worden verlangd dat hij alle risico's ter plaatse inventariseert. Denk ook hier bijvoorbeeld weer aan eerder genoemde situaties waarin werknemers op externe locaties werken. Het hangt in die situaties van de omstandigheden van het geval, zoals de aard van de betrokken werkzaamheden, de frequentie waarmee op de locatie gewerkt moet worden en/of de naar redelijkheid te verwachten veiligheidsrisico's, af of de zorgplicht meebrengt dat de werkgever voor elke locatie vooraf een inventarisatie van de veiligheidsrisico's moet maken<sup>30</sup>. Van een werkgever mag wel verwacht worden dat hij verder kijkt dan de risico's die rechtstreeks verband houden met of inherent zijn aan het werk. Een recent voorbeeld daarvan is te vinden in de uitspraak van het Hof Den Bosch 10 februari 2015<sup>31</sup>, waarin het hof oordeelde dat een apotheker rekening had moeten houden met het risico op een overval en zelfs had moeten bedenken op welke wijze overvallers het pand binnen zouden komen. Overigens is al lang geleden uitgemaakt dat de werkgever ook aansprakelijk kan zijn voor schade die voortkomt uit een risico dat op dat moment nog niet bekend was en dat de werkgever dus eigenlijk niet kon kennen. Dat zal met name zo zijn als de werkgever is tekortgeschoten in het nemen van maatregelen tegen wel bekende risico's – van bijvoorbeeld het werken met asbest – waardoor de kans op het intreden van het nog niet bekende risico – het ontstaan van de ziekte mesothelioom door het inademen van een asbestkristal – is vergroot<sup>32</sup>.

#### *C. Invloed van wet- en regelgeving*

De norm van art. 7:658 BW wordt verder ingevuld door de publiekrechtelijke wet en regelgeving op het gebied van de arbeidsomstandigheden<sup>33</sup>. Te denken valt aan de Arbeidsomstandighedenwet en de daarop gebaseerde besluiten, de Arbeidstijdenwet, Arbocatalogi en dergelijke. Het niet naleven van een dergelijke regel leidt vaak tot aansprakelijkheid van de werkgever. Een recent voorbeeld hiervan is te vinden in HR 26 juni 2015 (Avis)<sup>34</sup>, waarin een werk

nemer tijdens het uitzuigen van een busje dat deels op de weg en deels op de stoep geparkeerd stond, bij het uitstappen struikelt over de slang van de stofzuiger en met zijn pols op de stoep terecht komt. De werkgever had de werknemer op grond van de bepalingen in het Arbeidsomstandighedenbesluit moeten laten werken op een effen ondergrond en als dat niet mogelijk was nadere maatregelen moeten treffen in de vorm van instrueren of waarschuwen<sup>35</sup>. Andersom brengt het wel naleven van de regel niet altijd met zich mee dat de werkgever aan de zorgplicht heeft voldaan. Van de werkgever mag vaak wel meer worden verwacht. Een voorbeeld daarvan is ook hier weer te vinden in het eerder genoemde arrest van het Hof Den Bosch over de apotheker. De apotheker had een RI&E laten uitvoeren waarin het risico op een overval niet voorkwam; desondanks werd van hem verwacht dat hij dit risico had onderkend en maatregelen had getroffen<sup>36</sup>.

#### *D. Maatregelen treffen of waarschuwen*

Van een werkgever zal ter vervulling van zijn zorgplicht dus ook mogen worden verlangd dat hij nagaat of 'aan de bron' maatregelen kunnen worden getroffen om het werk veiliger te laten verrichten<sup>37</sup>. Wanneer na het ongeval komt vast te staan dat er een veiliger alternatief voorhanden was en het gebruik van dit alternatief al voor het ongeval van de werkgever had kunnen worden gevegd, staat de schending van de zorgplicht in beginsel vast<sup>38</sup>.

Overigens gaat die verplichting niet zo ver dat van de werkgever kan worden verlangd dat hij zijn werknemer beschermingsmiddelen ter beschikking stelt terwijl dit wettelijk niet is toegestaan<sup>39</sup>. Is het treffen van concrete veiligheidsmaatregelen niet mogelijk dan zal de werkgever preventief moeten optreden door zijn werknemers deugdelijk te instrueren en effectief te waarschuwen<sup>40</sup>. Ook bij arbeidsongevallen beoordeelt de Hoge Raad de vraag of een waarschuwing voldoende effectief is aan de hand van het zogenoemde 'Jet blast-arrest'<sup>41</sup>, waarin is bepaald dat daarvan sprake is wanneer deze waarschuwing leidt tot een handelen of nalaten waardoor het betreffende gevaar wordt vermeden.

Daarnaast dient de werkgever er concreet en aantoonbaar op toe te zien dat de door hem gegeven instructies en waarschuwingen ook daadwerkelijk worden nageleefd<sup>42</sup>. Is het houden van toezicht op naleving van de instructies voor een werkgever feitelijk onmogelijk, dan disculpeert dit hem niet, maar gaat de rechtspraak inmiddels zover dat onder die omstandigheden de werkgever aanvullende veiligheidsmaatregelen zal moeten treffen. Een dergelijke situatie deed zich voor in HR 5 december 2014<sup>43</sup>, waarin niet ter discussie stond dat een werkgever zijn werknemer uitdrukkelijk had verboden te assisteren bij het lossen van een vrachtwagen, maar de werkgever feitelijk niet in staat was om ter plaatse te controleren of de door hem gegeven instructies ook daadwerkelijk door de werknemer werden nageleefd. Geoordeeld werd dat de werkgever onder die omstandigheden verplicht was zijn werknemer extra beschermingsmiddelen ter beschikking te stellen.

#### *E. Deskundigheid en ervaring*

Bij de invulling van de zorgplicht spelen deskundigheid en ervaring van de werknemer eveneens een rol. De betekenis daarvan is overigens beperkt, omdat als hoofdregel geldt dat de eigen deskundigheid en ervaring van de werknemer niet afdoet aan de verplichting van de werkgever tot het nemen van preventieve maatregelen en zijn verplichting om te waarschuwen en instrueren. Meer in het bijzonder moet de werkgever er altijd rekening mee houden dat ook een ervaren werknemer wel eens niet altijd de gewenste oplettendheid in acht zal nemen<sup>44</sup>. Helemaal zonder betekenis is de eigen deskundigheid en ervaring van de werknemer echter niet, omdat deze wel de zorgplicht van de werkgever inkleurt en daaraan een enigszins 'communicerende' werking wordt toegekend: van iemand met veel ervaring mag meer inzicht worden verwacht dan van iemand met geen ervaring, en dit mag bij het bepalen van de omvang van de zorgplicht worden betrokken<sup>45</sup>.

#### *Opzet of bewuste roekeloosheid*

Tot slot geldt dat art. 7:658 BW bepaalt dat de werkgever ook aan aansprakelijkheid kan ontkomen indien sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid – 'eigen schuld' – van de werknemer. Voor het aannemen van opzet of bewuste roekeloosheid dient sprake te zijn van de situatie dat de werknemer zich onmiddellijk voorafgaand aan het ongeval van het roekeloze karakter van zijn gedraging bewust is<sup>46</sup>. Voorbeelden uit de jurisprudentie waarin een beroep op opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer nog werd gehonoreerd zijn echter schaars en inmiddels verouderd<sup>47</sup>.

#### *Wat leert ons dit?*

Uit het vorenstaande blijkt dat aan een werkgever die aan aansprakelijkheid jegens zijn werknemer wil ontkomen hoge eisen worden gesteld. Hij moet mogelijke risico's onderzoeken, voldoen aan Arbo-regelgeving, maatregelen treffen, waarschuwen, instrueren en rekening houden met onoplettendheid van zijn (ook ervaren) werknemers. Bij dit alles geldt echter wel, dat de grens (nog steeds) ligt bij de zorg voor een optimaal veiligheidsniveau, en geen sprake is van een absolute zorgverplichting die tegen alle mogelijke risico's beschermt. De zorgplicht van de werkgever gaat dus ver, maar niet zover dat de bedrijfsvoering *idiotensicher* moet zijn<sup>48</sup>.

#### *Heeft de werkgever ook een zorgplicht voor personen die niet op basis van een arbeidscontract werken?*

Art. 7:658 lid 4 BW bepaalt dat de zorgplicht van de werkgever ook geldt tegenover personen die voor de werkgever werken, maar met wie hij geen arbeidscontract heeft. Lid 4 kan, zoals inmiddels bekend, van toepassing zijn in situaties van uitzendarbeid, uitlening, (onder) aanneming van werk, maar ook in de situaties waarin werkzaamheden worden verricht door stagiairs en vrijwilligers<sup>49</sup>. In 2012 is deze lijst uitgebreid met de zzp'er (HR 12 maart 2012 (*Davelaar/Allspan*))<sup>50</sup>. In deze laatste uitspraak bepaalde de Hoge Raad dat om onder het toepassingsbereik van lid 4 te vallen moet zijn voldaan aan twee voorwaarden. Ten

> eerste moet de persoon die buiten dienstbetrekking werkzaamheden verricht, voor de zorg van zijn veiligheid (mede) afhankelijk zijn van degene voor wie hij de werkzaamheden verricht. Om te beoordelen of dat zo is, zullen alle omstandigheden van het geval moeten worden bekeken. Zaken die daarbij een rol spelen zijn bijvoorbeeld: hoe is het een en ander tussen partijen geregeld, wat voor soort werkzaamheden moeten er worden verricht, op welke wijze heeft degene voor wie de werkzaamheden worden verricht invloed op de arbeidsomstandigheden en dus op de veiligheid, is er zeggenschap over hoe, waar en met welk materiaal de werkzaamheden moeten worden verricht et cetera.

Ten tweede moeten de werkzaamheden hebben plaatsgevonden 'in de uitoefening van het beroep of bedrijf' van degene in wiens opdracht de arbeid is verricht. Om te bepalen of dat zo is, moet naar de concrete bedrijfsinvulling, niet beperkt tot de corebusiness, van deze 'werkgever' worden gekeken. Niet voor iedere aannemer geldt bijvoorbeeld dat alle bouwactiviteiten tot zijn bedrijfsuitoefening moeten worden gerekend. Als de aannemer feitelijk alleen maar betonwerkzaamheden aanneemt en verricht, zal sporadisch aangenomen timmerwerk, dat de aannemer uitbesteedt aan een derde, waarschijnlijk niet als werkzaamheden die behoren tot de bedrijfsuitoefening van de aannemer worden aangemerkt. Als op meer structurele basis ook timmerwerk wordt aangenomen, ook als hij dat altijd laat uitvoeren door derden, ligt dat mogelijk anders. De na Davelaar/Allspan verschenen jurisprudentie laat een toets aan dezelfde criteria zien, bijvoorbeeld Hof Den Bosch 8 oktober 2013 (*Van Limmen/Resteel*)<sup>51</sup> en Hof Arnhem-Leeuwarden 21 oktober 2014<sup>52</sup>

#### *Zijn er nog andere gronden voor een werknemer om de werkgever aan te spreken?*

Als een werknemer schade heeft geleden door toedoen van een collega, kan hij zijn werkgever daarvoor ook aanspreken op grond van art. 6:170 BW. De werkgever is aansprakelijk als er is voldaan aan twee vereisten: de kans op de fout van de collega waardoor de schade is ontstaan, moet door de opdracht tot het verrichten van zijn taak zijn vergroot en de werkgever moet zeggenschap hebben gehad over de gedraging waarin de fout was gelegen<sup>53</sup>. Het in het kader van art. 6:170 BW vereiste verband tussen de fout en het werk moet worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval, zoals tijdstip, plaats, soort gedraging, geschapen gelegenheid, ter beschikking staande middelen et cetera.

Dit verband wordt relatief snel aangenomen. Een recent voorbeeld is te vinden in uitspraak van het Hof Den Bosch 9 september 2014<sup>54</sup>, waarin de werkgever aansprakelijk kon worden gehouden voor schade die een werknemer had geleden doordat zijn arm uit de kom was geraakt toen hij door een collega na een stoeipartij op de werkvloer wild omhoog werd getrokken<sup>55</sup>. Het Hof Amsterdam 15 augustus 2015<sup>56</sup> vond de werkgever niet aansprakelijk voor schade als gevolg van een mishandeling van de ene collega door de andere die plaatsvond omdat de collega van mening was dat het vertrek van het bedrijfsbusje

waarmee hij en zijn collega's na het werk naar huis werden gebracht te lang op zich liet wachten.

Wil de aangesproken werkgever met succes een beroep kunnen doen op eigen schuld van de schadelijdende werknemer dan zal hij net zoals bij art. 7:658 BW moeten aantonen dat sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid<sup>57</sup>.

#### **Art. 7:611 BW**

##### *Hoe verhouden art. 7:658 BW (zorgplicht) en art. 7:611 BW (eisen van goed werkgeverschap) zich tot elkaar?*

In het kader van het toepassingsbereik van art. 7:611 BW is het allereerst goed om stil te staan bij de verhouding tussen art. 7:658 BW en 7:611 BW.

##### *Geen samenloop*

Als hoofdregel geldt dat geen samenloop tussen beide artikelen mogelijk is. Art. 7:658 BW wordt gezien als lex specialis ten opzichte van art. 7:611 BW<sup>58</sup>.

##### *Wat betekent dat concreet?*

Het ontbreken van samenloop tussen art. 7:658 BW en art. 7:611 BW leidt er in concreto toe dat indien een voorval binnen het bereik van art. 7:658 BW valt en de aansprakelijkheid aan de hand van de zorgplicht uit dit artikel kan worden getoetst, art. 7:611 BW toepasselijkheid ontbeert<sup>59</sup>. Daaruit vloeit voort dat art. 7:611 BW dus ook niet van toepassing is indien aansprakelijkheid na toetsing aan de zorgplicht uit art. 7:658 BW blijkt te ontbreken<sup>60</sup>. Art. 7:611 BW is immers geen 'vangnetbepaling'<sup>61</sup>. Indien na beoordeling van de aansprakelijkheid aan de hand van art. 7:658 BW zou blijken dat geen tekortschieten van de werkgever kan worden aangenomen, dan krijgt de benadeelde dus niet via toetsing aan art. 7:611 BW nog een 'tweede kans' om langs die weg alsnog zijn schade op de werkgever te verhalen. Aan toetsing aan art. 7:611 BW kan in beginsel dus pas worden toegekomen indien een voorval buiten het bereik van art. 7:658 BW valt.

##### *Wanneer valt een ongeval buiten het bereik van art. 7:658 BW maar binnen het bereik van art. 7:611 BW?*

De situatie, dat op een arbeidsongeval art. 7:658 BW niet van toepassing is maar wel toetsing aan art. 7:611 BW kan plaatsvinden, doet zich onder andere voor indien in de verhouding tussen de werknemer en de werkgever

- gezag/feitelijke zeggenschap van de werkgever ontbreekt, of
- de werkgever niet de mogelijkheid tot het treffen van veiligheidsmaatregelen heeft, of
- geen sprake is van uitvoering van de werkzaamheden, maar op grond van 'bijzondere omstandigheden' toch een relatie met het werk kan worden aangenomen.

##### *In welke situaties kan art. 7:611 BW een rol spelen?*

Art. 7:611 BW kan blijkens de jurisprudentie een rol spelen bij:

- Werkverkeer van gemotoriseerden
- Woon-werkverkeer van gemotoriseerden
- Werkverkeer van ongemotoriseerden
- Werkgerelateerde privésituaties

### *E. Bedrijfsuitjes*

#### *Ad A Werkverkeer gemotoriseerd*

Een aanspraak jegens de werkgever op grond van art. 7:611 BW is onder andere mogelijk in geval van verkeersongevallen die tijdens ‘gemotoriseerd werkverkeer’ zijn ontstaan. Hoewel feitelijke zeggenschap van de werkgever in de auto ontbreekt wordt vervoer toch werkgerelateerd geacht indien dit ‘op een lijn te stellen is met vervoer krachtens verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst’<sup>62</sup>. Van dergelijk vervoer is sprake indien tijdens de uitoefening van de werkzaamheden aan het verkeer wordt deel genomen. Daarbij wordt overigens geen onderscheid gemaakt tussen het gebruik van de eigen auto of een auto ‘van de baas’. Ook een rit tussen twee vestigingen, zelfs indien deze door de werknemer onverplicht is afgelegd, wordt als vervoer krachtens verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst gezien en dus werkgerelateerd geacht<sup>63</sup>.

#### *Ad B Woon-werkverkeer gemotoriseerd*

Ten aanzien van gemotoriseerd woon-werkverkeer geldt als hoofdregel dat dergelijk verkeer in beginsel niet als werkgerelateerd wordt beschouwd en art. 7:611 BW dus niet van toepassing is<sup>64</sup>. Niettemin blijkt er in de rechtspraak wel een uitzondering op die hoofdregel mogelijk indien op basis van bijzondere omstandigheden van ‘ongewoon’ woon-werkverkeer moet worden uitgegaan. Een bijzondere omstandigheid kan onder andere aan de orde zijn indien de werknemer verplicht is tot het verzorgen van vervoer (bijvoorbeeld wanneer werknemers in ploegen vanuit huis naar het werk rijden en andersom); indien sprake is van een autokostenvergoeding; indien de werkgever de werknemer naar ver van de woonplaats verwijderde werkplekken stuurt; of wanneer er een noodzaak tot het gebruik van de auto bestaat<sup>65</sup>. Als wordt aangenomen dat een dergelijke bijzondere omstandigheid zich voordoet, kan ook dit woon-werkverkeer op een lijn worden gesteld met vervoer krachtens verplichtingen uit arbeidsovereenkomst en is art. 7:611 BW wel van toepassing<sup>66</sup>.

#### *Ad C Werkverkeer ongemotoriseerd*

Inmiddels is in de rechtspraak bepaald dat de hiervoor aangegeven norm uit art. 7:611 BW voor gemotoriseerd werkgerelateerd verkeer ook geldt voor fietsers en voetgangers die in de uitoefening van de werkzaamheden een ongeval overkomt. Daarbij geldt ten aanzien van voetgangers wel als voorwaarde dat bij dit ongeval een voertuig betrokken is<sup>67</sup>. Laatstgenoemde restrictie volgt uit het zogenoemde Postbezorgster-arrest<sup>68</sup>, waarin een werknester van TNT tijdens het bezorgen van de post door winterse gladheid ten val kwam en letsel opliep waarvoor zij TNT aansprakelijk stelde. De Hoge Raad oordeelde dat het bezorgen van post weliswaar als ‘werkverkeer’ kan worden aangemerkt, maar art. 7:611 BW niettemin toepasselijkheid mist omdat bij het incident geen voertuig betrokken was. De postbezorgster was in dit geval ‘gewoon’ uitgeleden, hetgeen niet als bijzonder risico kan worden aangemerkt. Aldus heeft de Hoge Raad de bescherming ex art. 7:611 BW van ongemotoriseerd derhalve begrensd.

#### *Ad D Werkgerelateerde privé-situaties*

Naast de hiervoor genoemde verkeerssituaties kan art. 7:611 BW ook een rol spelen in geval van zogenoemde werkgerelateerde privé-situaties. Een privé-situatie kan werkgerelateerd zijn indien deze een sterke verwevenheid met de werkzaamheden heeft, en sprake is van een voor de werkgever kenbaar risico<sup>69</sup>. Een dergelijke situatie werd ook aanwezig geacht in HR 18 maart 2005<sup>70</sup> (KLM/De Kuijer), waarbij een piloot tijdens zijn wachttijd tussen twee vluchten in Ivoorkust ernstig gewond raakte bij een ongeval tijdens een taxirit op weg naar een restaurant. Voor de daaruit voortvloeiende schade stelde hij KLM aansprakelijk op grond van art. 7:611 BW. De Hoge Raad oordeelde dat een rustperiode tussen twee vluchten moet worden aangemerkt als een periode die zodanig samenhangt met de werkzaamheden dat de werkgever voor ongevallen die zich in deze periode voordoen uit hoofde van art. 7:611 BW aansprakelijk kan zijn. Die aansprakelijkheid werd in dit geval aanwezig geacht aangezien KLM had nagelaten op grond van haar verplichtingen uit hoofde van goed werkgeverschap maatregelen te treffen om de voor haar kenbare risico’s op dergelijke (bovendien in die landen onverhaalbare) schade tot een minimum terug te brengen, althans had nagelaten die risico’s voor haar rekening te nemen of effectief voor die bijzondere risico’s en de mogelijke gevolgen daarvan te waarschuwen, terwijl zij evenmin een adequate verzekering had gesloten of aangeboden.

#### *Ad E Bedrijfsuitjes*

Aansprakelijkheid uit hoofde van de eisen van goed werkgeverschap ex art. 7:611 BW kan ook bij bedrijfsuitjes aan de orde zijn. Of een personeelsuitje zodanig werkgerelateerd is dat art. 7:611 BW daarop van toepassing is hangt af van de omstandigheden van het geval. Factoren die een rol kunnen spelen bij de beoordeling of sprake is van een (voldoende) relatie met het werk zijn onder andere het feit dat organisatie en betaling van het uitje door de werkgever plaatsvindt, de mate waarin het uitje risicovol is, de vraag of de werknemer vooraf bekend is met de georganiseerde activiteit en de aanwezigheid van sociale druk op deelname aan die activiteit<sup>71</sup>.

#### *En agressie-incidenten?*

In rechtspraak en literatuur is lange tijd onduidelijkheid geweest over de vraag of ook agressie-incidenten onder het bereik van art. 7:611 BW vielen. Die vraag is echter uitdrukkelijk ontkennend beantwoord in Hoge Raad 11 november 2011<sup>72</sup>, waarin een sociotherapeut als gevolg van een geweldsuitbarsting van een tbs-patiënt ernstige letstelschade opliep en daarvoor zijn werkgever (onder andere) op grond van art. 7:611 BW aansprakelijk achtte. De Hoge Raad oordeelde dat het gevaar van een dergelijke geweldsuitbarsting inherent is aan de uitoefening van de werkzaamheden in de tbs-instelling, en derhalve ‘gewoon’ onder het bereik van art. 7:658 BW valt. Aansprakelijkheid van de werkgever dient dan ook op basis van dat artikel, en meer in het bijzonder de daaruit voor de werkgever voortvloeiende zorgplicht, te worden beoordeeld<sup>73</sup>.

> *Welke verplichtingen vloeien uit art. 7:611 BW voort?*

Op grond van de eisen van goed werkgeverschap ex art. 7:611 BW rust op de werkgever hetzij een verzekeringsplicht, hetzij een zorg- en preventieplicht. In het eerdergenoemde postbezorgster-arrest<sup>74</sup> heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een verzekeringsplicht van de werkgever ex art. 7:611 BW beperkt dient te blijven tot, kort gezegd, de gevallen waarin de werknemer als verkeersdeelnemer tijdens de uitoefening van de werkzaamheden schade oploopt. Daaruit kan worden afgeleid dat indien de werkgever zijn verplichting om een behoorlijke verzekering te sluiten niet is nagekomen en de werknemer als gevolg van werkgerelateerd verkeer schade oploopt, de werkgever aansprakelijk is voor de schade die anders door een behoorlijke verzekering zou zijn gedekt<sup>75</sup>. De Hoge Raad heeft in 2012<sup>76</sup> bepaald dat aansprakelijkheid van de werkgever wegens het niet-afsluiten van een behoorlijke verzekering – en mits aansprakelijkheid op grond van art. 7:611 BW niet expliciet in de polis is uitgesloten – onder de AVB-verzekering van de werkgever is gedekt. Op de vraag wat rechtens als behoorlijke verzekering wordt aangemerkt wordt hierna nog nader ingegaan. Indien sprake is van schade als gevolg van werkgerelateerde privésituaties en bedrijfsuitjes lijkt de Hoge Raad een ruimere vergoedingsplicht aan te nemen. Omdat de aansprakelijkheid van de werkgever in die gevallen berust op schending van de uit de eisen van goed werkgeverschap voortvloeiende zorg- en preventieplicht wordt het sluiten van een behoorlijke verzekering niet per definitie voldoende geacht. Alsdan zal de werkgever tot volledige schadevergoeding (en dus ook vergoeding van schade die niet door een behoorlijke verzekering wordt gedekt) kunnen worden aangesproken<sup>77</sup>.

*Geldt de verzekeringsplicht uit art. 7:611 BW ook tegenover anderen?*

Over de vraag of de werkgever ook een verzekeringsplicht heeft tegenover anderen die niet op basis van een arbeidscontract werkzaamheden binnen zijn beroep of bedrijf verrichten, bestaat nog geen duidelijkheid. Vast staat in ieder geval wel dat art. 7:611 BW buiten de arbeidsovereenkomst, niet rechtstreeks van toepassing is. Het artikel kent ook niet een met art. 7:658 lid 4 BW vergelijkbare bepaling. De weinige jurisprudentie op dit punt laat een wisselend beeld zien. Aan de ene kant wordt geen uitbrei-

ding van de verzekeringsplicht voor anderen dan eigen werknemers aangenomen omdat de verzekeringsplicht een invulling is van het goed werkgeverschap, dat alleen geldt als er een arbeidscontract is. Aan de andere kant wordt onder bepaalde omstandigheden voorzichtig wel een uitbreiding van de verzekeringsplicht naar situaties buiten het arbeidscontract aangenomen. Niet via analoge toepassing van art. 7:611 BW, maar meer als een verplichting die voortvloeit uit de redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 BW<sup>78</sup>. Duidelijk is dat dit leerstuk zich in de toekomst nog verder zal moeten uitkristalliseren.

*Wat is eigenlijk een 'behoorlijke' verzekering?*

Goed werkgeverschap vereist dus in bepaalde gevallen het afsluiten van een behoorlijke verzekering. Wat is dat precies? Het enkele feit dat de werkgever een verzekering heeft afgesloten die voldoet aan de door de CAO gestelde eisen, is niet altijd voldoende<sup>79</sup>. Wat een behoorlijke verzekering is, zal van geval tot geval moeten worden vastgesteld. Relevant bij die vaststelling is wat de verzekeringsmogelijkheden waren in de tijd dat het afsluiten van een verzekering van de werkgever mocht worden verwacht en wat op dat moment de heersende maatschappelijke opvatting was over de vraag voor welke schade (zowel naar aard als omvang) een behoorlijke verzekering dekking behoorde te bieden. Verder speelt een rol of de verzekering kon worden verkregen tegen een premie waarvan betaling in redelijkheid van de werkgever kon worden verwacht<sup>80</sup>. Overigens is het niet altijd nodig dat de werkgever de verzekering voor de werknemer afsluit. Aan de verzekeringsplicht kan de werkgever ook voldoen door de werknemer financieel in staat te stellen om voor een behoorlijke verzekering zorg te dragen. Bijvoorbeeld door de werknemer een vergoeding te verstrekken waarmee de werknemer de premies van een door hem te sluiten verzekering kan – en misschien wel moet – betalen. De werkgever zal daarover naar de werknemer wel voldoende duidelijk moeten zijn.

*Hoe is de stelplicht en bewijslast geregeld bij art. 7:611 BW?*

Tot slot is goed erop te wijzen dat in het kader van art. 7:611 BW de 'gewone' regels voor de stelplicht, bewijslast en eigen schuld gelden<sup>81</sup>. Dat betekent dat het aan de werknemer is om te stellen en bewijzen dat de werkgever is tekortgeschoten in een uit art. 7:611 BW voortvloeiende





zorg-/preventieplicht. En als het om een uit art. 7:611 BW voortvloeiende verzekeringsplicht gaat, is het de werknemer die de mogelijkheid tot het sluiten van een behoorlijke verzekering tegen een aanvaardbare premie en de omvang

van de daaruit te verkrijgen uitkering moet stellen en bewijzen.

Eigen schuld in het kader van art. 7:611 BW is niet beperkt tot opzet en bewuste roekeloosheid.

- <sup>1</sup> HR 10 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3837 (*Franssen/Pasteur Ziekenhuis*), Hof Den Bosch 6 mei 2014, *Prg.* 2014, 162.
- <sup>2</sup> Hof Den Bosch 20 augustus 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:3963.
- <sup>3</sup> ECLI:NL:GHSGR:2010:BN4195.
- <sup>4</sup> Hof Den Bosch 7 april 2015, ECLI:GHSHE:2015:1249.
- <sup>5</sup> HR van 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2895, *NJ* 2014, 429.
- <sup>6</sup> HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3519.
- <sup>7</sup> De werknemer hoeft dus niet te bewijzen dat een zorgplicht is geschonden, laat staan welke zorgplicht is geschonden. Zie HR 10 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8788 (*Van Gend & Loos*).  
8HR 26 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN9977 (*Jones/Fugro*), HR 25 mei 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA3017, *NJ* 2008, 463 (*Van den Heuvel/Leger des Heils*).
- <sup>9</sup> HR 5 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2662, *NJ* 1998, 817.
- <sup>10</sup> Art. 1 lid 3 sub g Arbeidsomstandighedenwet.
- <sup>11</sup> Bijvoorbeeld HR 26 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN9977, *NJ* 2010, 635 (*Jones/Fugro*); werkzaamheden op olieplatform voor de kust van Afrika.
- <sup>12</sup> Bijvoorbeeld HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3519, *NJ* 2015, 182 (*Pelowski/Venrooy*) waar een vrachtwagenchauffeur schade oploopt tijdens het lossen van een vracht in Spanje.
- <sup>13</sup> HR 12 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD3129, *NJ* 2009, 332 (*Maatzorg/Van der Graaf*) en HR 20 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BF0003, *NJ* 2009, 335 (*Van Riemsdijk/Autop*).  
ECLI:NL:HR:2011:BP8788, *VR* 2013, 73.
- <sup>14</sup> En al veel eerder: HR 1 juli 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1027, *NJ* 1993, 687 (*Power/Ardross*) en HR 15 juni 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC4217, *NJ* 1990, 716 (*Stormer/Vedox*). In *Pelowski/Venrooy* vond de Hoge Raad de toerekening aan de werkgever van het eventuele falen van de klant een brug te ver.
- <sup>15</sup> ECLI:NL:HR:2014:3519, *NJ* 2015, 182.
- <sup>16</sup> Al eerder: HR 11 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC9225, *NJ* 2008, 465 (*Tarioui/Vendrig*), HR 12 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD3129, *NJ* 2009, 332 (*Maatzorg/Van der Graaf*), HR 11 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5223, *NJ* 2011, 598 (*Rooyse Wissel/Hagens*).
- <sup>17</sup> Bekende oudere uitspraken waarin dit is gesteld zijn.
- <sup>18</sup> HR 4 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4090, *NJ* 2004, 175 (*Laudy/Fair Play*).
- <sup>19</sup> HR 2 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ5834, *NJ* 2007, 143 (*Perez/Casa Grande*).
- <sup>20</sup> HR 12 september 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF8254, *NJ* 2004, 177 (*Peters/Hofkens*).
- <sup>21</sup> HR 7 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB5625, *NJ* 2007, 643 (*Tahmasebi/Shell*).
- <sup>22</sup> HR 8 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB7423, *NJ* 2008, 93 (*Lagraauw/Van Schie*).
- <sup>23</sup> Hof Den Bosch 12 augustus 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:2768.
- <sup>24</sup> Hof Den Haag 20 mei 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1661.
- <sup>25</sup> Hof Amsterdam 11 februari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1589.
- <sup>26</sup> Bijvoorbeeld HR 21 mei 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0708, *JAR* 2010, 165 (*Schoenmakers/Van den Bouwhuizen*); trap voldeed aan normen en was voor het werk deugdelijk arbeidsmiddel. Ook: Hof Amsterdam 6 oktober 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BL1052

- en Hof Amsterdam, kenbaar uit HR 19 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7595, *JAR* 2012, 296. Anders bijvoorbeeld: Hof Den Bosch 12 april 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BQ1285, *JA* 2011, 95 waarin een op zich veilige en deugdelijke huishoudtrap niet geschikt was om werkzaamheden te verrichten waarbij ver gereikt moest worden.
- <sup>28</sup> Neer te leggen in een schriftelijke RI&E ( Risico Inventarisatie & Evaluatie).
- <sup>29</sup> Hof Amsterdam 26 augustus 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3540.
- <sup>30</sup> HR 16 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7000, *NJ* 2004, 176 (*Dusarduyn/Du Puy*) waarin voor de werkgever die zijn werknemer naar een karwei bij iemand thuis wilde sturen geen verplichting werd aangenomen om vooraf een inventarisatie van de aan die werkzaamheden verbonden veiligheidsrisico's te verrichten en HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO8171, *NJ* 2005, 260 (*Oost/Brands*) waarin van een werkgever niet mocht worden verwacht dat hij dagelijks controleerde hoeveel puin er op de bouwplaats aanwezig was.
- <sup>31</sup> ECLI:NL:GHSHE:2015:453.
- <sup>32</sup> HR 25 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:AD1907, *NJ* 1993, 686 (*Cijsouw/De Schelde*).
- <sup>33</sup> De Hoge Raad heeft in het arrest Maatzorg/Van der Graaf (HR 12 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD3129, *NJ* 2009, 332) expliciet (r.o. 3.5.2) overwogen: "bij de beantwoording van de vraag of de werkgever in de gegeven omstandigheden aan de zorgplicht heeft voldaan, geldt als uitgangspunt dat de omvang van de zorgplicht in de eerste plaats wordt bepaald door hetgeen op grond van de regelgeving op het terrein van de arbeidsomstandigheden van de werkgever gevegd wordt (...)".
- <sup>34</sup> ECLI:NL:HR:2015:1747.
- <sup>35</sup> Eerdere voorbeelden: HR 6 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC3354, *NJ* 2008, 326 (*Goeree/De Jong*) waarin de treden van een opstapje tussen twee portcabines niet in overeenstemming waren met het bouwbesluit; HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7355, *NJ* 2008, 464 (*Veghel/Hendriks Bouwbedrijf*) waarin een stukadoor struikelde als gevolg van niveauverschil in de vloer, wat een schending van art. 3.11 en art. 3.26 Arbeidsomstandighedenbesluit opleverde; HR 27 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6717, *NJ* 2008, 462 (*Kalai/Antoine Petit*) waarin een werknemer rugklachten oploopt als gevolg van het tillen van een zware oven waarvoor op grond van art. 5.2 Arbobesluit mechanische hulpmiddelen ter beschikking hadden moeten worden gesteld.
- <sup>36</sup> Vgl. ook HR 5 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1463, *NJ* 2005, 215 (Lozerhof): de deur in de gang van het verpleeghuis voldeed aan bouwvoorschriften maar dat doet er niet aan af de situatie in de gang voor de toepassing van art. 7:658 BW als gevaarlijk kan worden aangemerkt en het treffen van nadere maatregelen is vereist.
- <sup>37</sup> Hof Den Bosch 28 april 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:453, *JA* 2015, 60, HR 16 maart 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6718, *JAR* 2007, 92 (*Egemin/t Mannetje*).
- <sup>38</sup> HR 11 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3313, *JAR* 2005, 287 (*Bayar/Wijnen*), zie ook Hof Amsterdam 15 januari 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:BY8866, *JAR* 2013, 68, zie ook Hof Leeuwarden 29 maart 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BQ0703, Hof

- > Den Haag 20 juli 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BN4190, JA 2010, 24 (*X/Mueva*).
- <sup>39</sup> HR 26 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1745 (Prik-incident beveiligingsbeambte)
- <sup>40</sup> HR 26 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1747; Hof Leeuwarden 29 juni 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BN0792.
- <sup>41</sup> HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO4224, NJ 2005, 105.
- <sup>42</sup> Hof Leeuwarden 25 januari 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BP4909, (*X/Corus/Pervo*).
- <sup>43</sup> ECLI:NL:HR:2014:3519.
- <sup>44</sup> HR 20 januari 2006, ECLI:NL:HR:2006:AT6013 (Cementpomp).
- <sup>45</sup> HR 19 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN8522 (*X/Philips Lighting*), zie ook HR 26 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN9977, HR 20 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BF0003 (*Van Riemsdijk/Autop*), waarbij gelet op de eigen ervaring en kennis van de werknemer van deze mocht worden verwacht dat hij in elk geval zelf voor het in acht nemen van de meest elementaire voorzichtigheid zou zorg dragen, HR 16 mei 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7000, JAR 2003, 147.
- <sup>46</sup> HR 20 september 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2142, NJ 1997, 198 (*Pollemans/Hoondert*).
- <sup>47</sup> Zie Hof Den Bosch 2 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2023, JA 2015, 116, waarin het hof overwoog dat zelfs indien de werkgever zou bewijzen dat de werknemer ten tijde van het ongeval nog onder invloed van alcohol en/of drugs was, daaruit nog niet automatisch opzet of bewuste roekeloosheid voortvloeit. Zie ook: Rb. Gelderland 28 juni 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:4728, waarin het beroep op opzet of bewuste roekeloosheid werd afgewezen, zie verder o.a. HR 2 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3261, JAR 2006, 12; Hof Arnhem 18 oktober 2005, ECLI:NL:GHARN:2005:AU5876, JAR 2006, 13; Hof Arnhem 31 januari 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:AV1417, NJF 2006, 306, waarin nog wel eigen schuld van de werknemer werd aangenomen.
- <sup>48</sup> C.J.M. Klaasen, 'De aansprakelijkheid van de werkgever op grond van art. 7: 658 BW, hoe staat het ermee?', SMA 2008, afl. 5, p. 106-121.
- <sup>49</sup> Hof Arnhem 7 mei 1996, ECLI:NL:GHARN:1996:AG1188 JAR 1996, 127 (*De Vries/Visser*): stagiaire; Hof Arnhem 11 februari 2005, ECLI:GRARN:2005 (*X/Stichting Dierenopvang*); Hof Amsterdam 29 maart 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BQ2718: (*Vrijwilliger*); en HR 18 november 2005, ECLI:NL:HR:2015:AU3259 (*Grevenstette/Van Oel*): onder aanneming.
- <sup>50</sup> ECLI:NL:HR:2012:BV0616, NJ 2014, 414.
- <sup>51</sup> ECLI:NL:GHSHE:2013:4561.
- <sup>52</sup> ECLI:NL:GHARL:2014:8068.
- <sup>53</sup> De werkgever is niet alleen aan te spreken voor schade die is veroorzaakt door eigen werknemers maar ook door personen die hij bijvoorbeeld van een derde heeft ingeleend of die op andere basis voor hem werken. Noodzakelijk is dat er zeggenschap over de werkzaamheden en ondergeschiktheid bestaat. Zie: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/183. Hoewel het gelet op zijn zelfstandigheid op het eerste gezicht niet vanzelfsprekend is, kan een zzp'er die schade toebrengt aan een derde mogelijk ook onder de reikwijdte van art. 6:170 BW vallen. De Rechtbank-Midden Nederland 12 juni 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:CA3498 kwalificeerde een zzp'er die als loodgieter tijdens de hem opgedragen werkzaamheden bij derden brandschade veroorzaakte, als een 'ondergeschikte'.
- <sup>54</sup> ECLI:NL:GHSHE:2014:3524.
- <sup>55</sup> Eerdere voorbeelden HR 30 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ6020 (*Blomaart/Gemeente Utrecht*) waarin een ambtenaar tijdens de lunchpauze letsel oploopt door houtgreep van collega, HR 9 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7557, waar schade ontstaat aan een partycentrum doordat werknemers spiritus op het vuur gooien tijdens een uitje.
- <sup>56</sup> ECLI:NL:GHAMS:2015:3301.
- <sup>57</sup> HR 30 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ6020 (*Blomaart/Gemeente Utrecht*) en al ouder HR 9 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD3985 (Apothekersassistente).
- <sup>58</sup> HR 11 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5215 (Uitgeleden postbezorgster), HR 11 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5223 (TBS instelling), HR 17 november 1989, NJ 1999, 572 (*De Kok/Jansen's*), Hof Den Haag 27 april 2007, JAR 2007, 208.
- <sup>59</sup> HR 11 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5223 (TBS Instelling).
- <sup>60</sup> Hof Arnhem 17 november 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BL7048, Hof Den Haag 27 april 2007, JAR 2007, 208.
- <sup>61</sup> HR 1 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB4767, JAR 2008, 57 (*Kooiker/Taxicentrale*), HR 17 april 2009, JAR 2009, 128 (Rollerskates).
- <sup>62</sup> HR 16 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0717, NJ 1993, 264 (*Bruisma/Schuitemaker*); HR 12 januari 2001, NJ 2001253 (*Vonk/Van den Hoeven*); HR 1 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB6175, JAR 2008, 56 (*Maasman/AKZO*); en, HR 1 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB6175, JAR 2008, 57 (*Kooiker/Taxicentrale*).
- <sup>63</sup> HR 19 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD7480, JAR 2009, 17 (*S/Febo*).
- <sup>64</sup> HR 30 november 2007, ECLI:NL:GHARL:2014:8068, JAR 2008, 14 (*Knoppen/NCM*) en HR 29 december 2008, ECLI:NL:GHSHE:2015:3435, JAR 2009, 18 (*Autoster Bergen/Hendriks*). Vgl. ook Hof Amsterdam 26 augustus 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:3540.
- <sup>65</sup> Hof Den Bosch 5 november 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:5200, RAV 2014, 16 en Hof Amsterdam 4 februari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:302, JA 2014, 56.
- <sup>66</sup> HR 9 augustus 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE2113, NJ 2004, 235 (*Oudenallen/De Bont*) en HR 19 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BG7775, JAR 2009, 18 (*Autoster Bergen/Hendriks*).
- <sup>67</sup> HR 11 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5215 (Uitgeleden postbezorgster), HR 12 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD3129, JAR 2009, 15 (*Maatzorg/Van der Graaf*).
- <sup>68</sup> HR 11 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5215 (Uitgeleden postbezorgster).
- <sup>69</sup> HR 22 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:AG2341, JAR 1999/44 (Reclasseringsmedewerker).
- <sup>70</sup> ECLI:NL:HR:2005:AR6669, JAR 2005, 100.
- <sup>71</sup> HR 17 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH1996, JAR 2009, 128 (Rollerskates). Vgl. ook HR 9 november 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7557, RvdW 2007, 960, JAR 2007, 305 (*Groot/Kievitsdal*).
- <sup>72</sup> ECLI:NL:HR:2011:BR5223.
- <sup>73</sup> Overigens heeft de Hoge Raad in deze uitspraak nog eens bevestigd dat, omdat van samenloop tussen art. 7:658 BW en art. 7:611 BW geen sprake kan zijn, een toets ex art. 7:611 BW niet mogelijk is, vgl. verder HR 3 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:838, RvdW 2015, 479.

- <sup>74</sup> HR 11 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5215, *NJ* 2011, 597. Vgl. ook HR 11 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5223, *NJ* 2011, 598.
- <sup>75</sup> HR 1 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB6175, *NJ* 2009, 330 (*Maasman/Akzo*) en Hof Leeuwarden 11 januari 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BP1174, *JAR* 2011, 56 (*Van Binsbergen/Trajectum*).
- <sup>76</sup> HR 30 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1295, *NJ* 2012, 687.
- <sup>77</sup> HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6669, *JAR* 2005, 100 (*KLM/De Kuijer*) en HR 17 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH1996, *JAR* 2009, 128 (Rollerskates).
- <sup>78</sup> Hof Amsterdam 24 augustus 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AZ2522, *JAR* 2006, 238 (geen verzekeringsplicht voor inlener van uitzendkracht); Hof Arnhem 23 september 2009, ECLI:NL:GHARL:2014:7283, *JA* 2009, 74 (wel verzekeringsplicht voor inlener); Ktg Nijmegen 12 november 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BP2572, *JA* 2011, 48 (wel verzekerings-
- plicht voor inlener) en Rb. Utrecht 17 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2855, *JA* 2013, 154 (niet uitgesloten dat op grond van art.6:248 BW voor ingeschakelde zzp'er verzekeringsplicht geldt).
- <sup>79</sup> HR 1 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB4767, *NJ* 2009/331 (*Kooiker/Taxicentrale*). Hof Den Bosch 28 september 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BN9585: collectieve ongevallenverzekering niet toereikend. Behoorlijke verzekering was volgens het hof in ieder geval een schadeverzekering die vergoeding moest bieden voor letselschade, overige materiële schade en immateriële schade. Hof Den Bosch 12 augustus 2014, ECLI:GHSHE:2014:2768: ongevallenverzekering was adequaat.
- <sup>80</sup> bepaald in HR 1 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB4767, *NJ* 2009, 330 (*Maasman/Akzo*).
- <sup>81</sup> HR 17 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH1996, *JAR* 2009, 128 (Rollerskates).

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 7 april 2015

## De leer van de proportionele aansprakelijkheid toegepast



Mr. C. Banis en  
mevrouw mr.  
L.K. de Haan  
V&A Advocaten

Eenieder draagt in beginsel zijn eigen schade, zo luidt het welbekende adagium dat ten grondslag ligt aan ons aansprakelijkheidsrecht. Een ander met succes aansprakelijk stellen kan alleen, wanneer daarvoor een rechtsgrond bestaat. Het is aan de benadeelde om de feiten te stellen en te bewijzen die nodig zijn voor het kunnen inroepen van zo'n rechtsgrond. Daarmee is de benadeelde er echter nog niet. De benadeelde dient namelijk ook aan te tonen dat de schade waarvan hij vergoeding vordert het gevolg is van datgene wat hij zijn wederpartij verwijt. Dit laatste is lang niet altijd eenvoudig. Soms is het gewoonweg niet duidelijk waardoor schade precies is veroorzaakt. Als tegelijkertijd wel vaststaat dat een ander een verwijt treft dat de schade (mede) tot gevolg zou kunnen hebben gehad, komt de vraag op hoe hiermee om te gaan. Hiervoor zijn in de rechtspraktijk diverse oplossingen bedacht, waaronder de leer van de proportionele aansprakelijkheid. Over deze leer en de toepassing daarvan gaat deze bijdrage.

De directe aanleiding voor het 'schrijven' van dit artikel is het arrest d.d. 7 april 2015 van het Hof 's-Hertogenbosch<sup>1</sup>, waarover hierna meer. Allereerst geven wij voor een goed begrip van de materie een overzicht van de (voor dit artikel) relevante arresten van de Hoge Raad omtrent (de toepasselijkheid van) de leer van de proportionele aansprakelijkheid.

### Het arrest Nefalit/Karamus

Het overzicht begint met het arrest Nefalit/Karamus van 31 maart 2006<sup>2</sup>, waarin de Hoge Raad de leer van de proportionele aansprakelijkheid voor het eerst heeft toegepast en aanvaard. In de zaak die aan dit arrest ten grondslag ligt, ging het om een werknemer van een asbestbedrijf – de heer Karamus – bij wie longkanker was geconstateerd. De betreffende werknemer was tijdens de uitoefening van zijn werkzaamheden blootgesteld aan asbest, maar had ook jarenlang stevig gerookt. De werknemer hield zijn werkgever aansprakelijk op grond van art. 7:658 BW en startte een procedure. Uitgangspunt in de procedure was

dat de werkgever – Nefalit – zijn zorgplicht niet had nageleefd ten opzichte van de werknemer. De vraag die vervolgens opkwam, was of de blootstelling aan asbest dan wel het rookgedrag van de werknemer de longkanker had veroorzaakt. Deskundigenonderzoek had uitgewezen dat de kans dat de longkanker door de blootstelling aan asbest was veroorzaakt, 55% was; en dat medisch gezien niet kon worden vastgesteld of een bepaald geval van longkanker is veroorzaakt door asbest en dus ook niet of de longkanker van deze werknemer was veroorzaakt door zijn blootstelling op het werk aan asbest.

De Hoge Raad oordeelde als volgt: *“Het gaat in dit geding om de aansprakelijkheid van een werkgever tegenover zijn werknemer wegens blootstelling van die werknemer in de uitoefening van diens werkzaamheden aan een voor de gezondheid gevaarlijke stof. Zoals hiervoor (...) overwogen, heeft het hof (...) geoordeeld dat Nefalit door die blootstelling (...) jegens Karamus toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van de uit hoofde van art. 7:658 BW op haar rustende zorgplicht. Het causaal verband (sine qua non verband) tussen die normschending en de door Karamus geleden gezondheidsschade (longkanker ...) laat zich echter niet vaststellen. Nefalit heeft zich erop beroepen dat een meer waarschijnlijke oorzaak van de longkanker van Karamus diens rookgedrag is, terwijl partijen voorts het erover eens zijn dat die ziekte ook kan zijn veroorzaakt door omstandigheden waarvoor niemand verantwoordelijk is of door een combinatie van factoren, aldus nog steeds het hof. Onder zodanige omstandigheden ligt het in het algemeen voor de hand (...) dat de rechter een deskundige benoemt om zich te laten voorlichten over de grootte van de kans dat de gezondheidsschade van de werknemer is veroorzaakt in de uitoefening van zijn werkzaamheden (...) Indien vervolgens moet worden geoordeeld dat die kans zeer klein is, zal het in het algemeen voor de hand liggen dat de rechter de vordering afwijst en indien die kans zeer groot is, dat hij haar toewijst. Ten aanzien van de tussen die beide uitersten gelegen gevallen is het echter in het algemeen, mede gelet op de strekking van de onderhavige norm – het voorkomen van gezondheidsschade bij de werknemer – en de aard van de normschending als hiervoor aangeduid, uit overwegingen van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar de onzekerheid over de mate waarin de tekortkoming van de werkgever heeft bijgedragen tot de schade van de werknemer, in zijn geheel op de werknemer af te wentelen. Eveneens onaanvaardbaar, maar nu tegenover de werkgever, ook al is deze tegenover de werknemer tekortgeschoten in zijn zorgplicht, is het echter de onzekerheid over het causaal verband met de schade van de werknemer geheel voor risico van de werkgever te laten komen, in weerwil van de niet zeer kleine kans dat buiten de uitoefening van de werkzaamheden gelegen*

omstandigheden die aan de werknemer moeten worden toegerekend (zoals roken, genetische aanleg, veroudering of van buiten komende oorzaken) de schade (mede) hebben veroorzaakt. Hierbij verdient opmerking dat die laatste drie omstandigheden de werknemer weliswaar niet kunnen worden verweten, maar in de verhouding tot de werkgever voor risico van de werknemer komen. Mede gelet op de aan de artikelen 6:99 en 6:101 BW ten grondslag liggende uitgangspunten moet daarom worden aangenomen dat, indien een werknemer schade heeft geleden die, gelet op de hiervoor bedoelde kans-percentages, zowel kan zijn veroorzaakt door een toerekenbare tekortkoming van zijn werkgever in de nakoming van zijn verplichting de werknemer in de uitoefening van diens werkzaamheden voldoende te beschermen tegen een voor de gezondheid gevaarlijke stof, als door een aan de werknemer zelf toe te rekenen omstandigheid als hiervoor bedoeld, als door een combinatie daarvan, zonder dat met voldoende zekerheid is vast te stellen in welke mate de schade van de werknemer door deze omstandigheden of één daarvan is ontstaan, de rechter de werkgever tot vergoeding van de gehele schade van de werknemer mag veroordelen, met vermindering van de vergoedingsplicht van de werkgever in evenredigheid met de, op een gemotiveerde schatting berustende, mate waarin de aan de werknemer toe te rekenen omstandigheden tot diens schade hebben bijgedragen”.

#### Commentaar

De Hoge Raad plaatst de leer van de proportionele aansprakelijkheid in dit arrest dus in de sleutel van art. 6:99 BW (alternatieve causaliteit) en art. 6:101 BW (eigen schuld). De betreffende wetsartikelen zijn niet rechtstreeks van toepassing, maar de uitgangspunten die aan de betreffende artikelen ten grondslag liggen spelen wel een rol van betekenis. Het uitgangspunt van art. 6:99 BW is dat, wanneer de schade het gevolg kan zijn van twee of meer gebeurtenissen voor elk waarvan een andere persoon aansprakelijk is en vaststaat dat de schade door ten minste één van die gebeurtenissen is ontstaan, elk van de betreffende personen aansprakelijk is. Het meest bekende voorbeeld uit de rechtspraak waarin de regel van art. 6:99 BW is toegepast, betreft de DES-zaak<sup>3</sup>. In deze zaak ging het om vrouwen die gezondheidsschade leden doordat hun moeders in het verleden het farmaceutisch middel DES hadden gebruikt. Er waren meerdere producenten van DES en de vrouwen slaagden er niet in de te bewijzen welke producent precies de door hun moeders gebruikte DES op de markt had gebracht. Met toepassing van art. 6:99 BW werden alle producenten hoofdelijk aansprakelijk geoordeeld ten opzichte van de vrouwen. Het uitgangspunt van art. 6:101 BW is dat, wanneer de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend, de vergoedingsplicht van de aansprakelijke partij in zoverre wordt verminderd.

Als gezegd, is geen van deze beide artikelen rechtstreeks van toepassing op de Nefalit/Karamus-casus. De situatie in deze casus laat zich niet vatten onder art. 6:99 en/of 6:101 BW. Art. 6:99 BW biedt geen soelaas in de Nefalit/Karamus-casus, omdat deze zich er niet door kenmerkt

dat sprake is van twee gebeurtenissen waarvoor een andere persoon aansprakelijk is. Men kan niet ten opzichte van zichzelf aansprakelijk zijn en dat geldt dus ook voor Karamus. Zodoende is er in de Nefalit/Karamus-casus hooguit één aansprakelijke partij, namelijk werkgever Nefalit en dat staat aan de toepasselijkheid van art. 6:99 BW in de weg. Art. 6:101 BW biedt voorts geen soelaas omdat in de Nefalit/Karamus-casus nu net niet duidelijk is óf de longkanker van Karamus mede een gevolg is van een omstandigheid (het roken) die aan hem kan worden toegerekend.

#### Het arrest 'Isala/X'

Het tweede arrest van de Hoge Raad over proportionele aansprakelijkheid dat wij willen bespreken dateert van 9 januari 2009<sup>4</sup>. In de zaak die aan dit arrest ten grondslag ligt, ging het om een medisch secretaresse die tijdens haar werkzaamheden was blootgesteld aan sigarettenrook en al vóór haar dienstverband aan astma leed. De betreffende secretaresse was gedurende haar dienstverband uitgevallen als gevolg van toegenomen astmaklachten en hield haar werkgever Isala aansprakelijk voor de financiële gevolgen daarvan. Isala slaagde er niet in aan te tonen dat zij haar zorgplicht had nageleefd. Deskundigenonderzoek had uitgewezen dat de kans 80-100% was dat de astmaklachten van de werknemer waren verergerd door de blootstelling aan sigarettenrook tijdens het werk; en dat de kans evenzeer 80-100% was dat de astmaklachten van de werknemer – uiteindelijk en binnen een ander tijdsbestek – ook zonder blootstelling aan sigarettenrook zouden zijn verergerd.

Het hof oordeelde op basis hiervan dat Isala op grond van art. 7:658 BW voor 50% aansprakelijk was voor de door de werknemer geleden en nog te lijden schade. De Hoge Raad liet dit oordeel in stand. In reactie op het bezwaar van Isala – dat de schade die de werknemer als gevolg van de blootstelling aan sigarettenrook leed in de tijd was beperkt – oordeelde de Hoge Raad dat de vraag naar de omvang van de geleden schade als gevolg van het roken op de werkplek er één was voor de schadestaatprocedure.

#### Commentaar

Interessant aan dit arrest is dat er een duidelijk onderscheid wordt gemaakt tussen enerzijds de zogeheten vestigingsfase van aansprakelijkheid en anderzijds de daarop volgende fase van de toerekening van schade aan de aansprakelijke partij. De Hoge Raad past in het arrest de leer van de proportionele aansprakelijkheid toe in de vestigingsfase, waarin het erom gaat of oorzakelijk verband bestaat – in de zin van *condicio sine qua non*-verband [of *conditio sine qua non*-verband] – tussen de blootstelling van de medisch secretaresse tijdens het werk aan sigarettenrook, en haar uitval wegens verergerde astmaklachten. De vraag naar de toerekening van de door de medisch secretaresse opgevoerde schadeposten voortvloeiende uit haar uitval, is een andere en wordt in dit arrest niet beantwoord door de Hoge Raad.

## > Het arrest 'Fortis/Bourgonje'

Het derde arrest van de Hoge Raad over proportionele aansprakelijkheid dat wij de revue laten passeren dateert van 24 december 2010<sup>5</sup>. In dit arrest, dat bekend staat onder de naam 'Fortis/Bourgonje', was sprake van een geschil tussen een belegger en diens vermogensbeheerder. De vermogensbeheerder had verzuimd de belegger indringend te adviseren bepaalde aandelen op een bepaald moment te verkopen. De belegger leed schade doordat hij de aandelen op dat specifieke moment niet had verkocht. De vraag kwam vervolgens op of de belegger, indien de vermogensbeheerder hem het advies tot verkoop van de aandelen wél zou hebben gegeven, daarnaar geluisterd zou hebben. De belegger kon dit niet bewijzen. De belegger bepleitte daarop de toepassing van de leer van de proportionele aansprakelijkheid. De Hoge Raad ging daarin niet mee.

De Hoge Raad maakte in dit arrest allereerst duidelijk dat op zich – zij het met inachtneming van terughoudendheid – de leer van de proportionele aansprakelijkheid ook voor toepassing in aanmerking kan komen buiten gevallen van werkgeversaansprakelijkheid (waarbij de geschonden norm naar haar aard ertoe strekt gezondheidsschade bij de werknemer te voorkomen). De Hoge Raad oordeelde vervolgens: *“Daarvoor kan met name aanleiding zijn indien de aansprakelijkheid van de aangesproken partij op zichzelf vaststaat, een niet zeer kleine kans bestaat dat het condicio sine qua non-verband tussen de geschonden norm en de geleden schade aanwezig is, en de strekking van de geschonden norm en de aard van de normschending de toepassing van de genoemde regel rechtvaardigen”*.

Toespits op de casus oordeelde de Hoge Raad voorts: *“De aard van de geschonden norm is in dit geval de waarschuwingsplicht van een vermogensbeheerder tegenover zijn cliënt, de strekking van de geschonden norm is het voorkomen van vermogensschade. Voorts heeft het hof onbestreden vastgesteld dat de kans dat (de belegger) zich zonder meer en onverwijd zou hebben neergelegd bij een uitdrukkelijke aanbeveling de aandelen (...) dadelijk (...) van de hand te doen, niet bijzonder groot te noemen is. De hiervoor (...) bedoelde terughoudendheid brengt in een zodanig geval mee dat het tegenover de vermogensbeheerder onaanvaardbaar is het in beginsel op de (belegger) rustende bewijsrisico omtrent het condicio-sine-qua-non-verband tussen de op zichzelf vaststaande normschending en de schade niet voor rekening van de (belegger) te laten, maar in plaats daarvan toepassing te geven aan de rechtsregel van het arrest Nefalit/Karamus. Daarom treft onderdeel (...) in zoverre doel dat het hof heeft miskend dat – ook – in het onderhavige geval een noodzakelijke voorwaarde voor de in art. 6:98 BW bedoelde toerekening is dat het condicio sine qua non-verband vaststaat tussen de normschending van (de vermogensbeheerder) en de door (de belegger) geleden schade”*.

### Commentaar

Ook in dit arrest wordt dus duidelijk onderscheid gemaakt tussen de fase van vestiging van aansprakelijkheid en de

fase van de toerekening. Om aan toerekening toe te komen, zo kan het arrest worden begrepen, moet eerst aansprakelijkheid zijn gevestigd, wat weer vereist dat het condicio sine qua non-verband is vastgesteld. In dit geval zijn het de aard en strekking van de geschonden norm, gecombineerd met de vaststelling door het hof dat de kans niet bijzonder groot was dat de belegger het advies van zijn vermogensbeheerder zou hebben opgevolgd als het was gegeven, die maken dat in de fase van vestiging van aansprakelijkheid geen plaats is voor toepassing van de leer van de proportionele aansprakelijkheid.

De vraag komt op of er ook nog iets anders meespeelt in dit arrest. De situatie in 'Fortis/Bourgonje' was namelijk ook anderszins een andere dan die waarover de Hoge Raad heeft geoordeeld in de twee hiervoor besproken arresten van de beide werknemers met gezondheidsschade die tijdens hun werk waren blootgesteld aan gevaarlijke stoffen. In elk van de drie casus zag de benadeelde zich gesteld voor bewijsproblemen ten aanzien van het causaal verband – in de zin van condicio sine qua non-verband – tussen de tekortkoming van de aansprakelijke partij en de daaruit voortvloeiende schade. Men zou echter kunnen zeggen dat in de twee casus van de werknemers met gezondheidsschade sprake was van objectieve onzekerheid. De medische wetenschap heeft gewoonweg geen antwoord op de vraag of het door deze werknemers opgelopen letsel is veroorzaakt door de tekortkoming van hun werkgever dan wel door andere omstandigheden. In de casus van de belegger was veeleer sprake van wat wij subjectieve onzekerheid zouden willen noemen: de belegger was niet in staat te bewijzen hoe hij gehandeld zou hebben wanneer de vermogensbeheerder hem juist had geadviseerd.

Of dit wellicht (mede) een onderscheidend criterium is bij de beoordeling van de vraag of plaats kan zijn voor toepassing van de leer van de proportionele aansprakelijkheid, weten wij niet. De Hoge Raad heeft in het arrest 'Fortis/Bourgonje' namelijk ook geoordeeld: *“Het onderdeel treft (...) geen doel voor zover het tot uitgangspunt kiest dat de toepassing van deze regel is beperkt tot gevallen waarin het bewijs van het condicio sine qua non-verband in het algemeen een probleem is, reeds omdat het onderscheid tussen zodanige gevallen en die waarin de onzekerheid voortvloeit uit de specifieke omstandigheden van het desbetreffende geval, onvoldoende scherp is.”* Of de Hoge Raad met de zinsnede *“in het algemeen een probleem”* hetzelfde bedoelt als de objectieve onzekerheid waarvan wij hier vóór melding hebben gemaakt, is ons niet duidelijk. Wellicht zal de tijd dat uitwijzen.

Relevant te vermelden, tot slot, is nog de overweging van de Hoge Raad in het arrest 'Fortis/Bourgonje' dat ook *“het onderscheid tussen gevallen waarin de causaliteitsonzekerheid betrekking heeft op in het verleden, dan wel in de toekomst gelegen schadeposten”*, niet als uitgangspunt kan dienen om de toepasselijkheid voor de meergenoemde regel af te bakenen. Wij komen hier onderstaand nog op terug.

### Het arrest 'Nationale-Nederlanden/moeder en zoon'

In het vierde en laatste arrest van de Hoge Raad over de toepasselijkheid van de leer van de proportionele aansprakelijkheid dat wij willen behandelen<sup>6</sup>, ging het om verkeersaansprakelijkheid. Er had een aanrijding plaatsgevonden tussen een Alfa Romeo waarin een zwangere vrouw op de bijrijdersstoel zat en een bij Nationale-Nederlanden ingevolge de WAM verzekerde BMW, waarvan de bestuurder een voorrangsfout had gemaakt. Enige tijd na de aanrijding beviel de vrouw van een zoon, bij wie enige maanden na zijn geboorte een hersenbeschadiging (PVL) werd geconstateerd. De vraag die opkwam, was of deze PVL het gevolg was van de aanrijding of van postnatale problemen, bestaande in een syndroom genaamd RDS. Uit deskundigenonderzoek was gebleken dat zowel het verkeerstrauma als de postnatale problemen (de RDS) dan wel beide oorzaken de schade van de zoon konden hebben veroorzaakt. Het hof paste om die reden de leer van de proportionele aansprakelijkheid toe. In cassatie werd daarover niet geklaagd, maar was de vraag aan de orde of er vervolgens, analoog aan art. 6:101 BW, nog ruimte is voor de billijkheidscorrectie. De Hoge Raad oordeelde dat een bijstelling naar boven van het aansprakelijkheidspercentage niet aan de orde is, maar voegde daaraan toe dat een bijstelling naar beneden "onder specifieke omstandigheden" wel tot de mogelijkheden behoort. Er moet daarvoor sprake zijn, aldus de Hoge Raad, "van causale omstandigheden aan de zijde van de benadeelde die niet reeds verdisconteerd (konden) zijn in het kader van de proportionele aansprakelijkheid zelf". Ter illustratie overwoog de Hoge Raad als volgt: "Wanneer bijvoorbeeld enige tijd na een verkeersongeval de bestuurder van de aangereiden auto ziek wordt, en onzeker blijft of die ziekte is veroorzaakt door het ongeval dan wel door een lichamelijke gesteldheid die voor zijn eigen risico komt (dan wel door een combinatie van beide oorzaken), zou met toepassing van de proportionele aansprakelijkheid besloten kunnen worden tot een vergoedingsplicht van de voor het ongeval aansprakelijke partij van (bijvoorbeeld) 40% van de schade; indien het ongeval echter mede was veroorzaakt door een verkeersfout van de benadeelde zelf, zou de aldus bepaalde vergoedingsplicht op grond van art. 6:101 lid 1 BW nog verminderd kunnen worden in overeenstemming met de mate waarin ieders verkeersfout tot het ongeval heeft bijgedragen, en zou vervolgens op grond van de billijkheidscorrectie als bedoeld aan het slot van lid 1 ook tot een andere verdeling van de schade besloten kunnen worden. In laatstbedoeld geval kan de billijkheidscorrectie er echter niet toe leiden dat alsnog een groter deel van de schade voor rekening van de aansprakelijke partij wordt gebracht dan op grond van de proportionele aansprakelijkheid was vastgesteld (in dit voorbeeld: 40% van de schade), omdat anders een aansprakelijkheid zou worden gevestigd die verder gaat dan waartoe de regel van de proportionele aansprakelijkheid reikt".

### Het Hof 's-Hertogenbosch over (de toepassing van) de leer van de proportionele aansprakelijkheid

Dat brengt ons op het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch van 7 april 2015. De casus was als volgt. Op 15 september

1997 deed zich een incident voor op de werkvloer van een steenfabriek. Een werknemer ervoer bij het duwen van een zwaar voorwerp pijn in zijn onderrug en meldde zich ziek. De betreffende werknemer kwam terecht in de WAO en stelde de steenfabriek aansprakelijk op grond van art. 7:658 BW. Na verloop van tijd, gedurende de arbeidsongeschiktheid, kreeg de werknemer te kampen met diverse andere klachten: een pijnsyndroom, een forse cannabis verslaving en psychische/psychiatrische problemen. De vraag die vervolgens opkwam, was of, en zo ja: in hoeverre de steenfabriek ten opzichte van de werknemer aansprakelijk was voor de financiële gevolgen van de algehele toestand waarin de werknemer verkeerde en als gevolg waarvan hij volledig arbeidsongeschikt was. De werknemer en de steenfabriek werden het hierover niet eens. De werknemer startte een procedure tegen zijn werkgever. De kantonrechter wees de vorderingen van de werknemer integraal af. De werknemer liet het daarbij echter niet zitten en stelde hoger beroep in.

In hoger beroep oordeelde het hof in een tweetal tussenarresten allereerst "dat voldoende aannemelijk (was) geworden dat (de werknemer) op 15 september 1997 met rugklachten (was) uitgevallen en aldus – behoudens door (de) steenfabriek (...) te leveren bewijs dat zij heeft voldaan aan haar uit art. 7:658 lid 1 BW voortvloeiende zorgverplichting – schade (had) geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden". Het hof stelde de steenfabriek vervolgens in de gelegenheid te bewijzen dat zij haar zorgplicht jegens de werknemer had nageleefd, maar de steenfabriek slaagde hier niet in. Om die reden oordeelde het hof in een volgend tussenarrest dat de steenfabriek aansprakelijk was voor de schade die de werknemer als gevolg van zijn werkzaamheden bij de steenfabriek had geleden. Vervolgens werd in de procedure duidelijk, aan de hand van meerdere rapporten van diverse deskundigen, dat "de klachten van (de werknemer) een multifactoriële oorzaak (hadden), dat de psychische klachten in elk geval niet een direct gevolg van het incident (waren), dat het ongeval (mogelijk wel enige rol) (had) gespeeld bij het ontstaan van de pijnstoornis, en dat er niet een heel duidelijk medisch causaal verband vermeld (kon) worden tussen het incident en het ontstaan van de pijnstoornis". Ook bleek in de procedure dat niet met zekerheid was te zeggen "in hoeverre een (te) grote belasting bij het werk een rol heeft gespeeld", dat er "pre-existente rugafwijkingen waren", dat "enige beïnvloeding door chronische overbelasting een factor kan zijn geweest die heeft bijgedragen tot het ontstaan van de klachten", maar dat "van blijvende posttraumatische afwijkingen geen sprake (was)".

Het hof zag hierin aanleiding om zijn eerdere oordeel dat de steenfabriek aansprakelijk was, in die zin te nuanceren dat de vergoedingsplicht van de steenfabriek zou worden verminderd "in evenredigheid met de mate waarin de aan (de werknemer) toe te rekenen omstandigheden aan zijn schade hebben bijgedragen". In het arrest is hieromtrent te lezen: "Naar het oordeel van het hof doet zich hier een situatie voor waarin onzekerheid bestaat over het (condicio sine qua non) verband tussen de normschending door (de

- > *steenfabriek) en de schade van (de werknemer), doordat de schade kan zijn veroorzaakt hetzij door de uitoefening van de werkzaamheden van appellant bij (de steenfabriek) waarbij (de steenfabriek) onvoldoende aan haar zorgplicht heeft voldaan, hetzij door een omstandigheid of omstandigheden die voor risico van appellant komt of komen, hetzij door een combinatie van die verschillende oorzaken. Het hof ziet daarom aanleiding om in dit geval de leer van de proportionele aansprakelijkheid toe te passen”.*

Deze leer toepassend, oordeelde het hof vervolgens dat het werk bij de steenfabriek en het incident op 15 september 1997 mogelijk gedurende korte tijd in enig causaal verband hebben gestaan tot de bij de werknemer geconstateerde pijnstoornis. Die kans achtte het hof niet zeer groot, noch zeer klein. Het hof vervolgde dat voor de klachten van de werknemer, met name het jarenlang voortduren daarvan, “*echter meer oorzaken (waren) aan te wijzen (‘multifactorieel’), die in de risicosfeer van (de werknemer) (lagen)*”, waaronder de forse cannabisverslaving, de afwezigheid van enige gemotiveerdheid om zich te laten behandelen voor de rugproblemen en de psychische problemen waardoor de klachten op beide gebieden jarenlang (waren) blijven voortbestaan en (waren) verergerd en pre-existente degeneratieve veranderingen in de onderrug.

Een gemotiveerde schatting door het hof resulteerde uiteindelijk in het navolgende eindoordeel van het hof: “*Het hof stelt vast dat de gevolgen van het incident van 15 september 1997 van zeer kortdurende aard zijn geweest, en dat tussen de werkzaamheden bij (de steenfabriek) in algemene zin (...) en de schade van (de werknemer) niet langer dan gedurende een jaar na het incident van 15 september 1997 een volledig causaal verband kan worden aangenomen (...) Het hof tekent daarbij aan dat in deze periode zich nog niet de factoren voordeden die voor risico van (de werknemer) komen (...) Voor de periode daarna ligt dat anders. In die periode komen de factoren die voor rekening van (de werknemer) zijn, veel meer op de voorgrond (...) Bij gebrek aan concrete en betrouwbare gegevens is het zeer lastig aan te geven wat in de periode na het eerste jaar de kans is dat de schade ook toen nog in causaal verband stond tot de klachten van (de werknemer), en in welke mate de aan (de werknemer) toe te rekenen omstandigheden vanaf dat moment tot de schade hebben bijgedragen. Het hof schat (...) in dat de schade van (de werknemer) vanaf 15 september 1998 tot (1 januari) 2001 nog voor 20% in causaal verband staat met de schade (?) – en dus voor 80% moet worden toegerekend aan voor risico van (de werknemer) komende factoren, en dat vanaf 1 januari 2001 geen causaal verband met de werkomstandigheden bij (de steenfabriek) en het incident op 15 september 1997 meer aanwezig is”.*

#### *Commentaar*

Is dit oordeel van het Hof ‘s-Hertogenbosch nu in lijn met de hiervoor besproken arresten van de Hoge Raad? Valt het daarmee te rijmen? Wij zien in ieder geval twee duidelijke verschillen tussen enerzijds het arrest van het hof en anderzijds de arresten van de Hoge Raad. Het arrest van

het Hof ‘s-Hertogenbosch onderscheidt zich in de eerste plaats doordat het betrekking heeft op meerdere schadeveroorzakende gezondheidsproblemen, die deels pas na verloop van tijd zijn ontstaan. In de arresten van de Hoge Raad was steeds sprake van één schadeveroorzakende aan-doening c.q. toestand. Het arrest van het Hof ‘s-Hertogenbosch onderscheidt zich in de tweede plaats doordat de omstandigheden die in de risicosfeer van de benadeelde liggen, zich hebben voorgedaan nadát de aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis al had plaatsgevonden. In de arresten van de Hoge Raad was ook sprake van omstandigheden die in de risicosfeer van de benadeelden lagen, maar die omstandigheden waren al aan de orde vóórdát zich de aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis had voorgedaan.

Dat de leer van de proportionele aansprakelijkheid ook kan worden toegepast ingeval van schadeveroorzakende gezondheidsproblemen die zich pas na verloop van tijd manifesteren (het eerste verschil), volgt onzes inziens (onder meer) uit het hiervoor besproken arrest ‘Fortis/Bourgonje’. In dat arrest heeft de Hoge Raad immers geoordeeld dat het onderscheid “*tussen gevallen waarin de causaliteitsonzekerheid betrekking heeft op in het verleden, dan wel in de toekomst gelegen schadeposten*” niet kan dienen ter afbakening van de toepasselijkheid van de leer van de proportionele aansprakelijkheid. Wij leiden hieruit af dat de leer van de proportionele aansprakelijkheid dus ook kan worden toegepast op toekomstige schade. Steun daarvoor kan voorts worden gevonden in het hiervoor als laatste besproken arrest ‘Nationale-Nederlanden/moeder en zoon’, waarin de Hoge Raad het voorbeeld geeft van het slachtoffer dat pas enige tijd na een ongeval ziek wordt. Wanneer dan onzeker blijft of die ziekte is veroorzaakt door het ongeval of door oorzaken die in de risicosfeer van het slachtoffer liggen, kan de leer van de proportionele aansprakelijkheid worden toegepast, aldus de Hoge Raad.

Nieuw aan het arrest van het Hof ‘s-Hertogenbosch – voor zover wij althans weten – is het oordeel omtrent de toepasselijkheid van de leer van de proportionele aansprakelijkheid op omstandigheden die liggen in de risicosfeer van de benadeelde en die zich pas voordoen nádat de aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis al heeft plaatsgevonden (het tweede verschil). Wat het Hof ‘s-Hertogenbosch [Den Bosch] feitelijk doet in zijn arrest, is de tijd in stukken knippen, om vervolgens, per stuk tijd, te beoordelen of, en zo ja: in hoeverre de schade van de werknemer (nog) het gevolg is van het incident op het werk. Het hof komt daarbij tot de conclusie dat dit in de eerste periode – tot een jaar na het incident – volledig het geval was en in de laatste periode – vanaf (iets meer dan) drie jaar na het ongeval – in het geheel niet meer. In de tussenliggende periode past het hof, naar eigen zeggen, de proportionaliteitsleer toe en concludeert hij tot 20% aansprakelijkheid van de werkgever.

De vraag die men zich zou kunnen stellen, is of het hof zijn oordeel over deze tussenliggende periode, niet beter



in de sleutel van de schadebeperkingsplicht c.q. eigen schuld had kunnen plaatsen. Dat lijkt op het eerste gezicht misschien een logische(re) oplossing, maar wij denken dat schijn hier bedriegt. Het punt is namelijk dat, juist vanwege de causaliteitsonzekerheid in deze tussenliggende periode, niet kon worden vastgesteld óf de schade het gevolg was van eigen schuld aan de zijde van de werknemer en/of het door hem niet-naleven van de schadebeperkingsplicht. Dat zo zijnde, wordt aan de toepassing van art. 6:101 BW in dit verband niet toegekomen en lijkt de enige juiste oplossing inderdaad te zijn om (ook) hier de leer van de proportionele aansprakelijkheid toe te passen.

Indien wij dit juist hebben, zou dat betekenen dat hier de aansprakelijke partij – en dus ook de achterliggende verzekeraar – te hulp wordt geschoten. Immers, de bewijslast rust hier – waar het betreft eigen schuld c.q. niet-naleven

van de schadebeperkingsplicht – op de aansprakelijke partij. En omdat dit bewijs vanwege onzekerheid omtrent het causaal verband niet kan worden geleverd, wordt de leer van de proportionele aansprakelijkheid toegepast. Daarmee zou, als wij dit dus goed zien, de leer van de proportionele aansprakelijkheid (eens te meer) van een hulpmiddel voor de schadelijgende partij, zijn verworden tot een correctiemiddel ten gunste van de aansprakelijke partij (en diens verzekeraar).

<sup>1</sup> ECLI:NL:GHSHE:2015:1249, RAV 2015, 77.

<sup>2</sup> ECLI:NL:HR:2006:AU6092, NJ 2011, 250.

<sup>3</sup> ECLI:NL:HR:1992:ZC0706, NJ 1994, 535.

<sup>4</sup> ECLI:NL:HR:2009:BG4014, VR 2009, 28.

<sup>5</sup> ECLI:NL:HR:2010:BO1799, RAV 2011, 34.

<sup>6</sup> ECLI:NL:HR:2012:BX8349, NJ 2013, 236.

# Evaluatie Wet deelgeschillen



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



Op 1 juli 2015 was het vijf jaar geleden dat de Wet deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade in werking trad. De verwachting dat de nieuwe wet grote impact zou hebben op de buitengerechterlijke schadeafwikkeling lijkt te zijn uitgekomen. Er wordt veel gebruik gemaakt van de mogelijkheid om een deelgeschilprocedure te voeren; het aantal zoekresultaten op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) met de zoekterm 'deelgeschil' stevent af op 500<sup>1</sup>. In deze korte update bespreken wij de evaluatie van de deelgeschillenwet die in 2014 plaats had, gevolgd door enig overdenkingen naar aanleiding van de evaluatie. Daarnaast besteden wij aandacht rechtspraak die is geweest over het instellen van hoger beroep tegen deelgeschilbeschikkingen omdat deze recent is en relevant voor de praktijk

Met de invoering van de deelgeschillenwet werd beoogd het buitengerechterlijke traject bij de afhandeling van persoonschade te versterken door middel van een eenvoudige en snelle toegang tot de rechter ter oplossing van een deelgeschil. Daartoe werd een nieuwe processuele mogelijkheid geïntroduceerd: de deelgeschilprocedure, die wordt gestart met een verzoekschrift. De rechter kan in de deelgeschilprocedure knopen doorhakken in het buitengerechterlijke traject. De rechter heeft veel ruimte om tot het oordeel te kunnen komen of van een deelgeschil sprake is. Toetssteen voor deze beslissing is immers of de verzochte beslissing voldoende kan bijdragen aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst. De investering in tijd, geld en moeite moeten worden afgewogen tegen het belang van de vordering en de bijdrage die een beslissing aan de totstandkoming van een minnelijke regeling kan leveren ("het proportionaliteitscriterium"). Nieuw ten opzichte van de bestaande processuele mogelijkheden was ook (en vooral) dat de kosten van de procedure worden beschouwd als buiten-

gerechterlijke kosten in de zin van art. 6:96 BW. De aansprakelijke partij betaalt daarom in beginsel voor het voeren van de procedure. Ook nieuw waren de beperkte mogelijkheden voor het instellen van hoger beroep.

## Evaluatie

In het wetsvoorstel werd al aangekondigd dat de effecten van invoering van de wet binnen vier jaar na inwerking-treding zouden worden onderzocht. M. Wesselink heeft intussen in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC) onderzoek verricht naar de doeltreffendheid en effecten van de wet in de praktijk<sup>2</sup>. Wesselink maakte gebruik van verschillende onderzoeksmethodes: literatuurstudie, jurisprudentieanalyse, observatieonderzoek (waaronder het bijwonen van zittingen), interviews en gevalstudies. In de evaluatie is onderzocht of de wet deelgeschilprocedure doeltreffend is. Daarvoor is bezien of de buitengerechterlijke onderhandelingen zijn versneld. Wij zetten een aantal onderzoeksresultaten kort op een rij:

- Deelgeschilprocedures worden in de praktijk vrijwel altijd eenzijdig door de benadeelde aangespannen. In de gepubliceerde rechtspraak zijn zeer weinig zaken te vinden die door de aansprakelijke verzekeraar aanhangig werden gemaakt. Redenen hiervan zijn blijkens het onderzoek van Wesselink de aan het voeren van een deelgeschilprocedure verbonden kosten, het risico van negatieve precedentwerking en de drempel om een benadeelde in rechte te betrekken.
- Uit het onderzoek volgt voorts dat de enkele mogelijkheid van het kunnen voeren van een deelgeschilprocedure de buitengerechterlijke onderhandelingen versnelt, in de woorden van Wesselink "omdat het bijdraagt aan het herstel van de onevenwichtige machtsbalans tussen de onervaren benadeelde enerzijds en de ervaren aansprakelijkheidsverzekeraar anderzijds. De benadeelde krijgt door deze procedure toegang tot kennis, kunde en een onafhankelijk gerechtelijk oordeel dat hij niet door gebrek aan samenwerking met de wederpartij of om financiële redenen achterwege hoeft te laten."<sup>3</sup> Daarbij komt dat de enkele dreiging door (de belangenbehartiger van) de benadeelde met een deelgeschilprocedure soms al helpt om vastgelopen onderhandelingen vlot te trekken. Aansprakelijkheidsverzekeraars anticiperen daarop, door hun beleid preventief aan te passen en zich communicatiever en coöperatiever op te stellen.
- Een duidelijk meetbare versnelling in de afwikkeling van letselschadezaken zit in de doorlooptijd van de deelgeschilprocedure. De gemiddelde doorlooptijd bij de in het onderzoek betrokken kantonzaken bedraagt vier maanden. Bij de sector civiel is de doorlooptijd nog iets sneller: 3,7 maanden. Vergeleken met de voor de komst van de deelgeschilprocedure vaak ingezette

dagvaardingsprocedure in letselschadezaken is dit zonder meer een versnelling. Keerzijde is wel dat het buitengerechtelijke onderhandelingstraject tijdens deze doorlooptijd meestal stilligt. Wesselink geeft in haar onderzoek aan dat het niet meetbaar is of door de invoering van de wet deelgeschilprocedure het aantal dagvaardingsprocedures in letselschadezaken is afgenomen. Onze ervaring is wel dat er sinds de invoering van de wet in letselschadezaken vaker deelgeschilprocedures dan dagvaardingsprocedures worden gevoerd.

- Tegenover de hiervoor genoemde versnelling van het onderhandelingsproces en de vlotte doorlooptijden van deelgeschilprocedure staat dat Wesselink ook een aantal factoren vond dat de onderhandelingen kan vertragen. Ze wijst onder meer op de niet-ontvankelijkverklaring en de afwijzing op grond van het proportionaliteitscriterium (waarmee partijen in feite geen stap verder zijn), het onvoldoende uitvoeren van een bindende functie, een gebrek aan uniformiteit in de rechtspraak en het onvoldoende of gekleurd overdragen van de zaak naar een deelgeschilprocedure. De rechter zou een meer rol kunnen spelen door bijvoorbeeld een afwijzing van een verzoek op grond van het proportionaliteitscriterium met partijen te bespreken en ondanks de afwijzing wel handvatten mee te geven voor de verdere buitengerechtelijke onderhandelingen. Belangenbehartigers en aansprakelijkheidsverzekeraars kunnen de faciliterende werking van de deelgeschilprocedure verhogen door tot normering van de buitengerechtelijke kosten te komen.
- Bij de invoering van het wetsvoorstel werd al geopperd dat afhankelijk van het succes van de nieuwe wet overwogen zou kunnen worden om het instrument van de deelgeschilprocedure ook op andere rechtsgebieden dan personenschade in te zetten. Wesselink geeft in haar onderzoek aan dat daartoe nog nader onderzoek noodzakelijk is. Wel kan, zo geeft zij aan, overwogen worden om het toepassingsgebied uit te breiden naar first party-verzekeringen, zoals arbeidsongeschiktheidsverzekeringen en proefpersonenverzekeringen. Op die terreinen kunnen zich immers vergelijkbare discussies voordoen als in het bestaande toepassingsgebied. In een recente uitspraak oordeelde de Rechtbank Limburg<sup>4</sup> in overeenstemming met de wet deelgeschilprocedure dat deze wet (inderdaad) toepassing mist als het gaat om first party-verzekeringen (zoals in die uitspraak de schadeverzekering voor inzittenden).

### Enige overdenkingen

Grotendeels kunnen wij ons wel vinden in de door Wesselink uitgevoerde evaluatie. Ook wij menen dat de deelgeschilprocedure een nuttig en innovatief instrument is om bij serieuze geschilpunten de rechter te vragen daarover te beslissen. Hierdoor kan het onderhandelingstraject worden vlot getrokken. Een lang afwikkelingstraject is in de eerste plaats erg belastend voor de benadeelde en evenmin in het voordeel van een verzekeraar, al was het maar omdat onderzoek uitwijst dat een langer schaderegelingstraject vrijwel altijd duurder voor hem uitvalt. Om bij dat laatste

aan te haken vinden wij dat verzekeraars zelf nog steeds te weinig gebruik maken van de deelgeschilprocedure. Evenals benadeelden komen verzekeraars met regelmaat niet verder in het buitengerechtelijke behandelingstraject doordat de wederpartij een onjuist juridisch standpunt inneemt, niet of veel te traag reageert of noodzakelijke gegevens voor beoordeling van de schade – bijvoorbeeld medische informatie of gegevens over carrière – niet verstrekt. In de inleiding is al aangegeven dat de term ‘deelgeschil’ in de zin van art. 1019 Rv ruim is en de rechter veel speelruimte geeft bij de invulling ervan. Daarbij komt dat de deelgeschilrechter bij uitstek geschikt is om regie te voeren en naar onze mening deze rol, mits goed voorgelicht, soms nog wel wat meer kan pakken. Wesselink wijst daar in haar evaluatie ook op. Zoals Akkermans en De Groot schrijven: *“Het geven van een beslissing is lang niet altijd het eerste waarnaar de gedachten hoeven uit te gaan bij de behandeling van een deelgeschilverzoek. Het kan natuurlijk best zijn dat er gewoon een knoop moet worden doorgemaakt, maar het is ook heel wel mogelijk dat partijen met een andere interventie beter op weg worden geholpen naar een minnelijke regeling.”*<sup>5</sup>

Wanneer partijen bijvoorbeeld twisten over het al dan niet verstrekken van een voorschot, kan het achterliggende probleem zijn dat onvoldoende of veel te traag (medische) informatie door de benadeelde is of wordt verstrekt. De rechter kan in het deel geschil aan dit debat sturing geven, juist als partijen, zoals zij bij een deelgeschil verplicht zijn te doen, de rechter ruim inlichten over het buitengerechtelijke traject en de discussie die tot dan toe is gevoerd. Juist deze elementen maken dat het deelgeschil de verzekeraar interessante mogelijkheden geeft indien het buitengerechtelijke traject, de vlotte afhandeling ervan of anderszins, juist wordt verstoord door (de belangenbehartiger van) benadeelde. Bovendien zal de verzekeraar zelf toch ook met enige regelmaat behoefte hebben aan snelle juridische duidelijkheid over een deelgeschilpunt. Naar onze mening is er op dat punt te veel koudwatervrees bij verzekeraars waardoor zij met enige regelmaat de regie te veel uit handen geven. Een ander punt dat ons opvalt, is dat benadeelden nog steeds te vaak een deelgeschil starten terwijl er over de feiten onvoldoende duidelijkheid is of dat zij het gehele geschil aan de deelgeschilrechter proberen voor te leggen. Dat is niet wenselijk, omdat de rechter dan niet kan beslissen over het geschilpunt. Hier geldt voor hem immers: bij twijfel niet inhalen. Zoals bekend zijn voor hem de mogelijkheden om in deelgeschil getuigen te horen of deskundigen te benoemen (erg) smal. Als dit zich voordoet of sprake is van een om andere reden kansloos verzoek, zouden rechters naar onze mening zo langzamerhand strenger moeten worden en eerder moeten oordelen dat het deelgeschil volstrekt onnodig of volstrekt ten onrechte aanhangig is gemaakt, met als consequentie dat de verzekeraar de kosten van het deelgeschil van de benadeelde niet hoeft te dragen. De rechter dient zich te realiseren dat het starten van een deelgeschil voor de benadeelde anders wel heel erg een gok zonder neten wordt. Een te lankmoedige houding van de rechter bij het in die gevallen toch toekennen van deze kosten maakt bovendien dat dit gegeven in de onderhande-

- > lingen door een (belangenbehartiger van een) benadeelde oneigenlijk kan worden – en in de praktijk ook wel wordt – ingezet. Ten aanzien van de kosten gemoeid met een deelgeschil pleiten wij voorts onverminderd voor meer standaardisatie. In de diverse deelgeschillen worden nog steeds te verschillende bedragen (uren en uurtarief) in vergelijkbare zaken toegewezen.

Tot slot: met Wesselink menen wij dat overwogen moet worden het toepassingsgebied van het deelgeschil uit te breiden naar first party-verzekeringen, zoals arbeidsongeschiktheidsverzekeringen en proefpersonenverzekeringen. Het gaat op deze terreinen om grotendeels vergelijkbare discussies.

### Het hoger beroep in deelgeschillen

Zoals bekend is in beginsel geen (direct) hoger beroep (of cassatie) mogelijk tegen een beslissing in de deelgeschilprocedure, behalve dan door het starten van een afzonderlijke en reguliere bodemprocedure (art. 1019bb Rv). Voor een beslissing die uitdrukkelijk en zonder voorbehoud één of meer geschilpunten tussen partijen over hun *materiële rechtsverhouding*<sup>6</sup> – zoals over aansprakelijkheid of causaal verband – beslecht, geldt bovendien dat de rechter in eerste aanleg van die bodemprocedure aan die beslissing in beginsel gehouden is als ware deze een bindende eindbeslissing van die rechter zelf (art. 1019cc lid 1 Rv). Overigens komt aan een veroordeling (bijvoorbeeld tot een geldbedrag) in deelgeschil geen verdere betekenis toe dan aan een veroordeling in kort geding. Daaraan is de bodemrechter dus niet gebonden.

Acht de rechter in de bodemprocedure zich gebonden aan de deelgeschilbeslissing dan is (tussentijds) hoger beroep slechts mogelijk met tussentijds verlof van hem<sup>7</sup>, en bij gebreke daarvan, pas tegelijk met het hoger beroep van het eindvonnis. De rechter kan een tussentijds hoger beroep (of cassatie) toestaan als het doelmatig is dat partijen een cruciale kwestie die in feite bepalend is voor de afloop van de zaak, bij het gerechtshof (en eventueel bij de Hoge Raad) uit procederen, zonder dat zij gedwongen zijn om eerst de gehele bodemprocedure in eerste aanleg af te ronden.

Op 18 april 2014 kreeg de Hoge Raad de vraag voorgelegd of dit verbod tot het (direct) instellen van hoger beroep kan worden doorbroken op een van de daarvoor in de buiten deelgeschil in de jurisprudentie ontwikkelde gronden, namelijk in het geval dat de rechter de procedure ten onrechte heeft toegepast, of ten onrechte buiten toepassing heeft gelaten, dan wel bij de behandeling van het verzoek essentiële vormen heeft verzuimd.<sup>8</sup> Vanuit de consistentie van procesrecht en omdat de deelgeschilbeschikking ook andere beslissingen dan omtrent de materiele rechtsverhouding kan bevatten verbaast het niet dat de Hoge Raad oordeelt dat deze doorbrekingsgronden ook in deelgeschil gelden. Als met een beroep op een doorbrekingsgrond een rechtsmiddel tegen een deelgeschil wordt ingesteld, dan zijn, aldus de Hoge Raad, echter de bepalingen uit de deelgeschilprocedure onverkort van toepassing. Dit betekent onder meer dat een aansprakelijke partij in zo'n hoger beroep in beginsel de volledige proceskosten van de benadeelde moeten betalen,

en dat dus geen kostenveroordeling ten laste van de benadeelde wordt uitgesproken. Terzijde merken wij nog op dat de stelling dat beëindiging van een deelgeschil niet kan bijdragen aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst geen doorbrekingsgrond oplevert.

Het proceskostenregime van de deelgeschilprocedure geldt echter niet voor de bodemprocedure, waarin wordt opgekomen tegen de deelgeschilbeschikking. In dat geval heeft de benadeelde geen recht op vergoeding van zijn kosten als ware de kosten gemoeid met de procedure buitengerechtelijke kosten, zo oordeelde de Hoge Raad op 19 juni 2015: “(r.o. 4.9.3) (...) Aldus is blijkens de totstandkomingsgeschiedenis de regeling van art. 1019aa Rv voor de begroting van de kosten slechts gegeven voor de deelgeschilprocedure, en is die regeling niet van toepassing op de proceskosten van de dagvaardingsprocedure tussen dezelfde partijen waarin op de voet van art. 1019cc lid 3 Rv wordt opgenomen tegen de deelgeschilbeschikking.”<sup>9</sup>

De proceskosten worden in dat geval dus slechts beoordeeld aan de hand van het liquidatietarief bij procedures. In de uitspraak van 19 juni 2015 besliste de Hoge Raad voorts dat een bodemprocedure na deelgeschil of na een door de rechter toegestaan tussentijds hoger beroep (en cassatie) niet bij verzoekschrift moet gebeuren maar bij dagvaarding moet worden ingesteld.

### Conclusie

Het deelgeschil is uniek in de wereld. Vanwege het succes mogen partijen zich in Nederland gelukkig prijzen dat wij over dit instrument kunnen beschikken. De Hoge Raad heeft inmiddels een aantal belangrijke discussiepunten over de hoger beroepsregeling tot tevredenheid verduidelijkt.

In dit artikel hebben wij nog wel een aantal verbeterpunten geschetst, die met name zien op de wijze waarop partijen en de rechter met het deelgeschil omgaan. Tot slot ligt wat ons betreft onderzoek voor de hand naar het antwoord op de vraag of een deelgeschil ook voor andere rechtsgebieden een bruikbaar middel kan zijn.

<sup>1</sup> 457 resultaten op 23 oktober 2015.

<sup>2</sup> M. Wesselink, *Deeltjesversneller in het recht? Onderzoek naar de mogelijke versnellende factoren van de gerechtelijke deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade op de buitengerechtelijke onderhandelingen*, WODC, Ministerie van Veiligheid en Justitie 2014.

<sup>3</sup> Wesselink, a.w., p. 81.

<sup>4</sup> Rechtbank Limburg 7 oktober 2015, C/03/208211 / HA RK 15-150, niet-gepubliceerd, te raadplegen via [www.stichtingpiv.nl](http://www.stichtingpiv.nl)

<sup>5</sup> A.J. Akkermans en G. de Groot, ‘De deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade: nieuwe verantwoordelijkheden voor de rechter en voor partijen’, *TVP* 2010, nr. 2 p. 34.

<sup>6</sup> Dit zijn bijvoorbeeld vragen van aansprakelijkheid of schade. Zie Kamerstukken II 2007-2008, 31 518, nr. 3, p. 19-20.

<sup>7</sup> Vgl. Art. 337 lid 2 Rv en HR 23 april 2005, ECLI:NL:HR:2004:AL7051, NJ 2005, 510 en voor deelgeschil HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1689.

<sup>8</sup> HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:943.

<sup>9</sup> HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1689.

Hof Arnhem-Leeuwarden 8 september 2015

## De omkeringsregel bij medische aansprakelijkheid revisited



Mw. mr J. Meyst-Michels en  
mw. mr P.J. Klein  
Gunnewiek  
Van Benthem &  
Keulen Advocaten  
en Notariaat N.V.

**Bij arrest van 8 september 2015<sup>1</sup> heeft het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zich andermaal uitgelaten over toepassing van de omkeringsregel in een medische aansprakelijkheidskwestie.**

In dit geval ging het om een patiënte die wegens moedervlekken op de schouder en een zwelling op de rechterpols door haar huisarts werd verwezen naar de poli Chirurgie van het Medisch Spectrum Twente (MST).

In de poliklinische aantekeningen van de chirurg (in opleiding) die de patiënte onderzocht was onder andere genee- teerd, dat sprake was van langzaam groeiende zwelling aan de rechterpols, waarvan patiënte wel last heeft, maar waar- voor zij niet per se een operatie wil. Gedacht werd aan een ganglion (slijmcyte) en er werd een echo van de pols ge- vraagd met het plan dat als sprake was van een ganglion een operatieve excisie geïndiceerd was, waarbij gelet moest worden op de *nervus medianus*. Op de echo werd een af- wijking gezien die los lag van de pees. Deze afwijking leek mogelijk uit te gaan van een zenuw en de differentiaal diagnose luidde: georganiseerd hematoom, perifere zenuwtumor (schwannoom/neuro-fibroom).

Tijdens de operatie werden de moedervlekken verwijderd en vond exploratie van de pols plaats. Er werd een zwelling vastzittend aan vermoedelijk de *nervus medianus* gezien en deze was niet los te prepareren. De operateur volstond met een incisiebiopsie en het materiaal werd naar het laboratorium gestuurd. In het operatieverslag was genee- teerd dat geen extirpatie (verwijdering) had plaatsgevon- den van de zwelling in de rechterpols en dat het wachten was op de laboratoriumuitslag.

Postoperatief had de patiënte uitval en gevoelsstoornissen aan de pols voor de gevolgen waarvan zij het ziekenhuis aansprakelijk stelde.

Het ziekenhuis zou de patiënte onvoldoende geïnformeerd hebben over dit risico en de behandeling zelf zou niet *lege artis* zijn geweest, nu was uitgegaan van een verkeerde

diagnose. De door partijen benoemde deskundige kwam tot het oordeel dat in het ziekenhuis gehandeld was zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vak- genoot anno 2008 mocht worden verwacht, terwijl de patiënte – zou zij de kans op kneuzing van de nervus medianus gekend hebben – ook in de behandeling zou hebben toegestemd, gezien haar sterke wens tot operatieve behandeling.

De rechtbank kwam tot afwijzing van de vordering, daar- bij overwegend dat de patiënte het risico op zenuwbescha- diging (10%) zou hebben aanvaard, nu haar ook zou zijn verteld dat er een kans zou bestaan op kwaadaardigheid en dat er mogelijk alleen een biopsie uitgevoerd zou worden. Om kwaadaardigheid uit te sluiten, diende sowieso geope- reerd te worden, nu de zwelling langzaam groeide met de kans dat dit op termijn een beknelde zenuw zou geven. Aangezien de patiënte voor haar moedervlekken toch onder het mes moest, zou zij met die andere ingreep heb- ben ingestemd.

Ten aanzien van het onzorgvuldig handelen zelf oordeelde de rechtbank dat (de advocaat van) de patiënte tijdens de comparitie van partijen aangegeven had zich neer te leg- gen bij het oordeel van de deskundige nu daartegen weinig in te brengen was. De rechtbank vatte dit op als een ver- mindering van de vordering.

In hoger beroep ging het anders. Het hof kwam wel aan de beoordeling van het medisch handelen toe, omdat geen sprake was geweest van uitdrukkelijk ondubbelzinnige erkenning van aansprakelijkheid door de advocaat van de patiënte tijdens de comparitie van partijen ten overstaan van de rechtbank.

Het deskundigenrapport achtte het hof onvoldoende bruikbaar, omdat

- sprake was van een zeer summier overzicht van de feiten;
- de deskundige er ten onrechte van uitging dat de patiënte per se een operatie wilde;
- de deskundige geen melding had gemaakt van onduide- lijkheden in het medisch dossier, terwijl daarin wel sprake was van discrepantie; en
- de deskundige ook niet was ingegaan op de omstandig- heid dat bij de echo differentiaal diagnostisch was ge- concludeerd tot een georganiseerd hematoom of een perifere zenuwtumor.

Omdat geen nadere toelichting was gegeven, gaf het hof aan zich bij de beoordeling niet op de conclusies van de deskundige te zullen baseren.

Vervolgens is het hof zelf gaan “*dokteren*”. Uit de (pre)ope- ratieve aantekeningen bleek dat nog steeds uitgegaan werd van een ganglion dat volledig zou worden verwijderd,

- > terwijl differentiaal diagnostisch een perifere zenuwtumor was overwogen. Verwijdering daarvan zou een aanzienlijk risico van zenuwletsel met zich meebrengen en het ziekenhuis had aangegeven dat bij zo'n ingreep andere deskundigheid zou zijn ingeroepen.

Aangezien de operateur ten onrechte uitging van een ganglion en getracht heeft de zwelling los te prepareren voordat duidelijk werd van welk soort aandoening sprake was, terwijl de uitslag van de echo daar alle aanleiding toe had gegeven, kwam het hof tot het oordeel dat niet lege artis was gehandeld.

Vervolgens moest nog beoordeeld worden of de kneuzing van de zenuw veroorzaakt was door de poging om de zwelling los te prepareren.

Hier past het hof de omkeringsregel toe. Volgens het hof was sprake van schending van een norm die inhield dat niet wordt getracht om een zwelling van onduidelijke aard los te prepareren wanneer die zwelling mogelijk een zenuwtumor is, waarvoor meer specialistische kennis nodig is. Die norm strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar, namelijk zenuwletsel en dit gevaar heeft zich ook daadwerkelijk verwezenlijkt. Daarom moet volgens het hof worden aangenomen dat het zenuwletsel door het los-prepareren van de zwelling is veroorzaakt.

Bij toepassing van de omkeringsregel wordt het causaal verband in beginsel aangenomen en ligt het op de weg van degene die voor de gedraging wordt aangesproken om te stellen en te bewijzen dat de schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan.

In dit arrest gaf het hof het ziekenhuis niet de ruimte tot het leveren van tegenbewijs, omdat het ziekenhuis geen stellingen had aangevoerd die tot een ander oordeel konden leiden.

Dit is opmerkelijk, nu aangenomen kan worden dat het ziekenhuis wel het leveren van (tegen)bewijs had aangeboden. Als mogelijk andere oorzaak van de zenuwkneuzing had het ziekenhuis wondvocht of bloed genoemd. Waarom het hof, dat als hoogste feitelijke instantie uitspraak doet, het ziekenhuis niet tot het leveren van tegenbewijs heeft toegelaten, blijkt niet uit het arrest zelf.

### Hoe zat het ook alweer?

Uitgangspunt bij medische aansprakelijkheid is dat de patiënt (of nabestaande) bewijst dat onzorgvuldig is gehandeld en dat daardoor de gestelde schade is veroorzaakt. Dat causaal verband is dikwijls niet eenvoudig aan te tonen, omdat er aan de gezondheidstoestand van de patiënt voor de behandeling al iets mankeerde, reden waarom deze zich tot een arts had gewend.

Beoordeeld zal dan moeten worden of de gezondheidsstoestand door het onzorgvuldig handelen negatief is beïnvloed en zo ja, in welke omvang.

Voor het eerst in 2001 is de Hoge Raad<sup>2</sup> een patiënt in deze bewijslast tegemoet gekomen door toepassing van de omkeringregel. In het zogenaamde protocollenarrest ging het om de vraag of een patiënt een trombosebeen had

gekregen doordat het ziekenhuis hem direct na een operatieve ingreep geen antistolling had toegediend. Door dit niet te doen, hadden de behandelaars in strijd gehandeld met het ziekenhuisprotocol waarin deze toediening was voorgeschreven. De Hoge Raad overwoog dat het voorschrift om bij de betreffende ingreep antistolling toe te dienen, zoals in het ziekenhuisprotocol was opgenomen, diende om het risico van het postoperatief optreden van trombose tegen te gaan, althans te verkleinen. Nu zich bij de patiënt daadwerkelijk een trombosebeen had ontwikkeld en als vaststaand werd aangenomen dat de antistolling niet was toegediend, werd het causaal verband tussen de verweten gedraging (het niet naleven van het protocolvoorschrift om antistolling toe te dienen) en de opgelopen schade (het optreden van trombose) in beginsel aangenomen.

Het protocollenarrest bleek echter geen voorbode van een nieuwe bewijslastverdeling bij medische aansprakelijkheid. Drie jaar later maakte de Hoge Raad dat duidelijk.

Een huisarts werd 's avonds bij een patiënt geroepen die na inname van twee slaaptabletten toen al ongeveer achttien uur achtereen sliep. Volgens de echtgenote zou haar man niet aanspreekbaar zijn en zou hij koud, benauwd en blauw zijn. Twee jaar daarvoor was bij hem keelkanker gediagnosticeerd.

De huisarts trof de man inderdaad niet aanspreekbaar en in diepe slaap aan, maar bij lichamelijk onderzoek en meting van bloeddruk, pols en temperatuur waren er geen bijzonderheden. Hij adviseerde de echtgenote weer contact op te nemen, als haar man niet binnen een paar uur wakker zou worden of de situatie zou verslechteren. De volgende ochtend vertelde de echtgenote aan de apotheker – bij wie zij incontinentieluiers haalde – dat haar man nog steeds sliep, waarop de apotheker contact heeft opgenomen met de huisarts.

De man bleek overleden en de doodsoorzaak kon niet worden vastgesteld. Er vond geen post mortem-onderzoek plaats.

De echtgenote stelde de arts aansprakelijk en eiste schadevergoeding. In de procedure die volgde werd overwogen dat de huisarts inderdaad fout gehandeld had door de patiënt niet te laten opnemen, nu deze al achttien uur sliep en niet wekbaar was geweest. Of het overlijden het gevolg was van dit dokters delay was niet duidelijk en de Hoge Raad verwierp het beroep van de echtgenote op de omkeringsregel<sup>3</sup>.

De Hoge Raad overwoog daarbij dat, indien een arts een beroepsfout wordt verweten, in vele gevallen als norm die de arts zou hebben geschonden slechts zou kunnen worden aangewezen de in art. 7:453 BW neergelegde algemene norm, dat de arts bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed hulpverlener in acht moet nemen en daarbij moet handelen in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid voortvloeiende uit de voor artsen geldende professionele standaard. In dat geval geldt dat met betrekking tot het bewijs van de stelling – dat de fout tot een bepaalde schade voor de patiënt heeft

geleid – in die zin, dat tussen de fout en de schade een *condicio sine qua non* verband bestaat, in die gevallen geen sprake zal zijn van toepassing van de omkeringsregel. Aldus geldt als uitgangspunt dat indien sprake is van schending van een algemene zorgvuldigheidsnorm, de bewijslast van het causaal verband op de eisende partij blijft rusten.

Met het obductie-arrest leek toepassing van de omkeringsregel bij medisch onzorgvuldig handelen niet meer aan de orde, nu medisch handelen getoetst wordt aan een algemene zorgvuldigheidsnorm. Echter, op 7 december 2007 werd het hof door de Hoge Raad<sup>4</sup> teruggefloten, toen dit van die algemene zorgvuldigheidsnorm uitging en om die reden geen plaats zag voor de omkeringsregel.

Het ging hier om een geboorteschade. Bij een bevalling had een gynaecoloog te lang gewacht met het uitvoeren van een keizersnede en dit had hem een tuchtrechtelijke maatregel opgeleverd.

Het kind kwam met ernstig hersenletsel ter wereld en de ouders vorderden schadevergoeding.

Zowel ouders als ziekenhuis hadden een deskundige geraadpleegd en deze waren tot een verschillend oordeel gekomen. Bij het begin van de baring leek het kind al in de problemen te zijn en rechtbank en hof hadden de ouders bewijs opgedragen dat het hersenletsel veroorzaakt was door het delay.

De Hoge Raad casseerde. De ouders hadden aangegeven dat hier wel degelijk sprake was van een specifieke norm, te weten het tijdig geboren laten worden van een kind dat in nood verkeert. Het ongeboren kind kan immers als gevolg van zuurstofgebrek hersenschade oplopen en juist dat specifieke gevaar heeft zich in dit geval ook gerealiseerd. De Hoge Raad vond voor dit betoog van de ouders steun in de deskundigenrapporten en hij verwees de zaak terug naar een ander hof.

Dit andere hof, hof Arnhem, was hetzelfde dat in het hiervoor besproken arrest van 8 september 2015 uitspraak deed. Het overwoog<sup>5</sup> in dat geval dat inderdaad sprake was van schending van een specifieke norm, nu de gynaecoloog eerder tot een keizersnede had behoren over te gaan teneinde zoveel mogelijk te voorkomen dat het gevaar, dat het ongeboren kind als gevolg van zuurstof tekort hersenletsel oploopt, zich realiseert.

Nu is het niet zo, dat dit hof altijd de omkeringsregel toepast. Kort daarvoor had het de omkeringsregel niet toegepast omdat sprake was van schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm ex art. 7:453 BW.

In die zaak stond vast dat de huisarts een beroepsfout had gemaakt door het achterwege laten van nader onderzoek bij de zoon van eisers. Na de waarschijnlijkheidsdiagnose gastro-enteritis met ondervulling/uitdroging en bijkomende bacteriële infectie had de huisarts een antibioticum voorgeschreven en de ouders geadviseerd om hun zontje regelmatig vocht te geven. Enkele uren daarna werd het kind dood in zijn bedje aangetroffen. Obductie

kon geen duidelijke oorzaak geven voor het overlijden. Hier was echter geen schending geweest van een specifieke norm en daarvoor had het hof ook geen aanknopingspunten kunnen vinden in het deskundigenrapport.

Ook het Hof 's-Hertogenbosch heeft zich een paar keren over de omkeringsregel bij medische aansprakelijkheid uitgelaten en daarbij werd het beroep daarop afgewezen omdat sprake was van schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm<sup>6</sup>.

Vermelding verdient dat een beroep op de omkeringsregel in medische aansprakelijkheidskwesties in veel gevallen al bij de lagere rechter sneuvelt omdat meestal sprake is van de algemene zorgvuldigheidsnorm.

In het rijtje van belangrijke uitspraken over de omkeringsregel past natuurlijk ook het arrest van de Hoge Raad van 23 november 2012<sup>7</sup>. Net als in 2007 ging het hier om geboorteschade.

Tijdens de bevalling kreeg de moeder wegens pijnklachten epidurale anesthesie. Kort daarvoor zag het CTG<sup>8</sup> er goed uit. Ongeveer 1,5 uur later braken de vliezen en bleek sprake te zijn van meconiumhoudend vruchtwater<sup>9</sup>. Het opnieuw gemaakte CTG was sterk afwijkend en het kind werd door middel van een tangverlossing met fors letsel geboren. Volgens de ingeschakelde deskundigen dient bij epiduraal anesthesie permanente CTG-bewaking plaats te vinden hetgeen niet was gebeurd. De ouders spraken de gynaecoloog aan wegens onzorgvuldig handelen en de rechtbank wees de vordering toe. In hoger beroep overwoog het Hof Amsterdam dat de norm (bij toediening van epiduraal anesthesie dient permanente CTG-bewaking van de foetus plaats te vinden) ertoe strekt om zo tijdig mogelijk te signaleren of bij de foetus asfyxie optreedt hetgeen tot blijvende hersenschade kan leiden. Dat is een specifieke medische gedragsnorm die tegen een specifiek gevaar beoogt te beschermen. Het hof kwam dan ook tot het oordeel dat met toepassing van de omkeringsregel het causaal verband (in de zin van *condicio sine qua non*) tussen het onzorgvuldig handelen van de gynaecoloog en het ontstaan van de schade werd aangenomen tenzij de gynaecoloog<sup>10</sup> zou aantonen dat bedoelde schade ook zonder die tekortkoming zou zijn ontstaan.

De gynaecoloog slaagde niet in het bewijs en ook het hof wees de vordering toe.

In cassatie heeft de Hoge Raad nog eens betoogd wat de omkeringsregel precies inhoudt en wanneer deze wordt toegepast. De omkeringsregel strekt ertoe dat in bepaalde gevallen een uitzondering wordt gemaakt op de hoofdregel van art. 150 Rv, in dier voege dat het bestaan van causaal verband (in de zin van *condicio sine qua non*-verband) tussen de onrechtmatige daad of tekortkoming en het ontstaan van de schade wordt aangenomen, tenzij degene die wordt aangesproken bewijst – waarvoor in het kader van het hier te leveren tegenbewijs voldoende is: aannemelijk maakt – dat de bedoelde schade ook zonder die gedraging of tekortkoming zou zijn ontstaan. Voor toepassing van

- > deze regel is vereist dat sprake is geweest van een gedraging in strijd met een norm die strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade en dat degene die zich op schending van deze norm beroept, ook bij betwisting aannemelijk heeft gemaakt dat in het concrete geval het (specifieke) gevaar waartegen de norm bescherming beoogt te bieden, zich heeft verwezenlijkt.

Volgens de Hoge Raad had het hof in dit geval de omkeringsregel terecht toegepast. Ook het verwijt van de gynaecoloog dat het hof onvoldoende oog heeft gehad voor de omstandigheid dat de gynaecoloog wel aannemelijk heeft gemaakt dat de schade door mogelijk andere oorzaken is of kan zijn ontstaan werd door de Hoge Raad verworpen. Het hof had immers de genoemde alternatieven (hypoglycaemieën) niet aannemelijk geacht op basis van de deskundigenrapporten. De deskundigen waren unaniem van oordeel dat in elk geval het meest waarschijnlijk was dat de blijvende hersenschade van het kind was opgetreden als gevolg van het ontstaan/bestaan van foetale asfyxie.

### Conclusie

Zoals de Hoge Raad in zijn arrest van 23 november 2012 nog eens uiteen heeft gezet, kan de omkeringsregel slechts in bepaalde gevallen worden toegepast en blijft de algemene bewijsregel van art. 150 Rv het uitgangspunt. Schending van de algemeen geformuleerde zorgplicht van art. 7:453 BW<sup>11</sup> leidt niet tot toepassing van de omkeringsregel. In veel civiele procedures die betrekking hebben op medische aansprakelijkheid wordt een beroep op de omkeringsregel gedaan en dit beroep strandt dikwijls al bij de lagere rechter. Eerst moet immers aangetoond worden dat

sprake is van schending van een norm die strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar. Om dit vast te stellen zal in de meeste gevallen deskundigenvoorlichting nodig zijn.

Vervolgens moet het specifieke gevaar waartegen de norm beoogt te beschermen, zich daadwerkelijk hebben verwezenlijkt.

De omkeringsregel is en blijft dan ook nog steeds een uitzonderingsregel. 

<sup>1</sup> Hof Arnhem-Leeuwarden 8 september 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:6588.

<sup>2</sup> HR 2 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0377, NJ 2001, 649.

<sup>3</sup> HR 19 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1299, NJ 2004, 307 (obductie-arrest).

<sup>4</sup> HR 7 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3670, NJ 2007, 644.

<sup>5</sup> Hof Arnhem 2 september 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX8853.

<sup>6</sup> Hof 's-Hertogenbosch 6 mei 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1265 en Hof 's-Hertogenbosch 17 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:933.

<sup>7</sup> HR 23 november 2002, ECLI:NL:HR:2012:BX7264.

<sup>8</sup> Cardiotocografie. Hiermee wordt door middel van een schedelelektrode de hartslag van de foetus gemeten.

<sup>9</sup> Dit betekent dat de baby in het vruchtwater heeft gepoept hetgeen op stress bij de baby wijst.

<sup>10</sup> Althans zijn erven, de gynaecoloog was inmiddels overleden.

<sup>11</sup> Art. 7:453 BW luidt: "De hulpverlener moet bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed hulpverlener in acht nemen en handelt daarbij in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiende uit de voor hulpverleners geldende professionele standaard."

Het PIV-Bulletin is een regelmatig verschijnende uitgave van de Stichting Personenschade Instituut van Verzekeraars.

Niets uit deze uitgave mag worden overgenomen zonder uitdrukkelijke toestemming van de redactie.

Redactiesecretaris

Mevrouw J. (Jenny) M. Polman, Stichting PIV

Postbus 93450

2509 AL Den Haag

Telefoon: 070 333 88 73

Telefax: 070 333 88 33

e-mail: j.polman@verzekeraars.nl

Website: www.stichtingpiv.nl

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

en John Körver, cartoonist

Creatie : Elan Strategie & Creatie, Rijswijk

Realisatie : Quantes, Rijswijk