

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 7 april 2015

De leer van de proportionele aansprakelijkheid toegepast



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

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

De directe aanleiding voor het 'schrijven' van dit artikel is het arrest d.d. 7 april 2015 van het Hof 's-Hertogenbosch¹, waarover hierna meer. Allereerst geven wij voor een goed begrip van de materie een overzicht van de (voor dit artikel) relevante arresten van de Hoge Raad omtrent (de toepasselijkheid van) de leer van de proportionele aansprakelijkheid.

Het arrest Nefalit/Karamus

Het overzicht begint met het arrest Nefalit/Karamus van 31 maart 2006², waarin de Hoge Raad de leer van de proportionele aansprakelijkheid voor het eerst heeft toegepast en aanvaard. In de zaak die aan dit arrest ten grondslag ligt, ging het om een werknemer van een asbestbedrijf – de heer Karamus – bij wie longkanker was geconstateerd. De betreffende werknemer was tijdens de uitoefening van zijn werkzaamheden blootgesteld aan asbest, maar had ook jarenlang stevig gerookt. De werknemer hield zijn werkgever aansprakelijk op grond van art. 7:658 BW en startte een procedure. Uitgangspunt in de procedure was

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

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

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

Commentaar

De Hoge Raad plaatst de leer van de proportionele aansprakelijkheid in dit arrest dus in de sleutel van art. 6:99 BW (alternatieve causaliteit) en art. 6:101 BW (eigen schuld). De betreffende wetsartikelen zijn niet rechtstreeks van toepassing, maar de uitgangspunten die aan de betreffende artikelen ten grondslag liggen spelen wel een rol van betekenis. Het uitgangspunt van art. 6:99 BW is dat, wanneer de schade het gevolg kan zijn van twee of meer gebeurtenissen voor elk waarvan een andere persoon aansprakelijk is en vaststaat dat de schade door ten minste één van die gebeurtenissen is ontstaan, elk van de betreffende personen aansprakelijk is. Het meest bekende voorbeeld uit de rechtspraak waarin de regel van art. 6:99 BW is toegepast, betreft de DES-zaak³. In deze zaak ging het om vrouwen die gezondheidsschade leden doordat hun moeders in het verleden het farmaceutisch middel DES hadden gebruikt. Er waren meerdere producenten van DES en de vrouwen slaagden er niet in de te bewijzen welke producent precies de door hun moeders gebruikte DES op de markt had gebracht. Met toepassing van art. 6:99 BW werden alle producenten hoofdelijk aansprakelijk geoordeeld ten opzichte van de vrouwen. Het uitgangspunt van art. 6:101 BW is dat, wanneer de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend, de vergoedingsplicht van de aansprakelijke partij in zoverre wordt verminderd.

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

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

Het arrest 'Isala/X'

Het tweede arrest van de Hoge Raad over proportionele aansprakelijkheid dat wij willen bespreken dateert van 9 januari 2009⁴. In de zaak die aan dit arrest ten grondslag ligt, ging het om een medisch secretaresse die tijdens haar werkzaamheden was blootgesteld aan sigarettenrook en al vóór haar dienstverband aan astma leed. De betreffende secretaresse was gedurende haar dienstverband uitgevallen als gevolg van toegenomen astmaklachten en hield haar werkgever Isala aansprakelijk voor de financiële gevolgen daarvan. Isala slaagde er niet in aan te tonen dat zij haar zorgplicht had nageleefd. Deskundigenonderzoek had uitgewezen dat de kans 80-100% was dat de astmaklachten van de werknemer waren verergerd door de blootstelling aan sigarettenrook tijdens het werk; en dat de kans evenzeer 80-100% was dat de astmaklachten van de werknemer – uiteindelijk en binnen een ander tijdsbestek – ook zonder blootstelling aan sigarettenrook zouden zijn verergerd.

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

Commentaar

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

> Het arrest 'Fortis/Bourgonje'

Het derde arrest van de Hoge Raad over proportionele aansprakelijkheid dat wij de revue laten passeren dateert van 24 december 2010⁵. In dit arrest, dat bekend staat onder de naam 'Fortis/Bourgonje', was sprake van een geschil tussen een belegger en diens vermogensbeheerder. De vermogensbeheerder had verzuimd de belegger indringend te adviseren bepaalde aandelen op een bepaald moment te verkopen. De belegger leed schade doordat hij de aandelen op dat specifieke moment niet had verkocht. De vraag kwam vervolgens op of de belegger, indien de vermogensbeheerder hem het advies tot verkoop van de aandelen wél zou hebben gegeven, daarnaar geluisterd zou hebben. De belegger kon dit niet bewijzen. De belegger bepleitte daarop de toepassing van de leer van de proportionele aansprakelijkheid. De Hoge Raad ging daarin niet mee.

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

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

Commentaar

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

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

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

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

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

Het arrest 'Nationale-Nederlanden/moeder en zoon'

In het vierde en laatste arrest van de Hoge Raad over de toepasselijkheid van de leer van de proportionele aansprakelijkheid dat wij willen behandelen⁶, ging het om verkeersaansprakelijkheid. Er had een aanrijding plaatsgevonden tussen een Alfa Romeo waarin een zwangere vrouw op de bijrijdersstoel zat en een bij Nationale-Nederlanden ingevolge de WAM verzekerde BMW, waarvan de bestuurder een voorrangsfout had gemaakt. Enige tijd na de aanrijding beviel de vrouw van een zoon, bij wie enige maanden na zijn geboorte een hersenbeschadiging (PVL) werd geconstateerd. De vraag die opkwam, was of deze PVL het gevolg was van de aanrijding of van postnatale problemen, bestaande in een syndroom genaamd RDS. Uit deskundigenonderzoek was gebleken dat zowel het verkeerstrauma als de postnatale problemen (de RDS) dan wel beide oorzaken de schade van de zoon konden hebben veroorzaakt. Het hof paste om die reden de leer van de proportionele aansprakelijkheid toe. In cassatie werd daarover niet geklaagd, maar was de vraag aan de orde of er vervolgens, analoog aan art. 6:101 BW, nog ruimte is voor de billijkheidscorrectie. De Hoge Raad oordeelde dat een bijstelling naar boven van het aansprakelijkheidspercentage niet aan de orde is, maar voegde daaraan toe dat een bijstelling naar beneden "onder specifieke omstandigheden" wel tot de mogelijkheden behoort. Er moet daarvoor sprake zijn, aldus de Hoge Raad, "van causale omstandigheden aan de zijde van de benadeelde die niet reeds verdisconteerd (konden) zijn in het kader van de proportionele aansprakelijkheid zelf". Ter illustratie overwoog de Hoge Raad als volgt: "Wanneer bijvoorbeeld enige tijd na een verkeersongeval de bestuurder van de aangereiden auto ziek wordt, en onzeker blijft of die ziekte is veroorzaakt door het ongeval dan wel door een lichamelijke gesteldheid die voor zijn eigen risico komt (dan wel door een combinatie van beide oorzaken), zou met toepassing van de proportionele aansprakelijkheid besloten kunnen worden tot een vergoedingsplicht van de voor het ongeval aansprakelijke partij van (bijvoorbeeld) 40% van de schade; indien het ongeval echter mede was veroorzaakt door een verkeersfout van de benadeelde zelf, zou de aldus bepaalde vergoedingsplicht op grond van art. 6:101 lid 1 BW nog verminderd kunnen worden in overeenstemming met de mate waarin ieders verkeersfout tot het ongeval heeft bijgedragen, en zou vervolgens op grond van de billijkheidscorrectie als bedoeld aan het slot van lid 1 ook tot een andere verdeling van de schade besloten kunnen worden. In laatstbedoeld geval kan de billijkheidscorrectie er echter niet toe leiden dat alsnog een groter deel van de schade voor rekening van de aansprakelijke partij wordt gebracht dan op grond van de proportionele aansprakelijkheid was vastgesteld (in dit voorbeeld: 40% van de schade), omdat anders een aansprakelijkheid zou worden gevestigd die verder gaat dan waartoe de regel van de proportionele aansprakelijkheid reikt".

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

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

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

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

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

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

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

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

Commentaar

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

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

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

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

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

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

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

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

¹ ECLI:NL:GHSHE:2015:1249, RAV 2015, 77.

² ECLI:NL:HR:2006:AU6092, NJ 2011, 250.

³ ECLI:NL:HR:1992:ZC0706, NJ 1994, 535.

⁴ ECLI:NL:HR:2009:BG4014, VR 2009, 28.

⁵ ECLI:NL:HR:2010:BO1799, RAV 2011, 34.

⁶ ECLI:NL:HR:2012:BX8349, NJ 2013, 236.