

Artikel

Kopzorgen voor voetbalclubs

Een uitwerking van werkgeversaansprakelijkheid voor acuut hersenletsel bij beroepsvoetballers

Diederik Hulsbergen*

1. Inleiding

Van sporten als boksen en American Football is al jaren bekend dat de harde klappen die spelers te verduren krijgen, kunnen leiden tot hersenletsel. Een sport die aan het rijtje 'sporten met kopzorgen' kan worden toegevoegd, is voetbal. Spelers koppen per wedstrijd gemiddeld zes tot twaalf keer een bal. Tijdens trainingen ligt dat gemiddelde nog hoger: dertig kopballen of meer.¹ Dat koppen gaat soms fout. Medisch onderzoek wijst uit dat ongeveer 20% van de voetbalblessures tijdens wedstrijden bestaat uit hersenschuddingen. Meer dan een kwart van die hersenschuddingen wordt veroorzaakt door hoofd-tegen-hoofd-contact en iets meer dan een zesde door bal-tegen-hoofd-contact.²

Medici vrezen voor de gevolgen die hoofdblessures en het vele koppen voor voetballers kunnen hebben. Eind vorige eeuw deed sport- en neuropsycholoog Erik Matser onderzoek naar hersenletsel bij voetballers. De conclusie van het onderzoek was dat zowel het veelvuldig koppen, als het oplopen van hersenschuddingen in het voetbal, negatieve invloed heeft op neurocognitieve

prestaties van de spelers.³ In de afgelopen jaren volgden er vergelijkbare onderzoeken met alarmerende conclusies: het risico op (ernstig) hersenletsel bij voetballers is zeker aanwezig.⁴ Uit onderzoek van NRC blijkt dat de internationale voetbalfederatie FIFA liever wegkijkt dan maatregelen neemt.⁵ Spelregels en richtlijnen worden niet veranderd, terwijl dat wel in de rede ligt om adequaat in te kunnen spelen op deze risico's.

Naast de voetbalbonden hebben de clubs zelf ook een verantwoordelijkheid jegens hun spelers. In Nederland geldt dat alle beroepsvoetballers een arbeidsovereenkomst hebben met de club waarvoor zij spelen.⁶ Dit maakt dat profvoetbalclubs werkgevers zijn en dat het arbeidsrecht van toepassing is. Brengt het arbeidsrecht mee dat de werkgever gehouden is om het risico op hersenletsel voor de werknemers te minimaliseren? En kan de werkgever aansprakelijk worden gesteld door de werknemer voor diens geleden schade indien niet-geminaliseerde risico's zich verwezenlijken? Op grond van artikel 7:658 BW geldt dat werkgevers de dwingendrechtelijke plicht hebben om dusdanige maatregelen ten behoeve van de veiligheid te nemen als nodig is om schade aan werknemers te voorkomen. Wanneer werknemers toch schade oplopen door hun werkzaamheden, kunnen zij op grond van dit artikel hun werkgever daarvoor aansprakelijk stellen.

* Mr. D.A.J. (Diederik) Hulsbergen is advocaat aansprakelijkheidsrecht en verzekeringsrecht bij Ekelmans Advocaten. Dit artikel is een bewerking van Hulsbergens afstudeerscriptie, waarvoor hij in 2021 de Scriptieprijs ontving van de Vereniging voor Sport en Recht.

1 M.L. Lipton, Frequent Soccer Ball 'Heading' May Lead to Brain Injury, Albert Einstein College of Medicine, 11 juni 2013 (online).

2 M. Khodae e.a., Nine-year study of US high school soccer injuries: data from a national sports injury surveillance programme, British Journal of Sports Medicine, 18 januari 2017 (online).

3 J.T. Matser, Brain injuries in boxing and soccer: a neuropsychological approach, (diss. Universiteit Maastricht) Maastricht, 2000, p. 75.

4 Bijvoorbeeld: N.W. Churchill e.a., Neuroimaging of sport concussion: persistent alterations in brain structure and function at medical clearance, Nature, 24 Augustus 2017 (online); M.L. Lipton, Frequent Soccer Ball 'Heading' May Lead to Brain Injury, Albert Einstein College of Medicine, 11 juni 2013 (online).

5 B. Endedijk, Risico's van hersenschade door sport genegeerd, NRC, 23 oktober 2020 (online).

6 Rb. Rotterdam 5 april 1967, NJ 1967/418.

De vraag rijst hoe dit artikel geïnterpreteerd moet worden, nu de werkzaamheden naar hun sport-specifieke aard en inhoud zo anders zijn dan bij andere beroepen. De arbeidsrechtelijke verhouding tussen speler en club wordt omkapseld door verenigingsrechtelijke regels. Ook spelregels vallen daaronder. Dit vormt daardoor een unieke arbeidssituatie waarin allerlei extra regels en kaders een rol spelen. Daarom is het essentieel om te weten welke invloed deze sport-specifieke context heeft wanneer profvoetballers hun schade willen verhalen op hun club. Daarnaast zal een profvoetballer rekening moeten houden met drempels die onzichtbaarheid van hersenletsel kan opwerpen.⁷ De combinatie van de aard van de werkzaamheden en de aard van de schade kan het voetballers mogelijk lastig maken om hun schade succesvol te verhalen. De centrale vraag in deze bijdrage is daarom: in hoeverre kunnen profvoetballers die letsel schade lijden door het oplopen van acute hersenschade door de uitoefening van hun sportwerkzaamheden, deze schade succesvol verhalen op hun werkgever? Ter beantwoording van deze vraag worden in de volgende paragraaf de algemene maatstaven van artikel 7:658 BW geschetst. Zo kan de toepassing van het artikel binnen de sportsector in perspectief worden geplaatst. In de paragraaf daarna wordt besproken in welke mate de internationale spelregels de uit artikel 7:658 BW voortvloeiende zorgplicht van voetbalclubs beïnvloeden. In de daaropvolgende paragraaf wordt behandeld onder welke omstandigheden de club aansprakelijk kan zijn voor acute hersenschade die profvoetballers lijden tijdens hun werkzaamheden. Ook wordt stilgestaan bij de verweergronden van de club als werkgever.

2. Artikel 7:658 BW: het algemene kader

Artikel 7:685 BW bevat voor werkgevers een strenge zorgplicht, die ziet op de bescherming van de veiligheid van de werknemers op de arbeidsplaats. Schendt de werkgever deze zorgplicht en lijdt een werknemer daardoor schade, dan vormt dit artikel de primaire grondslag voor aansprakelijkheid en dient de werkgever deze schade in beginsel te vergoeden.

2.1 Maatstaven uit artikel 7:658 BW

De eerste twee leden van artikel 7:658 BW geven aan dat de werkgever aansprakelijk is voor schade die de werknemer lijdt tijdens of door arbeid, tenzij hij kan aantonen dat hij de werkplek zodanig heeft ingericht en dusdanige maatregelen heeft getroffen als redelijkerwijs van hem verwacht konden worden om die schade te voorkomen. Dit vormt de primaire maatstaf.

Het woord 'redelijkerwijs' geeft aan dat deze zorgplicht niet beoogt een absolute waarborg te creëren tegen het

ontstaan van een arbeidsongeval.⁸ Wel stelt de Hoge Raad dat vanwege de ruime strekking van de zorgplicht niet snel kan worden aangenomen dat de werkgever aan zijn zorgplicht heeft voldaan.⁹ 'Redelijkerwijs' impliceert ook dat de voorzorgsmaatregelen die de werkgever moet treffen, afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval.¹⁰ Daarbij creëert de enkele mogelijkheid dat schade intreedt nog niet de verplichting voor de werkgever om maatregelen te nemen om die te voorkomen. Het enkele feit dat arbeidsomstandigheden gezondheidsrisico's meebrengen, moet dus bij verwezenlijking daarvan niet zonder meer als schending van de zorgplicht worden aangemerkt. Daarvan kan pas sprake zijn als de werkgever maatregelen had kunnen en moeten nemen, maar dat niet heeft gedaan.¹¹

2.2 Maatstaven uit de Arboret

Welke voorzorgsmaatregelen moeten worden getroffen, staat algemeen omschreven in de Arbeidsomstandighedenwet en de daarop gebaseerde lagere regelgeving en richtlijnen.¹² Er bestaat geen Arboretgeving voor beroepssporters. Ook in de Arboret is het woord 'redelijkerwijs' terug te vinden, wat aangeeft dat hetgeen van de werkgever verwacht mag worden, afhankelijk is van de omstandigheden van het geval en in verhouding dient te staan tot wat hij kan en mag.

Oordeelt de rechter dat de Arboret niet zijn nageleefd, dan kan dit leiden tot werkgeversaansprakelijkheid indien er een causaal verband bestaat tussen deze schending en de geleden schade.

2.3 Belangrijke maatstaven uit jurisprudentie

In jurisprudentie met betrekking tot werkgeversaansprakelijkheid geeft de Hoge Raad aanvullingen op de minimumnormen die in de Arboret staan. Een belangrijke aanvulling is het *Bayar/Wijnen*-arrest.¹³ Daarin worden de *Kelderluik*-factoren gegeven als handvatten voor de invulling van wat 'redelijkerwijs nodig is'. Daarbij wordt gekeken naar de aard van de werkzaamheden, de kenbaarheid van het mogelijke gevaar, de verwachte onoplettendheid van de werknemer, de ernst van de mogelijke gevolgen en de bezwaarlijkheid van het treffen van maatregelen.

Verder vult de Hoge Raad in dezelfde rechtsoverweging de Arbonormen aan met het *Jetblast*-criterium: voor risico's die niet kunnen worden weggenomen, dient dusdanig gewaarschuwd te worden dat het naar verwachting risicomijdend gedrag teweeg zal brengen.¹⁴ Dit geldt evenwel niet voor algemeen bekende gevaren.¹⁵

7 Vgl. C.A.M. van Bennekom e.a., *Werkhervatting na niet-aangeboren hersenletsel – onzichtbare gevolgen bemoeilijken arbeidsparticipatie*, NtvG 6 juni 2016 (online).

8 HR 10 juni 1983, ECLI:NL:PHR:1983:AG4611 (*Berisa/Raymakers*), r.o. 3.5.

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

10 HR 8 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB7423, r.o. 3.4.

11 Tjong Tjin Tai, noot bij HR 9 januari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BF8875 (*Landskroon/BAM*), punt 2.

12 Bijv. Arbocatalogi, RI&E standaarden en branchenormen.

13 HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3313 (*Bayar/Wijnen*), r.o. 3.3.2.

14 Vgl. HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO4224 (*Jetblast*).

15 HR 4 oktober 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AE4090 (*Laudy/Fair Play*), r.o. 3.6.

2.4 Huidige invulling in de praktijk

In tegenstelling tot andere contactsporten, zoals American Football en ijshockey, is bescherming van het hoofd bij voetbal niet reglementair verplicht. Er worden in die zin door de clubs geen preventieve maatregelen getroffen tegen het risico dat een speler hersenletsel oploopt. Als sprake is van mogelijk hersenletsel, moet de speler wel door de medische staf van de club onderzocht worden. Op grond van artikel 3 lid 1 sub a en b Arbowet en arbitrale jurisprudentie¹⁶ valt zowel de medische verzorging van een speler op het veld, als de medische begeleiding na de wedstrijd of training onder de zorgplicht van de voetbalclub. Daarbij is volgens de Hoge Raad¹⁷ een werkgever die bij de uitvoering van zijn verplichtingen op grond van artikel 7:658 BW gebruik maakt van hulp-personen aansprakelijk voor hun gedragingen op gelijke wijze als voor eigen gedraging.¹⁸

3. De invloed van spelregels op de zorgplicht van de werkgever

3.1 Spelregels vs. zorgplicht

Uit de jurisprudentie over werkgeversaansprakelijkheid volgt dat per casus moet worden bekeken wat de omvang van de zorgplicht is. Deze omvang wordt in het betaald voetbal mogelijk beïnvloed door het spelreglement. Spelregels zijn een onlosmakelijke component van sport, en dus ook van de werkzaamheden van voetballers. Normaliter geeft de werkgever de arbeidsinstructies. In de sportsector worden de spelreglementen echter door sportbonden opgesteld en gelden ze voor zowel club als speler. Dit kan tot onduidelijkheid leiden omtrent de omvang van de zorgplicht.

Als een speler bijvoorbeeld tijdens de wedstrijd een hoofd-hoofd-botsing meemaakt, mag de clubarts hem volgens de spelregels slechts drie minuten onderzoeken. Dit is te kort voor het stellen van een diagnose. Is er twijfel over de aanwezigheid van eventueel hoofdletsel, dan speelt de speler vaak gewoon verder. Blijkt achteraf dat het verder spelen schadelijk was voor zijn brein met allerlei klachten tot gevolg, dan rijst enerzijds de vraag of de club hem wel had mogen laten koppen ondanks dat de spelregels dit toestaan, en anderzijds of het de schuld van de club is dat deze de speler niet uitgebreider heeft onderzocht. Hoewel de spelregels een speler niet verbieden om niet te koppen, bestaat de kans dat de club de spelregels bij zijn verweer zal betrekken. De vraag is dan welke rol deze spelreglementen spelen in de omvang van de zorgplicht: bepalen spelregels de grenzen van de zorgplicht, staan spelregels los van de zorgplicht, of is

dit een van de omstandigheden die meewegen bij de omvang van de zorgplicht?

3.2 De invloed van zelfregulering

Voor de beantwoording van deze vraag dient voorop gesteld te worden dat deze spelreglementen geen wetten zijn, maar een vorm van zelfregulering door middel van private regels.¹⁹ En in jurisprudentie komt duidelijk de boodschap naar voren dat private reglementen van belang zijn voor de omvang van de zorgplicht die de ene partij tegenover de andere heeft.²⁰ Uit empirisch onderzoek blijkt ook dat de feitenrechter in de meeste gevallen groot gewicht toekent aan voorhanden zijnde private regelgeving.²¹ Op basis van deze lijn in de jurisprudentie kan geconcludeerd worden dat de spelregels een zekere mate van invloed hebben op wat redelijkerwijs van de club als werkgever verwacht mag worden. Dit strookt mijns inziens met de ratio van artikel 7:658 BW. Volgens de Hoge Raad is de ratio van artikel 7:658 BW namelijk niet gelegen in de aantasting van de werknemer, maar juist in de omstandigheid dat de werkgever degene is die bepaalt op welke plaats, onder welke omstandigheden en met welke hulpmiddelen de werknemer moet werken.²² In de sportcontext is het evenwel zo dat spelreglementen *niet* door de werkgever zijn vastgesteld, maar door de internationale sportorganisaties. Op grond van artikel 2:27 lid 4c BW zijn alle clubs en spelers door hun contractuele lidmaatschapsverhouding met de KNVB verplicht om deze regels te volgen.²³ Dit zorgt ervoor dat de werkgever in mindere mate bepaalt welke (mogelijk risicovolle) handelingen gangbaar zijn tijdens een wedstrijd. Evenwel is het een minimumeis dat de wettelijke bepalingen uit de Arbowet in acht genomen moeten worden. De daaruit voortvloeiende verplichtingen voor de werkgever worden echter ingekaderd door wat redelijkerwijs van de werkgever verwacht mag worden.

Op basis van het bovenstaande kan beargumenteerd worden dat de zorgplicht van de club tijdens wedstrijden zover strekt dat zij alles behoort te doen wat mogelijk is om hersenschade aan spelers te voorkomen of beperken, maar dat de inhoud van de spelregels wel een rol speelt bij het bepalen wat redelijkerwijs van de werkgever verwacht mag worden. Het verwachtingspatroon van de spelers wordt namelijk deels beheerst door de spelregels, en deze zijn op voorhand bekend. Dit houdt echter ook in dat er tijdens trainingen een grotere mate van zeggenschap bestaat vanuit de club, omdat het wedstrijdreglement dan niet in acht hoeft te worden genomen. Tijdens trainingen zal de zorgplicht van de club dus mogelijk strikter of verstrekkender zijn dan tijdens

16 CAS 2008/A/1534 (*Sandro da Silva v. Merriekh SC*), p. 6.

17 HR 15 juni 1990, ECLI:NL:PHR:1990:AC4217 (*Stormer/VOC*), r.o. 3.3.

18 Zo was Ajax als werkgever aansprakelijk voor de schade van Nouri, door het inadequate optreden van de medische staf bij diens hartstilstand.

19 Vgl. L. Westhoff, *Zelfregulering: een belangrijke bron voor civiele aansprakelijkheid binnen de sport?*, TvSR 2013, afl. 4, p. 71.

20 HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7419 (*Kouwenberg/Rabobank*); Hof Leeuwarden 26 juni 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW9768 (*Unigarant c.s.*).

21 C.O. Hoekstra, *Private regelgeving en haar invloed op de maatschappelijke betamelijkheid: een onderzoek naar de feitenrechtspraak*, AV&S 2020, afl. 6, p. 231.

22 HR 11 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6657 (*ABN AMRO/Nieuwenhuys*), r.o. 4.1.2.

23 Art. 3 lid 1 sub b Reglementen Betaald Voetbal.

de wedstrijden, en daar zullen clubs op moeten inspelen.

4. Acut hersenletsel in het voetbal: een onderschat arbeidsongeval

Voor het krijgen van een schadevergoeding (1) moet er sprake zijn van een zorgplichtschending, (2) moet er concrete schade zijn geleden en (3) moet deze in causaal verband staan met die zorgplichtschending. Er mag bovendien (4) geen sprake zijn van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer. Stelt een beroepsvoetballer dat hij hersenschade heeft opgelopen door de uitoefening van zijn voetbalwerkzaamheden, dan kan de club op deze vier gronden verweer voeren. Hieronder wordt een arbeidsongeval geschetst voor de context. Daarna wordt iedere grond besproken om duidelijk te krijgen onder welke omstandigheden een club aansprakelijk is voor de schade van de speler.

4.1 Het arbeidsongeval

Wanneer een speler een hoofdblessure oploopt tijdens de wedstrijd, beoordeelt de clubarts aan de hand van de vertoonde symptomen of de speler een hersenschudding heeft. Deze beoordeling wordt gedaan volgens de officiële *Sport Concussion Assessment Tool*.²⁴ Deze analyse gebeurt niet altijd grondig. Dit komt doordat er tien minuten nodig zijn om de assessment goed uit te voeren,²⁵ terwijl de spelregels slechts drie minuten medisch onderzoek op het veld toestaan.²⁶ Lijkt het mee te vallen, dan speelt de speler vaak gewoon verder. Er staat immers niet alleen een sportief, maar ook een financieel belang op het spel. Zo speelde Jan Vertonghen tijdens de halve finale van de *Champions League* nog tien minuten verder, nadat hij in botsing kwam met een ploeggenoot toen hij naar de bal sprong om te koppen. Hij liep wankel en had een hoofdwond. Het is speculatief, maar de vraag rijst of ze hem ook nog enige tijd verder zouden hebben laten spelen als er géén EUR 15 miljoen prijzengeld en een plek in de finale op het spel gestaan hadden.²⁷ Na die wedstrijd is Vertonghen ondanks zijn hersenschuddingsklachten door blijven werken. Naar eigen zeggen heeft hij daar nog maandenlang last van gehad, wat zijn spel beïnvloedde.²⁸

4.2 De club heeft aan haar zorgplicht voldaan

De speler hoeft niet aan te tonen dat er sprake is van schending van de zorgplicht. Het beschermingskarakter van artikel 7:658 BW leidt ertoe dat de werkgever moet

aantonen dat hij wél aan de zorgplicht heeft voldaan. Hij zal dit proberen door aan te tonen dat er aan de Arboregels is voldaan. De daaruit voortvloeiende verplichtingen worden evenwel ingekaderd door wat redelijkerwijs van de werkgever verwacht mag worden. De aanwezigheid van bindende spelreglementen – die een verwachtingspatroon van de spelers creëren – kan hierop mogelijk van invloed zijn.

Veel gehoord: kopverbod? Voetbalhelm?

In de inleiding kwam naar voren dat meerdere medische onderzoeken aansporen tot ingrijpen door de (inter)nationale voetbalbonden. De Europese Commissie accepteert de autonomie van sportorganisaties en vindt dat deze via zelfregulering verantwoordelijk zijn voor goed bestuur.²⁹ Dit, gecombineerd met rechters die groot gewicht toekennen aan zelfregulering, dwingt ertoe een afweging te maken tussen zorgplicht en spelelement. Ontstaat er bijvoorbeeld al een zorgplichtschending wanneer clubs hun spelers laten koppen tijdens de wedstrijd? Dat brengt risico's mee, maar is wel toegestaan binnen de spelregels. Sterker nog, dit lijkt op het eerste gezicht een significant element van het spel, waardoor het de vraag is of er niet een onredelijke onevenwichtigheid zal ontstaan wanneer de ene club haar spelers zou verbieden te koppen en de andere club niet. Daarmee zou de club dan mogelijk ook tegen het verliezen van wedstrijden kunnen aanlopen, waarmee financieel verlies gepaard gaat. Deze afweging berust op de eerder besproken *Kelderluik*-factoren: de 'aard van de werkzaamheden' en 'de bezwaarlijkheid van de te nemen maatregelen'. De aard van de werkzaamheden bevat immers ook het competitieve element en het willen winnen, waaraan het willen nemen van risico's inherent is. De bezwaarlijkheid van de maatregel 'kopverbod' zit in de belangrijke spel-tactische beperking die een club zal ervaren, wanneer hun spelers als enigen niet meer mogen koppen. Natuurlijk, de club kan nieuwe speltactieken oefenen, maar dat voorkomt niet dat er (door toedoen van het concurrerende team) spelsituaties ontstaan waardoor een kopbal het verschil kan maken in de score. Dít onevenwichtigheid zou alleen weggenomen kunnen worden wanneer de IFAB³⁰ de spelregels wijzigt.³¹ De KNVB-arbiters zullen deze afweging naar verwachting betrekken bij hun oordeelsvorming, omdat het gaat over een geschil binnen de voetbalwereld en de daarin bestaande belangen. Wel is het de vraag of deze afweging ook opgaat voor hersenletsel ontstaan tijdens trainingen. De kans is groot dat deze tot een ander resultaat zal leiden. Er is tijdens training veel meer vrijheid om dit spelelement op een veiligere manier te trainen. Bijvoorbeeld door het gebruik van zachtere of lichtere ballen. Verder verplicht de Arbowet de werkgever om aan de werknemer persoonlijke beschermingsmaterialen te geven, indien de werkgever de risico's redelijkerwijs niet

24 Afgekort bekend als: SCAT5.

25 Zie SCAT5.

26 Art. 7 lid 3 Laws of the Game.

27 How clubs 2018/19 UEFA Champions League revenue will be shared, UEFA 5 juni 2018 (online).

28 Jan Vertonghen: 'Door die klap tegen mijn hoofd tegen Ajax kon ik maanden niet brengen wat ik wou', Sporza 15 december 2020 (online).

29 Witboek Sport, COM(2007) 391, p. 13.

30 *International Football Association Board*.

31 Deze wijziging zou bijvoorbeeld kunnen bestaan uit een geheel kopverbod, behalve bij directe hoekschoppen.

bij de bron kan beperken.³² Handelt een club in strijd met dit voorschrift indien zij de spelers niet verplicht om een speciale voetbalhelm te dragen? Men kan argumenteren van wel. Immers, de werkgever moet zorgdragen voor de gezondheid van de spelers en de spelregels staan beschermende ‘hoofdbedekking’ expliciet toe.³³ Anderzijds valt te beargumenteren van niet, omdat elk bewijs ontbreekt dat een dergelijke helm hersenschuddingen voorkomt.³⁴ Daarbij zorgt een helm er wél voor dat spelers juist meer risico’s nemen, omdat ze zich veiliger voelen.³⁵

Voorts is bij de *Kelderluik*-afweging van belang dat er sprake is van kenbaarheid van het gevaar en de ernst van de mogelijke gevolgen die de speler ondervindt. Dit blijkt inmiddels uit de eerder aangehaalde medische onderzoeken. Komt de arbitragecommissie tot de conclusie dat er op basis van de *Kelderluik*-factoren geen zorgplichtschending bestaat, dan heeft de werkgever derhalve nog aan te tonen dat hij in lijn met het *Jetblast*-criterium heeft gehandeld. De betreffende speler moet dan dusdanig zijn gewaarschuwd dat verwacht had kunnen worden dat de speler het gevaar uit de weg zou gaan. Kan de club niet aantonen dat er is gewaarschuwd of anderszins verantwoordelijk is opgetreden, dan zal een andere verdediging nodig zijn.

4.3 Letselschade: acuut hersenletsel

De belangrijkste schadeposten van een profvoetballer die met hersenletsel uitvalt, zullen bestaan uit het verlies van verdienvermogen, medische kosten, kosten voor rechtsbijstand (vermogensschade) en uit immateriële schade (ander nadeel).³⁶ Deze schadeposten vloeien voort uit de fysieke schade die de voetballer lijdt. Deze fysieke schade kan bestaan uit verschillende gradaties van hersenschuddingen, van licht tot zwaar. Klachten die kunnen ontstaan na een hersenschudding zijn onder andere aanhoudende hoofdpijn, duizeligheid, concentratieproblemen, slapeloosheid, verminderde informatieverwerking en overgevoeligheid voor licht en geluid.³⁷ Het zijn daarnaast de hersendelen die zorgen voor reactievermogen, plancapaciteit, werkgeheugen en denktempo die bij zo’n klap beschadigd raken.³⁸ Juist bij sporters zijn dit functies die niet ondermaats mogen zijn wanneer zij mogelijk risicovolle handelingen verrichten om hun competitieve doelen te bereiken. Als een speler met een hersenschudding toch verder speelt en vervolgens opnieuw een harde klap tegen het hoofd te verduren krijgt, kan dit zeer ernstige en langdurige of

zelfs permanente gevolgen hebben.³⁹ Bij hersenschuddingen, ongeacht de gradatie, mag de impact van de klachten dus niet onderschat worden. De neurologische ernst van de hersenschudding vormt geen accurate indicatie voor de te verwachten klachten.⁴⁰ Wanneer een speler kenmerken van een lichte hersenschudding vertoont, rechtvaardigt de matige ernst in eerste opzicht dus niet een lichtvaardige behandeling (en het laten doorspelen van de voetballer).

Aantonen van de schade

De werknemer moet stellen, en bij betwisting bewijzen, dat hij schade heeft geleden. Dat kan een lastige drempeel opwerpen. Bij ‘gewone’ hersenschuddingen treedt er namelijk, ondanks alle klachten, geen zichtbare schade op aan de hersenen. Spelers met een hersenschudding die naar de neuroloog worden gestuurd voor een CT- of MRI-scan, krijgen vaak te horen dat er niets ernstigs aan de hand is.⁴¹ Vertonghen werd ook naar een neuroloog gestuurd. Op een CT-scan was geen schade aan het brein zichtbaar. Op basis daarvan concludeerde de club dat ‘er geen sprake was van een hersenschudding’.⁴² Dit is mijns inziens een misvatting. Mensen worden na een trauma vaak doorverwezen voor een scan om ernstig hersentrauma uit te sluiten. Dat er sprake is van een scan waarop niets te zien is, betekent dan ook enkel dat er geen zichtbaar ernstig hersenletsel is opgetreden. Het sluit echter niet uit dat een speler géén hersenschudding heeft.⁴³ In Vertonghens geval had hij nog negen maanden lang last van klachten (passend bij het *Post Concussion Syndrome*), die met iedere training en wedstrijd weer opspeelden.

Betwist de club dat er schade is en zijn de gestelde klachten niet objectief aantoonbaar, dan heeft de club een sterk verweer. De speler kan niet gemakkelijk aantonen dat hij écht klachten heeft en daarmee ook niet dat de schade voortvloeit uit het arbeidsongeval. Dergelijke medisch niet-objectiveerbare (dus subjectieve) klachten zorgen vaker voor discussies over het causaal verband. Whiplashklachten en de daarmee gepaard gaande ‘whiplash-discussie’ is daarvan het bekendste voorbeeld.⁴⁴ Nu zijn er uit de whiplash-jurisprudentie ontleende argumenten aan te voeren waardoor een speler zijn subjectieve klachten alsnog juridisch aannemelijk kan maken, het plausibiliteitscriterium,⁴⁵ maar er ontbreekt vooralsnog eenduidigheid over de vraag of deze argumenten

32 Art. 3 lid 1 sub b Arbeidsomstandighedenwet.

33 Spelregels veldvoetbal Nederlandse uitgave seizoen 2020-2021, KNVB, p. 20.

34 Sommigen benadrukken zelfs het tegendeel: zie de bespreking van oud *American Football*-speler David Camarillo: ‘Why helmets don’t prevent concussions – and what might’, youtube.com.

35 Aldus bondsarts Edwin Goedhart in: Voetbalveld op, dus helm op?, RTL Nieuws, 23 augustus 2019.

36 Zie art. 6:95, 96 en 106 BW.

37 Matser 2000, p. 21; Kelly & Rosenberg 1997, p. 577.

38 Een hersenschudding is een neuropsychologisch fenomeen – Erik Matser over niet-aangeboren hersenletsel, GZ-psychologie 2012, afl. 4, p. 1-2.

39 N.W. Churchill e.a., Neuroimaging of sport concussion: persistent alterations in brain structure and function at medical clearance, *Nature*, 24 Augustus 2017, p. 6.

40 C. van Heugten e.a., De onzichtbare gevolgen van hersenletsel, *Huisarts en Wetenschap*, 22 januari 2020 (online), p. 2.

41 Een hersenschudding is een neuropsychologisch fenomeen – Erik Matser over niet-aangeboren hersenletsel, *GZ-psychologie* 2012, afl. 4, p. 3.

42 Tottenham’s Jan Vertonghen Suffered Nose Injury, *Not Concussion in UCL vs. Ajax*, Bleacher Report, 2 mei 2019 (online).

43 Zo ook D.L. Brody, *Concussion Care Manual*, New York: Oxford University Press 2019, p. 9.

44 A. Kolder, *Personenschade: hoe rekbaar is het causaal verband?*, *Verkeersrecht* 2020, afl. 9, p. 266; K. Ertürk & P. Oskam, *Persoonlijk onderzoek bij moeilijk objectiveerbaar letsel*, *Verkeersrecht* 2017, afl. 3, p. 86.

45 Hof Arnhem-Leeuwarden 24 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3988, r.o. 5.2.

ook buiten whiplash-situaties om kunnen worden gebruikt. Dit zal dus zorgen voor een lastige discussie tussen speler en club. Zo ontkende Tottenham Hotspur dat Vertonghen een hersenschudding had.⁴⁶ Slaagt een speler er niet in zijn subjectieve klachten aannemelijk te maken, dan zal de aansprakelijkstelling van de club daarop spaaklopen.

4.4 Causaal verband

De speler zal naast het bestaan van de schade moeten aantonen dat de schade is veroorzaakt door zijn werkzaamheden. Voor de vaststelling hiervan zal een individueel medisch rapport nodig zijn. Daaruit moet dan ook een zekere bevestiging voortvloeien dat de klachten door de botsing of het bal-tegen-hoofd-contact zouden kunnen zijn ontstaan.

Volgens de Hoge Raad ligt het vervolgens op de weg van de werkgever om aan te tonen dat het wél voldoen aan de zorgplicht de schade niet zou hebben voorkomen.⁴⁷ Slaagt de speler erin het causaal verband tussen schade en onvoldoende zorgvuldigheid aannemelijk te maken, dan zal de club moeten aantonen dat de schade ook was ingetreden zonder onvoldoende zorgvuldigheid. In een zaak die voor het FIFA *Dispute Resolution Chamber* kwam, lukte de voetbalclub dat. De Kamer oordeelde dat het causaliteitsverweer standhield in het voorliggende geval van de gestelde ontoereikendheid van medische ondersteuning na een ernstige enkelblessure die leidde tot arbeidsongeschiktheid als voetballer.⁴⁸ Dit verweer zou bij hersenschade op kunnen gaan voor die situaties waarin een speler acuut hersenletsel oploopt en vervolgens inadequaat wordt behandeld. Dit is evenwel sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Er zal in de meeste gevallen eerder sprake zijn van samenwerkende oorzaken. Die vormen dan gezamenlijk de schade, terwijl ze afzonderlijk niet de volledige schade teweegbrengen. In die gevallen kan de nalatende club geen causaliteitsverweer voeren. Omdat het nalatige handelen een noodzakelijke factor is voor het intreden van de volledige schade, is er immers sprake van een *conditio-sine-qua-non*-verband.⁴⁹

4.5 Opzet of bewuste roekeloosheid

De club is bij zorgplichtschending voor de daaruit voortvloeiende schade aansprakelijk, tenzij zij aantoont dat de schade voortvloeit uit opzet of bewuste roekeloosheid van de speler. Het gedrag van de voetballer moet dan dusdanig bijdragen aan het ongeval dat de zorgplichtschending van de club daarbij in het niet valt.⁵⁰ Van opzet is enkel sprake wanneer een werknemer een handeling verrichtte met het oog op het ontstaan van de schade. Bewuste roekeloosheid ontstaat pas wanneer de werknemer zich van het roekeloze karakter van die ge-

draging daadwerkelijk bewust is.⁵¹ De drempel voor aanname van bewuste roekeloosheid ligt in de rechtspraak echter zeer hoog.

Maar wat nu als de situatie zo is dat een werknemer aantoonbaar bewust een belangenafweging maakt en ervoor kiest om sportgerelateerde gezondheidsrisico's te aanvaarden, omdat anders een ander gevaar zich mogelijk verwezenlijkt? Een profvoetballer die vanwege het risico structureel weigert om ballen te koppen, zal ondermaats presteren, zijn team mogelijk overwinningen uit handen nemen en zal zichzelf buitenspel zetten op de spelersmarkt. Een speler die geen risico's neemt voor zijn club, lijdt kortom ook schade. De club kan beargumenteren dat een voetballer meedoet aan een sport- (en spel)situatie waaraan deze risico's inherent zijn, waardoor de speler bij het deelnemen ook willens en wetens het risico op schade aanvaardt. Dat verweer zal echter ontoereikend zijn. In de eerste plaats omdat risico-aanvaarding geen afzonderlijk erkend rechtsfiguur is.⁵² Het feit dat werknemers risicovolle werkzaamheden verrichten, mag die werknemers daarom niet tegengeworpen worden door de werkgever als het aankomt op de zorgplicht. In de tweede plaats is het zeer de vraag of vrijwillige blootstelling aan een inherent arbeidsrisico snel als roekeloos zal worden gekwalificeerd.

5. Conclusie

Ik concludeer dat de gelaedeerde beroepsvoetballer geen makkelijke weg inslaat wanneer hij besluit om zijn letselschade te verhalen op zijn club. Het woord 'redelijkerwijs' in artikel 7:658 BW en de arboregels begrenzen wat er van de club mag worden verwacht. Het laat ook zien dat die grenzen in deze beroepssportcontext mede bepaald worden door de spelreglementen van het voetbal, met name tijdens wedstrijden.

De voetballer ondervindt de eerste drempel voor aansprakelijkheid wanneer hij moet aantonen dat hij schade heeft geleden. Hij kan te maken krijgen met bewijsproblemen omtrent de hersenschade. Een voetballer zal moeten beargumenteren dat het plausibiliteitscriterium voor medisch niet-objectiveerbare klachten hier moet worden toegepast. Dit is vereist voor het verhalen van de schade.

Dan zijn er nog de *Kelderluik*-factoren. Vaak werken die in het voordeel van de werknemer, maar in dit geval zeker niet. De afweging van de aard van de werkzaamheden en de bezwaarlijkheid van de te nemen maatregelen resulteert waarschijnlijk in een beperking van het aantal verwijten dat de club gemaakt kan worden. Wel moet de club haar spelers in lijn met het *Jetblast*-criterium waarschuwen voor het risico op hersenletsel. Awareness creëren lijkt me een fundamenteel begin voor verandering. Doet zij dit, dan dekt zij zich daarmee goed in. Doet zij

46 Tottenham's Jan Vertonghen Suffered Nose Injury, Not Concussion in UCL vs. Ajax, Bleacher Report, 2 mei 2019 (online).

47 HR 21 juni 1974, ECLI:NL:HR:1974:AC5463 (*Windmill/Roelofsen*).

48 DRC, 1 februari 2019, ov. 9, 17.

49 Vgl. Hof Leeuwarden 25 januari 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BP4897, r.o. 33.

50 HR 20 september 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2142 (*Pollemans/Hoondert*), r.o. 3.6.

51 HR 20 september 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2142 (*Pollemans/Hoondert*), r.o. 3.4.

52 Rb. Arnhem 23 april 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BD1779, r.o. 4.10.

dit niet, dan kan dat een grond vormen voor de speler om geleden schade te verhalen.

DRC-jurisprudentie liet verder zien dat ook een causaliteitsverweer al eens doel trof. Het is denkbaar dat dit ook in de situatie met acute hersenschade een geslaagd verweer vormt, wanneer de club enkel inadequate nazorg verweten kan worden. Of dit verweer zal slagen, hangt echter sterk af van de specifieke omstandigheden. Gezien de huidige beoordeling in de jurisprudentie van opzet- of bewuste roekeloosheidsverweren lijkt het erop dat de speler hier geen grotere risico's van kan verwachten dan werknemers in andere beroepsgroepen.

Al met al lijkt het erop dat spelers een zware strijd aan zullen moeten gaan met de club om schade vergoed te krijgen. De sport-specifieke aard van de werkzaamheden zou tijdens wedstrijden in een beperktere reikwijdte van de zorgplicht kunnen resulteren dan in andere beroepsgroepen. Of dat (on)terecht is, blijft open voor interpretatie. Dat hersenschade bij beroepsvoetballers beter voorkomen kan worden dan dat club en speler deze discussie moeten aangaan, lijkt me daarentegen evident. De aard van hersenschade noopt tot meer bescherming, te meer nu schadeverhaal in deze situatie extra moeilijk blijkt te zijn.