

155 Corona en letselschade

Sinds de uitbraak van Corona zijn diverse publicaties verschenen over de invloed van Corona op de civielrechtelijke aansprakelijkheid, bijvoorbeeld in het kader van de werkgeversaansprakelijkheid¹⁾ of medische aansprakelijkheid²⁾. Ik beoog geen overzicht of samenvatting te geven van deze artikelen, maar beperk mij tot een aantal signaleringen op het raakvlak van Corona met letselschade.

Strengere zorgplicht bij de thuiswerkplek?

Een eerste onderwerp betreft de vraag hoe de ontwikkelingen en beperkende maatregelen die de overheid ons oplegt, moeten worden ingepast in de zorgplicht van de werkgever bij thuiswerken als 'nieuwe norm'. De werkomstandigheden (zowel fysiek als psychisch) moeten daarbij nog steeds voortdurend punt van aandacht zijn voor de werkgever. Nog meer dan bij het 'reguliere' thuiswerk al aan de orde was, meen ik dat van de werkgever meer kan worden gevergd dan het zorgen voor een ergonomische inrichting van de thuiswerkplek.³⁾ Het monitoren (en beheersen) van de werkdruk, het bieden van laagdrempelige overlegstructuren en collegiaal overleg behoren hier mijns inziens ook toe. Juist gezien het steeds meer structurele karakter van deze nieuwe werkvormen, meen ik dat de lat voor de werkgever hier hoog ligt. Hoger dan voorheen vermoedelijk. Bij gebreke waarvan al snel sprake zal zijn van een geschonden zorgplicht en de werkgever aansprakelijk zal zijn voor het ontstaan van eventuele lichamelijke of geestelijke klachten hierdoor. Hierbij ligt het op de weg van de werkgevers om inventief te zijn en – afhankelijk van de actueel door de overheid gestelde regels en beperkingen – goede randvoorwaarden te scheppen voor een gezonde (thuis)werkomgeving, regelmatig na te gaan of de (thuis)werkplek inderdaad nog ergonomisch is, te controleren of er knelpunten zijn, etc. Daarbij dient de werkgever er op bedacht te zijn dat werknemers juist in de thuissituatie wellicht minder alert zullen zijn⁴⁾ op naleving van de 'basisregels' voor gezond werken zoals het aannemen van een ergonomische houding en het bewaken van een gezonde verhouding tussen werk en privé(tijd). De 'extra' zorgplicht van de werkgever bestaat er mijns inziens uit dat hier een iets actievere rol van de werkgever mag worden gevergd.

Uiteraard speelt het kenbaarheidsvereiste⁵⁾ hier wel een rol. Het is – juist gezien de fysieke afstand – de vraag in hoeverre van een werkgever kan worden verwacht dat hij problemen of knelpunten vroegtijdig signaleert (en verhelpt) wanneer de werknemer in kwestie geen signalen geeft dat de werkomstandigheden niet in orde zijn of klachten dreigen. Daar signaleer ik een spanningsveld.

Aansprakelijkheid voor Corona-besmetting op de werkplek (en elders)?

Dit betreft echter het voorkomen van 'indirecte' letselschade als gevolg van Corona. Ik kan mij voorstellen dat het met de cijfers over de inmiddels plaatsgevonden besmettingen, ziekenhuisopnames en dodelijke (geregistreerde) slachtoffers zeker niet ondenkbaar is dat deze slachtoffers en/of hun nabestaanden civielrechtelijk pogingen ondernemen om de aansprakelijkheid voor de besmetting en hierdoor ontstane schade op anderen af te wentelen. Ik denk dan aan de werkgever uit hoofde van de werkgeversaansprakelijkheid ex. art. 7:658 BW. Of (subsidiar) art. 7:611 BW⁶⁾ wanneer zou worden geoordeeld dat art. 7:658 BW toepassing mist omdat de werkgever in diens thuissituatie geen zeggenschap heeft over zijn werkplek en geen instructie heeft kunnen geven. Maar ook een vordering uit hoofde van art. 6:162 BW (gevaarstelling) richting horecagelegenheid, school, ziekenhuis, supermarkt, etc. is niet ondenkbaar. Dit betreft het tweede te bespreken onderwerp. Hierbij zijn mijns inziens twee elementen beslissend voor de beantwoording van de vraag of een dergelijke claim kans van slagen heeft.

(1) Hoe vullen we de zorgplicht in?

Het eerste element betreft het te formuleren verwijt richting de aansprakelijke partij. Welke zorgplicht heeft de werkgever geschonden en/of welk verwijt valt de aangesproken onderneming, organisatie of wellicht zelfs particulier te maken? Uiteraard is niemand de periodieke persconferenties met



Zorgplicht van de werkgever bij thuiswerken als 'nieuwe norm'.



1. O.a. R. Hijsmans-Zwijenburg & Y. Bos-Bremmer, 'Thuiswerken en werkgeversaansprakelijkheid: voorkomen is beter dan genezen', TAP 2021/130; N. Verhoeks, 'Corona en thuiswerken: werkgeversaansprakelijkheid?', PIV-Bulletin 2020, afl. 4.
2. O.a. R.P. Wijne, 'Hoe nood wet breekt. Aansprakelijkheid van de hulpverlener voor COVID-19-gerelateerde schade', L&S 2020/04; J. De Clerck & S. Könnig, 'Medische aansprakelijkheid en COVID-19', PIV-Bulletin 2021, afl. 1.
3. Welke verplichting ook met zoveel woorden staat genoemd in art. 1:47 lid 2 Arbobesluit: "indien de werknemer plaats onafhankelijke arbeid verricht in de eigen woning, dan wordt door de werkgever, tenzij de werknemer daar reeds uit eigen hoofde over beschikt, een werkplek als bedoeld in de artikelen 5.4 en 5.12 ter beschikking gesteld."
4. O.a. ECLI:NL:HR:2007:BA7355 (Van Veghel/Hendriks Bouwbedrijf) waaruit volgt dat een werkgever – in de normale werksituatie – ook al rekening moest houden met het ervaringsfeit dat een werknemer niet steeds de nodige voorzichtigheid zal betrachten, ook wanneer het meer ervaren werknemers zijn.
5. Onder meer uitgewerkt in ECLI:NL:GHSHE:2009:BK0617.
6. Zie o.a. ECLI:NL:HR:2009:BH1196 (M/V Communicatie/Van den Brink); ECLI:NL:HR:2011:BR5223 (Rooyse Wissel).



Aansluiting zoeken bij rechtspraak over werkgeversaansprakelijkheid en infectieziekten.



daarbij aangekondigde maatregelen of versoepelingen ontgaan. Van belang is aldus tegen het licht te houden of de (potentieel) aan te spreken partij destijds – met de wetenschap van toen – aan die verplichte maatregelen heeft voldaan. Wanneer een werkgever ondanks verplichting hiertoe geen onderlinge afstand van 1,5 meter kon waarborgen, geen ontsmettingsmogelijkheden kon bieden, er geen (extra) aandacht was voor hygiëne, geen extra voorzieningen zijn getroffen zoals spatschermen, mondkapjes(instructie), geen alternatieven heeft geboden voor de ouderwetse gezamenlijke lunch, geen volle liften heeft voorkomen, nog steeds rijdt met volle bedrijfsbusjes van en naar de werkplek etc., zal de schending van de zorgplicht hiermee feitelijk kunnen worden ingevuld. Deze verplichting staat ook met zoveel woorden opgenomen in art. 3.2a Arbobesluit (Tijdelijke aanvullende vereisten in verband met de bestrijding van de epidemie covid-19). Dit besluit verplicht de werkgever ter voorkoming of beperking van de kans op besmetting van werknemers of derden met Corona op de arbeidsplaatsen tijdig de uit de wetgeving of stand van de wetenschap volgende noodzakelijke maatregelen en voorzieningen te treffen. Waaronder in ieder geval valt het in acht nemen van voldoende hygiënische voorzieningen en het geven van doeltreffende voorlichting en onderwijs aan werknemers over de bestrijding van het Coronavirus op de arbeidsplaats. Daarnaast een verplichting tot het houden van adequaat toezicht op de naleving van de door de werkgever in te voeren noodzakelijke maatregelen en voorzieningen. Welke ‘noodzakelijke maatregelen of voorzieningen’ dan weer verwijzen naar specifieke(re) regelgeving en de actuele maatregelen die door de overheid bekend worden gemaakt.

Normaliter mag het daarbij even duren voordat een maatregel wordt ingevoerd, maar in deze specifieke Coronasituatie lijkt mij de datum van de inwerkingtreding van de specifieke maatregelen bepalend voor de vraag of voldoende invulling is gegeven aan de zorgplicht. Het woordje ‘tijdig’ in bovengenoemd Arbobesluit duidt hier ook op. Dat daarbij later andere, betere of slimmere manieren in de praktijk zijn ontwikkeld om de risico’s verder te beperken, is evident. Dat zal een werkgever mijns inziens niet direct kunnen worden tegengeworpen. Maar er moet wel sprake zijn (geweest) van een ‘veilige ondergrens’, waarbij conform de van overheidswege gegeven instructies en richtlijnen is gewerkt. Dit is een lastige, feitelijke en retrospectieve invulling, maar mijns inziens niet een onmogelijke exercitie. Hierbij meen ik dat het primair op de weg van het slachtoffer ligt om aan te geven waaruit de gestelde schending van de zorgplicht volgt. Het volstaan met de stelling dat ‘een zorgplicht is geschonden’ voldoet mijns inziens niet ter invulling van de op de eisende partij rustende stelplicht en bewijslast, ook niet binnen het kader van art. 7:658 BW. Uiteraard kan de werkgever ter betwisting van de gestelde geschonden zorgplicht nadere invulling en argumentatie geven hoe hij de situatie feitelijk had geregeld op de werkplek. Mijns inziens moet de ‘basis’ van het verwijt echter wel helder zijn en ligt het ex art. 150 Rv. op de weg van de eisende partij die basis van de vordering te schetsen.

Concrete jurisprudentie is mij op dit punt nog niet bekend. Maar ter invulling van en toetsing aan de zorgplicht kan wel aansluiting worden gezocht bij rechtspraak waar het de beoordeling van de werkgeversaansprakelijkheid betrof bij infectieziekten. Ik noem de situatie waar de werkgever werd aangesproken door zijn werknemer voor een in Thailand opgelopen infectieziekte.⁷ Ook de (wellicht meer bekende) uitspraak waar een werknemer ziek werd door het drinken van verontreinigd drinkwater in West-Afrika⁸ biedt aanknopingspunten. In beide zaken werd – kort gezegd – de toepasselijke norm of regel ter voorkoming van dit risico gehouden tegen de feitelijke situatie en de door de werkgever getroffen maatregelen. Dit met verschillende uitkomsten. In de eerste uitspraak kwam vast te staan dat de werkgever zijn eigen ‘buitenlandregeling’ niet had opgevolgd door de werknemer niet bij terugkomst aan een medische keuring te onderwerpen. Mede gezien het hiertoe specifiek uitgeschreven bedrijfsbeleid, vormde dit de grondslag voor een aangenomen normschending. Ook breder kan uit deze uitspra(ak)en echter worden afgeleid dat een keuring op zijn plaats kan zijn wanneer nog niet vaststaat dat er infectie heeft plaatsgevonden. In de huidige situatie zou dit dus een (preventieve) Coronatest (van betrokkene maar ook zijn collega’s) kunnen zijn.

Meer recent beoordeelde de Rechtbank Den Haag⁹ een vordering van een werknemster die tijdens het werk in een verslavingskliniek via een patiënt besmet was geraakt met tuberculose. De werknemster voerde onder meer aan dat de medewerkers (preventief) hadden moeten worden gevaccineerd tegen tuberculose, alle patiënten bij de kliniek preventief hadden moeten worden getest en alle medewerkers preventief hadden moeten worden gescreend en aanvullende instructies hadden moeten worden geven. Oftewel, alles wat maar mogelijk was om een dergelijke besmetting te voorkomen. De rechtbank toetste de specifiek in dit geval geldende regels die moesten worden nageleefd en de te treffen (preventieve) maatregelen¹⁰ ter voorkoming van het besmettingsrisico in deze specifieke situatie. Een hele feitelijke beoordeling dus waarbij van overheidswege is voorgeschreven dat meer maatregelen moeten worden getroffen naarmate het besmettingsrisico hoger ligt. Uiteindelijk oordeelde de rechtbank dat de werkgever gezien het geringe risicoprofiel hier had voldaan aan de zorgplicht.

Net als bij de ‘reguliere’ werkgeversaansprakelijkheid rust daarbij op de werkgever het risico dat de wel getroffen maatregelen door de werknemers op de werkplek niet (goed) worden nageleefd. Daar moet controle op zijn. En bij niet-naleving moeten sancties volgen. Het argument dat de (overige) werknemers de maatregelen niet hebben opgevolgd, of dit niet past binnen de bedrijfscultuur, zal een werkgever ook in deze specifieke situatie niet vrijwaren van aansprakelijkheid.

7. Rechtbank Rotterdam 29 maart 2005, ECLI:NL:RBROT:2005:AT3188.

8. HR 26 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN9977 (Fugro/Jones).

9. Kantonrechter Rechtbank Den Haag zp Den Haag 23 maart 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:4521.

10. Waartoe de Richtlijn Tuberculose van het RIVM bepalend was.

Lastiger is het om de geschonden norm handen en voeten te geven in de niet-werk-gerelateerde situatie. Uiteraard kan ook hier de bovengenoemde toets worden uitgevoerd teneinde de feitelijke situatie te toetsen aan de van overheidswege voorgeschreven maatregelen. Locaties die daar in negatieve zin van af wijken, voldoen niet aan de norm en hebben daarmee – naar men kan stellen – de bezoekers, klanten, passanten, etc. in gevaar gebracht. Essentieel punt daarbij is mijns inziens echter dat het betreden van dergelijke ruimtes – anders dan het werk zou men kunnen zeggen – op basis van vrijwilligheid is. Men heeft een keuze. Wel uit eten bij het restaurant dat het met de maatregelen niet nauw neemt of naar een ander restaurant gaan? Of wellicht zelfs helemaal niet uit eten gaan en afhaken of thuis laten bezorgen? Daarbij is het het slachtoffer zelf die een veiligheidsafweging kan (en mijns inziens moet) maken. Ik kan mij voorstellen dat dit een (forse) rem zet op de slagingskansen van een dergelijke civielrechtelijke vordering.

(2) Hoe toetsen we het causaal verband?

Het tweede element om te toetsen of een claim kans van slagen heeft, is de causaliteit. Uiteraard dient causaal verband te bestaan tussen de overtreden norm en de Coronabesmetting. Dit vereiste is hiermee tweeledig. Vast moet komen te staan dat de Coronabesmetting is opgelopen bij de aangesproken partij (op de werkplek, in de winkel, in het restaurant, etc.) én dat juiste naleving van de zorgplicht/normen deze besmetting had voorkomen. Uitsluitend wanneer de normschending evident was én overduidelijk is dat de besmetting op de betreffende locatie heeft kunnen plaatsvinden, zal mijns inziens aan dit eerste vereiste zijn voldaan. Dit laatste kan wel feitelijk worden vastgesteld aan de hand van bijvoorbeeld GGD-gegevens of besmettingen van collega's in de betreffende periode. Maar het verkrijgen van dergelijke gegevens zal door privacywetgeving niet eenvoudig zijn. Niettemin denk ik dat een dergelijke gemotiveerde onderbouwing van het gestelde causaal verband wel op het slachtoffer als eisende en stellende partij rust. Het tweede causale vereiste, namelijk de toets dat juiste naleving van de norm besmetting had voorkomen, is mijns inziens een lastige. Net als bij veel andere (beroeps)ziekten is niet altijd duidelijk welke maatregelen ter preventie absoluut veilig zijn én of een dergelijke veiligheidsgrens kan worden behaald. Deze causale discussie zal mijns inziens dan ook blijven bestaan.

Ik zie hier een grote gelijkens met de bewijsrechtelijke invulling van het causaal verband bij beroepsziekten. Naarmate meerdere oorzaken (lees: meerdere besmettingshaarden) de (beroeps)ziekte kunnen veroorzaken, worden hogere eisen gesteld aan de invulling van de bewijslast. Conform vaste rechtspraak¹¹⁾ is voor een vermoeden van causaal verband geen plaats wanneer het verband tussen de gezondheidsschade en de arbeidsomstandigheden te onzeker of te onbepaald is. Dit zou in een situatie als de onderhavige nog wel eens een hele lastige, zo niet onmogelijke, puzzel kunnen zijn. Waarbij ik mij bovendien kan voorstellen dat juist de hoge besmettelijkheid, grote besmettingsaantallen, maar ook slachtoffer-gebonden kenmerken zoals grote mobiliteit, groot sociaal netwerk, schoolgaande kinderen met hoger besmettingsrisico, deelname aan activiteiten naast het werk, etc. deze bewijslast inkleuren en de aangesproken partij hiermee (voldoende) invulling zal kunnen geven aan de op hem rustende gemotiveerde betwisting van het causaal verband.

Daarentegen zal de (arbeidsrechtelijke) omkeringsregel de werknemer in een dergelijke discussie wellicht te hulp kunnen schieten. Ook voor toepassing van deze arbeidsrechtelijke omkeringsregel is evenwel vereist dat het causaal verband niet te onzeker of te onbepaald is.¹²⁾ Wanneer deze arbeidsrechtelijke omkeringsregel wel van toepassing is, wordt het causaal verband tussen de overtreden norm en de schade aanwezig verondersteld, behoudens door de aangesproken partij te leveren tegenbewijs. Hier kan dan dus met een soort van bewijsvermoeden worden gewerkt. Dat is alleen mogelijk als de overtreden veiligheidsnorm (werkplek veilig ter voorkoming van Corona inrichten) ook daadwerkelijk beoogt het specifiek opgetreden gevaar (besmetting) te voorkomen. Het is dan aan de werkgever om tegenbewijs te leveren van dit aangenomen causaal verband. Het benoemen van mogelijke andere oorzaken om zodoende 'twijfel te zaaien' over de gestelde oorzakelijke relatie, volstaat hiertoe. De aangesproken werkgever zal dan wel ter invulling van zijn tegenbewijs (of in het stadium daarvoor ter invulling van zijn gemotiveerde betwisting) op concrete contra-indicaties moeten kunnen wijzen die besmetting elders impliceren. En dat betreffen meestal nu juist weer gegevens die in de privacy sfeer van de betreffende werknemer of diens collega's liggen. Aldus zal dit in voorkomende gevallen toch nog een lastige discussie kunnen worden. Doorslaggevend is bij welke partij de bewijslast uiteindelijk zal komen te liggen. Toepassing van de op dit punt bestaande jurisprudentie zou mijns inziens – met het doorgaan te onzekere of te onbepaalde causale verband gezien de hoge besmettelijkheid in ook niet-werk gerelateerde situaties – tot de conclusie moeten leiden dat geen ruimte is voor toepassing van de arbeidsrechtelijke omkeringsregel en het dus aan de benadeelde is om het bewijs te leveren.

Daarbij is het natuurlijk ook de vraag tot welke schade een dergelijke werk-gerelateerde Coronabesmetting heeft geleid. Het is geenszins ondenkbaar dat de betreffende medewerker – in de fictieve situatie zonder besmetting op het werk – ook op enig moment elders zou zijn besmet. Ook hier zie ik



Causaal verband moet niet te onzeker of te onbepaald zijn.



11. O.a. Lansink/Ritsma I en II, ECLI:NL:HR:2013:BZ1721, ECLI:NL:GHSHE:2019:780 en ECLI:NL:HR:2020:1996; ECLI:NL:HR:2013:BZ1717 (SVB/Van de Wege) en ECLI:NL:HR:2021:944 (Burn-out); ECLI:NL:HR:2018:536 (Badmeester).
12. Zoals duidelijk uitgeschreven door het Hof 's-Hertogenbosch en de Hoge Raad in Lansink/Ritsma.



Blootstelling aan het virus kan ook buiten werktijd zijn gebeurd



een parallel met beroepsziekten, zoals bijvoorbeeld asbest-gerelateerde aandoeningen. Waar bij de ziekte mesotheliom wordt aangenomen dat blootstelling aan één asbestvezel voldoende zou kunnen zijn voor het ontstaan van de ziekte, geldt dit in zekere mate ook voor Corona. Gezien de hoge besmettelijkheid van de diverse varianten, is een 'kuchje' in de metro, besmetting via de postbezorger, in de winkelstraat, etc. evenzeer gevaarzettend als de blootstelling op de werkplek waar de zorgplicht ter preventie niet of niet goed is nageleefd. Een kwestie van structurele causaliteitonzekerheid mijns inziens omdat blootstelling niet alleen tijdens maar zeker ook buiten werktijd kan zijn gebeurd.

Dit zou pleiten voor een beroep op doorbreking van causaal verband en/of beperking van de looptijd. Ook hier geldt echter weer dat de invulling van deze kans op besmetting elders wel enigszins concreet moet worden gemaakt (door de aangesproken partij).¹³ Uitsluitend een verwijzing naar de statistieken zal hiertoe vermoedelijk niet volstaan. Hoewel het interessant zou zijn met een beroep op deze statistieken proportionele aansprakelijkheid als subsidiair verweer te voeren. Wanneer een verwijzing naar (algemene) statistieken 'persoonlijk' kan worden gemaakt, bijvoorbeeld door aan te knopen bij de feitelijke invulling van de vrije tijd en dat te relateren aan bepaalde hogere risico's zoals wellicht uit de cijfers blijkt, denk ik dat hier wel mogelijkheden liggen.

Afsluitend

Ik sluit af met de vaststelling dat Corona in juridische zin interessante vragen oplevert waar het de invulling van de aansprakelijkheidsvraag betreft in de letselschade. Vaststelling en invulling van de geschonden norm en vervolgens toetsing hiervan lijkt wel mogelijk aan de hand van beschikbare regelgeving, voorschriften en met een portie 'gezond verstand'. Met name de causaliteitonzekerheid zal een flink obstakel vormen voor benadeelden, waarbij zich een vergelijking opdringt met de lastige bewijsrechtelijke discussie bij beroepsziekten.

Mr. Veneta Oskam

13. Zoals onder meer volgt uit
ECLI:NL:HR:2015:3397 (Jerrycan -arrest) en
ECLI:NL:HR:2018:311.