

de dekking van kracht ten aanzien van aanspraken tijdens de uitlooptermijn kenbaar gemaakt ter zake van fouten van vóór het faillissement. Door het ontbreken van openbaar gemaakte cijfers kan niet goed worden beoordeeld welke waarde de aansprakelijkheidsverzekering in de praktijk voor commissarissen heeft. Gelet op de in de polis geformuleerde uitsluitingen moeten de verwachtingen daarover niet al te hoog gespannen zijn. Baat zal de commissaris in de regel wel hebben bij de eveneens in de polis opgenomen rechtsbijstandsdekking. In overleg met verzekeraars gemaakte kosten van het voeren van verweer en van een schaderegeling etc. komen voor vergoeding in aanmerking. Ook anderszins kan een aansprakelijkheidspolis voor de commissaris enige 'comfort value' hebben. Zo wees de President van de Rechtbank Amsterdam in zijn hiervoor genoemd vonnis van 9 december 1997, JOR 1998, 7 m.nt Van Solinge het verzoek van de curatoren om ten laste van de – tegen aansprakelijkheid verzekerde – commissarissen van Text Lite beslag te mogen leggen onder meer af omdat het bestaan van de aansprakelijkheidsverzekering voor de curatoren al "een aanzienlijke zekerheid" vormde.

8. Tot besluit

De raad van commissarissen heeft twee kerntaken, te weten het houden van toezicht en het geven van advies. We hebben gezien dat met name tekortkomingen bij het uitoefenen van het toezicht op het bestuur kunnen leiden tot persoonlijke aansprakelijkheid van commissarissen. Het gaat dan vooral om gevallen waarin de commissarissen ernstige passiviteit kan worden verweten. Beschikken de commissarissen over aanwijzingen dat de bestuurders hun taak op onbehoorlijke wijze vervullen, bijvoorbeeld door schending van vertegenwoordigingsafspraken, door te handelen in strijd met de statuten of door het niet naleven van de wettelijke administratieverplichtingen, dan dienen de commissarissen niet alleen aan te dringen op correctie maar zonodig ook zelf daartoe de nodige maatregelen af te dwingen. In het uiterste geval, zo leert de Bodam-zaak, zal een commissaris ter vermindering van aansprakelijkheid zijn verantwoordelijkheid moeten nemen door af te treden, zonder dat hem dan kan worden verweten een zinkend schip te hebben verlaten.

Prof. mr. C.J.J.M. Stolker
Mr. C.M.J.F. Moelands

Cijsouw II en de gevolgen voor de werkgevers-aansprakelijkheid voor beroepsziekten

Enkele weken geleden wees de Hoge Raad een arrest dat belangrijk kan zijn voor de aansprakelijkheid van de werkgever voor beroepsziekten van de werknemer.¹ Het gaat om het vervolg op het arrest Cijsouw/De Schelde;² het toepasselijke recht is art. 7A:1638x BW (oud). Aan de orde is de vraag of het bedrijf De Schelde in de periode 1949-1967 is tekortgeschoten in haar verplichting om al die veiligheidsmaatregelen te nemen welke waren vereist met het oog op de haar bekende

gevaren van het werken met asbest én of dit verzuim de kans dat zich bij Cijsouw een mesotheliom zou ontwikkelen in aanzienlijke mate heeft verhoogd.

In deze korte bijdrage wordt de stand van zaken vóór dit arrest geschetst (nr. 1), het oordeel van de Hoge Raad in Cijsouw II (nr. 2) en wordt kort naar de gevolgen voor de toekomst gekeken (nr. 3).

I. De stand van zaken vóór Cijsouw II

Uit de formulering van het toepasselijke art. 7A:1638x lid 2 volgt dat het aan de werknemer is

1 HR 2 oktober 1998, RvdW 172C; NJB, p. 1745/1746 (hierna Cijsouw II).

2 HR 25 juni 1996, NJ 1996, 686 (hierna Cijsouw I).

om te stellen en bij betwisting te bewijzen dat de werkgever tekort is geschoten in zijn verplichting de in lid 1 genoemde veiligheidsmaatregelen te treffen.³ Omdat deze bewijslast zwaar is, is de Hoge Raad de werknemer in het arrest Janssen/Nefabas tegemoet gekomen.⁴ Ofschoon het uitgangspunt van het artikel bleef dat het aan de werknemer was om te stellen en bij betwisting te bewijzen, kon van de werkgever wel een vergaande medewerking⁵ worden verwacht, bestaande uit het aangeven van die omstandigheden die meer in zijn sfeer liggen dan in de sfeer van de werknemer.⁶ Zo kan van de werkgever worden verlangd dat hij met feiten en omstandigheden komt die aannemelijk maken dat en op welke wijze hij aan de wettelijke regels heeft voldaan. Maar ook dat hij aangeeft, indien wettelijke regels ontbreken of onvoldoende zijn uitgewerkt, in hoeverre hij zich tijdig heeft laten informeren over de aan asbest verbonden gevaren en de met het oog daarop te treffen voorzieningen. De beschikbaarheid van internationale kennis omtrent de desbetreffende gevaren kan hierbij van belang zijn. Tevens is het aan de werkgever om aan te geven wat in de desbetreffende periode in soortgelijke bedrijven, de gebruikelijke norm voor veiligheid was.

Inmiddels is, zoals men weet, art. 7A:1638x BW sinds 1 april 1997 vervangen door art. 7:658 BW. Dit artikel, dat blijkens lid 3 van dwingend recht is, legt de bewijslast expliciet op de werkgever. Uit lid 2 volgt dat de werknemer kan volstaan met bewijzen dat hij schade heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden; het is dan aan de werkgever om aan te tonen dat hij de in lid 1 genoemde verplichtingen wel degelijk is nagekomen of dat de schade in belangrijke mate te wijten is aan opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer.⁷

In Cijsouw I heeft de Hoge Raad zich gebogen over een drietal kwesties. Eén daarvan ging over het moment waarop van de werkgever mag worden verwacht dat hij maatregelen treft gericht op het voorkomen van, althans beschermen, tegen de ziekte. Dat moment hangt, aldus de Hoge Raad, af van de omstandigheden van het geval. Daarbij zal onder meer van belang zijn welke mate van zekerheid in de medische wetenschap bestaat omtrent de blootstelling aan een bepaalde stof en het gevaar voor het ontstaan van een bepaalde ziekte, of het gaat om een stof waarvan al andere schadelijke werkingen bekend zijn en de ernst van het gevaar, terwijl voorts rekening moet worden gehouden met enig tijdsverloop, gemoeid met het door de werkgever terzake te verrichten onderzoek.

Een tweede vraag betrof de werkgeversaansprakelijkheid voor nog onbekende gevaren. Daarover

oordeelde de Hoge Raad dat de werkgever die gedurende het gehele dienstverband tekort is geschoten in zijn verplichting om al die maatregelen te nemen welke waren vereist met het oog op de hem bekende gevaren van het werken met asbest, aansprakelijk is zelfs als dit verzuim geleid heeft tot de verwezenlijking van een de werkgever nog onbekend gevaar, zoals in casu mesothelioom. Dat is slechts anders indien de werkgever aannemelijk maakt dat het nemen van de destijds vereiste veiligheidsmaatregelen de verwezenlijking van het toen onbekende gevaar waarschijnlijk niet had kunnen voorkomen. Dit aspect, dat wij in deze korte bijdrage verder onbesproken laten, keerde terug in Cijsouw II (r.o. 3.5).

De derde kwestie waarover de Hoge Raad zich in Cijsouw I boog, betrof de regeling van het bewijsrisico. De strekking van art. 7A:1638x BW brengt met zich mee dat de werkgever zich er niet op kan beroepen dat de werknemer, die gedurende het hele dienstverband in aanraking is geweest met asbest, de fatale asbestvezel mogelijk heeft binnengekregen in een periode van het dienstverband waarin de werkgever van ontbreken van veiligheidsmaatregelen geen verwijt viel te maken.

2. De Hoge Raad in Cijsouw II

Na verwijzing onderzocht het Hof de stelling van, de inmiddels overleden, Cijsouw dat De Schelde in de periode 1949-1967 tekort was geschoten in haar verplichting om al die veiligheidsmaatregelen te nemen welke waren vereist met het oog op de haar bekende gevaren van het werken met asbest en dat dit verzuim de kans dat zich bij Cijsouw een mesothelioom zou ontwikkelen in aanzienlijke mate heeft verhoogd. Het Hof stelde de erven van Cijsouw in het gelijk en van deze uitspraak komt De Schelde in cassatie.

In cassatie stelt De Schelde dat de vraag of zij in strijd met art. 7A:1638x BW heeft gehandeld, dient te worden beoordeeld naar de in de betrokken periode geldende normen die, nu deze ontbreken of onvoldoende zijn uitgewerkt, mede worden bepaald door de toen geldende maatschappelijke opvattingen. Daartoe voert zij een aantal, op het eerste gezicht, zeer overtuigende omstandigheden aan:

3. Aldus ook IIR 25 juni 1982, NJ 1983, 151, p. 447, r.o. 3.3 en 3.4.

4. IIR 6 april 1990, NJ 1990, 573.

5. HR 6 april 1990, NJ 1990, 573, r.o. 3.4 en 3.5.

6. De werknemer mag zich echter wegens de aard van de materie tot hoofdlijnen beperken.

7. Zie voor uitleg van 'in belangrijke mate' en 'bewuste roekeloosheid', HR 20 september 1996, NJ 1997, 198.

- * asbest of asbesthoudende materialen waren algemeen gebruikelijk;
- * deze materialen waren nog niet vervangbaar door andere materialen;
- * de situatie in andere, soortgelijke bedrijven was niet gunstiger dan de situatie bij De Schelde;
- * het gebruik van asbest was van overheidswege voorgeschreven;
- * de bedrijfsarts van De Schelde verricht onderzoek naar het gebruik van asbest;
- * en bovendien had de Arbeidsinspectie geen verdergaande maatregelen voorgeschreven of aanbevolen.

Het blijkt – voor De Schelde kan het nauwelijks als een verrassing zijn gekomen – niet te helpen:

‘Onderdeel 2.1 stelt op zichzelf met juistheid voorop dat de vraag of De Schelde in strijd met art. 1638x heeft gehandeld, moet worden beoordeeld naar de in de betrokken periode geldende normen die, wanneer zoals hier het geval is wettelijke normen ontbreken of onvoldoende zijn uitgewerkt, mede worden bepaald door de toen geldende maatschappelijke opvattingen. Anders dan het onderdeel betoogt, heeft het Hof dit evenwel niet miskend. Het heeft geoordeeld dat hetgeen De Schelde in dit verband had aangevoerd, te weten dat asbest of asbesthoudende materialen destijds nog algemeen gebruikelijk waren en niet vervangbaar waren door andere materialen, en dat de situatie in andere bedrijven niet gunstiger was, niet afdoet aan zijn oordeel dat De Schelde is tekortgeschoten in haar verplichtingen. (...)’

132

Dat het werken met asbest gebruikelijk en maatschappelijk aanvaard was, betekent immers nog niet dat een werkgever mag afzien van het treffen van de vereiste veiligheidsmaatregelen met het oog op de daaraan verbonden gevaren die hem bekend zijn of behoren te zijn. Nu het gaat om wat de betrokken werkgever bekend is of moet zijn, is evenmin van doorslaggevende betekenis dat in andere vergelijkbare bedrijven deze veiligheidsmaatregelen ook niet zijn getroffen ...

Voorzover het onderdeel nog aanvoert dat het Hof andere door De Schelde aangevoerde omstandigheden –

8 Zie over dit aspect voorts uitvoeriger de belangrijke bijdragen aan het 2d International Liability Forum, Munchener Ruck 1998, van Hans-Jürgen Schinzler *Some thoughts on the predictability of liability risks*, p 8 e v., en van Michael G. Faure, *Long term risks, liability and insurability considerations on efficiency and justice*, p 22 e v.

9. Zie reeds eerder het arrest Janssen/Nefabas

10 Zie r.o. 3.3.3, waaruit blijkt dat het Hof erkent dat afschaffing van asbestgebruik wellicht nog niet mogelijk was, maar dat dit er niet aan in de weg staat dat De Schelde wel gehouden was tot een, wel mogelijke, vermindering van dat gebruik, en in ieder geval tot het treffen van strengere veiligheidsmaatregelen

11 Zie conclusie A-G Spier onder punt 4.3.12.

kort samengevat: dat gebruik van asbest van overheidswege was voorgeschreven, dat de bedrijfsarts van De Schelde onderzoek deed omtrent het gebruik van asbest, en dat de Arbeidsinspectie geen verdergaande maatregelen heeft voorgeschreven of aanbevolen – niet in zijn overwegingen heeft betrokken, is het eveneens tevergeefs voorgesteld. Kennelijk en niet onbegrijpelijk heeft het Hof geoordeeld dat deze omstandigheden niet afdoen aan zijn oordeel dat hetgeen De Schelde wist of moest weten omtrent de gevaren van het werken met asbest haar hadden moeten nopen tot het treffen van meer en andere veiligheidsmaatregelen dan zij in feite heeft gedaan.’

Weliswaar deelt de Hoge Raad, evenals het Hof, het uitgangspunt dat de aansprakelijkheidsvraag naar de destijds geldende normen moet worden beoordeeld – dat kon ook bijna niet anders⁸ – toch kon het Hof wel degelijk tot de slotsom komen dat al die aangevoerde omstandigheden, hoezeer die ook een bepaald gedrags- en normpatroon bij de overheid en het bedrijfsleven weerspiegelen, er niet toe konden leiden dat De Schelde mocht afzien van het treffen van die veiligheidsmaatregelen welke waren vereist met het oog op de gevaren die bij haar bekend waren, althans behoorden te zijn. En ook het feit dat andere, vergelijkbare bedrijven, op dezelfde (nalatige) manier handelden, is niet van doorslaggevende betekenis.⁹

De pijn zit, kort gezegd, niet in het werken met asbest als zodanig,¹⁰ maar in de wijze waarop met asbest werd gewerkt. Zo blijkt uit getuigenverklaringen, weergegeven door A-G Spier, dat er met de bescherming van de werknemers veel mis was.¹¹ Ter illustratie een voorbeeld: een werknemer verklaart dat hem van enige afzuiging van stof nooit iets is gebleken. Wat adembeschermers betreft, kon hij vertellen dat de werknemers wel een masker kregen, maar dat het viltje van dit masker binnen tien minuten zo vochtig en dicht met stof was, dat ademen zo goed als onmogelijk werd. De benodigde nieuwe viltjes werden niet verstrekt; die waren namelijk nooit in voorraad. Ze moesten altijd "uit Rotterdam" komen, alleen ze kwamen nooit. Als je als werknemer dan zei: "Ik ga zonder dat ding die ruimte niet in, dan kon je je jas pakken en hoefde je niet meer terug te komen."

3. De gevolgen van Cijssouw II

Wat betekent Cijssouw II voor toekomstige procedures over beroepsziekten? Neem – met A-G Spier in zijn conclusie onder 5.16 – RSI: een vorm van letsel waaraan velen lijden die vaak en langdurig achter het computerscherm teksten invoeren. Zeer veel werknemers werken met computers. Moeten werkgevers straks vrezes voor een

golven van claims? Wellicht niet als het gaat om het werken met computers als zodanig; wel op het punt van de te nemen veiligheidsmaatregelen: maatregelen van verschillende aard die RSI moeten helpen voorkomen of die werknemers tijdig de gelegenheid moeten bieden te herstellen van hun letsel. Schiet de werkgever-van-nu op dat punt tekort – en daarvan zal met de mogelijkheden de computer op goedkope wijze te voorzien van een dicteerprogramma wellicht al spoedig sprake zijn – dan loopt hij het gevaar daar vroeg of laat voor te moeten boeten. Spier lijkt daarover zelfs vrij zeker. Hij schrijft:

‘Veronderstellenderwijs aannemend dat er methodes be-

staan om deze kwaal te voorkomen en/of te verminderen, is m.i. niet aan ernstige twijfel onderhevig dat een werkgever op grond van art. 7:685 BW aansprakelijk is wanneer zijn werknemer tijdens zijn werkzaamheden RSI heeft opgelopen.’

Het feit dat in andere vergelijkbare bedrijven bepaalde veiligheidsmaatregelen ook niet werden genomen, is bovendien niet beslissend. Mogelijk wordt de werkgever in zo'n geval wel enige tijd gegund om de benodigde veiligheidsmaatregelen te effectueren. Werkgevers zullen er in elk geval goed aan doen hun activiteiten op het punt van preventie zorgvuldig te documenteren (vergelijk het eerder genoemde arrest Janssen/Nefabas).

HOGE RAAD

BEDRIJFS- AANSPRAKELIJKHEID

Aansprakelijkheid bank Zorgplicht bij optie-handel

*HR 26 juni 1998, NJ 1998, 660
(Van de Klundert/ Coöperatieve
Rabobank)*

De feiten

De kern van het geschil betreft de vraag of de toenmalige Coöperatieve Rabobank Sprundel-Sint Willebrord B.A. (hierna ‘de Rabobank’) aansprakelijk kan worden gesteld voor het feit dat op de door Van de Klundert bij de Rabobank aangehouden rekening ten tijde van de beurskrach in oktober 1987 als gevolg van optie-transacties een negatief saldo is ontstaan van circa f 468.000,-. Een belangrijke kwestie is in dit verband of het Reglement voor de Handel van de European Options Exchange (EOE) en meer in het bijzonder artikel 31 onder (f) en (m) hiervan, inhoudt, althans tot gevolg heeft, dat de Rabobank wanprestatie jegens Van de Klundert heeft gepleegd door het aanvaarden van diens opdrachten terwijl Van de Klundert niet aan zijn marge-verplichtingen had voldaan of in staat was het verlies te dragen waarop de beoogde investering in opties zou kunnen uitlo-

pen. De betreffende bepalingen luiden:

*artikel 31(f): ‘Iedere Public Order Member zal voortdurend, alvorens een order van een Client te accepteren, nagaan of de Client zich voldoende bewust is van zijn rechten en plichten en van de risico's die het beleggen in opties met zich meebrengt en of hij in staat is een verlies te dragen waarop enige beoogde investering in opties zou kunnen uitlopen’

*artikel 31(m): ‘Voorafgaande aan een Openingsverkoop of een Uitoefening zal de Public Order Member van de Client voordere dat deze de door de EOE vereiste marge zal verschaffen (de te verschaffen marge zal, voordat de order wordt uitgevoerd, door de Public Order Member in redelijkheid worden geschat)’

Voor de feiten die aan de respectievelijke rechterlijke uitspraken waartoe de onderhavige zaak heeft geleid ten grondslag liggen, kan worden teruggegrepen op r.o. 3.1 van het tussenvonnis van de Rechtbank d.d. 12 mei 1992:

– Partijen hebben op 8 mei 1987 een overeenkomst tot kredietverstrekking in rekening-courant gesloten (krediet f 35.000,-), betrekking hebbende op de rekening van Van de Klundert bij de Rabobank nr. 14 86 60 495.

– De rekening is gebruikt voor optie-transacties en het saldo na uitwinning van enige zekerheden bedraagt thans f 433.910,28 in debet.

– Van de Klundert heeft aan zijn ad-

viseur Drs. Lavrijsen volmacht gegeven om via deze rekening optie-transacties uit te voeren en blijkens de brief van de Rabobank d.d. 26 februari 1986 waren Van de Klundert en Lavrijsen bevoegd om rechtstreeks telefonisch optie-orders aan Rabobank Nederland te Utrecht te geven. De volmacht aan Lavrijsen is blijkens de brief van 22 september 1988 van Van de Klundert aan de Rabobank toen ingetrokken.

– Na zich aanvankelijk slechts bezig gehouden te hebben met het kopen van put- en call-opties heeft Van de Klundert zich vanaf eind augustus 1987 begeven in het verkopen oftewel schrijven van opties op de European Options Exchange (EOE)¹

– De optie-orders konden geplaatst worden via de Rabobank Sprundel – B-lid van de EOE als Public Order Correspondent Member (P.O.C.M.) – danwel rechtstreeks aan de optietafel van de Rabobank Nederland – A-lid van de EOE als Public Order Member (P.O.M.). Bij de Rabobanken geldt het stelsel waarin de aangesloten banken orders van hun eigen cliënten verzamelen en die worden door de centrale bank Rabobank Nederland doorgesluisd naar de optiebeurs. Op de relatie tussen de P.O.C.M./P.O.M. en de optiebeurs EOE is onder meer van toepassing het Reglement voor de Handel, waarvan ten deze artikel 31(f) en (m) van belang zijn, (zoals hiervoor reeds geciteerd).

– Van de Klundert heeft de zogehe-