De rechtspraktijk zal in dit kader helaas met deze vragen blijven worstelen, tenzij de Hoge Raad in 2013 zijn kans grijpt om een groot aantal daarvan duidelijker dan nu het geval is te beantwoorden. De zaak Ritsma/Lansink biedt die kans. Die zaak kan daarmee op vele gebieden het sluitstuk worden van de ontwikkeling die zo'n twintig jaar geleden in asbestzaken werd ingezet.

Het is te hopen dat anno 2013 de zaak van de Erven van Ritsma tot een op beschaving lijkende vorm van bescherming zal leiden, hetzij door een inhoudelijk oordeel daaromtrent van de Hoge Raad, dan wel door een doorgedrongen besef in de Tweede Kamer dat wij met het huidige systeem de risico's van de arbeid in ons tijdsgewricht, ondanks de beschermingsratio van het arbeidsrecht, afwentelen op de schouders die dat het minste kunnen dragen: de werknemers.

De Hoge Raad staat voor een uitdaging. Het valt voor de slachtoffers en de rechtspraktijk te hopen dat de Hoge Raad niet voor die uitdaging wegloopt. De praktijk wacht op meer duidelijkheid in de ontwikkeling van het leerstuk van de bescherming van beroepsziekteslachtoffers.

| 3 | De juridische aspecten van de behandeling van beroepsziektezaken

mr. D.J. van der Kolk[1]

In dit artikel worden de juridische aspecten van de behandeling van beroepsziektezaken bezien vanuit de positie van de werkgever en diens verzekeraar. Hierbij wordt uitvoerig ingegaan op de bewijslastverdeling- en volgorde, het causale verband (waaronder predispositie, pre-existentie, onzeker causaal verband en alternatieve causaliteit). Dit wordt zoveel mogelijk aan de hand van voorbeelden toegelicht. Ook wordt een praktische aanpak voorgesteld. Tot slot worden enkele juridische complicaties als verjaring en de mogelijkheid van een verzoek ex artikel 843a Rv besproken.

Inleiding

Bij beroepsziekten is sprake van een sluipend ziekteproces dat zich meestal over een reeks van jaren heeft voltrokken. In tegenstelling tot klassieke arbeidsongevallen kan niet slechts één ontstaansmoment van letsel aangewezen worden. Daarbij komt dat beroepsziekten vaak medisch niet of moeilijk te objectiveren zijn en het jaren kan duren voordat de diagnose duidelijk is. Ook het aantonen van causaal verband kan problematisch zijn: een ziekte kan immers ook zijn grondslag vinden in een oorzaak die buiten de werksfeer ligt. Gezien de soms lange incubatietijd speelt juridisch gezien verjaring ook een rol.

Hierna zal besproken worden wat de bewijslastverdeling (en volgorde) is en tegen welke aspecten werknemers en werkgevers daarbij aanlopen. Bij de bespreking van het causale verband zal ook ingegaan worden op predispositie, pre-existentie, onzeker causaal verband en alternatieve causaliteit. Uiteraard wordt dit zoveel mogelijk aan de hand van voorbeelden toegelicht. Ook wordt een praktische aanpak voorgesteld. Tot slot zullen enkele juridische complicaties als verjaring en de mogelijkheid van een verzoek ex artikel 843a Rv besproken worden.

Bewijslastverdeling

Artikel 7:658 lid 2 BW bepaalt dat de werkgever jegens de werknemer aansprakelijk is voor de schade die de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt, tenzij hij aantoont dat hij de in lid 1 genoemde verplichtingen is nagekomen. Uit dit artikel volgt aldus dat de werkgever alleen aansprakelijk kan zijn indien:

1. de werknemer schade lijdt (ziektebeeld);
2. de schade wordt geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden (causaal verband);

Indien aan 1) en 2) is voldaan, dient de werkgever te bewijzen dat deze aan zijn zorgverplichting heeft voldaan. Aldus volgt uit de wet dat het de werknemer is die dient te bewijzen dat hij schade lijdt en deze in verband staat met zijn werkzaamheden. Het is dan vervolgens aan de werkgever om te stellen en te bewijzen dat hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan. Dat een werknemer niet kan volstaan met de stelling dat hij schade zou kunnen hebben geleden, blijkt ook uit een arrest van de Hoge Raad van 26 januari 2001, NJ 2001, 597 (Weststrate/De Schelde).

---

[1] Derk-Jan van der Kolk is werkzaam bij Van Traa Advocaten te Rotterdam. De auteur is dank verschuldigd aan mr. Johan Grauss en mr. Veneta Oskam, voor hun vele voorbereidende werkzaamheden.

Kort gezegd sprak de werknemer, Weststrate, De Schelde aan voor de schade waarvan hij stelde deze tijdens zijn dienstverband bij De Schelde te hebben opgelopen aangezien hij aan asbest zou zijn blootgesteld en De Schelde tekort zou zijn geschoten in haar zorgverplichting. De Hoge Raad bevestigde dat in beginsel de hoofdregel van artikel 177 Rv (oud) (artikel 150 Rv) geldt. Dit betekent dat het bewijs van blootstelling op de werknemer rust. De Hoge Raad oordeelde vervolgens dat de strekking van artikel 7:658 BW niet meebracht dat in de betreffende situatie afwijkende regels van stelplicht en bewijslast zouden moeten gelden. De Hoge Raad zag geen reden tot omkering van de bewijslast. Anders gezegd, de hoofdregel luidt dat het aan de werknemer is te stellen en te bewijzen dat deze in de uitoefening van zijn werkzaamheden aan een gevaar (bijvoorbeeld gevaarlijke stoffen) is blootgesteld.

In het arrest van de Hoge Raad van 9 januari 2009 (LJN BF 8877, Landskroon/BAM), is opnieuw bevestigd dat het enkele feit dat sprake zou zijn van enerzijds (zware) belastende werkzaamheden en anderzijds van gezondheidsklachten die door deze werkzaamheden kunnen zijn veroorzaakt, niet zonder meer kan leiden tot het benodigde juridische oorzakelijk verband. Daarvoor is meer nodig. Het is aan de werknemer om niet alleen te stellen en zo nodig te bewijzen dat hij belastende werkzaamheden heeft verricht die zijn klachten kunnen hebben veroorzaakt, maar ook dat hij stelt en zo nodig aannemelijk maakt dat hij lijdt aan klachten welke door die blootstelling kunnen zijn veroorzaakt. De Hoge Raad volgde het Hof in zijn oordeel dat:

"voor toepassing van de in het onderdeel bedoelde regel van bewijslastverdeling is nodig dat de werknemer niet alleen stelt, en zo nodig bewijst, dat hij zijn werkzaamheden heeft moeten verrichten onder omstandigheden die schadelijk kunnen zijn voor zijn gezondheid, maar ook dat hij stelt en zo nodig aannemelijk maakt dat hij lijdt aan gezondheidsklachten welke door deze omstandigheden kunnen zijn veroorzaakt" (zie r.o. 3.3.3).

Verdere steun voor deze lezing van het arrest Landskroon/BAM is te vinden in nummer 4 van de noot van Tjong Tjin Tai onder dit arrest.[2] Deze lijn in de jurisprudentie werd bevestigd door onder meer het Gerechtshof te Amsterdam op 21 april 2009.[3]

Kortom, de werknemer moet aantonen dat hij in de uitoefening van zijn werkzaamheden in *zodanige mate* aan schadelijke omstandigheden (bijvoorbeeld stoffen) *is blootgesteld*, dat zijn aandoening door *die* beroepsmatige blootstelling *kan zijn veroorzaakt*. In dat verband zal de werknemer onder meer moeten stellen en zo nodig bewijs moeten leveren van de aard en de inhoud van zijn werkzaamheden.[4] Deze rechtsregel die volgt uit (onder meer) voornoemde uitspraken is van groot belang bij de beoordeling van zaken waarin moeilijk definieerbare aandoeningen en andere ziektebeelden die de klachten kunnen verklaren, een rol spelen. Zo mag bij burnout van de werknemer verwacht worden dat hij bewijst dat hij voorafgaand aan diens arbeidsongeschiktheid stelselmatig een aanzienlijk aantal uren overwerk verrichtte en daardoor werd overbelast, en dat de omvang van het overwerk en de overbelasting voor de werkgever kenbaar was.

OPS/CTE is een ziekte die gepaard gaat met een uitermate algemeen en op een aantal punten uiterst vaag en moeilijk te objectiveren klachtenbeeld, waarbij sprake is van symptomen die allerlei oorzaken kunnen hebben. Aan de hand van inclusie- en exclusiecriteria dient te worden beoordeeld of sprake is van OPS/CTE. Dit wordt ook in de rechtspraak bevestigd.[5] OPS/CTE is uiteindelijk een uitsluitingsdiagnose, zodat allereerst alle andere mogelijke aandoeningen dienen te worden geëlimineerd, voordat men de diagnose OPS überhaupt kan stellen. Daarbij is de relevante blootstelling essentieel. Het Protocol[6] schrijft in dat kader dwingend voor dat er tenminste vijf jaar regelmatige blootstelling aan organische oplosmiddelen op het werk moet zijn geweest waarbij de blootstelling substantieel hoger is dan de MAC-waarde[7]. De blootstelling moet tot tenminste drie jaar geleden hebben plaatsgevonden en de eerste symptomen van mentale stoornissen moeten optreden binnen een jaar na het staken van de blootstelling. Het enkele feit dat met toxische stoffen is gewerkt is onvoldoende om OPS/CTE en blootstelling aan te nemen. In dit verband is lezenswaardig het recente arrest van het Gerechtshof Leeuwarden van 18 september 2012.[8] In die zaak vond een uitgebreid deskundigenonderzoek plaats naar de oorzaken van het ontstaan van OPS/CTE, of een minimale blootstellingsduur vereist is en wat de invloed is van piekblootstellingen. Met betrekking tot de invloed van piekblootstellingen berichtten de deskundigen dat er geen

2 In vergelijkbare zin A-G-Spier over de (gewone) omkeringsregel en tegenbewijs in nummer 5.26 – 5.30 van zijn conclusie voor HR 2 juni 2006, LJN AW6167 (Campen/Köpcke).
3 Hof Amsterdam 21 april 2009, LJN BJ6266, r.o. 3.
4 HR 20 mei 2005, JAR 2005/155 (*Bakker/Zee*).
5 Hof Den Haag 18 augustus 2006, L&S 2006/188, r.o. 8.2.
6 G. van der Laan c.s., Organisch Psychosyndroom door oplosmiddelen? Een protocol voor de diagnostiek. Rapport opgesteld in opdracht van het Directoraat-Generaal van de Arbeid (Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid), Den Haag: SDU 1995, blz. 56 – 61; Registratierichtlijn OPS, een protocol voor de diagnostiek, Den Haag: Arbeidsinspectie, Rapport S-186 Min van SZW.
7 MAC staat voor maximaal aanvaardbare concentratie: een overheidsnorm.
8 Hof Leeuwarden 18 september 2012, LJN BX7965.

bewijs of mechanistische verklaring voor de invloed van piekblootstellingen op de ontwikkeling van OPS/CTE is. Wel zijn er serieuze aanwijzingen dat piekblootstelling het ontstaan van OPS/CTE kan bevorderen. Voor het definiëren en meten van piekblootstelling is er nog geen standaardmethode vastgesteld. De verwachting is daarom dat deze onzekerheid nog lange tijd in stand zal blijven. Het Hof heeft de bevindingen van de deskundigen overgenomen.

Predispositie, pre-existentie, onzeker causaal verband en alternatieve causaliteit

In het kader van de causaliteit spelen de begrippen predispositie en pre-existentie een belangrijke rol. Bij predispositie is sprake van een bepaalde kwetsbaarheid/aanleg bij de werknemer zodat die eerder dan vergelijkbare werknemers vatbaar is voor het optreden van een bepaalde ziekte. Bij pre-existentie gaat het om al aanwezige medische klachten. In beginsel kan predispositie de werkgever worden toegerekend. Zo zag het Hof 's-Gravenhage in een burnout zaak de "uitgesproken dwangmatige persoonlijkheid" en "dwangmatige persoonlijkheidstrekken" van de werknemer als een predispositie die in beginsel het recht op volledige schadevergoeding niet in de weg staat.[9] Overigens wordt bij de berekening van de omvang van de schade wél rekening gehouden met de predispositie, zo leert ons ABP/Stuyvenberg[10]. Schadeberekening betreft immers vooral het vergelijken van de goede kansen met de kwade kansen en een predispositie zal zorgen voor een lagere 'goede kansen-lijn'.[11]

Pre-existentie kan de werkgever uiteraard niet worden toegerekend, want de al bestaande klachten zouden ongeacht welke mogelijke beroepsziekte er toch al zijn en dus kan er geen sprake zijn van causaal verband. Ook privé-oorzaken kunnen een rol spelen. Stel een werknemer werkt 8 uur per dag achter een beeldscherm en als hij thuis is speelt hij nog de hele avond computerspelletjes. Wanneer een dergelijke werknemer RSI-klachten ontwikkelt kan de vraag rijzen of de RSI-klachten ontstaan zijn door het werk overdag, het spelen van de computerspelletjes of een combinatie van beiden. Of wat te denken van een bouwvakker die al sinds zijn 14e iedere week uitgaat en daardoor gehoorschade heeft opgelopen, maar nu claimt dat zijn gehoorschade op de bouwplaats is ontstaan? Ook bij burnout zijn vaak meerdere omstandigheden aan te wijzen: bijvoorbeeld een hoge werkdruk in combinatie met een echtscheiding.[12] De Rechtbank Middelburg is van oordeel dat het in zulke gevallen niet billijk is dat de werkgever een volledige schadevergoeding zou moeten betalen.[13] Bij een onzeker causaal verband kan de rechter overigens aansprakelijkheid aannemen voor het percentage van de schade dat gerelateerd is aan de kans dat de schade is veroorzaakt in de uitoefening van werkzaamheden. Zo was in het arrest Nefalit/Karamus[14] sprake van een werknemer die zowel was blootgesteld aan asbest, maar ook jarenlang had gerookt. Recent heeft de Hoge Raad[15] nadere uitleg gegeven over de toe te passen proportionele aansprakelijkheid wanneer meerdere oorzaken het letsel (en hiermee de schade) hebben kunnen veroorzaakt. Hoewel dit geen beroepsziekte betrof[16], betrekt de Hoge Raad in de beoordeling wel uitdrukkelijk het arrest Nefalit/Karamus (asbestblootstelling). De Hoge Raad oordeelt dat bij toepassing van proportionele aansprakelijkheid geen ruimte bestaat om, nadat de rechter de in een percentage uitgedrukte kans heeft vastgesteld dat de normschending de schade heeft veroorzaakt, daarop nog een billijkheidscorrectie toe te passen, al dan niet naar analogie van art. 6:101 lid 1 BW. Aldus lijkt een opening te worden geboden voor een ruimere toepassing van de proportionele aansprakelijkheid, hetgeen ook al eerder door de Hoge Raad was aangenomen bij asbestblootstelling[17], ook bij de beoordeling van beroepsziekten.

Artikel 6:99 BW bepaalt dat wanneer de schade een gevolg kan zijn van twee of meer gebeurtenissen, voor elk waarvan een andere persoon aansprakelijk is en vaststaat dat de schade door ten minste een van deze gebeurtenissen is ontstaan, de verplichting om de schade te vergoeden op ieder van deze personen rust, tenzij hij bewijst dat deze niet het gevolg is van een gebeurtenis waarvoor hijzelf aansprakelijk is. Ook bij beroepsziekten speelt dit artikel een rol. Aangenomen wordt dat artikel 6:99 BW in zo'n situatie verhindert dat de laatste aangesproken werkgever eenvoudigweg kan verwijzen naar de eerdere werkgever(s) om aan de eigen aansprakelijkheid te ontkomen. Wel kan de laatste aangesproken werkgever er voor kiezen de eerdere werkgever(s) in

9 Hof 's-Gravenhage 18 januari 2008, JA 2008, 32.
10 Hoge Raad 4 november 1988, NJ 1989, 751.
11 E.M. Hoogeveen en P.J. klein Gunnewiek, De bewijslastverdeling bij een door de werknemer opgelopen burn-out, ArbeidsRecht 2010, 17.
12 E.M. Hoogeveen en P.J. klein Gunnewiek, De bewijslastverdeling bij een door de werknemer opgelopen burn-out, ArbeidsRecht, maandblad voor de praktijk 2010, 17.
13 Rechtbank Middelburg 1 september 2003, JAR 2003, 269.
14 HR 31 maart 2006, NJ 2011, 250.
15 Hoge Raad 14 december 2012, LJN: BX8349.
16 Het ging om een aanspraak uit hoofde van de WAM waarbij het de vraag was of het geboorteletsel was veroorzaakt door de aanrijding waarbij de zwangere vrouw was betrokken, of het gevolg was van een medisch opgetreden complicatie bij of na de geboorte en/of verkeerde behandeling in het ziekenhuis of combinatie hiervan.
17 Hoge Raad 31 maart 2006, JAR 2006, 101 (Hollink/Eternit).

vrijwaring op te roepen. Dus bij de procedure te betrekken en daarbij de stelling in te nemen dat voor zover de laatst aangesproken werkgever aansprakelijk is, de eerdere werkgever(s) die schade moeten vergoeden of hieraan bij moeten dragen nu de beroepsziekte mede gedurende dat dienstverband is ontstaan.
Een dergelijke route is alleen zinvol wanneer voldoende duidelijk kan worden over de daadwerkelijke arbeidsomstandigheden in deze eerdere periode. Dit is vaak een probleem. Toch is het verstandig deze route te volgen. In de eerste plaats omdat de procedure tegen deze eerdere werkgevers mogelijk gelijktijdig met de procedure tegen de werknemer wordt gevoerd. Mogelijkerwijs dat de werknemer in kwestie zo ook nog wat informatie kan verstrekken over de eerdere dienstverbanden. De latere werkgever staat immers geheel buiten deze rechtsverhouding zodat hij hiertoe informatie nodig heeft van de werknemer die hem aanspreekt. Of een verwijzing naar artikel 6:99 BW in dergelijke situaties terecht is, vragen wij ons overigens onder verwijzing naar de op dit gebied toonaangevende arresten[18] af. Artikel 6:99 BW regelt immers enkel de situatie waarin vaststaat dat meerdere tot aansprakelijkheid leidende gebeurtenissen elk voor zich de gehele schade hebben kunnen veroorzaakt en ten minste één van deze gebeurtenissen die schade ook daadwerkelijk heeft veroorzaakt. Artikel 6:99 BW veronderstelt al het bestaan van causaal verband (in de vestigingsfase van de aansprakelijkheid) tussen de onrechtmatige gedraging (lees: gevaarlijke arbeidsomstandigheden) en de schade. Bij opvolgende dienstverbanden met (mogelijke) schadeblootstellingen weten we niet of hiervan sprake is. Aldus is niet aan het vereiste van artikel 6:99 BW voldaan, namelijk dat de schade *daadwerkelijk* het gevolg is van een van de dienstverbanden. Het gaat wat ons betreft te ver om deze causaliteitsonzekerheid met een verwijzing naar artikel 6:99 BW zomaar af te doen.
Met name bij asbest gerelateerde ziektes is dit relevant, nu de vroegste en langst geleden ondergane blootstelling buitenproportioneel belangrijk is. Uit een recent Italiaans artikel[19] blijkt dat met betrekking tot mesothelioom het risico toeneemt met de derde à vierde macht van de tijdsduur die verstreken is sinds het zich voordoen van een bepaalde blootstelling. Om die reden houdt een langer geleden ondergane blootstelling een veel hoger risico in dan een latere blootstelling, zelfs als deze laatste een substantieel hogere dosis inhoudt. Een tweede werkgever zou in dergelijke gevallen aan aansprakelijkheid kunnen ontkomen.

Bewijslastvolgorde

Vaak miskennen belangenbehartigers van werknemers dat (bijvoorbeeld in het geval bij OPS/CTE) eerst moet worden vastgesteld dát daadwerkelijk gedurende het dienstverband bij de betreffende werkgever sprake is geweest van bovenmatige en hiermee schadelijke blootstelling aan oplosmiddelhoudende producten. Dit is de eerste stap (stap 1) die moet worden gezet in de juridische beoordeling. De bewijslast hiervan rust volledig op de werknemer.

Daarna (stap 2) dient de werknemer aan te tonen dat de bij hem gesignaleerde gezondheidsklachten in causaal verband staan met de door de werknemer verrichte werkzaamheden. Dit is eerst zinvol wanneer stap 1 (relevante blootstelling) in voor de werknemer positieve zin is afgesloten. Bij gebreke van (door de werknemer te bewijzen) relevante blootstelling aan schadelijke stoffen, valt het doek immers voor de vordering van de werknemer en zijn verdere vragen naar causaal verband, zorgplicht, eventuele pre-existentie en omvang van de schade niet meer relevant.

Hierbij kan verwezen worden naar het arrest van de Hoge Raad 23 juni 2006, NJ 2006, 354, (Havermans/Luycks) waaruit bovengenoemde bewijslastverdeling en volgorde onverkort volgt. Ook in dit arrest heeft de Hoge Raad bevestigd dat het op grond van artikel 7:658 lid 2 BW aan de werknemer is te stellen en zo nodig te bewijzen dat hij de schade waarvan hij vergoeding vordert, heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden. Hiertoe is – aldus de Hoge Raad – nodig dat de werknemer niet alleen stelt en zo nodig bewijst dat hij gedurende zijn werkzaamheden is blootgesteld aan voor de gezondheid gevaarlijke stoffen, maar ook dat hij stelt en zo nodig aannemelijk maakt dat hij lijdt aan een ziekte of gezondheidsklachten die door de blootstelling kunnen zijn veroorzaakt. Alleen bewijs van blootstelling, aldus de Hoge Raad, is niet voldoende. Ook het Gerechtshof 's-Gravenhage volgt deze bewijslastverdeling in de arresten van 5 december 2003 en 18 augustus 2006 (L&S 2006/188). Beide arresten zijn in cassatie overeenkomstig de hiertoe strekkende conclusie van de A-G door de Hoge Raad in stand gelaten.[20] In het tussenarrest van 5 december 2003 stelde het Hof voorop dat de werknemer in dat verband het bewijs dient te leveren van de wijze waarop en de mate waarin hij aan (in die zaak) organische oplosmiddelen is blootgesteld. Het bewijs van de enkele blootstelling, is daarom niet genoeg.

18 Hoge Raad 18 december 2009, NJ 2012, 614 (London/Delta Lloyd) en Hoge Raad 9 oktober 1992, NJ 1994, 535 (DES-dochters).
19 C. la Vecchia en P. Boffetta, Role of stopping exposure and recent exposure to asbestos in the risk of mesothelioma, European Journal of Cancer Prevention, 2012, 21, p. 227–230.
20 Hoge Raad 16 mei 2008, LJN BC 7683, JAR 2008/149.

Het Hof Leeuwarden heeft in een recent gewezen arrest een principiële uitspraak gedaan over de wijze waarop de arbeidsrechtelijke omkeringsregel moet worden uitgelegd en toegepast.[21] Deze regel houdt in dat wanneer een werknemer bij zijn werk is blootgesteld aan voor de gezondheid gevaarlijke stoffen, het door de werknemer te bewijzen oorzakelijk verband aangenomen moet worden indien de werkgever heeft nagelaten de maatregelen te treffen die redelijkerwijs nodig zijn om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt. Meest recent is deze regel door de Hoge Raad bevestigd in het arrest NAK/Steenbergen.[22]

De arbeidsrechtelijke omkeringsregel dient te worden onderscheiden van de eveneens in de jurisprudentie van de Hoge Raad geformuleerde reguliere omkeringsregel.[23] Door middel van de gewone omkeringsregel wordt de bewijslast van de benadeelde ten aanzien van het causaal verband tussen de schade en de normschending verlicht. Van een verschuiving van de bewijslast – en het bewijsrisico – is echter geen sprake: uit de jurisprudentie van de Hoge Raad blijkt dat de aansprakelijk gehouden partij tegenbewijs kan leveren tegen het door toepassing van de omkeringsregel vermoeden van causaal verband. Onder tegenbewijs wordt verstaan: het ontzenuwen van een vermoeden (in dit geval: een vermoeden van causaal verband).[24]

De zaak waarin het Hof Leeuwarden oordeelde betrof geen OPS/CTE klachten, maar een schilder die aangaf als gevolg van blootstelling aan bepaalde stoffen kanker te hebben gekregen. Het Hof is van oordeel dat bij de toepassing van de arbeidsrechtelijke omkeringsregel sprake is van een zuivere omkering van bewijslast en verschuiving van het bewijsrisico van de werknemer naar de werkgever. Het Hof overweegt dat de werknemer dient te stellen en zo nodig aannemelijk te maken *"(a) dat hij gedurende zijn werkzaamheden bij de aangesproken werkgever is blootgesteld aan voor de gezondheid gevaarlijke stoffen en (b) te stellen en zo nodig aannemelijk te maken dat hij lijdt aan een ziekte of aan gezondheidsklachten welke door die blootstelling kunnen zijn veroorzaakt. Indien de werknemer daarin slaagt, dient de werkgever te bewijzen dat hij niet is tekortgeschoten in zijn zorgplicht. Slaagt de werkgever niet in dat bewijs, dan staat in beginsel het causale verband tussen de blootstelling en de gezondheidsklachten van de werknemer vast. De werkgever dient dan te bewijzen dat de gezondheidsklachten ook zonder de blootstelling zouden zijn ontstaan. Gelet op het feit dat de Hoge Raad deze regel in diverse arresten kwalificeert als een regel van bewijslastverdeling, is deze regel naar het oordeel van het hof geen toepassing van de zogenaamde omkeringsregel, waarbij de bewijslast niet verschuift, maar een zuivere omkering van de bewijslast. Wanneer aan de voorwaarden voor toepassing van de regel is voldaan rust het bewijsrisico dan ook op de werkgever."*

Tegen deze overwegingen zijn bezwaren in te brengen. Deze bezwaren zien vooral op de wijze waarop het Hof de arbeidsrechtelijke omkeringsregel toepast. Ten onrechte heeft het Hof Leeuwarden in bovengenoemd arrest de arbeidsrechtelijke omkeringsregel zodanig toegepast dat hiermee sprake is geweest van een zuivere omkering van bewijslast en verschuiving van het bewijsrisico van de werkgever naar de werknemer. Dit strookt niet met het systeem van artikel 7:658 BW. Op deze wijze zou een werkgever immers aansprakelijk worden gehouden voor schade waarvan de "werk"-oorzaak *feitelijk* onvoldoende aannemelijk is. Met andere woorden: onvoldoende voor het aannemen van werkgeversaansprakelijkheid is de enkele (aannemelijke) *mogelijkheid* van in de uitoefening van de werkzaamheden geleden schade, respectievelijk een door het werk louter verhoogd risico op de ziekte waaraan de werknemer stelt te lijden, maar waarvan niet voldoende aannemelijk is dat dit risico zich ook daadwerkelijk verwezenlijkt. De door het Hof in bovengenoemd arrest gehanteerde afwijkende uitleg kan uitsluitend betrekking hebben op de situatie dat vaststaat dat de werknemer *in de uitoefening van zijn werkzaamheden* schade heeft geleden. Hierbij kan verwezen worden naar de in het bovenstaande besproken arresten Weststrate/De Schelde[25] en Unilever/Dikmans. De arbeidsrechtelijke omkeringsregel leidt kortom niet tot een verschuiving van het bewijslastrisico ter zake het causaal verband tussen werk(blootstelling) en ziekte, de werknemer moet een *daadwerkelijk* causaal verband tussen werk(blootstelling) en ziekte aannemelijk maken.[26] Het arrest van het Hof Leeuwarden van 27 maart 2012 in de zaak Ritsma/Lansink is daarom aanvechtbaar. Ook het Hof 'Den Bosch gaat in een arrest van 11 december 2012[27] (ten onrechte) eerst in op de vraag of de werkge-

21 Hof Leeuwarden 27 maart 2012, LJN BW 0025, Ritsma/Lansink.

22 HR 8 juli 2011, NJ 2011, 311 in gelijke zin Hoge Raad 9 januari 2009, NJ 2011, 252 (Landskroon/BAM), r.o. 3.3.3; m.nt. Tjong Tjin Tai.

23 HR 19 maart 2004, NJ 2004, 307, r.o. 3.3.3. Zie ook de zogenaamde "november-arresten": HR 29 november 2002, NJ 2004, 304 (TFS/NS), r.o. 3.5.3 en NJ 2004, 305 (Kastelijn/Achtkarspelen), r.o. 3.6.

24 Vergelijk nummer 3 van de noot van Tjong Tjin Tai onder HR 9 januari 2009, NJ 2011, 252 (Landskroon/BAM) en de aldaar aangehaalde jurisprudentie en literatuur.

25 HR 26 januari 2001, NJ 2001, 597.

26 Dit wordt ook in de literatuur bevestigd, zie bijvoorbeeld M.S.A. Vegter, "werkgeversaansprakelijkheid voor beroepsziekten", JARV 2006, nummer 7 (pagina 9-10); K. Festen-Hof, "bewijsrechtelijke omkeringsregels bij multicausale of moeilijk verifieerbare beroepsziekte", TRA 2009, 75.

27 Hof Den Bosch 11 december 2012, LJN BY5937.

ver zijn zorgplicht heeft geschonden (stap 3) en gaat pas daarna in (stap 2) op de vraag of de gezondheidsklachten van de werknemer zijn veroorzaakt door het werk. In een zeer recent arrest van het Hof Den Bosch van 5 februari 2013[28] (r.o. 4.5) gaat het Hof Den Bosch wel uit van de juiste bewijslastverdeling- en volgorde: *"Meer concreet dient in dit geval [appellant] allereerst de blootstelling aan gevaarlijke stoffen tijdens het werk (zonder meer) te stellen en zo nodig te bewijzen, waarbij zoals hiervoor is aangegeven dat bewijs niet reeds gelegen kan zijn in de enkele (theoretische) mogelijkheid van blootstelling aan die toxische stoffen. Eerst dan komt de vraag naar de vereiste maatregelen van de werkgever aan de orde."*

Tegen het arrest van het Hof Leeuwarden is cassatie ingesteld, dus de Hoge Raad zal hierover nog oordelen. Op 15 februari 2013 heeft A-G Spier met een 118 pagina's tellende conclusie geconcludeerd tot algehele vernietiging van het arrest. Na uitgebreid op verschillende verzekeringsgerelateerde aspecten te zijn ingegaan, waarbij de vraag of de verzekerbaarheid van dit soort risico's niet in het gedrang komt ook een belangrijke plaats heeft gekregen, komt Spier tot de belangrijke conclusie dat het Hof te veel naar algemene informatie heeft gekeken en te weinig naar de vraag of die informatie in het concrete geval wel van toepassing is. Een citaat waaruit dat blijkt, is het volgende: *"Deskundigen menen dat sprake is van een niet-verwaarloosbare kansverhoging op kanker. Maar dat oordeel is, zoals zij ook ruiterlijk toegeven, niet gebaseerd op een beoordeling van de concrete feiten en omstandigheden waaromtrent vrijwel niets bekend was, maar op een meer modelmatige benadering. In een dergelijke setting past zéér, zéér grote voorzichtigheid om gemakkelijk een conditio sine qua non-verband aan te nemen."* Op grond van deze conclusie stelt Spier dat toewijzing van de Unilever/Dikmans regel – de arbeidsrechtelijke omkeringsregel – in gevallen als waarover het in het arrest Ritsma/Lansink gaat "bepaaldelijk riskant" is. Daarna volgt wat mijns inziens de kern van zijn conclusie voor zover voor deze zaak van belang is: *"Het conditio sine qua non-verband moet bovendien in het concrete geval in voldoende mate aannemelijk zijn om een van de hoofdregel afwijkende regel op het stuk van de bewijslast te hanteren. In situaties waarin sprake is van één of meer relevante onzekerheden ten aanzien van het conditio sine qua non-verband is voor zodanige afwijking in beginsel niet alleen geen grond; zij is zelfs uitermate gevaarlijk."*

De kans is mijns inziens gezien deze uitgebreide conclusie groot dat dit arrest in cassatie geen stand zal houden, ook gelet op een andere conclusie van A-G Spier in een recente beroepsaansprakelijkheidszaak (RSI).[29] In die zaak had Teuben, de advocaat van de werknemer gepleit voor een omkering van de bewijslast. Zoals ook het Hof Leeuwarden doet, meent zij dat wanneer vaststaat dat de werknemer schade heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden, én waarin de werkgever op één of meer punten is tekortgeschoten in de nakoming van zijn zorgplicht, de bewijslast moet worden omgekeerd en op de werkgever komt te rusten. A-G Spier voelt hier niets voor en is bang dat de consequentie zal zijn dat veel werkgevers een vergoeding moeten gaan betalen voor schade die niet door enige tekortkoming hunnerzijds teweeg is gebracht. Zie 3.11 en 3.12 van de conclusie van Spier: *"Op het eerste gezicht klinkt het onder 3.10.2 weergegeven pleidooi* [het betoog van de advocaat van de werknemer, DKO] *niet onredelijk; bovendien is het, bezien vanuit het oogpunt van "slachtoffers", sympathiek. Het probleem is evenwel al aanstonds dat nu juist de vraag is of wel sprake is van een "slachtoffer". Dat is niet een louter semantische discussie. In rechte zou ik het woord slachtoffer (evenals schade) willen reserveren voor situaties waarin iemand als gevolg van een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is nadeel heeft ondervonden. Het condicio sine qua non-verband is in gevallen als hier bedoeld nu precies het probleem; het staat geenszins vast. Bij die stand van zaken zou omarming van de leer-Teuben veel verder gaan dan slachtofferbescherming. Dat klinkt wellicht als retoriek, maar dat is het in mijn ogen niet.*

Daar komt nog bij dat het openen van de deur die thans nog gesloten is voorzienbaar de stoot geeft tot veel ellende. Het aantal gevallen waaraan men kan denken is té groot en té pluriform. Zo is denkbaar dat een werkgever tekort is geschoten op één of meer heel onderschikte punten. Als voor de door [eiseres] bepleite benadering al iets valt te zeggen, dan toch zeker niet in dat soort gevallen. Daarmee zitten we al een eind in het moeras. We weten inmiddels dat het afbakenen van bepaalde gevallen of criteria in situaties die worden beheerst door art. 7:658 BW bijkans ondoenlijk is."

Praktische aanpak[30]

Het ligt voor de hand – en dit is ook de in de jurisprudentie gevolgde (praktische) lijn – eerst relevante feiten te verzamelen over de concrete arbeidsomstandigheden (bijvoorbeeld door getuigenverhoren) en dit vervolgens in het relevante arbeidshygiënische/toxicologische raamwerk te plaatsen teneinde te beoordelen of er daadwerkelijk sprake is geweest van relevante (en hiermee

28 Hof Den Bosch 5 februari 2013, LJN BZ0852.
29 HR 19 oktober 2012, LJN BX7591.
30 Zie ook mr. D.J. van der Kolk en mr. V. Oskam, Beroepsziekten: enkele juridische knelpunten in vogelvlucht, PIV Bulletin 2013, 1.

bovenmatige) blootstelling aan gevaren voor de gezondheid. Eerst dan kan immers sprake zijn van causaliteit en is het zaak de medische klachten nader te onderzoeken en – wellicht – de zorgplicht aan een nadere beoordeling te onderwerpen. Bij (het voorkomen van) gehoorschade is het aan te bevelen dat werknemers een medisch onderzoek wordt aangeboden. Het advies is om dit jaarlijks te doen wanneer de gemiddelde geluidsniveaus de 95 dB[31] overstijgen en tweejaarlijks als het niveau boven de 90 dB uitkomt en om de vier jaar bij lagere niveaus. Overigens is het organiseren van periodiek arbeidsgezondheidskundig onderzoek (PAGO) ook in de Arbowet verankerd.[32]

Eerst moet dus worden vastgesteld wat de omvang was van de blootstelling aan gevaren voor de gezondheid. Als het goed is blijken de risico's uit de Risico Inventarisatie & Evaluatie waarin de risico's in kaart zijn gebracht. Hoe hoog was het gemiddelde geluidsniveau? Was sprake van een extreme werkdruk? Hoe zwaar waren de voorwerpen die werknemers moesten tillen? Eerst wanneer dit duidelijk is, kan aan een vervolgbeoordeling worden toegekomen. Wanneer dit evenwel niet het geval is, staat hiermee vast dat geen sprake kan zijn geweest van arbeidsgerelateerde klachten en de werkgever geen verwijt kan worden gemaakt nu de werkomstandigheden niet gevaarlijk of schadelijk voor de gezondheid waren.

Er bestaat geen juridische grondslag voor een gekoppelde beoordeling van blootstelling, causaal verband en zorgplicht. Ook A-G Wesseling-Van Gent is die mening toegedaan: "*Zoals ik reeds heb aangegeven, wordt aan de verzwaarde stelplicht van de werkgever voor wat betreft voorzorgsmaatregelen pas toegekomen wanneer de werknemer aan zijn hiervoor omschreven stelplicht heeft voldaan.*"[33] Uit praktische overweging is het in het verleden voorgekomen dat beide elementen bijvoorbeeld tegelijkertijd zijn bevraagd in een getuigenverhoor. Hierbij heeft de beoordelende instantie echter altijd – terecht – de opmerking geplaatst dat dit uit praktisch oogpunt geschiedde. Er was geen sprake van een omkering van de bewijslast of andere reden om bewijs van de zorgverplichting naar voren te halen. Eerst aan het einde van de juridische discussie, wanneer de werknemer is geslaagd in bewijslevering van de eerste drie op hem rustende bewijspunten (1. Relevante blootstelling; 2. Diagnose; 3. Causaal verband), kan een werkgever zich ter disculpering van aansprakelijkheid beroepen op de nagekomen zorgplicht.

De rol van deskundigen

In de letselschadepraktijk speelt de deskundige een belangrijke rol. Juristen hebben medici nodig om hen voor te lichten over aspecten waar juristen de kennis niet voor hebben. Zowel werknemers (zijn de gezondheidsklachten door het werk ontstaan?) als werkgevers en hun verzekeraars (is er een alternatieve medische verklaring voor de gezondheidsklachten?) hebben belang bij een deskundigenbericht.[34] Hierbij is het van belang dat medische en juridische causaliteit twee verschillende begrippen zijn. Juridische causaliteit heeft betrekking op aansprakelijkheid en de daarmee samenhangende toerekenbaarheidsvraag. Van juridische causaliteit kan in bijzondere gevallen zelfs sprake zijn, zonder dat de werkgever een verwijt te maken valt of zelfs zonder dat er medisch gezien objectieve klachten zijn aan te merken.[35] Medische causaliteit heeft betrekking op welke klachten medisch geobjectiveerd kunnen worden waarbij een vergelijking gemaakt wordt tussen de situatie met ongeval en zonder ongeval.

In de praktijk is het vaak niet eenvoudig om tot een benoeming van een deskundige te komen.[36] Dat komt omdat een wederpartij vaak weinig vertrouwen heeft in een door de andere partij voorgestelde deskundige en vice versa. Zo bestaan er vanuit verzekeraars bedenkingen bij de door het Bureau Beroepsziekten FNV ingeschakelde deskundigen die de arbeidsomstandigheden veelal ook op basis van de aannames van de werknemer zeer gevaarlijk en nadelig voorstellen.

Vaste lijn in rechtspraak[37] en literatuur[38] is dat partijen in beginsel gebonden zijn aan een deskundigenbericht dat na overleg met partijen en(/of) op verzoek van de rechter tot stand is gekomen. Dit behoudens zwaarwegende en steekhoudende bezwaren. Voorts geldt dat de rechter een verzwaarde motiveringsplicht heeft wil hij van het oordeel van een door hem benoemde deskundige afwijken.[39]

---

31 Het gehoor is een zintuig dat luchtgolven opvangt. De druk van de golf wordt uitgedrukt in decibel (dB).
32 B. Sorgdrager, Gehoorschade, een klassieke beroepsziekte, TvP 2005, nr. 1, p.18
33 HR 10 september 2004, LJN AO9053.
34 M. Zwagerman, Medisch deskundigenbewijs bij beroepsziekten, TVP 2008, nr. 2, p. 58.
35 Hof Leeuwarden 22 juni 2010, LJN BN0730, Hof Leeuwarden 10 augustus 2010, LJN BN3975, Hof Den Bosch 2 februari 2010, LJN BN1779, Hof Den Bosch 13 juli 2010, LJN BN1786, Hof Den Bosch 29 juni 2010, LJN BN0292 en Hof Arnhem 5 juli 2011, LJN BR3964.
36 En wanneer dan eindelijk de hobbel van de te benoemen deskundige genomen is, begint het gesteggel over de vraagstelling.
37 Vonnis Rechtbank Arnhem 11 februari 2004, LJN AO5406; Hof Den Bosch 9 mei 2006, LJN: AX1224; Hof Den Bosch 25 maart 1999, VR 1999, 181; HR 19 oktober 2007, LJN BB5172.
38 Chr.H. van Dijk, "Hoe te beoordelen of een deskundige deskundig is", NTBR 2007/10, pag. 435.
39 HR 5 december 2003, NJ 2004, 74.

Zeker wanneer de rechter de beschikking heeft over een ander (partij)deskundigenbericht waarin het door de rechter verzochte deskundigenbericht op inhoudelijke gronden wordt becommentarieerd, en deze becommentariëring voldoende plausibel wordt geacht, staat het de rechter vrij om de bevindingen van de door de rechter benoemde deskundigen niet (integraal) over te nemen. De rechter kan in een dergelijk geval volstaan met aan te geven dat de door de andere dan de door de rechter benoemde deskundige gebezigde motivering, zeker als deze vooral is gebaseerd op bijzondere kennis, ervaring en/of intuïtie, hem overtuigend voorkomt.[40]

Een criterium dat ter beoordeling van de kwaliteit (en hiermee de waarde) van een deskundigenonderzoek (van een door de rechtbank benoemde deskundige) veelal wordt aangelegd, is[41]: *"(...) Zijn rapport dient evenwel deugdelijk gemotiveerd te zijn, hetgeen onder meer inhoudt dat de deskundige inzichtelijk maakt hoe hij tot zijn oordeel is gekomen en hoe zijn oordeel zich verhoudt tot de gebruikelijke zienswijzen en richtlijnen binnen zijn beroepsgroep, alsmede dat hij een eventuele afwijking deugdelijk motiveert".*

Dat gemotiveerd verweer tegen een door de rechtbank benoemde deskundige zeker zinvol is en gevolgd kan worden door de beoordelend rechter, volgt ook uit de jurisprudentie. Zie het arrest van de Hoge Raad van 9 december 2011, LJN BT2921. De Hoge Raad laat in het betreffende arrest (zie r.o. 3.4.4) de overweging van het hof (zie r.o. 3.4.2 van het arrest) in stand waarin het hof aangeeft dat er geen reden is aan de kwaliteit en kennis van de geraadpleegde – in dat geval – artsen te twijfelen of deze anders te waarderen op grond van het enkele feit dat deze artsen – anders dan de andere deskundigen – niet door de rechtbank waren benoemd. Aldus volgt uit dit arrest dat de deskundigenberichten – ook wanneer afkomstig van een partijdeskundige – naar inhoud moeten worden beoordeeld.

Zorgplicht

De werkgever is gehouden datgene te doen wat redelijkerwijs nodig is om schade te voorkomen. De zorgplicht is beschreven in artikel 7:658 lid 2 BW: *"De werkgever is verplicht de lokalen, werktuigen en gereedschappen waarin of waarmee hij de arbeid doet verrichten, op zodanige wijze in te richten en te onderhouden alsmede voor het verrichten van de arbeid zodanige maatregelen te treffen en aanwijzingen te verstrekken als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt."* De lat voor de werkgever ligt (hoewel er geen sprake is van risicoaansprakelijkheid) erg hoog.

De zorgplicht kan onderverdeeld worden in drie subplichten: de onderzoeks- instructie- en toezichtsplicht. Van de werkgever mag worden verwacht dat hij zich zeer uitvoerig op de hoogte stelt van de risico's die verbonden zijn aan zijn machines, stoffen en productieprocessen, kortom alles in de bedrijfsuitoefening wat mogelijk de gezondheid van zijn werknemers zou kunnen schaden.

Deze onderzoeksplicht wordt zowel ingevuld door geschreven als ongeschreven normen. De belangrijkste geschreven verplichtingen zijn te vinden in de Arbeidsomstandighedenwet 1998 en het op deze wet gebaseerde Arbeidsomstandighedenbesluit, maar ook in alle voor de bedrijfsuitoefening van de werkgever relevante publiekrechtelijke veiligheidsnormen, zowel van nationale als internationale c.q. Europese oorsprong, zoals de EG-richtlijnen.[42] Met betrekking tot preventie van RSI bijvoorbeeld, bepaalt artikel 5.10 Arbeidsomstandighedenbesluit dat beeldschermarbeid na twee uur moet worden afgewisseld met ander werk of een pauze. En voor preventie van gehoorklachten bepaalt artikel 6.8 lid 7 Arbeidsomstandighedenbesluit dat wanneer de dagelijkse blootstelling aan lawaai hoger is dan 80 dB of de piekgeluidsdruk hoger is dan 112 Pa[43], aan de werknemers passende, naar behoren aangemeten, individuele gehoorbeschermers ter beschikking moeten worden gesteld.

De invulling van de zorgplicht door ongeschreven normen wordt vooral bepaald door de kenbaarheid van het gevaar voor de werkgever. Een werkgever is verplicht maatregelen te nemen bij een kenbaar risico op letsel. De vraag rijst wanneer een risico kenbaar is. Aangezien beroepsziekten zich doorgaans pas na tientallen jaren openbaren, moet de rechter de destijds geldende normen en kennis toepassen. Wat betreft wit asbest bijvoorbeeld, ligt dit moment rond 1990, zo nam de Hoge Raad aan in het Gemex-arrest.[44] Op het moment dat het binnen de maatschappelijke kring waartoe de werkgever behoort, bekend moet worden geacht dat aan het werken met een gevaarlijke stof gevaren voor de gezondheid zijn verbonden, geldt een verhoogde zorgvuldigheidsnorm. Overigens is het zo dat wanneer de werkgever verzuimd heeft maatregelen te nemen met betrekking tot hem bekende gevaren, hij aansprakelijk is voor schade voortvloeiend uit hem onbekende gevaren, wanneer de vereiste maat-

40 HR 8 juli 2011, RvdW 2011, 845.
41 Zoals geformuleerd in onder meer Rechtbank Utrecht d.d. 28 september 2011, LJN BT 8647, r.o. 4.2 (in deelgeschil).
42 Y.R.K. Waterman, De aansprakelijkheid van de werkgever voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten, BJU, Den Haag, 2009, p. 107.
43 Dit is de piekgeluiddruk, Ppiek uitgedrukt in Pa (Pascal), dat afkomstig is uit de Europese richtlijn 2003/10/EG.
44 HR 4 juni 2004, JAR 2004, 287.

regelen het onbekende gevaar zouden hebben voorkomen. Ook bij burn out is het vaak lastig voor de werkgever om er achter te komen of bij een werknemer sprake is van een (verhoogd) risico op burn out. In beginsel is een werkgever niet aansprakelijk als voor hem niet duidelijk was dat er een risico op burn out bestond, bijvoorbeeld doordat de werknemer niet aan de bel heeft getrokken of doordat er geen sprake was van een afwijkend hoge werkdruk/belasting. Toch mag, ook zonder melding van de werknemer, van een werkgever een pro-actieve houding verwacht worden. Dat geldt zeker als de werkgever signalen of omstandigheden bereiken die hem tot maatregelen moeten nopen (een werknemer die stelselmatig overwerkt, werk overneemt van zieke collega's, prikkelbaar is, etc.).[45] Zie ook het arrest van het Gerechtshof te 'Den Bosch van 25 augustus 2009[46] waarin het Hof oordeelde dat een deugdelijk beleid bij de werkgever moet voorkomen dat een werknemer door stelselmatige overbelasting klachten gaat ontwikkelen: "*het gaat immers niet aan de risico's van een dergelijke min of meer permanente werkdruk geheel bij een werknemer te leggen in die zin dat eerst wanneer deze klachten daarover uit, te reageren*". Bij werkgever ontbrak een dergelijk beleid. Het Hof houdt de werkgever daarom aansprakelijk.

Naast de onderzoeksplicht heeft de werkgever ook een instructie- en toezichtsplicht. Een werkgever moet zijn werknemers aanwijzingen verstrekken met betrekking tot aspecten van het werk die de fysieke en geestelijke gezondheid en welzijn van de werknemer kunnen bedreigen. Een werkgever moet er ook rekening mee houden dat een werknemer niet steeds de vereiste zorgvuldigheid in acht neemt. Een werkgever moet rekening houden met de onoplettendheid van zijn werknemers. Door de werkgever gegeven waarschuwingen moeten leiden tot een handelen of nalaten waardoor dit gevaar wordt vermeden. Als dat niet het geval is, zijn andere maatregelen geboden.[47] Zo heeft een programma op de computer ter preventie van RSI-klachten weinig zin, wanneer de werknemer de instructies gewoon weg kan klikken. Het verdient aanbeveling dat een werkgever daadwerkelijk op de werkvloer handhaaft of werknemers zich aan veiligheidsvoorschriften houden. Zeker in macho-omgevingen als het leger, politie of de bouw waarin werknemers al dan niet onder groepsdruk geneigd zijn stoer te doen en daardoor geen gebruik maken van de veiligheidsvoorzieningen. Eventueel kunnen bij overtreding hieraan boetes worden verbonden.

Een beroep op eigen schuld is in het kader van werkgeversaansprakelijkheid slechts mogelijk wanneer er sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer. In het arrest Pollemans/Hoondert[48] oordeelde de Hoge Raad dat daarvan sprake is wanneer de werknemer zich tijdens het verrichten van zijn onmiddellijk aan het ongeval voorafgaande gedraging van het roekeloos karakter van die gedraging daadwerkelijk bewust moet zijn geweest. Deze hoge drempel geldt overigens slechts voor een beroep op eigen schuld in de werksfeer; voor letsel dat (mede) is veroorzaakt door privé-omstandigheden kan teruggevallen worden op het gewone eigen-schuld criterium van artikel 6:101 BW.[49] Dit is vooral van belang voor multicausale beroepsziekten als RSI en burn out.

Verjaring

De verjaring is geregeld in artikel 3:310 BW. Art. 3:310 lid 1 BW bepaalt dat een rechtsvordering tot vergoeding van schade verjaart door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. Dit is de relatieve verjaringstermijn. De absolute verjaringstermijn is 20 jaar: een vordering verjaart in elk geval twintig jaren na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt (of dertig jaar bij blootstelling aan gevaarlijke stoffen).

Sinds 1 februari 2004 geldt bij letselschade slechts de relatieve verjaringstermijn van vijf jaar en niet meer de absolute termijn van twintig of dertig jaar (artikel 3:310 lid 5 BW). Let wel: dit geldt alleen voor schadeveroorzakende gebeurtenissen die zich voordoen vanaf 1 februari 2004. In de praktijk zal bij beroepsziekten – die zich immers pas na geruime tijd openbaren – het oude regime nog geruime tijd relevant zijn. In zeer uitzonderlijke omstandigheden kan de lange, de absolute verjaringstermijn buiten beschouwing gelaten worden wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid.[50] Gelet op de rechtszekerheid dient de rechter hier uiterst terughoudend mee om te gaan. In genoemde arresten zijn zeven (niet limitatieve) gezichtspunten ontwikkeld waaraan getoetst moet worden: (a) of het gaat om vergoeding van vermogensschade dan wel van nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, en — mede in verband daarmede — of de gevorderde schadevergoeding ten goede komt aan het slachtoffer zelf, diens nabestaanden dan wel een derde; (b) in hoeverre voor het slachtoffer respectievelijk zijn

45 Hof Den Haag 26 mei 2009, LJN BJ3482.
46 Hof Den Bosch 25 augustus 2009, JAR 2009, 286.
47 HR 28 mei 2004, NJ 2005, 105 (Jetblast).
48 HR 20 september 1996, NJ 1997, 198.
49 M.S. A. Vegter, Predispositie en eigen schuld bij RSI en andere multicausale ziekten, TVP 2004, nr. 3, p. 78.
50 HR 28 april 2000, NJ 2000, 430 (Van Hese/De Schelde); HR 28 april 2000, NJ 2000, 431 (Rouwhof/Eternit).

nabestaanden ter zake van de schade een aanspraak op een uitkering uit anderen hoofde bestaat; (c) de mate waarin de gebeurtenis de aangesprokene kan worden verweten; (d) in hoeverre de aangesprokene reeds vóór het verstrijken van de verjaringstermijn rekening heeft gehouden of had behoren te houden met de mogelijkheid dat hij voor de schade aansprakelijk zou zijn; (e) of de aangesprokene naar redelijkheid nog de mogelijkheid heeft zich tegen de vordering te verweren; (f) of de aansprakelijkheid (nog) door verzekering is gedekt; en (g) of na het aan het licht komen van de schade binnen redelijke termijn een aansprakelijkstelling heeft plaatsgevonden en een vordering tot schadevergoeding is ingesteld.

Voor aanvang van de relatieve verjaringstermijn is niet vereist dat de benadeelde bekend is met alle componenten of de gehele omvang van zijn schade als gevolg van het tekortschietend of foutief handelen. Voldoende is dat de benadeelde bekend is geworden met schade die hij heeft geleden of lijdt als gevolg daarvan. Als sprake is van lichamelijke klachten waarvan de herkomst niet zonder meer duidelijk is, kan van daadwerkelijke bekendheid met de schade pas sprake zijn wanneer met voldoende mate van zekerheid is vastgesteld waardoor de klachten zijn ontstaan, zo overwoog de Hoge Raad.[51] Het ging in deze zaak om een werknemer die in 2000 voor het eerst uitvalt in verband met RSI-klachten. Al in 1996 ondervond de werknemer RSI-achtige klachten waarvoor een verwijzing naar manuele therapie plaatsvond. Pas in 2005 heeft de werknemer zijn werkgever aansprakelijk gesteld. De werkgever kwam een succesvol beroep op verjaring toe, nu het de werknemer tijdens de behandelingen vanaf 1992 gaandeweg duidelijk moet zijn geworden dat de klachten in elk geval deels arbeidsgerelateerd en van chronische aard waren. In zijn algemeenheid zal de vereiste zekerheid met betrekking tot de vraag waardoor de klachten zijn ontstaan pas aanwezig zijn wanneer deze oorzaak door te dier zake deskundige artsen is gediagnosticeerd.[52] Een dergelijke arts hoeft echter geen specialist te zijn. In de hiervoor besproken RSI-zaak hadden de bedrijfsarts, de huisarts en de manueel therapeut van een werknemer al vóór 2000 vastgesteld dat sprake was van werkgerelateerde chronische nek- schouder- en polsklachten. Ondanks het feit dat pas in december 2001 door de specialist de diagnose RSI werd gesteld, kwam de werkgever in 2005 een succesvol beroep op verjaring toe.

Verzoek ex 843a Rv

Het komt geregeld voor dat een (verzekeraar van een) werkgever zich geen goed oordeel kan vormen over de vraag of de door de werknemer gepresenteerde klachten en beperkingen aan het werk kunnen worden toegerekend, omdat er belangrijke medische informatie in zijn dossier ontbreekt, welke wel bekend is bij de werknemer en diens belangenbehartiger. In een dergelijk geval kan artikel 843a Rv uitkomst bieden. Op grond van dit artikel kan een partij bij een juridische procedure inzage, afgifte of uittreksel vorderen van bepaalde bescheiden wanneer hij daarbij een rechtmatig belang heeft en de bescheiden betrekking hebben op een rechtsbetrekking waarbij hij partij is. Ook medische gegevens kunnen gevorderd worden, mits duidelijk is omschreven om welke documenten het gaat. Hierbij kan gedacht worden aan het opvragen van het huisartsenjournaal of het complete UWV-dossier. Het is wel van belang of er al een onafhankelijke deskundige door de rechtbank is benoemd. Wanneer dat het geval is, is het in beginsel uitsluitend aan die deskundige om te beoordelen welke medische gegevens voor de uitvoering van het hem opgedragen onderzoek noodzakelijk zijn en daarom door de benadeelde dienen te worden verschaft.[53] Het is dan niet mogelijk om via artikel 843a Rv op voorhand de medische gegevens te vorderen. Wanneer echter in een bodemprocedure blijkt dat niet alle relevante medische gegevens zijn overgelegd, kan op grond van artikel 843a Rv daarvan afgifte gevorderd worden.[54]

Artikel 843a lid 4 Rv bepaalt dat degene die over de betreffende bescheiden beschikt, de afgifte kan weigeren als daar gewichtige redenen voor zijn. Werknemers doen als het om medische gegevens gaat nog wel eens een beroep op dit lid. Uit de rechtspraak blijkt echter dat een rechter niet snel een beroep op gewichtige redenen honoreert.[55] Hoezeer ook een werknemer aanspraak heeft op privacybescherming, zal dit belang doorgaans moeten wijken voor het belang van de (verzekeraar van een) werkgever die zich door haar eigen medisch adviseur behoort te kunnen doen voorlichten over de vraag of die gegevens potentiële relevantie hebben voor de vaststelling van de schade.

---

51 HR 10 september 2010, NJ 2012, 195.
52 HR 24 januari 2003, NJ 2003, 300.
53 HR 22 februari 2008, RvdW 2008, 256.
54 Rechtbank Arnhem 26 september 2009, LJN BJ4425.
55 Rechtbank Amsterdam 1 november 2004, LJN AR6866. Zie echter ook HR 22 februari 2008, LJN: BB3676 en BB5626 en EHRM 18 april 2012, ECHR 172 (2012), (Eternit/France) waarin juist het medisch beroepsgeheim lijkt te prevaleren.