

Bewijsvragen en hun antwoorden in beroepsziektezaken

MR. L.E.M. CHARLIER¹

In de positie van slachtoffers van beroepsziekten in ons recht is in de afgelopen 25 jaar maar weinig veranderd.² Zij is tot op heden weinig benijdenswaardig.³ Beroepsziekteclaims worden, anders dan arbeidsongevallen, slechts zelden in de minnelijke sfeer soepel geschikt. Redenen daarvoor zijn veelal gelegen in de uitgebreide causaliteitsdiscussies die zich in dat verband voordoen. Die discussies zijn taai. Ze worden dan ook, mede gedomineerd door de vele deskundigenberichten die noodzakelijk zijn, in de meeste gevallen in de rechtszaal tot op grote hoogte gevoerd. Jarenlange procedures zijn het gevolg.

Inleiding

Binnen deze causaliteitsdiscussies springen drie dingen in het oog. Primair moet worden vastgesteld dat causaliteitsonzekerheid inherent is aan de meeste beroepsziekten. Gedomineerd door de geldende bewijslastverdeling in beroepsziektezaken moet de werknemer de blootstelling aan risico's voor zijn gezondheid bewijzen, en aantonen dat zijn ziekte door de blootstelling deze risicofactoren *kan zijn veroorzaakt*. Slaagt hij daarin, en heeft de werkgever zijn zorgplicht verzaakt, dan rust op de werkgever de bewijslast van zijn stelling dat de klachten daarvoor *niet zijn veroorzaakt*, anders gezegd: dat de klachten ook zouden zijn ontstaan indien de schending der zorgplicht wordt weggedacht. De meeste discussies in de – mijns inziens onaanvaardbaar lange – procedures spelen zich reeds af in het kader van de eerste vragen naar de blootstelling en de mogelijke ver-

oorzaking. In dat verband wringt het dat bijvoorbeeld in zaken betreffende blootstelling aan toxische stoffen, bij gebreke van blootstellingsmetingen⁴ gedurende de arbeid, vrijwel niet mogelijk is om retrospectief de *concrete mate* van blootstelling te bewijzen. De wetenschap⁵ beschikt voor de retrospectieve bepaling daarvan domweg niet over adequate middelen.⁶ Daarbij komt dat de medische meetlat voor de bepaling van de causaliteit in de meeste gevallen – bij gebrek aan onderzoek, dan wel fondsen daarvoor – relatief (te) kort is. Zekerheid omtrent het causaal verband, of zelfs de mogelijkheid van causaal verband, kan door de medische wetenschap slechts zelden worden geboden.⁷ Kapitaalkrachtige werkgevers en hun verzekeraars gooien al hun middelen, financieel en anderszins, in de strijd om zowel de blootstellings- als de medische onzekerheid uit te baten. De werknemer die niet over dezelfde bronnen beschikt, is in deze strijd sterk in het nadeel. Het arbeidsrecht komt de werknemer weliswaar tegemoet door onder omstandigheden een rechtsvermoeden van causaliteit te aanvaarden, maar zoals ik in dit artikel aan de hand van rechtspraak zal aantonen, is dit gelet op de ongelijke strijd in veel gevallen een wassen neus. Menige procedure wordt zo lang gerekt en zo kostbaar dat de werknemer in arren moede de strijd op moet geven. De meeste van deze zaken komen zonder de steun van een maatschappelijke organisatie als financier niet tot de Hoge Raad.

In dit artikel zal ik in twee afleveringen⁸ de zeven belangwekkende arresten bespreken die in dit verband in 2013 zijn gewezen.⁹ Maar eerst vraag ik aandacht voor de grote aantallen be-

1 Lydia Charlier is als advocaat en mediator werkzaam bij Beer Advocaten (www.beeradvocaten.nl), voorheen redacteur van *Letsel & Schade* en gespecialiseerd in onder andere arbeidsongevallen en beroepsziekten. Met dank aan mr. dr. Yvonne Waterman van Waterman Legal Consultancy (www.watermanlegal.nl), eveneens gespecialiseerd in beroepsziekten.

2 De Ongevallenwet blokkeerde tot 1967 in belangrijke mate de aansprakelijkheid van de werkgever. Met de invoering van de WAO in 1967 is deze blokkering vervallen. Na de inwerkingtreding van de WAO duurde het echter lang voordat de jurisprudentie inzake werkgeversaansprakelijkheid op gang kwam. De asbestzaken eind tachtiger/begin negentiger jaren van de vorige eeuw hebben daarbij een belangrijke rol gespeeld, vgl. de arresten HR 6 april 1990, LJN AB9376, *NJ* 1990, 573 (*Janssen/Nefabas*), HR 25 juni 1993, LJN AC1907, *NJ* 1993, 686 (*Cijsouw/De Schelde I*) en HR 2 oktober 1998, LJN ZC2721, *NJ* 1999, 683 (*Cijsouw/De Schelde II*).

3 Zoals indringend naar voren kwam tijdens het WAA-congres op 30 november 2012, vgl. het themanummer beroepsziekten van *Letsel & Schade*, *L&S* 2013/2 (afl. 1).

4 Althans, de blootstellingsmetingen die door de werkgever in het licht van zijn zorgplicht zouden moeten zijn gedaan.

5 De arbeidshygiëne is de wetenschap die de blootstelling retrospectief probeert te begroten.

6 Vgl. de oratie *Arbeidshygiëne en Blootstellingkarakterisering* (mei 2008) van prof. dr. ir. Hans Kromhout, verbonden aan het Institute for Risk Assessment Sciences (IRAS), van het UMCU.

7 Een bekende uitzondering daarop vormt de causaliteit tussen asbest en mesothelioom.

8 Het artikel kent twee delen. Het volgende deel verschijnt in *TGMA* 2014/2. In dat tweede deel wordt de rechtspraak verder uitgediept en zullen conclusies worden getrokken.

9 Dit artikel bouwt voort op eerdere artikelen in deze reeks van L.E.M. Charlier: – 'Overleven beroepsziektelachtoffers ons Recht?', in: *L&S* 2013/2 (afl. 1); – 'De bewijslast in beroepsziektezaken onder de loep', in: *L&S* 2010/125 (afl. 3); – 'Recente ontwikkelingen op het gebied van werkgeversaansprakelijkheid in OPS (CTE) zaken', in: *L&S* 2010/126 (afl. 3); – 'Het bewijs in beroepsziektezaken, een stand van zaken', in: *L&S* 2008/169 (afl. 3);

roepsziekten. De omvang daarvan wordt zwaar onderschat.¹⁰ Ook moet gewezen worden op de ernstige individuele impact wanneer mensen ziek geworden zijn. Een goed rechtsstelsel is er niet alleen op gericht om tot een rechtvaardige uitkomst te komen, maar ook om ervoor te zorgen dat dit binnen gereede tijd geschiedt. Ons rechtsstelsel slaagt daarin niet.

Aan de hand van de zeven recente arresten die zijn verschenen in 2013 zal ik laten zien dat het recht op dit gebied ernstig tekort schiet. Het doel van de beoogde bescherming van de werknemer door verlichting van zijn bewijslast blijkt in geen van deze procedures te worden gehaald.

Het ziet er al met al vooralsnog in ons huidige stelsel niet naar uit dat beroepsziektelachtoffers uitzicht krijgen op een kortere rechtsgang. Het tegendeel is waar. Ik zal in het tweede deel van dit artikel concluderen dat de huidige verhaalsituatie waarin beroepsziektelachtoffers komen te verkeren, na evidente schending van veiligheidsnormen door hun werkgever, niet langer acceptabel is. Nederland beschermt haar werknemers *de facto* niet. De situatie waarin beroepsziektelachtoffers komen te verkeren is een maatschappij die zich tot doel stelt met haar arbeidsrecht de werknemer juist tegen die normschending te beschermen, onwaardig. Aan het slot van het tweede deel van dit artikel zal ik daarom enkele aanbevelingen ter verbetering van die situatie doen.

Een terugblik op een moeizame worsteling

De Nederlandse rechtspraak op het gebied van de aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen en beroepsziekten kwam eerst in de negentiger jaren van de vorige eeuw op gang met de eerste asbestzaken.¹¹ Sindsdien heeft de rechtspraak met grote regelmaat met dit onderwerp van doen.¹² Dit geldt niet alleen voor de rechtspraak: de worsteling in deze zaken kent meer betrokkenen.

Zo worstelt de wetgevende macht al jaren met het onderwerp. Heldere regelgeving blijkt een uitdaging. Zoals uit een recente publicatie van Waterman¹³ blijkt, heeft Nederland nog veel te

leren van het buitenland over de wijze waarop beter met beroepsziekten kan worden omgegaan. Ook uit andere publicaties van deze auteur blijkt, zoals zij eerder in haar proefschrift¹⁴ aan de kaak heeft gesteld, dat de Nederlandse overheid het in de sfeer van beroepsziekten tot op heden ernstig laat afweten waar het gaat om het voldoen aan internationale regelgeving. Het ILO-verdrag nr. 121 ('Employment Injury Benefits Convention 1964', bedoeld voor slachtoffers van arbeidsongevallen, beroepsziekten en arbeidsgerelateerde verkeersongevallen) is in 1966 door de Nederlandse overheid geratificeerd. Het verplicht tot het handhaven en uitvoeren van een officiële beroepsziektelijst, waarin de Nederlandse wetgever al zo'n veertig jaar tekort schiet.¹⁵

Pogingen om tot een regeling van de aansprakelijkheid van de werkgever te komen door middel van het in het leven roepen van de Extra Garantierегeling Beroepsrisico's (EGB)¹⁶ verdwenen na een negatief SER-advies voor onbepaalde tijd in de ijskast in 2005.¹⁷

Ook verzekeraars nemen een positie in het werkveld in. Zij be raden zich al enige tijd op alternatieve oplossingen, zoals het aanbieden van een directe verzekering.¹⁸ Tot op heden zonder concreet, breed gedragen resultaat. Een reden daarvoor is onder meer de wens van verzekeraars om in dit verband de toepasselijkheid van het aansprakelijkheidsrecht uit te sluiten.

In 2012 verschenen de resultaten van een in opdracht van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid vervaardigd onderzoek naar de verhaalsmogelijkheden van werkgerelateerde schade.¹⁹ Daaruit blijken echter met name de moeilijkheden.

De beschreven mogelijkheden hebben één aspect gemeen: de complexe causaliteitsproblematiek, waarvoor geen wezenlijke oplossing wordt aangereikt. Tot dusverre werden er geen concrete stappen ondernomen om tot oplossingen ter verlichting van de positie van beroepsziektelachtoffers te komen. Die posi-

– 'Het bewijs in beroepsziektezaken', in: *L&S* 2006/182 (afl. 3);

– 'De bewijslastverdeling in RSI-zaken: het breder perspectief', in: *L&S* 2004/101 (afl. 2).

10 Recentelijk heeft de NCRV aandacht besteed aan deze schrijnende problematiek in het programma 'Altijd wat' op 5 februari 2014.

11 Voor gevallen van mesothelioom, een asbestgerelateerde (beroeps)ziekte, werd in 2000 het Convenant Asbestslachtoffers gesloten en het Instituut Asbestslachtoffers opgericht. Voor de specifieke problemen die zich in asbestzaken voordoen, vgl. L.E.M. Charlier, '10 jaar Convenant Asbestslachtoffers', in: *NJB* 2008/30, p. 1857 e.v.

12 Zie in dit verband onder meer de artikelenreeks in *L&S* sedert 2004, zie noot 1.

13 Y.R.K. Waterman, 'De treurige (rechts-)positie van het Nederlandse slachtoffer van een beroepsziekte', in: F.T. Oldenhuis en H. Vorsselman (red.), *Werkgeversaansprakelijkheid: een grensverleggend debat*, BJU, Den Haag 2013, p. 97-111.

14 Y.R.K. Waterman, *De aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen en beroepsziekten. Een rechtsvergelijkend perspectief*, dissertatie, Boom Juridische Uitgevers, Den Haag 2009.

15 Zie nader Y.R.K. Waterman, 'Luidt ILO-verdrag nr. 121 het einde van de WIA en het begin van de EGB in?', in: *Tijdschrift voor de arbeidsrechtpraktijk (TAP)*, 2012/3, p. 119-124.

16 Extra Garantierегeling Beroepsrisico's. Deze regeling ziet op de herinvoering van het Risque Professionnel. Voor achtergronden zie Y.R.K. Waterman, 'Luidt ILO-verdrag nr. 121 het einde van de WIA en het begin van de EGB in?', in: *Tijdschrift voor de arbeidsrechtpraktijk (TAP)*, 2012/3, p. 119-124.

17 Inmiddels gaan er politieke stemmen op om de EGB andermaal van stal te halen. Veel beweging wordt echter nog niet gedetecteerd.

18 In deze systematiek verzekert het slachtoffer zichzelf tegen de risico's op het werk. Zie Y.R.K. Waterman, 'De directe verzekering voor arbeidsongevallen en beroepsziekten. Een terugkeer naar de Ongevallenwet?', in: *Arbeid Integraal*, februari 2001, p. 17-25.

19 R. Knegt e.a., *Verhaal van werkgerelateerde schade*. Rapport in opdracht van Ministerie SZW, Hugo Sinzheimer Instituut, Amsterdam 2012.

tie kenmerkt zich door het gebukt gaan onder een zware (bevijs-)last in situaties die vaak worden gekenmerkt door ontbrekende medische kennis over ontstaansmechanismen; en daarmee door causaliteitsonzekerheid.²⁰

De samenvatting is dat 'de markt'²¹ worstelt. Slachtoffers van beroepsziekten zijn tot op heden veelal aangewezen op het voeren van juridische procedures. Daar worden zij geconfronteerd met langdurige discussies over het aansprakelijkheids- en bevijsregime zoals neergelegd in het Burgerlijk Wetboek.²² Dat regime beoogt te voorzien in hun bescherming, nadat de werkgever heeft verzuimd om hen feitelijk te beschermen tegen gezondheidsschade in hun arbeidsomgeving. Het systeem kent echter sinds de negentiger jaren van de vorige eeuw een regelmatig in de rechtspraak terugkerende, aanhoudende roep om verheldering. In dit werkveld werden en worden in dat verband langdurige en kostbare procedures gevoerd. De voorspelbaarheid van de uitkomst daarvan is klein. De gang naar de rechter werd in de asbestzaken, die in de jurisprudentie het spits afbeten, eerder gekwalificeerd als 'de dubbele lijdensweg'. In andere beroepsziektezaken is die weg al niet anders.

De incidentie van beroepsziekten

Wij kennen de incidentie van beroepsziekten in Nederland niet, ondanks de verplichte registratie daarvan bij het Nederlands Centrum voor Beroepsziekten. Het is wel algemeen bekend dat Nederland kampt met een ernstige onderregistratie van beroepsziekten. Bij gebreke van concrete cijfers moeten we ons behelpen met ruwe schattingen. De cijfers lopen echter serieus uiteen.²³ Een voorzichtige, gemotiveerde schatting van het Coronel Instituut voor Arbeid en Gezondheid stelt het jaarlijks aantal

slachtoffers op 25.000.²⁴ Andere schattingen zijn hoger.²⁵

De belasting van de gezondheid in de arbeid kent vele varianten. Uit internationaal (groeps-) onderzoek blijkt dat de aantallen beroepsziektelachtoffers hand over hand toenemen. Zomaar een greep uit enkele recente voorbeelden: uit een recent verschenen Canadese studie²⁶ blijkt dat daar de beroepsgerelateerde kankeraandoeningen inmiddels oorzaak nummer één zijn in werkgerelateerde doodsoorzaken. De studie laat voorts zien dat er niet alleen in Nederland sprake is van onderregistratie van beroepsziekten: "*Occupational cancer is the leading cause of work-related deaths, yet it is often unrecognized and under reported, and associated claims for compensation go unfiled.*"

Als tweede voorbeeld, dichterbij huis, mogen cijfers uit België dienen. Op 13 juni 2013 bleek tijdens een internationaal symposium voor bedrijfsartsen in Den Bosch dat er in België een snelle stijging van astmagevallen wordt gezien in de afgelopen veertig jaar.²⁷ De oorzaken worden onder andere gevonden in toenemende blootstelling aan chemicaliën. Niet minder dan 15% van de astma's op volwassen leeftijd zijn beroepsastma's op basis van blootstelling in het werk. In het licht van de bekende onderregistratie is dat slechts de ondergrens.

In Nederland zijn voorts uit recente media-aandacht de gevaren van verschillende vormen van isolatie bekend. Zo waarschuwden longartsen op 3 september 2013 in een brief aan minister

20 Vgl. het proefschrift van W. Eshuis, *Werknemerscompensatie in de steigers, naar een nieuwe aanpak van werknemerscompensatie en preventie van arbeidsongevallen en beroepsziekten in arbeidsorganisaties*, Uitgeverij BigBusinessPublishers, Utrecht 2013.

21 Daaronder zijn begrepen alle betrokkenen: de wetgever, de rechterlijke macht, werkgevers, verzekeraars, werknemers, rechtshulpverleners, vakbonden.

22 Hetgeen A-G Spier recentelijk weer bracht tot de beklemmende suggestie om de zaak, gezien de betreurenswaardig lange duur van de procedure tot op heden, zo spoedig mogelijk af te handelen. Zie HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1717.

23 Vgl. L.E.M. Charlier, 'Overleven slachtoffers van beroepsziekten het Recht', in: *L&S* 2013/2 (afl. 1) voor enige in het oog springende cijfers. In 2011 werden in totaal 6.989 beroepsziektemeldingen door het NCvB geaccepteerd. Door het NCvB werden geweigerd: 1088 meldingen. Vgl. het in 2012 verschenen rapport 'Beroepsziekten in cijfers', H.F. van der Molen, P.P.F.M. Kuijper, P.B.A. Smits, A. Schop, F. Moeijes, D. Spreeuwers, M.H.W. Frings-Dresen (2012): *Annual incidence of occupational diseases in economic sectors in the Netherlands*, Amsterdam, Occupational and Environmental Medicine.

24 Vgl. H.F. van der Molen e.a., *Annual incidence of occupational diseases in economic sectors in the Netherlands*, NCvB Amsterdam 2012, waar anno 2012 de onderschatting wordt begroot op een factor 4: het vermoede aantal beroepsziekten is volgens dat rapport circa 25.000 per jaar. Dat betekent een onderrapportage ten opzichte van de registratie van beroepsziekten van niet minder dan 75% (!).

25 Sommige schattingen van deskundigen in het werkveld lopen op tot 50.000 slachtoffers per jaar. Verwezen zij naar de recente documentaire 'Altijd Wat', NCRV, Ned. 2, 5 februari 2014, die de schrijnende situatie goed in beeld bracht. Een fraai voorbeeld van een ernstige onderschatting wordt gevormd door de gevallen van epoxy-allergie. Epoxy bevat zwaar sensibiliserende bestanddelen, die leiden tot ernstige allergische klachten. Het NCvB stelt op basis van de aangevoerde meldingen de incidentie op vijf of zes per jaar. Uit Duitsland zijn daaromtrent echter meer cijfers bekend. In de periode 1999-2011 zijn in Duitsland 2.950 erkende gevallen van epoxy-allergie als beroepsziekte geregistreerd, ofwel ongeveer 230 per jaar. Ruwweg de helft hiervan was werkzaam in de bouw. De hoogste aantallen gevallen werden gevonden onder vloerenleggers, tegelzeters en schilders. Extrapolatie van deze cijfers naar Nederland leidt tot een schatting van ongeveer 46 gevallen per jaar (16 miljoen/80 miljoen x 230). Dat betekent een Nederlandse onderschatting met een factor 9. Voor de Duitse cijfers vgl.: J. Geier, A. Krautheim, W. Uter, H. Lessmann A. Schnuch, 'Occupational contact allergy in the building trade in Germany: influence of preventive measures and changing exposure', *Int. Arch. Occup. Environ. Health*, Vol. 84, No. 4, 2011 pp. 403-411 en K. Kersting & R. Rühl, *Sicherer Umgang mit Epoxidharzen in der Bauwirtschaft*, geen publicatiedatum (in het Duits). Beschikbaar op: [Epoxidharze Bauwirtschaft.pdf](#)

26 A. Del Bianco en P.A. Demers, 'Trends in compensation for deaths from occupational cancer in Canada: a descriptive study', in: *Canadian Medical Association Journal*, 12 augustus 2013, zie <http://www.cmajopen.ca/content/1/3/E91.full.pdf+html>.

27 CGC NVAB op 13 juni 2013 in Den Bosch, met name de lezingen van dr. Hilde de Raeye en prof. dr. Jeroen Vanoirbeek.

Blok voor een ernstige onderschatting van de gezondheidsrisico's van PUR en van minerale wol, zoals glaswol en steenwol.²⁸ Er zijn gezondheidsrisico's voor zowel de bewoners van de geïsoleerde woningen als voor de werknemers die het materiaal moeten verwerken.

De Nederlandse registratie van beroepsziekten geschiedt door het Nederlands Centrum voor Beroepsziekten (NCvB) en ziet op slechts een fractie van de gevallen. Daarvoor zijn bij het NCvB verschillende oorzaken bekend.²⁹ De conclusie is gerechtvaardigd dat het terrein van beroepsziekten een terrein is waarvan, door onderschatting van de aantallen slachtoffers, het belang onvoldoende wordt onderkend. Datzelfde geldt voor de daarmee gemoeide kosten van medische consumptie, van zorg en arbeidsuitval.

Aansprakelijkheid en bewijs

De aansprakelijkheid in beroepsziektezaken wordt beheerst door art. 7:658 BW. Het artikel is onderdeel van het arbeidsrecht. Arbeidsrecht is beschermingsrecht.³⁰ Bescherming tegen de feitelijke disbalans in de verhouding tussen werkgever en werknemer. Die bescherming komt tot stand door in beroepsziektezaken de regels van bewijslastverdeling en bewijswaardering te voorzien van compensatie van die ongelijkheid. Het geldende bewijsregime is daarmee echter complex. In het algemeen staat in aansprakelijkheidszaken het algemene bewijsrecht ex art. 150 Rv voorop. Daaruit volgt: wie eist, bewijst. Hieruit vloeit direct een relevante consequentie voort: bewijslast is bewijsrisico.

Het bewijsregime van art. 7:658 BW kent daarop een uitzondering: het staat zoals gezegd in de sleutel van arbeidsrechtelijke bescherming van de werknemer.³¹ Die bescherming wordt tot stand gebracht in de vorm van een ten gunste van deze werknemer afwijkende bewijslastverdeling ter zake van het bewijs van het *causaal verband* tussen de blootstelling aan voor de gezondheid schadelijke factoren en de klachten.³² Slachtoffers in beroepsziektezaken zijn voor de slagingskansen van hun vordering in hoge mate afhankelijk van die bescherming, niet alleen van

wege hun ongunstige positie jegens de (inhoudelijk beter geoutilleerde) werkgever. In de praktijk moeten zij ook opboksen tegen zijn kapitaalcrachtige aansprakelijkheidsverzekeraar, tegen de achtergrond van een ernstig lichamelijke en vaak ook psychisch beschadigde situatie.

De arbeidsrechtelijke omkeerregel

De gewenste bescherming van de werknemer moet worden gerealiseerd door een voor hem geldend milder bewijsregime op het punt van dec.s.q.n. dan in reguliere aansprakelijkheidszaken,³³ in welk verband de zgn. 'arbeidsrechtelijke omkeerregel'³⁴ een vaste plek gekregen heeft.³⁵ Die omkeerregel is een uitwerking van art. 7:658 lid 2 BW en voorziet – onder bepaalde voorwaarden – in het ontstaan van een rechtsvermoeden van causaliteit. Waar met toepassing van de hoofdregels van het bewijsrecht³⁶ de eisende partij zowel de normschending als de causaliteit tussen de normschending en de gestelde schade moet bewijzen, is dat in beroepsziektezaken niet het geval. Met de arbeidsrechtelijke omkeerregel wordt een moment van verlichting gecreëerd, evenals twee momenten van omkering van de bewijslast.

De werknemer hoeft niet te bewijzen dat zijn klachten door de blootstelling *zijn* veroorzaakt. Op hem rust het bewijs van de blootstelling aan risico's voor zijn gezondheid en het bewijs dat zijn klachten daardoor *kunnen zijn* veroorzaakt. Dit betekent een verlichting van de reguliere bewijslast.

Het is evenmin, zoals in andere aansprakelijkheidskwesities, aan de werknemer om *de normschending* door de werkgever aan te tonen. Integendeel, in het licht van de arbeidsrechtelijke omkeerregel is het aan *de werkgever* om aan te tonen dat hij conform de 'state of the art' aan de veiligheidseisen en daarmee aan zijn zorgplicht heeft voldaan. Dit is het eerste moment van omkering van de bewijslast.

Het tweede moment van omkering ligt in het – onder bepaalde voorwaarden – ontstaan van een bewijsvermoeden van causaliteit indien de werknemer *wél*, maar de werkgever niet aan de op hem rustende bewijslast heeft voldaan. Dat bewijsvermoeden betekent dat de werkgever aansprakelijk is, tenzij hij erin slaagt

28 <http://nos.nl/artikel/547232-artsen-voorzichtig-met-isolatie.html> per 3 september 2013.

29 Het NCvB onderkent de problematiek, maar is nog niet bij machte gebleken om daar een oplossing voor te bieden.

30 Vgl. in de onderhavige context HR 11 maart 2005, LJN AR6657 (*ABN AMRO/Nieuwenhuys*).

31 Vgl. onder meer HR 11 maart 2005, LJN AR6657 inzake *ABN AMRO/Nieuwenhuys* en HR 27 april 2007, LJN AZ6717, «JAR» 2007/128 ('*Oven-arrest*').

32 HR 17 november 2000, LJN AA8369, *NJ* 2001/596 (*Unilever/Dikmans*), HR 23 juni 2006, LJN AW6166, *NJ* 2006, 354 (*Havermans/Luyckx*); HR 16 mei 2008, LJN BC7683 (*Pekaar/Atofina*); HR 9 januari 2009, LJN BF8875, «JAR» 2009/38 (*Landskroon/BAM*) en laatstelijk HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1721 (*Ritsma/Lansink*) r.o. 4.1.3 en HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1717 (*SVB/Van de Wege*) r.o. 4.2.2.

33 Vgl. Chr.H. van Dijk, 'Causale perikelen: het is moeilijk en zal moeilijk blijven', in *TVP* 2013/3, p. 61 e.v. voor een recente evaluatie van de bewijsperikelen in het algemeen.

34 De arbeidsrechtelijke omkeerregel ziet op het bewijs van de *conditio sine qua non*. Zij ziet – in beginsel – niet op het bewijs van de omvang van de schade.

35 Waar eerder werd aangenomen dat de arbeidsrechtelijke omkeerregel zoals bedoeld in HR 17 november 2000, LJN AA8369, *NJ* 2001/596 (*Unilever/Dikmans*) slechts geldt in geval van blootstelling aan gevaarlijke stoffen, staat sinds HR 9 januari 2009, LJN BF8875, «JAR» 2009/38 (*Landskroon/BAM*) vast dat dit bewijsregime geldt voor alle beroepsziektezaken. Dit wordt bevestigd door het recente arrest HR 7 juni 2013 ECLI:NL:HR:2013:BZ1717 (*SVB/Van de Wege*).

36 Art. 150 Rv.

het causaliteitsvermoeden te ontcrachten door middel van het bewijs dat de klachten ook zouden zijn ontstaan indien de schending van de zorgplicht wordt weggedacht. Het bewijsvermoeden heeft tot doel om – onder bepaalde voorwaarden – causaliteitsonzekerheid weg ten nemen.³⁷

Tegenover het te beschermen belang van de werknemer staat het gerechtvaardigd belang van de werkgever. Ook al heeft de werkgever zijn zorgplicht geschonden, ook hij moet worden beschermd tegen het al te lichtzinnig toerekenen van risico's die hij niet kende noch behoorde te kennen, of tegen toerekening van risico's die te gering zijn om toerekening te rechtvaardigen. Om die reden kent de toepassing van de arbeidsrechtelijke omkeerregel grenzen en mag de werkgever het causaliteitsvermoeden ontzenuwen.

De bewijsroute volgens de jurisprudentie

De Hoge Raad formuleert in de geldende jurisprudentie de bewijsroute in beroepsziektezaken als volgt:

“Wanneer een werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden is blootgesteld aan voor de gezondheid gevaarlijke omstandigheden en schade aan zijn gezondheid heeft opgelopen, dan moet het door de werknemer te bewijzen oorzakelijk verband tussen de werkzaamheden en die schade in beginsel worden aangenomen 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 dergelijke schade lijdt.”³⁸

Anders gezegd: normschending betekent het aannemen van causaliteit. Dat is passend, ook in de algemene omkeringsleer. In beginsel heeft te gelden dat in geval van normschending onzekerheid over het exacte verloop van de gebeurtenissen voor risico komt van degene die een veiligheidsnorm heeft geschonden. In dat verband moet het adagium gelden: ‘de vervuiler betaalt’. In geval van beroepsziekten doet zich echter het fenomeen voor dat niet voorshands duidelijk is *of*, en *zo ja welke* schade door de normschending geleden wordt. Zowel de aard, omvang en frequentie van blootstelling die zich als gevolg van de normschending hebben voorgedaan, als de veroorzakingsmechanismen van de schade in de medische zin zijn niet op voorhand duidelijk. De medische meetlat is met regelmaat in deze zaken te kort. Het risico bestaat dat, hoewel uit groepsonderzoeken een verband

tussen blootstelling en klachten blijkt, de specifieke veroorzakingsmechanismen niet aantoonbaar zijn en de werknemer om die reden ten onrechte bescherming ontbeert. Het risico bestaat ook dat de werkgever ten onrechte met aansprakelijkheid wordt belast. Om die reden luistert de bewijslastverdeling in beroepsziektezaken nauw.

Concreet worden in de jurisprudentie op het punt van de te volgen bewijsroute in deze zaken een viertal stappen onderscheiden:

1. het bewijs dat de werknemer aan voor de gezondheid schadelijke factoren *is blootgesteld*;
2. het bewijs dat die blootstelling de gestelde gezondheidsklachten *kan veroorzaken*;
3. het bewijs dat de zorgplicht is geschonden;
4. het ontzenuwen van het rechtsvermoeden door het leveren van het bewijs dat, ondanks de zorgplichtschending, de klachten ook zouden zijn ontstaan indien de zorgplichtschending wordt weggedacht.

Voor de toepassing van de omkeerregel moet de werknemer eerst concreet stellen en, indien voldoende betwist, bewijzen dat hij *is blootgesteld* aan gevaren voor zijn gezondheid.³⁹ De enkele omstandigheid dat de werknemer *kan* zijn blootgesteld, is voor aansprakelijkheid niet voldoende.⁴⁰ De feitelijke aard en omvang van de blootstelling moeten daarom zoveel mogelijk concreet worden vastgesteld. In dat verband ligt de nadruk op feitelijke bewijsvoering door middel van getuigen en andere concrete bewijsmiddelen.⁴¹

Beroepsziekteslachtoffers zien zich reeds in de fase van het bewijs van *is blootgesteld* (met name, maar niet uitsluitend, als het gaat om blootstelling aan gevaarlijke stoffen) geconfronteerd met bewijsmoeilijkheden. Die moeilijkheden kunnen vele oorzaken hebben.

Voor concreet bewijs is allereerst zoveel mogelijk gedetailleerd getuigenbewijs rond de arbeidsmiddelen en -omstandigheden noodzakelijk. De werknemer beschikt evenwel veelal niet over concrete, specifieke gegevens met betrekking tot de aard en de omvang van de blootstelling. Wel kan hij verklaren over de arbeidsomstandigheden, zijn activiteiten en de producten waarmee hij heeft gewerkt. Voor getuigenbewijs is hij afhankelijk van collega's.⁴² In de praktijk wordt evenwel veelvuldig gezien dat getuigen nog bij de werkgever werkzame collega's zijn, die niet

37 Door werkgevers wordt wel betoogd dat de omkeerregel slechts beoogt 'het laatste restje causaliteitsonzekerheid' weg te nemen. Dat argument slaagt echter niet, vgl. HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7264, *NJ* 2012,669 en HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1717 (*SVB/Van de Wege*).

38 HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1721 (*Ritsma/Lansink*), r.o. 4.1.2.

39 HR 17 november 2000, LJN AA8369, *NJ* 2001/596 (*Unilever/Dikmans*).

40 Vgl. HR 26 januari 2001, *NJ* 2001/597 (*Westrate/De Schelde*).

41 Zoals de RIE met plan van aanpak, (persoonsgebonden) meetgegevens, arborapportages, inkoopfacturen, verkoopgegevens, productiegegevens etc.

42 Een voorlopig getuigenverhoor ligt in dat verband voor de hand, ter inschatting van de proceskansen.

over de aard en de omvang van de blootstelling of de gebruikte materialen tegen de werkgever willen verklaren uit angst voor verlies van hun baan. Reeds bij stap 1 zien werknemers zich geconfronteerd met tegenbewijs zijdens de werkgever op het punt van 'is blootgesteld' door het horen van nog bij de werkgever werkende getuigen of leidinggevendenden, die uit de aard van de zaak in een afhankelijkheidsrelatie tot (en daarmee onder invloed van) de werkgever staan.

Voor het bewijs van de blootstelling zijn ook andere concrete gegevens van belang. Zo beschikt de werknemer in het geval van blootstelling aan risicovolle stoffen bijvoorbeeld niet over de inkoopgegevens van de gebruikte stoffen. Evenmin beschikt hij over gegevens inzake productdeclaraties, risicoclassificatie, (al dan niet persoonsgebonden) meetgegevens met betrekking tot de blootstelling, et cetera. Noch over de RIE,⁴³ het daarbij behorende Plan van Aanpak, meldingen van andere werknemers met vergelijkbare klachten, meldingen bij de Arbeidsinspectie, (arbo-)onderzoeksrapporten zijdens de werkgever. Al deze documenten zijn in het bezit van *de werkgever*.

De werknemer staat daarmee duidelijk op achterstand. Een verzoek ex art. 843a Rv kan in dat verband soelaas bieden. Wel moet dan voldoende duidelijk zijn dat de gevraagde stukken bestaan en om welke stukken wordt verzocht. In rechte kan voorts een beroep worden gedaan op het rechtssfeercriterium⁴⁴ alsmede op de exhibitieplicht.⁴⁵ Maar dan moeten de verzochte stukken er wel zijn, terwijl juist bij een geschonden zorgplicht de kans bestaat dat ze er níet zijn. Deze schending domineert daarmee mede de bewijsmogelijkheden van de werknemer.

Kan de blootstelling niet of onvoldoende worden achterhaald en aangetoond, dan kent de zaak voorshands geen haalbaarheidskansen. De vordering van de werknemer eindigt dan reeds daar.

De werknemer moet voorts bewijzen dat de concrete blootstelling zijn gezondheidsklachten *kan* hebben veroorzaakt.⁴⁶ Hof Arnhem oordeelde reeds in 2009 dat, zolang de werknemer niet heeft aangetoond dat hij in die zin in *relevante mate* is blootgesteld, voor de toepassing van de ten gunste van de werknemer strekkende omkeerregel geen grond bestaat.⁴⁷ Dit wil zeggen dat de werknemer moet aantonen dat hij een relevante mate van blootstelling heeft ondergaan om zijn klachten te *kunnen veroorzaken*.

De concrete blootstelling en de mate waarin deze de klachten kan hebben veroorzaakt vormen de *relevante blootstelling*. In recente, hierna te bespreken jurisprudentie, heeft de Hoge Raad zich in algemene termen uitgelaten over de minimum omvang van de *relevante blootstelling*.

Schending van de zorgplicht

De werknemer hoeft noch de norm, noch de schending daarvan te bewijzen.

De werkgever moet bewijs aandragen van zijn stelling dat hij aan de zorgplicht heeft voldaan.⁴⁸ In dat verband dient tot uitgangspunt dat de vraag of een werkgever op grond van de op hem rustende zorgplicht die maatregelen heeft genomen die redelijkerwijs nodig zijn om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt, beantwoord dient te worden aan de hand van de in de betrokken periode geldende maatstaven.⁴⁹ Wanneer specifieke voorschriften ontbreken, dient aan de hand van de concrete omstandigheden en de 'state of the art' te worden beoordeeld of de werkgever aan zijn zorgplicht heeft voldaan. De werkgever dient daarbij eveneens over de landsgrenzen te kijken.⁵⁰

Zou het invullen van die normen (alleen) aan de werkgever overgelaten worden, dan ligt het voor de hand dat daarin leemten zullen voorkomen, met name waar het ongeschreven normen betreft. Hoewel het niet voldoen aan de zorgplicht zijdens de werkgever niet tot zijn bewijslast behoort, doet de werknemer er in de praktijk goed aan de rechter (mede) voor te lichten ('handen en voeten geven') omtrent de geldende geschreven en ongeschreven normen waaraan de werkgever diende te voldoen in de betreffende blootstellingsperiode; evenals de wijze waarop de werkgever daar niet aan heeft voldaan.

Onder meer is voor de vaststelling van schending van de zorgplicht van belang of het gevaar dat zich heeft gerealiseerd kenbaar was op het moment dat de veiligheidsmaatregelen getroffen werden of behoorden te worden. Echter: het enkele feit dat het gevaar van het ziektebeeld/de klachten nog niet *kenbaar* was, is nog niet doorslaggevend. Het is dan ook van belang na te gaan of de werkgever in die periode gehouden was veiligheidsmaatregelen te treffen vanwege andere gevaren dan het aan de orde zijnde ziektebeeld. Want, indien de werkgever maatregelen behoorde te treffen ter voorkoming van een *ander* ziektebeeld, en door dat na te laten (ook) het risico op *deze* klachten in aanmerkelijke mate heeft verhoogd, dan is daarmee de schending der zorgplicht gegeven; en bij voldoende bewijs door de werknemer

43 Risico Inventarisatie en Evaluatie (verplicht sedert 1994), zomede het daarbij behorende plan van aanpak

44 Vgl. HR 6 april 1990, NJ 1990/573 (*Jansen/Nefabas*), HR 17 november 2000, LJN AA8369, NJ 2001/596, (*Unilever/Dikmans*) en HR 27 april 2007, LJN AZ6717, «JAR» 2007/128 ('Oven-arrest').

45 Ex art. 21 en 22 Rv.

46 HR 23 juni 2006, NJ 2006, 354 (*Havermans/Luycks*).

47 Hof Arnhem 1 december 2009, LJN BL9037, r.o. 4.7 t/m 4.9.

48 HR 17 november 2000, LJN AA 8369, NJ 2001/596.

49 HR 2 oktober 1998, LJN ZC2721, NJ 1999/683.

50 HR 11 november 2005, LJN AU3313, NJ 2008/460.

van de op hem rustende bewijslast is dan ook de aansprakelijkheid gegeven.⁵¹

Communicerende vaten

De blootstelling en de schending der zorgplicht lijken verschillende onderwerpen, maar zijn *de facto* grotendeels communicerende vaten. Ze kunnen dan ook niet los van elkaar worden gezien.

Zou het in een procedure komen tot het gelasten van een deskundigenbericht, dan ligt het voor de hand om de deskundige (een blootstellingsdeskundige) te verzoeken de blootstelling te evalueren. Het ligt voor de hand om in het kader van het bepalen van de relevantie van de blootstelling andere mogelijke oorzaken te benoemen en waar mogelijk van een mate van veroorzakingswaarschijnlijkheid te voorzien. Het ontbreken van andere oorzaken is voor het causaliteitsvermoeden – in het kader van ‘kan zijn veroorzaakt’ – van belang. Het ontbreken of bepalen daarvan ligt op het medisch terrein en dient daarom door een medisch deskundige te worden bepaald. Dat bewijs rust op de werknemer en de kosten zijn voor zijn rekening.

Het ligt voor de hand om, gelet op het feit dat blootstelling en schending zorgplicht communicerende vaten zijn, *tegelijkertijd* een deskundige te verzoeken de normen en de ‘state of the art’ op het aan de orde zijnde gebied in de blootstellingsperiode in kaart te laten brengen. Deze kosten komen ten laste van de werkgever.

Tegelijkertijd?

In het arrest *Dikmans/Unilever*⁵² heeft de Hoge Raad dan ook geoordeeld dat het bewijs van de blootstelling tegelijkertijd met het bewijs zijdens werkgever ten aanzien van het voldoen aan zijn bewijslast diende plaats te vinden. Een oordeel dat een zekere logica in zich draagt: het één is feitelijk veelal het logisch gevolg van het ander.

Ook bewijstechnisch grijpen de twee in elkaar. Een voorbeeld daarvan is de verplichting van de werkgever tot het uitvoeren van persoonsgebonden metingen bij blootstelling van de werknemer aan schadelijke stoffen. Hebben die metingen niet plaatsgevonden dan volgt daar niet slechts een schending van de zorgplicht uit. Het directe gevolg is tevens dat daardoor het concrete blootstellingsbewijs uit meetgegevens ontbreekt. Bewijs dat de werknemer in het kader van zijn bewijslast op het punt van de blootstelling idealiter zou moeten kunnen leveren, en dat hij niet op andere wijze kan of heeft kunnen verkrijgen. Het ont-

breken van dit blootstellingsbewijs dient in een dergelijk geval, als gevolg van de zorgplichtschending, ter compensatie van de feitelijke ongelijkheid van partijen, *voor rekening en risico van de werkgever te komen*. Hof Leeuwarden oordeelde zulks eerder terecht in een OPS-zaak.⁵³ In geval van toepassing van het criterium ‘tegelijkertijd’ zoals bedoeld in het arrest *Unilever/Dikmans* kan deze afweging genuanceerd worden gemaakt. De bewijsroute ‘tegelijkertijd’ bergt daarmee de mogelijkheid in zich om concreet vorm te geven aan de bescherming van de werknemer. De zich ontwikkelende jurisprudentie op dit punt speelt voor de mate van bescherming van de werknemer een grote rol. Hoewel er inmiddels sprake is van regelmatige jurisprudentie op dit vlak, blijkt de beoogde bescherming van de werknemer door toepassing van het criterium ‘tegelijkertijd’ op het niveau van hofjurisprudentie enigszins verwaterd. Hoven voeren op dat punt geen eenduidig beleid. De Hoge Raad heeft zich omtrent het criterium ‘tegelijkertijd’ sedert het arrest *Dikmans/Unilever* niet meer expliciet uitgelaten. Mijns inziens komt de toepasse-lijkheid van dit criterium en de bescherming van de werknemer, ook in gevallen waarin een flagrante schending van de zorgplicht voor de hand ligt, in de jurisprudentie van dit moment onvoldoende tot uitdrukking.

Omkeerregel: causaliteitsvermoeden

Slaagt de werknemer in zijn bewijs ter zake van de relevante blootstelling en de werkgever niet in het bewijs dat hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan, dan treedt de arbeidsrechtelijke omkeerregel in werking. Dan ontstaat het rechtsvermoeden dat de gezondheidsklachten zijn veroorzaakt door de arbeidsomstandigheden, ofwel: het rechtsvermoeden van causaliteit. Drie componenten spelen daarin een rol:

1. de specifieke en concrete blootstelling;
2. een kansverhoging, ofwel een mate van waarschijnlijkheid van het ontstaan van de klachten;
3. een normatief element: een schending van de veiligheidsnormen door de werkgever en de bescherming van de werknemer daartegen.

De werkgever mag het causaliteitsvermoeden ontkrachten. De concrete vraag welke eisen aan de ontkrachting van het vermoeden moeten worden gesteld, is door de Hoge Raad in beroepszietezaken nog niet beantwoord. Met name staat open de vraag of het vermoeden moet worden ontkracht met tegenbewijs (het zaaien van twijfel aan het rechtsvermoeden) of bewijs van het tegendeel (de blootstelling heeft de klachten niet veroorzaakt,

51 HR 6 april 1990, LJN AB9376, NJ 1990, 573 (*Janssen/Nefabas*), HR 25 juni 1993, NJ 1993/686 (*Cijsouw/De Schelde I*).

52 HR 17 november 2000, LJN AA8369, NJ 2001/596 (*Unilever/Dikmans*).

53 Hof Arnhem-Leeuwarden ECLI:NL:GHARL:2013:BZ4763, ten gevolge op Hof Leeuwarden 24 oktober 2007, L&S 2008/174 (*Zandleven/Kooltje*).

ofwel: de klachten zouden ook zijn ontstaan indien de blootstelling wordt weggedacht). Beroepsziektezaken onderscheiden zich in dat verband van andere zaken vanwege de beschermingsratio, die ook in dat verband van gewicht is.

Zou de werkgever erin slagen het rechtsvermoeden te ontcrachten, dan ziet de werknemer zich uiteindelijk geplaatst voor het leveren van het volledige causaliteitsbewijs. Het bewijsrisico wordt door de omkeerregel immers *niet* verlegd naar de werkgever. In de regel zal de werknemer in het volledige causaliteitsbewijs niet slagen. Immers, de bescherming die de aanpak van art. 7:658 BW biedt, bestaat juist hierin dat de werknemer voor het welslagen van zijn vordering *niet* de volledige causaliteit behoeft te bewijzen. Dat is waar zijn bescherming en de compensatie van ongelijkheid op doelt.

Tenslotte kan de werkgever zich van aansprakelijkheid bevrijden indien hij opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer aantoot. In het geval van beroepsziekten lijkt deze mogelijkheid een dode letter. In de sfeer van blootstelling aan voor de gezondheid schadelijke arbeidsomstandigheden valt niet goed in te zien hoe aan de werknemer opzet of bewuste roekeloosheid te wijten zou kunnen zijn.

Openstaande vragen anno 2012

Voor de beroepsziektepraktijk lag de beantwoording van een aantal cruciale vragen nog voor. Vragen als:

- Wat is in concreto een *relevante kans* in de sfeer van het criterium 'kan zijn veroorzaakt'?
- Is aan het criterium 'kan zijn veroorzaakt' een ondergrens te stellen? Zo ja, waar ligt die *ondergrens*? Hoe moet deze worden bepaald en door wie?
- Op grond van welke informatie kan het voldoen aan het criterium 'kan zijn veroorzaakt' worden aangenomen? Is het in dat verband voldoende om algemene wetenschappelijk gefundeerde literatuur aan te dragen, of is een deskundigenbericht met een concreet deskundigenoordeel rond de waarschijnlijkheid van het 'kan zijn veroorzaakt' vereist?
- Hoe moet worden aangekeken tegen het criterium 'tegelijktijd', nu dat criterium na het oordeel van de Hoge Raad inzake *Dikmans/Unilever* in de hofjurisprudentie niet nadrukkelijk wordt gehanteerd? Wat zijn de consequenties van het niet hanteren van het criterium 'tegelijktijd' voor de bescherming van de werknemer?
- Welke eisen moeten aan het ontcrachten van het bewijsvermoeden door de werkgever worden gesteld? Behoeft de werkgever uitsluitend het vermoeden te ontcrachten door *twijfel* aan dat vermoeden te zaaien (*tegenbewijs*) of rust op hem het *bewijs van het tegendeel*? Welke concrete bewijzeisen moeten aan deze varianten worden gesteld?

Recente ontwikkelingen in 2013: doorlooptijden

2013 is een druk jaar geweest op het terrein van jurisprudentie in gevallen van beroepsziekten. Een reeks aan belangwekkende uitspraken heeft het licht gezien. Het is een teken aan de wand: meer en meer klinkt vanuit de rechtspraktijk de roep om helderheid. De uitspraken laten een rechtsterrein in beweging zien. Met nadrukkelijke verschillen in rechterlijke oordelen. Ik zal deze aan de hand van zeven voorbeelden de revue laten passeren en concluderen dat het lot van het beroepsziekteslachtoffer nog steeds niet is veranderd. Het bestaat uit jarenlang voortprocederen en dit tegen zeer hoge kosten.

Voorbeeld 1. Op 15 januari 2013 wees het Hof Den Haag een arrest in de zaak van een straler-spuiter die door zijn werkgever aan schadelijke stoffen werd blootgesteld.⁵⁴ In 2013 eindigde de zaak na 13 jaar.

Voorbeeld 2. Op 19 maart 2013 wees het Hof Arnhem-Leeuwarden een arrest in de zaak van een productiemedewerker die aan schadelijke stoffen werd blootgesteld.⁵⁵ De weg naar het oordeel van het hof duurde veertien jaar.

Voorbeeld 3. Op 7 mei 2013 heeft het Hof Den Haag⁵⁶ het arrest na verwijzing inzake *Dikmans/Unilever* gewezen. Dikmans heeft er zo'n zestien jaar over gedaan om tot de treurige conclusie te moeten komen dat zijn vordering alsnog voor het leeuwendeel wordt afgewezen.

Voorbeelden 4 en 5. Op 7 juni 2013 heeft de Hoge Raad⁵⁷ een tweetal belangwekkende arresten gewezen, die voor de bewijslastverdeling in beroepsziektezaken van groot belang zijn. Meer specifiek zijn deze arresten van belang op het punt van de bewijspositie van de werknemer, de volgorde van de bewijslevering, welke concrete eisen aan het bewijs van beide partijen mogen worden gesteld, welke eisen aan de toepassing van de omkeerregel moeten worden gesteld, de vraag of deskundigenberichten nodig zijn in het licht van die bewijslastverdeling, in welk stadium van de bewijsroute de noodzaak van die deskundigenberichten zich voordoet, voor wiens rekening de kosten daarvan in het licht van ieders bewijslast moeten komen, welke principiële vragen in het licht van de bewijspositie van partijen aan deskundigen moeten worden gesteld en tot slot: welke eisen aan het tegenbewijs moeten worden gesteld. De werknemers hebben er respectievelijk dertien en veertien jaar over gedaan

⁵⁴ Hof Den Haag 15 januari 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ5975 (*X/Muelhan*).

⁵⁵ Hof Arnhem-Leeuwarden ECLI:NL:GHARL:2013:BZ4763 ten gevolge op Hof Leeuwarden 24 oktober 2007, *L&S* 2008/174 (*Zandleven/Kooitje*).

⁵⁶ Hof Den Haag 7 mei 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:1294 in vervolg op HR 17 november 2000, LJN AA8369, *NJ* 2001, 596 (*Unilever/Dikmans*).

⁵⁷ HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1721 (*Ritsma/Lansink*) en HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1717 (*SVB/Van de Wege*). Deze arresten zijn besproken door Chr.H. van Dijk en L.L. Veendrick, 'Zorgplichtschending bij beroepsziekten; bewijsproblemen bij het causaal verband: de arbeidsrechtelijke omkeringsregel en het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid', *Tijdschrift voor Personenschade*, 2013, p. 127-136.

om naar een hof te worden terugverwezen.

Voorbeelden 6 en 7. Na de beide voornoemde 7 juni-uitspraken heeft het Hof Arnhem-Leeuwarden voorts een tweetal arresten gewezen. Op 23 juli 2013 wees het hof een 'RSI'-arrest.⁵⁸ De werknemer heeft er veertien jaar over gedaan om te vorderen tot het tussenarrest van het hof. En tot slot wees hetzelfde hof op 20 augustus 2013 een arrest in een OPS-zaak.⁵⁹ Na elf jaar procederen zag de werknemer zijn vordering afgewezen, mijns inziens zowel op onjuiste inhoudelijke gronden als op grond van onjuiste toepassing van het recht.⁶⁰

De inhoudelijke conclusie uit deze jurisprudentie is dat de positie van beroepsziekteslachtoffers in 2013 wel enige verheldering, maar niet veel verbetering voor de zieke werknemer heeft gebracht. De complexiteit van de zaken neemt hand over hand toe. De ziek geworden werknemer verdient anno 2013, meer nog dan voorheen, de gespecialiseerde aandacht van zowel de rechter als de wetgever.

Aanleiding voor een deel van de jurisprudentie in 2013 is de kwestie *Ritsma/Lansink*. Het Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelde in deze kwestie in zijn arrest van 27 maart 2012. Voor goed begrip van de latere jurisprudentie van de Hoge Raad in de 7 juni-arresten laat ik het arrest van het hof hieronder in vogelvlucht de revue passeren.

Wat vooraf ging: Hof Leeuwarden inzake *Ritsma/Lansink*⁶¹

De casus, voor zover hier relevant, is als volgt.

Ritsma heeft sinds 1976 bij Lansink gewerkt als onderhoudschilder. Voor die tijd heeft hij drie andere dienstverbanden gehad: gedurende tien jaar als vrachtwagenchauffeur en (van 1968 tot 1976) twee bij andere schildersbedrijven. Met ingang van 25 april 2000 is hij arbeidsongeschikt geraakt. Begin 2000 werd hij gediagnosticeerd met blaaskanker (urotheelkanker). Kort nadien wordt bij Ritsma tevens een longtumor ontdekt. Ritsma overlijdt als gevolg daarvan op 18 februari 2001. Van de longtumor wordt gedurende de procedure door middel van onderzoek door een deskundige vastgesteld dat het gaat om een uitzaaiing van de blaaskanker. De nabestaanden procederen tot verhaal van de schade tegen werkgever Lansink.

Van de stoffen (aromatische aminen) in de verven waarmee Ritsma bij Lansink werkte staat in de wetenschap vast dat zij

verdacht zijn voor de veroorzaking van de blaaskanker. Uit cijfers van het International Association for Research on Cancer (IARC) blijkt dat zij in dat verband vallen in risicoklasse I. De erven stellen dat de werkgever zijn zorgplicht heeft verzaakt. Door de rechter aangewezen deskundigen stellen – kort samen-gevat – dat schilders 20% meer kans op blaaskanker hebben, hetgeen betekent dat 17% van de gevallen van blaaskanker bij schilders vermeden zou kunnen worden door het voorkomen van blootstelling.

Reële kans

De kantonrechter past de 'geldende bewijslastverdeling toe'. Hij komt daarbij tot het oordeel dat voor het aannemen van het oorzakelijk verband tussen de ziekte en de werkzaamheden vast moet komen te staan dat Ritsma tijdens zijn werkzaamheden voor Lansink *in zodanige mate* is blootgesteld aan toxische stoffen dat zijn ziekte daardoor *kan zijn veroorzaakt*. Anders gezegd, de kantonrechter verlangt een reële kans dat de klachten daardoor zijn veroorzaakt. Daarvan is in dit geval naar het oordeel van de kantonrechter geen sprake en hij wijst de vordering af.

Het hof oordeelde anders. Het hof nam tot uitgangspunt dat in de bewijslevering van het causaal verband (in de zin van *condicio sine qua non*-verband) tussen de blootstelling en de gezondheidsschade drie *chronologische fasen*⁶² zijn te onderscheiden, te weten:

- fase 1: bewijs van de werknemer, bestaande uit het bewijs dat hij
 - a. is blootgesteld en
 - b. dat zijn klachten daardoor kunnen zijn veroorzaakt.
- fase 2: bewijs van de werkgever, bestaande uit het bewijs dat de werkgever aan zijn zorgplicht heeft voldaan.
- fase 3: bewijs zijdens werkgever van het ontbreken van causaliteit. Indien de werknemer wél aan zijn bewijslast heeft voldaan en de werkgever niet, dan treedt het rechtsvermoeden van causaliteit in werking. De werkgever mag dit rechtsvermoeden ontkrachten in fase 3.

Geen ondergrens

Het hof heeft geoordeeld dat in de eerste fase van bewijslevering slechts vereist is dat de erven Ritsma bewijzen dat Ritsma bij zijn werk aan gevaarlijke stoffen is blootgesteld en dat aannemelijk is dat de bij hem opgetreden kanker door (deze mate van) blootstelling kan zijn ontstaan. In die fase is van een ondergrens – al dan niet omschreven als 'een reële kans' – geen sprake, aldus het hof.

58 Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 23 juni 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:5339.

59 Hof Arnhem-Leeuwarden 20 augustus 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6202.

60 Deze kwestie is een wel zeer schrijnend voorbeeld van de situatie waarvoor een aan OPS (CTE) lijdende werknemer zich ziet gesteld. Voor een bespreking van deze, mijns inziens onjuiste, uitspraak van het Hof, zowel op inhoudelijke gronden alsook op grond van een onjuiste toepassing van de bewijslastverdeling, vgl. de noot van schrijver dezes onder dit arrest in *L&S* 2014 nr. 2.

61 Hof Arnhem-Leeuwarden 27 maart 2012, LJN BW0025, «JAR» 2012/128 m.nt. B. Barentsen, «JA» 2012/101 m.nt. M.S.A. Vegter.

62 Ik onderschrijf de *chronologische volgorde* die het Hof in dit arrest aanhangt *niet*. Desondanks zal ik de bedoelde bewijsfasen in het navolgende soms kortheidshalve met fase 1, 2 of 3 aanduiden.

Op grond van de deskundigenrapporten, de getuigenverklaringen en het partijdebat, heeft het hof bewezen geacht dat Ritsma bij zijn werkzaamheden is blootgesteld aan stoffen die urotheelkanker kunnen veroorzaken en dat deze blootstelling de urotheelkanker bij Lansink kan hebben veroorzaakt, waarmee aan de voorwaarden van fase 1 is voldaan.

Voorts heeft het hof vastgesteld dat Lansink is tekortgeschoten in de naleving van haar zorgplicht. Naar het oordeel van het hof had Lansink vanaf het begin van het dienstverband van Ritsma op de hoogte moeten zijn van de gevaren die zijn verbonden aan de blootstelling aan gevaarlijke stoffen. Dat leidt het hof af uit de door de erven Ritsma aangehaalde vakliteratuur. Lansink heeft niet aangegeven welke maatregelen zij heeft getroffen of welke instructies zij heeft gegeven ter voorkoming van genoemde gevaren. Het hof oordeelt dat Lansink niet heeft voldaan aan zijn bewijslast in fase 2.

Op grond hiervan heeft het hof geoordeeld dat het causaal verband tussen de urotheelkanker en (de blootstelling aan gevaarlijke stoffen bij) de werkzaamheden van Ritsma voor Lansink vaststaat, zodat de laatste met toepassing van de omkeerregel in beginsel aansprakelijk is voor de schade van de erven Ritsma. Lansink mag nog wel het vermoeden van het causaal verband tussen de urotheelkanker en de blootstelling ontkrachten (fase 3).

Het hof oordeelt dat voor het bewijs in fase 3 het niet voldoende is te bewijzen dat de kanker een *andere oorzaak* heeft dan de blootstelling, of zelfs dat *de kans* dat de kanker een andere oorzaak heeft groter is dan die blootstelling. Ook de vaststelling dat het beroep van schilder geassocieerd wordt met een verhoogd risico op urotheelkanker van 20% – dat is 17% van de gevallen van urotheelkanker binnen de beroepsgroep – voldoet naar het oordeel van het hof niet voor het door Lansink te leveren bewijs van het ontbreken van causaal verband tussen de blootstelling en de gezondheidsklachten. Met het voornoemde bewijs is immers niet aangetoond dat de blootstelling *niet* tot de oorzaken behoort.

Andere werkgevers

De stelling van Lansink dat het oorzakelijk verband tussen de zorgplichtschending en de schade onvoldoende aannemelijk is, gezien het feit dat de schade zowel bij Lansink als bij de vorige werkgevers van Ritsma kan zijn ontstaan, kan Lansink evenmin baten. Naar het oordeel van het hof zijn Lansink en de eerdere werkgevers op grond van art. 6:99 BW hoofdelijk aansprakelijk voor de geleden schade.

Proportioneel

Het hof heeft voorts geoordeeld dat Lansink zich ook niet zon-

der meer op vermindering van haar aansprakelijkheid vanwege ‘proportionele causaliteit’ (art. 6:101 BW) kan beroepen. Naar het oordeel van het hof kunnen *alleen* de aan Ritsma toe te rekenen omstandigheden die aan de schade hebben bijgedragen in aanmerking worden genomen bij de eventuele vermindering van de vergoedingsplicht van Lansink. Lansink haakt bij de relevante factoren in de eigen risicosfeer van Ritsma aan bij het arrest *Nefalit/Karamus*.⁶³ De deskundigen beoordelen de veroorzakingskans door deze factoren en beoordelen deze als – kort samengevat – verwaarloosbaar.

Het hof oordeelt vervolgens dat voor proportionele aansprakelijkheid op basis van de andere door de werkgever gestelde blootstellingen in de risicosfeer van Ritsma geen aanleiding bestaat.

Slotsom

Het hof komt tot de slotsom dat Lansink niet erin is geslaagd te bewijzen dat de urotheelkanker van Ritsma *niet is veroorzaakt* door de blootstelling aan gevaarlijke stoffen bij Lansink; en wijst de vordering toe.

Bescherming van de werknemer? Het hof laat het criterium ‘tegelijktijd’ los

In dit arrest valt primair op dat het hof het criterium ‘tegelijktijd’ zoals door het Hoge Raad geformuleerd in het arrest *Unilever/Dikmans*⁶⁴ heeft losgelaten. Het hof heeft geoordeeld dat *eerst* de werknemer in zijn bewijs in ‘fase 1’ moet zijn geslaagd, voordat aan ‘fase 2’ (het bewijs zijdens de werkgever) wordt toegekomen.

Ik meen dat het oordeel van het hof op dit punt onwenselijk is. Zoals hiervoor betoogd, boet de bescherming van de werknemer daarmee serieus aan waarde in. Tegen dat deel van het oordeel van het hof werd evenwel geen cassatie ingesteld, zodat de Hoge Raad zich daarover niet heeft uitgelaten. Het oordeel van het hof staat echter met juistheid in de sleutel van de bescherming van de werknemer waar het gaat om vernietigen van het oordeel van de kantonrechter op het punt van de reële kans. Het hof gaat daarin ver: het oordeelt dat in deze fase van het bewijs in het geheel geen sprake is van een ondergrens.

Het hof stelt bewijs van het ontbreken van de causaliteit tussen de gezondheidsschade en de blootstelling in ‘fase 3’. Het oordeel van het hof is te interpreteren in die zin dat de werkgever concreet zal moeten aantonen dat de ziekte of de klachten óók zouden zijn ontstaan indien de blootstelling bij de werkgever wordt weggedacht.

63 HR 31 maart 2006, LJN AU6092, «JA» 2006/81 (*Nefalit/Erven Karamus*).

64 Vgl. onder meer HR 9 januari 2009, LJN BF8875, «JA» 2009/58 (*Landskroon/BAM*).

De samenvatting is dat het hof neemt en geeft. Het arrest getuigt van een genuanceerde visie op de wijze waarop gewenste bescherming kan worden gerealiseerd. Zoals uit het hierna te bespreken arrest van de Hoge Raad in deze kwestie zal blijken, wordt die visie door de Hoge Raad echter maar ten dele onderschreven.

Januari 2013: Hof Den Haag 15 januari 2013 (X/Muelhan):⁶⁵

De casus, voor zover hier relevant, is als volgt. De werknemer heeft bij een straal- en schildersbedrijf voor de scheepvaart in de offshore gewerkt als straler/spuiter en meewerkend voorman straler/spuiter sinds 13 mei 1985. Het bedrijf verricht zijn werkzaamheden op zeeschepen en olieproductieplatforms en is gespecialiseerd in het stralen en coaten van tanks voor de opslag van chemicaliën. Op 12 april 2000 meldde de werknemer zich arbeidsongeschikt. Door het Solvent Team van het Nederlands Centrum voor Beroepsziekten is de diagnose OPS stadium II (CTE) gesteld. Een vordering tot schadevergoeding ex art. 7:658 BW volgt. Maar liefst zeven(!) deskundigenoordelen passen de revue.

In de procedure stelt de werknemer dat hij gedurende de periode 1985 tot 2000 aan (te) hoge concentraties neurotoxische stoffen is blootgesteld. De werkgever betwist dit aan de hand van rapportages van dr. J.G.M. van Rooij (toxicoloog/arbeidshygiënist bij IndusTox, thans Caesar Consult). Deze rapportages zijn opgesteld op basis van een retrospectieve schatting,⁶⁶ want de werkgever heeft in de betrokken periode verzuimd de risico's voldoende te meten en vast te leggen.

Het hof legt de rapportages van Van Rooij terzijde. Het hof overweegt op dat punt terecht dat retrospectieve blootstellings-schattingen met de nodige voorzichtigheid moeten worden bezien, wat in casu te meer geldt daar het rapport in het licht van de in dit kader geldende onzekerheden onvoldoende is onderbouwd.⁶⁷ Het hof oordeelt voorts dat, mede in het licht van het

feit dat de werkgever niet aan zijn zorgplicht heeft voldaan, de aan een retrospectieve beoordeling verbonden onzekerheid niet voor risico mag komen van de werknemer. Het hof acht tot slot van belang dat de werkgever aan de werknemer aanknopingspunten heeft onthouden, die van belang zijn voor diens bewijslevering. Het hof oordeelt met name dat aan de werknemer niet kan worden tegengeworpen dat hij niet heeft aangetoond dat daadwerkelijk toegestane concentraties werden overschreden dan wel dat hij de mate waarin deze concentraties werden overschreden niet voldoende concreet heeft aangeduid, nu de werkgever zelf in de relevante periode niet heeft voldaan aan de op haar rustende verplichtingen tot het vaststellen van de mate van concentraties van schadelijke stoffen en het opstellen van een risico-inventarisatie en risico-evaluatie.

Anders gezegd: de schending van de zorgplicht heeft naar het oordeel van het hof een duidelijke invloed op de eisen die aan het bewijs van de blootstelling kunnen worden gesteld. Hieruit blijkt het belang van een rechter die zich niet laat verleiden tot een separate, chronologische bewijslastverdeling. De beoordeling van het hof laat in casu in een weloverwogen, zuivere afweging het belang zien van een *gelijktijdige* beoordeling van de blootstelling en de zorgplicht, zoals expliciet wordt aangegeven in het *Unilever*-arrest.

Maart 2013: het OPS-arrest Kooitje/Zandleven:⁶⁸ de rechter door complexiteit verblind?

De causaliteitsproblemen waarvoor de rechter zich gesteld ziet, komen goed tot uitdrukking in deze zaak. Zandleven produceert verf en coatings ten behoeve van de (staal-)industrie en de consument. Kooitje is 25 jaar in dienstbetrekking werkzaam geweest bij Zandleven, eerst als productiemedewerker en later als meewerkend voorman en chef productie. Hij is op 11 oktober 1999 wegens gezondheidsklachten uitgevallen. Kooitje stelt dat hij lijdt aan klachten die verband houden met zijn blootstelling aan toxische stoffen bij Zandleven. Het Nederlands Centrum voor Beroepsziekten (NCvB) heeft vastgesteld dat Kooitje als verfmaker gedurende bijna 25 jaar dagelijks een *forse blootstelling* aan oplosmiddelen heeft gehad, gezien zijn beschrijving van de arbeidsomstandigheden en de frequente acute intoxicatieverschijnselen. Al met al is het beeld *suspect* voor een chronische toxische encephalopathie ofwel CTE. De diagnose wordt echter nog niet definitief gesteld wegens onvoldoende duidelijkheid over andere mogelijke oorzaken van de klachten. Het Solvent team van het NCvB adviseert nader onderzoek.

De door Kooitje gestelde blootstellingsfeiten worden onder-

65 Hof Den Haag 15 januari 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ5975 (X/Muelhan).

66 Met retrospectieve reconstructie van de blootstelling moet zeer worden opgepast. Zij creëert schijnzekerheid. Vgl. de oratie van prof. dr. ir. Hans Kromhout, *Arbeidshygiëne en Blootstellingkarakterisering*. Daaruit blijkt dat de gemiddelde blootstellingen van werknemers die hetzelfde werk verrichten in 10% van de gevallen zelfs met een factor 50 kunnen verschillen. Zie ook noot 67.

67 In dit verband zij verwezen naar de oratie *Arbeidshygiëne en Blootstellingkarakterisering* van prof. dr. ir. Hans Kromhout (Institute for Risk Assessment Sciences (IRAS)), verbonden aan het UMCU), waaruit blijkt dat de concrete blootstellingen variëren, niet alleen in de tijd, maar zeker ook tussen individuen, zelfs als die individuen hetzelfde werk uitvoeren in dezelfde werkomgeving. Zo blijkt dat in slechts 25% van 165 groepen werknemers waarvan de onderzoekers over herhaalde blootstellingmetingen beschikten, de verschillen in gemiddelde blootstelling tussen werknemers met dezelfde functie op dezelfde werkplek minder dan een factor twee waren. Echter voor meer dan 30% van de groepen was deze factor 10 of groter en voor 10% van de groepen was het verschil tussen werknemers in gemiddelde blootstelling zelfs een factor 50 of hoger. Dat betekent dat deskundigen binnen deze kaders op degelijke wijze moeten

onderbouwen hoe de blootstelling werd bepaald en welke onzekerheden zich daarbij voordoen binnen de hierboven weergegeven bandbreedte.

68 Hof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ4763.

steund door een Arbeidsinspectierapport en een rapportage van Keurcompany, waaruit blijkt dat het personeel wordt blootgesteld aan (mengsels van) toxische stoffen. Het blijkt tevens dat zelfs in 2005 bij zeven van de tien gemeten functies in de productie nog sprake was van een overschrijding van de maximale waarde aan blootstelling. De conclusie is daarom gewettigd dat Kooitje *langdurig is blootgesteld aan te hoge doses gevaarlijke stoffen*, aldus het hof. Die conclusie wordt ook ondersteund door de eigen medisch adviseur van Zandleven.

Het bewijs van het criterium ‘is blootgesteld’ acht het hof geleerd. Dat deze blootstelling de klachten *kan veroorzaken*, staat ook vast. De schending van de zorgplicht is in deze zaak evident. De kantonrechter benoemde eerder voor verder onderzoek als deskundige ECEM.⁶⁹ In deze rapportage wordt het causaal verband tussen de blootstelling en de klachten gelegd, met inachtneming van de aanwezige klachten van een slaapapneu. ECEM stelt onder meer dat een apneu ook door de blootstelling kan worden veroorzaakt.

Het hof past in deze situatie de omkeerregel toe. De werkgever wordt daarna toegelaten tot het bewijs dat de klachten *niet* door de schending van de zorgplicht worden veroorzaakt. De aandacht gaat in dat verband uit naar de slaapapneu. Het hof benoemt als deskundige de neuroloog dr. H.L. Hamburger, gespecialiseerd slaap-waakdeskundige, maar niet op het gebied van CTE. Hamburger oordeelt aanvankelijk dat de klachten van Kooitje *niet zijn gerelateerd* aan zijn beroepsmatige blootstelling aan oplosmiddelen, maar worden verklaard worden door OSAS⁷⁰ en OHS⁷¹ – kort samengevat: de slaapapneu. Hij stelt dat het zeer waarschijnlijk is dat Kooitje’s aandoeningen en de daardoor veroorzaakte klachten ook waren ontstaan zonder de blootstelling aan oplosmiddelen.

Partijdeskundige Hageman, werkzaam bij het tweede Solvent Team⁷² dat Nederland rijk is, stelt evenwel naar aanleiding van vragen van Kooitje dat de cognitieve klachten met een mate van waarschijnlijkheid van 90% worden veroorzaakt door een CTE en slechts met een mate van 10% door de aanwezige apneu. Hij onderschrijft de visie van deskundige ECEM.

Daarop volgt een verhoor van de deskundige Hamburger. Deze legt uit dat een apneu óók de cognitieve klachten kan veroorzaken. Het totaalbeeld rechtvaardigt conclusie OSAS en OHS, hetgeen kort samengevat betekent dat de deskundige de cognitieve klachten relateert aan de slaapapneu. Naar het oordeel van het hof heeft de deskundige met zijn uiteenzetting zijn stelling overtuigend onderbouwd dat een OSAS tot cognitieve klachten

kán leiden. Het hof volgt de deskundige daarin dan ook.

De deskundige heeft voorts toegelicht waarom bij Kooitje de diagnose CTE *niet* onomstotelijk kan worden vastgesteld: CTE is immers een *uitsluitingsdiagnose*. De deskundige stelt in het algemeen dat de diagnose CTE – ook bij vaststaande blootstelling en relevante klachten – moeilijk is. Het hof oordeelt daarop – terecht – dat het voorgaande echter nog *niet* betekent dat er *geen* relatie is tussen gezondheidsklachten en blootstelling. Anders gezegd: de vraag is nog niet beantwoord: “*zouden de klachten ook zonder de blootstelling zijn ontstaan?*”

Interessant detail is dat de deskundige draait. Aanvankelijk oordeelt hij dat de klachten van Kooitje *niet zijn gerelateerd* aan zijn beroepsmatige blootstelling aan oplosmiddelen. Daarbij zegt hij stellig dat het zeer waarschijnlijk is dat Kooitje’s aandoeningen en de daardoor veroorzaakte klachten ook waren ontstaan zonder blootstelling aan oplosmiddelen. Tijdens het verhoor verklaart hij echter dat slaperigheid, vermoeidheid en concentratiestoornissen *kunnen worden verklaard* door slaapademhalingsstoornissen. Bij Kooitje zijn slaapademhalingsstoornissen vastgesteld. Hij heeft de genoemde klachten. Of de gestelde klachten ook daadwerkelijk (alléén) veroorzaakt zijn door de slaapademhalingsstoornissen, kan de deskundige evenwel niet vaststellen. Er zijn tal van factoren die kunnen bijdragen aan het ontstaan van klachten; wat dat betreft zijn er geen absolutismen, aldus de deskundige.

Bij die stand van zaken ziet het hof zich gesteld voor de situatie dat de klachten twee verschillende oorzaken *kunnen hebben*. De OPS-deskundige stelt CTE, de slaapapneudeskundige stelt slaapapneu. Het hof oordeelt daarop dat Zandleven geslaagd is in het bewijs dat de klachten van Kooitje ook zonder de blootstelling zouden zijn ontstaan. Voor een proportionele verdeling bestaan volgens het hof onvoldoende aanknopingspunten. Het hof wijst de vordering af.

Dat laatste oordeel van het hof gaat naar mijn mening te snel. Waar duidelijk is dat de klachten twee oorzaken *kunnen hebben*, waarvan niet is vast te stellen welke oorzaak de – met uitsluiting van de andere – oorzaak is, had het hof zich – mijns inziens zelfs *ambtshalve* – de relevante vragen rond de proportionele aansprakelijkheid moeten stellen. Het hof heeft dat nagelaten. Het hof oordeelt op dat punt:

“In gevallen waarin niet kan worden vastgesteld of de schade is veroorzaakt door een normschending dan wel door een oorzaak die voor risico van de benadeelde zelf komt (of door een combinatie van beide oorzaken) kan de rechter de aansprakelijke veroordelen tot schadevergoeding in evenredigheid met de in het percentage uitgedrukte kans dat de schade door de normschending is veroorzaakt. Daartoe is vereist dat de kans dat de schade die door de normschending is veroorzaakt niet zeer klein noch

69 Inmiddels ECEMed geheten en verbonden aan het Rijnstate Ziekenhuis te Velp. ECEMed heeft als enig instituut in Nederland het predikaat ‘topklinisch instituut’ op dit gebied.

70 OSAS: obstructief slaapapneu syndroom.

71 OHS: obesitas-hypoventilatiesyndroom.

72 In het Medisch Spectrum Twente.

zeer groot is (vgl. laatstelijk Hoge Raad 21 december 2012, LJN: BX7491). De verschillende onderzoeken in deze zaak hebben onvoldoende aanknopingspunten opgeleverd voor een dergelijke proportionele benadering, omdat uit de onderzoeken niet kan worden afgeleid dat sprake is van de niet zeer kleine kans dat de klachten van [geïntimeerde] zijn veroorzaakt door de blootstelling.⁷³

Dat oordeel verbaast. Indien de vraag naar de verhouding tussen beide oorzaken niet door deskundige Hamburger wordt (of kan worden) beantwoord, dan had het hof mijns inziens – *ambts-halve* – nader dienen te onderzoeken of met raadpleging van de *beide* op last van de rechter geraadpleegde deskundigen – ECEM en Hamburger in gezamenlijk overleg – vast te stellen is welke *de kans* van een bijdrage van de onderscheiden oorzaken aan het ontstaan van het lijden is geweest. Ik verwijs op dat punt naar de kwesties *Schaier/De Schelde* en *Nefalit/Karamus*.⁷⁴ Verwacht had mogen worden dat het hof, in het licht van de beoordelingen van NCvB, ECEM en Hageman, *aan de beide deskundigen* om een *gemotiveerd* oordeel op dit punt zou hebben gevraagd. Dat heeft het hof evenwel nagelaten.

Dat maakt dat het hof aan het staartje van de beoordeling mijns inziens een – voor Kooitje fatale – stap heeft overgeslagen. Het hof had naar mijn mening uitsluitend *dan* tot het genoemde oordeel – volledige afwijzing van de vordering – kunnen komen indien *vast staat* dat de verhouding in de kans/veroorzaking tussen de beide oorzaken – te bepalen door *op beide vlakken gespecialiseerde deskundigen* – niet is vast te stellen, of indien vast staat dat sprake is van een zeer kleine kans dat de klachten door de blootstelling zijn veroorzaakt. Het hof heeft mijns inziens zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd en is in deze zaak na dertien jaar procederen aan het slot toch nog te snel tot een afwijzend oordeel gekomen.

Het ontcrachten van het causaliteitsvermoeden: is het zaaien van de reeds bekende twijfel genoeg?

Het is voorts in de bewijsrechtelijke zin interessant om waar te nemen welke insteek het hof in dit arrest kiest ten aanzien van het door de werkgever te leveren bewijs in de fase van ontcrach

ting van het causaliteitsvermoeden door de werkgever.

De werkgever heeft in deze zaak blijkens de uitlatingen van deskundige Hamburger ter zitting – *uitsluitend* – het bewijs geleverd dat de klachten door de slaapapneu *kunnen zijn veroorzaakt*. Anders gezegd: de werkgever heeft, tegenover het bewijsvermoeden van causaliteit slechts *twijfel gezaaid* aan de juistheid van het vermoeden van medische causaliteit.

Waar het hof in de zaak *Ritsma/Lansink* in maart 2012 nog verregaande eisen stelde aan het bewijs in fase 3, die mijns inziens niet anders te interpreteren zijn als het *bewijs van het tegendeel*, heeft het hof in deze zaak echter volstaan met acceptatie van *twijfel* aan de *medische* causaliteit. Het hof legt evenwel niet gemotiveerd uit hoe die strategie passend is in de beschermingsgedachte achter art. 7:658 BW, tegen de achtergrond van een – zeer ernstige – schending van de zorgplicht. Twijfel aan de causaliteit is immers inherent aan de systematiek van de omkeerregel. Mijns inziens mag van de rechter worden gevergd dat hij zijn oordeel in fase 3 in het licht van de normschending en de beschermingsratio van art. 7:658 BW motiveert. Het is daarom jammer dat van dit arrest geen cassatie werd ingesteld.

Tussenconclusie

Beroepsziekten zijn in Nederland op het punt van gericht onderzoek, adequate registratie en voldoende kenbaarheid een onderontwikkeld gebied. Procedures waarin slachtoffers tot erkenning van hun leed en schade pogen te komen zijn bijzonder kostbaar en langdurig, hetgeen de vraag oproept of de Nederlandse rechtsstaat wel is ingericht om beroepsziektelachtoffers – de facto – een adequate toegang tot het recht te bieden. Ik meen dat dat niet het geval is.

De inhoudelijke en juridische complexiteit van de voorliggende problematiek speelt niet alleen de slachtoffers, maar ook rechters parten. De Nederlandse overheid moet zich anno 2014 afvragen hoe het anders moet. In de volgende bijdrage zal ik de complexiteit van de problematiek nader toelichten aan de hand van bespreking van de overige verschenen jurisprudentie in 2013, en enkele suggesties doen voor verbetering van de situatie van beroepsziektelachtoffers.

⁷³ R.o. 2.12.

⁷⁴ Ktr. Middelburg 1 februari 1999, LJN AJ6532, VR 1999/117 (*Schaier/De Schelde*), HR 31 maart 2006, LJN AU6092, «JA» 2006/81 (*Nefalit/Karamus*).