

Het bewijs van causaal verband in beroepsziektezaken

Waar staan we en waar moeten we (vooral niet) naartoe?

*Mr. E. Boonzaaijer en mr. A.S. Bloo-Kroes**

1 Inleiding

Heeft een werknemer schade geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden? In beroepsziektezaken laat die vraag zich vaak veel lastiger beantwoorden dan in zaken waarin het gaat om een ‘klassiek arbeidsongeval’. Het beantwoorden van deze causaliteitsvraag houdt partijen in beroepsziektezaken veelvuldig verdeeld.

Op 7 juni 2013 heeft de Hoge Raad hierover twee richtinggevendende arresten gewezen.¹ In een van die zaken is het opnieuw tot een cassatieprocedure gekomen. Die procedure heeft de Hoge Raad afgedaan met art. 81 Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO) en daarmee bekrachtigd dat de route die met deze arresten is ingeslagen nog altijd moet worden gevolgd.²

In deze bijdrage brengen wij de stand van zaken rond het bewijs van causaal verband in beroepsziektezaken in kaart en bezien wij of deze ingeslagen weg wat ons betreft nog steeds de juiste is.

2 Juridisch kader van werkgeversaansprakelijkheid bij beroepsziekten

De aansprakelijkheid van de werkgever voor schade die werknemers in de uitoefening van hun werkzaamheden hebben geleden, is geregeld in art. 7:658 BW. Als vaststaat dat een werknemer schade heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden, dan kan een werkgever slechts aansprakelijkheid ontkomen als hij aantoont dat hij zijn zorgplicht is nagekomen, dat nakoming van de zorgplicht de schade niet zou hebben voorkomen, of dat de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer.

De werkgever is verplicht om de maatregelen te nemen die *redelijkerwijs* noodzakelijk zijn om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn functie schade lijdt. In die zin

wordt met art. 7:658 BW niet beoogd om een *absolute* waarborg te scheppen ter voorkoming van schade. Art. 7:658 BW behelst dan ook een schuldaansprakelijkheid en geen risicoaansprakelijkheid.³

Wel vergt art. 7:658 BW een hoog veiligheidsniveau van de betrokken werkruimte, werktuigen, gereedschappen en kleding alsmede van de organisatie van de werkzaamheden. Ook is vereist dat de werkgever het op de omstandigheden van het geval toegesneden toezicht houdt op behoorlijke naleving van de door hem gegeven instructies.⁴ Indien de plek waar de werkzaamheden worden verricht eraan in de weg staat dat de werkgever direct toezicht houdt op de naleving van de door hem gegeven instructies, dient deze zo nodig aanvullende veiligheidsmaatregelen te treffen. Welke maatregelen de werkgever moet treffen, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waaronder de aard van de werkzaamheden, de kans dat zich een ongeval zal voordoen, de ernst van de gevolgen van een ongeval en de mate van de bezwaarlijkheid van de te nemen veiligheidsmaatregelen.⁵ Bovendien moet een werkgever er rekening mee houden dat werknemers wel eens nalaten de voorzichtigheid in acht te nemen die ter voorkoming van ongelukken geraden is.⁶

Het is echter aan de werknemer om de eerste horde – is sprake van schade in de uitoefening van de werkzaamheden? – te nemen. De stelplicht en bewijslast daarvan rusten op grond van art. 150 Rv op de werknemer. Het is dus aan de werknemer om aan te tonen dat hij schade heeft geleden als gevolg van de werkzaamheden die hij ten behoeve van de aangesproken werkgever heeft verricht. De werkgever is niet aansprakelijk voor schade van de werknemer die *mogelijk* is ontstaan in de uitoefening van de werkzaamheden voor de aangesproken werkgever.⁷

* Mr. E. Boonzaaijer is advocaat bij Dirkzwager N.V. te Arnhem. Mr. A.S. Bloo-Kroes is advocaat bij Dirkzwager N.V. te Arnhem.

1 HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1721, NJ 2014/99 (Lansink/R.) en HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1717, NJ 2014/98 (SVB/VdW).
2 HR 11 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1996, JAR 2021/12.

3 Zie ook de bijdrage van C.J.M. Klaassen, De aansprakelijkheid van de werkgever op grond van art. 7:658 BW, hoe staat het ermee?, SMA 2008, afl. 5, p. 210-221.

4 HR 11 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5223, NJ 2011/598.

5 HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3519, NJ 2015/182.

6 HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7590, NJ 2013/11.

7 HR 26 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9666, NJ 2001/597 (W./De Schelde), r.o. 3.4.

Deze bewijslastverdeling geldt niet alleen voor de ‘klassieke arbeidsongevallen’, maar ook voor beroepsziektekwesities.⁸ Dit in art. 7:658 BW vastgelegde uitgangspunt wordt door de Hoge Raad onverkort toegepast.⁹

Een ‘beroepsziekte’ kan betrekking hebben op verschillende soorten normschendingen. Zo kan een werknemer fysiek zijn overbelast, kan hij onder (te) zware psychische druk hebben moeten werken, of kan hij zijn blootgesteld aan een voor de gezondheid gevaarlijke stof.

In beroepsziektezaken is het causaal verband tussen de gezondheidsschade en de uitoefening van de werkzaamheden vaak niet eenvoudig vast te stellen. Zo zijn klachten die bij een beroepsziekte passen veelal multicausaal en kunnen klachten als gevolg van een beroepsziekte onder omstandigheden zeer geleidelijk ontstaan of zelfs pas na jaren optreden. Het zal in die gevallen voor een werknemer lastig zijn om het vereiste causaal verband met de verrichte werkzaamheden aan te tonen.

De werknemer kan op verschillende manieren tegemoet worden gekomen in het bewijs van causaal verband. Zo kan de rechter:

1. een verzwaarde stelplicht voor de aangesproken partij aannemen;
2. een bewijsvermoeden hanteren;
3. de zogenaamde arbeidsrechtelijke omkeringsregel toepassen; of
4. de aangesproken partij proportioneel aansprakelijk achten.

In deze bijdrage staan de laatste twee leerstukken centraal, nu deze aan de orde zijn in de ‘7 juni 2013-arresten’.

3 Twee jurisprudentiële handreikingen vóór de ‘7 juni 2013-arresten’

3.1 Arbeidsrechtelijke omkeringsregel

Een van de hiervoor bedoelde handreikingen is de door de Hoge Raad aangenomen arbeidsrechtelijke omkeringsregel. De Hoge Raad kwam in het arrest Unilever/D. kortweg tot het oordeel dat het door de werknemer te bewijzen causaal verband moet worden aangenomen als de werknemer aantoont dat hij in de uitoefening van zijn werkzaamheden is blootgesteld aan een voor de gezondheid gevaarlijke stof én als de werkgever niet aannemelijk heeft kunnen maken dat hij die maatregelen heeft getroffen die redelijkerwijs nodig zijn om te

voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt.¹⁰

Deze toepassing van de arbeidsrechtelijke omkeringsregel leidde ertoe dat de werknemer louter hoefde te stellen en te bewijzen dat hij was blootgesteld aan het risico op een bepaalde ziekte – en hij ook aan die bepaalde ziekte leed – en dat het vervolgens aan de werkgever was om aan te tonen dat hij aan zijn zorgplicht had voldaan.¹¹ Slaagde de werkgever niet in het leveren van dat bewijs, dan werd het causaal verband tussen die zorgplichtschending en de ziekte aangenomen, behoudens door de werkgever te leveren tegenbewijs. Het bestaan van causaal verband viel derhalve buiten de (stelplicht en) bewijslast van de werknemer.¹² Als uitgangspunt gold nog wel dat de werknemer moest stellen en zo nodig bewijzen dat hij *daadwerkelijk* aan een gevaarlijke stof, zoals asbest, blootgesteld is geweest. Zoals Asser in onze optiek terecht opmerkt, beginnen de aansprakelijkheid van de werkgever en de bewijsregel van art. 7:658 lid 2 BW niet reeds daar waar de werknemer stelt *mogelijk* aan asbest blootgesteld te zijn geweest.

Deze toepassing van de arbeidsrechtelijke omkeringsregel had de Hoge Raad kennelijk niet voor ogen, want enkele jaren later overwoog de Hoge Raad dat de enkele omstandigheid *dat* een werknemer bij zijn werkzaamheden is blootgesteld aan een voor de gezondheid gevaarlijke stof nog niet rechtvaardigt dat de arbeidsrechtelijke omkeringsregel wordt toegepast. Voor toepassing van de arbeidsrechtelijke omkeringsregel is eveneens nodig dat de werknemer stelt en zo nodig bewijst dat hij lijdt aan een ziekte of gezondheidsklachten die door die blootstelling *kunnen* zijn veroorzaakt.¹³ De werknemer moet het oorzakelijk verband tussen de blootstelling en de klachten dus (wel degelijk) aannemelijk maken. Dat blijkt voor werknemers echter niet altijd eenvoudig.

3.2 Proportionele aansprakelijkheid

Causaliteitsonzekerheid bij beroepsziektekwesities reikt echter verder. Niet alleen kan er onzekerheid bestaan over de vraag of de blootstelling überhaupt de door de werknemer gestelde klachten *kan* hebben veroorzaakt, maar kan voorts bestaan in de situatie waarin de gezondheidsschade – naast de norm-

⁸ Zie o.m. het arrest van de Hoge Raad van 20 mei 2005, dat betrekking had op de vermeende aansprakelijkheid van de werkgever voor RSI-klachten, waarin de Hoge Raad zonder enig voorbehoud overweegt dat het ‘in beginsel aan de werknemer is te stellen en zo nodig te bewijzen dat een oorzakelijk verband bestaat tussen de schade waarvan vergoeding wordt gevorderd, en de uitoefening van de werkzaamheden waarin de schade gesteld wordt te zijn geleden’; zie HR 20 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS4406, RvdW 2005/75.

⁹ HR 6 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:536, NJ 2018/291 m.nt. J. Spier, r.o. 3.3.2.

¹⁰ HR 17 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8369, NJ 2001/596 (Unilever/D.), r.o. 5.4.

¹¹ Vgl. de annotatie van M.S.A. Vegter bij HR 23 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW6166, NJ 2006/354 (Havermans/L.).

¹² Vgl. de annotatie van W.D.H. Asser bij HR 17 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8369, NJ 2001/596 (Unilever/D.).

¹³ HR 23 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW6166, NJ 2006/354 (Havermans/L.), r.o. 3.4.2. Overigens is de toepassing van de arbeidsrechtelijke omkeringsregel niet beperkt tot blootstellingsituaties. In de zaak SVB/VdW ging het om fysieke overbelasting; zie HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1717, NJ 2014/98. Enkele jaren eerder werd in het L./BAM-arrest – dat eveneens betrekking had op gestelde fysieke overbelasting – een beroep op de arbeidsrechtelijke omkeringsregel weliswaar niet aangenomen omdat niet aan de vereisten werd voldaan, maar de Hoge Raad achtte de toepassing van de arbeidsrechtelijke omkeringsregel *an sich* niet uitgesloten. Zie de annotatie van T.F.E. Tjong Tjin Tai bij HR 9 januari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BF8875, NJ 2011/252 (L./BAM).

schending van de werkgever – eveneens of mede kan zijn veroorzaakt door omstandigheden die voor risico van de benadeelde komen of door een combinatie van beide factoren. Het vereiste causaal verband laat zich ook in die gevallen niet (goed) vaststellen. Gelet op het binnen het aansprakelijkheidsrecht algemeen aanvaarde uitgangspunt dat een ander alleen aansprakelijk is voor de schade die (met een redelijke mate van waarschijnlijkheid) daadwerkelijk is veroorzaakt door de gebeurtenis waarvoor hij aansprakelijk is, is het onaanvaardbaar om de onzekerheid over het causaal verband geheel voor risico van de werkgever te laten komen, als er een niet zeer kleine kans bestaat dat de schade (mede) is veroorzaakt door omstandigheden die aan de werknemer moeten worden toegerekend. Anderzijds wordt eveneens onaanvaardbaar geacht om de onzekerheid over de mate waarin de tekortkoming van de werkgever heeft bijgedragen tot de schade van de werknemer geheel op de werknemer af te wentelen.

Voor deze gevallen van causaliteitsonzekerheid is het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid geïntroduceerd.¹⁴ Dit leerstuk houdt kort gezegd in dat de rechter in gevallen waarin niet kan worden vastgesteld of de schade is veroorzaakt door een normschending van de aansprakelijk gestelde persoon of van iemand voor wie hij aansprakelijk is, dan wel door een oorzaak die voor risico van de benadeelde zelf komt (of door een combinatie van beide oorzaken), de aansprakelijkgestelde persoon mag veroordelen tot schadevergoeding in evenredigheid met de in een percentage uitgedrukte kans dat de schade door zijn normschending is veroorzaakt.¹⁵ Anders dan de andere drie genoemde handreikingen – de verzwaarde stelplicht, het bewijsvermoeden en de arbeidsrechtelijke omkeringsregel – die tot een ‘alles-of-niets oordeel’ leiden, gaat het in het geval

van proportionele aansprakelijkheid dus om aansprakelijkheid naar rato van de veroorzakingskans.¹⁶

Hier geldt een belangrijke ondergrens. Het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid kan alleen worden toegepast in situaties waarin de kans dat de schade door de normschending is veroorzaakt niet zeer klein noch zeer groot is.¹⁷ Voor het aannemen van proportionele aansprakelijkheid geldt dus een ondergrens én een bovengrens. Het antwoord op de vraag wanneer sprake is van een zeer grote of zeer kleine kans heeft zich in de loop der jaren verder uitgekristalliseerd.¹⁸

Ondanks dat er een ondergrens geldt, bestaat echter nog altijd de kans dat iemand (proportioneel) aansprakelijk wordt gehouden voor een schade die hij niet, of niet in de door de rechter aangenomen mate, heeft veroorzaakt.¹⁹ De Hoge Raad heeft de reikwijdte van dit leerstuk dan ook uitdrukkelijk begrensd door te oordelen dat de rechtsregel van proportionele aansprakelijkheid terughoudend moet worden toegepast. De Hoge Raad oordeelde verder dat de rechter die tot toepassing van proportionele aansprakelijkheid komt, moet motiveren waarom de strekking van de geschonden norm en de aard van de normschending – waaronder is begrepen de aard van de door de benadeelde geleden schade – deze toepassing in het concrete geval rechtvaardigen.²⁰

4 De arbeidsrechtelijke omkeringsregel ná de ‘7 juni 2013-arresten’

4.1 Ondergrens aan toepassing arbeidsrechtelijke omkeringsregel

De arbeidsrechtelijke omkeringsregel is na de hiervoor besproken Unilever/D.- en Havermans/L.-jurisprudentie door lagere rechters veelvuldig toegepast. Zo ook in de procedure over aansprakelijkheid van een schildersbedrijf voor door een van zijn werknemers opgelopen blaaskanker. Het hof overwoog

14 In 1999 werd voor het eerst afgeweken van het zogenaamde ‘alles-of-niets principe’, in die zin dat de werknemer ex art. 7:658 BW ofwel zijn gehele schade vergoed krijgt, ofwel helemaal niets, en werd een proportionele benadering aanvaard; zie Rb. Middelburg 1 februari 1999, ECLI:NL:KTGMID:1999:AJ6532, VR 1999/117. De Hoge Raad heeft (in navolging van meerdere hoven, zie Hof Amsterdam 18 maart 2004, ECLI:NL:GHAMS:2004:AO8746, JAR 2004/96, Hof ’s-Gravenhage 1 oktober 2004, ECLI:NL:GHSGR:2004:AR6339, VR 2005/109 en Hof Arnhem 6 juli 2004, ECLI:NL:GHARN:2004:AO6743, JAR 2004/185) in 2006 ook het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid aanvaard; zie HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6092, NJ 2011/250 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (K./Nefalit).

15 In de literatuur werd terecht kritiek geleverd op de formulering van de Hoge Raad, waaruit kon worden afgeleid dat de Hoge Raad geen *proportionele*, maar *gedeeltelijke* aansprakelijkheid had aangenomen, nu de aangesproken persoon werd veroordeeld tot vergoeding van de *volledige* schade, met vermindering van de vergoedingsplicht in evenredigheid met de mate waarin de aan de werknemer toe te rekenen omstandigheden tot diens schade hebben bijgedragen; zie o.m. J.S. Kortmann, Karamus/Nefalit: proportionele aansprakelijkheid, NJB 2006/26, p. 1404-1412 en C.J.M. Klaassen, Kroniek causaliteit in het aansprakelijkheidsrecht, AV&S 2012/19. De Hoge Raad heeft de formulering later verduidelijkt door te overwegen dat de aangesproken persoon kan worden veroordeeld tot schadevergoeding in evenredigheid met de in een percentage uitgedrukte kans dat schade door zijn normschending is veroorzaakt; zie HR 14 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX8349, NJ 2013/236 m.nt. S.D. Lindenbergh, r.o. 5.3.

16 Zie S.D. Lindenbergh & S.B. Pape, Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband: deel 2, AA 2011, p. 720-725.

17 HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6092, NJ 2011/250 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (K./Nefalit).

18 Klaassen geeft terecht aan dat de door de Hoge Raad aangeduide boven- en ondergrens ook niet te geven is, zie C.J.M. Klaassen, Proportionele aansprakelijkheid: een goede of kwade kans?, NJB 2007, afl. 22, p. 1164. De rechter zal veelal moeten afgaan op het oordeel van deskundigen; vgl. S.D. Lindenbergh, Hoge Raad aanvaardt proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband, MvV 2006, afl. 6, p. 104-108.

19 Lindenbergh en Pape stellen overigens vast dat dit bezwaar ook geldt bij de overige bewijsrechtelijke handreikingen aan de werknemer: ook dan bestaat de kans dat de aansprakelijk gehouden persoon voor meer moet opdraaien dan hij heeft veroorzaakt, of zelfs voor de gehele schade. Het bezwaar zou er volgens hen vooral uit bestaan dat de proportionele benadering te makkelijk wordt toegepast; zie Lindenbergh & Pape 2011, p. 723.

20 HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, NJ 2011/251 (Fortis/B.), r.o. 3.8. Ook volgt uit het arrest dat de proportionele aansprakelijkheid in andere gevallen dan die van werkgeversaansprakelijkheid kan worden toegepast, mits vaststaat dat er een norm geschonden is en de kans op het bestaan van een *condicio sine qua non*-verband niet ‘zeer klein’ is; zie voor een uitgebreide analyse Klaassen 2012, par. 6.

dat voor de vraag of de gezondheidsklachten van de werknemer *kunnen* zijn veroorzaakt door de blootstelling géén juridische ondergrens bestaat. Het hof meende dus dat de grootte van de kans dat de gezondheidsklachten van de werknemer kunnen zijn veroorzaakt door de arbeidsomstandigheden, niet relevant is voor de toepassing van de arbeidsrechtelijke omkeringsregel.²¹

De Hoge Raad floot het hof terug. De arbeidsrechtelijke omkeringsregel drukt zoals benoemd het vermoeden uit dat de gezondheidsschade van de werknemer is veroorzaakt door de arbeidsomstandigheden bij de aangesproken werkgever. Dat vermoeden wordt volgens de Hoge Raad gerechtvaardigd door hetgeen in het algemeen bekend is over de ziekte en haar oorzaken, alsmede door de schending door de werkgever van de veiligheidsnorm die een en ander behoort te voorkomen. Met inachtneming daarvan oordeelt de Hoge Raad dat voor de toepassing van de arbeidsrechtelijke omkeringsregel geen plaats is als het verband tussen de gezondheidsschade en de arbeidsomstandigheden te onzeker of te onbepaald is.²² Met andere woorden: er geldt wel degelijk een ondergrens. Hartlief schrijft in zijn annotatie bij de arresten terecht dat de arbeidsrechtelijke omkeringsregel (net als de commune omkeringsregel) van toepassing is in gevallen waarin het causaal verband zich, gelet op wat er feitelijk is gebeurd én op de geschonden norm, als het ware opdringt. In dat licht bezien zou niet iedere kans tot toepassing van de arbeidsrechtelijke omkeringsregel moeten (kunnen) leiden.²³

Verder past het toepassen van de arbeidsrechtelijke omkeringsregel in situaties waarin het causaal verband té onzeker is, niet goed bij de aard van het aansprakelijkheidsrecht dat de werkgever toch aansprakelijk zou zijn voor alle schade. Aansprakelijkheid vereist dat de schade het gevolg is van een normschending waarvoor de aangesproken persoon aansprakelijk is. Dat uitgangspunt moet niet uit het oog worden verloren. Zeker niet nu de omkeringsregel onzekerheid over het causaal verband voor rekening van de aansprakelijke persoon brengt en in die zin dus leidt tot een alles-of-niets oordeel, terwijl de bewijslast van dat causaal verband op de benadeelde rust.²⁴

21 Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 27 maart 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BW0025, JA 2012/101 m.nt. M.S.A. Vegter, r.o. 16.

22 HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1721, NJ 2014/99 m.nt. T. Hartlief (Lansink/R.), r.o. 4.1.3. De Hoge Raad gaf een vergelijkbaar oordeel in het andere '7 juni 2013-arrest', dat betrekking had op de beroepsziekte RSI, zie HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1717, NJ 2014/98 (SVB/VdW), r.o. 4.2.3. Deze ondergrens is door de Hoge Raad ook aangenomen in zaken waar het ging om gezondheidsklachten als gevolg van asbestblootstelling. Zie in dat kader bijv. HR 6 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:536, NJ 2018/291 m.nt. J. Spier.

23 Zie de annotatie van Hartlief bij HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1721, NJ 2014/99 (Lansink/R.) en HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1717, NJ 2014/98 (SVB/VdW). Waar in het navolgende wordt verwezen naar deze annotatie van Hartlief wordt enkel verwezen naar het arrest Lansink/R. (NJ 2014/99), waaronder de annotatie van Hartlief daadwerkelijk is gepubliceerd.

24 Concl. A-G Valk 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:714, JA 2021/37.

4.2 Waar ligt die ondergrens?

De vraag waar die ondergrens precies ligt, beantwoordt de Hoge Raad niet.²⁵ Hartlief schrijft in zijn annotatie in onze optiek met recht dat – gelet op het 'alles-of-niets gevolg' – een behoorlijk grote kans is vereist. Te lichtvaardig omgaan met deze ondergrens doet de beoogde werknemersbescherming immers doorschieten ten koste van werkgevers.²⁶ Daar komt bij dat een ruime toepassing van de omkeringsregel ertoe kan leiden dat een relatief grote groep van werkgevers aansprakelijk is voor schade die niet door hun toedoen is ontstaan.²⁷ Bij het bepalen van de ondergrens komt in ieder geval betekenis toe aan 'hetgeen in het algemeen bekend is omtrent de ziekte en haar oorzaken' en aan de 'schending van de veiligheidsnorm die een en ander beoogt te voorkomen'.²⁸ Het zal moeten gaan om een redelijke mate van waarschijnlijkheid dat de schade is veroorzaakt door de normschending door de aangesproken werkgever.²⁹ Valk meent dat voor toepassing van de arbeidsrechtelijke omkeringsregel in elk geval niet dezelfde ondergrens zou moeten gelden als voor proportionele aansprakelijkheid.³⁰ Ook geldt volgens Valk geen harde grens, omdat naast de grootte van de kans dat de normschending de oorzaak van de schade is, ook de aard van de schade en de overige omstandigheden een rol spelen.³¹ Het vaststellen van een vaste ondergrens voor alle gevallen lijkt dan ook niet mogelijk.

De kans dat de ziekte van de werknemer was veroorzaakt door de werkzaamheden die hij bij de aangesproken werkgever had uitgevoerd, werd in de procedure ná verwijzing door deskundigen geschat tussen de 14,7% en 32,3% en liet zich niet preciezer vaststellen.³² Deze kans was volgens het verwijzingshof te gering – en daarmee was het verband tussen de gezondheidsschade en de arbeidsomstandigheden te onzeker en te onbepaald – om de arbeidsrechtelijke omkeringsregel toe te passen. De ondergrens werd dus niet gehaald.

25 Dat verbaast overigens niet, nu de Hoge Raad geen feitenrechter is en het antwoord op deze vraag afhangt van de omstandigheden van het geval.

26 Zie de annotatie van Hartlief bij HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1721, NJ 2014/99 (Lansink/R.).

27 Concl. A-G Valk 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:714, JA 2021/37.

28 HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1721, NJ 2014/99 m.nt. T. Hartlief (Lansink/R.), r.o. 4.1.3.

29 Valk verwijst in voetnoot 31 van zijn conclusie naar de diverse literatuur op dit punt, waarnaar wij gemakshalve verwijzen: concl. A-G Valk 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:714, JA 2021/37.

30 Valk licht toe dat de keuze voor een van de twee leerstukken dan wel heel moeilijk en willekeurig zal zijn, terwijl de twee leerstukken volstrekt andere gevolgen hebben. Zo leidt de toepassing van de arbeidsrechtelijke omkeringsregel ertoe dat de volledige schade door de werkgever wordt vergoed (en hij dus de last van de onzekerheid over het causaal verband in zijn geheel draagt), terwijl proportionele aansprakelijkheid ertoe leidt dat die last over partijen wordt verdeeld in de mate waarin de schade door hen kan zijn veroorzaakt. Zie concl. A-G Valk 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:714, JA 2021/37, onder 3.23.

31 Zie concl. A-G Valk 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:714, JA 2021/37, onder 3.24. Valk merkt terecht op dat de rechter die over de feiten oordeelt ook de nodige beoordelingsruimte toekomt.

32 Hof 's-Hertogenbosch 5 maart 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:780, JA 2019/80 m.nt. E.R. de Jong, r.o. 26.44.

In de cassatieprocedure die daarna volgde, werd onder meer aangevoerd dat een kanspercentage van 25% (steeds) voor toepassing van de arbeidsrechtelijke omkeringsregel voldoende zou zijn. Dit komt ons onjuist voor. Zoals Valk concludeert, leidt de toepassing van de arbeidsrechtelijke omkeringsregel bij een dergelijk kanspercentage van 25% ertoe 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 door zijn toedoen is ontstaan’.³³

De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep. Het oordeel van het hof dat het causaal verband tussen de gezondheidsschade en de arbeidsomstandigheden te onzeker en te onbepaald was om de arbeidsrechtelijke omkeringsregel toe te passen, blijft dus in stand.³⁴

4.3 De arbeidsrechtelijke omkeringsregel anno nu

De arbeidsrechtelijke omkeringsregel heeft na de ‘7 juni 2013-arresten’ aan terrein verloren. In veel gevallen is sindsdien het causaal verband te onzeker of onbepaald geacht om de arbeidsrechtelijke omkeringsregel te kunnen toepassen. Dat geldt niet alleen voor zaken waarin een werknemer aan een voor de gezondheid gevaarlijke stof zou zijn blootgesteld,³⁵ maar ook voor zaken waarin het ging om rugklachten³⁶ en/of andere fysieke klachten³⁷ die het gevolg zouden zijn van de omstandigheden waarin de werkzaamheden moesten worden uitgevoerd. De oorzaak van de onzekerheid en/of onbepaaldheid van het causaal verband was overigens niet alleen gelegen in discussie over het *medisch* causaal verband, maar werd ook ingegeven door discussie over de vermeend schadelijke arbeidsomstandigheden. Voor toepassing van de arbeidsrechtelijke omkeringsregel is immers vereist dat vast komt te staan dat de werkgever de zorgplicht heeft geschonden. Als (ook) dat niet komt vast te staan wordt aan de toepassing van de arbeidsrechtelijke omkeringsregel niet toegekomen.

Dat de arbeidsrechtelijke omkeringsregel aan terrein verliest is in de literatuur niet onopgemerkt gebleven.³⁸ Zo vraagt Waterman zich af of de criteria voor het aannemen van het causaal

verband niet té streng zijn geworden, zeker in het geval van een epidemische ziekte waarbij het causaal verband – volgens Waterman – gevoelsmatig voor het oprapen ligt.³⁹ Waterman meent dat het voor werknemers ondoenlijk is om aan te tonen dat de gezondheidsklachten – zoals een nare hoest door COVID-19 – zijn opgelopen in de uitoefening van de werkzaamheden en niet in de privésfeer.⁴⁰ Dat die bewijslast voor werknemers een struikelblok kan zijn is op zichzelf waar, zij het dat de oorzaak daarvan – ook in het voorbeeld dat Waterman geeft – juist de reden is *dat* die horde niet al te makkelijk mag worden genomen. Waterman schrijft immers dat het lastig is om het causaal verband aan te tonen, nu er een epidemie is waarbij ‘iedereen om jou heen hoest, de hele dag door, of een verborgen besmettelijkheid kan hebben’.⁴¹ En dat is precies waar het om gaat. Het voorbeeld dat Waterman geeft, illustreert juist dat de genoemde gezondheidsklachten vele oorzaken kunnen hebben. Is het dan zonder meer redelijk dat deze onzekerheid in alle gevallen op de werkgever wordt afgewenteld? Wij menen van niet.

Wij verwijzen in dat verband andermaal naar Valk, die op duidelijke wijze uiteenzet dat als uitgangspunt geldt dat aansprakelijkheid vereist dat de schade het gevolg is van de normschending waarvoor de aangesproken persoon aansprakelijk is. Dat de arbeidsrechtelijke omkeringsregel onzekerheid over het causaal verband voor rekening van de aansprakelijke persoon brengt, past dan ook niet in een situatie waarin het causaal verband té onzeker is. Het past immers niet goed bij de aard van het aansprakelijkheidsrecht dat de werkgever aansprakelijk is voor de gehele schade, als vaststaat dat de schade waarschijnlijk niet het gevolg is van zijn normschending.⁴²

Kortom, juist in het geval waarin de gezondheidsklachten op verschillende plekken (en onder verschillende omstandigheden) kunnen zijn opgelopen, zoals in het geval van de COVID-

33 Concl. A-G Valk 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:714, JA 2021/37, onder 3.24.

34 HR 11 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1996, JAR 2021/12. Zie in dit verband ook het arrest van 3 december 2021 (ECLI:NL:HR:2021:1806), waarin de Hoge Raad de route die met de ‘7 juni 2013-arresten’ is ingeslagen andermaal heeft bevestigd.

35 Zie o.m. Rb. Gelderland 6 oktober 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:5791, Rb. Overijssel 25 maart 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:1336, Rb. Limburg 30 september 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:7633 en Rb. Rotterdam 26 november 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:10685.

36 Zie o.m. Hof ’s-Hertogenbosch 12 mei 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1534.

37 Zie o.m. Hof ’s-Hertogenbosch 19 maart 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:1063, Hof Den Haag 20 mei 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:899, Rb. Gelderland 5 juni 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:2442 en Rb. Noord-Holland 22 juli 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:9248.

38 Zie o.m. R.A. Heida, Compensatie voor een beroepsziekte als gevolg van COVID-19?, *ArbeidsRecht* 2021/18 en Y.R.K. Waterman, Corona bewijst dat het bewijsrecht inzake beroepsziekten uit balans is, *L&S* 2020, afl. 4, p. 22-25.

39 Waterman 2020, p. 25.

40 Heida ziet daarentegen minder beren op de weg en meent juist dat het causaal verband tussen een COVID-19-besmetting en de blootstelling op het werk minder snel onzeker of onbepaald zal worden geacht dan het geval is bij andere beroepsziekten, omdat deze aandoening monocausaal is en de klachten binnen enkele dagen tot maximaal twee weken na contact met het virus ontstaan. Ook benoemt Heida dat de blootstelling niet op meerdere plaatsen tegelijk kan zijn ontstaan. Dit zou het voor werknemers makkelijker maken om aan te tonen dat de werkplek de waarschijnlijke besmettingshaard is geweest. Heida miskent echter dat het coronavirus nu juist om zich heen raast en de besmetting dus op veel verschillende plekken kan zijn opgelopen. Het is juist problematisch dat de werknemer niet kan aantonen dat de besmetting op het werk heeft plaatsgevonden en dus niet bij de bakker, op het schoolplein of in de thuissituatie. Zie Heida 2021.

41 Waterman 2020, p. 25.

42 Concl. A-G Valk 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:714, JA 2021/37, onder 3.5. Zie in dat verband ook Klaassen, die ertoe neigt vast te houden aan het uitgangspunt dat een werkgever alleen aansprakelijk is voor de schade die aantoonbaar is veroorzaakt door een gebeurtenis waarvoor hij aansprakelijk is, en spreekwoordelijk op de rem moet worden getrapt met betrekking tot de doorwerking van de omkeringsregel en proportionele aansprakelijkheid; zie C.J.M. Klaassen, Enkele opmerkingen over bewijs bij arbeidsongevallen en beroepsziekte, in: C.J. Frikkee (red.), *Arbeidsprocesrecht in beweging*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012.

19-pandemie, past het niet om de onzekerheid van het causaal verband (steeds) voor rekening van de werkgever te laten komen. Dit zou er immers toe leiden dat een of meer werkgevers voor schade aansprakelijk zijn die niet door hun toedoen is ontstaan.⁴³ Gelet op het binnen het aansprakelijkheidsrecht geldende uitgangspunt, kan dat – hoe schrijnend voor de werknemer ook – niet de bedoeling zijn. De aansprakelijkheid van de werkgever is en blijft een schuldansprakelijkheid en een vergaande oprekking van de hiervoor besproken ‘ondergrenzen’ moet worden voorkomen.

5 Proportionele aansprakelijkheid ná de ‘7 juni 2013-arresten’

Het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid kan, mits aan de daarvoor geldende vereisten wordt voldaan, worden toegepast in gevallen waarin de gezondheidsschade – naast de normschending van de werkgever – eveneens of mede kan zijn veroorzaakt door omstandigheden die voor risico van de benadeelde komen of door een combinatie van beide factoren.⁴⁴ In het arrest Lansink/R. heeft de Hoge Raad bevestigd dat onder een oorzaak die voor risico van de benadeelde komt, moet worden verstaan ‘buiten de uitoefening van de werkzaamheden gelegen omstandigheden die aan hem moeten worden toegerekend zoals roken, genetische aanleg, veroudering of van buiten komende oorzaken’. De Hoge Raad overweegt daarbij expliciet dat die laatste drie omstandigheden de werknemer weliswaar niet kunnen worden verweten, maar in de verhouding tot de werkgever wel voor zijn risico komen.⁴⁵ In het arrest SVB/VdW overwoog de Hoge Raad dat het hof terecht het beroep op toepassing van het leerstuk van de proportionaliteit had afgewezen, omdat de werkgever niet voldoende aannemelijk had gemaakt dat er alternatieve oorzaken in de risicosfeer van de werknemer bestonden.⁴⁶

Binnen welke boven- en ondergrens proportionele aansprakelijkheid kan worden aangenomen, laat zich niet in harde regels vaststellen.⁴⁷ Het ligt volgens Valk voor de hand dat de ondergrens van de arbeidsrechtelijke omkeringsregel en de bovengrens van de proportionele aansprakelijkheid min of meer samenvallen.⁴⁸

Waar het verwijzingshof oordeelde dat de kans van 25% onvoldoende was om de arbeidsrechtelijke omkeringsregel toe te passen, kwam datzelfde verwijzingshof tot het oordeel dat een veroorzakingswaarschijnlijkheid van 25% wél voldoende was om de werkgever proportioneel aansprakelijk te houden voor de gezondheidsschade van de werknemer.⁴⁹ Dit oordeel is door de Hoge Raad in stand gelaten.⁵⁰

Het ging in de procedure na verwijzing ook over de vraag of (causale) blootstellingen bij eerdere dienstverbanden – via de band van art. 6:99 BW – aan de aangesproken (en in dit geval de opvolgend) werkgever toegerekend moeten worden.⁵¹ De voorspelling van Hartlief dat de Hoge Raad deze vraag kon verwachten, bleek dan ook juist.⁵² Valk is in zijn conclusie uitvoerig ingegaan op de (on)mogelijkheid van (analoge) toepassing van art. 6:99 BW in beroepsziektzaken.⁵³ De Hoge Raad liet het oordeel van het hof, dat geen toepassing kon worden gegeven aan art. 6:99 BW, in stand.⁵⁴

Indien blootstellingen bij eerdere werkgevers via de band van art. 6:99 BW aan de aangesproken werkgever zouden kunnen worden toegerekend, zou dat resulteren in een vergaande uitbreiding van de werkgeversaansprakelijkheid ex art. 7:658 BW. Slechts in bepaalde gevallen lijkt toepassing van art. 6:99 BW dan ook op zijn plaats. Op deze principiële vraag gaan wij hierna nader in.

6 Toepassing (al dan niet naar analogie) van art. 6:99 BW

De onzekerheid over de vraag of de gezondheidsschade is geleden in de uitoefening van de werkzaamheden bij de *aangesproken* werkgever, komt niet alleen voor in zaken waarin omstandigheden in de privésfeer van de werknemer bestaan die tot het ontstaan van de schade kunnen hebben geleid, maar ook in zaken waarin de werknemer bij meer dan één werkgever vergelijkbare werkzaamheden heeft uitgevoerd. Door werkne-

43 Concl. A-G Valk 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:714, JA 2021/37, onder 3.5.

44 Zie noot 14 en 15 voor een overzicht van de jurisprudentie waarin het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid werd geïntroduceerd en verder uitgekristalliseerd.

45 HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1721, NJ 2014/99 m.nt. T. Hartlief (Lansink/R.), r.o. 4.3.2.

46 HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1717, NJ 2014/98 (SVB/VdW), r.o. 4.5.2.

47 Concl. A-G Valk 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:714, JA 2021/37, onder 3.12.

48 Valk verwijst in zijn conclusie naar Lindenbergh, die de toepassing van beide leerstukken als volgt beschrijft: er is ruimte voor proportionele aansprakelijkheid in gevallen waarin de veroorzakingskans niet zeer klein is, wel met een redelijke mate van zekerheid is te bepalen, maar ook niet zodanig groot is dat toewijzing van de volledige vordering op zijn plaats is; zie concl. A-G Valk 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:714, JA 2021/37, onder 3.12.

49 Hof 's-Hertogenbosch 5 maart 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:780, JA 2019/80 m.nt. E.R. de Jong, r.o. 26.68.

50 HR 11 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1996, JAR 2021/12.

51 De gedachte achter het middel was kennelijk dat uitgegaan had moeten worden van een hoger kanspercentage dat de gezondheidsschade van de werknemer was veroorzaakt door de uitgevoerde werkzaamheden, zodat wél aan toepassing van de arbeidsrechtelijke omkeringsregel werd toegekomen, dan wel dat de werkgever in het kader van de proportionele aansprakelijkheid voor een hoger percentage aansprakelijk werd gehouden. Concl. A-G Valk 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:714, JA 2021/37, onder 3.44.

52 Zie de annotatie van T. Hartlief bij HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1721, NJ 2014/99 (Lansink/R.), waarin hij voorspelde dat de Hoge Raad kon wachten op een zaak waarin de vraag een rol zou spelen hoe in het kader van het leerstuk van proportionaliteit voor beroepsziekten moet worden omgegaan met de bijdragen van andere, al dan niet met succes aan te spreken, werkgevers.

53 Concl. A-G Valk 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:714, JA 2021/37.

54 Hof 's-Hertogenbosch 5 maart 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:780, JA 2019/80 m.nt. E.R. de Jong, r.o. 26.69. Overigens benoemde het hof verder dat die andere werkgevers geen partij zijn bij deze procedure en dat onvoldoende bekend is over deze dienstverbanden om te kunnen concluderen dat (ook) deze werkgevers hun zorgplicht jegens de werknemer hebben geschonden.

mers wordt in die situatie regelmatig een beroep gedaan op de regel van art. 6:99 BW.

Art. 6:99 BW ziet op gevallen van alternatieve en gelijktijdige causaliteit. In het geval dat de schade het gevolg kan zijn van meerdere gebeurtenissen waarvoor een persoon aansprakelijk is en vaststaat dat de schade door ten minste één van deze gebeurtenissen is ontstaan, zijn de aansprakelijke personen hoofdelijk aansprakelijk voor het geheel van de schade, tenzij de aangesproken persoon bewijst dat de schade *niet* het gevolg is van de gebeurtenis waarvoor hijzelf aansprakelijk is.⁵⁵

De vraag die opkomt is of art. 6:99 BW zonder meer (rechtstreeks) toepasselijk kan zijn in beroepsziektezaken.

6.1 Rechtstreekse toepassing art. 6:99 BW

In het eindarrest na verwijzing in de zaak Lansink/R. werd de toepassing van art. 6:99 BW in beroepsziektezaken door het verwijzingshof niet uitgesloten, maar het verwijzingshof zag voor de toepassing van art. 6:99 BW in dat geval onvoldoende aanknopingspunten.⁵⁶

Dat oordeel wordt door Valk onderschreven en de Hoge Raad laat dat oordeel van het verwijzingshof in stand.⁵⁷ Het regime van art. 6:99 BW kan volgens Valk slechts *rechtstreeks* worden toegepast in beroepsziektekwesties als (1) de ziekte uitsluitend is te relateren aan de blootstelling bij twee of meer werkgevers en voor ieder van deze werkgevers geldt dat hij zijn zorgplicht heeft geschonden, en (2) ervan moet worden uitgegaan dat de volledige schade door de blootstelling bij een van hen is veroorzaakt, dan wel dat de volledige schade door de blootstelling bij de aangesproken werkgever zou zijn ontstaan als de blootstelling bij andere werkgevers wordt weggedacht.⁵⁸ Als een van de werkgevers niet is tekortgeschoten in de zorgplicht, dan mist art. 6:99 BW hoe dan ook toepassing.⁵⁹ Hetzelfde geldt voor de gevallen waarin het juist onzeker is door welke van de blootstellingen de ziekte is veroorzaakt, of waarin de ziekte (mede) kan zijn veroorzaakt door omstandigheden die voor re-

kening van de werknemer komen.⁶⁰ Ook dan is art. 6:99 BW niet (rechtstreeks) van toepassing.

Valk maakt daarop wel een nuancering. Niet *iedere* kans, hoe gering ook, dat de schade (mede) is veroorzaakt door een omstandigheid die voor rekening van de werknemer komt, of dat de blootstelling bij de aangesproken werkgever niet de gehele schade zou hebben veroorzaakt als die bij de andere werkgevers wordt weggedacht, leidt ertoe dat hoofdelijke aansprakelijkheid ontbreekt. Volgens Valk moet met een redelijke mate van zekerheid genoeg worden genomen.⁶¹

6.2 Analoge toepassing art. 6:99 BW

Ook voor een *analoge* toepassing van art. 6:99 BW ziet Valk geen ruimte. Het gaat dan om de situatie waarin een blootstelling bij *andere* werkgevers voor rekening van de *aangesproken* werkgever komt. Een dergelijke constructie zou ertoe leiden dat de aangesproken werkgever in het kader van de proportionaliteit een hoger percentage van de schade moet vergoeden dan de kans dat de schade ook daadwerkelijk door zijn eigen toedoen is ontstaan.⁶² Valk benoemt terecht dat dit er dan in feite op neerkomt dat voor wat betreft het gedeelte van de schade dat niet het gevolg is van een omstandigheid die aan de werknemer kan worden toegerekend, tussen de aansprakelijke personen (de opvolgend werkgevers) een risicogemeenschap bestaat.⁶³

De Hoge Raad lijkt in 2012 reeds te hebben besloten dat deze deur niet openstaat, met andere woorden: dat een analoge toepassing van art. 6:99 BW niet mogelijk is.⁶⁴ De Hoge Raad

55 Boonekamp, in: GS Schadevergoeding, art. 6:99 BW, aant. 8.1 e.v. en zie concl. A-G Valk 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:714, JA 2021/37, onder 3.13 en 3.14.

56 Hof 's-Hertogenbosch 5 maart 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:780, JA 2019/80 m.nt. E.R. de Jong. Het hof overwoog dat gezien de onzekerheden over het ontstaan van de kanker niet kan worden vastgesteld dat mogelijk de *gebele* schade van de overleden werknemer bij ieder van zijn werkgevers kan zijn veroorzaakt. Het hof achtte het voorts relevant dat die andere werkgevers geen partij waren in deze procedure. Verder was volgens het hof over deze dienstverbanden onvoldoende bekend om te kunnen concluderen dat ook deze werkgevers hun zorgplicht jegens de werknemer hebben geschonden.

57 Concl. A-G Valk 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:714, JA 2021/37, onder 3.15.

58 Valk constateert terecht dat art. 6:99 BW tot hoofdelijke aansprakelijkheid leidt voor de volledige schade, waarmee het toepassingsgebied van de proportionele aansprakelijkheid wordt verlaten, zie concl. A-G Valk 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:714, JA 2021/37, onder 3.15.

59 Vgl. naast Valk ook de bijdrage van V. Oskam, Nieuw licht op de arbeidsrechtelijke omkeringsregel?, TVP 2018, afl. 2, p. 58-64.

60 Ook Hartlief lijkt van de gedachte uit te gaan dat voor toepassing van art. 6:99 BW vereist is dat de gehele schade mogelijk bij ieder van de werkgevers kan zijn veroorzaakt, maar dat niet kan worden uitgemaakt bij welke werkgever dat is gebeurd. Zie de annotatie van T. Hartlief bij HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1721, NJ 2014/99.

61 Concl. A-G Valk 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:714, JA 2021/37, onder 3.15. Zie in dat kader ook het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 8 december 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:9263, JA 2016/29 m.nt. F.P. Visser, waarin het hof oordeelde dat de kans zeer groot is dat de gezondheidsschade van de werknemer (mesothelioom) is ontstaan door de blootstelling bij ofwel de ene werkgever, ofwel de andere. Voor die zeer grote kans was volgens het hof sprake van alternatieve causaliteit zoals bedoeld in art. 6:99 BW, waardoor de werkgevers hoofdelijk aansprakelijk waren voor het geheel van de schade, tenzij de aangesproken werkgever bewijst dat de schade niet het gevolg is van de gebeurtenis waarvoor hij aansprakelijk is. Daarbij is wel van belang om te vermelden dat de ziekte mesothelioom al door een minimale blootstelling aan asbestvezels kan ontstaan en de oorzaak van mesothelioom bijna altijd blootstelling aan asbest is.

62 Concl. A-G Valk 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:714, JA 2021/37, onder 3.17-3.18.

63 Concl. A-G Valk 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:714, JA 2021/37, onder 3.17.

64 Vgl. de conclusie van A-G Spier van 7 juni 2013, ECLI:NL:PHR:2013:BZ1721, onder 6.65.1-6.66.2 en de annotatie van T. Hartlief bij HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1721, NJ 2014/99, pt. 6.79-6.80, waarin werd gemeend dat de Hoge Raad op dit punt nog niks had beslist. Kortmann betoogde echter reeds in 2006 dat de Hoge Raad zou hebben beslist dat causale bijdragen van andere werkgevers in de verhouding tussen werkgever en werknemer voor rekening van de werkgever komen; zie Kortmann 2006, p. 1404-1412.

overwoog immers dat een verhoging op grond van een billijkheidscorrectie van het reeds vastgestelde percentage voor de vergoedingsplicht door de werkgever verder zou gaan dan door de regel van de proportionele aansprakelijkheid wordt gerechtvaardigd en op gespannen voet zou staan met de eerder aangenomen terughoudende toepassing van deze regel.⁶⁵ Valk leidt daaruit af dat een analoge toepassing van art. 6:99 BW er niet toe kan leiden dat in het kader van proportionele aansprakelijkheid ook de causale bijdrage(n) van andere werkgevers voor rekening van de aangesproken werkgever kan (kunnen) komen.⁶⁶ Die visie delen wij. Overigens merkt Valk terecht op dat hieruit niet kan worden afgeleid dat een *rechtstreekse* toepassing van art. 6:99 BW niet mogelijk is, maar wel zal aan de daarvoor geldende voorwaarden moeten worden voldaan. Men komt dan evenwel niet toe aan proportionele aansprakelijkheid, nu de toepassing van art. 6:99 BW leidt tot hoofdelijke aansprakelijkheid voor de gehele schade.

7 Conclusie: waar staan we en waar moeten we (niet) heen?

Aan de start van deze bijdrage werd geconstateerd dat het beantwoorden van de causaliteitsvraag partijen in beroepsziektzaken veelvuldig verdeeld houdt. Het blijkt voor werknemers in veel gevallen namelijk lastig om het causaal verband tussen de gezondheidsschade en de uitoefening van de werkzaamheden aan te tonen. De werknemer kan echter op verschillende manieren tegemoet worden gekomen in het bewijs van causaal verband. In deze bijdrage stonden twee van deze handreikingen centraal.

De arbeidsrechtelijke omkeringsregel is door de Hoge Raad aangenomen om de bewijslast van de werknemer in beroepsziektediscussies te verlichten. Waar de Hoge Raad de bewijslast voor werknemers aanvankelijk nog beperkte tot het aantonen van sec een blootstelling aan een voor de gezondheid gevaarlijke stof en het lijden aan een bepaalde ziekte, werd die bewijslast voor de werknemer door de Hoge Raad enkele jaren later alsnog opgerekt en werd de toepassing van de arbeidsrechtelijke omkeringsregel door de Hoge Raad uitdrukkelijk begrensd. De werknemer diende niet alleen aan te tonen dat hij bij zijn werkzaamheden is blootgesteld aan een voor de gezondheid gevaarlijke stof, maar óók dat hij lijdt aan een ziekte of gezondheidsklachten die door die blootstelling *kunnen* zijn veroorzaakt. Weer enkele jaren later oordeelde de Hoge Raad dat voor toepassing van de arbeidsrechtelijke omkeringsregel een ondergrens bestaat, in die zin dat voor toepassing van de arbeidsrechtelijke omkeringsregel geen plaats is als het verband tussen de gezondheidsschade en de arbeidsomstandigheden te onzeker of te onbepaald is. Wordt deze jurisprudentiële handreiking – die toch bedoeld is om de werknemer tegemoet te komen – op deze manier niet te ver uitgekleeft? Wij menen van niet. Het uitgangspunt dat aansprakelijkheid vereist dat de

schade het gevolg is van een normschending waarvoor de aangesproken persoon aansprakelijk is, moet niet uit het oog verloren worden. Een te ruime toepassing van de arbeidsrechtelijke omkeringsregel door een vergaande oprekking van de hiervoor genoemde ondergrens leidt in onze optiek dan ook tot onwenselijke gevolgen.

Bij onzekerheid over de vraag of de gezondheidsschade is geleden in de uitoefening van de werkzaamheden bij de *aangesproken* werkgever, omdat er tevens omstandigheden in de privé-sfeer van de werknemer bestaan die tot het ontstaan van de schade kunnen hebben geleid, kan het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid voor de werknemer soelaas bieden. Ook voor de toepassing van het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid bestaan echter grenzen. Het kan alleen worden toegepast in situaties waarin de kans dat de schade door de normschending is veroorzaakt noch zeer klein, noch zeer groot is. Voor het aannemen van proportionele aansprakelijkheid geldt dus een ondergrens én een bovengrens. Ondanks dat er een ondergrens geldt, bestaat echter nog altijd de kans dat iemand (proportioneel) aansprakelijk wordt gehouden voor een schade die hij niet, of niet in de door de rechter aangenomen mate, heeft veroorzaakt. Dat de Hoge Raad de reikwijdte van dit leerstuk daarom uitdrukkelijk heeft begrensd door te oordelen dat de rechtsregel van proportionele aansprakelijkheid terughoudend moet worden toegepast, is wat ons betreft dan ook terecht.

In deze bijdrage is tot slot stilgestaan bij de vraag of, en zo ja, in welke gevallen, de werknemer een beroep toekomt op art. 6:99 BW. Het gaat dan om de gevallen waarin de werknemer in het verleden bij meer dan één werkgever vergelijkbare werkzaamheden heeft uitgevoerd en onzekerheid bestaat over de vraag of de gezondheidsschade is geleden in de uitoefening van de werkzaamheden bij de *aangesproken* werkgever. Rechtstreekse toepassing van art. 6:99 BW lijkt niet uitgesloten, maar wel slechts in een beperkt aantal gevallen mogelijk. Een beroep op art. 6:99 BW in beroepsziektewesties lijkt – zoals Valk dat in onze optiek terecht schetst – slechts succesvol te kunnen zijn als (1) de ziekte uitsluitend is te relateren aan de blootstelling bij twee of meer werkgevers en voor ieder van deze werkgevers geldt dat hij zijn zorgplicht heeft geschonden, en (2) ervan moet worden uitgegaan dat de volledige schade door de blootstelling bij een van hen is veroorzaakt, dan wel dat de volledige schade door de blootstelling bij de aangesproken werkgever zou zijn ontstaan als de blootstelling bij andere werkgevers wordt weggedacht. In de gevallen waarin een van de werkgevers niet is tekortgeschoten in de zorgplicht, als onzeker is door *welke* van de blootstellingen de ziekte is veroorzaakt, of als de ziekte (mede) kan zijn veroorzaakt door omstandigheden die voor rekening van de werknemer komen, lijkt toepassing van art. 6:99 BW uitgesloten.

Voor een *analoge* toepassing van art. 6:99 BW – waarbij blootstelling bij *andere* werkgevers voor rekening van de *aangesproken* werkgever wordt gebracht – zien wij geen ruimte. Een der-

65 HR 14 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX8349, NJ 2013/236 (Nationale Nederlanden).

66 Concl. A-G Valk 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:714, JA 2021/37, onder 3.18.

gelijke constructie zou ertoe leiden dat de aangesproken werkgever een hoger percentage van de schade moet vergoeden dan de kans dat de schade ook daadwerkelijk door zijn eigen toedoen is ontstaan. Dit is in onze optiek niet verenigbaar met het hiervoor genoemde uitgangspunt dat aansprakelijkheid vereist dat de schade het gevolg is van een normschending waarvoor de aangesproken persoon aansprakelijk is.

Kortom, er bestaan meerdere handreikingen om de werknemer in het leveren van bewijs van het causaal verband in beroepsziektezaken tegemoet te komen, maar deze handreikingen zijn met recht niet zonder meer in alle gevallen toepasbaar.