

Universiteit van Tilburg
Faculteit der rechtsgeleerdheid
27 maart 2009

Proportionele aansprakelijkheid

&

Werkgeversaansprakelijkheid

In hoeverre draagt proportionele aansprakelijkheid bij aan het doel van werkgeversaansprakelijkheid, wanneer de werknemer letselschade heeft opgelopen op de werkvloer?

Naam: Marloes Otten
Anr: 660802
Afstudeerrichting: Privaatrecht
Examencommissie: mr. dr. ir. T.F.E. Tjong Tjin Tai
Mw. mr. C.J.M. van Doorn

Voorwoord

Voor u ligt de scriptie over proportionele aansprakelijkheid en werkgeversaansprakelijkheid. Proportionele aansprakelijkheid in het kader van werkgeversaansprakelijkheid werd voor het eerst toegewezen op 31 maart 2006. Mijn onderzoek is toegespitst op hoever proportionele aansprakelijkheid bijdraagt aan het doel van werkgeversaansprakelijkheid wanneer de werknemer letselschade heeft opgelopen op de werkvloer.

Deze scriptie is geschreven in het kader van de master Nederlands recht accent privaatrecht aan de Universiteit van Tilburg.

Deze scriptie had ik niet kunnen schrijven zonder de begeleiding van Eric Tjong Tjin Tai. Ik wil hem dan ook graag bedanken voor zijn kritische opmerkingen en tijd. Tevens wil ik Karlijn van Doorn bedanken die bereid was als tweede lezer naar mijn scriptie te kijken.

INLEIDING	3
DOEL VAN WERKGEVERSAANSPRAKELIJKHEID KRACHTENS ART. 7:658 BW	3
WAT HOUDT PROPORTIONELE AANSPRAKELIJKHEID IN?	3
DE CENTRALE ONDERZOEKSVRAAG	4
HOOFDSTUK 1 WERKGEVERSAANSPRAKELIJKHEID	6
§1.1 DOEL VAN AANSPRAKELIJKHEID	6
§1.1.1 WAT VALT ER ONDER HET GEZAGSGEBIED EN INVLOEDSFEER VAN DE WERKGEVER?	7
§1.1.2 WAT VALT ER ONDER DE EIGEN VERANTWOORDELIJKHEID VAN DE WERKNEMER?	14
§1.1.3 WELKE GEZONDHEIDSSCHADE KOMT VOOR REKENING VAN DE WERKGEVER?	16
§1.2 CAUSALITEIT EN WERKGEVERSAANSPRAKELIJKHEID	17
§1.3 CONCLUSIE	18
HOOFDSTUK 2 PROPORTIONELE AANSPRAKELIJKHEID	20
§2.1 DOEL VAN SCHADEVERGOEDING	20
§2.2 PROPORTIONELE AANSPRAKELIJKHEID EN CAUSAAL VERBAND	21
§2.2.1 PROPORTIONELE AANSPRAKELIJKHEID	22
§2.2.2 SCHAIER/DE SCHELDE & NEFALIT/KARAMUS EN HET VERSCHIL	22
§2.2.3 FORMULERING VAN DE RECHTSREGEL DOOR DE HOGE RAAD IN NEFALIT/KARAMUS	25
§2.3 HOE BEOORDEELT DE RECHTER SCHADE WANNEER ER EEN OORDEEL VAN EEN DESKUNDIGE LIGT?	27
§2.4 CONCLUSIE	30
HOOFDSTUK 3 WANNEER EN HOE KAN PROPORTIONELE AANSPRAKELIJKHEID TOEGEPAST WORDEN?	32
§3.1 WANNEER IS PROPORTIONELE AANSPRAKELIJKHEID VAN TOEPASSING?	32
§3.1.1 AANSPRAKELIJKHEID VAN DE WERKGEVER	32
§3.1.2 ONZEKER CAUSAAL VERBAND	34
§3.1.3 MEERDERE OORZAKEN	35
§3.2 TOEPASSING VAN DE PROPORTIONELE AANSPRAKELIJKHEID	35
§3.2.1 ONZEKER CAUSAAL VERBAND	35
§3.2.2 IN WAT VOOR GEVALLEN KOMT ONZEKER CAUSAAL VERBAND VOOR?	37
§3.2.3 WAT ZIJN DE KNELPUNTEN VAN HET TOEPASSEN VAN PROPORTIONELE AANSPRAKELIJKHEID?	38
§3.3 IN WELKE GEVALLEN IS PROPORTIONELE AANSPRAKELIJKHEID BIJ DE WERKGEVER NIET TE GEBRUIKEN?	40
§3.4 WAT IS DISCUTABEL?	41
§3.5 VORMEN VAN PROPORTIONEEL AANSPRAKELIJK STELLEN	44
§3.6 CONCLUSIE	45
HOOFDSTUK 4 CONCLUSIE EN AANBEVELINGEN	47
LITERATUURLIJST	50

Inleiding

Sinds 31 maart 2006 is proportionele aansprakelijkheid geaccepteerd door de Hoge Raad. In het arrest Nefalit/ Karamus werd hierover beslist.¹ De gevolgen van het accepteren van proportionele aansprakelijkheid zijn nog niet bekend.

Naar aanleiding van het artikel van C.J.M. Klaassen ben ik verder onderzoek gaan doen naar dit onderwerp.² Het onderzoek is toegespitst op werkgeversaansprakelijkheid. Werknemers die letselschade hebben opgelopen op de werkvloer. Ten eerste zal uitgelegd worden wat het doel en de grenzen van werkgeversaansprakelijkheid zijn. Ten tweede zal toegelicht worden wat proportionele aansprakelijkheid inhoudt. Tot slot zal het verband tussen proportionele aansprakelijkheid en werkgeversaansprakelijkheid nader toegelicht worden.

DOEL VAN WERKGEVERSAANSPRAKELIJKHEID KRACHTENS ART. 7:658 BW

Met werkgeversaansprakelijkheid (art. 7:658 BW) heeft men de werkgever een zorgplicht opgedragen. De werkgever wordt hiermee verplicht tot het nemen van veiligheidsmaatregelen. Het doel van werkgeversaansprakelijkheid is de veiligheid van de werknemer waarborgen.³ Verondersteld wordt dat de werkgever bekend is met de gevaren waarvoor hij maatregelen zou moeten treffen. Zijn er risico's die de werkgever niet kende of behoorde te kennen dan kunnen deze risico's niet leiden tot aansprakelijkheidstelling.⁴

WAT HOUDT PROPORTIONELE AANSPRAKELIJKHEID IN?

Sinds 31 maart 2006 wordt er door de Hoge Raad proportionele aansprakelijkheid geaccepteerd. In de zaak Nefalit/Karamus werd de werkgever gedeeltelijk aansprakelijk gesteld voor het inademen van asbest door zijn werknemer. De werkgever werd aansprakelijk gesteld voor het percentage van de schade die overeenkomt met de omvang van de kans dat de schade het gevolg is van de aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis. Dat houdt in dat de kans dat de schade door deze gebeurtenis is veroorzaakt, beslissend is voor de omvang van de

¹ HR 31 maart 2006, RvdW 2006, 328.

² C.J.M. Klaassen, 'Proportionele aansprakelijkheid: een goede of kwade kans', *NJB* 2007, 22.

³ H.L. Bakels, *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2007, pag. 111.

⁴ S.D. Lindenbergh, *Arbeidsongevallen en beroepsziekten*, Deventer: Tjeenk Willink 2000, pag. 36.

aansprakelijkheid en de vergoedingsplicht.⁵ Proportionele aansprakelijkheid houdt in dat de werkgever voor een gedeelte aansprakelijk gesteld kan worden en dus voor een gedeelte schadevergoeding hoeft te betalen. De Hoge Raad heeft dit op 31 maart 2006 voor het eerst geaccepteerd. Een belangrijk punt hierbij is causaal verband. Met causaal verband wordt het verband tussen de gebeurtenis en de opgelopen schade aangegeven.

Met het toekennen van proportionele aansprakelijkheid wordt er afgeweken van het traditionele “alles of niets” systeem. Bij proportionele aansprakelijkheid hoeft men niet met lege handen naar huis. Het causaliteitsvereiste is hierdoor minder zwart/ wit geworden. Het gaat om gevallen waarbij het causale verband onzeker is. Een precies percentage waarbij causaal verband onzeker is, is nog niet te geven. In ieder geval bij meer dan 50%. Het zou onredelijk zijn de causaliteitsonzekerheid af te wentelen op een der partijen.⁶ Proportionele aansprakelijkheid biedt een alternatief.

Er zijn ook een aantal bezwaren geuit tegen het aannemen van proportionele aansprakelijkheid. Ten eerste zou proportionele aansprakelijkheid het begrip causaal verband aantasten. Ten tweede is er een redelijke kans dat het ene slachtoffer te veel krijgt en het andere te weinig omdat de schade moeilijk te meten is. Ten derde verloopt de communicatie tussen de jurist en medische deskundige niet altijd even vlot. Vaak hebben zij tegengestelde belangen en begrijpen elkaar daardoor niet.

DE CENTRALE ONDERZOEKSVRAAG

Is de toepassing van proportionele aansprakelijkheid juist een bescherming voor de werknemer of niet? Komt toepassing van proportionele aansprakelijkheid ten goede of ten laste van de werknemer?

Proportionele aansprakelijkheid maakt een verschil waar het vroeger niet was. Toen proportionele aansprakelijkheid nog niet werd toegepast was er alleen het “alles-of-niets” systeem. Een werkgever werd geheel of niet aansprakelijk gesteld er was geen middenweg.

⁵ D. Zivkovic, ‘Proportionele aansprakelijkheid voor de blootstelling aan sigarettenrook op de werkplek’, *TvP* 2007-2.

⁶ A.J. Akkermans, M. Faure & T. Hartlief, *Proportionele aansprakelijkheid*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000.

Met het oog op deze problematiek ben ik tot de volgende centrale onderzoeksvraag gekomen:

“In hoeverre draagt proportionele aansprakelijkheid bij aan het doel van werkgeversaansprakelijkheid, wanneer de werknemer letselschade heeft opgelopen op de werkvloer?”

Hoofdstuk 1 Werkgeversaansprakelijkheid

In dit hoofdstuk zullen het doel, de problemen en de grenzen van werkgeversaansprakelijkheid besproken worden. Aan de hand daarvan zal verder onderzoek worden gedaan naar schadevergoeding met betrekking tot proportionele aansprakelijkheid. Ook zal de omkeringsregel aan bod komen. Tot slot zal ik tot de conclusie komen waar de grens ligt tussen eigen verantwoordelijkheid van de werknemer en aansprakelijkheid van de werkgever. Om te weten of proportionele aansprakelijkheid een beperking of uitbreiding is van de werkgeversaansprakelijkheid, is het noodzakelijk de grenzen daarvan aan te geven.

§1.1 DOEL VAN AANSPRAKELIJKHEID

Alvorens de werkgeversaansprakelijkheid beschreven wordt, komt eerst aansprakelijkheid in zijn algemeen aan bod. Het is van belang te weten waarvoor aansprakelijkheid dient. Als dat helder is wordt daarna de werkgeversaansprakelijkheid besproken.

Het doel van het aansprakelijkheidsrecht is het waarborgen dat er niet onrechtmatig schade wordt toegebracht. Uitgangspunt is dat “ieder zijn eigen schade draagt”.⁷ In het aansprakelijkheidsrecht wordt er juist naar redenen gezocht om de schade op een ander te kunnen verhalen. Schadevergoeding krijgt men ter bescherming tegen aantasting van zijn rechten althans ter bescherming van zijn vermogen. Wordt er toch schade toegebracht dan is schadevergoeding een van belangrijkste mogelijkheden tot herstel daarvan.

Volgens T. Hartlief is het oorspronkelijke doel van het aansprakelijkheidsrecht het afkopen van het slachtoffer, zodat hij het heft niet meer in eigen hand zou nemen.⁸

Een effect van aansprakelijkstelling is dat wanneer voldoende zeker is dat slachtoffers een beroep kunnen doen op het aansprakelijkheidsrecht, de potentiële dader daar ook rekening mee kan houden. Op deze manier heeft het aansprakelijkheidsrecht een preventieve werking. De kerngedachte achter de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht is dat iemand die voor anderen risicodragend gedrag aan het licht wil brengen, moet beseffen dat hij geconfronteerd kan worden met de

⁷ T. Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade*, Deventer: Kluwer 1997, p. 11.

⁸ T. Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade*, Deventer: Kluwer 1997, p. 16.

consequenties van dat gedrag.⁹ Maar deze preventieve werking dreigt in het gedrang te komen als er sprake is van onzekerheid bij causaal verband. Het is dan niet met zekerheid aan te tonen dat de gebeurtenis ook de oorzaak is van de opgelopen schade en dan is het lastig een schadevergoeding toe te wijzen. Door het aannemen van proportionele aansprakelijkheid is het voortaan wel mogelijk de potentiële dader een rekening te presenteren. Voor het aannemen van proportionele aansprakelijkheid is namelijk geen 100% zekerheid over causaal verband nodig.

In de inleiding is uiteengezet wat het doel van werkgeversaansprakelijkheid is. Men heeft de werkgever een zorgplicht opgedragen waardoor hij verplicht wordt veiligheidsmaatregelen te nemen ten opzichte van de werknemer. De werkgever dient veiligheidsmaatregelen te treffen voor een voor hem kenbaar risico.

De grens tussen een kenbaar en niet kenbaar risico is lastig te trekken. Om hier enig inzicht in te krijgen zijn er wel regels geformuleerd. In Janssen/Nebafas staat de onderzoeksplicht van de werkgever geformuleerd bij het ontbreken van of onvoldoende uitgewerkt zijn van publiekrechtelijke veiligheidsnormen.¹⁰ Volgens dit arrest dient de werkgever in een procedure aan te geven in hoeverre hij zich tijdig heeft laten voorlichten en waarom een dergelijk onderzoek niet van hem geveerd kan worden.

§1.1.1 WAT VALT ER ONDER HET GEZAGSGEBIED EN INVLOEDSFEER VAN DE WERKGEVER?

Hoever reikt de aansprakelijkheid van de werkgever? Het aangeven van deze grens is van belang voor het antwoord op de onderzoeksvraag.

Ten eerste heeft de wetgever een bedoeling met art.7:658 BW gehad. Zoals in de inleiding beschreven is de bedoeling van het artikel het waarborgen van de veiligheid van de werknemer.¹¹ Het artikel is breed geformuleerd en de praktijk moet uitwijzen hoever deze aansprakelijkheid reikt. De aansprakelijkheid reikt tot arbeidsongevallen die plaatsvinden tijdens werktijd, op de werkvloer of tijdens het uitoefenen van de werkzaamheden. Het gaat dus duidelijk niet alleen om ongevallen die zich op de werkplek voordoen. Maar tot hoever reikt deze aansprakelijkheid dan wel? Dat wordt in deze paragraaf uiteengezet middels jurisprudentie. Dit is van belang omdat later in het onderzoek gekeken wordt naar mogelijkheden met betrekking tot proportionele

⁹ B.C.J. van Velthoven & P.W. van Wijck; 'Proportionele aansprakelijkheid vanuit ex ante perspectief', *AV&S* juni 2008, nr.3.

¹⁰ HR 6 april 1990, *NJ* 1990, 573.

¹¹ H.L. Bakels, *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2007, pag. 111.

aansprakelijkheid. En een van de vereisten om proportionele aansprakelijkheid toe te kunnen passen is de aanwezigheid van werkgeversaansprakelijkheid.

Ten tweede wat valt er buiten art. 7:658 BW en het gezagsveld van de werkgever? De uitspraak van de Hoge Raad in de zaak KLM/De Kuijer is van belang.¹² Een werknemer van de KLM heeft een vlucht naar de Ivoorkust uitgevoerd. Tussen deze en de volgende vlucht zaten een aantal dagen. Tijdens deze wachttijd is de piloot betrokken geraakt bij een verkeersongeval toen hij met de taxi onderweg was van zijn hotel naar een restaurant. De werknemer heeft een hooggeplaatste dwarslaesie opgelopen en naar Ivoriaans recht is de schade grotendeels onverhaalbaar. De werknemer vordert schadevergoeding, primair volgens art. 7:658 BW en subsidiair volgens art. 7:611 BW. Het Hof wijst de vordering volgens art. 7:611 BW toe omdat het een goed werkgever betaamt zijn werknemer te waarschuwen voor de risico's en een verzekering te laten afsluiten. Het Hof beslist dat de wachttijd van de piloot inherent is aan de werkzaamheden die de werknemer voor de werkgever verrichtte. Deze wachttijd is ontstaan door het dienstrooster dat zijn werkgever heeft samengesteld en met het oog op de veiligheid is het noodzakelijk dat piloten tussen vluchten door kunnen rusten. De werkgever faalt in deze zaak door geen ongevallenverzekering voor zijn werknemer af te sluiten, de verzekering aan te bieden of hem erop attenderen.

Aansprakelijkheid op grond van art. 7:658 BW wordt afgewezen, maar aansprakelijkheid op grond van art. 7:611 BW wordt toegewezen. Dus dit ongeval valt buiten de reikwijdte van art. 7:658 BW.

Mijns inziens is dit terecht. De wachttijd van de piloot moet men naar mijn idee als een pauze zien en niet als privé tijd. De wachttijd ontstaat immers door toedoen van de werkgever en de werknemer kan deze tijd niet helemaal naar eigen inzicht invullen. Aansprakelijkheid krachtens art. 7:658 BW gaat dan te ver maar aansprakelijkheid krachtens art. 7:611 BW is een mooie oplossing mijns inziens.

De rechtsregel van KLM/DeKuijer is ook te vinden in het vonnis over Martinair.¹³

¹² HR 18 maart 2005, *JAR* 2005, 100.

¹³ Rb. Alkmaar 25 januari 2006, *JAR* 2006, 43.

In 1999 is een arrest gewezen door de Hoge Raad waarbij de werkgever volledig aansprakelijkheid werd gesteld terwijl het ongeval thuis bij de werknemer plaatsvond.¹⁴ Hieronder wordt de casus kort toegelicht. Op de werknemer (sociaalpsychiatrisch werker) is thuis in zijn deuropening een aanslag gepleegd door een reclasseringscliënt, de werknemer is toen ongeveer veertig keer met een ijzeren hamer op het hoofd is geslagen. Zijn belager beschuldigde hem van ontucht, waarvoor de werknemer werd vrijgesproken. Uiteindelijk is de werknemer arbeidsongeschikt verklaard en betaalt de werkgever het resterende deel. In beginsel werd de werkgever niet aansprakelijk bevonden omdat het ongeval plaatsvond buiten de werkplek en zonder gebruikmaking van werktuigen van de werkgever.

Ook in dit geval voert een aansprakelijkheid krachtens art. 7:658 BW te ver. De werkgever kan niet aansprakelijk gesteld worden omdat hem verweten kan worden onvoldoende veiligheidsmaatregelen getroffen te hebben. De werkgever kan wel aangesproken worden krachtens art. 7:611 BW als er sprake is van een bij de werkgever kenbaar specifiek risico.

Na bestudering van deze arresten valt te concluderen dat voor aansprakelijkheid krachtens art. 7:658 BW een werkplek nodig is. Een werkplek hoeft dan geen kantoor te zijn. Bij een piloot is dat het vliegtuig en bij een wegwerker de weg. Maar het is wel van belang dat het ongeval plaatsvond op de werkplek die op de functie van de werknemer betrekking heeft. In KLM/DeKuijter was het duidelijk dat ten tijde van het ongeval de werknemer niet aan het werk was dus is een beroep op art. 7:658 BW niet redelijk. Een beroep op art. 7:611 BW is dan een redelijker oplossing. Dit geldt ook voor de arresten met betrekking tot stewardess en de sociaal werker.

Ten derde strekt werkgeversaansprakelijkheid zich soms ook uit tot verkeersongevallen. Dit is te zien in het arrest Vonk/Van der Hoeven.¹⁵ Het ging om een werknemer die in een door de werkgever ter beschikking gesteld busje naar de feitelijke werkplek reed. Er reden altijd een aantal collega's mee. Hij verloor de macht over het stuur waardoor er een ongeval plaatsvond. Alle inzittenden raakten ernstig gewond. Behalve Verhoeven kreeg iedereen de schade vergoed. De Hoge Raad stelde hierbij vast dat een werkgever aansprakelijk kan zijn voor de schade van de werknemer ook al is niet aan alle vereisten van art. 7:658 BW voldaan. Hiermee komt

¹⁴ HR 22 januari 1999, *NJ* 1999, 534.

¹⁵ HR 12 januari 2001, *NJ* 2001, 253.

een risicoaansprakelijkheid voor de werkgever met betrekking tot verkeersongevallen tijdens werktijd zeer dichtbij. Tot op heden is er sprake van een schuldaansprakelijkheid.¹⁶

In februari 2008 heeft de Hoge Raad helderheid gecreëerd over verkeersongevallen tijdens werktijd. In de eerste zaak gaat het om een manager die op weg is naar een werkgerelateerde bijeenkomst en bij een ongeluk betrokken raakt waarbij hij geen gordel aan heeft.¹⁷ Daardoor is er deels sprake van bewuste roekeloosheid. Hierbij is art. 7:658 BW niet aan de orde volgens de Hoge Raad omdat het een verkeersongeval betreft. Er is sprake van een situatie die zich buiten het gezichtsveld van de werkgever afspeelt. Deze regel is in december 2008 genuanceerd.¹⁸ De werkgever had in dit arrest wel voldaan aan de vereisten van art. 7:658 BW maar niet aan de vereisten van art. 7:611 BW. Het fietsen op de openbare weg om van patiënt naar patiënt te gaan valt niet onder het gezagsveld van de werkgever, maar wel onder de verzekeringsplicht.

Mijns inziens is dat terecht omdat de werkgever geen controle heeft over de situatie als de werknemer aan het autorijden of fietsen is. Van de werknemer mag mijns inziens verwacht worden dat hij dezelfde veiligheidsmaatregelen in acht neemt als wanneer hij privé bestuurder is en dat de consequenties voor rekening van de werknemer komen.

In de tweede zaak gaat het om een taxichauffeur die bij het oversteken van een onbewaakte spoorwegovergang werd aangereden door een trein.¹⁹ In dit arrest wordt beschreven dat een werkgever niet aansprakelijk is voor letselschade die de werknemer lijdt doordat deze in de uitoefening van zijn werkzaamheden een motorrijtuig bestuurt dat betrokken is bij een verkeersongeval.

Art. 7: 658 BW biedt geen absolute waarborg voor bescherming van de werknemer tegen het gevaar van arbeidsongevallen.²⁰ Dat blijkt uit voorgaand arrest. De taxichauffeur kreeg duidelijk een ongeluk tijdens de uitoefening van zijn werkzaamheden en kon zijn werkgever er niet voor aansprakelijk stellen. Terwijl bij verkeersongevallen art. 7:611 BW wel toegepast kan worden. Van de werkgever mag verwacht worden dat hij een juiste verzekering afsluit voor de werknemer.

¹⁶ H.L. Bakels, *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2007, pag. 113.

¹⁷ HR 1 februari 2008, *LJN* BB 6175.

¹⁸ HR 12 december 2008, *LJN* BD3129.

¹⁹ HR 1 februari 2008, *LJN* BB 4767.

²⁰ C.J.H. de Groot, 'Aansprakelijkheid van de werkgever voor schade van de werknemer op grond van art. 7:611 BW', *Arbeid Integraal* 2008/1, p. 111-122.

Het is van belang woon/werk verkeer duidelijk te scheiden van bovenstaande ongevallen. Bovenstaande ongevallen waren werk gerelateerd. In bovenstaande gevallen is het noodzakelijk dat de auto tijdens werktijd gebruikt wordt.

Wat betreft verkeersongevallen met betrekking tot woon-werkverkeer heeft de Hoge Raad dus uitgemaakt dat verkeersongevallen niet vallen binnen het bereik van art. 7:658 BW omdat verkeersongevallen niet voldoende werk gerelateerd zijn.²¹ In een recente zaak is wel art. 7: 611 BW van toepassing op woon/werkverkeer. Een werknemer nam de ambulance weleens mee naar huis om sneller op plaats van ongeval te kunnen zijn. Op weg naar een ongeval kreeg werknemer een ongeluk met de ambulance. Volgens de Hoge Raad gaat het vervoer in zoverre gepaard met de werkzaamheden dat de werkgever gehouden is een verzekering af te sluiten krachtens art.7:611 BW.²² Een doorslaggevende factor is of een werknemer door de werkgever is aangewezen zich op een bepaalde manier naar een bepaalde plek te verplaatsen.

Ten vierde zijn de grenzen met betrekking tot werkgeversaansprakelijkheid wat onduidelijk bij bedrijfsuitjes. Wat kan men verwachten van de werkgever als er een ongeval gebeurt tijdens een bedrijfsuitje?

Er wordt van de werkgever verwacht dat hij voor de werknemer in sommige gevallen een juiste verzekering afsluit en er op toeziet dat dit daadwerkelijk gebeurt. Dit gaat over een goed werkgeverschap krachtens art. 7:611 BW. Een voorbeeld hiervan is een uitspraak van de rechtbank over een bedrijfsuitje van KPMG.²³ Zij gingen een luchtballonvaart maken en tijdens de landing raakte een werkneemster arbeidsongeschikt. De rechtbank oordeelde dat de werkgever aansprakelijk was op grond van art. 7:611 BW. De werkgever had het uitje namelijk geheim gehouden en dus waren de werknemers min of meer verplicht deel te nemen aan deze risicovolle activiteit. Deze verzekeringsplicht geldt als er sprake is van een bepaalde mate van een functioneel verband en wanneer aan de werkzaamheden specifieke (van tevoren) kenbare risico's zijn verbonden.²⁴ Dit werd bijvoorbeeld niet aangenomen in de zaak waarin een werkgever zijn werknemer buiten werktijd in de gelegenheid stelt een ritje

²¹ HR 16 november 2001, *JAR* 2001, 260.

²² HR 19 december 2008, *LJN* BG7775.

²³ Rb. Amsterdam 07 april 2004, *JAR* 2004, 108.

²⁴ L.J. de Vroe, 'Art.7: 670 BW: een licht ontvlambare aansprakelijkheid voor de werkgever' *Arbeidsrecht* 2006-10, p. 9-14.

met de Hummer te maken.²⁵ Het is van belang of het een verplicht uitje betreft en of de activiteiten plaats vinden op de werkplek. Art. 7:611 BW lijkt zo een extra zorgplicht voor de werkgever waar art. 7:658 BW tekort schiet.

In een andere zaak met betrekking tot een bedrijfsuitje werd de werkgever ook aansprakelijk bevonden krachtens art. 7:611 BW en niet krachtens art. 7:658 BW.²⁶ De werknemers gingen tijdens het uitje dansen op rollerskates en wel in de marmeren hal van het kantoor. Een van de werkneemsters kwam ten val met als gevolg een gebroken pols dat uiteindelijk leidde tot arbeidsongeschiktheid.

Het Hof Amsterdam vond de werkgever niet aansprakelijk op grond van art. 7:658 BW, maar wel op grond van art. 7:611 BW. In het kader van art. 7:658 BW ontbreekt elk functioneel verband. Er is een onvoldoende nauwe band met de te verrichten werkzaamheden door de werkneemster en het rollerskaten tijdens een personeelsuitje op de werkvloer.

Volgens het Hof was de werkgever wel aansprakelijk op grond van art. 7:611 BW. De workshop was werk gerelateerd. En het betrof een activiteit waar van tevoren kenbare specifieke risico's aan verbonden zijn. Er zijn een aantal factoren die in deze zaak leiden tot aansprakelijkheidstelling van de werkgever op grond van art. 7:611 BW.

Ten eerste heeft het bedrijf dat ingehuurd is voor de workshop te weinig veiligheidsmaatregelen getroffen, ten tweede had de werkgever geen verzekering afgesloten en tot slot heeft de werkgever de werknemers er ook niet op gewezen dit te doen. Deze drie omstandigheden komen voor rekening van de werkgever op grond van art. 7:611 BW.

Is dit terecht? De activiteit vond immers plaats op de werkvloer weliswaar buiten werktijd. Daar komt bij dat de activiteit plaats vond binnen het gezagsveld van de werkgever en de werkgever had nog een instructiebevoegdheid. Voor dit soort situaties is art. 7:658 BW bedoeld zeker als de bedrijfsuitjes verplicht zijn gesteld. Dus het is hier mijns inziens niet terecht dat de werkgever aansprakelijk wordt gesteld op grond van art. 7:611 BW in plaats van art. 7:658 BW.

Het lijkt erop dat art. 7:658 BW opgerekt wordt, maar mijns inziens is art. 7:611 BW door de jaren heen belangrijker geworden. Er zit een duidelijk verschil in beide artikelen zoals T. van Nieuwstadt zegt. Daar sluit ik mij graag bij aan omdat art. 7:611

²⁵ Rb. Zwolle 14 maart 2007, *LJN* BA8968.

²⁶ Hof Amsterdam 30 oktober 2007, *JAR* 2008, 11.

BW meer gericht is op het goed verzekerd zijn als er iets gebeurt, middels dit artikel worden geen ongevallen voorkomen. Er wordt meer getracht de werknemer goed achter te laten als hem iets overkomt.

Deze nieuwe soort zorgplicht is meer gericht op het achteraf compenseren van de schade dan het voorkomen daarvan. Volgens T. van Nieuwstadt is dit 'een natuurlijk gevolg, van het feit dat de werkzaamheden van een werknemer niet meer zijn beperkt tot de vier muren van het kantoor of de fabriek'.²⁷ Deze gedachte sluit beter aan bij art. 7:611 BW dan bij art. 7:658 BW. Art. 7:611 BW leent zich voor het achteraf compenseren van letselschade.

Men zou dit kunnen zien als twee soorten aansprakelijkheidsregimes voor de werkgever. De oorzaak hiervan is dat het werk niet meer beperkt is tot de vier muren. Deze lacune kan opgevuld worden door gebruik te maken van art. 7:611 BW. Het is van belang dat er een strikt onderscheid wordt gemaakt tussen de arbeidsongevallen die onder art. 7:658 BW vallen en de arbeidsongevallen die onder art. 7:611 BW vallen.

Er dient gekeken te worden of het ongeval heeft plaatsgevonden binnen het gezagsgebied en de invloedssfeer van de werkgever. Door dit onderscheid zijn deze twee criteria goed naast elkaar te hanteren. Art. 7:611 BW moet gezien worden als een zelfstandig artikel. Dit artikel is niet bedoeld om op terug te vallen als een beroep op art. 7:658 BW niet slaagt. Art. 7:658 BW is een zorgplicht van de werkgever voor de veiligheid van de werknemers en art. 7:611 BW is voor goed werkgeverschap. Men zou kunnen stellen art. 7:658 BW specifiek is. De grens tussen deze twee artikelen staat omschreven in een uitspraak van het Hof Amsterdam²⁸ en het Hof 's Gravenhage.²⁹

Ten vijfde kunnen werknemers ook psychisch letsel oplopen, het voert te ver om hier uitgebreid op in te gaan maar het is wel de moeite waard het te benoemen. Met betrekking tot proportionele aansprakelijkheid is dit onderwerp wel van belang. Als een werknemer psychisch letsel heeft opgelopen kan hij ook gebruik maken van art.

²⁷ T. van Nieuwstadt, 'Werkgeversaansprakelijkheid voor ongevallen in het schemergebied tussen werk en prive: licht aan het einde van de (verkeers)tunnel?', *Arbeidsrecht* 2008, 19.

²⁸ Hof Amsterdam 6 juli 2006, *JAR* 2006, 128.

²⁹ Hof 's Gravenhage 27 april, *JAR* 2007, 208.

7:658 BW. Dat artikel is niet alleen in het leven geroepen voor fysieke schade.³⁰ Er dient wel sprake te zijn van causaal verband tussen de werkzaamheden en psychische schade. Dit is uitgemaakt in het arrest ABN AMRO/ Nieuwenhuys.³¹ Bij psychische schade kan men denken aan een burn-out en andere stress klachten.

Eind 2006 is er een uitspraak van de kantonrechter geweest met betrekking tot een burn-out.³² Werknemer moest op de gekste tijden klaarstaan voor zijn baas, zo ook midden in de nacht. De werknemer was een monteur in een broodfabriek. Vaak wordt bij een burn-out de schuld gegeven aan privé-omstandigheden. De rechter heeft geconstateerd dat de klachten niet persoonsgebonden zijn en niet veroorzaakt werden door privé-omstandigheden. Dit was de werknemer niet overkomen als hij niet bij deze werkgever had gewerkt.

Deze uitspaken zijn individueel en naar elk geval wordt opnieuw gekeken. Hier is dus nog geen vaste lijn die gevolgd wordt.

Mijns inziens is het terecht dat psychische schade ook tot art. 7:658 BW gerekend kan worden. Een werkgever kan naar mijn idee heel goed de oorzaak zijn van psychische klachten van de werknemer.

§1.1.2 WAT VALT ER ONDER DE EIGEN VERANTWOORDELIJKHEID VAN DE WERKNEMER?

Van de werknemer mag ook een bepaalde eigen verantwoordelijkheid verwacht worden. In deze paragraaf zal beschreven worden waaruit dat blijkt. Met name wordt eigen verantwoordelijkheid verwacht bij handelingen die buiten werktijd ook dagelijks voorkomen. Om de grens van de werkgeversaansprakelijkheid compleet te kunnen maken zal hieronder worden besproken welke gevallen onder de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer vallen.

Een belangrijke uitspraak van de Hoge Raad met betrekking tot de grenzen van werkgeversaansprakelijkheid is de uitspraak van het Broodmesarrest.³³ Deze uitspraak is belangrijk omdat sindsdien enige terughoudendheid is opgetreden met het aannemen van werkgeversaansprakelijkheid. In dit arrest staat beschreven dat de grens van de zorgplicht van de werkgever krachtens art. 7:658 BW ligt bij wat redelijkerwijs nodig is. Dit wil niet zeggen dat de lat voor de werkgever niet hoog ligt;

³⁰ M.S.A. Vegter, *Vergoeding van psychisch letsel door de werkgever* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Sdu 2005.

³¹ HR 11 maart 2005, *JAR* 2005, 84.

³² Ktr. Heerlen 13 december 2006, *LJN* AZ6276.

³³ HR 4 oktober 2002, *NJ* 2004, 175.

de werkgever dient een hoge mate van zorg te bieden. In deze zaak heeft de rechtbank besloten dat de werkgever niet is tekortgeschoten in zijn zorgplicht. Het betrof hier een bezigheid die ook regelmatig in de privésfeer verricht wordt. Werkneemster was broodjes aan het smeren en sneed zich daarbij in haar vinger. Zij stelde dat haar werkgever haar had moeten waarschuwen voor het scherpe mes. De Hoge Raad was het eens met de rechtbank. Deze uitspraak staat niet op zichzelf. Een zelfde soort beslissing werd gedaan in het Dakdekkerarrest³⁴, Koffievlekarrest³⁵ en het Chauffeursarrest.³⁶ Met deze arresten wordt de nadruk gelegd op de eigen verantwoordelijkheid van de werknemers. Er wordt wat meer oplettendheid van de werknemer verwacht. De werkgever hoeft de werknemer niet meer te behoeden voor ongelukken die ook in het dagelijks leven kunnen plaatsvinden.

Mijns inziens is het terecht dat er ook eigen verantwoordelijkheid van de werknemer verwacht wordt. Van een werknemer mag op het werk evenveel voorzichtigheid verwacht worden als thuis.

In sommige gevallen is er sprake van eigen schuld van de werknemer (art. 6:101 BW). Dit verweer van een werkgever zal maar zelden slagen omdat daar alleen sprake van is bij 'opzet' of 'bewuste roekeloosheid' door de werknemer.

Een voorbeeld hiervan geeft de Hoge Raad in 2006.³⁷ De werkgever is aansprakelijk voor verkeersboetes die de werknemer tijdens werktijd maakt, als de werknemer 10km of minder te hard heeft gereden. Men kan dan volgens de Hoge Raad niet spreken van bewuste roekeloosheid of opzet. Om dit te beoordelen wordt er rekening gehouden met een aantal punten.

Het gedrag van de werknemer dient altijd afgewogen te worden tegen de tekortkoming van de werkgever. De zorgplicht van de werkgever wordt aan objectieve normen getoetst terwijl voor de beoordeling van het gedrag van de werknemer subjectieve criteria gelden. Zo moet men rekening houden met leeftijd, ervaring, functie en opleidingsniveau.³⁸

³⁴ HR 16 mei 2003, *NJ* 2004, 176.

³⁵ HR 12 september 2003, *NJ* 2004, 177.

³⁶ HR 9 juli 2004, *LJN* AO8171.

³⁷ Hof Den Haag 12 mei 2006, *LJN* AX1690.

³⁸ H. Lebbing, 'Eigen schuld en werkgeversaansprakelijkheid', *PIV-Bulletin* 2005-2.

Kortom van de werknemer wordt een eigen verantwoordelijkheid verwacht als er handelingen verricht moeten worden die de werknemer ook in zijn eigen tijd verricht. Zoals bijvoorbeeld het snijden van broodjes, autorijden en het schoonmaken van een tafel.

§1.1.3 WELKE GEZONDHEIDSSCHADE KOMT VOOR REKENING VAN DE WERKGEVER?

In deze paragraaf komt aan bod welke gezondheidsschade voor rekening van de werkgever komt. Want hoe zit dat met schade die zich pas na een aantal jaar openbaart? Kan men de werkgever nog steeds aansprakelijk stellen ook al is causaal verband lastig aan te tonen?

Als een werknemer de werkgever aansprakelijk wil stellen voor geleden gezondheidsschade dan moet de schade voldoende gerelateerd zijn aan schadelijke factoren in het werksmilieu. Bij een bedrijfsongeval zal het causale verband tussen de schade en gebeurtenis zonder moeite aan te tonen zijn en is de werkgever makkelijker aansprakelijk te stellen.

Dit wordt een ander verhaal wanneer het gezondheidsschade betreft die zich pas na enige tijd openbaart. Een voorbeeld hiervan is longkanker door blootstelling aan asbest.³⁹ Door het tijdsverloop is causaal verband steeds moeilijker aan te tonen. Causaal verband bestaat uit het *conditio-sine-qua-non* verband, dit toont de relatie tussen de gestelde oorzaak en de uiteindelijke schade.⁴⁰

Dit is nodig om de werkgever aansprakelijk te kunnen stellen. In sommige gevallen is causaal verband onzeker en daardoor is er bij genoemd arrest proportionele aansprakelijkheid aangenomen. Anders zou de onzekerheid van het causale verband voor rekening van de gedupeerde komen. Door het aannemen van de proportionele aansprakelijkheid heeft de gedupeerde nog recht op een vergoeding van een gedeelte van zijn opgelopen schade. Door tijdsverloop spelen er ook 'gewone' levensrisico's mee. Een ander voorbeeld is het arrest over de DES dochters.⁴¹

Hieruit concludeer ik dat een werkgever aansprakelijk blijft voor gezondheidsschade wanneer deze zich dan ook openbaart. Zelfs al is het causale verband moeilijk aan te tonen dan komt dat zoals men hierboven kan lezen niet voor rekening van de werknemer maar deels voor de rekening van de werkgever. De werkgever is dan

³⁹ HR 31 maart 2006, *RvdW* 2006, 328.

⁴⁰ S.D. Lindenbergh e.a., *Schadevaststelling en de rol van de deskundige*, Deventer: Kluwer 2008, p. 6.

⁴¹ HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 535.

proportioneel aansprakelijk te stellen. In paragraaf twee zal dieper worden ingegaan op de causaliteit en werkgeversaansprakelijkheid.

§1.2 CAUSALITEIT EN WERKGEVERSAANSPRAKELIJKHEID

Dit onderzoek gaat over de vraag of proportionele aansprakelijkheid bijdraagt aan het doel van de werkgeversaansprakelijkheid. Het is van belang om te onderzoeken welke vereisten nodig zijn om proportionele aansprakelijkheid toe te passen. Zoals al besproken is er een aansprakelijkheid van de werkgever nodig. Maar er is nog een belangrijk vereiste. Om proportionele aansprakelijkheid toe te kunnen passen moet er sprake zijn van een onzeker causaal verband. Dat wordt in deze paragraaf besproken.

‘Volgens art. 150 Rv draagt de partij die zich beroept op rechtsgevolgen van de door haar gestelde feiten of rechten, de bewijslast van die feiten of rechten, tenzij uit een bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit’.⁴²

Indien causaal verband wordt betwist dient dit ook door gedupeerden bewezen te worden. Hierop is een uitzondering gemaakt, in beginsel bij schending van verkeers- en veiligheidsnormen. Sinds 1 april 1997 is het aan de werkgever om feiten te stellen en zo nodig bewijzen waaruit valt af te leiden dat zij jegens de werknemer aan haar zorgplicht heeft voldaan, dit is gecodificeerd in art. 7: 658 lid 2 BW. Het gaat soms om schade waarvan causaal verband moeilijk aan te tonen is omdat het al een tijd geleden is. In het arrest Unilever/Dikmans is er gebruik gemaakt van de omkeringsregel met betrekking tot werkgeversaansprakelijkheid.⁴³ Het gaat hier om een werknemer die sinds 1964 in dienst is bij Unilever. In 1984 gaat hij de WAO in na diverse malen ziek te zijn geweest. Werknemer stelt dat de oorzaak is gelegen bij het feit dat Unilever zich niet aan zijn zorgplicht heeft gehouden krachtens art. 7:658 BW. Het is niet voldoende dat de werknemer stelt en zodoende bewijst dat hij is blootgesteld aan gevaarlijke stoffen hij dient ook te stellen en indien nodig aannemelijk te maken dat hij lijdt aan een ziekte en/ of gezondheidsklachten waarvan de oorzaak is het blootstellen aan deze gevaarlijke stoffen. Met andere woorden de

⁴² A.J. Akkermans, *De omkeringsregel bij het bewijs van causaal verband*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, p. 7.

⁴³ HR 17 november 2000, NJ 2001, 92.

werkgever dient aan te tonen dat hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan. Deze uitspraak is genuanceerd in Havermans/Luyckx.⁴⁴

De eerste keer dat de omkeringsregel werd toegepast in de sfeer van werkgeversaansprakelijkheid voor een onveilige werkomgeving is in de uitspraak Windmill/ Roelofsen.⁴⁵ In dit arrest stond de vraag centraal wie de bewijslast had met betrekking tot het causale verband tussen het ontbreken van de wettelijk verplichte trapleuning en het ongeval. De Hoge Raad oordeelde hierin als volgt 'het op de weg van Windmill zou hebben gelegen om te stellen en aan te tonen dat het aanwezig zijn van een leuning het ongeval waarschijnlijk niet zou hebben voorkomen'.

Deze regel is bevestigd door een aantal andere arresten, deze arresten zijn niet toegespitst op werkgeversaansprakelijkheid. De Hoge Raad heeft een aantal uitspraken hierover gedaan in november 2002. In bijvoorbeeld de uitspraak van de Hoge Raad in de zaak Kastelijn/Achtkarspelen⁴⁶ en TFS/NS.⁴⁷ De omkeringsregel is niet altijd toepasbaar. Als de toedracht van het ongeluk niet is komen vast te staan⁴⁸ of als het niet aannemelijk is gemaakt dat de gestelde schade het gevolg is van de onrechtmatige daad.⁴⁹

§1.3 CONCLUSIE

Werkgeversaansprakelijkheid houdt in dat de werkgever een zorgplicht heeft om de veiligheid van de werknemers te waarborgen. Dit staat in art. 7:658 BW. Dat bakent zich af tot ongevallen die zich voordoen tijdens werktijd en ongevallen waar de werkgever zeggenschap over de situatie had.

Deze aansprakelijkheid heeft ook zo zijn grenzen. In de uitspraak van KLM/DeKuijter komt naar voren dat de werkgever niet krachtens art. 7: 658 BW aansprakelijk is voor ongevallen die plaatsvinden tijdens de tijd tussen twee vluchten. Er kan wel een beroep op art. 7:611 BW gedaan worden.

In paragraaf 1.1.3 werd er nog de afbakening gemaakt wanneer van de werknemer eigen verantwoordelijkheid verwacht mag worden. Dat geldt voor handelingen die ook in het privé leven voorkomen. Zoals men kon zien in het Broodjes smeren, Chauffeurs en Dakdekkers arrest.

⁴⁴ HR 23 juni 2006, *NJ* 2006, 354.

⁴⁵ HR 21 juni 1974, *NJ* 1974, 453.

⁴⁶ HR 29 november 2002, *RvdW* 2002, 191.

⁴⁷ HR 29 november 2002, *RvdW* 2002, 190.

⁴⁸ HR 29 november 2002, *RvdW* 2002, 191.

⁴⁹ HR 29 november 2002, *RvdW* 2002, 190.

Met betrekking tot de bewijslast kan men concluderen dat de werknemer beschermd is. Zoals in dit hoofdstuk beschreven is heeft de werknemer niet de volledige bewijslast als causaal verband onzeker is. Dan kan er gebruik gemaakt worden van de omkeringsregel.

Nu de grenzen van de werkgeversaansprakelijkheid duidelijk zijn gaan we in hoofdstuk twee de proportionele aansprakelijkheid nader bespreken.

Hoofdstuk 2 Proportionele aansprakelijkheid

In dit hoofdstuk zal onderzoek gedaan worden naar de schadevergoeding. In verband met proportionele aansprakelijkheid is het van belang te weten hoe schade vastgesteld wordt. Ten eerste zal er een korte toelichting worden gegeven over het doel van schadevergoeding. Ten tweede zal proportionele aansprakelijkheid aan bod komen met betrekking tot causaal verband. De grenzen van de kansen en risico's zullen besproken worden. Arbeidsongevallen waarvan blijkt dat die buiten de aansprakelijkheid van de werkgever vallen zal ik in het kader van het onderzoek niet gebruiken. In het kader van de aansprakelijkheid zal ik aangeven voor welke schadesoorten een werkgever aansprakelijk gesteld kan worden.

Ten derde zal de rol van de medische deskundige aan de orde komen. Het is belangrijk dat helder is wat precies de rol van de medische deskundige is in een proces.

Tot slot zal ik een conclusie schrijven over de bevindingen van dit hoofdstuk met betrekking tot proportionele aansprakelijkheid.

§2.1 DOEL VAN SCHADEVERGOEDING

Net zoals het doel van aansprakelijkheid is het doel van schadevergoeding van belang voor deze scriptie. Werknemers stellen de werkgever aansprakelijk om een schadevergoeding te krijgen. Dan is het belangrijk om de beginselen van het schadevergoedingsrecht te beschrijven.

Het schadevergoedingsrecht bestaat ook voor een deel uit regels van het aansprakelijkheidsrecht. Het doel van aansprakelijkheidsrecht is het waarborgen dat er niet onrechtmatig schade wordt toegebracht. Wordt er toch schade toegebracht dan is schadevergoeding één van de belangrijkste mogelijkheden tot herstel daarvan. Het hoofddoel van schadevergoeding is het herstellen van de situatie zoals die was voordat er schade was toegebracht. Er wordt getracht de benadeelde zoveel mogelijk in de positie te brengen als waar hij stond voordat door hem schade was geleden.

Het beginsel van het aansprakelijkheidsrecht is dat ieder zijn eigen schade draagt.⁵⁰

⁵⁰ T. Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade*, Deventer: Kluwer 1997, p. 11.

Over het algemeen wordt er schade vergoed door middel van geld. Er zijn ook enkele andere manieren. Men kan hierbij denken aan preventie, straf, genoegdoening en ongedaanmaking van verrijking.

Een normschending kan de oorzaak zijn van zeer groot nadeel. De veroorzaker van schade hoeft slechts op te komen voor dat gedeelte van de schade dat hem in redelijkheid kan worden toegerekend.

Verkregen voordelen horen hier niet bij. Stel dat een werknemer na een arbeidsongeval niet meer kan werken dan mag dit zogenaamde voordeel niet bij de schadevergoeding gerekend worden.

Het verlies van een kans kan men ook als schade zien, dit ligt op de grens van het begrip schade en het bewijs van causaal verband. Dit kan men zien als een invulling van het begrip schade maar ook als een causaliteitskwestie. Dat er plaats is voor proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband is wel duidelijk. Het gaat alleen nog om de vraag in welke gevallen en op welke wijze men hiermee dient om te gaan, enige terughoudendheid is wel gewenst.

Kortom het doel van schadevergoeding is het herstellen van een situatie waarbij een derde schade heeft opgelopen. De benadeelde in de positie brengen waarin hij verkeerde voordat hem schade werd toegebracht.

§2.2 PROPORTIONELE AANSPRAKELIJKHEID EN CAUSAAL VERBAND

In deze paragraaf wordt uitgelegd wanneer proportionele aansprakelijkheid toegepast kan worden. Vooral komt aan de orde wat proportionele aansprakelijkheid precies inhoud.

Proportionele aansprakelijkheid werd voor de eerste keer aangenomen op 31 maart 2006.⁵¹ In dit arrest werd werkgever Nefalit proportioneel aansprakelijk gehouden voor het feit dat Karamus longkanker heeft gekregen. Dat wil zeggen dat aansprakelijkheid wordt aangenomen voor een percentage dat overeenkomt met de omvang van de kans dat de schade het gevolg is van de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis. De kans dat de schade door deze gebeurtenis is veroorzaakt, is dus beslissend voor de omvang van de aansprakelijkheid en de vergoedingsplicht.⁵² Kanker heeft een langzaam ontwikkelingsproces.

⁵¹ HR 31 maart 2006, *RvdW* 2006, 328.

⁵² D. Zivkovic, 'Proportionele aansprakelijkheid voor de blootstelling aan sigarettenrook op de werkplek' *TVP* 2007, 2.

Dus belangrijkst is, als de toenmalige werkgever gevonden is, bewijs leveren dat er sprake is van een oorzakelijk verband tussen de gedragingen van de werkgever en de geleden schade.⁵³

§2.2.1 *PROPORTIONELE AANSPRAKELIJKHEID*

Proportionele aansprakelijkheid kan toegepast worden als er voldaan is aan een aantal vereisten. Het toepassen van proportionele aansprakelijkheid brengt mijns inziens een aantal voordelen met zich mee die hieronder aan bod komen.

Proportionele aansprakelijkheid ondervangt één van de essentiële eisen voor aansprakelijkheid: het *condicio-sine-qua-non* verband.

Ten tijde van het ‘alles-of-niets’ systeem stond de eiser die het causale verband niet kon bewijzen met lege handen. Terwijl het toch onredelijk is om een van de partijen op te zadelen met de causaliteitsonzekerheid. Dan is de proportionele benadering een mooi alternatief. Of proportionele aansprakelijkheid een goed alternatief is moet in de praktijk nog blijken en hangt veelal af van de manier waarop het toegepast zal worden. In *Nefalit/Karamus* werd er aan de hand van een deskundige een standpunt ingenomen. De rol van de deskundige is belangrijk omdat aan de hand van zijn oordeel een bepaalde mate van aansprakelijkheid wordt vastgesteld en daarmee de hoogte van de vergoedingsplicht.⁵⁴ Peeperkorn is tegen deze methode omdat de uitslag van een deskundige maar een schatting is. Een eventuele oplossing daarvoor zou kunnen zijn om meerdere deskundigen voor een zaak in te schakelen zodat het oordeel objectiever zal zijn.

§2.2.2 *SCHAIER/DE SCHELDE & NEFALIT/KARAMUS EN HET VERSCHIL*

Het toepassen van proportionele aansprakelijkheid heeft niet alleen maar voordelen er zitten ook nadelen aan het systeem.

Een belangrijk nadeel aan dat systeem is: Wanneer is een oorzakelijk verband voldoende aannemelijk om het bewezen te achten? Waar ligt de grens? Daar is geen algemene maatstaf voor gecreëerd. En als er wel een maatstaf zou zijn is het nog moeilijk te rechtvaardigen waarom de ene persoon die grens net wel haalt en de ander net niet.

⁵³ J.S. Kortmann, ‘Karamus/Nefalit: proportionele aansprakelijkheid’, *NJB* 2006/26.

⁵⁴ HR 31 maart 2006, *RvdW* 2006, 328.

Dus in gevallen waarbij het oorzakelijk verband onzeker is leidt de ‘alles-of-niets’ benadering tot over of ondercompensatie. Enkele voorstanders van proportionele aansprakelijkheid zijn Faure, Hartkamp, Frenk, Van en Akkermans samen met de lagere rechtspraak.⁵⁵

Een voorbeeld hiervan is een uitspraak uit 1999 van het kantongerecht uit Middelburg.⁵⁶ De kantonrechter kreeg te maken met een lastige causaliteitsvraag. Schaier beweerde dat zijn longkanker veroorzaakt is door blootstelling aan asbest. De kantonrechter liet dit onderzoeken door een drietal deskundigen. Die kwamen tot het oordeel dat het medisch onmogelijk is longkanker te onderscheiden van longkanker veroorzaakt door asbestvezels, te onderscheiden van longkanker veroorzaakt door het gevolg zijn van roken. Een combinatie hiervan veroorzaakt het ontstaan van longkanker. Door middel van een berekening kan men kijken voor welk percentage een werkgever aansprakelijk is. Dit wordt berekend aan de hand van vezeljaren, aan de hand daarvan kan men berekenen in hoeverre de blootstelling aan asbest het risico op longkanker heeft verhoogd. In dit geval werd de blootstelling geschat op 35 vezeljaren. Ieder vezeljaar verhoogt de kans op longkanker met 1%. Het kansaandeel van Schaier komt hiermee op $(35/135=)$ 26%. Het percentage van 26% is gebaseerd op het feit dat 100 mensen zonder asbestverleden longkanker zouden krijgen en 135 met het asbestverleden van Schaier. De kans dat de longkanker voor Schaiers eigen rekening blijft is 74% en daarmee werd de vordering afgewezen.⁵⁷

In het traditionele ‘alles-of-niets’ systeem was Schaier er nooit in geslaagd dit causale verband te bewijzen.

De kantonrechter vond het juridisch redelijk om beide factoren als oorzaak aan te merken voor het ontstaan van longkanker. Aan de hand van art. 6:101BW is de kantonrechter tot een verdeling gekomen. De Schelde werd aansprakelijk gehouden voor zijn theoretische deel van 26%. Eenzelfde redenering werd toegepast bij Karamus/Nefalit, Nefalit werd ook aansprakelijk gesteld voor zijn kansaandeel, dat kwam op 55%. Ook dit arrest werd gewezen met behulp van art. 6:101BW.

De groep waar Schaier en Karamus mee vergeleken worden zijn rokers. De methode gaat uit van een basisgroep wier verleden zoveel mogelijk overeenkomt met de gelaedeerde. De basisgroep vormt 100% en daar wordt de risico-verhoging bij

⁵⁵ A.J. Akkermans e.a., *Proportionele aansprakelijkheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.

⁵⁶ Ktr. Middelburg 1 februari 1999, *NJ* 1999, 683.

⁵⁷ J.S. Kortmann, ‘Karamus/Nefalit: proportionele aansprakelijkheid’ *NJB* 2006/26.

opgeteld. Uit een onderzoeksrapport van de Gezondheidsraad blijkt namelijk dat het risico op longkanker door niet rokers 3% per vezeljaar betreft.

Dus het rookverleden van de eisers wordt wel degelijk meegewogen in het oordeel van de rechter. Nefalit was namelijk in cassatie gegaan omdat hij van mening was dat er geen rekening was gehouden met het rookverleden van Karamus. Dat is dus wel degelijk gebeurt. Nefalit was ook van mening dat hij ten onrechte proportioneel aansprakelijk werd gehouden. Art. 6:101BW kon niet van toepassing zijn omdat daarmee wordt aangetoond dat gedaagde de schade van de eiser heeft veroorzaakt maar omdat het onmogelijk is om aan longkanker een oorzakelijk verband te geven zou dat artikel niet opgaan. Nefalit was ook van mening dat het in die tijd niet bekend was dat asbest zo slecht voor de gezondheid was en daarom niet van hem kan worden verwacht de juiste veiligheidsmaatregelen te nemen. De Hoge Raad is het hier niet mee eens omdat de werkgever ook aansprakelijk is voor gevolgen van destijds nog onbekende gevaren. Mijns inziens voert dat erg ver. Van de werkgever wordt verwacht dat hij allerlei veiligheidsmaatregelen treft om zijn zorgplicht krachtens art. 7:658 BW na te komen. Maar dat moet dan wel redelijk zijn en dat is mijns inziens niet het geval als de gevaren niet eens bekend zijn. Als op dat moment de gevaren onbekend zijn voor iedereen voert het wel erg ver om toch van de werkgever bepaalde veiligheidsmaatregelen te verwachten.

‘Als vaststaat dat de werkgever niet al die veiligheidsmaatregelen heeft getroffen welke waren vereist met het oog op de aan het werken met asbest verbonden bekende gevaren en het nalaten de kans op het zich verwezenlijken van destijds nog onbekende gevaren aanzienlijk heeft verhoogd, de werkgever ook voor de gevolgen daarvan aansprakelijk is.’⁵⁸

In het artikel van Schothorst-Gransier staat beschreven dat de Hoge Raad de ‘alles-of-niets’ benadering voor zowel de werkgever als de werknemer niet redelijk acht. De werkgever is aansprakelijk min het gedeelte dat voor eigen schuld van de werknemer komt. Voorbeelden hiervan zijn: roken, genetische aanleg, veroudering of van buiten komende oorzaken.

Kortom de kantonrechter heeft met deze uitspraak bewezen dat proportionele aansprakelijkheid een rechtvaardigere beslissing tot stand brengt dan de ‘alles-of-

⁵⁸ E.J.P. Schothorst-Gransier, ‘Proportionele aansprakelijkheid bij asbestgerelateerde longkanker’, *Bedrijfsjuridische berichten* 2006, 11.

niets' benadering. De werknemer had causaal verband zonder hulp van de deskundige nooit kunnen aantonen.

Het verschil tussen de uitspraak van de Hoge Raad en de kantonrechter uit Middelburg zit hem in de grondslag. De kantonrechter heeft zijn uitspraak gebaseerd op art. 6:101 BW terwijl de uitspraak van de Hoge Raad gebaseerd is op art. 6:101 BW en art. 6:99 BW. Deze artikelen zijn niet direct toegepast omdat deze artikelen causaal verband al aanwezig achten. Door beide artikelen indirect toe te passen voorkomt de Hoge Raad moeilijkheden op een drietal punten. Schothorst noemt als eerste punt dat de causale relatie tussen asbest, roken en longkanker niet helemaal bij art. 6:101 BW past. Bij dit artikel gaat het namelijk niet om de afweging van mogelijke oorzaken maar om de afweging van vastgestelde mede-oorzaken.

Ten tweede sluit deze gedachtegang ook niet helemaal aan bij art. 6:99 BW met betrekking tot de alternatieve causaliteit.

Ten derde betreft het de beperking van het eigen schuld verweer in art. 7:658 BW. In dit artikel speelt eigen schuld pas een rol als er sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid. Maar roken is geen onvoorzichtigheid van de werknemer op de werkvloer maar juist een gedraging in de privé-sfeer van de werknemer. En zover strekt de aansprakelijkheid van de werkgever niet.⁵⁹

Dus de uitspraak van de Hoge Raad is genuanceerder dan die van de kantonrechter. De uitspraak van de Hoge Raad is gebaseerd op meerdere artikelen waardoor er eventuele moeilijkheden voorkomen worden.

§2.2.3 FORMULERING VAN DE RECHTSREGEL DOOR DE HOGE RAAD IN NEFALIT/KARAMUS

De Hoge Raad heeft een rechtsregel geformuleerd maar in hoeverre is deze op andere zaken toepasbaar?

Het wordt namelijk lastig als er meerdere gedaagden zijn. Dan gaat de regel niet meer op van gedaagde is voor 55% aansprakelijk dus eiser voor de rest.

In de rechtsregel van de Hoge Raad staat hierover niets vermeld, terwijl het bijna onmogelijk is dat de Hoge Raad dat niet meegenomen heeft in zijn beslissing.⁶⁰ De

⁵⁹ A.J. Akkermans, 'Proportionele schadevergoeding bij longkanker door asbest en/of roken, VR 1999, p.193-195.

⁶⁰ J.S. Kortmann, 'Karamus/Nefalit:proportionele aansprakelijkheid?', *NJB* 2006-26, p. 1404-1413.

kans is namelijk groter dat er meerdere gedaagden zijn in dit soort zaken dan maar een. De meeste werknemers werken voor meer dan een baas in het werkzame leven. Het lijkt er zo op dat de Hoge Raad bewust heeft gekozen voor een stelsel waarin de gedaagde niet proportioneel aansprakelijk is maar voor de gehele schade min het theoretische aandeel van de eiser. Mijns inziens kan men daaruit afleiden dat de Hoge Raad de positie van de werknemer wil versterken. Een werknemer krijgt zo meer vergoed dan wanneer er sprake zou zijn van een aansprakelijkheid naar redelijkheid in plaats van een gedeeltelijke aansprakelijkheid.⁶¹ Toepassing van proportionele aansprakelijkheid zou leiden tot heel andere oplossingen. Bijvoorbeeld in het geval van Nefalit zou hij nog maar aansprakelijk zijn voor de helft en de overige 27,5% is voor de concurrent. Mocht men de formulering van de Hoge Raad volgen dan zou Nefalit voor een deel van 55% aansprakelijk blijven en de concurrent voor eenzelfde deel. Dit zou niet eerlijk zijn omdat ieder dan aansprakelijk wordt gesteld voor het dubbele dan zijn theoretische aandeel.

Toch zitten er niet alleen nadelen aan deze regel die de Hoge Raad heeft geformuleerd want het Engelse House of Lords heeft wel proportionele aansprakelijkheid geaccepteerd.⁶² Daar komt het probleem voor dat een werknemer zijn werkgever aansprakelijk wil stellen maar niet alle werkgevers vindbaar zijn. De rechtsregel die de Hoge Raad geformuleerd heeft kent dit probleem niet.

De art. 6:99 BW en art. 6:101 BW houden in dat de onrechtmatig handelende veroorzakers hoofdelijk aansprakelijk voor hen eigen “proportionele” aandeel. Alleen in het geval dat alle mogelijke veroorzakers onvindbaar zijn of over onvoldoende vermogen beschikken, staat de Nederlandse werknemer met lege handen.

Een nadeel aan dit alternatief van de Hoge Raad is dat de gedaagde aansprakelijk wordt gehouden voor meer dan zijn theoretische aandeel.

Hieruit concludeer ik dat deze geformuleerde rechtsregel in het voordeel van de werknemer is. De werknemer staat niet snel met lege handen en het is niet noodzakelijk dat alle mogelijke veroorzakers worden opgespoord om tot een maximale schadevergoeding te kunnen komen. Een vergelijkbare situatie is die van de DES-dochters.⁶³ De producenten waren ook hoofdelijk aansprakelijk. In deze gevallen draagt de gedaagde het risico dat de regresvordering op niets uitloopt.

⁶¹ A.J. Akkermans e.a., *Proportionele aansprakelijkheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.

⁶² Barker v. Corus UKHL 20, nr. 49.

⁶³ HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 535

Voor werknemers die niet roken is de omkeringsregel, besproken in hoofdstuk 1, van toepassing omdat het causaal verband een stuk minder onzeker is. Roken als oorzaak van longkanker is dan uitgesloten.

§2.3 HOE BEOORDEELT DE RECHTER SCHADE WANNEER ER EEN OORDEEL VAN EEN DESKUNDIGE LIGT?

Zoals in de inleiding beschreven is een van de bezwaren tegen proportionele aansprakelijkheid de communicatie tussen juristen en medische deskundigen. De communicatie verloopt niet altijd even vlot door de tegengestelde belangen die partijen hebben. Dit stuk heeft niet direct raakvlakken met de onderzoeksvraag maar om meer inzicht te krijgen in de praktijk vind ik het van belang dit te beschrijven. Mijns inziens is het belangrijk hetgeen onderzocht wordt ook in de praktijk toegepast kan worden.

Daarom is het wel van belang voor de werknemer dat deze twee partijen kunnen samenwerken. De mogelijkheid om proportionele aansprakelijkheid toe te passen in de praktijk wordt hierdoor bemoeilijkt. Om wat meer inzicht in de praktijk te krijgen is hieronder beschreven hoe de medisch deskundige en jurist met elkaar omgaan.

Wat is de rol van de medisch-deskundige? De rol van de medische deskundige is vaak doorslaggevend: het advies dat zij de rechter geven bepaalt in belangrijke mate of betrokkene een uitkering of schadevergoeding krijgt. Betrokkenen zien de medische deskundigen als boosdoener en spannen daarom steeds vaker een procedure tegen ze aan. De medische deskundigen zijn zowel tuchtrechtelijk als civielrechtelijk aansprakelijk te stellen. Hier zal de civielrechtelijke aansprakelijkheid besproken worden. Een arts is krachtens de WGBO civielrechtelijk aansprakelijk te stellen, wanneer hij tijdens het uitvoeren van zijn werkzaamheden zich niet gedraagt naar de regels van een goede hulpverlener.

Een voorwaarde om een medisch deskundige civielrechtelijk aansprakelijk te kunnen stellen is dat er schade is geleden. Een inhoudelijk ondeugdelijk rapport heeft voor betrokkene vaak vervelende consequenties maar dat leidt in de meeste gevallen niet of in beperkte mate tot financiële en/of emotionele schade. Dat komt door het feit dat de rol van de medische deskundigen niet beslissend maar adviserend is. De uiteindelijke beslissing wordt altijd door een rechter genomen. Dus daar ligt de

verantwoordelijkheid en niet bij de medische deskundigen. Ook wordt er in dit artikel op het feit gewezen dat de rechters niet ‘automatisch’ het advies van een deskundige opvolgen.⁶⁴ De uitspraak van de rechtbank te Utrecht geeft hier een voorbeeld van.⁶⁵ Een echtpaar komt met hun kind bij de huisarts, deze verwijst hen door naar het ziekenhuis maar laat hen wel met eigen vervoer gaan waardoor ze later dan verwacht aankomen. Dit komt omdat ze de weg niet wisten. Verwijt is dat de arts de situatie niet als direct levensbedreigend heeft geschat. Dit had wel moeten want het kind is overleden aan een aangeboren hartafwijking. De rechtbank heeft nog advies ingewonnen van vier andere huisartsen. Deze bevestigen allen dat zij tot hetzelfde handelen waren overgegaan dan de arts om wie het in casu gaat.

Uit bovenstaand blijkt duidelijk dat de medische deskundige een adviserende rol heeft en de rechter duidelijk de beslissende rol.

Dat artsen en juristen het niet altijd met elkaar eens zijn hebben we kunnen lezen in het arrest Zwolsche/De Greef.⁶⁶ Hierbij ging het om een verkeersslachtoffer dat vergoeding vorderde voor schade door verlies van arbeidsvermogen. Deskundigen vertelden dat er geen sprake was van objectieve stoornissen. De Hoge Raad beslist in dit geval dat er toch het bewijs voor een oorzakelijk verband is geleverd.⁶⁷ Maar wat is precies hun beider rol in een proces. Een medische deskundige moet voorlichting aan de rechter en partijen geven over de wijze waarop het medische probleem, dat aan het geschil ten grondslag ligt, behandeld is en behandeld had kunnen worden.⁶⁸ Het is de rechter zijn taak om middels de juridische norm te toetsen waaraan een arts behoort te voldoen. En dat is deze: “Een arts heeft toerekenbaar tekortgeschoten als hij niet gehandeld heeft met de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend arts onder gelijke omstandigheden verwacht mag worden”. Naar mijn idee kan men deze ‘formule’ ook op de zorgplicht van de werkgever toepassen. De rechter dient te toetsen of de werkgever aan zijn zorgplicht heeft voldaan maar een medische deskundige moet vaststellen of er sprake is van de klacht waarvan de werknemer stelt hem te hebben. Om een voorbeeld te noemen: Een werknemer stelt zijn werkgever

⁶⁴ A.J. Van, ‘De tuchtrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid van medische deskundigen’ *Tijdschrift voor gezondheidsrecht*, 2004, 28.

⁶⁵ Rb. Utrecht 11 augustus 2004, *LJN* AQ6504.

⁶⁶ HR 8 juni 2001, *NJ* 2001, 433.

⁶⁷ D. Prins & M.D. Spruit, ‘Aansprakelijkheid voor letselschades: de rol van de medicus als deskundige’ *TVP* 2004, 1.

⁶⁸ M. Hartman & B.P. Dekker, ‘De rolverdeling tussen rechter en medische deskundige’, *AV&S* 2008, 12.

aansprakelijk doordat hij longkanker heeft gekregen door een jarenlange blootstelling aan asbest. Het is dan taak van de medische deskundige om vast te stellen of er sprake is van longkanker en of de oorzaak de blootstelling aan asbest is. Hij dient inzicht te geven in de gebruikelijke en mogelijke methoden. Mede hierdoor kan door de rechter worden getoetst aan de juridische norm.

Doordat er toch nog communicatie moeilijkheden zijn tussen de juristen en medische deskundigen heeft de Interdisciplinaire Werkgroep Medisch Deskundigen (IWMD) getracht een vraagstelling te ontwikkelen waar beiden mee overweg kunnen. Deze vraagstelling is bedoeld voor het vaststellen van het causale verband bij ongevallen. Het resultaat is dat de vraagstelling van zijn normatieve karakter ontdaan wordt en begrippen die voor artsen een andere betekenis kunnen hebben dan voor juristen worden zo veel mogelijk vermeden. De aandacht van de werkgroep gaat naar een aantal punten concreet uit:

1. Formulering van de aan de deskundige voor te leggen vraagstelling
2. de keuze van de persoon van de expertiserende deskundige
3. de aan het deskundigenbericht te stellen kwaliteitseisen
4. de procedure voor de totstandkoming van het deskundigenbericht⁶⁹

De IWMD heeft al enkele stappen ondernomen om deze communicatie beter te laten verlopen althans de oorzaken van de knelpunten op te sporen. Zo gaan zij kijken wat nu precies de verschillen zijn en welke motieven de verschillende partijen precies hebben voor een formulering. Om een voorbeeld te geven: juristen en medische deskundigen gebruiken het begrip ‘stoornis’ verschillend.

Punt twee is van belang bij het vaststellen van moeilijk objectiveerbaar letsel, bijvoorbeeld een whiplash. In zulke gevallen kan de mening van een deskundige doorslaggevend zijn. Een directe oplossing is er nog niet voor. Derde knelpunt is dat in de praktijk niet zo duidelijk is waar een deskundigenbericht aan moet voldoen. De wettelijke minimumeisen zijn gering. Ook voor het vierde knelpunt wil de werkgroep op zoek naar een oplossing. De procedure van totstandkoming van een deskundigenbericht moet ook aan beginselen en wettelijke vereisten voldoen, maar welke?

Een medische deskundige zal de feiten op zijn vakgebied aan de hand van feitelijke vragen moeten analyseren, ophelderen en beschrijven. Een rechter echter moet

⁶⁹ A.J. Akkermans & A.J. Van, 'De medische expertise bij personenschade: knelpunten en mogelijke oplossingen' *TVP* 2002, 2.

beoordelen of er adequaat gehandeld is, of de gemaakte keuze te rechtvaardigen is of de gevolgen zijn toe te rekenen aan onzorgvuldig handelen.

De medische deskundige dient feitelijke informatie te vergaren door middel van het deskundigenbericht zodat nadien een juridisch oordeel kan worden geveld. Van een medische deskundige wordt tevens verwacht dat hij zich onafhankelijk opstelt en zich onthoudt van subjectieve oordelen, veronderstellingen en onzakelijke en vooringenomen kwalificaties.⁷⁰

Naar mijn mening lijkt deze rolverdeling duidelijk. De medische deskundige dient op basis van feiten een medisch oordeel te geven en de jurist dient aan de hand van juridische normen, bijvoorbeeld de zorgplicht van de werkgever, te oordelen of er sprake is van een schending.

Maar toch is dit niet helemaal waar want ook al handelen de medische deskundigen onafhankelijk en naar eer en geweten dan nog is er een verschillend oordeel mogelijk. Dus dezelfde feiten en omstandigheden kunnen tot een ander oordeel leiden van de medische deskundigen. En juist dat is niet de bedoeling. De rechter moet oordelen over de eventueel geschonden norm.

§2.4 CONCLUSIE

Eén van de bezwaren tegen proportionele aansprakelijkheid is dat de mogelijkheid bestaat dat een werknemer op zoek kan gaan naar alle mogelijke veroorzakers. Met gedeeltelijke aansprakelijkheid is het mogelijk om elke mogelijke veroorzaker hoofdelijk aansprakelijk te stellen. En die heeft dan de mogelijkheid het bedrag waarvoor hij niet aansprakelijk is te verhalen op de andere mogelijke veroorzakers. Naar mijns inziens is dit een extra bescherming voor de werknemer.

Een van de andere bezwaren die werden geuit tegen het aannemen van proportionele aansprakelijkheid is de moeizame communicatie tussen de juristen en de medische deskundigen. Na enig onderzoek ben ik tot de conclusie gekomen dat het juist is dat er een moeizame communicatie tussen deze partijen plaatsvindt. Daar tegenover staat wel dat men aan die communicatie aan het werken is. De groep IWMD heeft de knelpunten beschreven en er enkele oplossingen voor aangedragen.

⁷⁰ A.J. Van, De tuchtrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid van medische deskundigen, *Tijdschrift voor gezondheidsrecht* 2004, 28.

Proportionele aansprakelijkheid is nog niet zo lang geaccepteerd dus denk ik dat we de bezwaren een kans moeten geven zich te laten oplossen. Op dit punt is men daar volop mee bezig.

Hoofdstuk 3 Wanneer en hoe kan proportionele aansprakelijkheid toegepast worden?

In dit hoofdstuk zal het verband tussen hoofdstuk 1 en 2 aangegeven worden. Met het oog op de hoofdvraag is het noodzakelijk te kijken waar de grenzen van de werkgeversaansprakelijkheid liggen om vervolgens te kijken in wat voor gevallen proportionele aansprakelijkheid toegepast wordt. Als dat duidelijk is kan er een antwoord worden gegeven op de vraag of proportionele aansprakelijkheid een beperking of uitbreiding is van de werkgeversaansprakelijkheid.

Vroeger speelde het probleem een stuk minder omdat werknemers vaak bij dezelfde werkgever bleven werken en het werk was op de fabriek of in de winkel. Tegenwoordig moeten werknemers tijdens werktijd naar afspraken, vergaderingen en teamuitjes. Hierdoor zijn de risico's op ongelukken niet alleen vergroot maar ook de grens privé en werk is lastiger te trekken. Deze tijd vergt een andere bescherming van de werkgever dan dertig jaar geleden. Maar waar ligt de grens van deze bescherming en vooral in welke mate?

§3.1 WANNEER IS PROPORTIONELE AANSPRAKELIJKHEID VAN TOEPASSING?

In deze paragraaf wordt onderzocht in welke gevallen proportionele aansprakelijkheid van toepassing kan zijn. Proportionele aansprakelijkheid is niet altijd toe te passen er zijn een drietal vereisten waaraan voldaan moet zijn alvorens men gebruik kan maken van proportionele aansprakelijkheid. Deze zullen hieronder besproken worden.

§3.1.1 AANSPRAKELIJKHEID VAN DE WERKGEVER

Ten eerste moet de werkgever aansprakelijk zijn. Als bij voorbaat al duidelijk is dat de werkgever niet aansprakelijk is kan er geen proportionele aansprakelijkheid toegepast worden omdat er dan geen twee partijen zijn over wie de aansprakelijkheid verdeeld kan worden.

Er zijn een hoop gevallen die op de grens liggen of de werkgever nu aansprakelijk is. In hoofdstuk 1 is een afbakening gemaakt. Met name de grens tussen werk en privé was lastig te vinden. De aansprakelijkheid voor de werkgever reikt mijns inziens heel

ver, met als voorbeeld het Broodmesarrest.⁷¹ Werkneemster snijdt met een mes in haar vingers en stelt de werkgever aansprakelijk omdat deze het had nagelaten te melden dat het mes net geslepen was. De Hoge Raad wijst op een eigen verantwoordelijkheid van de werkneemster. Vooral het feit dat dit ook in de privésfeer kan gebeuren is een argument. Naar mijn mening is dat terecht. Als zulke ongevallen thuis gebeuren is er niemand om aansprakelijk te stellen. Mijns inziens mag van werknemers verwacht worden dat ze op het werk met dezelfde voorzichtigheid werken als thuis.

Dan het arrest over de werknemer die thuis wordt neergeslagen door een cliënt, hiervoor wordt de werkgever wel in zijn geheel aansprakelijk gesteld, terwijl mijns inziens de werkgever weinig invloed kon uitoefenen op de situatie.⁷² Naar mijn mening zou het mogelijk moeten zijn de dader aan te spreken en daar verhaal gaan halen. De dader is verantwoordelijk voor zijn daden. Ik ben me ervan bewust dat er bij een werkgever meer te halen valt dan bij een psychiatrisch patiënt.

In beginsel was ik in de veronderstelling dat proportionele aansprakelijkheid ook toe te passen was bij het Broodmesarrest en het arrest van de sociaal werker, omdat de ongevallen toch plaatsvonden in de werksfeer. Maar na onderzoek is mij een duidelijk verschil tussen de casussen van Broodmes, sociaal werker en aan de andere kant Nefalit/Karamus opgevallen.

Bij het Broodmesarrest en de sociaal werker valt er duidelijk te twisten over het feit of de werkgever aansprakelijk te stellen is. Het betreft eigen verantwoordelijkheid als factor en daar is geen percentage aan te hangen. De Hoge Raad zei dat de werkgever aansprakelijk is min het gedeelte dat voor eigen schuld van de werknemer komt. Maar lang niet in alle gevallen is uit te drukken wat voor eigen schuld van de werknemer komt.

Bij Nefalit/Karamus heeft de werkgever ook schuld aan de longkanker van de werknemer.⁷³ Het is een vaststaand gegeven dat asbest een oorzaak van longkanker kan zijn. De vraag is dus niet of de werkgever aansprakelijk is maar voor welk percentage, niet in zijn geheel omdat de werknemer zelf rookte en dat is ook een belangrijke oorzaak van longkanker.

⁷¹ HR 4 oktober 2002, *NJ* 2004, 175.

⁷² HR 22 januari 1999, *NJ* 1999, 534.

⁷³ HR 31 maart 2006, *RvdW* 2006, 328.

Dus het verschil is dat is dat bij Nefalit/Karamus aansprakelijkheid van de werkgever vaststaat en bij de andere twee casussen niet. Bij Nefalit/Karamus moet nog beoordeeld worden voor welk percentage de werkgever aansprakelijk is.

De werkgever kan aansprakelijk gesteld worden krachtens art. 7:658 BW. In hoofdstuk 1 ben ik tot de conclusie gekomen dat we het dan hebben over ongevallen die binnen het gezagsveld van de werkgever plaatsvinden.

Er bestaat ook een aansprakelijkheid op grond van art. 7:611 BW. Deze aansprakelijkheid is gebaseerd op het onvoldoende informeren van de werknemer over veiligheidsvoorschriften en/of maatregelen die genomen kunnen worden. Deze maatregelen kunnen ook door de werkgever zelf genomen worden. Hierbij kan men denken aan het afsluiten van bepaalde verzekeringen. Naar mijn mening kan een werknemer ook zelf een verzekering afsluiten. Weliswaar eventueel op kosten van de werkgever.

Zoals in hoofdstuk 1 besproken valt aansprakelijkheid krachtens art. 7:611 BW buiten het gezagsveld van de werkgever en dus niet onder art. 7:658 BW. Mijns inziens is art. 7:611 BW een ander soort aansprakelijkheid dan art. 7:658 BW.

Mijns inziens moeten de art. 7:658 BW en art. 7:611 BW apart van elkaar gebruikt worden. Dus niet dat art. 7:611 BW een verlengde wordt van art. 7:658 BW.

§3.1.2 ONZEKER CAUSAAL VERBAND

Ten tweede is het van belang bij de toepassing van proportionele aansprakelijkheid dat er sprake is van onzeker causaal verband. Als causaal verband vaststaat is de werkgever volledig aansprakelijk en als causaal verband niet aanwezig is, zou het ook onredelijk zijn de werkgever ervoor aansprakelijk te stellen.

Zoals in hoofdstuk 2 vermeld: Wanneer is een oorzakelijk verband voldoende aannemelijk om het bewezen te achten?

Er blijven toch een aantal gevallen onduidelijk. Bijvoorbeeld als men door een blessure niet kan werken komt dat voor verantwoordelijkheid van de werkgever? De werkgever zal zijn werknemers niet verplichten deel te nemen aan een sport in de vrije tijd.

§3.1.3 MEERDERE OORZAKEN

Ten derde dient er sprake te zijn van twee oorzaken voordat men proportionele aansprakelijkheid kan toepassen. Bijvoorbeeld in Nefalit/Karamus heeft de werknemer longkanker opgelopen maar dat heeft duidelijk twee oorzaken: de jarenlange blootstelling aan asbest en het stevig roken van de werknemer. Twee oorzaken zijn noodzakelijk, want als er alleen de blootstelling aan asbest was kon de werkgever volledig aansprakelijk stellen en andersom als de werknemer alleen maar stevig had gerookt was het waarschijnlijk niet in hem opgekomen de werkgever aansprakelijk te stellen.

Er zijn dus drie vereisten voordat men proportionele aansprakelijkheid kan toepassen. Ten eerste dient er sprake te zijn van aansprakelijkheid van de werkgever, ten tweede moet er sprake zijn van onzeker causaal verband en tot slot moeten er twee oorzaken zijn die schade veroorzaakt kunnen hebben.

§3.2 TOEPASSING VAN DE PROPORTIONELE AANSPRAKELIJKHEID

Op welke manier kan proportionele aansprakelijkheid toegepast worden? In deze paragraaf wordt de nadere toepassing van proportionele aansprakelijkheid besproken. Er wordt gekeken hoe om te gaan met onzeker causaal verband. Ook de knelpunten van proportionele aansprakelijkheid worden besproken. De toepassing van proportionele aansprakelijkheid is van belang voor de inhoud van paragraaf 3.3.

§3.2.1 ONZEKER CAUSAAL VERBAND

In deze paragraaf wordt onzeker causaal verband nader toegelicht. Onzeker causaal verband is een lastig leerstuk omdat niet aan te wijzen is wanneer er sprake is van onzeker causaal verband.

Na enig onderzoek ben ik tot de conclusie gekomen dat bij twijfel van de aanwezigheid van causaal verband de alles-of-niets benadering geen oplossing biedt. Een van de twee partijen wordt dan enorm benadeeld. Of de werknemer krijgt helemaal niets of de werkgever wordt voor het geheel aansprakelijk gesteld. Zoals in hoofdstuk 2 besproken blijft de grote vraag altijd waar ligt het omslagpunt, waar wordt de grens getrokken van wel of geen aansprakelijkheid? Het is niet rechtvaardig dat het omslagpunt altijd met 1% verschil zal zijn. Faure meent dat het omslagpunt

kan liggen bij 80%. Als er namelijk 80% zekerheid is over causaal verband kan men spreken van ‘bijna volledige zekerheid’.⁷⁴

Andere oplossingen zouden kunnen zijn bewijslastverlichting of omkering van de bewijslast.⁷⁵ Zoals Akkermans zegt: “een rechter zal altijd iets moeten toegeven.” Of hij moet proportionele aansprakelijkheid aannemen en een omslagpunt aanwijzen of de alles-of-niets benadering toepassen.

Als er sprake is van onzeker causaal verband wordt er gebruik gemaakt van de omkeringsregel, zoals in hoofdstuk 1 besproken. Dat gebeurt als het te ver voert om de werknemer op te zadelen met de volledige bewijslast. Maar er is een evident verschil met betrekking tot de ‘omkeringsregel’. Bij de omkeringsregel wordt vastgesteld dat er aansprakelijkheid is en voor wiens rekening deze aansprakelijkheid komt. Er wordt niet expliciet een percentage genoemd. Bij proportionele aansprakelijkheid wordt er wel aangegeven voor welk percentage men aansprakelijk is. De rechter geeft een percentage waarvoor de werkgever aansprakelijk is. Dat percentage komt wel tot stand met behulp van deskundigen. Bij Nefalit/ Karamus was de werkgever aansprakelijk voor 55%. Mijns inziens werd deze berekening naar alle redelijkheid gemaakt. Karamus was een echte roker en dat kan ook een van de oorzaken van longkanker zijn. Zoals in hoofdstuk 2 uitgelegd is deze factor ook meegenomen in de berekening van de aansprakelijkheid van de werkgever.

Maar deze factor is duidelijk. Ik kan me voorstellen dat er ook factoren zijn waar men over kan twisten. Men kan denken aan oorzaken die in de medische wereld nog niet vast zijn komen te staan. Zo is RSI een lastige ziekte om een percentage aan te hangen zo ook een burn-out.

En met het oog op het Broodmesarrest wanneer kan men eigen verantwoordelijkheid van de werknemer verwachten. Is dat dan eventueel ook in percentages uit te drukken?

Ook andere factoren dan alleen roken kunnen een rol spelen bij het feit of er sprake is van proportionele aansprakelijkheid. Bijvoorbeeld genetische aanleg, veroudering of van buiten staande oorzaken.

Onzeker causaal verband kan ook ontstaan als er sprake is van meerdere gedaagden. Dan wordt het steeds minder duidelijk wie de veroorzaker van de schade is.

⁷⁴ A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1997, p. 124.

⁷⁵ A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1997, p. 452.

In hoofdstuk 2 paragraaf 2.2 wordt besproken dat er in de rechtsregel van de Hoge Raad niets vermeldt staat over zaken waarbij er meer dan één gedaagde betrokken is. Naar mijn mening is dat ook niet nodig omdat het in deze zaak maar een gedaagde betreft. De Hoge Raad wilde geen regel formuleren voor alle gevallen waarin een werknemer zijn werkgever aansprakelijk stelt. Mijns inziens is dat ook onmogelijk omdat elke zaak zijn eigen factoren heeft die een uitkomst weer anders kunnen maken.

Als er zaken met meerdere gedaagden voorkomen zal de rechter daar wel een oplossing voor vinden. Dat is ook gebeurd in de zaak van de DES dochters.⁷⁶ De slachtoffers mochten zelf weten wie zij aansprakelijk stelden voor de geleden schade zodat ze niet alle bedrijven hoefden te zoeken/aan te spreken. Mijns inziens is proportionele aansprakelijkheid ook zeker te gebruiken als er sprake is van meerdere gedaagden. De rechter zal dan een nieuwe rechtsregel formuleren die op dat moment van toepassing is. Het heeft zich vooralsnog niet voorgedaan en daarom lijkt het mij te voorbarig om dit soort zaken op voorhand uit te sluiten.

Juist in dit tijdperk zou het niet redelijk zijn om zaken met meerdere gedaagden uit te sluiten, de meeste werknemers werken tegenwoordig bij meer dan een baas.

Dus het vereiste van onzeker causaal verband is nodig bij de toepassing van proportionele aansprakelijkheid. Om het de werknemer wat makkelijker te maken wordt de omkeringsregel toegepast zodat de onzekerheid van causaal verband niet op hem wordt afgeschoven. Zoals omschreven is het anders een stuk eenvoudiger de alles-of-niets benadering toe te passen.

§3.2.2 IN WAT VOOR GEVALLEN KOMT ONZEKER CAUSAAL VERBAND VOOR?

Zoals in de hoofdstukken 1 en 2 te lezen is komt onzeker causaal verband vaak voor bij beroepsziekten en medische fouten. Dit onderzoek is toegespitst op beroepsziekten en letsel opgelopen op de werkvloer.

Hierbij kan men denken aan longkanker veroorzaakt door asbest en blootstelling aan stralingen. Er is wel een verklaring voor waarom er een onzekerheid over het causale verband is. Steeds wordt de vraag gesteld: wat als dit niet zo gebeurd was?

Tegenwoordig zijn er nog tal van andere beroepsziekten te noemen waarbij het causale verband onzeker is. Een werknemer die RSI klachten heeft en in zijn vrije tijd

⁷⁶ HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 535.

veel tijd achter de computer doorbrengt. Wat is dan de oorzaak van de klachten? De werknemer kan ook stellen dat hij geen klachten zou hebben als hij op het werk niet steeds achter de computer hoefde te zitten. De werkgever kan juist aanvoeren dat als de werknemer in zijn vrije tijd wat anders deed dan steeds achter de computer kruipen de klachten op zijn minst minder erg waren.

Mijns inziens is het argument van de werkgever zwakker omdat het een werknemer vrij staat hoe hij zijn vrije tijd invult. Maar dat geldt niet onverkort. Als werknemers in hun vrije tijd gaan feesten wordt wel van hen verwacht dat zij de volgende dag weer uitgerust op het werk zijn. Het werk mag er niet onder lijden. Bij een werknemer die thuis veel tijd achter zijn computer doorbrengt lijdt zijn werk daar ook onder. Dus dat zou dan wel een punt zijn waar men over kan twisten.

Een mooie oplossing is dan het toepassen van proportionele aansprakelijkheid, omdat de werknemer toch ook voor een deel schuldig is aan het feit dat hij RSI klachten heeft. Dat zou in dit geval eventueel een berekening op kunnen leveren hoeveel uren de werknemer thuis achter zijn computer zit en hoeveel uren hij er op het werk achter zit.

Na het beschrijven van deze sub paragraaf is duidelijk geworden dat onzeker causaal verband voorkomt als er sprake is van twee oorzaken. Bij elk van bovenstaande voorbeelden is er sprake van twee oorzaken. Bij longkanker was de oorzaak blootstelling aan asbest en roken. Bij RSI klachten kan men denken aan werken met de computer maar een fervent gamer loopt dan thuis toch ook enig risico.

§3.2.3 WAT ZIJN DE KNELPUNTEN VAN HET TOEPASSEN VAN PROPORTIONELE AANSPRAKELIJKHEID?

De vereisten voor het kunnen toepassen van proportionele aansprakelijkheid zijn duidelijk. Maar dat wil niet zeggen dat met deze vereisten proportionele aansprakelijkheid zonder moeite toe te passen is. Er zijn wel een aantal knelpunten die in deze paragraaf besproken zullen worden.

Een grondslag voor proportionele aansprakelijkheid is het leerstuk verlies van een kans. In Nederland is deze grondslag al aanvaard, dat blijkt uit het arrest Heesch/Reijs.⁷⁷

⁷⁷ HR 13 februari 1981, NJ 1981, 456.

Het is lastig te bepalen wanneer een verloren kans groot genoeg is om in aanmerking te komen voor schadevergoeding. Voor een werknemer is elke verloren kans van belang al is het maar 2%.

Dit is juist het knelpunt van de proportionele aansprakelijkheid. Maar een praktische redenering maakt dit niet mogelijk. De proceskosten zullen de pan uitrijzen als er voor een belang van 2% al geprocedeerd gaat worden.⁷⁸

Het is van belang dat de redenering en beoordeling objectief worden uitgevoerd. In hoofdstuk 2 is besproken dat de samenwerking tussen juristen en medisch deskundigen niet altijd even vlot verloopt. De deskundigen zijn nodig om een oordeel te kunnen geven over het letsel van de werknemer. Voor juristen is het onmogelijk vast te stellen wat precies de verloren kans is. Deskundigen hebben er in een aantal gevallen een rekenmodel voor. Zoals bij Nefalit/ Karamus werd er een rekenmodel op losgelaten en daardoor kon de werkgever proportioneel aansprakelijk gehouden worden.⁷⁹

Het Hof heeft uitgemaakt dat de werkgever proportioneel aansprakelijk wordt gesteld tenzij hij kan bewijzen dat alle voorzorgsmaatregelen getroffen zijn.⁸⁰ Het ging om een medisch secretaresse die last had van het rookgedrag van twee artsen. Haar werkkamer grensde aan die van de artsen, hierdoor verergerde haar astma klachten. De lijn van de Hoge Raad wordt hiermee gevolgd. Door een deskundige is uitgewezen dat de werkneemster evenveel kans had op verergerde astmklachten dat de klachten zich ook door andere oorzaken hadden kunnen verergeren. Het Hof stelde de werkgever voor de helft aansprakelijk. Op 09 januari 2009 heeft de Hoge Raad uitspraak gedaan over deze zaak.⁸¹

Een van de knelpunten is dus wanneer het verlies van een kans voldoende is om ervoor te procederen. Een ander knelpunt is de moeizame samenwerking tussen medisch deskundigen en juristen. Het oordeel van de medisch deskundige is belangrijk bij proportionele aansprakelijkheid. De werknemer krijgt dan te horen voor welk percentage de werkgever aansprakelijk is.

⁷⁸ A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 1997.

⁷⁹ HR 31 maart 2006, *RvdW* 2006, 328.

⁸⁰ Hof Arnhem 26 september 2006, *JAR* 2007, 30.

⁸¹ HR 09 januari 2009, *LJN*BG4014.

Als er sprake is van causaal verband en een oorzaak dient er nog steeds een deskundige een oordeel te geven maar dat is dan meer van belang voor een eventuele uitkering.

§3.3 IN WELKE GEVALLEN IS PROPORTIONELE AANSPRAKELIJKHEID BIJ DE WERKGEVER NIET TE GEBRUIKEN?

Proportionele aansprakelijkheid is niet altijd te gebruiken als meest eerlijke oplossing. En in sommige schadegevallen komt men niet eens toe aan het toerekenen van proportionele aansprakelijkheid.

Als er een verkeersongeluk plaatsvindt, komt men niet toe aan het toerekenen van proportionele aansprakelijkheid. Bij een verkeersongeval is over het algemeen duidelijk wat de oorzaak van het ongeval is en zal er geen twijfel bestaan over het causale verband. En in hoofdstuk 1 is besproken dat verkeersongevallen buiten het gezichtsveld van de werkgever vallen. De werkgever kan er geen controle op uitoefenen. Zoals in hoofdstuk 1 vermeld wordt meer en meer aandacht geschonken aan het feit of de werkgever zeggenschap had over de situatie. Als een werknemer in de auto zit naar een afspraak heeft de werkgever geen zeggenschap over die situatie. Mede door dit criterium neemt de werkgeversaansprakelijkheid af juist omdat er tegenwoordig een hoop beroepen zijn waardoor de werknemers op de weg zitten of op andere locaties aan het werk zijn waardoor zij zijn onttrokken aan het gezichtsveld van de werkgever.

Om tot een proportionele benadering te komen is er twijfel nodig over het causale verband. Als causaal verband vaststaat, is er iemand aan te spreken voor de gehele schade. Proportionele aansprakelijkheid kan men zien als een uitkomst van een mix. De werkgever is voor een deel aan te spreken en de werknemer daar wordt een berekening op losgelaten en dan komt er een percentage uit.

Arbeidsongevallen waarbij causaal verband vaststaat, komen geheel voor aansprakelijkheid van de werkgever en dus is proportionele aansprakelijkheid niet toe te passen. Als een werknemer met zijn vingers tussen een machine komt, terwijl de machine een veiligheid zou moeten bevatten en daardoor zijn vingers verliest. In voorgaand geval is de werkgever zonder twijfel aansprakelijk voor de schade die de werknemer hierdoor oploopt. Bij dit soort ongevallen spelen privé factoren ook geen

enkele rol. Dat maakt het aansprakelijk stellen van de werkgever een stuk makkelijker omdat er dus niet meerdere factoren een rol spelen.

In sommige gevallen is het lastig een berekening te maken maar dat wil dan niet per definitie zeggen dat proportionele aansprakelijkheid geen optie is.

Proportionele aansprakelijkheid is dus niet toe te passen als er maar een de oorzaak is want dan is er maar een partij verantwoordelijk voor de schade. Als causaal verband zeker is kan proportionele aansprakelijkheid ook niet toegepast worden. Men kan dus wel stellen dat als er aan de vereisten die in paragraaf een aan bod kwamen niet voldaan is proportionele aansprakelijkheid niet toe te passen is.

§3.4 WAT IS DISCUTABEL?

Er zijn nog meer beroepsziekten dan alleen longkanker als gevolg van blootstelling aan asbest waarbij causaal verband onzeker is en er meerdere oorzaken aan te wijzen zijn. Men kan hierbij denken aan RSI klachten en een burn-out. Dit zijn beroepsziekten die discutabel zijn voor de aansprakelijkheid van de werkgever omdat het verschillende oorzaken kan hebben.

Recentelijk is er een arrest gewezen dat betrekking heeft op deze materie.⁸² Een werknemer was frequent gedurende langere perioden arbeidsongeschikt door een voetbالبlessure. De werkgever had hem verzocht op zoek te gaan naar een minder risicovolle sport. Toen de werknemer nogmaals ziek werd met als oorzaak een blessure opgelopen door het zaalvoetballen, betaalde de werkgever hem het wettelijke minimumloon krachtens art. 7:629 BW. De werkgever voerde aan dat de werknemer de arbeidsongeschiktheid zelf veroorzaakt had en daarom geen aanspraak had op aanvulling van zijn loon. Dit was ook zo in de CAO geregeld. De Hoge Raad oordeelde dan ook dat de werkgever juist gehandeld had. Werkgevers hoeven niet langer meer dan 70% van het loon door te betalen als er sprake is van niet werk gerelateerd verzuim.

In bovenstaande casus is geen sprake van werkgeversaansprakelijkheid omdat de werkgever geen enkele blaam treft. Anders zou het zijn als de werknemer een zwakke knie heeft en deze door zijn werk nog extra belast wordt. Dan zijn er twee oorzaken aan te merken en is de werkgever proportioneel aansprakelijk. Het is mijns inziens

⁸² HR 14 maart 2008, *LJN BC6699*.

niet rechtvaardig wanneer een werknemer al een zwakke knie heeft en die begeeft het toevallig op het werk de werkgever daar geheel aansprakelijk voor gesteld zou kunnen worden.

Er zijn nog altijd gebeurtenissen waar de werkgever volledig voor de kosten opdraait terwijl hem geen enkele blaam treft. Er is hier geen sprake van onzeker causaal verband. De arbeidsongeschiktheid komt geheel voor rekening van de werknemer. Die loopt een blessure op in zijn vrije tijd ten gevolge van het vrijwillig beoefenen van een sport. Een voorbeeld van een risicovolle sport is skiën.

Hierbij kan men denken aan de duizenden sportblessures die jaarlijks worden opgelopen door werknemers. Feitelijk is het zo dat de werknemer een risico neemt in zijn vrije tijd. Is het redelijk dat de werkgever daar volledig voor moet betalen? Mijns inziens is dit niet redelijk. Een proportionele oplossing is rechtvaardiger.

Uiteraard ben ik op de hoogte van het feit dat sporten gezond is en later hart en vaatziekten kan voorkomen en dus voortijdig uittreden van de werknemer. De blessure is een ongeluk en de werknemer kan er niets aan doen. Dat is juist maar de werkgever kan er dan al helemaal niets aan doen. En als we even terugkijken naar het arrest Nefalit/Karamus daar werd de werkgever voor een gedeelte aansprakelijk gesteld. In dat geval had de werkgever ook een sterk argument waardoor hij niet aansprakelijk zou zijn, namelijk het feit dat in die tijd helemaal niet bekend was dat asbest zo gevaarlijk was en longkanker kon veroorzaken. En toch werd van de werkgever verwacht dat hij zijn werknemers zou beschermen.

Als men naar de feiten kijkt is het mijns inziens alleszins redelijk dat de kosten van sportblessures worden berekend aan de hand van de proportionele aansprakelijkheid.

Theoretisch is dit zeer aannemelijk maar hoe zou dit in de praktijk werken.

Wat gaat er namelijk gebeuren als de werknemer zijn sportblessures zelf moet bekostigen? De kans is groot dat werknemers stoppen met sporten en dus ongezonder gaan leven. Als werknemers dan ziek worden zouden de kosten van de sportblessures toch indirect voor de werkgever komen. De werkgever moet de zieke werknemer wel loon blijven betalen.

Zoals in hoofdstuk 1 verteld is het uitgangspunt dat een ieder zijn eigen schade draagt maar in sommige gevallen is dat niet redelijk.⁸³ Een werkgever heeft nu eenmaal meer

⁸³ T. Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade*, Deventer: Kluwer 1997, p. 11.

middelen tot zijn beschikking om een werknemer te blijven betalen dan de werknemer zelf of een derde die de schade veroorzaakt heeft.

Een ander soort oplossing zou kunnen zijn dat werknemers die een blessure hebben opgelopen door toedoen van een derde, de dader aansprakelijk kunnen stellen. Eventueel door de werkgever omdat deze schade lijdt omdat hij de werknemer loon moet doorbetalen.

Mijns inziens kleven er nogal wat praktische bezwaren aan om de werknemer voor zijn eigen schade op te laten draaien of er een derde voor aansprakelijk te stellen.

Discussabel zijn uiteraard niet alleen sportblessures. Werknemers die roken hebben meer kans op longkanker, hart en vaatziekten. En werknemers die op zondagavond eens lekker op stap gaan zullen de volgende ochtend ongetwijfeld niet fit genoeg zijn om het werk naar behoren uit te voeren. De kans op ongelukken op de werkvloer is zelfs groter als werknemers niet goed uitgerust zijn.

Mijns inziens is het lastig te bepalen omdat het wel een inbreuk op de privacy van de werknemer is. Als de werknemer eenmaal vrij is mag hij zelf bepalen wat hij in zijn vrije tijd doet.

Daar staat tegenover dat een werkgever wel mag verwachten dat de uren die een werknemer op het werk is wel gezond en uitgerust is om zijn werk naar behoren te doen.

Een andere beroepsziekte die regelmatig voorkomt en discussabel is, is de burn-out. De werkgever is verplicht de werknemer loon door te betalen ten tijde van ziekte. Bij deze ziekte is niet aan te tonen dat de werkgever art. 7: 658 BW heeft geschonden. Als oorzaak van een burn-out wordt vaak de werkomstandigheden aangewezen maar vaak zijn er ook privé factoren oorzaak van. Dit wordt ook in het arrest ABN/Nieuwenhuys vastgesteld.⁸⁴ De rechter stelt hoge eisen aan het aannemen van causaal verband tussen de werkomstandigheden en een burn-out. Causaal verband wordt slechts aangenomen als de rechter van oordeel is dat de werkgever tekort is geschoten in zijn zorgplicht. Er wordt ook gekeken naar de werkomstandigheden en naar de functie van de werknemer.⁸⁵ Hoe hoger de functie des te meer er van de werknemer

⁸⁴ Hof Den Haag 16 februari 2007, *JAR* 2007, 69.

⁸⁵ M.S.A. Vegter, 'Causaal verband en zorgplicht bij werkgeversaansprakelijkheid voor stressklachten' *Arbeidsrecht* 2008, 32.

verwacht wordt. Als de werkomstandigheden excessief zijn wordt er wel causaal verband aangenomen.⁸⁶ Stress kan door veel omstandigheden ontstaan zowel privé als op het werk.

Mijns inziens is het meer dan redelijk dat er gebruik gemaakt wordt van proportionele aansprakelijkheid. Misschien op een andere manier dan bij het Nefalit/Karamus arrest. Daar werd de werkgever aansprakelijk gesteld voor een percentage van 55%.

§3.5 VORMEN VAN PROPORTIONEEL AANSPRAKELIJK STELLEN

Het lijkt mij ook mogelijk de werkgever proportioneel aansprakelijk te stellen en dan niet persé voor een bepaald percentage. Eventueel is de proportionaliteit in andere zaken te zoeken. Hierbij kan men denken dat er een bepaalde bonus niet hoeft te worden uitgekeerd maar wel doorbetaling van salaris. Bijvoorbeeld de werknemer korten op een dertiende maand of vakantiegeld. Of zoals in het arrest met de voetbalblessure dat de werkgever het loon niet meer aanvult. Mijns inziens is dit wellicht een oplossing om proportionele aansprakelijkheid te kunnen hanteren. Tevens ben ik voor een proportionele oplossing. Zoals het arrest met de voetbalblessure daar wordt gebruik gemaakt van een proportionele oplossing.

Als de knie het op het werk had begeven doordat deze extra belast werd is het mijns inziens nog steeds rechtvaardiger een proportionele benadering te kiezen dan gehele aansprakelijkheid.

In hoofdstuk 2 werd besproken dat het in veel gevallen zeer lastig is een berekening te maken en dat deze afhankelijk is van deskundigen. Tevens vind ik het een zware sanctie om werknemers op het salaris te korten. Proportionele aansprakelijkheid is mijns inziens een goede ontwikkeling omdat zaken nu eenmaal niet altijd zwart/wit zijn. Het toepassen is alleen lastig omdat het maken van een berekening enige moeilijkheden met zich meebrengt.

⁸⁶ Ktr. Middelburg 29 september 2004, JAR 2004, 270.

§3.6 CONCLUSIE

Proportionele aansprakelijkheid is toepasbaar bij gevallen waarbij de aansprakelijkheid van de werkgever niet met zekerheid is vast te stellen. Ook is het van belang dat de werknemer iets te verwijten valt, dus een eigen schuld of bewuste roekeloosheid. Tevens mag er ook een eigen verantwoordelijkheid van de werknemer verwacht worden.

Met het oog op deze conclusie ben ik van mening dat de werkgever voor meer zaken proportioneel aansprakelijk gesteld kan worden. Een begin is de zaak met de voetbalblessure. De werkgever heeft op zulke ongevallen geen enkele invloed dus volledige aansprakelijkheid zou mijns inziens niet op zijn plaats zijn. In het kader van mijn onderzoek zou deze casus iets aangepast moeten worden. Zoals in paragraaf 3.4 geschetst zou de knie het moeten begeven tijdens werktijd omdat er dan sprake is van werkgeversaansprakelijkheid. Dit is mijns inziens een bijdrage aan het doel van de werkgeversaansprakelijkheid. Naar mijn mening is het een voordeel voor de werkgever omdat als de werkgever niet naar de rechter was gestapt er 100% van het loon uitbetaald werd. In dit geval is er dus sprake van een proportionele oplossing en niet van proportionele aansprakelijkheid omdat de werkgever geen enkele blaam treft en dat is wel noodzakelijk om een werkgever aansprakelijk te kunnen stellen.

Terwijl zaken met betrekking tot een burn-out en RSI klachten is proportionele aansprakelijkheid een vooruitgang voor de werknemer omdat werkgeversaansprakelijkheid voorheen in dit soort zaken zelden vastgesteld werd. Het causaal verband kon men niet aantonen. De werknemer stond destijds met lege handen.

Proportionele aansprakelijkheid is niet toe te passen bij ongevallen waarbij causaal verband vaststaat. En dat is ook in gevallen als werknemers zich niet aan de veiligheidsvoorschriften houden. De werkgever dient er op toe te zien dat zijn werknemers de veiligheidsvoorschriften naleven. Als hij dat niet doet is de werkgever aansprakelijk krachtens art. 7:658 BW.

Naar mijn mening is dat niet helemaal rechtvaardig. Er mag in bepaalde gevallen ook een beroep op de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer gedaan worden. Als een werknemer naar het buitenland gaat is het mijns inziens niet vreemd dat die zelf op het idee komt om een verzekering af te sluiten. Weliswaar eventueel op kosten van de werkgever.

Dus voor het proportioneel aansprakelijk stellen is er een aansprakelijkheid van de werkgever nodig, ten tweede onzeker causaal verband en ten derde moet er sprake zijn van twee oorzaken.

Mijns inziens hoort aansprakelijkheid krachtens art. 7:611 BW bij. Het is ook een vorm van werkgeversaansprakelijkheid maar dan op een andere grond dan art. 7:658 BW.

Hoofdstuk 4 Conclusie en aanbevelingen

De onderzoeksvraag in deze scriptie luidt: In hoeverre draagt proportionele aansprakelijkheid bij aan het doel van werkgeversaansprakelijkheid, wanneer de werknemer letselschade heeft opgelopen op de werkvloer?

In hoofdstuk 1 is het doel van werkgeversaansprakelijkheid beschreven. De werkgever moet de veiligheid van de werknemer waarborgen. Deze verplichting is gecodificeerd in art. 7:658 BW. Maar waar houdt dat op? Deze tijd vergt een andere werknemersbescherming dan 30 jaar geleden. Werknemers werken vaker voor meerdere werkgevers, werknemers moeten zich tijdens werktijd verplaatsen en dit brengt allemaal meerdere risico's met zich mee. De werkgeversaansprakelijkheid reikt mijns inziens heel ver. De Hoge Raad wees pas tijdens het broodmesarrest op een eigen verantwoordelijkheid van de werkgever.

In hoofdstuk 1 ben ik tot de conclusie gekomen dat de werkgeversaansprakelijkheid reikt tot ongevallen die zich voordoen tijdens werktijd en ongevallen waar de werkgever zeggenschap over de situatie had.

Er kan ook sprake zijn van een aansprakelijkheid op grond van art. 7:611 BW. Dan wordt er van de werkgever verwacht dat hij de werknemer voorziet van informatie over veiligheidsmaatregelen en het afsluiten van verzekeringen.

In hoofdstuk 2 werd de proportionele aansprakelijkheid beschreven. Het is gebleken dat het lastig is een berekening te maken voor welk percentage de werkgever aansprakelijk is. En vooral waar ligt het omslagpunt van algehele aansprakelijkheid of proportionele aansprakelijkheid. Tevens is het een bezwaar omdat de communicatie tussen medisch deskundigen en juristen zeer moeizaam verloopt. De groep IMWD heeft een aantal oplossingen aangedragen voor dit probleem. Aangezien proportionele aansprakelijkheid nog niet zo lang geaccepteerd is ben ik van mening dat we de bezwaren een kans moeten geven zich te laten oplossen.

Mijns inziens is proportionele aansprakelijkheid een rechtvaardige oplossing daar waar gehele aansprakelijkheid te ver gaat.

Hoofdstuk 3 is geen beschrijvend hoofdstuk daar wordt het verband gelegd tussen hoofdstuk 1 en 2 en naar een antwoord op de hoofdvraag geschreven.

Ten eerste is het van belang te weten wanneer proportionele aansprakelijkheid toegepast kan worden. Daar zijn drie vereisten voor:

1. aansprakelijkheid van de werkgever
2. onzeker causaal verband
3. aanwezigheid van meerdere oorzaken

Dus als aan deze drie vereisten voldaan is kan met proportionele aansprakelijkheid toepassen.

Een aantal punten blijven lastig zoals bij beroepsziektes als RSI/burn-out. Proportionele aansprakelijkheid leent zich goed voor deze aansprakelijkstellingen omdat vaststaat dat er meerdere oorzaken zijn.

Mijns inziens is er een tendens kenbaar dat de reikwijdte van de werkgeversaansprakelijkheid door de jaren heen wat is afgenomen. Dit is ook te zien in de uitspraak van het broodmesarrest. Op grond daarvan zou het antwoord in het voordeel van de werkgever luiden. Proportionele aansprakelijkheid zou een beperking op de werkgeversaansprakelijkheid zijn. Daar waar voorheen gehele aansprakelijkheid vastgesteld werd, wordt nu nader onderzoek gedaan en wordt er basis van onderzoek een percentage vastgesteld.

Maar als men gaat kijken in hoofdstuk 2 naar werknemers met RSI klachten en een burn-out daar werd juist zelden werkgeversaansprakelijkheid aangenomen. Zoals men kan lezen in het ABN/Nieuwenhuys arrest moet er een zeer ernstige schending van de zorgplicht van de werkgever zijn wil een werkgever aansprakelijk zijn voor een burn-out.⁸⁷ Dus met betrekking tot deze ziekten is proportionele aansprakelijkheid in het voordeel van de werknemer.

De toepasbaarheid van proportionele aansprakelijkheid blijft lastig. In hoofdstuk 3 heb ik enkele opties gegeven:

1. Wanneer mogelijk een deskundige een percentage laten berekenen
2. Werknemers geen bonus geven

⁸⁷ Hof Den Haag 16 februari 2007, *JAR* 2007, 69.

En het lijkt mij belangrijk dat de deskundigen en juristen met elkaar blijven communiceren zoals in hoofdstuk 2 beschreven. De verdere werking van proportionele aansprakelijkheid zal de praktijk uitwijzen.

Mijns inziens is proportionele aansprakelijkheid een zeer goede ontwikkeling mits op juiste wijze toegepast. En dat zal lastig zijn in de praktijk. Mijns inziens is er geen eenduidig antwoord op mijn onderzoeksvraag. Dat is ook niet verrassend omdat proportionele aansprakelijkheid er voor moet zorgen dat er rechtvaardigere beslissingen worden genomen. Het zou dan onterecht zijn als het aannemen van proportionele aansprakelijkheid in het voordeel zou zijn van een der partijen. Maar na het schrijven van deze scriptie ben ik tot de conclusie gekomen dat op dit moment proportionele aansprakelijkheid vaker in het nadeel van de werknemer is. Anderzijds is het zo dat RSI en een burn-out voorheen niet werden erkend en nu wel dus dat is weer voordelig voor de werknemer.

Toch zal ik aanbevelen door te gaan met het toepassen van proportionele aansprakelijkheid omdat het rechtvaardigere beslissingen oplevert. In de maatschappij worden zoveel zaken opgelost door middel van proportionaliteit.

Literatuurlijst

Boeken

A.J. Akkermans e.a., *Proportionele aansprakelijkheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.

A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband: een rechtsvergelijkend onderzoek naar wenselijkheid, grondslagen en afgrenzing van aansprakelijkheid naar rato van veroorzakingswaarschijnlijkheid*, (diss. Tilburg) Deventer: Kluwer 1997.

A.J. Akkermans, *De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002.

H.L. Bakels, *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2007.

A.J.C.M. Geers e.a., *Schets Arbeidsomstandighedenrecht*, Deventer: Kluwer 1991.

T. Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade*, Deventer: Kluwer 1997.

S.D. Lindenbergh, *Arbeidsongevallen en beroepsziekten*, Deventer: Tjeenk Willink 2000.

S.D. Lindenbergh, *Alles is betrekkelijk. Over de relatie tussen normschending en sanctie in het aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2007.

S.D. Lindenbergh, *Schadevergoeding: algemeen, deel 1*, Deventer: Kluwer 2008.

S.D. Lindenbergh e.a., *Schadevaststelling en de rol van de deskundige*, Deventer: Kluwer 2008.

M.S.A. Vegter, *Vergoeding van psychisch letsel door de werkgever*, (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Sdu 2005.

Artikelen

A.J. Akkermans en A.J. Van, 'De medische expertise bij personenschade: knelpunten en mogelijke oplossingen', *TVP* 2002-2, p.57-61.

A.J. Akkermans, 'Proportionele schadevergoeding bij longkanker door asbest en/of roken', *VR* 1999, p.193-195.

C.J.H. de Groot, 'Aansprakelijkheid van de werkgever voor schade van de werknemer op grond van art. 7:611 BW', *Arbeid Integraal* 2008/1, p. 111-122.

T. Hartlief, 'Causaliteitsonzekerheid: betekenis en reikwijdte van den 'omkeringsregel'', *Ars Aequi* 2001-6, p. 452-459.

T. Hartlief, 'Causaliteitsonzekerheid. Opkomst en ondergang van de 'omkeringsregel'', *Ars Aequi* 2003-4, p.298-306.

M. Hartman en B.P. Dekker, 'De rolverdeling tussen rechter en medische deskundige', *AV&S* 2008-2, p.91-93.

G.J.J. Heerma van Vos, 'Schadevergoeding en goed werkgeverschap: over het gat in de aansprakelijkheidsregeling van het arbeidsrecht', *Arbeidsrecht* 2007-40, p. 15-23.

C.J.M. Klaassen, 'Proportionele aansprakelijkheid: een goede of kwade kans', *NJB* 2007, 22.

J.S. Kortmann, 'Karamus/Nefalit: proportionele aansprakelijkheid', *NJB* 2006/26.

H. Lebbing, 'Eigen schuld en werkgeversaansprakelijkheid', *PIV-Bulletin* 2005-2.

T. van Nieuwstadt, 'Werkgeversaansprakelijkheid voor ongevallen in het schemergebied tussen werk en privé: licht aan het einde van de (verkeers)tunnel?', *Arbeidsrecht* 2008-4, 19.

D. Prins en M.D. Spruit, 'Aansprakelijkheid voor letselschades: de rol van de medicus als deskundige', *TVP* 2004-1, p.11-13.

E.J.P. Schothorst-Gransier, 'Proportionele aansprakelijkheid bij asbestgerelateerde longkanker', *Bedrijfsjuridische berichten* 2006, 11.

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Proportionele aansprakelijkheid in het algemene aansprakelijkheidsrecht', *Bb* 2006-28, p. 98-100.

A.J. Van, 'De tuchtrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid van medische deskundigen', *Tijdschrift voor gezondheidsrecht* 2004-28, p. 505-516.

M.S.A. Vegter, 'Causaal verband en zorgplicht bij werkgeversaansprakelijkheid voor stressklachten', *ArbeidsRecht* 2008-32, p. 9-14.

B.C.J. van Velthoven en P.W. van Wijck, 'Proportionele aansprakelijkheid vanuit ex-ante perspectief', *AV&S* 2008-3, p.130-140.

A.J. Verheij, 'Kroniek van werkgeversaansprakelijkheid', *AV&S* 2008-3, p.153-162.

N. Vloemans, 'Kroniek aansprakelijkheid voor niet-loondienstgerelateerde asbestschade', *AV&S* 2008-1, p.35-47.

L.J. de Vroe, 'Art.7: 670 BW: een licht ontvlambare aansprakelijkheid voor de werkgever' *Arbeidsrecht* 2006-10, p. 9-14.

D. Zivkovic, 'Proportionele aansprakelijkheid voor de blootstelling aan sigarettenrook op de werkplek', *TVP* 2007-2, p.38-45.

Jurisprudentie

Hoge Raad

HR 21 juni 1974	<i>NJ</i> 1974, 453
HR 13 februari 1981	<i>NJ</i> 1981, 456
HR 06 april 1990	<i>NJ</i> 1990, 573
HR 9 oktober 1992	<i>NJ</i> 1994, 535
HR 22 januari 1999	<i>NJ</i> 1999, 534
HR 17 november 2000	<i>NJ</i> 2001, 92
HR 12 januari 2001	<i>NJ</i> 2001, 253
HR 19 januari 2001	<i>NJ</i> 2001, 524
HR 08 juni 2001	<i>NJ</i> 2001, 433
HR 16 november 2001	<i>JAR</i> 2001, 260
HR 04 oktober 2002	<i>NJ</i> 2004, 175
HR 29 november 2002	<i>RvdW</i> 2002, 190
HR 29 november 2002	<i>RvdW</i> 2002, 191
HR 16 mei 2003	<i>NJ</i> 2004, 176
HR 12 september 2003	<i>NJ</i> 2004, 177
HR 09 juli 2004	<i>LJN</i> AO 8171
HR 11 maart 2005	<i>JAR</i> 2005, 84
HR 18 maart 2005	<i>JAR</i> 2005, 100
HR 31 maart 2006	<i>RvdW</i> 2006, 328
HR 23 juni 2006	<i>NJ</i> 2006, 354
HR 01 februari 2008	<i>LJN</i> BB 6175
HR 01 februari 2008	<i>LJN</i> BB 4767
HR 14 maart 2008	<i>LJN</i> BC 6699
HR 12 december 2008	<i>LJN</i> BD3129
HR 19 december 2008	<i>LJN</i> BG 7775
HR 09 januari 2009	<i>LJN</i> BG4014

Rechtbank

Rb. Amsterdam 07 april 2004	<i>JAR</i> 2004, 108
Rb. Utrecht 11 augustus 2004	<i>LJN</i> AQ6504
Rb. Alkmaar 25 januari 2006	<i>JAR</i> 2006, 43
Rb. Zwolle 14 maart 2007	<i>LJN</i> BA 8968

Hof van Justitie

Hof Den Haag 12 mei 2006	<i>LJN</i> AX1690
Hof Arnhem 26 september 2006	<i>JAR</i> 2007, 30
Hof Den Haag 16 februari 2007	<i>JAR</i> 2007, 69
Hof Amsterdam 30 oktober 2007	<i>JAR</i> 2008, 11

Kantonrechter

Ktr. Middelburg 1 februari 1999	<i>NJ</i> 1999, 683
Ktr. Middelburg 29 september 2004	<i>JAR</i> 2004, 270
Ktr. Heerlen 13 december 2006	<i>LJN</i> AZ 6276

House of Lords

Barker v. Corus UKHL 20, nr.49