

5. Wat is nu het gevolg als de werkgever de feitelijke gegevens niet verstrekt? De Hoge Raad laat het *“aan het beleid van de rechter die over de feiten oordeelt, (...) welke sanctie hij in de gegeven omstandigheden passend acht indien een partij op wie een verzwaarde stelplicht rust, daaraan niet voldoet”* (HR 15 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ1083). De Hoge Raad geeft echter wel een duidelijke vingerwijzing. Hij voegt namelijk toe dat het in de regel voor de hand zal liggen dat de rechter de bewijslast niet omkeert, maar de stellingen van de partij op wie de bewijslast rust hetzij, als onvoldoende betwist, op de voet van artikel 149 Rv als vaststaand aanneemt, hetzij deze stellingen voorshands bewezen acht behoudens tegenbewijs door de partij op wie de verzwaarde stelplicht rust. Voor een dergelijke beslissing geldt volgens de Hoge Raad de normale motiveringsplicht voor de rechter. Dat wil zeggen dat de beslissing ten minste zodanig moet worden gemotiveerd dat zij voldoende inzicht geeft in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang, om de beslissing zowel voor partijen als voor derden – in geval van openstaan van hogere voorzieningen: de hogere rechter daaronder begrepen – controleerbaar en aanvaardbaar te maken. De rechter moet dus uitleggen waarom hij voor de ene of de andere sanctie kiest.

Mr. F.M. Dekker

TRA 2023/54

Hof Arnhem-Leeuwarden 14 februari 2023, 200.300.455 m.nt. mr. dr. N. Hummel

Art. 7:658 lid 2 BW

ECLI:NL:GHARL:2023:1287

De ondergrens van de arbeidsrechtelijke omkeringsregel.

Feiten en procesverloop

Een uitzendkracht werkt van 16 november 2015 tot 31 juli 2016 als woonbegeleider bij het Centraal Orgaan Opvang Asielzoekers (COA) in de noodopvang van asielzoekers. Tijdens zijn werkzaamheden wordt hij geconfronteerd met schokkende incidenten, zoals verbale en fysieke agressie, pogingen tot suïcide en zelfbeschadiging door de bewoners. Ook hoort hij verhalen van de bewoners over hun traumatische ervaringen, waaronder willekeurige executies van burgers, verkrachtingen en onthoofdingen, en krijgt hij foto's en filmpjes daarvan te zien. Volgens de werknemer heeft hij daardoor ernstige psychische klachten gekregen, namelijk een posttraumatische stressstoornis (PTSS) en/of depressie. Hij vordert een verklaring voor recht dat het COA op grond van art. 7:658 lid 4 BW en het uitzendbureau (Start People B.V.) op grond van art. 7:658 lid 2 BW hoofdelijk aansprakelijk zijn voor zijn (nog nader

te bepalen) psychische schade. In eerste aanleg wijst de rechtbank Midden-Nederland (23 september 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:4082) deze vordering toe.

Oordeel hof

In hoger beroep heeft het COA erkend dat het is tekortgeschoten in de zorgplicht. Het hoger beroep spitst zich toe op de grief van het COA (mede namens Start People B.V.) dat de werknemer onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat hij lijdt aan psychische klachten, dan wel dat deze het gevolg zijn van de werkomstandigheden. Volgens het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden heeft het COA onvoldoende overtuigende argumenten aangevoerd die iets afdoen aan de juistheid van de diagnose van de behandelaars. Het hof past de arbeidsrechtelijke omkeringsregel toe. Vaststaat dat de werknemer heeft gewerkt onder omstandigheden die psychosociaal (zeer) belastend waren, dat de psychische klachten van de werknemer (PTSS en/of depressie) door de psychisch belastende arbeidsomstandigheden kunnen zijn veroorzaakt en dat het COA onvoldoende maatregelen heeft genomen om te voorkomen dat de werknemer door die arbeidsomstandigheden schade zou lijden. Daarmee is het causaal verband tussen de werkzaamheden en de psychische klachten in beginsel gegeven. Het causaal verband is niet te onzeker of onbepaald. Het hof acht het zelfs 'in aanzienlijke mate waarschijnlijk' dat de arbeidsomstandigheden bij het COA hebben geleid tot de psychische klachten. In de medische informatie zijn ook geen aanknopingspunten te vinden voor andere oorzaken van de psychische klachten. Aldus is de gevraagde verklaring voor recht ook in hoger beroep toewijsbaar, waarbij volgens het hof voorlopig nog in het midden kan blijven welke klachten precies het gevolg zijn van de arbeidsomstandigheden.

Commentaar

1. Op grond van art. 7:658 lid 2 BW moet de werknemer stellen en, zo nodig, bewijzen dat er een causaal verband bestaat tussen zijn schade en de uitoefening van de werkzaamheden. Indien dit komt vast te staan, is de werkgever aansprakelijk, tenzij de werkgever aantoonde dat de zorgplicht voor de veiligheid van de werkomgeving is nagekomen (en behoudens opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer). Uit het vierde lid blijkt dat dit ook geldt voor uitzendkrachten. Ook bij psychische klachten kan art. 7:658 lid 2 BW toepassing vinden. Het voorkomen dan wel beperken van psychisch ziekmakende arbeidsomstandigheden, oftewel 'psychosociale arbeidsbelasting' (art. 1 lid 3 Arbwet), valt immers onder de invloedssfeer van de werkgever (*NJ* 2010/309). Dit maakt ook onderdeel uit van het arbobeleid (art. 3 lid 2 Arbwet). Overspannenheid en burn-out, depressie en PTSS zijn voorbeelden van aan (chronische) stress gerelateerde psychische aandoeningen (*Kamerstukken II* 2005/06, 30552, nr. 3, p. 25). De rechtbank Midden-Nederland refe-

reert in haar vonnis aan (niet nader geduide) informatie van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, waaruit zou blijken dat emotionele belasting als gevolg van traumatische gebeurtenissen en confrontaties met het lijden of de dood van anderen ook onder psychosociale arbeidsbelasting valt.

2. Het uitbannen van risicovolle situaties in de uitoefening van de werkzaamheden is niet altijd mogelijk, zeker niet indien deze inherent zijn aan het beroep, bijvoorbeeld bij militairen, politie-, brandweer- en ambulancepersoneel en in de gezondheidszorg. De zorgplicht van de werkgever omvat in dat geval het bieden van adequate zorg voor, tijdens en na een mogelijke traumatisering. In dit geval stond niet ter discussie dat het COA de zorgplicht had geschonden. De indruk ontstaat dat de uitzendkracht in het diepe was gegooid. In het net opgezette crisisopvangcentrum verbleven getraumatiseerde vluchtelingen (vooral uit Syrië) zonder enige privacy dicht op elkaar. Hierdoor was er een groot risico dat medewerkers geconfronteerd zouden worden met incidenten. Psychische belasting was feitelijk inherent aan de werkzaamheden in de noodopvang, zoals erkend door het COA. Enige tijd na aanvang van zijn werkzaamheden bij het COA bleek dat de uitzendkracht kampte met PTSS en depressieve klachten. Complicerende factor bij psychisch letsel is dat dit vaak multicausaal is: er kunnen meerdere, ook niet-werkgerelateerde oorzaken zijn. Sommige personen zijn er bovendien vatbaarder voor dan anderen. Het COA voerde hieraan dat de medische achtergrond van de uitzendkracht ongewis was – en dat zijn gezondheidsklachten dus ook een andere oorzaak dan de werkomstandigheden konden hebben.

3. Geconfronteerd met ‘causaliteitonzekerheid’ past het hof de arbeidsrechtelijke omkeringsregel toe, zoals voor het eerst aangenomen in het *Unilever/Dikmans*-arrest over gezondheidsschade na blootstelling aan gevaarlijke stoffen (*NJ* 2001, 596). In beginsel kan deze regel de werknemer ook ruggensteun bieden in andere situaties waarin het *conditio sine qua non*-verband tussen de klachten en de werkzaamheden niet evident is (*NJ* 2011/252 (*Landskroon/BAM*); *NJ* 2014/98 (*SVB/Van de Wege*)). De arbeidsrechtelijke omkeringsregel houdt in dat het door de werknemer te bewijzen causaal verband in beginsel moet worden aangenomen indien (1) de werknemer stelt, en zo nodig bewijst, dat hij zijn werkzaamheden heeft moeten verrichten onder omstandigheden die schadelijk kunnen zijn voor zijn gezondheid; (2) de werknemer stelt, en zo nodig aannemelijk maakt, dat hij lijdt aan gezondheidsklachten die daardoor kunnen zijn veroorzaakt; en (3) de werkgever er niet in slaagt om te bewijzen dat deze de maatregelen heeft getroffen die redelijkerwijs nodig zijn om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden dergelijke schade lijdt. De toepassing resulteert in een bewijsvermoeden dat de gezondheidsschade van de werknemer is veroorzaakt in de uitoefening van de werkzaamhe-

den. De werkgever kan vervolgens (tegen)bewijs leveren om dat vermoeden te ontzenuwen. In de ‘7 juni-arresten’ heeft de Hoge Raad de omkeringsregel echter behoorlijk afgezwakt. In de zaak *Lansink/Ritsma* hechtte het gerechtshof geen belang aan de grootte van de kans dat de blaaskanker van de schilder kan zijn veroorzaakt door de blootstelling aan gevaarlijke stoffen (ad 2). Een onjuiste rechtsopvatting, aldus de Hoge Raad, die overwoog dat voor het vermoeden geen plaats is in het geval het verband tussen de gezondheidsschade en de arbeidsomstandigheden ‘te onzeker of te onbepaald’ is (*NJ* 2014/99; zie ook *NJ* 2014/98).

4. Er is dus een ondergrens voor het toepassen van de omkeringsregel. Of het bij de arbeidsrechtelijke omkeringsregel als het ware gaat om het wegnemen van ‘het laatste restje onzekerheid’, heeft de Hoge Raad in het midden gelaten. In de literatuur wordt over het algemeen aangenomen dat het moet gaan om een ‘behoorlijk grote kans’ dat de gezondheidsschade is veroorzaakt door de werkomstandigheden (*NJ* 2014/99; anders: *L&S* 2022/20). Of de ondergrens wordt behaald, hangt af van de concrete feiten en omstandigheden. Een vast percentage heeft de Hoge Raad er nimmer aan gekoppeld. Een bezwaar tegen het hanteren van een vast percentage als ondergrens is dat een miniem verschil kan leiden tot 0 dan wel 100% schadevergoeding. Ook bestaat het risico dat deskundigen zich laten leiden door het gewenste percentage (ECLI:NL:PHR:2020:714, randnr. 3.6).

5. Het blijft echter gissen wat een ‘behoorlijk grote kans’ nu eigenlijk is. Voor de een is dat 60%, voor de ander wellicht zelfs 99%. Tekenend is dat het hof in de onderhavige zaak spreekt van ‘een aanzienlijke mate van waarschijnlijkheid’ – en dit kennelijk beschouwt als tegendeel van ‘niet te onzeker of te onbepaald’. Uit statistisch onderzoek blijkt dat de numerieke interpretatie van de woorden *grote kans* varieert van zo’n 50 tot 100%, met een (lage) piek rond de 80% (te raadplegen via blog.vvsor.nl/2021/07/hoe-vaak-is-vaak/). Verdere verduidelijking door de Hoge Raad ligt niet direct in de lijn der verwachting. In het vervolg op *Lansink/Ritsma* is gepoogd om de Hoge Raad ertoe te verleiden om een veroorzakingskans van 25% voldoende te achten voor toepassing van de omkeringsregel, maar de zaak is afgedaan met art. 81 RO. In de bijbehorende conclusie acht A-G Valk een ondergrens van 25% niet goed denkbaar: ‘Die toepassing zou er immers toe leiden dat de werkgever, ervan uitgaande dat hij niet slaagt in het leveren van tegenbewijs, 100% van de schade dient te vergoeden, hoewel er 75% kans bestaat dat de schade niet zijn door toedoen is ontstaan’ (ECLI:NL:PHR:2020:714, randnr. 3.24). Een harde ondergrens bestaat dus niet.

6. Na de 7 juni-arresten is de arbeidsrechtelijke omkeringsregel op zijn retour (zie ook *MvV* 2022, afl. 4, p. 148-156; *AV&S* 2023/4). Er wordt meer gezien in het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid, waarbij de

schade naar rato van de veroorzakingskans wordt verdeeld over werkgever en werknemer, of de mogelijkheid om het causaal verband voorshands aannemelijk te achten. Opvallend is dat A-G Langemeijer in zijn conclusie van 8 januari 2021, over een werknemer met burn-outklachten, de arbeidsrechtelijke omkeringsregel niet expliciet noemt (ECLI:NL:PHR:2021:21). Dat geldt ook voor het gerechtshof 's-Hertogenbosch, dat schadevergoeding toekende aan een zorgmedewerker wegens 'objectiveerbare overbelasting', die een 'overwegende rol' speelde bij haar burn-outklachten (8 september 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:3119). Deze benadering lijkt verdacht veel op de commune omkeringsregel uit, onder andere, het *Dicky Trading II*-arrest (NJ 1996, 607), die ziet op het causaal verband tussen een normschending en schade en sedert lang is gecodificeerd in art. 7:658 lid 2 BW. Bij gevaarlijke arbeidsomstandigheden zal vaak ook sprake zijn van schending van de zorgplicht. In de onderhavige zaak stond dit zelfs vast. Ook acht het hof bewezen dat de uitzendkracht daadwerkelijk leed aan PTSS en/of depressieve klachten. Dus, in termen van de commune omkeringsregel: het specifieke gevaar, waartegen de geschonden norm (het bieden van adequate zorg voor, tijdens en na de werkzaamheden) nu juist moest beschermen, heeft zich daadwerkelijk verwezenlijkt. Het hof overweegt: 'Als de zorgplicht is geschonden, wordt in beginsel aangenomen dat er causaal verband is tussen de gezondheidsklachten en de werkomstandigheden maar daarvoor is geen plaats wanneer het verband tussen de gezondheidsschade en de arbeidsomstandigheden te onzeker of te onbepaald is' (r.o. 2.3). De twee omkeringsregels lopen dus in elkaar over, zoals bijvoorbeeld ook valt op te maken uit het Badmeester-arrest (NJ 2018/291, r.o. 3.3.1 en 3.3.2; vgl. AR 2010/59).

7. Uit de 7 juni-arresten blijkt dat de ondergrens mede afhangt van de veiligheidsnorm die is geschonden. In zijn arrest van 7 december 2021 overweegt het gerechtshof Den Haag bijvoorbeeld, dat de werknemer voldoende feiten en omstandigheden met betrekking tot zijn werksituatie dient te stellen op grond waarvan kan worden aangenomen dat de klachten door het werk en niet door iets anders zijn ontstaan (ECLI:NL:GHDHA:2021:2648). Bij de vraag of de zorgplicht is geschonden, speelt ook een rol in hoeverre de werkgever er bekend mee is dat de werknemer dreigt uit te vallen wegens psychische klachten – het 'kenbaarheidsvereiste' (zie ook ECLI:NL:PHR:2021:21). Van sommige beroepen of situaties is op voorhand bekend dat een verhoogd risico op PTSS bestaat, bijvoorbeeld de treinmachinist, die te maken krijgt met (bijna) aanrijdingen, soms met dodelijke afloop (ECLI:NL:RBNNE:2022:3584).

8. In de onderhavige zaak wist het COA reeds vóór de tewerkstelling van de uitzendkracht van het risico van psychosociale belasting. De vraag is wel of voldoende aannemelijk is dat deze belasting de PTSS van de werknemer heeft kunnen veroorzaken. Het medisch advies zoals opgenomen in het arrest, is hierover aanzienlijk minder stel-

lig dan het hof doet voorkomen. De opmerking dat de uitzendkracht al eerder in 2015 last had van akoestische hallucinaties, doet het hof af als een kennelijke verschrijving, blijkbaar omdat de uitzendkracht ter zitting heeft verklaard dat hij pas nadat hij bij het COA is gaan werken, stemmen is gaan horen. Het is verwonderlijk dat het hof het – in weerwil van het medisch advies – niet nodig acht om kennis te nemen van nadere informatie van de huisarts over de periode vóór de werkzaamheden bij het CAO, te meer omdat de uitzendkracht daar slechts 8,5 maanden heeft gewerkt. Dit wekt sterk de indruk dat de aard en ernst van de arbeidsomstandigheden – traumatische incidenten waaraan de werknemer zonder goede voorbereiding werd blootgesteld – voor het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden doorslaggevend zijn geweest bij het wegnemen van een laatste restje onzekerheid over het causaal verband.

Mr. dr. N. Hummel

Medezeggenschapsrecht

TRA 2023/55

Hof Amsterdam 3 november 2022, 200.317.829/01 OK
m.nt. mr. L.C.J. Sprengers

Art. 2:345 e.v. BW

ARO 2022/159
JONDR 2023/20
JONDR 2022/821
NJF 2022/472
ARO 2022/158
RO 2023/3
ECLI:NL:GHAMS:2022:3139
ECLI:NL:GHAMS:2022:3195

Ingrijpen Ondernemingskamer vanwege onvoldoende scheiding onderneming en privébelangen door bestuurder/aandeelhouder vennootschap.

Feiten

X, inmiddels het enige overgebleven bestuurslid van Centric, is al lange tijd verwikkeld in een persoonlijk geschil met A. Dit geschil heeft geleid tot uitvoerige negatieve publiciteit voor X en een geschaad vertrouwen in Centric, waardoor X per 4 januari 2021 is teruggetreden als niet-uitvoerend bestuurslid van Centric. Nadat Centric door A in december 2021 in een procedure is betrokken is X zich weer met Centric gaan bemoeien, waarbij met name het misbruik van recht door Centric met betrekking tot een beslaglegging ten laste van A als vreemd wordt aange-merkt.