

Bewijsvragen en hun antwoorden in beroepsziektezaken – deel 2

MR. L.E.M. CHARLIER¹

Nederlandse werkgevers hebben een contractueel bepaalde, gekwalificeerde zorgplicht voor de veiligheid van hun werknemers in de uitvoering van hun werk. In zijn aard heeft de werknemer in zijn arbeidsverhouding een zwakkere positie dan zijn werkgever. Aangenomen wordt dat artikel 7:658 BW, dat ziet op de aansprakelijkheid van de werkgever als hij zijn zorgplicht verzaakt, de werknemer in ieder geval bewijsrechtelijk beschermt, onder meer door toepassing van de ‘arbeidsrechtelijke omkeerregel’. Beroepsziekte-slachtoffers valt echter een twijfelachtige eer ten deel. Zij moeten zich, als zij menen ziek te zijn geworden door het werk, voorbereiden op een kostbare en langdurige rechtsstrijd met een ongewis resultaat. In dit artikel het vervolg op het artikel in TGMA 2014 nr. 1: een bespreking van de juridische werkelijkheid van deze zaken in 2013, en een pleidooi voor een andere aanpak.

Mei 2013: het vervolgarrest na verwijzing inzake *Dikmans/Unilever*²

Het Hof Den Haag overweegt in dit arrest, voor zover hier van belang, dat voor de toepassing van de in het arrest van de Hoge Raad in deze kwestie in 2000 geformuleerde ‘arbeidsrechtelijke’ omkeerregel³ nodig is dat de werknemer *is blootgesteld* aan voor de gezondheid gevaarlijke stoffen⁴ én dat hij *gezondheidsschade heeft geleden*. Ten aanzien van het laatste is nodig, aldus het hof, dat de werknemer stelt en zo nodig aannemelijk maakt dat hij lijdt aan een ziekte of aan gezondheidsklachten die door die blootstelling *kunnen zijn veroorzaakt*.⁵

Ondergrens?

Het hof stelt voorop dat van een relevante blootstelling aan voor de gezondheid gevaarlijke stoffen,⁶ zoals in casu, *in de zin van de omkeringsregel* reeds sprake is *bij het simpele feit van de blootstelling aan nikkel(verbindingen) en organische oplosmiddelen (...), behoudens indien op voorhand duidelijk is dat die blootstelling van geen betekenis is*.

In die zin volgt het Hof Den Haag grotendeels de lijn van Hof Arnhem-Leeuwarden in het arrest Ritsma/Lansink,⁷ zij het dat het hof niet volledig meegaat in het oordeel dat in het kader van het voldoen aan het criterium ‘*kan zijn veroorzaakt*’ van een ondergrens *in het geheel geen sprake is*. Hof Den Haag formuleert die ondergrens echter genuanceerd als marginaal: de ondergrens ligt daar waar *op voorhand duidelijk is dat de blootstelling van geen betekenis is*.

Ten aanzien van de relevantie van de blootstelling oordeelt het hof vervolgens genuanceerd. Het hof overweegt ter zake:⁸

“Immers, indien [appellant] zou moeten bewijzen dat de feitelijke blootstelling *een omvang had aangenomen die gevaarlijk is*, wordt hij belast met het bewijs van feiten en omstandigheden die bij uitstek in het domein van Unilever als werkgever liggen. Een dergelijke verzwarende van de bewijslast doet in wezenlijke mate afbreuk aan de met art. 7:658 BW en de omkeringsregel beoogde bescherming van de werknemer die aan een voor de gezondheid gevaarlijke stof is blootgesteld en lijdt aan een ziekte of aan gezondheidsklachten welke door blootstelling aan die gevaarlijke stof kunnen zijn veroorzaakt, en is daarom onaanvaardbaar. Het hof wijst erop dat het in r.o. 5 van zijn tussenarrest van 18 september 2002 [appellant] niet heeft opgedragen te bewijzen dat hij is blootgesteld aan de voor de gezondheid schadelijke *werking* van die stoffen, maar louter dat hij aan voor de gezondheid schadelijke stoffen is blootgesteld.”

Tot de bewijslast van de werknemer behoort in het licht van het voorgaande dat de concrete, feitelijke blootstelling *een omvang*

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 Hof Den Haag 7 mei 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:1294 in vervolg op LJN AA8369. In casu zijn met name van belang de rechtsoverwegingen 6 en 7.

3 Als bedoeld in HR 17 november 2000, LJN AA8369, NJ 2011, 596.

4 R.o. 5.4 van genoemd arrest.

5 HR 23 juni 2006, LJN AW6166, NJ 2006, 354.

6 In het licht van het arrest *Landskroon/BAM* geldt dit ook voor blootstelling aan andere voor de gezondheid gevaarlijke factoren, zoals in casu rugbelasting.

7 Hof Arnhem-Leeuwarden 27 maart 2012, LJN BW0025.

8 Hof Den Haag 7 mei 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:1294, r.o. 7 met cursivering door de auteur.

heeft aangenomen die voor zijn gezondheid gevaarlijk *kan zijn*. Op de werknemer rust, aldus het hof, *niet* het bewijs dat hij is blootgesteld aan een voor zijn gezondheid schadelijke werking van de belasting (hetgeen immers bewijs van volledige causaliteit impliceert), maar louter dat hij aan een – potentieel – voor de gezondheid schadelijke belasting is blootgesteld.

Bescherming van de werknemer?

Het oordeel van het hof getuigt van een verdere – mijns inziens terechte – nuance van het voornoemde oordeel van het Hof Arnhem-Leeuwarden ter zake van de ondergrens, die het hof gemotiveerd als marginaal duidt. Het hof houdt genuanceerd rekening met de gewenste bescherming van de werknemer. Zou de werknemer de concrete schadelijke werking van de blootstelling moeten aantonen, dan zou die bescherming vervallen en zou op hem het (medisch) bewijs van de schadelijke inwerking van de toxische stoffen op zijn lichaam worden gelegd. Daarmee zou de gewenste bescherming illusoir worden gemaakt.

Het oordeel van het hof heeft Dikmans uiteindelijk niet veel gebracht. Na zestien jaar procederen ziet hij zijn vordering grotendeels afgewezen, ondanks de vaststaande blootstelling en schending van de zorgplicht.

Juni 2013: de arresten *Ritsma/Lansink* en *SVB/Van de Wege*. ‘Finetuning’ door de Hoge Raad

In recente jurisprudentie heeft de Hoge Raad voor een deel helderheid op het punt van de bewijslastverdeling verstrekt in de arresten *Ritsma/Lansink*⁹ en *SVB/Van de Wege*.¹⁰ De Hoge Raad heeft in deze arresten toegelicht en verder gespecificeerd wat de voorwaarden zijn voor het intreden van de arbeidsrechtelijke omkeerregel. De rode draad in deze arresten is dat de Hoge Raad op alle onderdelen nadrukkelijke, strenge motiveringseisen stelt. Een gebrek aan motivering op specifieke onderdelen wordt direct afgestraft.

Ritsma/Lansink

Bewijsvolgorde: het criterium ‘tegelijkertijd’

Zoals hiervoor gesteld, oordeelde het hof in de zaak *Ritsma/Lansink* dat de bewijsvolgorde van de drie fasen in chronologische volgorde moet verlopen. Tegen dat oordeel werd geen klacht gericht. De Hoge Raad volstaat met die constatering en laat zich in zijn arrest op dit punt niet uit.

Daarmee ligt de vraag naar het criterium ‘tegelijkertijd’ nog

open. Dat punt verdient nadrukkelijk aandacht van de jurisprudentie. Immers, met het loslaten van het criterium ‘tegelijkertijd’ en het chronologisch laten verlopen van de bewijsfasen boet de beoogde bescherming van de werknemer mijns inziens aan waarde in. Met toepassing van het criterium ‘tegelijkertijd’ wordt daarentegen de werknemer daadwerkelijk beschermd tegen werkgever die de zorgplicht schendt en zich achter de bewijsmoeilijkheden van de werknemer verschuilt.

Zou het criterium ‘tegelijkertijd’ in de toekomst bij beoordeling door de Hoge Raad definitief wegvallen, dan valt daarmee een belangrijk *suringselement* voor het uitgangspunt weg, namelijk het adagium ‘*de vervuiler betaalt*’. Het is van belang die vraag aan de Hoge Raad voor te leggen voor een eenduidig standpunt.

Relevante blootstelling: het criterium ‘kan zijn veroorzaakt’

In het licht van dit criterium zal de werknemer moeten stellen dat hij gezondheidsklachten heeft en welke dat zijn. Hij zal dat kunnen doen door overlegging van medische stukken die daarop zien. Hij zal voorts moeten bewijzen dat de vastgestelde blootstelling die klachten *kan hebben veroorzaakt*. De Hoge Raad laat zich in dit arrest uit over de eisen die aan dat bewijs moeten worden gesteld.

Hetgeen algemeen bekend is

De Hoge Raad¹¹ oordeelt in het arrest *Ritsma/Lansink* als volgt ten aanzien van de eisen die te stellen zijn aan het door de werknemer te bewijzen criterium ‘*kan zijn veroorzaakt*’:

“De hier bedoelde regel drukt het vermoeden uit dat de gezondheidsschade van de werknemer is veroorzaakt door *de omstandigheden waarin* deze zijn werkzaamheden heeft verricht. Dat vermoeden wordt gerechtvaardigd door hetgeen *in het algemeen* bekend is omtrent de ziekte en haar oorzaken, alsook door de *schending* door de werkgever *van de veiligheidsnorm* die beoogt een en ander te voorkomen. Gelet daarop is voor dat vermoeden geen plaats in het geval het verband tussen de gezondheidsschade en de arbeidsomstandigheden *te onzeker of te onbepaald is*.”

Het oordeel dat in de sfeer van het criterium ‘*kan zijn veroorzaakt*’ het aan de werknemer is om (slechts?) aan te geven wat *in het algemeen* bekend is omtrent de ziekte en haar oorzaken, leidt bij eerste lezing tot de veronderstelling dat de werknemer met zijn bewijs in beginsel zal kunnen volstaan met het aantonen van de – medische en of bedrijfsgeneeskundige – ‘*state of the art*’, namelijk door het overleggen van resultaten van groepsonderzoeken waaruit blijkt dat zijn klachten door de blootstelling

⁹ HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1721 (*Ritsma/Lansink*), r.o. 4.1.3.

¹⁰ HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1717 (*SVB/Van de Wege*), r.o. 4.2.2.

¹¹ De cursivering is van de auteur.

kunnen zijn veroorzaakt. Dat zou betekenen dat hij dat bewijs niet hoeft te leveren door middel van een deskundigenbericht. Daarmee lijkt de Hoge Raad een verlichting van de bewijslast van de werknemer ten opzichte van het hiervoor gestelde te bewerkstelligen. Echter, de schijn van eerste lezing bedriegt.

Wat betekent de ondergrens?

De Hoge Raad oordeelt in het arrest *Ritsma/Lansink*¹² dat de werknemer voor het voldoen aan het bewijs van het ‘*kan zijn veroorzaakt*’ wel degelijk rekening moet houden met een ondergrens. De Hoge Raad casseert het oordeel van het hof op dit punt. Welke eisen aan die ondergrens moeten worden gesteld, wordt evenwel niet concreet duidelijk. Het oordeel van de Hoge Raad betekent derhalve dat er minimumeisen te stellen zijn aan de mate waarin de blootstelling de gezondheidsklachten kan veroorzaken om tot toepassing van de omkeerregel te komen.

De wijze waarop het Hof Den Haag die minimumeisen benadert in het arrest na verwijzing inzake *Dikmans/Unilever* luidt: “*behoudens dat op voorhand duidelijk is dat de blootstelling van geen betekenis is.*” De vraag is echter, hoe die duidelijkheid moet worden verkregen.

Uit de hierna te bespreken verwickelingen in de RSI-kwestie *SVB/Van de Wege* zal blijken dat voor de bepaling van de ondergrens een deskundigenbericht welhaast onontkoombaar zal zijn. Ook dat aan de motivering van de conclusies van de deskundige strenge eisen te stellen zijn. Dat zal niet anders zijn voor complexe beoordelingen in OPS-zaken, maar evenmin voor RSI-zaken, burn-outs, werk gerelateerde rugklachten, et cetera.

Het oordeel van de Hoge Raad ter zake van een te stellen – en dus nader te bepalen – ondergrens het volgende. De werknemer zal reeds in de eerste fase van zijn bewijsvoering in de meeste gevallen moeten worden belast met kosten van een deskundigenbericht op het punt van de evaluatie van de concrete blootstelling. En ook voor een medisch deskundigenbericht voor het antwoord op de vraag of de in concreto beschreven en door bewijsmiddelen ondersteunde blootstelling zijn klachten *kan* hebben veroorzaakt, en ter duiding van mogelijke andere oorzaken. Met een van de deskundige te verkrijgen gemotiveerd waarschijnlijkheidsoordeel kan door de rechter worden beoordeeld of van de blootstelling voorshands blijkt dat zij voor de klachten van geen betekenis is. Op andere wijze kan in de meeste gevallen mijns inziens aan de motiveringseisen niet snel – adequaat gemotiveerd – worden voldaan. Het voorgaande betekent dat van de werknemer ook in de toekomst een kostbare inspanning zal worden geëist voordat aan zijn bescherming kan worden toegekomen.¹³

De zorgplicht van Lansink

De werkgever klaagt voorts over – samengevat – het oordeel van het hof dat de schending der zorgplicht vast staat. Het hof heeft geoordeeld dat het enkele feit dat tot 1990 het gevaar van kanker door blootstelling aan verf en oplosmiddelen niet kenbaar was, nog niet doorslaggevend is. Het is dan ook van belang na te gaan of Lansink in de periode tot 1990 gehouden was met het oog op andere gevaren dan het ontstaan van kanker veiligheidsmaatregelen te treffen. Het hof stelt vast dat indien Lansink de door Ritsma gestelde maatregelen zou hebben getroffen ter voorkoming van OPS/CTE, zij daarmee ook het risico op het verkrijgen van een carcinogene aandoening aanzienlijk zou hebben verkleind. De vraag of Lansink in de periode tot 1990 gehouden was maatregelen te treffen ter voorkoming van OPS/CTE, beantwoordde het hof bevestigend. Lansink behoorde naar het oordeel van het hof vanaf het begin van het dienstverband van Ritsma rekening te houden met “de gevaren verbonden aan de blootstelling aan gevaarlijke stoffen.” Het hof benoemt en motiveert evenwel die maatregelen niet concreet.

Het onderdeel klaagt onder meer dat het gevaar van CTE een “*vaag en algemeen gevaar*” is, dat ontoereikend is voor het oordeel dat Lansink – ook voor de veroorzaking van *carcinogene aandoeningen* – haar zorgplicht heeft geschonden. Die klacht treft doel.

De Hoge Raad oordeelt dat het hof weliswaar met juistheid heeft geoordeeld dat het enkele feit dat tot 1990 het gevaar van kanker door blootstelling aan verf en oplosmiddelen niet kenbaar was nog niet doorslaggevend is, maar zijn oordeel dat uit de aangehaalde vakliteratuur volgt dat Lansink bekend behoorde te zijn met “de gevaren verbonden aan de blootstelling aan gevaarlijke stoffen”, en dat zij – zoals het hof kennelijk heeft geoordeeld – op die grond maatregelen had moeten treffen dan wel instructies had moeten geven die hadden bijgedragen tot de beperking van de onderhavige gevaren, is zonder nadere toelichting onbegrijpelijk.

Het hof heeft – in het licht van de door Lansink aangevoerde omstandigheden – nagelaten te vermelden welke zorgplicht Lansink naar zijn oordeel heeft geschonden en welke maatregelen zij had moeten nemen, of welke instructies zij had moeten geven, en het heeft aldus zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd. De rode draad doemt weer op. De conclusie is gerechtvaardigd dat de Hoge Raad ook op dit punt strenge motiveringseisen stelt.

De toepassing van de omkeerregel

Tegen het oordeel van het hof formuleert Lansink drie inhoudelijke klachten met betrekking tot de toepassing van de omkeerregel. Allereerst betoogt de werkgever dat het hof heeft miskend

¹² R.o. 4.1.3.

¹³ De kosten daarvan kunnen per deskundige in de tienduizenden euro's lopen.

dat artikel 7:658 BW betrekking heeft op gezondheidsschade *die de werknemer daadwerkelijk heeft geleden* door de blootstelling aan gevaarlijke stoffen. Ten tweede betoogt de werkgever dat het hof daarmee heeft miskend dat voor toepassing van de arbeidsrechtelijke omkeerregel vereist is dat *voldoende aannemelijk moet zijn* dat de kans, respectievelijk het verhoogde risico *zich heeft verwezenlijkt*. Tot slot bestrijdt de werkgever als onjuist het oordeel van het hof dat er voor het antwoord op de vraag of de blootstelling de klachten kan hebben veroorzaakt *geen juridische ondergrens* bestaat.

De eerste klacht haalt het om begrijpelijke redenen niet. De tweede en derde klacht zien op de beoordeling van *de relevante blootstelling*. Bij de beoordeling van deze klachten stelt de Hoge Raad¹⁴ de gebruikelijke omschrijving voorop:

“Wanneer een werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden is blootgesteld aan voor de gezondheid gevaarlijke omstandigheden en schade aan zijn gezondheid heeft opgelopen, 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. Voor de toepassing van deze regel 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 die daardoor kunnen zijn veroorzaakt (HR 17 november 2000, LJN AA8369, *NJ* 2001, 596, (*Unilever/[A]*), HR 23 juni 2006, LJN AW6166, *NJ* 2006, 354, (*[B/C]*), en HR 9 januari 2009, LJN BF8875, *NJ* 2011, 252, (*[D]/[BAM]*).”

Voor zover de klachten betogen dat het hof een onjuiste uitleg heeft gegeven aan de toepassing van de omkeerregel treffen zij doel, aldus de Hoge Raad. Het oordeel van het hof dat die regel meebrengt dat voor het antwoord op de vraag of de gezondheidsklachten van de werknemer *kunnen zijn veroorzaakt* door de blootstelling aan gevaarlijke stoffen rechtens geen ondergrens bestaat, in die zin dat *de grootte van die kans daarvoor niet van belang* is, geeft blijk van een *onjuiste rechtsopvatting*. Waar die ondergrens ligt wordt evenwel niet nader gespecificeerd. De Hoge Raad gaat daar in het hierna te bespreken arrest *Davelaar/SVB* nader op in.

Artikel 6:99 BW en proportioneel

De werkgever heeft tot slot geklaagd over de afwijzing der pro-

portionele aansprakelijkheid. Lansink klaagt onder meer dat tot de omstandigheden die tot een vermindering van de vergoedingsplicht van de werkgever op de voet van artikel 7:658 BW kunnen leiden in beginsel *alle omstandigheden* behoren die voor de werkgever buiten de sfeer van de werkzaamheden liggen. Daarmee betoogt de werkgever feitelijk dat ook de overige relevante dienstverbanden, die door het hof onder de hoofdelijke aansprakelijkheid van artikel 6:99 BW zijn gebracht, in de eigen risicosfeer van Ritsma moeten worden gebracht.

De Hoge Raad oordeelt¹⁵ in het verlengde van het arrest *Karamus/Nefalit*¹⁶ dat de proportionele aansprakelijkheid is bedoeld voor gevallen:

1. waarin niet kan worden vastgesteld of de schade is veroorzaakt door een normschending (onrechtmatig handelen of toerekenbare tekortkoming) van de aansprakelijk gestelde persoon of van iemand voor wie hij aansprakelijk is, dan wel
2. door een oorzaak die voor risico van de benadeelde zelf komt (of door een combinatie van beide oorzaken), en
3. waarin de kans dat de schade door de normschending is veroorzaakt niet zeer klein noch zeer groot is.

Onder een oorzaak die voor risico van de benadeelde zelf komt wordt in een geval als het onderhavige verstaan:

1. een buiten de uitoefening van de werkzaamheden gelegen omstandigheid die
 2. aan de werknemer moet worden toegerekend, zoals roken, genetische aanleg, veroudering of van buiten komende oorzaken.
- Deze omstandigheden kunnen de werknemer weliswaar niet worden verweten, maar komen in de verhouding tot de werkgever voor zijn risico (vgl. HR 31 maart 2006, r.o. 3.13).

De Hoge Raad verwijst in het arrest *Karamus/Nefalit*¹⁷ nadrukkelijk naar de uitgangspunten van artikel 6:101 en 6:99 BW. Dat betekent dat voor de toepasselijkheid van artikel 6:99 BW moet worden beoordeeld of zich een situatie voordoet waarin de beide mogelijke schade-oorzaken de schade in zijn geheel kunnen hebben veroorzaakt. Het arrest van het hof *geeft van die afweging geen blijk*.¹⁸ De rode draad doemt ook hier weer op. Het ziet ernaar uit dat ook in dit verband het hof een motiveringsverwijf treft. De klacht slaagt.

De Hoge Raad heeft evenwel *niet* geoordeeld dat, zoals door de werkgever in zijn klacht opgenomen, in de verhouding tot de werkgever heeft te gelden dat *alle* buiten het dienstverband gelegen omstandigheden – waaronder de overige dienstverbanden

¹⁴ R.o. 4.1.2.e.v.

¹⁵ R.o. 4.3.2.

¹⁶ LJN AU6092, r.o. 3.13.

¹⁷ R.o. 3.13.

¹⁸ Hoewel uit het deskundigenbericht wel blijkt dat de blootstelling in de functie van schilder en de blootstelling aan dieseldampen in de functie van vrachtwagenchauffeur ieder de schade (blaaskanker) in zijn geheel kunnen veroorzaken.

– onder de werking van artikel 6:101 BW (de proportionele leer) moeten worden gebracht. Ik acht dat juist. De door de werkgever voorgestane visie zou immers artikel 6:99 BW geheel betekenisloos hebben gemaakt.

Davelaar/SVB: de toepassing van de omkeerregel

In dit arrest oordeelt de Hoge Raad in een RSI-zaak door overbelasting in de arbeid. Klachten veroorzaakt door overbelasting zijn een bekende en veel voorkomende beroepsziekte, maar een ziektebeeld ter zake waarvan (in de medische causaliteitszin) reeds in het algemeen vele onduidelijkheden bestaan met betrekking tot het exacte ontstaansmechanismen daarvan. Dat gold in de betreffende zaak in het bijzonder. De Hoge Raad ontwikkelt in deze zaak een verdergaande visie op de motiveringseisen die moeten worden gesteld aan toepassing van de omkeerregel. Een stapsgewijze evaluatie.

In deze zaak heeft het Hof Den Haag aanvankelijk in 2008 geoordeeld dat de omkeerregel niet van toepassing zou zijn omdat de bewijsregel uit het arrest *Unilever/Dikmans*,¹⁹ nader uitgewerkt in het arrest *Havermans/Luycks*,²⁰ hier niet van toepassing zou zijn. De zaak zou te zeer verschillen van het in het eerstgenoemde arrest berechte geval om daarmee op één lijn te worden gesteld. Op dat oordeel is het hof teruggekomen in 2009, na het arrest van de Hoge Raad inzake *Landskroon/BAM*.²¹ Het hof oordeelt in zijn tussenarrest van 21 juli 2009²² op grond van dat arrest terecht dat de omkeerregel ook in de onderhavige zaak heeft te gelden, hetgeen meebrengt dat indien Davelaar bewijst

1. dat zij haar werkzaamheden heeft moeten verrichten onder omstandigheden die schadelijk *kunnen zijn voor de gezondheid*, (de blootstelling) en
2. aannemelijk maakt dat zij lijdt aan gezondheidsklachten die door die omstandigheden *kunnen zijn veroorzaakt*,

het oorzakelijk verband tussen de arbeidsomstandigheden en de gezondheidsklachten moet worden aangenomen *indien* SVB heeft nagelaten de maatregelen te treffen die redelijkerwijs nodig zijn om te voorkomen dat Davelaar in de uitoefening van haar werkzaamheden schade lijdt.

Het hof heeft *de relevante blootstelling* in deze zaak vastgesteld. Het hof heeft met die vaststelling feitelijk de hobbels van de criteria *'is blootgesteld'* en *'kan zijn veroorzaakt'* reeds ten faveure van de werknemer genomen.

Tegen de achtergrond evenwel van zijn vaststelling dat de blootstelling *in abstracto* een risicofactor voor RSI betreft, heeft het

hof ter concretisering daarvan in deze zaak nadere vragen gesteld aan de door het hof benoemde deskundige Barnas, ten aanzien van *de mate van waarschijnlijkheid* dat de *vastgestelde arbeidsomstandigheden* als oorzaak moeten worden aangemerkt van de RSI.²³ Aangenomen moet worden dat het hof hier met *'arbeidsomstandigheden'* bedoelt: de blootstelling.

De door het hof benoemde deskundige Barnas maakt daarop desgevraagd een causaliteitsschatting, luidende dat op basis van zijn kennis, ervaring en intuïtie ervan uitgegaan moet worden dat met een waarschijnlijkheid van 75% de klachten in casu hun oorzaak vinden in de arbeidsomstandigheden, lees: de blootstelling.

Het hof achtte met het oordeel van de deskundige het vermoeden van oorzakelijk verband tussen de arbeidsomstandigheden en de RSI-klachten van werkneemster gegeven, *behoudens* het door de werkgever nog te leveren bewijs dat zij aan haar zorgplicht heeft voldaan. De werkgever heeft dat bewijs naar het oordeel van het hof niet geleverd. Het hof heeft vervolgens vastgesteld dat SVB niet aan haar zorgplicht heeft voldaan en heeft om die reden in het licht van het voorgaande het rechtsvermoeden van causaliteit vastgesteld.

Werkgever SVB klaagt echter over onbegrijpelijkheid van dit oordeel in het licht van een twaalfstal stellingen, die alle duiden op *onzekerheid met betrekking tot RSI in het algemeen en met betrekking tot de klachten van werkneemster in het bijzonder*. Opmerkelijk detail is dat het geen stellingen betreft, die concreet worden onderbouwd met een (partij)deskundigenoordeel, hoewel zij een verweer moeten vormen tegen het door het hof gelaste deskundigenoordeel.

Feitelijk komen de stellingen van SVB gelet op de gehanteerde formulering neer op het zaaien van twijfel aan het *'is veroorzaakt'*, niet het *'kan zijn veroorzaakt'*. Die klacht slaagt echter wel, aldus de Hoge Raad.

Dat is minstgenomen opmerkelijk in het licht van de (fase van de) bewijslastverdeling waarin het verweer zich afspeelt. De Hoge Raad oordeelt met zoveel woorden:

“In het licht van de hiervoor in 4.2.2. en 4.2.3. gegeven vooropstellingen en gelet op de hiervoor in 4.2.1. aangehaalde door SVB aangevoerde omstandigheden – die ertoe strekken te betogen dat omtrent de aard en de oorzaken van RSI veel onduidelijkheden bestaan en dat, mede als gevolg daarvan, onvoldoende aannemelijk is dat de arbeidsomstandigheden van Davelaar haar

19 HR 17 november 2000, LJN AA8369, NJ 2001, 596.

20 HR 23 juni 2006, LJN AW6166, NJ 2006, 354.

21 HR 9 januari 2009, LJN BF8875, NJ 2011, 252.

22 R.o. 3.3.2.

23 Het geheel evaluerend moet worden vastgesteld dat het hof, geheel in lijn met de voorgaande bewijssystematiek, in deze zaak in de fase van het *'kan zijn veroorzaakt'* een vooruitziende blik heeft gehad door een deskundigenbericht op dit punt te gelasten, en op grond van dat deskundigenoordeel te oordelen dat de gezondheidsklachten van de werknemer door de vastgestelde arbeidsomstandigheden kunnen zijn veroorzaakt met een mate van waarschijnlijkheid die de ondergrens uit het arrest *Ritsma/Lansink* passeert.

RSI *hebben veroorzaakt* – is het andersluidende oordeel van het Hof dat de regel uit de arresten Unilever/Dikmans en Havermans/Luycks van toepassing is zonder nadere motivering onbegrijpelijk.”

Voor goed begrip dient te worden vastgehouden dat de Hoge Raad hier oordeelt in de fase *voorafgaand aan de toepassing van de omkeerregel*. In die fase is de bewijslast van de werknemer beperkt tot het *'kan zijn veroorzaakt'* met een tot dusver door het Hof Den Haag gedefinieerde ondergrens, luidende dat niet voorshands duidelijk is dat de blootstelling voor de klachten van geen betekenis is.

De werkgever voert op dat punt verweer en stelt dat *niet aan-nemelijk is dat de arbeidsomstandigheden van werknemster haar RSI "hebben veroorzaakt"*. De Hoge Raad oordeelt daarop – ondanks het deskundigenbericht van deskundige Barnas die een causaliteitpercentage stelt van 75% – dat om reden van dat verweer aan toepassing van de omkeerregel zonder nadere motivering niet kan worden toegekomen.

Het oordeel van de Hoge Raad is mijns inziens andermaal ingegeven door het feit dat – in dit geval allereerst de deskundige – zijn conclusies onvoldoende (wetenschappelijk) heeft gefundeerd, waardoor ook het oordeel van het hof omtrent de toepassing van de omkeerregel aan een motiveringsgebrek lijdt. Echter, verbazingwekkend is *de formulering* van de Hoge Raad wel.

Wat is er aan de hand?

Het oordeel van de Hoge Raad wordt ingegeven door de tweede rapportage van door het hof benoemde deskundige Barnas die een *"op kennis, ervaring en intuïtie gebaseerde schatting"* heeft gemaakt, die een waarschijnlijkheid van 75% causaliteit met de arbeid stipuleert. Dat oordeel is door de deskundige *niet nader op wetenschappelijke gronden gemotiveerd*.

Door SVB zijn weren opgeworpen die zien op het feit dat in de wetenschap reeds in het algemeen andere oordelen worden geveld. In het licht van de onduidelijkheden omtrent de aard en oorzaken van RSI volstaat niet, aldus de Hoge Raad, dat wordt aangesloten bij een – onvoldoende gemotiveerde – zienswijze van een deskundige als hiervoor bedoeld.

Los van het feit dat kennelijk moet worden geoordeeld dat aan het deskundigenoordeel van deskundige Barnas *motiveringsgebreken* ('slechts' gebaseerd op niet nader gedefinieerde kennis, intuïtie en ervaring) kleven, verbaast het evenwel dat het verweer van SVB tot het gestelde oordeel van de Hoge Raad heeft geleid. Immers, waar aan de werknemer het bewijs van het *'kan zijn veroorzaakt'* in deze fase was opgedragen, kan de werkgever hooguit het *'kan zijn veroorzaakt'* ontcrachten. Daar is het in algemene termen vervatte verweer van SVB echter *niet* op ge-

richt. Dat verweer is gericht op twijfel aan het *'is veroorzaakt'*.

De formulering die de Hoge Raad hanteert is tegen de achtergrond van de gegeven bewijssystematiek mijns inziens onzuiver en onbegrijpelijk. Het bewijs dat de arbeidsomstandigheden de klachten *hebben veroorzaakt* rust in 'fase 1' nu juist *niet* op de werknemer. Het lijkt er op dat de Hoge Raad hier een *slip of the pen* in zijn motivering heeft gemaakt. Stellingen gericht tegen *'is veroorzaakt'* zijn in deze fase mijns inziens in het geldende bewijsregime niet van relevante betekenis. Stellingen in dat verband behoren in het bewijsregime thuis in 'fase 3', in welke fase aan dat verweer in mijn optiek strengere bewijseisen moeten worden gesteld dan de Hoge Raad nu heeft gedaan. De Hoge Raad heeft het verweer van de werkgever in het bewijsregime evenwel geplaatst in de sleutel van een – geslaagd – verweer tegen het *'kan zijn veroorzaakt'*, waarmee hij tot de conclusie komt dat de omkeerregel door het hof ten onrechte werd toegepast. Dat betekent in concreto dat Davelaar zich na verwijzing, na ... jaar procederen nog immer bevindt in bewijs 'fase 1' waarin zij zal moeten aantonen dat in het kader van het *'kan zijn veroorzaakt'* de ondergrens wordt gehaald, zodat aan toepassing van de omkeerregel kan worden toegekomen.

Tussenconclusie

Het oordeel van de Hoge Raad betekent dat aan medisch deskundigen, hun rapportages, en aan de aan hen te richten vraagstelling in bewijs 'fase 1' in de toekomst nadrukkelijk hoge eisen van wetenschappelijke verantwoording moeten worden gesteld. Dat betekent voor advocaten: *ken je deskundigen*. Het betekent een nadrukkelijk besef van het belang van een zorgvuldige vraagstelling. Het betekent voorts voor de rechter dat hij in dit soort zaken mijns inziens niet meer kan volstaan met het aanwijzen van de 'gemiddelde' deskundige in een perifeer ziekenhuis. De keuze van de deskundige vergt gedegen kennis van de kwaliteit van het werkveld waarin deze zich bevindt. Aan partijen en de rechter is de uitdaging om in dit verband voorts het onderscheid te kunnen maken tussen de *believers* en de *non-believers*.²⁴

Aan zowel deskundigen als aan de rechter, de Hoge Raad niet uitgezonderd, moeten nadrukkelijke motiveringseisen en eisen van zorgvuldige formulering worden gesteld. Een *slip of the pen* leidt al snel tot verwarring, hetgeen partijen het voeren van langdurige procedures ontlokt. De rechtspraktijk is gebaat bij een eenduidige verwoording van het bewijsregime in deze zeer complexe zaken.

²⁴ Onder deskundigen bestaan zoals bekend *'believers'* en *'non believers'*, zoals A-G Spier in zijn Conclusie voor het arrest HR 20 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS4406, voorheen LJN: AS4406, r.o. 3.2.1, nog eens treffend verwoordde. De keuze van de deskundige is in hoge mate bepalend voor de uitkomsten van de procedure.

Ondergrens

Ten gevolge van het oordeel van de Hoge Raad in het arrest *Ritsma/Lansink* oordeelt de Hoge Raad in het arrest *Davelaar/SVB* aanvullend dat door de werknemer in 'fase 1' te leveren bewijs van het 'kan zijn veroorzaakt', het relevante verband tussen de blootstelling en de klachten, niet 'te vaag of onbepaald' mag zijn.

De ondergrens anno juni 2013 samengevat

Het Hof Den Haag heeft in de zaak *Dikmans/Unilever* een nuance gegeven op het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden inzake *Ritsma/Lansink* ten aanzien van de ondergrens: het verband kan niet worden geaccepteerd indien voorshands duidelijk is dat de blootstelling van geen betekenis is. De Hoge Raad heeft in het cassatie-arrest *Ritsma/Lansink* bevestigd dat inderdaad van een ondergrens moet worden uitgegaan. In het arrest *Davelaar/SVB* heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de relatie tussen de klachten en de blootstelling niet te vaag en onbepaald mag zijn. Dat leidt mij tot de conclusie dat de rechter in de toekomst moet motiveren dat het verband niet *zo onwaarschijnlijk* is dat, *alle* relevante factoren in aanmerking genomen,²⁵ voorshands moet worden geoordeeld dat de blootstelling voor het ontstaan van de klachten van geen betekenis is, dan wel dat *andere veroorzakingsfactoren*²⁶ zodanig waarschijnlijk zijn dat de relatie tussen de blootstelling en de klachten als te vaag en onbepaald heeft te gelden.

Juli/augustus 2013: Hof Arnhem-Leeuwarden

Met de voorgaande vaststellingen klemmen de beide recente, na de 7 juni-arresten van de Hoge Raad gevolgde arresten van het Hof Arnhem-Leeuwarden in een RSI- en een OPS-zaak. Het Hof Leeuwarden heeft zich in deze arresten andermaal over de bewijsrechtelijke problematiek in beroepsziektezaken gebogen. Het hof heeft zich in dat verband uitgelaten over de bewijsroute in de 'fasen 1 en 3'. Twee opmerkelijke uitspraken.

Juli 2013: het RSI-arrest (X/Y)²⁷

In deze kwestie gaat het om een 44-jarige man die vanaf zijn tewerkstelling van 1992 tot 1999 in het bedrijf van de werkgever aanvankelijk vijf, later vier dagen per week meer dan 1000 doppen met de hand op flessen draaide nadat deze waren afgevoerd. Hij ondervindt klachten die hij omschrijft als een pijnlijk, stekend gevoel dat duidelijk belasting- en bewegingsafhankelijk is en gepaard gaat met zwelling van de vingers in de loop van de dag. Later ontwikkelden zich klachten van tintelingen in de vingers die met name gedurende de nacht optraden.

Het hof heeft in het tussenarrest van 8 februari 2011 overwogen en beslist dat het causaal verband tussen het werk bij de werkgever en de peesschedeontsteking van de werknemer vast staat, tenzij de werkgever bewijst dat de peesschedeontsteking *niet door het werk is ontstaan*. In het kader van het door de werkgever te leveren bewijs in 'fase 3' is plastisch chirurg dr. Strackee in het AMC tot deskundige benoemd.

Het hof komt naar aanleiding van de 7 juni-arresten van de Hoge Raad terug op zijn eerdere interpretatie van de arbeidsrechtelijke omkeerregel, en overweegt²⁸ dat deze regel geen toepassing is van de gewone omkeringsregel, waarbij de bewijslast niet verschuift, maar van een zuivere omkering van de bewijslast. Dat betekent, aldus het hof, dat de werkgever, indien toepassing is gegeven aan deze regel, niet hoeft te bewijzen dat de gezondheidsklachten niet zijn veroorzaakt door de omstandigheden waaronder hij zijn werkzaamheden heeft verricht, maar kan volstaan met *tegenbewijs: het ontzenuwen van het rechtsvermoeden* dat dit het geval is. Het hof komt in dit arrest toe aan de beoordeling daarvan op grond van de rapportage van de deskundige Strackee, en hetgeen de werkgever verder nog heeft aangevoerd.

De deskundige stelt, kort samengevat, de diagnose: "Tendovaginitis van met name 3e vinger van de rechterhand bij een werknemer die acht jaar lang duizenden doppen met de hand op flessen draaide." De deskundige stelt ten aanzien van de invloed van de werkomstandigheden: "Ik ben van mening dat er wel degelijk sprake is van doorslaggevende invloed van de werkomstandigheden van betrokkene op zijn ziektebeeld". Andere oorzaken acht hij niet waarschijnlijk.

Echter, in de literatuur is de relatie met zwaar en/of repetitief manueel werk omstreden. De deskundige beschrijft de beschikbare studies gemotiveerd. Hij concludeert – gemotiveerd – dat het slechts van *beperkt belang* is te refereren aan dergelijke studies voor het individuele geval waarbij er een causale relatie tussen de medische conditie en de werkzaamheden moet worden vastgesteld. Hij acht de causale relatie even evident als ingeval

25 Derhalve: alle bekende relevante gegevens, waaronder de getuigenverklaringen en andere bewijsmiddelen rond de blootstelling, de wetenschappelijke kennis en wetenschap op medisch en veiligheidskundig gebied, alsmede concrete op het individu van het slachtoffer van toepassing zijnde relevante medische stukken, daaronder begrepen andere medisch relevante oorzaken. Daarmee is een onderdeel van het juridisch rechtsvermoeden ook: de medische causaliteit. Daarnaast wordt het rechtsvermoeden gebaseerd op de schending van de zorgplicht.

26 Zoals blijkt uit de medische stukken.

27 Hof Arnhem-Leeuwarden 23 juli 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:5339.

28 R.o. 4.8.

van overbelasting bij intensieve sport: extreme overbelasting geeft uiteindelijk verschijnselen van de belaste pees en of spier. De deskundige acht de diagnose tendovaginitis terecht gesteld. Wellicht is er echter ook sprake van enige predispositie. Hij stelt voorts ten aanzien van andere oorzaken dat deze uit de anamnese en het medisch dossier niet aannemelijk zijn.

De werkgever heeft het deskundigenrapport omstandig bekritiseerd. Het hof verwijst²⁹ naar zijn beperkte motiveringsplicht om de door het hof benoemde deskundige te volgen. Wel moet de rechter een van dat oordeel afwijkende visie naar gangbare maatstaven motiveren.

De werkgever werpt vele procesbezwaren op. Het hof geeft invulling aan het ontkrachten van het rechtsvermoeden door gemotiveerde beoordeling van die bezwaren. Het bezwaar dat de deskundige of de vraagstelling niet zijn keuze was slaagt niet. De stellingen rond tekortkomingen in de totstandkoming van het rapport slagen evenmin. Ook met een deskundigenoordeel gemotiveerde kritiek op de diagnostiek slaagt niet.

Op vragen ten aanzien van het inhoudelijke bezwaar tegen de concrete diagnostiek heeft de deskundige geantwoord. Hij stelt:

“Uit uw vragen maak ik op, dat het mij niet gelukt is u duidelijk te maken, dat epidemiologische studies die wel of geen verband aantonen bij grote groepen werknemers niet zinvol zijn om een uitspraak te doen over de relatie tussen bepaalde handelingen en afwijkingen bij individuen. Om klachten en verschijnselen bij patiënten te kunnen begrijpen en te behandelen gebruik ik net zoals ieder ander praktiserend arts literatuur die specifieke afwijkingen aan specifieke omstandigheden/activiteiten koppelt. Dat is een keuze die ik dus niet alleen maak. Daarbij werken wij met waarschijnlijkheden en niet zoals u wenst met zekerheden.”

Het hof oordeelt daarop dat het uit de antwoorden van de deskundige begrijpt dat de individuele situatie van de betrokkene (diens belasting en diens klachten) uiteindelijk bij de diagnostiek de doorslag geeft. Het hof acht deze benadering van de deskundige juist. Ik deel die mening van het hof.

Mijns inziens wijst het hof in deze zaak de door de werkgever gestelde procesbezwaren terecht van de hand.

In de sfeer van het tegenbewijs wordt in deze zaak door de werkgever inhoudelijk niet concreet en specifiek gesteld dat de aanwezigheid van – differentiaal-diagnostisch door de deskundige genoemde – alternatieve oorzaken hem van aansprakelijkheid zouden moeten bevrijden. De deskundige heeft deze mogelijkheden al gemotiveerd ‘weggestreept’.

Aan een inhoudelijk gemotiveerd tegenbewijs komt de werkgever dan ook niet toe, behoudens op het punt van vermeende onjuiste belastingsfeiten die aan de basis van het deskundigen-

rapport zouden hebben gelegen. Dat verweer wordt door het hof gehonoreerd in die zin dat de invloed van een door de werkgever gestelde afwijkende belasting in verband met veelvuldige perioden van afwezigheid wegens ziekte nog nader zal worden onderzocht.

De bewijsroute

Het hof neemt tot uitgangspunt dat de werkgever in ‘fase 3’ bij de ontkrachting van het rechtsvermoeden kan volstaan met het ontzenuwen van het rechtsvermoeden, niet zijnde *dat de gezondheidsklachten niet zijn veroorzaakt door de omstandigheden waaronder hij zijn werkzaamheden heeft verricht*, maar zijnde: *het ontzenuwen van het rechtsvermoeden dat dit het geval is*. Het hof stelt dat daartoe “*het zaaien van twijfel*” aan de causaliteit voldoende is.

Ik deel dat laatste oordeel van het hof niet. Bij het ontzenuwen van het rechtsvermoeden kan mijns inziens ingeval van beroepsziekten niet zonder meer worden volstaan met het *zaaien van twijfel*. Dat bewijs dient mijns inziens plaats te vinden door het leveren van het bewijs dat de klachten ook zouden zijn ontstaan, de zorgplichtschending weggedacht. De rechtvaardiging daarvoor zit – ook in deze fase van de bewijslevering – in de beschermingsgedachte achter artikel 7:658 BW. Nu twijfel aan de causaliteit inherent is aan de systematiek van de omkeerregel, zou de bescherming van de werknemer door genoeg te nemen met het zaaien van twijfel aanstonds illusoir worden gemaakt. Op dit punt verwijs ik naar het artikel ‘Het ontkrachten van het causaliteitsvermoeden in beroepsziektezaken, tegenbewijs of bewijs van het tegendeel’, elders in dit blad.

*Augustus 2013: het OPS-arrest (Hazelhof/Geerts)*³⁰

Deze zaak vormt een uitstapje naar de donkerste krochten van de complexe beroepsziekte OPS (CTE). Elders in dit blad zal ik uitgebreider op dit arrest ingaan. Alhier volsta ik met een analyse van de bewijsroute die het hof volgt in het licht van het voorgaande.

Het betreft in casu het vervolgarrest op ’s-hofs arrest van 21 mei 2008. In het laatstgenoemde arrest heeft het hof in ‘fase 1’ op grond van getuigenverklaringen rond de blootstelling en de medische stukken voorshands bewezen geacht dat de werknemer is geslaagd in het op hem rustende bewijs dat hij gedurende lange tijd is blootgesteld aan neurotoxische stoffen. Het hof vervolgt evenwel dat op hem tevens het bewijs rust van *de relevante blootstelling*, i.e. het bewijs dat de blootstelling zijn klachten kan veroorzaken.³¹ Het hof heeft de *relevante blootstelling* voorshands bewezen geacht. Het hof heeft vervolgens in het kader van *het tegenbewijs van de*

29 R.o. 4.13.

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

31 R.o. 4.9.

relevante blootstelling door de werkgever een deskundigenbericht gelast.³² De zaak bevindt zich aldus nog in bewijs‘fase 1’.

Het hof stelt in dat verband³³ tot verbazing van de lezer:

“Hazelhof dient dan ook te stellen en te bewijzen dat hij lijdt aan gezondheidsklachten die door de arbeidsomstandigheden bij Geerts, meer in het bijzonder door blootstelling aan gevaarlijke stoffen bij Geerts, *zijn veroorzaakt*.”

Dit oordeel van het hof is gelet op de geldende bewijsroute *onjuist*. De werknemer behoeft immers in het licht van de bescherming die hem ten deel behoort te vallen nu juist *niet* te bewijzen dat hij lijdt aan gezondheidsklachten die door de arbeidsomstandigheden bij de werkgever *zijn veroorzaakt*. Hij kan, integendeel, volstaan met het bewijs dat deze klachten daardoor *kunnen* zijn veroorzaakt.

Het hof loopt daarmee uit de pas met de door de Hoge Raad gegeven bewijsroute. Immers in ‘fase 1’ is het aan de *werknemer* om te voldoen aan het bewijs van ‘*is blootgesteld*’ en ‘*kan zijn veroorzaakt*’. Dat bewijs moet mijns inziens in het licht van de jongste jurisprudentie van de Hoge Raad geacht worden te zijn geleverd indien het verband in het licht van al hetgeen door de werknemer in voornoemd verband is gesteld niet *zo onwaarschijnlijk* is dat, *alle* relevante factoren in aanmerking genomen,³⁴ voorshands moet worden geoordeeld dat de blootstelling voor het ontstaan van de klachten van geen betekenis is, dan wel dat uit de stukken blijkt dat *andere veroorzakingsfactoren*³⁵ zodanig waarschijnlijk zijn dat de relatie tussen de blootstelling en de klachten als te vaag en onbepaald heeft te gelden.

Het hof had in deze zaak aldus allereerst moeten vaststellen of met de voorliggende bewijzen *de juridische ondergrens* als hiervoor bedoeld was gehaald. Die ondergrens wordt gevormd door de relevante mate van blootstelling in samenhang met het (medisch) te verantwoorden oordeel omtrent de veroorzaking, en daaruit voortvloeiende mogelijke andere oorzaken die de klachten kunnen verklaren. Mijns inziens moet de ondergrens geacht worden te zijn gehaald indien een positief deskundigenoordeel rond de causaliteit (door bijv. de Solvent Teams) voorligt. Daarmee moet het verlangde bewijs geacht worden te zijn gegeven,

dat de juridische ondergrens is gehaald.³⁶ Het hof heeft in deze zaak verzuimd vast te stellen of de ondergrens is gehaald.

Kon het halen van de ondergrens in de ogen van het hof met beschikbare gegevens – gemotiveerd – (nog) niet worden vastgesteld, dan had mijns inziens met inachtneming van een bewijsaanbod zijdens de werknemer het hof een deskundigenbericht ten laste van *de werknemer* moeten gelasten. De werknemer dient immers aan te tonen dat de ondergrens wordt gehaald.

De vraag die in dat verband aan de deskundige had moeten worden gesteld is of de op basis van de beschikbare bewijsmiddelen vastgestelde blootstelling de klachten *kan veroorzaken*, mede in het licht van de vraag of op medische gronden andere oorzaken voor de klachten kunnen worden aangewezen. Is dat laatste niet het geval, dan ligt bij vaststaande blootstelling de relatie en het halen van de ondergrens al snel voor de hand, nu OPS (CTE) immers een uitsluitingsdiagnose is. Van de deskundige(n) had een gemotiveerde vaststelling moeten worden gevraagd van de kans dat de klachten door de blootstelling kunnen zijn veroorzaakt. Dat, om de *juridische* arbeid die daarop moet volgen mogelijk te maken, te weten de vaststelling of, gegeven de feiten en het oordeel van de beide deskundigen, de door de Hoge Raad beschreven juridische ondergrens wordt gehaald.

Het hof heeft de voorgaande route echter niet genomen, maar heeft integendeel aan *de werkgever* het *tegenbewijs* (i.e. het zaaïen van twijfel) opgedragen van “het rechtsvermoeden van de *relevante blootstelling*”(!). Het hof introduceert daarmee een tweede soort rechtsvermoeden dat eerder niet werd gezien, alsmede de mogelijkheid van het zaaïen van twijfel daaraan. Die twijfel geldt evenwel in die fase volgens de formulering van het hof niet ten aanzien van het ‘*kan zijn veroorzaakt*’, maar ten aanzien van het ‘*is veroorzaakt*’.

Een dergelijk rechtsvermoeden, noch een dergelijk tegenbewijs past in de bewijsroute zoals door de Hoge Raad geformuleerd. De door het hof gekozen route is in strijd met het recht. Het arrest is mijns inziens een prominent voorbeeld van het feit dat de bewijsroute in beroepsziektezaken zo complex is geworden dat de betrokkenen door de bomen het bos niet meer zien.

Nu het hof evenwel eenmaal een deskundigenbericht (let wel: door *deskundigen nummer 6 en 7* in deze zaak) heeft gelast in het licht van een (tegen)bewijsopdracht aan de werkgever, ligt nu een concreet deskundigenbericht van uitsluitend blootstellingsdeskundigen voor. Uit de deskundigenberichten blijkt dat de gesommeerde blootstelling van Hazelhof, afgezet tegen de

32 R.o. 4.8.

33 R.o. 4.9.

34 Derhalve: alle bekende relevante gegevens, waaronder de getuigenverklaringen en andere bewijsmiddelen rond de blootstelling, de wetenschappelijke kennis en wetenschap op medisch en veiligheidskundig gebied, alsmede concrete op het individu van het slachtoffer van toepassing zijnde relevante medische stukken, daaronder begrepen andere medisch relevante oorzaken. Daarmee is een onderdeel van het juridisch rechtsvermoeden ook: de medische causaliteit. Daarnaast wordt het rechtsvermoeden gebaseerd op de schending van de zorgplicht.

35 Zoals blijkt uit de medische stukken.

36 Hof Den Haag 25 januari 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BD5263, voorheen LJN:BD5263, Cassatie: ECLI:NL:HR:2010:BK9151, art. 81 RO, conclusie in cassatie: ECLI:NL:PHR:2010:BK9151 (*Ozpamuk/Hunter Douglas*).

MAC-waarden, resulteert in een blootstelling die niet boven de MAC-waarden uitkomt.

Het hof trekt daaruit – mijns inziens ten onrechte³⁷ – de conclusie dat de relevante blootstelling door Hazelhof niet is aangehouden. Om die reden wijst het hof de vordering alsnog af.

Bij nadere beschouwing van het arrest valt waar te nemen dat het hof niet alleen op het punt van de bewijstechniek, maar ook met zijn inhoudelijk oordeel op meerdere gronden de plank grondig mislaat. Het voert te ver om die gronden in het kader van dit artikel te bespreken. Zij zullen de revue passeren in een noot onder dit arrest, elders in dit nummer.

Samenvatting

Aan het bewijs zijdens de werknemer moeten eisen worden gesteld. Die eisen kennen drie elementen:

1. specifieke en concrete blootstelling;
2. een kansverhoging – met een ondergrens – ten aanzien van het ontstaan van de klachten;
3. een normatief element: de bescherming van de werknemer tegen een ‘vervuilende’ werkgever.

De bewijsroute zoals deze tot dusver geldt, luidt – schematisch weergegeven – als volgt:

Bewijs werknemer

1. Is blootgesteld: feiten.
2. Kan zijn veroorzaakt:
 - wetenschap in algemene termen;
 - in de meeste gevallen een deskundige blootstellingsevaluatie van de concrete belasting van de gezondheid;
 - deskundige medische evaluatie van de vraag ‘*kan zijn veroorzaakt*’, waaraan een – juridische – ondergrens te stellen is. Die ondergrens is op grond van de jurisprudentie in 2013 te omschrijven als volgt:

Het verband mag niet *zo onwaarschijnlijk* zijn dat,

- a. *alle* relevante factoren in aanmerking genomen voorshands moet worden geoordeeld dat de blootstelling voor het ontstaan van de klachten van geen betekenis is, dan wel
- b. de relatie tussen de blootstelling en de klachten op grond van een medische beoordeling als te vaag en onbepaald heeft te gelden. Samen vormt het op de werknemer rustende bewijs *de relevante blootstelling*.

Bewijs werkgever

De werkgever moet het bewijs leveren dat hij heeft voldaan aan

zijn zorgplicht.

De vraag ligt nog open of het bewijs zijdens de werknemer en het bewijs zijdens de werkgever ‘*tegelijktijd*’ moet worden geleverd, dan wel chronologisch moet verlopen.

Ten aanzien van het bewijs zijdens de werkgever geldt dat dit moet zijn ingekleed op grond van de *State of the Art*. Onder omstandigheden is het voldoen aan geldende regelgeving daarvoor onvoldoende. De rechter dient te *motiveren* welke normen concreet zijn geschonden. Indien het risico van de gestelde klachten op het moment van blootstelling nog niet bekend was, geldt dat, indien de werkgever aan zijn zorgplicht ter voorkoming van andere, wel bekende klachten had moeten voldoen maar dat niet heeft gedaan, de rechter nader moet *motiveren* dat met het niet nemen van die maatregelen de kans op het ontwikkelen van de nog niet bekende klachten in aanmerkelijke mate is verhoogd.

Causaliteitsvermoeden

Indien de werknemer aan zijn bewijs heeft voldaan, en de werkgever niet slaagt in het bewijs dat hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan, dan treedt het rechtsvermoeden van causaliteit in.

Bevrijden van aansprakelijkheid

De werkgever mag het causaliteitsvermoeden ontcrachten. De Hoge Raad heeft zich in beroepsziektezaken omtrent concrete eisen die aan dit bewijs moeten worden gesteld nog niet uitgelaten. De vraag ligt voor of in beroepsziektezaken ter ontcrachting van het rechtsvermoeden van de werkgever kan worden volstaan met het zaaien van twijfel, of dat bewijs moet worden gevegd dat de klachten ook zouden zijn ontstaan indien de zorgplichtschending wordt weggedacht.

Ik meen dat het laatste het geval is. Hof Arnhem-Leeuwarden heeft zich echter in twee arresten in 2013 daaromtrent uitgelaten. Het hof is in 2013, anders dan in 2012, van oordeel dat de werkgever kan volstaan met het zaaien van twijfel. Zou dit oordeel stand houden dan wordt daarmee de beoogde bescherming van de werknemer aanstonds illusoir gemaakt, nu twijfel inherent is aan de systematiek van de omkeerregel. Mijns inziens dient de rechter deugdelijk te motiveren hoe de gekozen bewijsregels in de fase van het ontcrachten van het causaliteitsvermoeden passend zijn in de beoogde bescherming van de werknemer. Het is te hopen dat de Hoge Raad op korte termijn de gelegenheid krijgt om zich op het punt van deze bewijsfase uit te laten.

Opzet/bewuste roekeloosheid

De werkgever kan zich voorts van aansprakelijkheid bevrijden door opzet of bewuste roekeloosheid aan te tonen. In de praktijk van beroepsziektezaken speelt dit onderdeel geen wezenlijke rol.

³⁷ Zie daartoe de inhoudelijke bespreking van het arrest, elders in dit blad.

Artikel 99 BW

Overeind blijft dat, indien de klachten kunnen worden veroorzaakt door twee gebeurtenissen die beide de gehele schade kunnen hebben veroorzaakt, maar waarvan niet is vast te stellen welke van die gebeurtenissen de oorzaak is, de werkgever hoofdelijk aansprakelijk is voor de gehele schade. De rechter dient zijn oordeel op dat punt zorgvuldig te motiveren.

Proportioneel

Bij de beoordeling van de proportionele aansprakelijkheid dient de rechter zijn oordeel inhoudelijk te motiveren. De blote vaststelling dat de proportionele leer niet van toepassing is kan niet worden geaccepteerd.

Conclusie anno 2013

Conclusie uit de verschenen jurisprudentie in 2013 is dat slachtoffers van beroepsziektezaken zich tot op heden in het verhaal van hun schade voor een barre tocht gesteld zien. De bewijsperikelen, de duur en de kosten van deze procedures waarvoor partijen – met name de zieke werknemers – zich gesteld zien, zijn niet alleen buiten elke redelijke proportie: zij zijn mijns inziens onacceptabel in een rechtssysteem dat de bescherming van de werknemer tegen de zijn zorgplicht schendende werkgever voor ogen heeft.

De juridische bewijsroutes zijn in 2013 wel op onderdelen verhelderd. Er blijven echter nog – vele – cruciale vragen open.

Wat door de Hoge Raad nog niet is beoordeeld is de vraag hoe met het criterium ‘*regelkertijd*’ moet worden omgegaan. Tevens leven er vragen rond de juridische ondergrens en het leveren van tegenbewijs in ‘fase 3’.

Een rode draad die door de jurisprudentie anno 2013 loopt, is dat de Hoge Raad nadrukkelijk goed gemotiveerde, wetenschappelijk onderbouwde deskundigenoordelen en nauwkeurig gemotiveerde juridische oordelen eist. Ook is duidelijk dat aan de door rechters en deskundigen gehanteerde formuleringen heldere eisen worden gesteld. De jurisprudentie van 2013 overziend, is het gevolg van die rode draad dat een gebrek aan motivering streng wordt afgestraft. Anno 2013 staan alle betrokkenen bij beroepsziekteprocedures voor een grote uitdaging indien zij deze zaken tot een goed einde willen brengen. Om die reden kunnen een tweetal aanbevelingen aan het einde van dit artikel niet worden gemist.

Aanbevelingen

1. Deskundige deskundigen

De worsteling van de rechterlijke macht rond de keuze van de deskundigen is algemeen bekend. In het arrest *Davelaar/SVB*

leidt een onvoldoende wetenschappelijke motivering – weer eens – tot de gang naar de Hoge Raad. Eerder heeft A-G Spier al gewezen op het fenomeen van de *believers* en de *non-believers*.³⁸

In dit verband komt de behoefte aan een *pool* van *onafhankelijke* deskundigen die hun sporen in het werkveld hebben verdiend en waarvan *concreet* is gebleken dat zij aan de gestelde eisen voldoen, indringend naar boven.

De materie van beroepsziekten is te complex om haar aan een gemiddelde deskundige over te laten. Procedures worden daarmee onnodig lang, onnodig kostbaar, en hebben nog het meest het karakter van een loterij. Ik meen dan ook dat, waar beroepsziekteslachtoffers in hun vordering tot op heden aangewezen zijn op een procedure waarin de rechter het in hoge mate van deskundigenoordelen moet hebben, het minstgenomen noodzakelijk is dat de overheid, verzekeraars en werknemersorganisaties zich buigen over het formeren van een onafhankelijk deskundigenforum. Gelet op de complexiteit van de beoordelingen ware het verstandig om in dit verband leden van de commissies van de Gezondheidsraad in dat forum te betrekken.

2. Deskundige rechter

De praktijk laat zien dat de rechterlijke macht worstelt met de materie van beroepsziektezaken. Die worsteling is van een omvang die zijn weerga in het recht welhaast niet kent. Vele zeer langdurige en kostbare procedures zijn het gevolg. Veel slachtoffers die in de kou blijven staan zijn een nog indringender gevolg. Een punt van aandacht is de positie van de deskundige en de rechter in de procedure. De rechter kan niet volstaan met het kritiekloos overnemen van de eindconclusies van de deskundige, en deze tot de zijne maken. De rechter zal in een goed gemotiveerde juridische afweging een juridisch oordeel moeten vellen over de onzekerheden die in deze kwesties nu eenmaal een feit zijn. Daarvoor zijn een nauwkeurige vraagstelling en een goed gemotiveerd deskundigenoordeel nodig.

Gelet op de complexe causaliteitsproblematiek die zich in deze zaken voordoet en het gebrek aan andersluidende oplossingen daarvoor valt een voorbeeld te nemen aan het buitenland, waar gespecialiseerde rechters zich over de beroepsziekteproblematiek buigen.

De gespecialiseerde beroepsziekterechter, die kan putten uit een forum van deskundige deskundigen is in Nederland een meer dan warme aanbeveling waard.

³⁸ Conclusie A-G voor het arrest HR 20 mei 2005 ECLI:NL:HR:2005:AS4406, voorheen LJN: AS4406 (*De Bakker/Zee Electronics*), r.o. 3.2.1.