

# Artikel

## Thuis, maar ver van huis

Over de werkgeversaansprakelijkheid voor thuiswerken

mr. H. de Hek\*

### 1. Inleiding

De coronacrisis heeft ook voor werknemers grote gevolgen gehad. Veel werknemers gingen noodgedwongen (meer) thuiswerken. Tot 2018 werkten volgens onderzoek van het CBS 20% van de werknemers een dag of meer thuis.<sup>1</sup> Volgens een groot onderzoek van TNO<sup>2</sup> werkte eind 2021 18% van de werknemers zowel thuis als op locatie en 25% uitsluitend thuis. Volgens dat rapport verwacht het overgrote deel van de thuiswerkers dat hybride werken in de toekomst, als de COVID-maatregelen zijn opgeheven, wordt toegelaten door hun werkgever. In veel gevallen heeft die werkgever dat ook al aangegeven.<sup>3</sup>

Er kan dan ook van worden uitgegaan dat het (gedeeltelijk) thuiswerken een 'blijvertje' is.<sup>4</sup> Recente wetgevingsinitiatieven geven de werknemer die meer thuis wil werken een steuntje in de rug. Door D66 en GroenLinks is in november 2020 een wetsvoorstel opgesteld dat voorziet

in een wettelijk recht van de werknemer op thuiswerken of op een andere locatie, tenzij zwaarwegende belangen van de werkgever hieraan in de weg staan. Dit wetsvoorstel, 'werken waar je wil',<sup>5</sup> is momenteel in behandeling bij de Tweede Kamer.<sup>6</sup> Volgens de initiatiefnemers is thuiswerken onderdeel geworden van het 'nieuwe normaal'.<sup>7</sup> Het wettelijk kader dient daarom hieraan te worden aangepast en te voorzien in een steviger recht op thuiswerken dan nu het geval is in de Wet flexibel werken.<sup>8</sup> De werkgever dient een verzoek tot aanpassing van de arbeidsplaats (doorgaans een verzoek om thuis te werken, maar dat hoeft niet) in te willigen, tenzij zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen zich daartegen verzetten.

De initiatiefnemers gaan in de toelichting op het wetsvoorstel maar kort in op de gevolgen van het wetsvoorstel voor de aansprakelijkheid van de werkgever. Ze schrijven daarover:<sup>9</sup>

'Werkgevers hebben een zorgplicht. De werkgeversaansprakelijkheid van artikel 7:658 BW van het Burgerlijk Wetboek is van toepassing. Dat brengt met zich mee dat de werkgever, als de zorgplicht wordt geschonden, aansprakelijk is voor de letselschade die de werknemer door een ongeval tijdens werktijd oploopt. De werkgever is verplicht om maatregelen te nemen voor zover dat redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de werknemer schade lijdt.'

\* Bert de Hek is senior raadsheer bij het hof Arnhem-Leeuwarden en redacteur van dit tijdschrift. Dit artikel is de bewerking van een voordracht op het LSA-symposium 2022. Het zal ook verschijnen in de bundel die naar aanleiding van dit symposium wordt uitgegeven.

1 E. Josten, 'Beleid: blijvende inzetbaarheid en combinatie arbeid en zorg', in: *Arbeidsmarkt in kaart: Wel- en niet werkenden - editie 2*, geraadpleegd via [www.scp.nl](http://www.scp.nl).

2 K. Oude Hengel e.a., *De impact van de COVID-19 pandemie op werknemers, Eind 2021*, januari 2022, geraadpleegd via [www.tno.nl](http://www.tno.nl).

3 Zie ook het SCP-rapport *Thuis of naar kantoor* van E. Josten en A. Merens van juli 2021, geraadpleegd via [www.scp.nl](http://www.scp.nl).

4 De stijgende energieprijzen kunnen dat nog wel veranderen. Voor werknemers kan dat een reden zijn toch maar 'naar kantoor' te gaan. De thermostaat thuis kan dan op een lagere stand.

5 Bedoeld zal zijn: werken waar je wilt. Het voorstel is kritisch besproken door M.S.A. Vegter, *TAC 2021/1*.

6 Onder nummer 35714.

7 Zij staven dat met wat andere cijfers dan de in de noten 1 en 2 vermelde gegevens, omdat ze uitgaan van andere bronnen. Zie par. 1 van de MvT, *Kamerstukken II 2020/21*, 35714, nr. 6.

8 *Kamerstukken II 2020/21*, 35714, nr. 6, par. 5.

9 *Kamerstukken II 2021/21*, 35714, nr. 6, par. 3.

Dat is natuurlijk ook zo. Maar over de vraag welke maatregelen van de werkgever verwacht mogen worden, valt wel wat meer te zeggen en zeker ook over de vraag hoe moet worden omgegaan met gezondheidsschade van de werknemer wanneer de werkgever steken laat vallen. Die vragen zullen in dit artikel worden behandeld.

## 2. De zorgplicht van de werkgever in het algemeen

Artikel 7:658 lid 1 BW legt op de werkgever de verplichting om de ‘lokale, werktuigen en gereedschappen’ waarin of waarmee hij de werknemer het werk laat verrichten zo in te richten of te onderhouden en voor het verrichten van het werk zodanige maatregelen te treffen en aanwijzingen te verstrekken als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werk schade lijdt. Deze zorgplicht ziet op het zo veel mogelijk voorkomen van zowel arbeidsongevallen als beroepsziekten.

Deze verplichting is in de wet in nogal algemene bewoordingen omschreven, maar is in de rechtspraak uitgewerkt. De zorgplicht van de werkgever wordt niet alleen ingegeven door geschreven regels, zoals de arbeidsomstandighedenregelgeving, maar wordt in de rechtspraak ook ingevuld in het ongeschreven recht. Het is onmogelijk om in het bestek van dit artikel een compleet overzicht te geven.<sup>10</sup> Daarom wordt hier volstaan met enkele hoofdlijnen:

- De op de werkgever rustende zorgplicht is een strenge norm en heeft een ruime strekking. De werkgever hoeft geen absolute waarborg te scheppen voor de veiligheid van de werknemer, maar er kan zeker niet al te snel worden aangenomen dat de werkgever aan zijn zorgplicht heeft voldaan.<sup>11</sup> Dat volgt ook uit de ratio van artikel 7:658 BW, de omstandigheid dat de werkgever degene is die bepaalt op welke plaats, onder welke omstandigheden en met welke hulpmiddelen de werknemer moet werken.<sup>12</sup>
- De omvang van de zorgplicht wordt ‘in de eerste plaats en in elk geval’ bepaald door wat op grond van de regelgeving op het terrein van de arbeidsomstandigheden van de werkgever wordt gevegd.<sup>13</sup> De op grond van de Arboret en daarop gebaseerde regelgeving op de werkgever rustende verplichtingen bepalen de minimumnorm. Daaraan dient de werkgever dus in elk geval te voldoen.<sup>14</sup>

10 Voor een mooi overzicht S.D. Lindenberg, *Arboretongevallen en beroepsziekten*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, nrs. 21-28 en voor een kernachtige samenvatting, C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2020, nrs. 804 en 805.

11 HR 12 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD3129, r.o. 3.5.3 en HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3519.

12 HR 11 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6657.

13 HR 12 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD3129, r.o. 3.5.2.

14 Dat betekent niet dat iedere schending ook tot aansprakelijkheid leidt, zeker niet bij de schending van meer ‘administratieve’ verplichtingen, zoals de verplichting een RI&E op te stellen (HR 12 september 2003, ECLI:

- De (omvang van) de zorgplicht van de werkgever houdt nauw verband met zijn zeggenschap over de werkplek (de ‘arbeidsplaats in de zin van art. 1 lid 3 sub g Arboret) en zijn bevoegdheid de werknemer aanwijzingen te geven over de (wijze van) uitoefening van diens werkzaamheden.<sup>15</sup> De werkgever dient in elk geval te zorgen voor een hoog niveau van veiligheid op de werkplek.<sup>16</sup>
- Maar de zorgplicht is daartoe niet beperkt. Ook bij werkzaamheden buiten de arbeidsplaats kan de zorgplicht meebrengen dat de werkgever ten aanzien van de uitvoering van die werkzaamheden maatregelen treft en aanwijzingen geeft om zo veel mogelijk te voorkomen dat de werknemer schade lijdt.<sup>17</sup>
- De basis voor de nakoming van de zorgplicht is een inventarisatie van de risico’s. Artikel 5 Arboret verplicht de werkgever ook in een risico-inventarisatie en -evaluatie (RI&E) schriftelijk vast te leggen welke risico’s de arbeid voor zijn werknemers in het algemeen en voor bijzondere categorieën werknemers in het bijzonder meebrengt. De kenbaarheid van het risico is een belangrijk gezichtspunt bij het antwoord op de vraag of de werkgever in een concreet geval aan zijn zorgplicht heeft voldaan.<sup>18</sup>
- Indien gevaren en risico’s zijn ‘gedetecteerd’, dient de werkgever eerst te onderzoeken of het gevaar voorkomen kan worden (‘het wegnemen van de bron’). Pas als dat niet mogelijk is dient hij afdoende preventieve maatregelen te treffen (bijvoorbeeld aanpassingen aan een gevaarlijke machine of het werken met beschermende middelen). Pas als dat het gevaar niet (geheel) wegneemt dient hij de werknemer te instrueren en te waarschuwen. Bovendien dient hij erop toe te zien dat de instructies en waarschuwingen ook worden opgevolgd. Een werkgever die een werknemer laat werken met eenodeloos gevaarlijke machine komt er niet mee weg dat hij de werknemer heeft gewaarschuwd voor het gevaar. Deze ‘normenhierarchie’ is terug te vinden in artikel 3 lid 1 Arboret.<sup>19</sup>

NL:HR:AF8254) of te zorgen voor een ongevalsrapportage (HR 18 januari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD4923). Bij een concrete, op het verwezenlijke risico toegesneden norm, bijvoorbeeld over de veiligheid van een bouwplaats, leidt schending wel vrijwel altijd tot aansprakelijkheid (zie HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7355 en HR 6 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC9344), maar ook niet automatisch. De omstandigheden van het geval blijven van belang, zie HR 6 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1717 over specifieke normen betreffende het aantal uren beeldschermwerk. Overschrijding van die normen leidt volgens de Hoge Raad niet per definitie tot schending van de zorgplicht.

15 HR 12 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD3129, r.o. 3.5.4, met verwijzing naar diverse eerdere arresten van de Hoge Raad.

16 HR 11 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC9225.

17 Vgl. HR 11 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5215 en HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3519.

18 Vgl. Lindenberg, t.a.p. nr. 24 en 26.2 en de daar genoemde rechtspraak. Lindenberg wijst er terecht op dat het gaat om de kenbaarheid ten tijde van de verwezenlijking van het risico.

19 Zie ook HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3313 en HR 11 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC9225, waar het feit dat veiligheidsschoenen (beschermingsmiddel) waren uitgereikt niet afdeed aan het feit dat het ge-

- De Kelderluiknormen spelen een rol bij de invulling van de zorgplicht in een concreet geval. Van belang is ‘met welke mate van waarschijnlijkheid de niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid kan worden verwacht, de hoegrootheid van de kans dat daaruit ongevallen ontstaan, de ernst die de gevolgen daarvan kunnen hebben en de mate van bezwaarlijkheid van de te nemen veiligheidsmaatregelen’.<sup>20</sup> Daarbij dient het element van de voorzienbaarheid wel wat gerelativeerd te worden vanwege het ‘ervaringsfeit’ dat ‘de dagelijkse omgang met machines een gebruiker ervan licht ertoe zal brengen niet alle voorzichtigheid in acht te nemen die ter voorkoming van ongelukken geraden is.’<sup>21</sup>

### 3. De zorgplicht van de werkgever bij thuiswerken

#### Twee invalshoeken

De zorgplicht van de werkgever voor thuiswerken kan worden benaderd vanuit (in elk geval) twee invalshoeken, die van de arbowetgeving en die van de (min of meer) algemeen bekende risico’s van thuiswerken. Bij de eerste invalshoek gaat het erom of de arbowetgeving onverkort van toepassing is op thuiswerken en of er specifieke regels zijn voor thuiswerken. De tweede invalshoek focust op wat er bekend is over risico’s van thuiswerk. Voor de omvang van de zorgplicht van de werkgever is, zo zagen we, die kenbaarheid van groot belang. Beide invalshoeken zullen hierna besproken worden.<sup>22</sup>

#### Arboregels voor thuiswerken

Sinds 1 juli 2012 is de arbowetgeving niet meer onverkort van toepassing op thuiswerken. Thuiswerken valt onder ‘plaatsonafhankelijke arbeid’ (art. 1.43 Arbobesluit) en daarop is een verlicht arboregime van toepassing.<sup>23</sup> Dat regime houdt in dat bepaalde verplichtingen niet van toepassing zijn. Dat geldt bijvoorbeeld voor de concrete voorschriften van hoofdstuk 3 van het Arbobesluit over de inrichting van de arbeidsplaats, zoals voorschriften over vluchtwegen en kleedruimtes. Op grond van artikel 1.47 lid 1 Arbobesluit zijn de bepalingen van de afdelingen 1 en 2 van hoofdstuk 5 van het Arbobesluit wel van toepassing op thuiswerken. Afde-

ling 5.1 bevat algemene bepalingen over de fysieke belasting van werknemers, bijvoorbeeld dat werkplekken, tenzij dat redelijkerwijs niet anders kan, volgens de ergonomische beginselen worden ingericht (art. 5.4 Arbobesluit). Afdeling 5.2 geeft voorschriften voor beeldschermwerk, bijvoorbeeld dat het werk zo wordt ingericht dat telkens hooguit twee uur achter elkaar beeldschermwerk wordt verricht en dat dit werk dan wordt afgewisseld met ander werk (art. 5.10 Arbobesluit). In artikel 5.12 is bepaald dat beeldschermwerkplekken moeten voldoen aan de daarvoor gestelde ministeriële regels met betrekking tot het werk en de gebruikte apparatuur.

In artikel 1.47 lid 2 Arbobesluit is bepaald dat de werkgever de werknemer die plaatsonafhankelijke arbeid verricht in de eigen woning een werkplek ter beschikking stelt die voldoet aan de ergonomische normen.

Op grond van artikel 1:48 in combinatie met artikel 6.3 lid 2 Arbobesluit moet de werkgever ook de verlichting van de werkplek beschikbaar stellen aan de werknemer wanneer die niet al op de werkplek aanwezig zijn.

De werkgever heeft niet alleen verplichtingen ten aanzien van de werkplek van de thuiswerkende werknemer, maar ook ten aanzien van diens ‘psychosociale arbeidsbelasting’. Daarmee wordt onder andere de werkdruk bedoeld.<sup>24</sup> Artikel 2.15 Arbobesluit over de psychosociale arbeidsbelasting geldt op grond van artikel 1.45 Arbobesluit uitdrukkelijk ook voor thuiswerkers. Op grond van lid 1 van artikel 2.15 Arbobesluit dient in de RI&E specifiek aandacht te worden besteed aan werknemers die mogelijk worden blootgesteld aan psychosociale arbeidsbelasting en moeten maatregelen worden vastgesteld en uitgevoerd om die belasting te voorkomen of te beperken, indien voorkoming niet mogelijk is. Verder moet de werkgever aan werknemers die werk verrichten waarbij gevaar bestaat voor blootstelling aan psychosociale belasting voorlichting geven over de risico’s voor die belasting en over maatregelen om die belasting te voorkomen of te beperken (art. 2.15 lid 2 Arbobesluit). Ook de algemene bepaling van artikel 3 lid 2 Arbowet dat de werkgever een beleid moet hebben gericht op voorkoming en, indien dat niet mogelijk is, beperking, van psychosociale arbeidsbelasting, geldt voor de thuiswerkende werknemer.

Hiervoor kwam de RI&E al enkele keren aan de orde. In de RI&E zal de werkgever ook aandacht moeten besteden aan de fysieke belasting, beeldschermwerk, werkplekverlichting en psychosociale arbeidsbelasting, allemaal aspecten die voor het thuiswerken van belang zijn. Om een goede RI&E op te kunnen stellen, zal de werkgever onderzoek moeten doen naar de risico’s op het gebied van thuiswerken. Het gaat dan om risico’s die samenhangen met concrete voorschriften uit de arbo-regelgeving, bijvoorbeeld voorschriften over de inrichting van de werkplek. De werkgever zal moeten onderzoeken of aan deze voorschriften wordt voldaan

vaar (natte vloer in wasserij) voorkomen had kunnen worden door een aanpassing (rubbermat).

20 HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3313.

21 Dat ervaringsfeit is ook terug te vinden in oudere rechtspraak van de Hoge Raad en bijvoorbeeld in HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3519.

22 Net als in het inzicht gevende artikel van R. Huijsmans-Zwijnenberg en Y. Bos-Bremer, ‘Thuiswerken en werkgeversaansprakelijkheid: voorkomen is beter dan genezen’, *TAP* 2021/130. N. Verhoeks, ‘Corona en thuiswerken: werkgeversaansprakelijkheid?’, *PIV Bulletin* 2020/4, kiest vooral de eerste invalshoek.

23 Uitgewerkt in afdeling 1.10 van het Arbobesluit. Zie voor meer informatie: M. ten Broeke en I. Bayens, ‘Werken vanuit huis: het juridisch kader’, *AR* 2019/28 en M. Snoep, ‘Arbeidsomstandighedenwetgeving voor diverse werkenden’, *AR* 2017/42.

24 Ten Broeke en Bayens, t.a.p.

(en op welke wijze dat is vastgesteld) en, indien niet, welke maatregelen worden genomen om ervoor te zorgen dat de werknemers op korte termijn over een ergonomisch verantwoord werkplek thuis kunnen beschikken. Maar het gaat ook om niet uitdrukkelijk in de arboreggeving vermelde risico's, of om risico's die daar wel vermeld worden, maar niet in de vorm van concrete normen, zoals het risico van psychosociale belasting. De werkgever zal in het kader van de RI&E in beeld moeten brengen of dat risico bestaat, hoe groot het is, wat de risicofactoren zijn, eventueel bij welke werknemers het risico zich vooral voordoet en ook welke maatregelen genomen worden om de psychosociale belasting te voorkomen of in elk geval te beperken.

### Algemene inzichten over de risico's van thuiswerken

Daarmee komen we uit bij de tweede invalshoek, die van de bekendheid met en de risico's van thuiswerken. Bepalend voor de omvang van de zorgplicht van de werkgever is niet alleen de daadwerkelijk bij de werkgever aanwezige kennis, maar ook de kennis die van de werkgever mocht worden verwacht.<sup>25</sup> Die algemene kennis kan ertoe leiden dat de werkgever nader onderzoek moet doen naar de situatie in het eigen bedrijf. Indien, bijvoorbeeld, uit algemene bronnen kenbaar is dat werknemers in een bepaalde functie of met bepaalde kenmerken het risico lopen om bij thuiswerken overbelast te raken, dient de werkgever na te gaan of dat risico zich ook voordoet bij de eigen werknemers met die functie en/of kenmerken, bijvoorbeeld door bij hen concreet navraag te doen.

Wat is er bekend over de risico's van thuiswerken? Uit onderzoek van TNO van begin dit jaar<sup>26</sup> komt naar voren dat thuiswerken risico's meebrengt op het punt van de fysieke belasting van werknemers. Ongeveer 35% van de ondervraagde werknemers geeft aan te beschikken over alle noodzakelijke werkplekfaciliteiten, te weten een bureau of tafel met een comfortabele hoogte, een bureaustoel die kan worden afgestemd op het lichaam, beeldscherm dat losstaat van het toetsenbord en een losse muis.<sup>27</sup> De andere werknemers hebben die faciliteiten niet (allemaal) tot hun beschikking. Ook het pauzegedrag lijkt een probleem. Maar 38% van de thuiswerkende werknemers neemt korte pauzes, naast de lunchpauze, 45% doet dat soms en 17% nooit.<sup>28</sup> Volgens het rapport is het verband tussen thuiswerken en (ernstiger) psychosociale klachten diffuser, en daardoor – als er al een direct verband is – lastig te vinden. Het toegenomen thuiswerken lijkt niet te leiden tot een algemene toename van gezondheidsklachten en ziekteverzuim.<sup>29</sup> Er zijn medewerkers die stress ervaren door de combinatie van thuiswerk en zorgtaken, maar dat leidt niet tot een sig-

nificant verhoogd risico voor bepaalde categorieën werknemers.

Een eerder onderzoek van het CNV onder 2.600 thuiswerkende leden had minder rooskleurige resultaten.<sup>30</sup> 41% van de thuiswerkers meldde vaker last van fysieke klachten (last van schouders, nek, rug en arm) te hebben dan toen er nog niet (zo veel) werd thuisgewerkt. Ook met de psychische situatie van de ondervraagden was het niet best gesteld: 36% voelde zich geïsoleerd, bijna 25% overbelast, 33% ervoer concentratieproblemen, 28% was vaker uitgeput en 8% gaf aan 'tegen een burn-out aan te zitten'. Een opvallende bevinding uit het onderzoek was overigens dat de helft van de werknemers productiever zei te zijn. Een derde werkte langer, velen gebruikten de reistijd als werktijd, een kwart was (voelde zich) creatiever en 51% was minder tijd kwijt aan als nutteloos ervaren overleggen. Dat sluit aan bij een onderzoek van het CBS van voor de coronacrisis, dat werknemers die thuiswerken vaker overwerken en bovendien langer doorwerken.<sup>31</sup>

Ook de permanente bereikbaarheid van werknemers kan druk op hen leggen. Ongestoorde vrije tijd is belangrijk om te kunnen ontspannen. Door de permanente bereikbaarheid kan de ruimte om volledig te ontspannen onder druk komen te staan. De scheiding tussen werk en privé, werktijd en vrije tijd wordt steeds minder duidelijk. Dat geldt zeker voor werknemers die veel thuiswerken, omdat voor hen de fysieke scheiding tussen thuis en werkplek ontbreekt. Werknemers voelen de druk om ook in hun vrije tijd te reageren op werkberichten. Die druk kan leiden tot stress. Vanwege die druk is een initiatiefwetsontwerp bij de Tweede Kamer ingediend, dat erin voorziet dat werkgever en werknemers afspraken maken over de bereikbaarheid van werknemers buiten werktijd.<sup>32</sup>

Het SCP heeft onderzoek gedaan naar de plus- en minpunten van thuiswerken voor het welbevinden van werknemers. In het rapport 'Thuis of terug naar kantoor'<sup>33</sup> wijzen ze erop dat thuiswerken naast pluspunten ook minpunten heeft. Het overstappen naar thuiswerk leidt er in veel gevallen toe dat de werknemer meer gaat overwerken. Een ander minpunt is het gemis aan contact met collega's. De meeste werknemers hebben geen grote problemen met thuiswerken. Een beperkte groep van ongeveer 10% heeft er wel veel moeite mee. Het is moeilijk te identificeren om welke groepen werknemers het gaat; het gaat in elk geval vaker dan gemiddeld om alleenwonende werknemers en werknemers zonder aparte werkruimte. Verder gaven verhoudingsgewijs veel vrouwen met jonge kinderen aan dat hun werk-privébalans niet verbeterde door het thuiswerken.

25 Lindenbergh, t.a.p., nr. 26.2 en de daar besproken rechtspraak, vooral op het punt van de bekendheid van de werkgever met de risico's van het werken met asbest.

26 Oude Hengel e.a., t.a.p.

27 Oude Hengel e.a., t.a.p., tabel 4.

28 Oude Hengel e.a., t.a.p., tabel 5. (Schrijver dezes heeft na het lezen van deze gegevens meteen een korte pauze genomen.)

29 Oude Hengel e.a., t.a.p., tabel 10.

30 CNV-onderzoek *Thuiswerken in coronatijd*, oktober 2020.

31 CBS (2017), *Thuiswerken door werknemers en zelfstandigen*.

32 Deze (beoogde) wet heet Wet op het recht op onbereikbaarheid, Kamerdossier 35536. Zie de MvT op deze wet, *Kamerstukken II 2019/10, 35536*, nr. 3, waarin een verband wordt gelegd tussen de risico's van te grote psychosociale belasting en de permanente bereikbaarheid.

33 Josten en Merens, t.a.p.

Een heel andere bron van kennis over de risico's van thuiswerken vormen de registratierichtlijnen. Dat zijn door het Nederlands Centrum voor Beroepsziekten (het NCVB) vastgestelde richtlijnen waarin per beroepsziekte – er zijn afzonderlijke registratierichtlijnen voor de verschillende beroepsziekten – het klinisch beeld en de minimale blootstellingscriteria van de in de desbetreffende richtlijn behandelde beroepsziekte worden vermeld. De registratierichtlijnen hebben ook een achtergronddocument, waarin de onderzoeksgegevens worden vermeld en besproken waarop de richtlijn is gebaseerd.<sup>34</sup> Het ligt, gelet op wat uit de hiervoor besproken onderzoeken bekend is – er is (mogelijk) een verhoogd risico op burn-out/overspanning –, voor de hand om aandacht te schenken aan de richtlijn betreffende overspanning/burn-out (richtlijn E002) van 8 oktober 2019. Volgens de richtlijn is sprake van een beroepsziekte als overspanning of burn-out indien deze in overwegende mate, meer dan 50%, veroorzaakt is door blootstelling aan belastende psychosociale factoren. Daarbij geldt als beslissing voor de bedrijfsarts – de arts die moet beoordelen of in een concreet geval sprake is van een beroepsziekte of niet – dat er een beroepsziekte is bij matige tot hoge blootstelling aan twee van de acht in de richtlijn genoemde psychosociale factoren in het werk en hooguit sprake is van matige blootstelling aan psychosociale risicofactoren buiten het werk. De belangrijkste werkgebonden psychosociale factoren zijn een hoge inspanning in combinatie met een lage beloning, hoge psychologische taakeisen (hoge tijdsdruk, moeilijk en geestelijk inspannend werk), weinig taakautonomie en weinig sociale steun van collega's en leidinggevenden. Vanwege de uit de genoemde onderzoeken blijvende hoge fysieke belasting en daaruit voortvloeiende klachten zouden ook op die klachten toegesneden richtlijnen geraadpleegd kunnen worden. Te denken valt aan de 'RSI-richtlijn',<sup>35</sup> de verzameling van informatie over een aantal syndromen, zoals het radiaal tunnel syndroom, en specifieke klachten. Risicofactoren voor het ontwikkelen van RSI zijn volgens de richtlijn een eenzijdige, statische houding, telkens terugkerende bewegingen en verhoogde spierspanning. Beeldschermwerk en repetitieve arbeid zijn de belangrijkste belastende arbeidsomstandigheden, stress kan een 'bijdragende factor' zijn. Een verstoorde werk-rustverhouding – minder dan tien minuten pauze binnen elke zestig minuten dat bewegingen voorkomen die meer dan tweemaal per minuut gemaakt moeten worden – is ook een risicofactor. Wie geregeld thuiswerkt, merkt dat die laatste risicofactor reëel is: bij thuiswerken zijn er minder automatische recuperatiemomenten, zoals het spreekwoordelijke

'praatje bij het koffieapparaat' of de collega die je kamer binnenkomt, waardoor je je werk (even) moet onderbreken.

Wanneer er relevante informatie is die erop wijst dat door thuiswerken mogelijk een bepaald gezondheidsrisico vergroot wordt, is ook algemene informatie over dat risico, los van de context van het thuiswerken, relevant. Om die reden is in dit geval ook algemene informatie over het risico op burn-out en overspanning van belang. Volgens een rapport van het NCVB<sup>36</sup> vormden in 2020 psychische aandoeningen (grotendeels burn-out) na Covid veruit de meest voorkomende categorie door bedrijfsartsen gemelde beroepsziekten, gevolgd door klachten aan het houdings- en bewegingsapparaat. Dat is, met uitzondering van Covid natuurlijk, al jaren zo. Het rapport noemt als belangrijkste risicofactor voor psychische aandoeningen (40% van de gevallen) het hebben van te veel werk. In 2020 werden 816.000 arbeidsongeschiktheidsuitkeringen verstrekt. Volgens gegevens van het CBS<sup>37</sup> vielen 364.000 van deze uitkeringen (42%) binnen diagnoses in de hoofdcategorie psychische stoornissen.

### Omvang van de zorgplicht van de werkgever ten aanzien van het risico van fysieke belasting

Wat betekent al de genoemde informatie, zowel vanuit de invalshoek van de arboregelgeving als die vanuit de kennis (kenbaarheid) over de risico's bij thuiswerk voor de zorgplicht van de werkgever? Het volgende valt voor de fysieke belasting te noemen:

- De meest concrete en in het oog springende verplichting van de werkgever is ervoor te zorgen dat de werknemer kan beschikken over een werkplek die voldoet aan de ergonomische vereisten. Die verplichting is neergelegd in artikel 5.4 Arbobesluit en wat betreft de verlichting in artikel 6.3 lid 2 Arbobesluit. Schiet de werkgever in deze verplichting tekort, dan schendt hij de op hem rustende zorgplicht van artikel 7:658 lid 1 BW. Om aan die verplichting te kunnen voldoen, zal de werkgever zich moeten informeren over de thuiswerkplek van de werknemer. De werkgever kan er niet van uitgaan dat de werknemer een werkplek heeft die aan de arbo-eisen voldoet, ook niet als de werknemer aangeeft dat dat zo is. De werkgever zal actief informatie moeten inwinnen bij de werknemer over diens thuiswerkplek en de werknemer dient deze informatie in beginsel ook te verstrekken,<sup>38</sup> hij zal de werkgever dus adequate informatie moeten verschaffen over de werkplek. De werkgever dient de werknemer te faciliteren bij het verkrijgen van een ergonomisch verantwoorde werkplek, bijvoorbeeld door de werknemer daarvoor de financiële middelen te verschaffen en hem adequaat advies aan te bieden of door de werkplek voor de werknemer in te richten.

34 De registratierichtlijnen en achtergronddocumenten zijn eenvoudig te raadplegen via de, overzichtelijke site, van het NCVB, [www.beroepsziekten.nl](http://www.beroepsziekten.nl).

35 Voluit: Registratierichtlijn Werkgerelateerde aandoeningen aan het bewegingsapparaat in de bovenste extremiteit (RSI) D001/D012/D014/D015/D016/D017/D019/D021/D022. Vanwege de door het NCVB gehanteerde terminologie zal ik hierna het begrip RSI gebruiken. Dat begrip is ook bekender dan de in 2011 geïntroduceerde term KANS (Klachten Arm, Nek en/of Schouders).

36 H. van der Molen e.a., *Kerncijfers beroepsziekten 2021*, te vinden op de site van het NCVB.

37 [www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2022/11/42](http://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2022/11/42), geraadpleegd op 5 mei 2022.

38 Over de manier waarop kan gediscussieerd worden, zie Huijsmans-Zwijnenberg en Bos-Bremmer, t.a.p.

- De werkgever is er niet met het verzorgen van een spic en span werkplek, de werknemer moet er ook daadwerkelijk gebruik van maken. Als deze ervoor kiest niet aan het door de werkgever beschikbaar gestelde ergonomische bureau te gaan zitten op de afgestelde bureaustoel en voor het keurig losstaande scherm, maar met een laptop op de bank wil hangen, heeft de inspanning van de werkgever ten aanzien van de werkplek geen effect. De werkgever dient de werknemer er ook op te wijzen dat van de werkplek gebruikgemaakt moet worden en hem te waarschuwen wanneer hij vaststelt dat de werknemer dat niet doet (bijvoorbeeld bij een zoomsessie). Tijdens periodieke gesprekken tussen leidinggevende en werknemer kan het onderwerp werken vanaf de thuiswerkplek aan de orde komen. Die gesprekken moeten dan natuurlijk wel plaatsvinden, waarover hierna meer.
- De werknemer kan keurig achter de beschikbaar gestelde werkplek werken, maar wanneer hij veel te lang in één houding werkt, nauwelijks pauzes neemt en te lang werkt, kan dat tot gezondheidsproblemen leiden. Uit de hiervoor besproken onderzoeken volgt dat het gevaar dat die situatie zich voordoet niet denkbeeldig is; veel werknemers werken thuis langer en houden zich niet aan de ergonomisch verantwoorde pauzes. Te lang in eenzelfde houding werken is een risicofactor voor het ontwikkelen van RSI-achtige klachten. Te lang werken kan bovendien (zeker als daar geen passende beloning tegenover staat) een factor zijn in het ontstaan van een burn-out. Ook hier is dus weer werk aan de winkel voor de werkgever. Diens zorgplicht houdt ook in dat hij doet wat redelijkerwijs mogelijk is om te voorkomen dat het risico van te lang en in eenzelfde houding werken zich voordoet. Wat de werkgever in elk geval kan (en dus moet) doen, is het informeren van zijn werknemers over deze risico's en hen wijzen op het belang van pauzes en afwisseling van houding en werkzaamheden. Daarnaast zullen ook deze onderwerpen in een periodiek gesprek – daar is het weer – tussen werknemer en leidinggevende aandacht moeten krijgen. Maar is dat voldoende? Niet als de werkgever ook reële mogelijkheden heeft om er zelf voor te zorgen dat de werknemer niet te lang en/of te monotoon werkt. Zoals hiervoor besproken staan informeren en waarschuwen onderaan de hiërarchie van normen. Wat de werkgever kan doen is het installeren van software – inderdaad van die software waar de meeste werknemers zo'n hekel aan hebben – die het onmogelijk maakt om de computer langer dan een bepaalde periode te gebruiken of die de werknemer in elk geval waarschuwt wanneer (weer) een kritische grens wordt overschreden. De werkgever kan er in elk geval voor zorgen de thuiswerkende werknemer niet veel (rekening houdend met het wegvallen van bepaalde taken en verplichtingen) meer werk aan te bieden dan wanneer niet wordt thuisgewerkt.

- Waar een werkgever 'op kantoor' in de meeste gevallen vrij eenvoudig kan controleren onder welke omstandigheden een werknemer werkt – door diens kamer binnen te lopen – kan dat bij thuiswerk niet, of in elk geval niet zo gemakkelijk. Er zijn wel digitale alternatieven – zoals 'workplace surveillance' apps en andere 'bossware' die elke actie van de werknemer op het toetsenbord of met de muis registreert –, maar het gebruik ervan zal snel op gespannen voet staan met normen van goed werkgeverschap en regels van privacy.<sup>39</sup> Een wel erg rigoureuze actie is het uitzetten van de mailserver of het anderszins voorkomen dat de werknemer buiten kantooruren in de bedrijfssystemen kan. De zorgplicht van de werkgever zal dan ook niet snel meebrengen dat de werkgever deze systemen generiek gebruikt.

### Omvang van de zorgplicht van de werkgever ten aanzien van het risico van psychosociale belasting

Voor de zorgplicht van de werkgever ter voorkoming van – kort gezegd – burn-out zijn minder gemakkelijk algemene regels te formuleren; specifieke normen, zoals die over de inrichting van de werkplek, ontbreken ten aanzien van de psychische belasting.<sup>40</sup> De in de hoofdstukken 4 en 5 van de Arbeidstijdenwet neergelegde bepalingen bieden een kader voor het maximaantal te werken uren, maar zien niet op de werkdruk tijdens die uren. Bovendien is het lastig de vertaalslag te maken van algemene informatie over het risico op burn-out naar de concrete werknemer; de belasting en belastbaarheid van de ene werknemer is veel groter dan die van de ander en kan bovendien in de loop van de tijd variëren, al naar gelang van wijzigingen in diens persoonlijke situatie. De werkgever is om de draagkracht van de werknemer te kunnen inschatten dus, in elk geval deels, afhankelijk van door de werknemer te verstrekken informatie. Met inachtneming van deze beperking kan op de volgende aspecten worden gewezen:

- De zorgplicht van de werkgever betreffende het voorkomen van burn-out en overspanning begint dus met het in kaart brengen van algemene risico's binnen het bedrijf en de specifieke risico's van de individuele medewerkers. Voor dat laatste is het periodieke gesprek tussen leidinggevende en werknemer een goed middel. De werkgever die dat gesprek nalaat en daardoor essentiële informatie over de belastbaarheid van de werknemer mist, waardoor hij geen maatregelen neemt om de werkdruk van die werknemer te verminderen, schiet alleen daarom al in zijn zorgplicht tekort. Los daarvan is, zagen we, ook het ontbreken van sociale steun van de leidinggevende een van de risicofactoren op het ontstaan van een burn-out. Het periodieke gesprek tussen

39 Het voert te ver dit aspect uit te werken. Voor meer informatie: S.S.M. Peters, 'Monitoring en surveillance op het werk – de werknemer opnieuw geknecht?', *TRA* 2021/42 en Ten Broeke en Bayens, t.a.p.

40 Lindenbergh, t.a.p., nr. 27, zie ook S.S. Lindenbergh, *Psychische schade*, Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 62 e.v.

werknemer en leidinggevende kan ook in die steun voorzien.

- De hoofdlijn in de feitenrechtspraak<sup>41</sup> is dat voor een zorgplichtschending van de werkgever nodig is dat de werknemer op de een of andere wijze kenbaar heeft gemaakt dat hij dreigt ziek te worden dan wel een verhoogd risico loopt. Dat is anders indien duidelijk is dat de werkgever veel te veel vraagt van zijn medewerkers. Maar buiten dit soort sprekende gevallen, waarin het iedereen duidelijk kan zijn dat de werknemers wel overbelast moeten zijn, ligt dat anders. Wanneer de werkgever zijn werknemers met normale werkzaamheden belast, hoeft hij geen onderzoek te doen naar overbelasting wanneer zich daarvoor geen concrete aanwijzingen voordoen.<sup>42</sup> Die aanwijzingen dient de werknemer in beginsel zelf te geven, bijvoorbeeld doordat hij meldt dat hij (bijvoorbeeld vanwege persoonlijke omstandigheden) het werk niet goed aankan en/of overbelast dreigt te worden. Er lijkt daarbij wel een onderscheid te worden gemaakt in categorieën werknemers. Van werknemers in hogere functies lijkt relatief snel aangenomen te worden dat zij zelf problemen op het gebied van de werkdruk aankaarten, terwijl bij werknemers in lagere functies een meer proactieve houding van de werkgever wordt verwacht.<sup>43</sup>
- Het is de vraag of deze hoofdlijn in de rechtspraak volledig recht doet aan de hiervoor uitgewerkte verantwoordelijkheid van de werkgever om zich periodiek te informeren over de situatie van de werknemer. Wanneer de werkgever nalaat om de (thuiswerkende) werknemer een laagdrempelige mogelijkheid te bieden om de werkgever te informeren over zijn situatie en welbevinden, zodat de werkgever zelf kan inschatten of de werknemer niet te zwaar belast is, valt te betwijfelen of aan de werknemer wel in redelijkheid kan worden tegengeworpen dat hij zelf niet tijdig aan de bel heeft getrokken.<sup>44</sup> Dat is ook het geval wanneer de werkgever weet – bijvoorbeeld omdat een vergoeding voor overwerk wordt betaald – dat de werknemer veel overwerkt en nalaat geregeld te informeren of de werknemer dat (nog) wel aankan. Hetzelfde geldt voor de situatie waarin de werkgever weet dat de thuiswerkende werknemer de (gedeelde) zorg heeft voor kinderen die langdurig niet naar school kunnen, zoals tijdens de coronacri-

sis het geval was. Dat dat voor extra druk zorgt, ligt voor de hand en is dus kenbaar voor de werkgever, zodat van hem verwacht mag worden dat hij bij de werknemer informeert of de druk niet te groot is en het initiatief daartoe niet aan de werknemer laat. In dit verband zij erop gewezen dat de werkgever op grond van artikel 2.15 Arbobesluit verplicht is zich te verdiepen in de gezondheidsrisico's op de werkvloer, waaronder de risico's ten aanzien van psychosociale werkbelasting. Dat is weliswaar een algemene onderzoeksplicht, maar daarmee nog geen abstracte, in die zin dat de werkgever geen acht hoeft te slaan op concrete ontwikkelingen en niet hoeft te onderzoeken wat die ontwikkelingen voor gevolgen hebben voor de belasting van zijn werknemers.

- Uit de hoofdlijn in de feitenrechtspraak volgt wel dat de werkgever, los van eventuele bijzondere kwetsbaarheden van zijn werknemers, ervoor moet zorgen dat zijn werknemers niet structureel overbelast raken. Die overbelasting kan het gevolg zijn van het structureel aanbieden van te veel werk, waardoor er standaard overgewerkt moet worden, maar ook van een competitieve sfeer, waardoor werknemers aangemoedigd worden om als het gaat om werkhoeveelheden en werktijden niet voor elkaar onder te doen. De zorgplicht van de werkgever brengt mee dat hij in zo'n situatie maatregelen treft om de algehele werkdruk te verminderen, door extra personeel te werven of, als dat niet lukt, minder werk aan te nemen. De werkgever kan ook de regel instellen dat tussen bepaalde tijdstippen – bijvoorbeeld na 20.00 uur 's avonds en in het weekend – niet voor het werk gemaild, geappt of gebeld wordt. Op die manier bevordert hij dat werk en privé niet te veel door elkaar heen lopen, een risico dat bij thuiswerk toch al zeer groot is, omdat een zekere verwevenheid van werk en privé aan thuiswerken inherent is. Overigens mag wanneer in het bedrijf zo'n 'hands-on' mentaliteit dominant is, van de werkgever verwacht worden dat hij extra alert is op signalen van overbelasting bij individuele werknemers en daar ook gericht naar vraagt.
- Wanneer een werkgever er (wel) van op de hoogte is dat een werknemer overbelast is, dient hij adequate maatregelen te nemen om, in overleg met de werknemer, de belasting van die werknemer te verminderen, door – na te hebben vastgesteld waar de knelpunten liggen – te proberen die knelpunten op te lossen. Daar kan de werkgever niet mee volstaan. Hij dient ook te volgen of die maatregelen het gewenste effect hebben en zal als dat niet het geval is tijdig moeten bijsturen.

41 Zie de conclusie van A-G Langemeijer 8 januari 2021, ECLI:NL:PHR:2021:21, nrs. 2.13-2.15, voor een overzicht van relevante literatuur en rechtspraak.

42 Zie ook Lindenbergh (2019) t.a.p., p. 65 e.v. en Lindenbergh (2021) nr. 27.5 en de daar genoemde rechtspraak.

43 M.S.A. Vegter, 'Causaal verband en zorgplicht bij werkgeversaansprakelijkheid voor stressklachten', AR 2008/21. Zie voor een recent voorbeeld waarin van de werknemer in een hoge functie werd verwacht dat hij zelf kenbaar maakte dat hij overbelast was en risico's liep (hoewel het de werkgever bekend kon zijn dat de werknemer veel uren maakte) hof Den Haag 7 december 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:2648.

44 Zie ook S.A.W. Kerkhof, 'Aansprakelijkheid van werkgevers voor burn-out anno 2017', TLP 2017/27, die wijst op de drempels die er voor werknemers kunnen zijn om overbelasting te melden, bijvoorbeeld vanwege onbekendheid met de signalen, maar ook vanwege de heersende bedrijfs-cultuur.

## 4. De aansprakelijkheid van de werkgever

### Hoofdlijnen van het systeem

De werkgever is op grond van artikel 7:658 lid 2 BW aansprakelijk voor de schade die de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt, tenzij de werkgever aantoont dat hij de op hem rustende zorgplicht is nagekomen.<sup>45</sup> De werknemer dient te stellen, en zo nodig te bewijzen, dat hij schade heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden. Het kan daarbij ook gaan om schade met een psychische achtergrond,<sup>46</sup> zoals schade vanwege een burn-out. Indien is vastgesteld dat de werknemer schade heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden, is het vervolgens aan de werkgever om te stellen en zo nodig te bewijzen dat hij zijn zorgplicht is nagekomen of dat de schade niet het gevolg is van de schending van die zorgplicht.<sup>47</sup>

Wanneer sprake is van een 'klassiek arbeidsongeval' – zoals een val van een steiger of een hand in de machine – is het in de meeste gevallen niet zo ingewikkeld om vast te stellen dat sprake is van schade van de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden. Ook wanneer de toedracht van het ongeval onduidelijk is, staat dat niet aan de toewijsbaarheid van de vordering van de werknemer in de weg. De werknemer hoeft slechtst te bewijzen dát het ongeval in de uitoefening van de werkzaamheden heeft plaatsgevonden, maar hoeft niet aan te tonen hoe het ongeval zich heeft toegedragen en wat de oorzaak ervan is.<sup>48</sup> Het debat over de toewijsbaarheid van de claim van de werknemer spitst zich in dat geval bijna altijd toe op de zorgplichtschending. Daarbij moet wel worden aangetekend dat wanneer de toedracht van het ongeval onduidelijk blijft, het voor de werkgever moeilijk is aan aansprakelijkheid te ontkomen. Het ongeval kan dan immers door erg veel mogelijke zorgplichtschendingen zijn veroorzaakt, die de werkgever allemaal moet zien uit te sluiten.

Die duidelijkheid over het verband tussen schade en uitoefening van de werkzaamheden is er bij een beroepsziekte juist niet. Er is dan vrijwel steeds sprake van langzaam optredende gezondheidsklachten, waarvan de relatie met het werk lang niet altijd gemakkelijk te leggen is. Vaak zijn de klachten multifactorieel van aard, ze worden veroorzaakt en in stand gehouden door meerdere factoren, soms ook deels door factoren in de privésfeer van de werknemer. Dat geldt zeker voor psychische klachten, maar in wat minder sterke mate ook voor RSI-achtige klachten. Bovendien treedt de schade niet plotseling op, onmiddellijk na een incident, maar meestal geleidelijk, 'sluipend', en ook niet na een incident maar na een periode van langdurige blootstelling, ter-

wijl die blootstelling vaak ook niet zo in het oog loopt. Bij claims over beroepsziekten staat daarom meestal de vraag centraal of de schade (de ziekte) is geleden in de uitoefening van de werkzaamheden.<sup>49</sup>

Zoals gezegd, rusten stelplicht en bewijslast daarvan op de werknemer. In de rechtspraak van de Hoge Raad is om de werknemer tegemoet te komen een bewijsregel aanvaard, de 'arbeidsrechtelijke omkeringsregel'.<sup>50</sup> Die regel komt erop neer dat wanneer een werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden is blootgesteld aan voor de gezondheid gevaarlijke omstandigheden en schade aan zijn gezondheid heeft opgelopen het (door de werknemer te bewijzen) verband tussen de werkzaamheden en de schade in beginsel moet worden aangenomen indien de werkgever heeft nagelaten de maatregelen te treffen die redelijkerwijs nodig zijn om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden dergelijke schade lijdt en dat nalaten de gezondheidsschade kan veroorzaken. Dat klinkt al omslachtig en is het in de praktijk ook. Voor toepassing van de regel is nodig dat de werknemer stelt en zo nodig bewijst dat hij zijn werkzaamheden heeft moeten verrichten onder omstandigheden die schadelijk kunnen zijn voor zijn gezondheid (1) en dat hij stelt en zo nodig aannemelijk maakt dat hij lijdt aan gezondheidsklachten die daardoor kunnen zijn veroorzaakt (2). Volgens de Hoge Raad drukt de arbeidsrechtelijke omkeringsregel het vermoeden uit dat de gezondheidsschade van de werknemer is veroorzaakt door de omstandigheden waarin deze zijn werkzaamheden heeft verricht. Dat vermoeden wordt volgens de Hoge Raad gerechtvaardigd door wat in het algemeen bekend is over de ziekte en haar oorzaken en door de schending door de werknemer van de veiligheidsnorm die beoogt een en ander te voorkomen. Gelet daarop is voor dat vermoeden geen plaats als het verband tussen de gezondheidsschade en de arbeidsomstandigheden te onzeker of te onbepaald is. Het is zeer de vraag of de arbeidsrechtelijke omkeringsregel de werknemer wel echt helpt. De eisen zijn streng. In een situatie waarin veel onduidelijkheid is over de aard en oorzaken van het ontstaan van een beroepsziekte zal daar vrijwel nooit aan kunnen worden voldaan. Voor RSI volgt dat ook wel uit een van de arresten waarin de Hoge Raad de arbeidsrechtelijke omkeringsregel heeft toegelicht. De betrokken werknemer in die zaak had RSI.<sup>51</sup> Bovendien houdt de omkeringsregel slechts een bewijsvermoeden in, geen 'echte' omkering van de bewijslast. De drempel voor de werkgever om dat vermoeden te weerleggen is niet erg hoog; voldoende is dat de werkgever gereede twijfel zaait over de gegrondheid van het vermoeden door aannemelijk te maken dat de ziekte ook door andere oorzaken dan de blootstelling

45 De uitzondering van opzet of bewuste roekeloosheid blijft hier onbesproken.

46 Zie HR 11 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6657.

47 Dat laatste volgt onder meer uit HR 10 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3837.

48 HR 10 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3837 en HR 4 mei 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1430.

49 Een mooi, recent, overzicht van literatuur en rechtspraak bieden E. Boonzaaijer en A.S. Bloo-Kroes, 'Het bewijs van causaal verband in beroepsziektezaken', *MvV* 2022, afl. 4, p. 148 e.v.

50 Na eerdere rechtspraak 'op formule gebracht' in HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1721 (Lansink-Ritsma) en ECLI:NL:HR:2013:BZ1717 (SVB/Van de Wege), herhaald in HR 6 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:536.

51 HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1717 (SVB/Van de Wege).



kan zijn ontstaan.<sup>52</sup> Wanneer een werknemer eenmaal aan de eisen van de omkeringsregel voldoet, zal een rechter de omkeringsregel waarschijnlijk ook niet nodig hebben. Met een ‘voorschans behoudens tegenbewijs bewezen’-redenering kan hetzelfde resultaat bereikt worden, zonder dat door de hoepeltjes van de omkeringsregel gesprongen hoeft te worden.<sup>53</sup> Bovendien heeft de rechter de mogelijkheid om door toepassing van een verzwaarde motiveringsplicht de bewijspositie van de werknemer te verbeteren.<sup>54</sup> Aan het verweer van de werkgever, vooral op het punt van de omvang van de blootstelling, worden dan hogere eisen gesteld. Indien de werkgever daaraan niet voldoet, zijn de stellingen van de werknemer (geheel of gedeeltelijk) onvoldoende weersproken, waardoor bewijslevering niet aan de orde is.<sup>55</sup>

De alternatieven voor de arbeidsrechtelijke omkeringsregel zijn niet alleen bewijsrechtelijk van aard, er is ook een op een ander materieelrechtelijk leerstuk gebaseerd alternatief, dat de werknemer met een beroepsziekte meer perspectief biedt. De werknemer kan zich in voorkomende gevallen op proportionele aansprakelijkheid beroepen.<sup>56</sup> Waar voor toepassing van de arbeidsrechtelijke omkeringsregel het verband tussen de gezondheidsschade en de arbeidsomstandigheden niet te onzeker of onbepaald mag zijn, ligt de drempel voor proportionele aansprakelijkheid lager; voldoende is dat de veroorzakingskans niet ‘zeer klein’ mag zijn.<sup>57</sup> Anderzijds mag die kans ook niet zodanig groot zijn dat toewijzing van de volledige vordering op haar plaats zou zijn. Volgens A-G Valk laten de onder- en bovengrens zich niet in harde regels vaststellen, maar ligt het voor de hand dat de ondergrens van de arbeidsrechtelijke omkeringsregel en de bovengrens van de proportionele aansprakelijkheid min of meer samenvallen.<sup>58</sup> Nodig is wel dat de niet zeer kleine noch zeer grote kans met een redelijke mate van zekerheid te bepalen is.<sup>59</sup> Dat lijkt bij

burn-out en RSI wel een probleem.<sup>60</sup> Dat het instrument van de proportionele aansprakelijkheid volgens de Hoge Raad met terughoudendheid moet worden toegepast,<sup>61</sup> zal geen struikelblok zijn, gelet op het feit dat de Hoge Raad het gebruik ervan in het kader van de werkgevers-aansprakelijkheid enkele malen heeft gesanctioneerd. De genoemde alternatieven nemen niet weg dat het in de meeste gevallen voor de werknemer geen sinecure is om (proportioneel) causaal verband tussen het werk en de beroepsziekte aannemelijk te maken. Veel beroepsziektezaken sneuvelen dan ook op het vereiste dat de schade in de uitoefening van de werkzaamheden is ontstaan.

### Geen aanlokkelijk perspectief voor de werknemer

Uit het voorgaande volgt dat een werknemer met een beroepsziekte de nodige hobbels heeft te nemen in een procedure tegen zijn (vaak gewezen) werkgever. Zo’n procedure is vaak een langdurig en kostbaar project. Bovendien is het resultaat in een concreet geval slecht voorspelbaar, maar de gemiddelde slagingskans is betrekkelijk laag, althans in zaken waarin de werknemer de werkgever aansprakelijk houdt voor schade vanwege een burn-out of RSI-achtige klachten. Het lijkt erop dat in ruimschoots meer dan de helft van die zaken de werknemer uiteindelijk aan het kortste eind trekt, of omdat het verband tussen ziekte en werk onvoldoende aannemelijk wordt geacht, of omdat de werkgever erin slaagt aan te tonen dat hij heeft voldaan aan zijn zorgplicht. De meeste werknemers beginnen er dan ook maar niet aan.

Niet voor niets zijn vanuit de politiek diverse initiatieven ontplooid om de afwikkeling van beroepsziektezaken te versnellen en de positie van slachtoffers te verbeteren.<sup>62</sup> De positie van mensen met een beroepsziekte als gevolg van een blootstelling aan gevaarlijke stoffen is na een onderzoek van de commissie-Heerts in maart 2020 duidelijk verbeterd. Aan de aanbevelingen van de commissie<sup>63</sup> – de instelling van een Landelijk Expertise Centrum Stoffengerelateerde Beroepsziekten, het opstellen van een lijst met ernstige stoffengerelateerde beroepsziekten en een regeling voor een financiële tegemoetkoming voor de slachtoffers – is gevolg gegeven. Die aanbevelingen gelden niet voor andere beroepsziekten. Werknemers met een burn-out of RSI-achtige klachten hebben daar niets aan. Hun zaken kunnen

52 Zie op dit punt over de ‘gewone’ omkeringsregel, Asser Procesrecht/Asser 3 nr. 302 en C. Van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2020, nr. 1002-2, die beiden verwijzen naar HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7345 en V. Oskam, ‘Nieuw licht op de arbeidsrechtelijke omkeringsregel?’, *TvVP* 2018/2.3.

53 De veelvuldige literatuur over inhoud, rechtvaardiging, nut en noodzaak van de arbeidsrechtelijke omkeringsregel laat ik hier grotendeels beschouwen. Ik volsta met een verwijzing naar Lindenbergh (2021), t.a.p., nr. 18 en L.E.M. Charlier, ‘Beroepsziekten anno 2014, Je kunt ze maar beter niet hebben’, *NJB* 2014/621.

54 Zie Asser Procesrecht/Asser 3 nr. 302.

55 In beroepsziektezaken is deze route enkele malen door feitenrechtters gevolgd, vgl. hof Den Haag 15 januari 2013, ECLI:NL:GHDAAH:2013:BZ5975 en hof Arnhem Leeuwarden 8 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:1788 en hof Arnhem-Leeuwarden 8 november 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:8930. In de beide laatste uitspraken wordt verwezen naar HR 17 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8369 (Unilever/Dirkmans).

56 Vgl. HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6092.

57 Lindenbergh (2021), t.a.p. nr. 19, die erop wijst dat in de Lansink/Ritsma-zaak uiteindelijk door het verwijzingshof aansprakelijkheid voor 25% van de schade werd aangenomen. Dat oordeel bleef in cassatie in stand, zie HR 11 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1996.

58 Conclusie A-G Valk 17 juli 2020, ECLI:NL:PHR:2020:714 onder 3.12.

59 Zie de in de vorige noot vermelde conclusie en Lindenbergh (2021), t.a.p. nr. 19.

60 Bij het vaststellen van het verband tussen de blootstelling aan een specifieke gevaarlijke stof en de specifieke ziekte waaraan de werknemer lijdt, is dat probleem minder groot, omdat daarover vaak de resultaten van epidemiologisch onderzoek beschikbaar zijn, die een solide basis kunnen vormen voor de berekening van de veroorzakingskans. Bovendien is bij die beroepsziekten vaak sprake van een ‘of-of-situatie’: de ziekte is of veroorzaakt door de blootstelling, of houdt er geen verband mee. Bij RSI en burn-out spelen privéfactoren bijna altijd ook een rol; er is veeleer sprake van een ‘en-en-situatie’.

61 HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799.

62 Voor een beknopt overzicht: H. de Hek, ‘De Gedragscode Afhandeling Beroepsziekteclaims: een stap vooruit’, *AP* 2021, nr. 2, p. 1 e.v.

63 Zie het rapport van de commissie, *Stof tot nadenken. Stap vooruit, maak werk van preventie en erkenning*.

wel worden behandeld op basis van de in 2020 door de Letselschaderaad gepresenteerde Gedragscode Afhandeling Beroepsziekteclaims.<sup>64</sup> Het is nog te vroeg om te kunnen beoordelen of de gedragscode veel gevolgd zal worden en wat daarvan de effecten zullen zijn.

### Naar een milder regime voor de thuiswerker; van ver van huis naar thuis?

Indien een werknemer bij het thuiswerken door fysieke of psychische overbelasting lichamelijke of psychische gezondheidsklachten heeft opgelopen, zal hij gelet op het hiervoor beschreven systeem in veel gevallen zijn werkgever niet met succes aansprakelijk kunnen stellen, ook indien deze in zijn zorgplicht is tekortgeschoten. Wat dat betreft is hij ‘ver van huis’. De reden daarvan is dat de werknemer zal moeten bewijzen dat zijn gezondheidsklachten het gevolg zijn van zijn werk, al dan niet met behulp van de arbeidsrechtelijke omkeringsregel of alternatieven voor dit ‘hulpmiddel’. Dat de werknemer dat moet bewijzen is op zich niet onredelijk; ook in andere situaties van aansprakelijkheid dient de benadeelde te bewijzen dat hij schade heeft geleden door het doen of laten van de aangesprokene, waarna dat handelen of nalaten beoordeeld wordt. Bij werkgeversaansprakelijkheid komt de wetgever, zoals we zagen, de benadeelde dan tegemoet, doordat de werkgever vervolgens moet stellen en bewijzen dat hij niet is tekortgeschoten of dat de schade niet door zijn tekortschieten is ontstaan. Het lijkt dan ook niet meer dan redelijk dat dan wel eerst vaststaat dat de schade in de sfeer van het werk is ontstaan.<sup>65</sup> Alleen dan heeft de werknemer immers als werknemer schade geleden en is er reden hem als werknemer, als in de verhouding tot de werkgever zwakkere partij, in bescherming te nemen.

Maar uit de rechtspraak van de Hoge Raad over de omvang van de stelplicht en de bewijslast over het klassieke arbeidsongeval – de werknemer hoeft slechts het ‘dat’ en niet het ‘hoe’ van het ongeval aan te tonen – volgt dat de ‘entreetoets’ meer diffuus is dan die op het eerste gezicht lijkt. De werknemer wordt ook beschermd wanneer de toedracht van het ongeval onduidelijk is en dus ook onduidelijk is of er een ander verband bestaat tussen schade en werk dan dat het ongeval ‘toevallig’ op de werkvloer plaatsvond.

De vraag is dan ook hoe die toets moet worden toegepast wanneer het nagenoeg onmogelijk, of in elk geval erg moeilijk, is om dat verband tussen schade en werk vast te stellen vanwege het feit dat diverse factoren aan de gezondheidsklachten hebben bijgedragen, die factoren deels samenhangen met het werk en deels met de privésituatie van de werknemer, de factoren ook niet goed uit elkaar kunnen worden gehouden omdat ze met elkaar zijn verweven en deze verwevenheid bovendien in de hand is gewerkt door het feit dat de werknemer veel thuis heeft gewerkt, waardoor werk en privé wat door elkaar zijn gaan lopen. Het is verdedigbaar om in die ge-

vallen de werknemer tegemoet te komen, in elk geval in situaties waarin ook de zorgplichtschending van de werkgever ligt op dat gebied van de verhouding tussen werk en privé. Te denken valt aan situaties waarin de werkgever onvoldoende oog heeft gehad voor privéomstandigheden van de werknemer die hij kende of had moeten kennen indien hij zich geregeld van de situatie van de werknemer had vergewist, en de werknemer daardoor te zwaar is belast of niet tijdig is ontlast.<sup>66</sup>

Als het redelijk is om de werknemer in zo’n situatie tegemoet te komen – en daar lijkt zeker wat voor te zeggen –, ligt het het meest voor de hand om de werknemer tegemoet te komen door middel van toepassing van het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid. Het enkele feit dat het lastig zal zijn om met een redelijke mate van zekerheid de veroorzakingskans – de kans dat de gezondheidsschade is veroorzaakt door omstandigheden in de uitoefening van de werkzaamheden – vast te stellen, moet dan niet aan de werknemer worden teruggeworpen. Een redelijke en in de praktijk gemakkelijk te hanteren uitgangspunt zou voor de hiervoor genoemde categorie gevallen kunnen zijn dat de hoogte van de proportionele aansprakelijkheid wordt gerelateerd aan de mate waarin de werknemer, gelet op zijn totale werktijd, thuis werkt. Welke verdeelsleutel vervolgens moet worden gehanteerd, blijft natuurlijk altijd enigszins arbitrair. In zo’n situatie is verdedigbaar om de financiële pijn bij helfte te verdelen. Bij een thuiswerfactor van 100% draagt de werkgever, uiteraard alleen indien sprake is van een zorgplichtschending, dan in beginsel 50% van de schade. Bij drie dagen thuiswerk wordt het 30%. Het gaat daarbij om een uitgangspunt dat vanwege de specifieke omstandigheden van het geval altijd kan worden gecorrigeerd. Of de werknemer met deze gedeelde smart wel de indruk heeft thuis te komen, staat natuurlijk te bezien. Hij is in elk geval wat minder ver van huis.

64 Voor de inhoud van de gedragscode, H. de Hek, t.a.p.

65 Zie C. Klaassen, in M.G. Faure en T. Hartlief (red.), *De Spier-bundel*, Deventer 2016, p. 188.

66 Zie Lindenbergh (2019), t.a.p., p. 62.