

# De betekenis van onzekerheid over de toedracht bij werkgeversaansprakelijkheid voor arbeidsongevallen

*Mr. B.M.G. Bijnen en mr. L. Boor\**

## 1. Inleiding

Werkgeversaansprakelijkheid op grond van artikel 7:658 BW kenmerkt zich door een verjijnd systeem van stelplicht- en bewijslastverdeling. Eerst zal de werknemer moeten stellen en bewijzen dat hij schade heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden. Vervolgens schrijft het artikel een omkering van de bewijslast voor ten aanzien van de vraag of de werkgever zijn zorgplicht is nagekomen.

Een belangrijke consequentie van de omgekeerde bewijslast ten aanzien van de zorgplicht is de verschuiving van het bewijsrisico omtrent de toedracht van het ongeval van de benadeelde naar de aangesproken werkgever. Waar het op grond van de hoofdregel van artikel 150 Rv de benadeelde is die bij de onderbouwing van zijn vordering zal moeten aantonen wat de oorzaak van de schade is, is het hier de werkgever die voor zijn zorgplichtverweer in grote mate afhankelijk is van het al dan niet komen vast te staan van de toedracht van het arbeidsongeval. Onder ‘de toedracht’ verstaan wij de wijze waarop en de omstandigheden waaronder het arbeidsongeval zich heeft voorgedaan. Blijft die toedracht onduidelijk, bijvoorbeeld omdat de werkgever en de werknemer beiden een andere toedracht van het ongeval stellen, dan is in de rechtspraak gebleken dat het lastig is voor de werkgever om aan aansprakelijkheid te ontkomen door aan te tonen dat hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan. Het belang van (eventuele onzekerheid over) de toedracht voor het bewijs dat de werkgever zijn zorgplicht is nagekomen, is daarmee gegeven.

Binnen het kader van artikel 7:658 BW kan onzekerheid over de toedracht ook van belang zijn voor beantwoording van de vraag of de werknemer wel schade heeft geleden en of die schade is opgelopen in de uitoefening van de werkzaamheden, en, onder bijzondere omstandigheden, of de schadevergoedings-

verplichting van de werkgever vervalt vanwege opzet of bewust roekeloosheid van de werknemer. Wij beogen de lezer daarom een overzicht te bieden van de betekenis van onzekerheid over de toedracht bij arbeidsongevallen en de gevolgen daarvan voor de argumentatielast van partijen in het kader van de stelplicht (en de daarmee samenhangende bewijslast) binnen de verschillende vereisten van artikel 7:658 BW. Aan de hand van (recente) rechtspraak zullen wij illustreren hoe onzekerheid over de toedracht zich op verschillende manieren kan manifesteren en wat daarvan de gevolgen zijn voor het partijdebat. Wij richten ons daarbij uitsluitend op het terrein van de ‘klassieke’ arbeidsongevallen. De aansprakelijkheid van de werkgever voor – kort gezegd – beroepsziekten en de bewijsrechtelijke problematiek in dat verband blijven in dit artikel buiten beschouwing.<sup>1</sup> Voor een meer overkoepelende bespreking van het werkgeversaansprakelijkheidsrecht (zowel art. 7:658 BW als de verschillende op art. 7:611 BW gebaseerde aansprakelijkheden) verwijzen wij naar een recent artikel van Kolder.<sup>2</sup> Daarin biedt hij een overzicht van het huidige stelsel, dat hij vervolgens kritisch onder de loep neemt, en bespreekt hij een aantal mogelijke oplossingen voor de door hem gesignaleerde pijnpunten.

Dit artikel is als volgt opgezet. Nadat wij inkaderen wat wij bedoelen met ‘toedracht’ en ‘onzekerheid omtrent de toedracht’ (par. 2), leggen wij in paragraaf 3 en 4 de theoretische fundering van deze bijdrage. Eerst staan wij stil bij de wettelijke vereisten van artikel 7:658 BW voor het aannemen van werkgeversaansprakelijkheid. De ratio van deze regeling verklaart het van het commune aansprakelijkheidsrecht afwijkende regime met betrekking tot de stelplicht en bewijslast van de toedracht van het arbeidsongeval (par. 3). Daarna bespreken wij

\* Mr. B.M.G. Bijnen is werkzaam als advocaat bij Stadermann Luiten Advocaten te Rotterdam. Mr. L. Boor is werkzaam als advocaat bij Stadermann Luiten Advocaten te Rotterdam.

De auteurs danken prof. mr. S.D. Lindenberg voor zijn commentaar op een eerdere versie van deze bijdrage. Bij het schrijven van dit artikel is rekening gehouden met ontwikkelingen tot en met 9 juni 2023. Met eventuele ontwikkelingen, rechtspraak of literatuur nadien is geen of beperkt rekening gehouden.

1 Over dit onderwerp wordt nog altijd veel gepubliceerd. Zie recent bijv. nog het themanummer van AV&S met daarin M.R. Hebly, ‘Compensatie voor beroepsziekten: waar staan we?’, *AV&S* 2023/1, C.J.M. Klaassen, ‘De commissie Heerts: wie, wat, waarom? En waartoe heeft het geleid?’, *AV&S* 2023/2, A.M. Overheul, ‘Compensatieregelingen voor beroepsziekten als alternatieve route voor het aansprakelijkheidsrecht: twee gedachtes’, *AV&S* 2023/3 en H.J.W. Alt, ‘Werkgeversaansprakelijkheid voor beroepsziekten ex art. 7:658 BW anno 2023: versterking van de procespositie van de werknemer is gewenst’, *AV&S* 2023/4.

2 A. Kolder, ‘Over de grenzen van werkgeversaansprakelijkheid’, *AV&S* 2023/14.

de arresten van de Hoge Raad waarin hij zich heeft uitgelaten over de stelplicht en bewijslast van de toedracht van een arbeidsongeval (par. 4). Vervolgens bespreken wij vier verschillende varianten van verweer waarbinnen onzekerheid over de toedracht een rol kan spelen (par. 5). In paragraaf 6 brengen wij de lijnen van dit artikel samen en geven wij de lezer een kernachtig overzicht van de betekenis van de onzekerheid omtrent de toedracht bij arbeidsongevallen. Daarna wagen wij ons in paragraaf 7 aan een vooruitblik op de betekenis van (onzekerheid omtrent) de toedracht bij thuiswerken en komen wij in paragraaf 8 tot een afronding.

## 2. Begripsvorming

In dit artikel verstaan wij onder ‘toedracht’ de wijze waarop en de omstandigheden waaronder het arbeidsongeval zich heeft voorgedaan.

Waar wij spreken over onzekerheid over de toedracht, bedoelen wij dan de situatie waarin tussen partijen ter discussie staat of, en zo ja, onder welke omstandigheden, zich een arbeidsongeval heeft voorgedaan.

## 3. Wettelijk kader werkgeversaansprakelijkheid

De wetgever heeft in artikel 7:658 BW voorzien in een bijzondere en dwingendrechtelijke regeling (zie lid 3) voor werkgeversaansprakelijkheid. Lid 1 omvat een (vergaande) contractuele zorgplicht van de werkgever voor de veiligheid van de werknemer die voortvloeit uit de arbeidsovereenkomst.<sup>3</sup> Lid 2 schrijft het processuele debat voor en geeft bijzondere regels voor eigen schuld en de stelplicht- en bewijslastverdeling. Eerst is de werknemer aan zet om te stellen dat hij *schade* heeft opgelopen *tijdens de uitoefening van zijn werkzaamheden*. De werknemer is dus belast met het stellen en (zo nodig) bewijzen van feiten die de gevolgtrekking kunnen dragen dat hij schade heeft geleden tijdens de uitoefening van zijn werkzaamheden en draagt in zoverre het bewijsrisico van de toedracht van het arbeidsongeval. Weet de werknemer deze horde te nemen, dan verschuift het zwaartepunt van de discussie vervolgens naar de werkgever, die slechts aansprakelijkheid kan ontsnappen wanneer hij stelt en bij betwisting bewijst dat hij zijn zorgplicht is nagekomen, of dat de schade is veroorzaakt door opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer. Een derde *escape* is dat de werkgever aantoont dat de niet-nakoming van zijn zorgplicht niet in causaal verband staat met het intreden van de schade.<sup>4</sup> Lid 4 van artikel 7:658 BW breidt dit regime uit naar personen die niet op basis van een arbeidsovereenkomst werkzaamheden verrichten, maar voor de zorg voor hun veiligheid (mede) afhankelijk zijn van degene voor wie zij

die werkzaamheden verrichten.<sup>5</sup> Omwille van de leesbaarheid spreken wij in dit artikel alleen over ‘de werknemer’, waarmee wij dan mede doelen op de in lid 4 bedoelde personen.

Anders dan in het commune aansprakelijkheidsrecht is de benadeelde (werknemer) dus niet belast met de stelplicht en bewijslast dat de aangesprokene jegens hem een normschending heeft begaan.<sup>6</sup> Deze combinatie van enerzijds een omkering van de bewijslast van de nakoming van de zorgplicht en anderzijds de (zeer) hoge standaard waaraan de werkgever heeft te voldoen in het kader van die zorgplicht,<sup>7</sup> maakt dat in de literatuur wel wordt gesproken van een schuldaansprakelijkheid die naar een risicoaansprakelijkheid tendert.<sup>8</sup> Hartlief noemt als meerwaarde van artikel 7:658 BW ten opzichte van het commune aansprakelijkheidsrecht, kort gezegd, dat (a) het artikel een vergaande aansprakelijkheid voor gevaarstelling omvat, (b) het artikel een lage drempel voor aansprakelijkheid kent, (c) de werkgever in het kader van artikel 7:658 BW drie ontsnappingsmogelijkheden heeft, (d) de praktische betekenis van die verweermiddelen beperkt is, en (e) eigen schuld van de werknemer enkel tot verval van aansprakelijkheid van de werkgever kan leiden (en dus niet tot een gedeeltelijke vermindering van de vergoedingsplicht), en dat dit praktisch nooit aan de orde is, gelet op het daarvoor geldende vereiste dat sprake moet zijn van opzet of bewuste roekeloosheid.<sup>9</sup>

De rechtvaardiging voor dit strenge regime voor werkgeversaansprakelijkheid is gelegen in de sociaaleconomische positie van de werknemer ten opzichte van zijn werkgever en houdt nauw verband met de zeggenschap van de werkgever over de werkplek en zijn bevoegdheid om zijn werknemer aanwijzingen te geven ter zake van de (wijze van) uitoefening van diens werkzaamheden (ook wel de instructiebevoegdheid van de werkgever genoemd).<sup>10</sup> Daarnaast is relevant dat de werkgever profijt heeft van de werkzaamheden van zijn werknemers, zodat als redelijk wordt gezien dat de werkgever ook de (gevolgen van de) daaraan verbonden risico's draagt.<sup>11</sup>

Kan een werknemer geen beroep doen op artikel 7:658 BW, omdat zijn schade niet is geleden tijdens de uitoefening van

3 S.D. Lindenbergh, *Arbeidsongevallen en beroepsziekten* (Mon. Privaatrecht nr. 13), Deventer: Wolters Kluwer 2021/7.2 en 10.

4 Zie over dit processuele debat meer uitgebreid A.E.B. ter Heide, *Stelplicht & Bewijslast*, commentaar op art. 7:658 BW, Deventer: Wolters Kluwer (online, bijgewerkt 1 januari 2018).

5 *Kamerstukken II* 1997/98, 25263, nr. 14, p. 6. Nader omljnd in de arresten HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0616, *NJ* 2014/414, m.nt. G.J.J. Heerma van Voss (*Davelaar/Allspan*) en HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3142, *NJ* 2018/208, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Parochie-arrest*).

6 In de lagere rechtspraak wordt dit uitgangspunt soms miskend, zie daarover E.W. Bosch, annotatie bij Rb. Den Haag 18 augustus 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:9652, *JA* 2021/143.

7 Zie bijv. HR 12 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD3129, *NJ* 2009/332 (*Maatzorg/Van der Graaf*), r.o. 3.5.3 en HR 11 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5223, *NJ* 2011/598, m.nt. T. Hartlief (*De Rooyse Wissel*), r.o. 4.3.

8 Zie bijv. T. Hartlief, W.H. van Boom, A.L.M. Keirse & S.D. Lindenbergh, *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding* (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 5), Deventer: Wolters Kluwer 2021/188.

9 Concl. A-G Hartlief 24 maart 2023, ECLI:NL:PHR:2023:348, nr. 3.3.

10 HR 22 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:AD2996, *NJ* 1999/534, m.nt. P.A. Stein (*Stichting Reclassering Nederland/X*), r.o. 3.3.

11 Zie met verwijzingen Lindenbergh 2021/22.

zijn werkzaamheden, dan kan hij onder omstandigheden een beroep doen op artikel 7:611 BW om zijn werkgever aansprakelijk te houden voor de door hem geleden schade.<sup>12</sup> Dit artikel vervat de algemene, uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeiende norm dat de werkgever zich als goed werkgever dient te gedragen, en vormt daarmee een aanvullende, subsidiaire bron van bescherming voor de werknemer. Anders dan het geval is bij toepasselijkheid van artikel 7:658 BW gelden in het kader van artikel 7:611 BW geen bijzondere regels omtrent stelplicht en bewijslast.<sup>13</sup> De werknemer zal dus ‘gewoon’ de toedracht moeten stellen (en bij voldoende gemotiveerde betwisting moeten bewijzen) waaruit volgt dat de werkgever aansprakelijk is jegens hem, bij gebreke waarvan zijn vordering zal moeten worden afgewezen. In het vervolg van deze bijdrage laten wij artikel 7:611 BW buiten beschouwing en richten wij ons exclusief op de rol van de toedracht binnen de bijzondere context van artikel 7:658 BW.

#### 4. Wat leert de Hoge Raad ons over onzekerheid omtrent de toedracht bij werkgeversaansprakelijkheid?

De hoofdregel over de stelplicht en de bewijslast van de toedracht van de door de werknemer gestelde schade vloeit voort uit artikel 7:658 lid 2 BW en is door de Hoge Raad uiteengezet in het arrest *Fransen/Pasteurziekenhuis*.<sup>14</sup> Het ging in die zaak om een verpleegkundige, Fransen, die in het ziekenhuis waarin zij werkte mogelijk uitgleed over een op de grond gevallen injectienaald. Zij stelde het ziekenhuis aansprakelijk voor haar schade als gevolg van het arbeidsongeval. In de procedure verschilden partijen van mening over de vraag hoe de injectienaald op de grond was beland. De rechtbank oordeelde onder oud recht dat, nu sprake is van onzekerheid omtrent de toedracht, het causaal verband tussen de val van Fransen en het al dan niet voldoen aan de zorgplicht door het ziekenhuis niet is komen vast te staan en dat daarom niet wordt toegekomen aan de beoordeling van een eventuele zorgplichtschending.<sup>15</sup> Gedurende de procedure in cassatie trad artikel 7:658 BW in werking (welk artikel onmiddellijke werking had) en daarmee de bijzondere bewijsregel van lid 2. Dit leidde tot een verschuiving van de bewijslast en (dus) het bewijsrisico van de zorgplichtschending en maakte dat Fransen enkel hoefde te stellen dat zij in de uitoefening van haar werkzaamheden schade leed. De Hoge Raad overwoog dat vaststaat dat Fransen

schade leed in de uitoefening van haar werkzaamheden en dat de werkgever daarmee in beginsel aansprakelijk is. Over de toedracht overwoog de Hoge Raad als volgt:

[Voor aansprakelijkheid van de werkgever] behoeft niet vast te staan aan welke oorzaak het ongeval van Fransen te wijten is. Die oorzaak is wel in zoverre van belang, dat het ziekenhuis zal kunnen volstaan met aan te tonen hetzij dat het heeft voldaan aan alle verplichtingen die ingevolge lid 1 op hem rustten teneinde een ongeval zoals dat aan Fransen is overkomen, te voorkomen, hetzij dat nakoming van die verplichtingen het ongeval niet zou hebben voorkomen.<sup>16</sup>

De werknemer hoeft dus niet de exacte oorzaak van het ongeval aan te tonen. Hij hoeft ‘enkel’ te stellen – en bij voldoende betwisting te bewijzen – dat hij schade heeft geleden in de uitoefening van de werkzaamheden. Dit vloeit allereerst voort uit de beschermingsgedachte die aan artikel 7:658 BW ten grondslag ligt. De Hoge Raad formuleert het aldus, dat van de werknemer ‘niet kan worden verlangd’ dat hij ook aantoont hoe het ongeval zich heeft toegedragen of wat de oorzaak ervan is.<sup>17</sup> Bovendien bevinden de feiten met betrekking tot de exacte toedracht, en de al dan niet geschonden veiligheidsnormen, zich (met name) in het domein van de werkgever, en ligt het dus ook daarom in de rede dat in beginsel de werkgever die feiten achterhaalt en stelt.<sup>18</sup>

De door de Hoge Raad geformuleerde regel is vervolgens bevestigd in het arrest *Bloemsma/Boot Service Hattuma*.<sup>19</sup> Een werknemer van een scheepswerf stelde dat de boot waarop hij aan het werk was op enig moment kantelde, waardoor hij met zijn rug tegen de rand van de boot viel. Enige tijd later meldde de werknemer zich ziek wegens rugklachten. De werkgever stelde daar gemotiveerd tegenover dat de boot alleen kan zijn gekanteld doordat de werknemer eerst in het ruim is gevallen, en dat de werknemer ook al vóór het ongeval kampte met rugklachten. De rechtbank droeg de werknemer op te bewijzen dat de boot is gekanteld en dat hij daardoor is gevallen. De Hoge Raad vernietigde dit oordeel, omdat de rechtbank hiermee de bewijslast van de toedracht feitelijk op de werknemer liet rusten. Echter, de werknemer had tegelijkertijd niet aangetoond dat zijn gestelde rugklachten het gevolg zijn van de val in het ruim. Hij meldde zich immers meer dan een week na de datum van het door hem gestelde ongeval (welke datum ook niet helemaal duidelijk was) ziek en leed volgens de werkgever ook daarvóór al aan rugklachten. Aldus hoeft de werknemer niet de exacte toedracht aan te tonen, maar van hem wordt wel

12 HR 17 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH1996, *NJ* 2009/610 (*MV Communicatie/X; Rollerskate*). Zie voor andere gevalstypen HR 22 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:AD2996, *NJ* 1999/534, m.nt. P.A. Stein (*Stichting Reclasering Nederland/X*), r.o. 3.3 en Rb. Amsterdam 4 december 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:9024, *JA* 2018/34, m.nt. M.S.E. van Beurden (*Rabiës na beet*).

13 HR 17 april 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH1996, *NJ* 2009/610 (*MV Communicatie/X; Rollerskate*), r.o. 3.5.

14 HR 10 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3837, *NJ* 2000/211, m.nt. P.A. Stein (*Fransen/Pasteurziekenhuis*).

15 Onder het oude recht, zoals dat gold tot 1 april 1997, was dit oordeel van de rechtbank juist, nu art. 7A:1638x – de voorganger van art. 7:658 BW – geen omkering van de bewijslast kende ten aanzien van de zorgplichtschending en het causaal verband tussen de zorgplichtschending en de schade.

16 HR 10 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3837, *NJ* 2000/211, m.nt. P.A. Stein (*Fransen/Pasteurziekenhuis*), r.o. 3.5.

17 HR 4 mei 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1430, *NJ* 2001/377 (*Bloemsma/Boot Service Hattuma*), r.o. 3.4.1.

18 Zie bijv. HR 6 april 1990, ECLI:NL:HR:1990:AB9376, m.nt. P.A. Stein (*Janssen/Nefabas*), r.o. 3.4.

19 HR 4 mei 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1430, *NJ* 2001/377 (*Bloemsma/Boot Service Hattuma*).

verwacht dat hij aantoont dat het door hem gestelde bedrijfsongeval tot schade heeft geleid.<sup>20</sup>

In *Industromontaza/Banfic* oordeelde de Hoge Raad dat de bewijsregel van artikel 7:658 lid 2 BW impliceert dat op de werkgever de bewijslast van de toedracht van het ongeval rust, voor zover hij zich wil beperken tot het bewijs van het nakomen van op de aard van het ongeval toegespitste verplichtingen.<sup>21</sup> Ook overwoog de Hoge Raad in dit arrest dat toepassing van de bijzondere bewijsregel van artikel 7:658 lid 2 BW onder bijzondere omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn (art. 6:248 lid 2 BW) en dat de hoofdregel van artikel 150 Rv in een dergelijk geval herleeft.<sup>22</sup> Het zal de lezer niet verbazen dat die lat zeer hoog ligt. Naar ons bekend is een dergelijke uitzondering niet meer dan een enkele keer aangenomen.<sup>23</sup>

Het arrest *Van den Heuvel/Leger des Heils* brengt tot slot een belangrijke nuancering aan in het bewijsrechtelijke debat van artikel 7:658 BW: indien de werkgever ter onderbouwing van zijn verweer dat hij zijn zorgplicht is nagekomen voldoende concrete feitelijke gegevens aanvoert, zal van de werknemer mogen worden verlangd dat hij zijn betwisting van dat verweer voldoende concreet motiveert.<sup>24</sup> Aan die nadere motivering door de werknemer mogen echter niet zodanig hoge eisen worden gesteld dat in betekende mate afbreuk wordt gedaan aan de strekking van artikel 7:658 lid 2 BW, die er nu juist op ziet de werknemer te beschermen door hem tegemoet te komen in zijn bewijspositie. Van de werknemer zal dan ook in ieder geval niet mogen worden verlangd dat hij aantoont welke norm de werkgever heeft geschonden of welke maatregelen de werkgever had moeten nemen.<sup>25</sup> De strekking van artikel 7:658 lid 2 BW verzet zich volgens de Hoge Raad echter niet ertegen dat de rechter in het licht van de stellingen van de werkgever en de vaststaande feiten een nadere motivering van de werknemer van zijn betwisting van het verweer van de werkgever verlangt, of dat de rechter uitgaat van de juistheid van dat verweer behoudens tegenbewijs.<sup>26</sup>

Welbeschouwd sluit het arrest daarmee aan bij het in artikel 149 lid 1 Rv bepaalde: feiten die door de ene partij (de werkgever) zijn gesteld, maar door de wederpartij (de werknemer) niet of onvoldoende zijn betwist, moet de rechter als

vaststaand beschouwen, behoudens zijn bevoegdheid bewijs te verlangen. Toegepast op het door de werkgever te leveren bewijs van de toedracht zou het voorgaande in een concreet geval kunnen meebrengen dat de rechter moet uitgaan van de juistheid van de door de werkgever gestelde toedracht wanneer de werkgever daarover voldoende concrete feitelijke gegevens aanvoert en de werknemer daar niets of onvoldoende tegenover stelt. In dat geval is immers geen sprake van een voldoende gemotiveerde betwisting van door de werkgever gestelde feiten (art. 149 lid 1 Rv).

### 5. Onzekerheid over de toedracht bij arbeidsongevallen: vier varianten

De hoofdregel uit de in paragraaf 4 besproken arresten is dat onzekerheid over de toedracht voor rekening en risico komt van de werkgever. Onder omstandigheden kan een werkgever evenwel met succes aansprakelijkheid afhouden door betwisting van de door de werknemer gestelde toedracht. Welbeschouwd kan dit verweer in een aantal verschijningsvormen worden onderscheiden, die wij achtereenvolgens zullen bespreken.

De eerste twee varianten liggen in het domein van de stelplecht en bewijslast van de werknemer: heeft de werknemer wel *schade* opgelopen *tijdens de uitvoering van zijn werkzaamheden* (par. 5.1)? Indien de toedracht van het ongeval niet komt vast te staan, kan de werkgever toch aan aansprakelijkheid ontsnappen indien hij aantoont alle mogelijke veiligheidsmaatregelen te hebben getroffen die van hem kunnen worden verlangd (par. 5.2). In paragraaf 5.3 gaan wij in op de betekenis van de toedracht wanneer de werkgever het causaal verband tussen de zorgplichtschending en de schade betwist. Weinig kansrijk is het verweer dat erop neerkomt dat de door werknemer geschetste toedracht onjuist is en het ongeval eigenlijk is ontstaan door eigen schuld van de werknemer (par. 5.4). Kansrijker is gebleken het verweer dat de schade is geleden bij het verrichten van een ‘alledaagse activiteit’, of bij een activiteit waarbij de kans op (en de potentiële omvang van de) schade in de regel dermate beperkt is dat van de werkgever in beginsel redelijkerwijs niet kan worden verwacht dat hij ter zake bijzondere maatregelen treft of instructies geeft (par. 5.5).<sup>27</sup>

#### 5.1 Heeft de werknemer wel schade opgelopen tijdens de uitoefening van zijn werkzaamheden?

Op grond van artikel 7:658 lid 2 BW is eerst de werknemer aan zet om te stellen (en zo nodig te bewijzen) dat hij *schade* heeft opgelopen *tijdens de uitvoering van zijn werkzaamheden*. Voor wat betreft het vereiste van schade volstaat dat voldoende

<sup>20</sup> Zie in de lagere rechtspraak ook Rb. Rotterdam 11 augustus 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7192.

<sup>21</sup> HR 29 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2432, *NJ* 2001/476, m.nt. P.A. Stein (*Industromontaza/Banfic*), r.o. 3.4.

<sup>22</sup> HR 29 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2432, *NJ* 2001/476, m.nt. P.A. Stein (*Industromontaza/Banfic*), r.o. 3.5.

<sup>23</sup> Hof Amsterdam 5 oktober 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:2999, r.o. 4.11; zie voor een vruchteloze poging Hof 's-Hertogenbosch 1 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:932, r.o. 4.9.

<sup>24</sup> HR 25 mei 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA3017, *NJ* 2008/463 (*Van den Heuvel/Leger des Heils*), r.o. 3.4.3.

<sup>25</sup> HR 10 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP8788, *NJ* 2011/273, r.o. 4.2.2.

<sup>26</sup> HR 25 mei 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA3017, *NJ* 2008/463 (*Van den Heuvel/Leger des Heils*), r.o. 3.4.3. Zie voor een recente toepassing Hof Amsterdam 5 oktober 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:2999, r.o. 4.11.

<sup>27</sup> In de praktijk en in de lagere rechtspraak wordt hier wel gesproken van ‘huis-tuin-en-keukenongelukken’. Naar de mening van A-G Hartlief doet deze terminologie evenwel geen recht aan de rechtspraak van de Hoge Raad, zie concl. A-G Hartlief 24 maart 2023, ECLI:NL:PHR:2023:348, nr. 3.21 vóór HR 9 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:872 (art. 81 *Wet RO*).



aannemelijk is dat de werknemer schade heeft geleden.<sup>28</sup> Van de werknemer wordt niet verlangd dat hij de juiste, exacte toedracht stelt.<sup>29</sup> Dat de schade moet zijn opgelopen tijdens de uitvoering van de werkzaamheden, brengt tot uitdrukking dat causaal verband moet bestaan tussen de schade en de werkzaamheden.<sup>30</sup> In de sfeer van arbeidsongevallen zullen deze twee vereisten doorgaans weinig discussie of problemen opleveren. Bekend voorbeeld in dit verband is de kort daarvoor nog gezonde werknemer die met een bloedende hand wegloupt bij een machine in de fabriekshal. Dat een arbeidsongeval heeft plaatsgevonden, is in een dergelijk geval evident. Zoals de hierna te bespreken uitspraken illustreren, kan de werkgever evenwel onder omstandigheden met succes aansprakelijkheid afhouden door te betwisten dat zich een voorval op de werkvloer (in ruime zin) heeft voorgedaan dan wel dat dit voorval tot schade bij de werknemer heeft geleid.

Een eerste voorbeeld biedt een arrest van het gerechtshof Amsterdam.<sup>31</sup> Een werknemer stelde uit een patchkast te zijn gevallen en daardoor in een gat van ongeveer een meter diep terecht te zijn gekomen, met rugklachten tot gevolg. Bij nadere inspectie bleek het verhaal van de werknemer echter te rammen. Ten eerste hield het hof het ervoor dat de werknemer een collega verzocht om een onware verklaring af te leggen over een door deze collega nimmer daadwerkelijk waargenomen ongeval, hetgeen de geloofwaardigheid van de stellingen van de werknemer geen goed zal hebben gedaan. Die geloofwaardigheid werd verder ondergraven door de omstandigheid dat de werknemer stelde dat het ongeval zich had voorgedaan op 18 maart 2010, maar daarvan pas op 3 mei 2010 melding maakte tijdens de gesprekken over zijn functioneren en de (al dan niet) verlenging van zijn arbeidsovereenkomst. Naar het oordeel van het hof ligt het, gezien de gestelde ernst van de klachten als gevolg van de val, niet voor de hand dat de werknemer gedurende zes weken na 18 maart 2010 helemaal geen melding maakte van de val. Gelet op de gemotiveerde betwisting door de werkgever kwam daardoor niet vast te staan dat zich een arbeidsongeval had voorgedaan, en dus ook niet dat de werknemer daardoor schade had geleden.<sup>32</sup>

In een deelgeschil bij de rechtbank Gelderland stond tussen partijen vast dat de werknemer tijdens sloopwerkzaamheden in een kantoorpand van een steiger was gevallen, maar betwistte de werkgever dat de werknemer schade heeft geleden als ge-

volg van die val.<sup>33</sup> De werkgever beriep zich daarbij op een aansprakelijkstelling van de werknemer gericht aan een andere opdrachtgever. De daarin verwoorde feitelijke toedracht van het ongeval, alsmede de locatie, verschilde evident van de toedracht en locatie die de werknemer stelde in de procedure tegen zijn werkgever, terwijl in beide gevallen daaraan dezelfde schade, te weten hand- en polsletsel, werd gekoppeld. Bij die stand van zaken was de kantonrechter van oordeel dat te onzeker was of de schade die de werknemer stelde te hebben opgelopen het gevolg was van de val van de steiger in het kantoorpand. Uit de aansprakelijkstelling van de andere opdrachtgever zou namelijk ook de conclusie kunnen worden getrokken dat de schade van de werknemer op locatie van die andere opdrachtgever is ingetreden, zo begrijpen wij de uitspraak van de kantonrechter. Om meer duidelijkheid te verkrijgen over de toedracht zijn nader onderzoek en bewijslevering noodzakelijk, waarvoor de deelgeschilprocedure zich niet leent, aldus de kantonrechter, zodat de verzoeken van de werknemer werden afgewezen.<sup>34</sup>

Een andere variant figureerde in een uitspraak van de rechtbank Rotterdam.<sup>35</sup> De werkgever betwistte de medische klachten van de werknemer niet, maar betwistte wel dat het door de werknemer beschreven ongeval had plaatsgevonden. Omdat de werkgever de stellingen en verklaringen van de werknemer concreet en gemotiveerd betwistte met eigen stellingen en verklaringen waaruit het tegendeel volgde, was de kantonrechter van oordeel dat de werknemer onvoldoende had onderbouwd dat het door hem gestelde ongeval had plaatsgevonden. De werknemer werd vervolgens door de kantonrechter toegelaten tot het leveren van bewijs.<sup>36</sup> Hetgeen de werknemer na dit tussenvonnissen naar voren bracht, onder meer door het houden van een getuigenverhoor, bleek evenwel onvoldoende om de conclusie te dragen dat het ongeval had plaatsgevonden zoals de werknemer stelde en hij daardoor letsel heeft opgelopen.<sup>37</sup> Wij begrijpen dit oordeel zo, dat de rechtbank daarmee tot uitdrukking brengt dat de werknemer onvoldoende aannemelijk heeft weten te maken dat zijn medische klachten (waarvan het bestaan niet werd betwist door de werkgever) zijn opgelopen als gevolg van het ongeval tijdens de uitoefening van de werkzaamheden.

Ook in de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 13 augustus 2021 volgde een bewijsopdracht aan de werknemer dat zij schade heeft geleden in de uitoefening van haar werkzaamheden bij haar werkgever.<sup>38</sup> Het ging daarin om een zorgmedewerkster van Argos Zorggroep. Zij stelde dat zij in het verpleeghuis waarin zij werkzaam was tijdens een incident tus-

28 28 HR 9 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5211, *NJ* 2011/601, r.o. 3.5, alsmede concl. A-G Hartlief 24 maart 2023, ECLI:NL:PHR:2023:348, nr. 3.25 en de aldaar opgenomen verwijzingen vóór HR 9 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:872 (*art. 81 Wet RO*).

29 Zie par. 4 hiervoor en vgl. bijv. Hof 's-Hertogenbosch 6 maart 2022, ECLI:NL:GHSHE:2022:733, r.o. 3.9.1-3.9.7.

30 Lindenbergh 2021/16.

31 Hof Amsterdam 5 juli 2022, ECLI:NL:GHAMS:2022:1952, *JA* 2022/160, r.o. 3.6.

32 Vgl. ook Rb. Rotterdam 22 april 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:3570, r.o. 12, waarin de rechtbank oordeelde dat niet was gebleken dat eiser de door hem gestelde schade had opgelopen als gevolg van het gestelde arbeidsongeval.

33 Rb. Gelderland 24 augustus 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:4846.

34 Rb. Gelderland 24 augustus 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:4846, r.o. 3.2.

35 Rb. Rotterdam 25 november 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:11579.

36 Rb. Rotterdam 25 november 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:11579, r.o. 4.9.

37 Rb. Rotterdam 11 augustus 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:7192, r.o. 2.15.

38 Rb. Rotterdam 13 augustus 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:8159.

sen twee bewoners werd aangevallen door één van de bewoners en daardoor schade had opgelopen, als gevolg waarvan zij arbeidsongeschikt was geworden. Tussen partijen was niet zozeer in geschil dat de werknemster kampte met ernstige psychische problematiek, maar wel of zij die schade heeft geleden in de uitoefening van haar werkzaamheden. In de procedure kwam vast te staan *dat* zich een incident had voorgedaan, maar de standpunten ten aanzien van die toedracht stonden lijnrecht tegenover elkaar. De kantonrechter oordeelde dat beide partijen die standpunten onvoldoende hadden onderbouwd, zodat de kantonrechter niet kon vaststellen dat de werknemster schade had geleden in de uitoefening van haar werkzaamheden. Aangezien de werknemster de bewijslast daarvan draagt, liet de kantonrechter de werknemster toe tot het leveren van bewijs.<sup>39</sup> Net als in de alinea hiervoor beschreven uitspraak slaagde de werknemster niet in dit bewijs. De kantonrechter was van oordeel dat onvoldoende duidelijk is wat is voorgevallen op de bewuste dag van het incident.<sup>40</sup> Met andere woorden: omdat de werknemster een specifieke toedracht ten grondslag legde aan haar schade en deze toedracht niet kwam vast te staan, liepen haar vorderingen spaak. Overigens oordeelde de kantonrechter ten overvloede dat zelfs al zou de door de werknemster geschetste gang van zaken van het incident vaststaan, zij nog niet zou zijn geslaagd in de bewijslevering, omdat het onvoldoende aannemelijk is dat de psychische en fysieke klachten van de werknemster hierdoor kunnen zijn veroorzaakt.<sup>41</sup>

#### *Enkele observaties*

Uit deze voorbeelden volgt dat de vorderingen van de werknemer gestoeld op artikel 7:658 BW onder omstandigheden kunnen sneuvelen bij de voorvraag of hij wel *schade* heeft geleden en dat deze schade is geleden c.q. veroorzaakt *tijdens de uitoefening van zijn werkzaamheden*. De werkgever kan evenwel niet volstaan met een algemene betwisting van de toedracht die de werknemer stelt ten betoge dat aan deze vereisten voor aansprakelijkheid op grond van artikel 7:658 BW is voldaan. Voor de werkgever is het telkens zaak om de door de werknemer gestelde toedracht concreet en gemotiveerd te weerspreken, waarbij de (on)geloofwaardigheid c.q. (on)aannemelijkheid van stellingen van de werknemer een belangrijke rol van betekenis kan spelen. De vereiste mate van precisie van het (met succes) te voeren verweer door de werkgever zal afhangen van de stellingen van de werknemer en de bewijsmiddelen die de werknemer aanvoert ter onderbouwing dat hij schade heeft geleden tijdens de uitvoering van zijn werkzaamheden.<sup>42</sup> Hoe specifiek de stellingen van de werknemer, hoe meer zal worden verlangd van de werkgever. Blijft na dit pro-

ces van stellen, betwisten en bewijzen onduidelijk ('non liquet') of een ongeval zich heeft voorgedaan en of de werknemer daardoor schade heeft geleden, dan komt dit – anders dan bij de vraag of de werkgever een normschending jegens de werknemer heeft begaan door niet-naleving van zijn zorgplicht, waarover later meer – voor rekening en risico van de werknemer.<sup>43</sup>

Hierbij is nog relevant dat de werknemer kwalificeert als partijgetuige. De partijgetuigenverklaring kan op grond van artikel 164 lid 2 Rv slechts dienen als bewijs in het voordeel van de partijgetuige, als de verklaring strekt tot aanvulling van onvolledig bewijs.<sup>44</sup> Hiervan is alleen sprake als er aanvullende bewijzen voorhanden zijn die zodanig sterk zijn en zodanig essentiële punten betreffen dat zij de partijgetuigenverklaring voldoende geloofwaardig maken.<sup>45</sup> Is dergelijk aanvullend bewijs niet (direct) voorhanden, dan zullen de vorderingen van de werknemer worden afgewezen, of tot het oordeel van de rechter leiden dat aanvullende bewijslevering noodzakelijk is. Gaat het om een deelgeschil, dan is er echter weinig ruimte voor uitgebreide bewijslevering.<sup>46</sup> In dat geval zal het verzoek van de werknemer alsnog worden afgewezen en zal hij vervolgens het benodigde bewijs dienen te verzamelen, bijvoorbeeld door middel van een voorlopig getuigenverhoor of een voorlopig deskundigenbericht, en een bodemprocedure aanhangig moeten maken. Dat heeft voordelen voor de werkgever (en/of diens verzekeraar). In de deelgeschilprocedure zal de werkgever de kosten voor rechtsbijstand van de werknemer – voor zover deze de dubbele redelijkheidstoets doorstaan – als buitengerechtelijke kosten moeten vergoeden, terwijl deze kosten in een bodemprocedure worden beheerst door de limitatieve en exclusieve proceskostenregeling en de daaraan gekoppelde forfaitaire proceskostenvergoeding.

#### *5.2 De rol van de toedracht bij het zorgplichtverweer*

Heeft de werknemer voldoende aannemelijk gemaakt dat hij schade heeft geleden tijdens de uitoefening van zijn werkzaamheden, dan is de werkgever aan zet om aan te tonen dat hij zijn zorgplicht is nagekomen. De aan het zorgplichtverweer van de werkgever te stellen eisen worden in belangrijke mate bepaald door het al dan niet komen vast te staan van de toedracht. In deze fase van het debat is de toedracht dus cruciaal voor het verweer van de werkgever dat hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan. Weet de werkgever de toedracht aannemelijk te maken, dan kan hij voor zijn zorgplichtverweer volstaan met aan te tonen dat (1) hij heeft voldaan aan alle verplichtingen die op hem rustten om een ongeval zoals dat zich heeft voorgedaan,

39 Rb. Rotterdam 13 augustus 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:8159, r.o. 4.7.

40 Rb. Rotterdam 15 juli 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:6088, r.o. 2.2-2.4.

41 Rb. Rotterdam 15 juli 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:6088, r.o. 2.5-2.10.

42 Zie meer in het algemeen over het proces van (gemotiveerd) stellen en betwisten Asser Procesrecht/Asser 3 2023/288, alsmede concl. A-G Hartlief 10 september 2021, ECLI:NL:PHR:2021:929, nrs. 3.1-3.6 vóór HR 11 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:161, *NJB* 2022/467.

43 Vgl. Asser Procesrecht/Asser 3 2023/275.

44 In het wetsvoorstel in verband met de hervorming en modernisering van het bewijsrecht is het voorstel opgenomen om deze bewijsregel te schrappen, zie *Kamerstukken II* 2019/20, 35498, nr. 2.

45 HR 31 maart 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1688, *NJ* 1997/592 (*Taams/Boudeling*), r.o. 3.4.

46 Zie bijv. Hof Den Haag 5 december 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:5056, r.o. 3.13, en over de (on)mogelijkheden voor bewijslevering in deelgeschil A.F. Collignon-Smit Sibinga, *De deelgeschilprocedure* (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. 21), Deventer: Wolters Kluwer 2019, hoofdstuk 5.

te voorkomen, of (2) nakoming van die verplichtingen dat ongeval niet zou hebben voorkomen (het ontbreken van causaal verband tussen normschending en schade).<sup>47</sup> Wanneer de werkgever afziet van het leveren van het bewijs van de toedracht van het ongeval dan wel in het hem opgedragen bewijs niet slaagt (met andere woorden: komt de toedracht niet vast te staan), dan rust op de werkgever een ruime argumenteerlast en dient hij aan te tonen dat hij alle mogelijke veiligheidsmaatregelen heeft genomen die redelijkerwijs van hem kunnen worden verlangd.<sup>48</sup>

Het is dus de werkgever die achteraf – soms pas na jaren – de feiten moet zien te reconstrueren en dus moet aantonen hoe het ongeval heeft plaatsgevonden, welke (geschreven, maar ook ongeschreven) normen er destijds golden, en dat hij toen aan die normen voldeed.<sup>49</sup> Dit is bepaald geen makkelijke opgave, zeker nu de strekking van artikel 7:658 BW met zich brengt dat niet snel mag worden aangenomen dat de werkgever aan zijn zorgplicht heeft voldaan.<sup>50</sup>

In het geval de toedracht niet komt vast te staan, kunnen twee scenario's worden onderscheiden.

#### *Partijen presenteren verschillende visies op de toedracht*

In het eerste scenario stelt de werknemer een bepaalde oorzaak van het ongeval (of zelfs meerdere alternatieve oorzaken) die door de werkgever vervolgens wordt (of worden) betwist. Een goed voorbeeld vormt de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 13 maart 2023.<sup>51</sup> Een werknemer van een snoepfabrikant stelde polsletsel te hebben opgelopen op zijn werk als gevolg van een val van een trap dan wel een ladder. Vanaf het moment na het ongeval tot aan de procedure verklaarde de werknemer vier keer verschillend over de toedracht. Direct na het ongeval stelde hij te zijn gevallen omdat hij bij het afdalen van een *bordestrap* een trede miste, enkele weken later stelde hij dat hij van het bovenste plateau van de *bordestrap* naar beneden viel toen hij zich omdraaide, in de aansprakelijkstelling – twee jaar later – stond dat hij viel van een *ladder* nadat deze begon te wankelen, en tegenover de expert van de verzekeraar van de werkgever stelde hij tot slot dat hij met de *trap* en al viel, waarna hij de trap weer rechtop heeft gezet.

Nadat de kantonrechter oordeelde dat vaststaat dat de werknemer schade heeft geleden tijdens zijn werk, kwam het aan op het bewijs van de naleving van de zorgplicht. De kantonrechter overwoog dat volgens de hoofdregel van *Fransen/Pasteur*

*ziekenhuis* de werkgever in beginsel ten aanzien van alle vier scenario's moet aantonen dat hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan. Wil de werkgever zich bij die bewijslevering echter beperken tot een bepaalde toedracht, dan rust op hem de bewijslast van die toedracht. Het vierde scenario, dat de werknemer met de trap en al viel, was volgens de kantonrechter gelet op de omstandigheden van het geval evenwel dusdanig onaannemelijk, dat de kantonrechter aanleiding zag om te oordelen dat ten aanzien van deze toedracht het bewijs op de werknemer rustte. De kantonrechter liep vervolgens de drie overblijvende scenario's af en oordeelde dat de werkgever zowel genoeg algemene veiligheidsmaatregelen heeft genomen om valgevaar op de werkvloer te voorkomen als specifieke maatregelen die zien op de veiligheid van de trap. Daarbij speelde een rol dat traplopen een alledaagse activiteit is en dat daarvoor in beginsel geen bijzondere maatregelen hoeven te worden genomen.<sup>52</sup> Op de zorgplicht in het kader van 'alledaagse activiteiten' op de werkvloer gaan wij in paragraaf 5.5 nader in. De kantonrechter wees uiteindelijk het verzoek van de werknemer af.

Deze uitspraak illustreert een opvallende uitwerking van de bijzondere bewijsregels van artikel 7:658 BW. De werknemer kan tot op zekere hoogte alternatieve en elkaar uitsluitende stellingen over de toedracht betrekken, zonder dat daaraan direct (bewijsrechtelijke) consequenties worden verbonden. Sterker, dit werkt – zo illustreert deze uitspraak – in het nadeel van de werkgever, die daardoor in het kader van zijn zorgplichtverweer in beginsel ter zake van alle alternatieve oorzaken moet aantonen dat hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan. De verklaring daarvoor is ons inziens daarin gelegen dat de werkgever *ab initio* is gehouden om zijn zorgplicht in al die gevallen na te komen. De keerzijde is echter dat de werkgever misschien opdraait voor een (mogelijke) zorgplichtschending die de schade niet heeft veroorzaakt, maar die past binnen het eerder besproken karakter van artikel 7:658 BW: een strenge schuldaansprakelijkheid die aanschuurt tegen een risicoaansprakelijkheid.<sup>53</sup>

De werknemer – zo illustreert deze uitspraak ook – kan het echter niet 'te bont maken' door bijvoorbeeld jaren na het ongeval plots een wezenlijk andere en op zichzelf onaannemelijke visie op de toedracht te presenteren. Voor die situatie staat de feitenrechter de hiervoor besproken exceptie ten dienste dat toepassing van de bijzondere bewijsregel van artikel 7:658 BW gelet op de onaannemelijkheid van die toedracht naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.<sup>54</sup> Ook kan de rechter – in lijn met het hiervoor besproken arrest *Van den Heuvel/Leger des Heils* – van de werknemer een nadere motivering van zijn stellingen verlangen of voorshands uitgaan

47 Zie bijv. Hof 's-Hertogenbosch 1 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:932, r.o. 4.8.

48 Hof 's-Hertogenbosch 1 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:932, r.o. 4.8. Vgl. ook Rb. Midden-Nederland 18 januari 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:995, r.o. 4.2-4.3.

49 Zie over de invulling van de zorgplicht onder meer Lindenbergh 2021/22-27 en A.R. Houweling e.a. (red.), *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke themata I*, Den Haag: Boom juridisch 2021, par. 11.2.1.3.

50 HR 12 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD3129, *NJ* 2009/332 (*Maatzorg/Van der Graaf*), r.o. 3.5.3.

51 Rb. Rotterdam 13 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:2137.

52 De rechtbank verwijst hier naar Hof Amsterdam 1 september 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2389 en HR 8 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB7423.

53 Hartlief e.a. 2021/188.

54 Rb. Rotterdam 13 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:2137, r.o. 2.10.

van de juistheid van de stelling van de werkgever.<sup>55</sup> Van die mogelijkheid is recent gebruik gemaakt door het gerechtshof Amsterdam in een zaak waarin een werknemer stelde dat hij van een ladder viel doordat hij met beide handen vol die ladder afdaalde.<sup>56</sup> De werkgever stelde daar gemotiveerd tegenover dat het onmogelijk was om deze ladder af te dalen zonder dat de handen de ladder vasthouden. In het licht van deze gemotiveerde stelling van de werkgever achtte het hof de door de werknemer gestelde toedracht onvoldoende geloofwaardig en nam het voorshands aan dat de werkgever aan zijn zorgplicht had voldaan.<sup>57</sup>

De mogelijkheid van de werknemer om verschillende lezingen van de toedracht te presenteren, wordt tot slot begrensd door artikel 21 Rv, welk artikel de procespartijen verplicht de feiten volledig en naar waarheid aan te voeren. Komt vast te staan dat de werknemer, al dan niet opzettelijk, een onjuiste toedracht stelt, dan kan de rechter op grond van artikel 21 Rv daaraan 'de gevolgtrekking verbinden die hij geraden acht'. Die gevolgtrekking kan inhouden dat de rechter uitgaat van de door de werkgever gestelde toedracht behoudens door de werknemer te leveren tegenbewijs.<sup>58</sup>

#### *Toedracht voor beide partijen onzeker*

Ten tweede kan zich het geval voordoen waarin de precieze toedracht ook voor de werknemer ongewis is. Dit speelde in de uitspraak van de rechtbank Limburg van 11 november 2020.<sup>59</sup> Een werknemer werd gedetacheerd bij een autoproducent. Tijdens werkzaamheden in een magazijn liep hij letsel op doordat op enig moment een onbemande voorraadkar tegen de kar aan reed waarmee hij werkte, waardoor zijn hand tussen de twee karren klem kwam te zitten. Voor zijn schade stelde hij zijn materiële werkgever aansprakelijk. De werknemer wist niet hoe het kon dat de onbemande kar tegen hem was aan gereden. In het kader van het zorgplichtverweer voerde de werkgever aan dat het ongeval niet kon zijn ontstaan door een helling in de vloer of een defecte kar. Maar hoe het ongeval dan wel kon gebeuren, wist de werkgever ook niet en de werkgever voerde geen mogelijke of waarschijnlijke oorzaken aan. Er was door de werkgever na het ongeval wel een vragenformulier ingevuld, waarop de vraag hoe het ongeval is ontstaan, was beantwoord met 'niet opletten'. Overige mogelijke oorzaken waren niet ingevuld. De kantonrechter overwoog dat hetgeen de werkgever heeft aangevoerd onvoldoende is om te kunnen oordelen dat de werkgever aan zijn zorgplicht heeft voldaan.

Nu omtrent de toedracht niets is gebleken, kon volgens de kantonrechter niet worden vastgesteld wat de werkgever had moeten doen om de schade te voorkomen. De omstandigheid dat de (meest waarschijnlijke) oorzaak van het bedrijfsongeval niet vaststaat, bracht volgens de kantonrechter in dit geval mee dat niet kan worden vastgesteld dat de werkgever aan zijn zorgplicht voldeed.

Deze uitspraak laat de verstrekkende consequenties zien van onzekerheid over de toedracht voor het zorgplichtverweer van de werkgever. De onduidelijkheden omtrent de toedracht maakten het de werkgever praktisch onmogelijk om aan te tonen welke maatregelen hij met betrekking tot het voorkomen van dit ongeval redelijkerwijs had moeten nemen. Daarbij weegt de kantonrechter mee dat de werkgever had nagelaten een deugdelijk toedrachtsonderzoek te (laten) doen en wel bijzonder weinig aanvoerde omtrent mogelijke oorzaken voor het ongeval. Dat ook de werknemer niet wist wat er precies was gebeurd, maakte dat de werkgever voor zijn verweer niet kon aanknopen bij de door de werknemer gepresenteerde toedracht, zoals in de uitspraak hiervoor het geval was. De uitspraak van de rechtbank Limburg onderstreept daarmee nogmaals dat de werkgever er goed aan doet om uit eigen beweging kort na het ongeval een gestructureerd onderzoek te doen naar de toedracht en dat onderzoek vast te leggen, omdat onzekerheid daarover achteraf vrijwel altijd voor rekening en risico van de werkgever komt.<sup>60</sup> In dat kader is van belang dat op grond van artikel 9 Arbeidsomstandighedenwet de werkgever bovendien verplicht is arbeidsongevallen die leiden tot de dood, blijvend letsel of een ziekenhuisopname direct bij de Arbeidsinspectie te melden en ter zake te rapporteren. De Arbeidsinspectie stelt dan een ongevalsonderzoek in waarvan een rapport wordt opgemaakt.<sup>61</sup> De rechtspraak op dit punt leert dat het niet inschakelen van de Arbeidsinspectie waar dit wel had moeten een aanvullend argument is voor rechters om onzekerheid over de toedracht achteraf voor rekening van de werkgever te laten komen.<sup>62</sup>

#### *5.3 Betwisting van het causaal verband tussen de zorgplichtschending en de schade*

Slaagt de werkgever er niet in te bewijzen dat hij zijn zorgplicht is nagekomen, dan kan hij nog aan aansprakelijkheid ontkomen door te stellen en zo nodig te bewijzen dat de schade van de werknemer ook zou zijn ingetreden als hij zijn zorgplicht wel was nagekomen.<sup>63</sup> In dat geval ontbreekt het voor het aannemen van aansprakelijkheid vereiste causaal verband tussen normschending en schade.

55 HR 25 mei 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA3017, NJ 2008/463 (*Van den Heuvel/Leger des Heils*), r.o. 3.4.3.

56 Hof Amsterdam 5 oktober 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:2999, r.o. 4.11.

57 Hof Amsterdam 5 oktober 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:2999, r.o. 4.11 met verwijzing naar HR 29 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2432, NJ 2001/476, m.nt. P.A. Stein (*Industromontaza/Banfic*), r.o. 3.5.

58 Zie bijv. Rb. Rotterdam 24 februari 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:1317, r.o. 4.13-4.23, waarin door de werkgever een geslaagd beroep op art. 21 Rv werd gedaan.

59 Rb. Limburg 11 november 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:8751.

60 Zie recent nog Hof Den Haag 7 maart 2023, ECLI:NL:GHDHA:2023:293, r.o. 5.15-5.16.

61 Doel daarvan is het achterhalen van de toedracht en het controleren of de werkgever de arbowetgeving wel heeft nageleefd ([www.arboportaal.nl/onderwerpen/arbeidsongeval](http://www.arboportaal.nl/onderwerpen/arbeidsongeval)).

62 Rb. Overijssel (ktr. Almelo) 17 oktober 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:2503, r.o. 4.13; Hof 's-Hertogenbosch 10 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:840, r.o. 7.3 en 7.4.1.

63 Zie (nog onder het oude recht) HR 6 december 1996, ECLI:NL:HR:1998:ZC2662, NJ 1998/817.



Net als bij het bewijs van de nakoming van de zorgplicht heeft onzekerheid over de toedracht van het ongeval ook gevolgen voor de omvang van de argumenteerlast met betrekking tot het door de werkgever te voeren causaal verband-verweer. Staat de toedracht vast, dan kan de werkgever zich beperken tot het leveren van bewijs van de stelling dat het ongeval – zoals dit zich heeft voorgedaan – niet zou zijn voorkomen indien hij wel de maatregelen zou hebben genomen of de instructies zou hebben gegeven die van hem konden worden vereist om dat ongeval te voorkomen.<sup>64</sup> Bestaat er echter onzekerheid over de toedracht, dan zal de werkgever voor alle mogelijke schadeorzaken moeten aantonen dat het causaal verband tussen de zorgplichtschending en de schade ontbreekt. Daarmee rust op de werkgever een grotere bewijslast en loopt hij dus een groter bewijsrisico. In dit laatste geval zal het vrijwel onmogelijk zijn te bewijzen dat causaal verband ontbreekt, nu men in die situatie niet eens weet wat de exacte oorzaak van de schade is geweest. Niet goed voorstelbaar is dan dat met een voldoende mate van zekerheid kan komen vast te staan dat die (onbekende) oorzaak ook zou zijn ingetreden indien de werkgever alle maatregelen zou hebben genomen die van hem konden worden verwacht om ongevallen te voorkomen.

Maar zelfs als de toedracht wel vaststaat, zal het voor de werkgever lastig zijn om aan te tonen dat naleving van zijn zorgplicht het ongeval niet zou hebben voorkomen. Illustratief daarvoor is de uitspraak van het gerechtshof Den Haag waarin het ging om een werknemer van een ziekenhuis, werkzaam op de afdeling acute psychiatrie, die een schop in zijn onderbuik kreeg van een agressieve patiënt.<sup>65</sup> Zowel de rechtbank als het hof kwam tot het oordeel dat het ziekenhuis voor de letselschade van de werknemer aansprakelijk was, omdat het ziekenhuis in strijd met zijn eigen ‘Richtlijn hanteren fysieke agressie’ onder meer geen risicotaxatie had opgemaakt van de betreffende patiënt en deze taxatie niet aan de medewerkers had verstrekt. Het ziekenhuis voerde vervolgens aan dat causaal verband tussen deze zorgplichtschending en het ongeval ontbrak, omdat het geweldsincident voor iedereen op de afdeling totaal onverwachts was en het voorhanden hebben van een risicotaxatie van deze patiënt het ongeval dus niet had voorkomen. Het hof oordeelde ter zake dat de werkgever niet had voldaan aan de op hem rustende stelplicht, nu niet kon worden uitgesloten dat de aanwezige verpleegkundigen door de inhoud van de ten onrechte niet-opgemaakte risicotaxatie daarvan mogelijk (beter) rekening zouden hebben gehouden met het gevaar van een plotselinge geweldsuitbarsting.<sup>66</sup>

#### *5.4 Een betwisting van de toedracht die neerkomt op eigen schuld van de werknemer is weinig kansrijk*

Voordat de werkgever de door de werknemer gestelde toedracht ter discussie stelt met een eigen lezing die feitelijk neer-

komt op het aan de werknemer tegenwerpen van eigen schuld, doet de werkgever er goed aan om zich de vraag te stellen of de gestelde gedragingen van de werknemer wel kwalificeren als opzet of bewuste roekeloosheid. Is dat niet het geval, dan kan het verweer beter achterwege blijven. Eigen schuld van de werknemer aan het ontstaan van zijn schade doet namelijk slechts dan afbreuk aan de aansprakelijkheid van de werkgever, indien de schade in belangrijke mate is veroorzaakt door opzet of bewuste roekeloosheid, zo leert artikel 7:658 lid 2 BW. Ander onvoorzichtig gedrag van de werknemer dat bij een beoordeling langs de meetlat van artikel 6:101 BW mogelijk tot een gedeeltelijke bijstelling van de vergoedingsverplichting van de werkgever zou hebben geleid, blijft daarmee buiten schot bij de omvang van de schadevergoedingsverplichting van de werkgever op grond van artikel 7:658 BW.

Ons zijn geen gevallen bekend waarin opzet van de werknemer aan het ontstaan van zijn schade werd aangenomen. Van bewust roekeloos handelen in de zin van artikel 7:658 BW is pas sprake, indien de werknemer zich tijdens het verrichten van zijn onmiddellijk aan het ongeval voorafgaande gedraging van het roekeloos karakter van die gedraging daadwerkelijk bewust was en dit de werknemer desondanks niet weerhield de gedraging te verrichten.<sup>67</sup> Vervolgens is noodzakelijk dat de gedragingen van de werknemer die opzet of bewuste roekeloosheid opleveren, in zodanige mate tot het ongeval hebben bijgedragen dat het tekortschieten van de werkgever in diens verplichtingen daarbij als oorzaak in het niet valt.<sup>68</sup> Slechts dan is de schade ‘in belangrijke mate veroorzaakt door opzet of bewuste roekeloosheid’ als bedoeld in artikel 7:658 lid 2 BW. Het moge duidelijk zijn dat deze tweetrapstoets een voor de werkgever lastig te nemen obstakel vormt. De praktische betekenis van het eigenschuldverweer in het kader van artikel 7:658 BW is daarmee zeer beperkt.<sup>69</sup>

Het (mogelijk) te verwachten onvoorzichtige of onoplettende gedrag van de werknemer is wel van belang voor de omvang van de zorgplicht van de werkgever. De werkgever zal bij de nakoming van zijn zorgplicht jegens zijn werknemers bijvoorbeeld rekening dienen te houden met het ervaringsfeit dat het dagelijks verkeren in een bepaalde werksituatie kan leiden tot een vermindering van de ter voorkoming van ongelukken raadzame voorzichtigheid.<sup>70</sup>

<sup>67</sup> HR 20 september 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2142, NJ 1997/198, m.nt. P.A. Stein (*Pollemans/Hoondert*), r.o. 3.4; zie over het criterium bewuste roekeloosheid tevens concl. A-G Van Peursem 25 september 2020, ECLI:NL:PHR:2020:844 vóór HR 5 februari 2021, ECLI:NL:HR:2021:181.

<sup>68</sup> HR 20 september 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2142, NJ 1997/198, m.nt. P.A. Stein (*Pollemans/Hoondert*), r.o. 3.6.

<sup>69</sup> Zie voor enkele spaarzame voorbeelden waarin bewuste roekeloosheid van de werknemer werd aangenomen: Hof Arnhem 31 januari 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:AV1417, NJF 2006/306, r.o. 3.4; Rb. Overijssel 25 januari 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:286, r.o. 3.7-3.11.

<sup>70</sup> Zie over dit ‘ervaringsfeit’ bijv. HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7590, NJ 2013/11 (*Giraldo/Daltra Antilles*), r.o. 3.5 en HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3519, NJ 2015/182, m.nt. T. Hartlief (*Pelowski/Vernooy Transport & BTS*), r.o. 3.5.3.

<sup>64</sup> Zie bijv. Hof 's-Hertogenbosch 1 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:932, r.o. 4.8 onder (iii).

<sup>65</sup> Hof Den Haag 6 augustus 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2077.

<sup>66</sup> Hof Den Haag 6 augustus 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:2077, r.o. 46.

### 5.5 Zorgplicht van de werkgever in het kader van 'alledaagse activiteiten'

De zorgplicht van de werkgever gaat evenwel niet zover dat hij voor volstrekt alledaagse en weinig risicovolle handelingen maatregelen dient te treffen of zijn werknemer dient te waarschuwen voor de daaraan verbonden risico's. Het gaat hierbij om activiteiten die zich niet wezenlijk onderscheiden van activiteiten die geregeld ook buiten de werksfeer worden verricht en waarbij de kans op schade in de regel beperkt is. In die gevallen mag de werkgever in beginsel rekenen op een minimale voorzichtigheid van de werknemer.<sup>71</sup> Hetzelfde geldt onder omstandigheden voor niet specifiek werkgerelateerde activiteiten waarvan de daaraan verbonden gevaren 'algemeen bekend' worden geacht en de werkgever er dus ook in beginsel op mag rekenen dat de werknemer op die gevaren bedacht is.<sup>72</sup>

Dit verweer heeft op het eerste gezicht wat weg van het hiervoor besproken verkapte eigenschuldverweer, waar ook een beroep wordt gedaan op het eigen gedrag van de werknemer en de bijdrage die dat gedrag heeft gehad in het ontstaan van de schade. Dit verweer kan daardoor worden opgevat als een verwijt aan de werknemer: die had beter moeten opletten. Toch gaat het hier om een wezenlijk ander verweer. Het gaat om het in het concrete geval afbakenen van de grenzen van de zorgplicht van de werkgever voor mogelijke risico's waaraan de werknemer op de werkvloer wordt blootgesteld.<sup>73</sup> Het gaat dus om een normstelling vooraf waaraan de werkgever dient te voldoen. Na een schadevoorzak wordt vervolgens gereconstrueerd welke norm gold en of de werkgever daaraan voldeed. De zorgplicht van de werkgever is niet ongelimiteerd (geen absolute waarborg) en van hem kan dus niet worden verwacht dat hij voor ieder denkbaar gevaar (bijzondere) veiligheidsmaatregelen treft.<sup>74</sup>

In de lagere rechtspraak zien wij dit verweer geregeld de revue passeren, met wisselend succes. Zo ging de werkgever vrijuit in een zaak waarin het ging om een piloot die op een luchthaven bij het uitvoeren van een inspectie uitgleed vanwege de met sneeuw en ijs bedekte ondergrond.<sup>75</sup> Ook het struikelen over een rondslingerend rugzakje op een basisschool werd gezien als alledaags gevaar waarvoor de werkgever niet hoefde te waar-

schuwen.<sup>76</sup> Dit pakte anders uit in een zaak waarbij een medewerker van PsyQ struikelde over een aantal kratten die in de gang van de kantoorruimte stonden.<sup>77</sup> Ook werd de werkgever aansprakelijk geacht in een zaak waarbij een werknemer van een autoverhuurbedrijf bij het schoonmaken van bestelbussen struikelde over de stofzuigerslang.<sup>78</sup>

Dit wisselende succes kan worden verklaard door het feit dat het antwoord op de rechtsvraag of de werkgever in een concreet geval is tekortgeschoten in de naleving van zijn zorgplicht, afhankelijk blijft van een nadere weging van alle omstandigheden van het geval.<sup>79</sup> Onjuist is dan ook de stelling dat de zorgplicht van de werkgever *per definitie* beperkter is wanneer de werknemer schade leed bij het uitvoeren van een alledaagse activiteit. Hartlief schreef recent in dit kader dat geen sprake is van een 'duidelijk afgebakende categorie' en dat de kwalificatie van bepaalde typen ongevallen als huis-, tuin- en keukenongevallen wat hem betreft onverstandig lijkt vanwege het feit dat op het eerste gezicht alledaagse risico's in werksituaties een groter risico op schade kunnen opleveren vanwege de stelselmatige blootstelling aan die risico's, en het gegeven dat werknemers juist bij dit soort activiteiten niet altijd even goed zullen opletten.<sup>80</sup>

Naar onze mening kan het oordeel 'geen zorgplichtschending' in dergelijke alledaagse situaties dogmatisch het best worden geduid als de uitkomst van een weging van de op de zorgplicht van de werkgever toegesneden Kelderluik-factoren in een specifiek geval.<sup>81</sup> Zo zal de feitenrechter in het kader van het zorgplichtverweer enerzijds moeten bezien welke mate van opletten van de werknemer bij het uitoefenen van zijn werkzaamheden mocht worden verwacht, waarbij ook het zogeheten 'ervaringsfeit' – het feit dat men kort gezegd bij zeer repetitieve werkzaamheden na verloop van tijd minder goed gaat opletten – moet worden meegewogen.<sup>82</sup> Anderzijds dient dit dan te worden afgezet tegen de kans op (en de mogelijke ernst van) de schade die aan deze werkzaamheden is verbonden, waarbij in deze context relevant is hoe vaak de werknemer aan dit 'alledaagse' gevaar wordt/werd blootgesteld.<sup>83</sup> De kans op en de mogelijke ernst van de schade – in combinatie met de te verwachten opletten van de werknemer in dit kader – bepalen dan of, en zo ja welke, bijzondere maatregelen van de werkgever met het oog op het voorkomen van die schade

71 Zie bijv. HR 7 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB5625, NJ 2007/743, r.o. 3.3. Zie in de lagere rechtspraak bijv. Rb. Rotterdam 20 augustus 2021, ECLI:NL:RBR0T:2021:8737, r.o. 5.11.

72 Zie onder meer HR 4 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4090, NJ 2004/175 (*Laudy/Fairplay*), r.o. 3.6, HR 8 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB7423, NJ 2008/93, r.o. 3.4 en HR 26 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN9977, NJ 2010/635, r.o. 3.4.4.

73 Door A-G Hartlief wordt in een recente conclusie in deze context gesproken over 'de begrenzing van de zorgplicht door het "normaal maatschappelijk risico"', zie concl. A-G Hartlief 24 maart 2023, ECLI:NL:PHR:2023:348, nrs. 3.17 e.v. vóór HR 9 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:872 (*art. 81 Wet RO*).

74 HR 10 juni 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4611, NJ 1984/20, m.nt. P.A. Stein (*Berisa/Raymakers*).

75 Rb. Amsterdam 16 januari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:445, r.o. 4.4.

76 Rb. Zeeland-West-Brabant 24 februari 2021, ECLI:NL:RBZWB:2021:1271, r.o. 4.3-4.4.

77 Hof Den Haag 15 juni 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:1057, r.o. 14.

78 Hof Arnhem-Leeuwarden 11 februari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:956, NJ 2015/433, r.o. 4.7.

79 Zie in gelijke zin Lindenbergh 2021/27.4.

80 Zie bijv. Rb. Limburg 9 augustus 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:7743, r.o. 4.12.

81 Dat deze factoren ook relevant zijn in het kader van de invulling van de zorgplicht van de werkgever blijkt onder meer uit HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3313, NJ 2008/460 (*Bayar/Wijnen*).

82 Zie over het ervaringsfeit par. 5.4.

83 Zie bijv. concl. A-G Hartlief 24 maart 2023, ECLI:NL:PHR:2023:348, nr. 3.21 vóór HR 9 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:872 (*art. 81 Wet RO*).

mochten worden verwacht. De uitkomst van die weging kan dan in het concrete geval inhouden dat van de werkgever niet kon worden gevergd dat hij ter zake bijzondere maatregelen trof of instructies gaf.

Tot slot moet worden bedacht dat dit verweer in principe alleen kan slagen indien de toedracht van het ongeval in zoverre vaststaat dat duidelijk is dat de werknemer schade leed bij het uitvoeren van een alledaagse activiteit.<sup>84</sup> Is daar (voldoende) twijfel over, dan komt die onzekerheid voor risico van de werkgever. Er is evenwel ook rechtspraak waarin voor het oordeel dat zich een ‘alledaags’ risico voordeed enkel werd aangeknoopt bij de door de werknemer gepresenteerde toedracht.<sup>85</sup>

## 6. Overzicht huidige stand van zaken

Brengen wij de lijnen van de voorgaande paragrafen over onzekerheid over de toedracht bij arbeidsongevallen samen, dan ontstaat het volgende beeld:<sup>86</sup>

1. Allereerst dient de werknemer te stellen en – bij voldoende gemotiveerde betwisting door de werkgever – te bewijzen (dat wil zeggen: voldoende aannemelijk moeten maken) dat hij schade heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden. Hij zal daarbij niet de exacte toedracht hoeven te stellen en aan te tonen.
2. Indien de werknemer daarin slaagt, is de werkgever aansprakelijk, tenzij de werkgever stelt en – bij voldoende betwisting door de werknemer – bewijst dat hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan, waarbij de omvang van de argumenteerlast van de werkgever wordt bepaald door het al dan niet vaststaan van de toedracht:
  - a. Wil de werkgever zich in het kader van zijn zorgplichtverweer beperken tot de maatregelen die hij moest nemen met het oog op een bepaalde toedracht, dan rust op de werkgever de bewijslast en dus ook het bewijsrisico van die toedracht. Bij een summiere betwisting van de door de werkgever gestelde toedracht heeft de rechter evenwel de mogelijkheid om voorshands uit te gaan van de juistheid van de door de werkgever gestelde toedracht of zelfs van de naleving van de zorgplicht.
  - b. Wijst de toedracht uit dat de werknemer schade leed bij het uitvoeren van een ‘alledaagse activiteit’ c.q. niet specifiek werkgerelateerde activiteit, dan zal aan de hand van de op werkgeversaansprakelijkheid toegesneden Kelderluik-factoren moeten worden beoordeeld of de werkgever bijzondere maatregelen had moeten nemen.
  - c. Komt de toedracht niet vast te staan, dan zal de werkgever meer in het algemeen moeten aantonen dat hij alle maatregelen heeft genomen die redelijkerwijs van hem konden worden gevergd om ongevallen te voor-

komen. Onduidelijkheid over de toedracht van het ongeval betekent dus een zwaardere bewijslast voor de werkgever.

3. Indien niet komt vast te staan dat de werkgever aan zijn zorgplicht heeft voldaan, dan kan hij nog aan aansprakelijkheid ontkomen door aannemelijk te maken dat het causaal verband tussen de zorgplichtschending en de schade van de werknemer ontbreekt. Ook hier is de toedracht weer relevant. Staat die toedracht vast, dan kan de werkgever aanvoeren dat het ongeval – zoals zich dit heeft voorgedaan – niet was voorkomen indien hij de op dat ongeval toegespitste veiligheidsmaatregelen zou hebben genomen. Dit is een bevrijdend verweer waarvan de stelplicht en bewijslast op de werkgever rusten.
4. De werkgever die voornemens is om de door de werknemer gestelde toedracht ter discussie te stellen met een eigen lezing die feitelijk neerkomt op het aan de werknemer tegenwerpen van eigen schuld, dient zich de vraag te stellen of de gestelde gedragingen van de werknemer wel kwalificeren als opzet of bewuste roekeloosheid. Is dat niet het geval, dan kan het verweer beter achterwege blijven.

## 7. Vooruitblik: onzekerheid over de toedracht bij thuiswerken

In het voorgaande hebben wij de huidige stand van zaken over de betekenis van onzekerheid omtrent de toedracht bij werkgeversaansprakelijkheid voor arbeidsongevallen uiteengezet. Kijken wij vooruit, dan verwachten wij dat in de nabije toekomst de toedracht bij werkgeversaansprakelijkheid voor schade tijdens het thuiswerken aan het in dit artikel besproken pallet zal worden toegevoegd.<sup>87</sup> Voor zover ons bekend is op het moment van schrijven hierover nog geen rechtspraak verschenen.

Sinds de coronacrisis hebben zowel werkgevers als werknemers de voordelen van thuiswerken ontdekt en het lijkt er ook niet op dat thuiswerken zal verdwijnen.<sup>88</sup> De thuiswerksituatie verschilt in zoverre van de ‘gewone’ werksituatie dat de werkgever (doorgaans) niet alleen minder invloed heeft op de arbeidsomstandigheden, maar ook verminderd zicht heeft op de thuiswerkende werknemer en de werkplek. Dit levert voor zowel de werknemer als de werkgever (bewijsrechtelijke) uitdagingen op in geval van schade bij thuiswerken. Enerzijds zal de werknemer moeten aantonen dat zijn schade in een functioneel verband staat met het thuiswerken (het vereiste dat de schade moet zijn opgelopen *in de uitoefening van de werkzaamheden*), wat niet altijd eenvoudig zal zijn vanwege de sterke verwevenheid van het thuiswerken met de privésfeer. Anderzijds zal de werkgever – als de werknemer die horde eenmaal heeft

84 Zie bijv. Rb. Midden-Nederland (ktr. Utrecht) 23 december 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:9660, r.o. 4.5.

85 Zie bijv. Rb. Rotterdam 20 augustus 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:8737, r.o. 5.11.

86 Zie ook concl. A-G Wesseling-van Gent 4 mei 2001, ECLI:NL:PHR:2001:AB1430, nr. 2.8.

87 Zie voor een verkenning van dit thema H. de Hek, ‘Thuis, maar ver van huis’, *TAP* 2022, afl. 3, p. 49-58, alsmede R. Huijsmans-Zwijnenberg & Y. Bos-Bremmer, ‘Thuiswerken en werkgeversaansprakelijkheid: voorkomen is beter dan genezen’, *TAP* 2021/130.

88 Zie bijv. E. Jongen, P. Verstraten & C. Zimpelmann, *Thuiswerken vóór, tijdens en ná de coronacrisis*, Centraal Planbureau, januari 2021, te raadplegen via [www.cpb.nl](http://www.cpb.nl).

genomen – in het kader van de bewijslevering van de toedracht en de nakoming van de zorgplicht in belangrijke mate zijn aangewezen op de verklaring van de werknemer, aangezien veelal andere getuigen zullen ontbreken.

Deze bewijsrechtelijke problematiek zal ons inziens overigens voornamelijk spelen ten aanzien van (beroepsziekte)klachten van de werknemer als gevolg van psychosociale overbelasting (zoals burn-out), omdat dergelijke klachten doorgaans multifactorieel van aard zijn en kunnen samenhangen met privéomstandigheden, hetgeen leidt tot moeilijk oplosbare puzzels over waar(door) de schade van de werknemer is opgelopen.<sup>89</sup> Dat zal te meer gelden wanneer werk en ‘thuis’ door het thuiswerken (nog meer) verweven raken.

Bewijsrechtelijke problematiek bij arbeidsongevallen tijdens het thuiswerken zal vermoedelijk minder snel aan de orde zijn, omdat ons inziens niet al te veel voorzorgsmaatregelen van de werkgever kunnen worden verlangd ter voorkoming van arbeidsongevallen op de thuiswerkplek. Hoewel men daar mogelijk ook anders over zou kunnen denken, zijn wij van mening dat de werkgever geen verantwoordelijkheid draagt (en dus ook niet aansprakelijk kan zijn) voor de inrichting of omstandigheden van het huis van de werknemer in ruime zin, zoals een gebrekkige trap of gevaarlijke op- of afstapjes.<sup>90</sup> De zorgplicht van de werkgever zal naar onze mening dus hoofdzakelijk zien op het inrichten van een deugdelijke thuiswerkplek in enge zin (het werkbureau en aanverwante zaken).<sup>91</sup> Uit de omstandigheden van het geval zal dan al snel volgen of de werkgever aan die verplichting heeft voldaan. Blijkt de werkgever geen aandacht te hebben besteed aan een geschikte (ergonomische) werkplek en is de werknemer bijvoorbeeld door een krakkemikkig zitje achter zijn bureau gezakt en daarbij lelijk ten val gekomen, dan volgt reeds daaruit dat de werkgever zijn zorgplicht heeft geschonden en vormt het gebroken zitje het bewijs van de toedracht. De aard en ernst van het opgelopen letsel van de werknemer zullen bovendien vaak een sterke aanwijzing vormen voor het antwoord op de vraag hoe het ongeval zich heeft voorgedaan. Ingewikkelde discussies over de toedracht van een arbeidsongeval op de thuiswerkplek zullen zich daarom naar verwachting niet (snel) voordoen.

## 8. Afronding

De werkgever die verweer voert tegen de door de werknemer gestelde toedracht of anderszins beoogt de toedracht te betrekken in zijn verweer, doet er goed aan om eerst scherp in beeld te hebben in het kader van welk vereiste van artikel 7:658 BW hij dat verweer voert. Houdt dat verweer een betwisting in dat de werknemer schade heeft geleden en/of die schade is ingetre-

den tijdens de uitoefening van de werkzaamheden? Werpt de werkgever de werknemer (impliciet) eigen schuld tegen aan het ontstaan van zijn schade? Of voert de werkgever verweer tegen de toedracht in het kader van de op hem rustende zorgplicht? De betekenis van de toedracht, in het bijzonder voor hetgeen de werkgever zal moeten stellen (of gemotiveerd betwisten), is telkens anders.

In dit artikel hebben wij deze schakeringen in het licht gesteld en daarbij, naast het bieden van een overzicht, mede beoogd de lezer handvatten te bieden bij het beantwoorden van de vraag of een verweer ten aanzien van de toedracht zinvol is, en zo ja, wat voor het slagen van dat verweer is vereist. Daarbij moet de in dit artikel besproken – en in de praktijk in onze ervaring ten onrechte nog wel eens onderbelichte – regel uit *Van den Heuvel/Leger des Heils* niet uit het oog worden verloren: indien de werkgever ter onderbouwing van zijn verweer dat hij zijn zorgplicht is nagekomen voldoende concrete feitelijke gegevens aanvoert, zal van de werknemer mogen worden verlangd dat hij zijn betwisting van dat verweer voldoende concreet motiveert. Deze regel kan voor de werkgever uitkomst bieden in gevallen waarin hij een met bewijs onderbouwd standpunt inneemt over de toedracht en de naleving van zijn zorgplicht, en de werknemer daar weinig tegenover stelt, of – zoals in de door ons besproken feitenrechtspraak aan de orde was – wanneer de werknemer aantoonbaar inconsistent of ongeloofwaardig verklaart over de toedracht van het arbeidsongeval. In het licht van de stellingen van de werkgever en de vaststaande feiten is dan gerechtvaardigd dat de rechter een nadere motivering verlangt van de werknemer van zijn betwisting van het verweer van de werkgever of uitgaat van de juistheid van dat verweer behoudens tegenbewijs. De werknemer mag evenwel feitelijk niet worden belast met het aantonen van de zorgplichtschending.

89 De Hek ziet daarom onder omstandigheden een rol weggelegd voor het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid om de werknemer die in bewijsnood verkeert tegemoet te komen, zie De Hek 2022, p. 58.

90 Wij zouden ons overigens kunnen voorstellen dat de werkgever, ook zonder concrete verplichting daartoe, voorziet in een ongevallenverzekering om dergelijke risico's af te dekken voor zijn (deels) thuiswerkende medewerkers.

91 Deze verplichting is neergelegd in art. 5.4 jo. art. 1.47 lid 2 Arbobesluit.