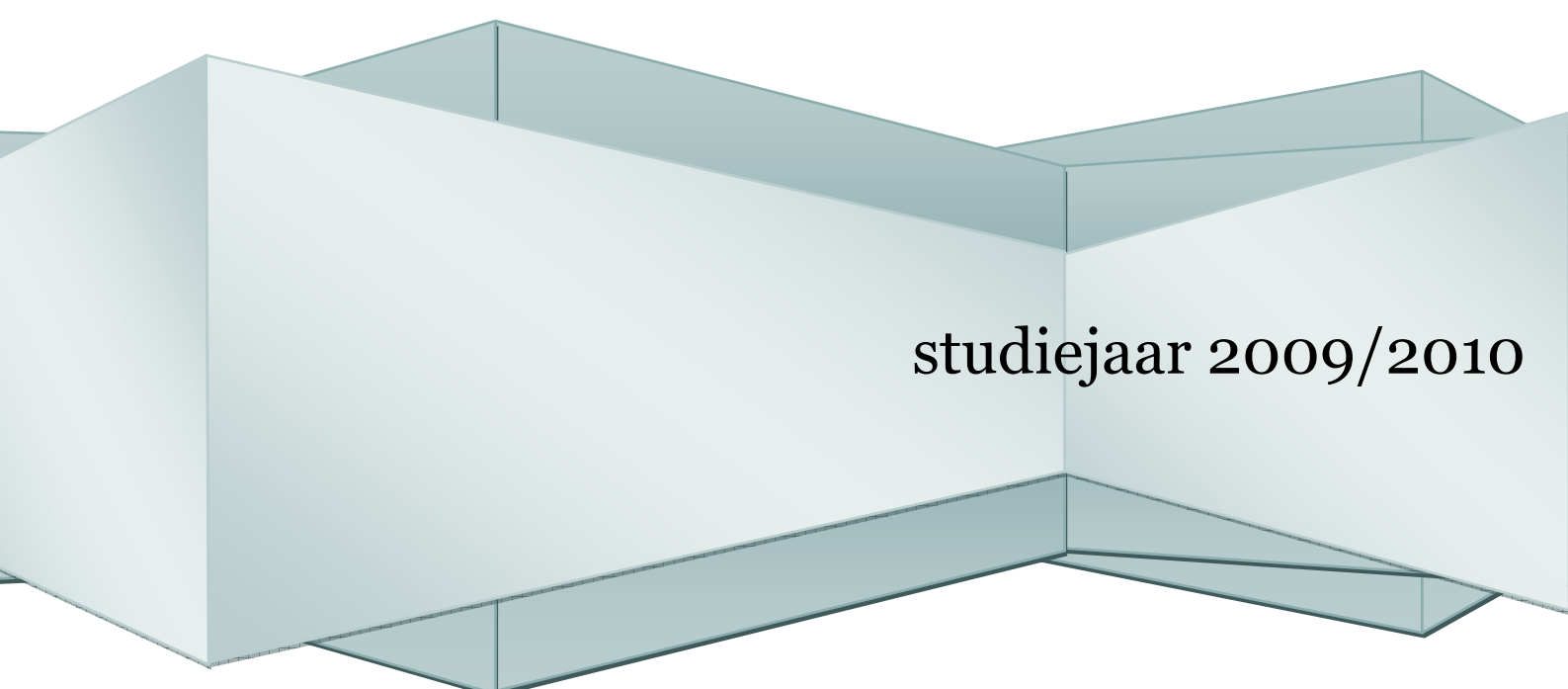


Aansprakelijkheid van de werkgever bij een burn-out

Wanneer voldoet de werkgever aan zijn plichten ex art. 7:658 lid 1 BW en 7:611 BW?

Auteur:
Plaats ter verschijning:
Datum:

D.M.H. van Schijndel
Eindhoven
31 mei 2010

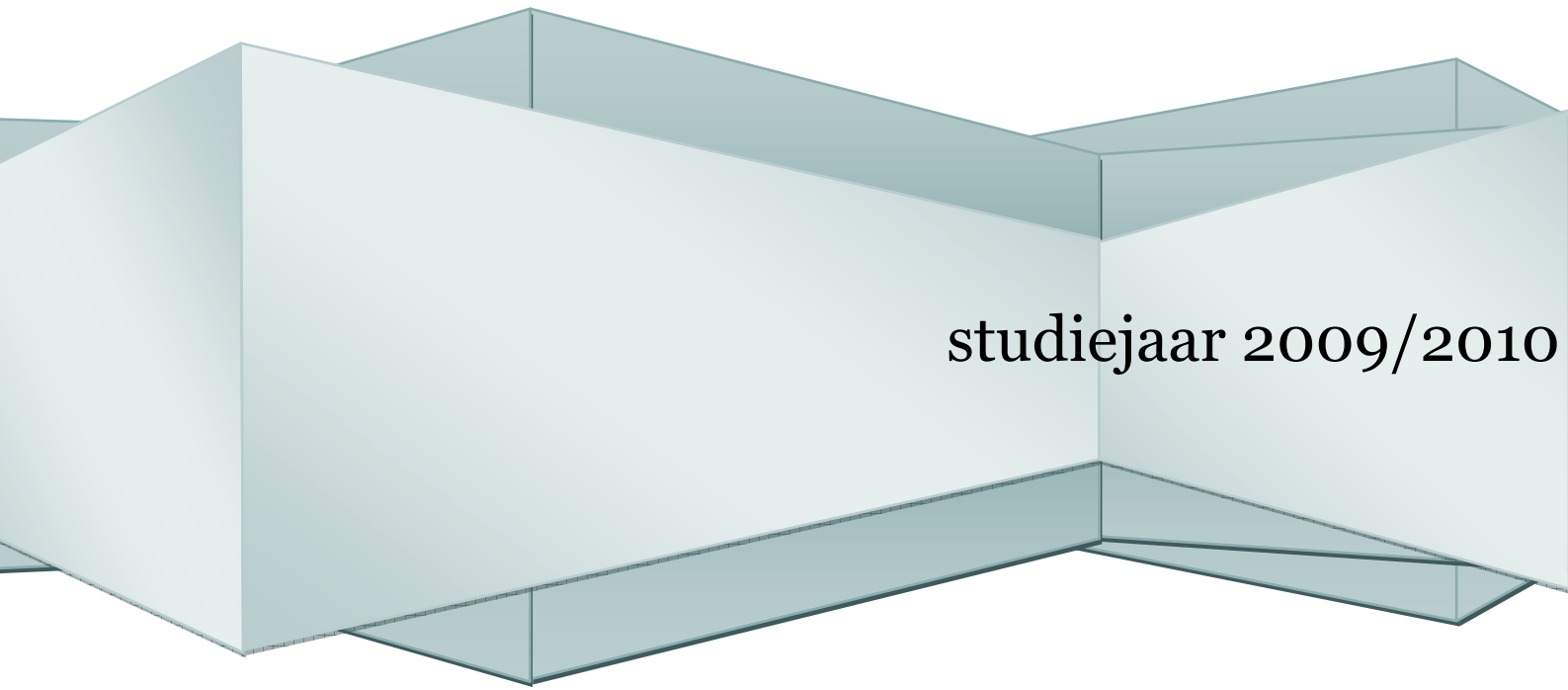


studiejaar 2009/2010

Aansprakelijkheid van de werkgever bij een burn-out

Wanneer voldoet de werkgever aan zijn plichten ex art. 7:658 lid 1 BW en 7:611 BW?

Auteur:	D.M.H. van Schijndel
Studentnummer:	2004458
Plaats ter verschijning:	Eindhoven
Datum:	31 mei 2010
Locatie opleiding:	's-Hertogenbosch
Afstudeermentor:	mr. T.G.M. Gersjes
Eerste afstudeerdocent:	mr. M.A.J. Weitering
Tweede afstudeerdocent:	mr. J.P.H. Timmermans
Afstudeerperiode:	februari 2010– juni 2010



studiejaar 2009/2010

Voorwoord

Deze scriptie is geschreven in het kader van mijn afstudeerstage bij Gersjes Advocaten van 9 februari 2010 tot en met 12 mei 2010. Deze scriptie is het sluitstuk van mijn studie HBO-Rechten aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys.

Gedurende zestien weken heb ik onderzoek verricht voor Gersjes Advocaten om de aansprakelijkheid van de werkgever bij een burn-out helder uiteen te zetten. Ik ben ontzettend blij dat ik de kans heb gekregen om me te verdiepen in een, moeilijk maar zeer interessant, civielrechtelijk vraagstuk. Het onderzoeksonderwerp ligt me aan het hart, met name gezien het feit omdat ik zelf wat (over)gevoelig ben voor werkstress. Het schrijven van deze scriptie heeft dan ook bij mij de nodige werkstress veroorzaakt! Het omzetten van het theoretische kader van het aansprakelijkheidsrecht in heldere conclusies en praktijkgerichte aanbevelingen is voor mij zeker niet gemakkelijk geweest en derhalve een goede leerschool.

Voor het tot stand komen van deze scriptie wil ik in het bijzonder de volgende personen bedanken. In eerste instantie wil ik mijn afstudeermentor, mr. T.G.M. Gersjes, bedanken voor de kans die hij me heeft geboden om op zijn gespecialiseerde kantoor af te studeren en voor zijn begeleiding gedurende mijn stageperiode. Daarnaast wil ik graag mevrouw mr. S.M. Teklenburg bedanken voor haar verhelderende kritiek en het beantwoorden van al mijn vragen. Vervolgens gaat mijn dank uit naar mijn afstudeerdocente, mevrouw mr. M.A.J. Weiting, omdat haar kritische blik, de kwaliteit van mijn scriptie zeker ten goede is gekomen.

Niet alleen wil ik deze personen bedanken voor het geven van commentaar en aanwijzingen, maar ook voor het geven van hun vertrouwen in het eindresultaat, door dit vertrouwen expliciet uit te spreken. Dit is voor mij erg belangrijk geweest in het onderzoeksproces, als heb ik dat misschien niet laten blijken. Tot slot wil ik graag mijn andere collega's van Gersjes Advocaten bedanken voor hun steun en gezelligheid tijdens mijn afstudeerperiode!

Diede van Schijndel
mei 2010

Inhoudsopgave

Afkortingenlijst	1
Begrippenlijst	2
Samenvatting	3
Hoofdstuk 1 Inleiding	5
Hoofdstuk 2 Onderzoeksformulering	7
§ 2.1 Probleembeschrijving.....	7
§ 2.2 Doelstelling	9
§ 2.3 Vraagstelling	9
§ 2.3.1 Hoofdvraag.....	9
§ 2.3.2 Deel- en subvragen	9
Hoofdstuk 3 De burn-out in een juridisch kader	10
§ 3.1 Definitie van een burn-out	10
§ 3.2 Werkgerelateerde oorzaken van een burn-out	11
§ 3.3 Niet-werkgerelateerde oorzaken van een burn-out.....	11
§ 3.3.1 Privéomstandigheden van de werknemer.....	11
§ 3.3.2 Eigenschappen van de werknemer.....	12
§ 3.3.3 Aandoeningen van de werknemer	12
§ 3.4 Een burn-out als beroepsziekte.....	12
Hoofdstuk 4 Inhoud van de verplichtingen op grond van art. 7:658 lid 1 BW	14
§ 4.1 De reflexwerking van de Arbowet- en regelgeving	14
§ 4.2 Belangrijkste regels uit de Arbowet en Arbobesluit en Arboregeling.....	15
§ 4.2.1 Rekening houden met de persoonlijke eigenschappen van de werknemer.....	15
§ 4.2.2 Algemeen beleid ter voorkoming van psychosociale arbeidsbelasting	15
§ 4.2.3 Inventarisatie en evaluatie van risico's (RI&E)	16
§ 4.2.4 Voorlichting en toezicht.....	17
§ 4.2.5 Periodiek arbeidsgezondheidskundig onderzoek (PAGO)	17
§ 4.2.6 Arbeidsomstandighedenspreekuur	17
§ 4.2.7 Arbeidstijden.....	17
§ 4.2.8 Plichten van de werknemer op grond van art. 7:658 BW	18
§ 4.2.9 Nadere invulling doelvoorschriften in arbeidscatalogi	18
Hoofdstuk 5 Werkgeversaansprakelijkheid ex art. 7:658 BW bij een burn-out	19
§ 5.1 Toepasselijkheid art. 7:658 BW bij psychische schade	19
§ 5.2 Bewijslast.....	20
§ 5.2.1 Bewijsverdeling krachtens art. 7:658 lid 2 BW	20
§ 5.2.2 Omkeringsregel voortvloeiend uit de jurisprudentie	21
§ 5.2.3 Verregaande versoepeling van de bewijslast voor de werknemer.....	22
§ 5.3 Vaststellen van een burn-out.....	22
§ 5.4 In de uitoefening van de werkzaamheden	23
§ 5.4.1 Excessieve of abnormale werkomstandigheden in objectieve zin of signalen waaruit de werkgever moest begrijpen dat de werknemer werd overbelast	24
§ 5.4.2 Causaal verband tussen de burn-out en de werkomstandigheden en causaal verband tussen de burn-out en de schending van de zorgplicht	25
§ 5.5 Zorgplicht van de werkgever en het causaal verband met de burn-out.....	26
§ 5.5.1 Causaliteit de tussen burn-out en de schending van de zorgplicht.....	26
§ 5.5.2 Objectieve en subjectieve kenbaarheid	27
§ 5.5.3 Voldoende kenbaar maken bij werkgever door werknemer.....	29
§ 5.5.4 Jurisprudentie met betrekking tot een schending van de zorgplicht	30
§ 5.5.5 Overtreding arbonorm in relatie tot zorgplichtschending	36
§ 5.6 Opzet of bewuste roekeloosheid werknemer.....	37
§ 5.7 Proportionele aansprakelijkheid	37

§ 5.7.1 Proportionele aansprakelijkheid bij predispositie	38
§ 5.7.2 Proportionele aansprakelijkheid bij privéomstandigheden.....	39
§ 5.8 Knelpunten bij aansprakelijkheid op grond van art. 7:658 BW bij een burn-out	39
§ 5.8.1 Geleidelijkheid van het intreden van een burn-out en privéomstandigheden.....	39
§ 5.8.2 Verschil in belastbaarheid en predispositie	40
§ 5.8.3 Schending van een concrete kenbare norm.....	40
Hoofdstuk 6 Werkgeversaansprakelijkheid ex art. 7:611 BW bij een burn-out	41
§ 6.1 Plichten van de werkgever op grond van art. 7:611 BW	41
§ 6.2 Schending verplichting tot het bevorderen van re-integratie	41
§ 6.3 Verschillen aansprakelijkheid art. 7:658 lid 2 en art. 7:611 BW	42
§ 6.2.1 Bewijslast	42
§ 6.2.2 Eigen schuld verweer	43
§ 6.2.3 Ratio en omvang van de schadevergoeding	43
§ 6.4 Art. 7:611 als vangnet voor art. 7:658 lid 2 BW?	43
§ 6.4.1 Onbehoorlijke bejegening of onzorgvuldige beslissingen.....	44
§ 6.4.2 Overbelasting die (mede) is ontstaan buiten het gezagsgebied en de invloedsfeer van de werkgever	45
§ 6.5 Geen beroep op art. 7:611 BW bij toepassing art. 7:685 lid 8 BW en art. 7:681 BW	45
Hoofdstuk 7 Conclusie.....	46
§ 7.1 Aansprakelijkheid op grond van art. 7:658 lid 2BW	46
§ 7.1.1 Causaal verband tussen de werkomstandigheden en de burn-out.....	46
§ 7.1.2 Zorgplichtschending die tot de burn-out heeft geleid.....	46
§ 7.1.3 Opzet of bewuste roekeloosheid en proportionele aansprakelijkheid	48
§ 7.2 Aansprakelijkheid op grond van art. 7:611 BW	48
Hoofdstuk 8 Aanbevelingen	49
§ 8.1 Algemene aandachtspunten.....	49
§ 8.2 Algemene regels onafhankelijk van een bepaalde situatie	49
§ 8.3 Regels afhankelijk van de werkomstandigheden en de kenbaarheid van de werkgever met de overbelasting	50
§ 8.4 Regels betreffende re-integratie	51
Hoofdstuk 9 Evaluatie	52
§ 9.1 Onderzoeksproces.....	52
§ 9.2 Onderzoeksproduct.....	52
Bronnenlijst	54

Afkortingenlijst

A-G	:	Advocaat-generaal
Arbobesluit	:	Arbeidsomstandighedenbesluit
Arboregeling	:	Arbeidsomstandighedenregeling
Arborichtlijnen	:	Arbeidsomstandighedenrichtlijnen
Arbowet	:	Arbeidsomstandighedenwet
art.	:	artikel
Atw	:	Arbeidstijdenwet
BW	:	Burgerlijk Wetboek
concl.	:	conclusie
CRvB	:	Centrale Raad van Beroep
Hof	:	Gerechtshof
HR	:	Hoge Raad der Nederlanden
JAR	:	Jurisprudentie Arbeidsrecht
Ktr.	:	Kantonrechter
LJN	:	Landelijk Jurisprudentienummer
MvA II	:	Memorie van Antwoord Tweede Kamer
MvT II	:	Memorie van Toelichting Tweede Kamer
NCvB	:	Nederlands Centrum voor Beroepsziekten
NJ	:	Nederlandse Jurisprudentie
NVAB	:	Nederlandse Vereniging voor Arbeids- en Bedrijfsgeneeskunde
NVvA	:	Nederlandse Vereniging van Arbeidsdeskundigen
p.	:	pagina
PAGO	:	periodiek arbeidsgezondheidskundig onderzoek
P-G	:	Procureur-generaal
Rb	:	Rechtbank
RI&E	:	Risico Inventarisatie en Evaluatie
RvdW	:	Rechtspraak van de Week
suppl.	:	supplement
TAR	:	Tijdschrift voor Ambtenarenrecht
T&C	:	Tekst & Commentaar
TVP	:	Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade

Begrippenlijst

Beroepsziekte

Wettelijke definitie zoals die is omschreven in art. 1.11 lid 1 Arboregeling; 'Een ziekte of aandoening als gevolg van een belasting die in overwegende mate in arbeid of arbeidsomstandigheden heeft plaatsgevonden'.

Burn-out

Een ernstige vorm van een met een belastende situatie samenhangend klinisch beeld van spanningsklachten met aanzienlijke beperkingen in het sociaal of beroepsmatig functioneren.

Excessieve of abnormale werkomstandigheden in objectieve zin

Werkomstandigheden waarbij vanuit mag worden gegaan, dat een gemiddelde werknemer in een dergelijke situatie zou worden overbelast.

Klassiek arbeidsongeval

Situatie waarin een werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden, op zijn werkplek, fysieke schade lijdt waarbij een concrete situatie, gedraging of omissie de schade heeft veroorzaakt en de schade niet geleidelijk is ontstaan.

Objectieve kenbaarheid (met de overbelasting)

Het feit dat de werkgever behoorde te weten dat zijn werknemer werd overbelast. Dit kan door het bestaan van excessieve of abnormale werkomstandigheden in objectieve zin of door duidelijke signalen van de werknemer zelf of een derde.

Predispositie

Bepaalde eigenschappen of aandoeningen die bij de werknemer de kans op een burn-out vergroten.

Psychosociale arbeidsbelasting

Wettelijke definitie zoals die is omschreven in art. 1 lid 3 sub e Arbowet: 'de factoren direct of indirect onderscheid met inbegrip van seksuele intimidatie, agressie en geweld, pesten en werkdruk, in de arbeidssituatie die stress teweeg brengen'.

Stress

Wettelijke definitie zoals die is omschreven in art. 1 lid 3 sub f Arbowet: 'een toestand, die als negatief ervaren, lichamelijke, psychische of sociale gevolgen heeft'.

Subjectieve kenbaarheid (met de overbelasting)

Het feit dat een werkgever daadwerkelijk wist dat de werknemer werd overbelast.

Werkgerelateerde burn-out

Een burn-out die is ontstaan door een belasting die in overwegende mate in de arbeid of de arbeidsomstandigheden heeft plaatsgevonden. (zie ook burn-out en beroepsziekte)

Samenvatting

Een groot deel van het ziekteverzuim van werknemers wordt veroorzaakt door een burn-out. In 2005 heeft de Hoge Raad in het arrest ABN-AMRO/Nieuwenhuis overwogen dat de werkgever onder bepaalde voorwaarden aansprakelijk is op grond van art. 7:658 BW voor de geleden schade van een werknemer ten gevolge van een burn-out. Gersjes Advocaten wil graag meer inzicht krijgen in wanneer een werknemer nu aanspraak maakt op een schadevergoeding ex art. 7:658 BW en wat een werkgever concreet zou moeten doen om zijn zorgplicht op grond van art. 7:658 BW na te komen zodat hij niet aansprakelijk is voor de schade van een werknemer door een burn-out. Daarnaast is het voor Gersjes Advocaten niet helder wanneer een (subsidiare) vordering tot schadevergoeding op grond van art. 7:611 BW kansrijk is. Dit onderzoek is een inventarisatie van de eisen voor aansprakelijkheid op grond van art. 7:658 BW en art. 7:611 BW voor de schade die een werknemer lijdt ten gevolge van een burn-out. Het doel van dit onderzoek is, om voor werknemers een checklist op te stellen met criteria wanneer de werkgever waarschijnlijk aansprakelijk is voor de schade ten gevolge van een burn-out van een werknemer en voor werkgevers regels op te stellen waaraan zij zich dienen te houden om aan hun plichten ex art. 7:658 BW en art. 7:611 BW te voldoen.

Uit het onderzoek blijkt dat het voor een werknemer niet eenvoudig is, om een schadevergoeding te verkrijgen van de werkgever, wanneer hij schade heeft geleden door een burn-out. Voor aansprakelijkheid van de werkgever ex art. 7:658 BW moet vast komen te staan dat de werknemer lijdt aan een burn-out, dat er causaal verband bestaat tussen de burn-out en de werkomstandigheden, dat de werkgever zijn zorgplicht heeft geschonden waardoor de schade is ontstaan en dat er geen sprake is van bewuste roekeloosheid of opzet bij de werknemer. Het bewijzen van een zorgplichtschending en causaal verband tussen de burn-out en de werkomstandigheden, leveren in de praktijk de meeste problemen op.

Causaal verband kan op vier manieren worden aangenomen door de rechter. Dit kan door het overleggen van een rapport, waarin een onafhankelijke deskundige op basis van eigen onderzoek naar de werkelijke werkomstandigheden, concludeert dat de burn-out werkgerelateerd is en niet geheel door een predispositie of privéomstandigheden is ontstaan, door te bewijzen dat de werkgever uit signalen van de werknemer of een derde had kunnen opmaken dat de werknemer werd overbelast of dat de werkomstandigheden in objectieve zin abnormaal of excessief waren. Daarnaast kan causaal verband tussen de werkomstandigheden en de burn-out worden aangenomen door het bewijzen dat de werkgever, een concrete kenbare norm ten aanzien van het voorkomen van een burn-out heeft geschonden, waardoor de rechter de omkeringsregel toepast.

Zoals blijkt uit dit onderzoek is de omvang van de zorgplicht afhankelijk van de kenbaarheid van de werkgever met de overbelasting en of er sprake is van werkomstandigheden die in objectieve zin abnormaal of excessief zijn. Is de overbelasting niet kenbaar bij de werkgever en zijn de werkomstandigheden in objectieve zin niet excessief of abnormaal, dan heeft de werkgever naast zijn concrete verplichtingen ingevolge de Arbowet- en regelgeving geen plicht om specifieke maatregelen te nemen om overbelasting tegen te gaan. Is het voor de werkgever kenbaar dat de werknemer wordt overbelast ondanks dat er in objectieve zin geen excessieve of abnormale werkomstandigheden zijn, dan rust op de werkgever de plicht om specifieke maatregelen te nemen. Deze maatregelen dienen als eerste gericht te zijn op de mogelijkheid om de werknemer om te leren gaan met de overbelasting ('coping'). Hebben deze maatregelen geen effect dan dient de werkgever maatregelen te nemen om de overbelasting weg te nemen. Deze maatregelen kunnen bestaan uit het ontnemen van taken, het aannemen van ondersteunend personeel, het overplaatsen van een werknemer of het aanbieden van een andere functie met een lagere werkbelasting.

Is er sprake van werkomstandigheden die in objectieve zin abnormaal of excessief zijn, dan is de zorgplicht van de werkgever het zwaarst en dient hij maatregelen te nemen om de excessieve of abnormale werkomstandigheden weg te nemen.

Uit de praktijk blijkt dat de overbelaste werknemer vaak niet duidelijk aangeeft bij zijn leidinggevende of werkgever dat hij wordt overbelast waardoor de werkgever geen specifieke maatregelen neemt om overbelasting te voorkomen. De belangrijkste aanbeveling is daarom dat, naast het nemen van specifieke maatregelen in voornoemde situaties, de werkgever zelf op eigen initiatief zou moeten onderzoeken of werknemers worden overbelast. Dit kan eenvoudig door hier expliciet naar te vragen in periodieke functioneringsgesprekken of door het periodiek afnemen van een vragenlijst waarin de werknemer wordt gevraagd naar zijn belastbaarheid en zijn huidige werkbelasting. Dit is een werkgever op grond van de huidige wet- en regelgeving en jurisprudentie niet verplicht maar hiermee geeft de werkgever wel op een juiste manier invulling aan art. 3 lid 2 Arbowet waarin de werkgever wordt verplicht proactief beleid te voeren om een te hoge werkdruk te voorkomen.

Hoofdstuk 1 Inleiding

Het merendeel van de 1.170 meldingen van psychische beroepsziekten betreft overspannenheid en burnout. Bedrijfsartsen schatten dat werkgebonden psychische aandoeningen gepaard gaan met een aanzienlijke duur van het verzuim. Van alle beroepsziekten heeft psychisch letsel, overspannenheid en burn-out het grootste aandeel in het aantal ziekteverzuimdagen, namelijk 19%. Nieuwe risico's voor werkgebonden psychische aandoeningen zijn onder andere intensivering van het werk en de slechte balans tussen het werk- en privéleven van werknemers. De huidige economische crisis en de daarmee gepaard gaande ontslaggolven zullen waarschijnlijk ook hun tol gaan eisen.

Dit constateert het Nederlands Centrum voor Beroepsziekten (NCvB) in zijn rapport waarin de cijfers van de gemelde beroepsziekten in 2008 worden gepresenteerd.¹ Van de in totaal 6.952 gemelde gevallen van een beroepsziekte, is 17% een psychische aandoening waarvan 79% de beroepsziekte overspannenheid of een burn-out betreft. De overspannenheid/burn-out neemt hiermee een groot aandeel van het aantal beroepsziekten voor zijn rekening. Daarnaast geeft 40% van de werknemers in 2008 aan dat zij vaak of structureel onder een hoge werkdruk moet werken.² Een hoge werkdruk is in 58% van de gevallen van overspannenheid of burn-out de eerst gemelde oorzaak.³

Gezien het feit dat voornamelijk de burn-out vaak leidt tot langdurig ziekteverzuim is het voor de werkgever van belang om een burn-out te vermijden. Niet alleen omdat de burn-out tot langdurig ziekteverzuim kan leiden, maar ook omdat de werkgever geconfronteerd kan worden met een gerechtelijke procedure waarin de werknemer zijn geleden schade ten gevolge van de burn-out wil verhalen op de werkgever. Net als bij fysieke beroepsziekten is het sinds het arrest van ABN-AMRO/Nieuwenhuis, een definitief gegeven dat de werkgever aansprakelijk kan zijn voor de schade ten gevolge van psychisch letsel dat door de werkomstandigheden is veroorzaakt.⁴ Daar komt bij dat sinds de wijziging van de Arbeidsomstandighedenwet (Arbowet) in 2007 meer nadruk wordt gelegd op de verplichting van de werkgever om preventief beleid te voeren om (een te hoge) werkdruk te voorkomen althans te beperken. Het is daarom voor een werkgever belangrijk om te weten wat hij moet doen om een burn-out te voorkomen bij zijn werknemers, zeker in een maatschappij die juridiseert en waarin een hoog ervaren werkdruk aan de orde van de dag is. Naast dat het voor een werkgever van belang is om te weten wat hij moet doen om een burn-out te voorkomen bij zijn werknemers is dit voor een werknemer ook relevant om te weten. Een werknemer die zijn werkgever aansprakelijk wil stellen voor de geleden schade ten gevolge van een burn-out zal moeten weten wat een werkgever had moeten doen om deze burn-out te voorkomen. Dit onderzoek beschrijft enerzijds de eisen die worden gesteld aan de aansprakelijkheid van een werkgever voor de schade van een werknemer ten gevolge van een burn-out en anderzijds de eisen die aan een werkgever worden gesteld om een burn-out bij een werknemer te voorkomen.

Om tot een duidelijke uiteenzetting te komen van de aansprakelijkheid van de werkgever voor de geleden schade ten gevolge van een burn-out is het onderzoeksrapport als volgt ingedeeld.

¹ Coronel Instituut voor Arbeid en Gezondheid, UVA, AMC, *Beroepsziekten in cijfers 2009*, NCvB, Amsterdam 2009, p.46

² John Klein Hesselink e.a. *Arbobalans 2009, Kwaliteit van de arbeid, effecten en maatregelen in Nederland*, TNO Kwaliteit van leven, Hoofddorp 2009

³ Coronel Instituut voor Arbeid en Gezondheid, UVA, AMC, *Beroepsziekten in cijfers 2009*, NCvB, Amsterdam 2009, p.46

⁴ HR 11 maart 2005, *JAR* 2005, 84 en HR 5 juni 2009, *LJN* BII508

Voordat er inhoudelijk wordt ingegaan op de aansprakelijkheid van de werkgever en zijn verplichtingen om een burn-out te voorkomen wordt in hoofdstuk twee het onderzoekskader geschetst. De aanleiding van het onderzoek wordt beschreven en het probleem dat in dit onderzoek centraal staat wordt nader uitgewerkt. Tevens is er een doelstelling geformuleerd die aangeeft wat dit onderzoeksrapport concreet moet opleveren. Aan het einde van het hoofdstuk is er een hoofdvraag geformuleerd die beantwoord dient te worden om de doelstelling te bereiken. Daarnaast zijn er voor de beantwoording van de hoofdvraag deel- en subvragen geformuleerd.

Hoofdstuk drie behandelt de begrippen overspannenheid en burn-out. Om te kunnen bepalen wat een werkgever moet doen om overspannenheid of een burn-out te voorkomen, is het essentieel om te weten welke oorzaken hieraan ten grondslag liggen. Tevens wordt ingegaan op de werkgerelateerdheid van een burn-out. Wanneer spreekt men van een werkgerelateerde burn-out, hoe wordt dit bepaald en welke regelgeving heeft hierop betrekking?

Aansprakelijkheid bij een burn-out wordt in de praktijk primair gebaseerd op art. 7:658 BW van het Burgerlijk Wetboek (BW). Uit dit artikel vloeien veel verplichtingen voort waaraan een werkgever moet voldoen om de veiligheid en de gezondheid van zijn werknemers te waarborgen. De belangrijkste geschreven normen waaraan een werkgever moet voldoen om bij zijn werknemers een burn-out te voorkomen worden in hoofdstuk vier behandeld.

Vervolgens gaat hoofdstuk vijf in op de eisen voor aansprakelijkheid op grond van art. 7:658 BW. Hierbij wordt ook met name ingegaan op de uitwerking van de normen die in hoofdstuk drie zijn behandeld, in de jurisprudentie. Hoe moet in de praktijk vormgegeven worden aan deze normen?

Art. 7:611 BW is in aansprakelijkheidszaken omtrent een burn-out vaak een subsidiaire grondslag voor een schadevergoeding. In hoofdstuk 6 wordt ingegaan op de geschreven en ongeschreven normen die uit art. 7:611 BW voortvloeien en van belang zijn bij een burn-out. Aangezien de normen voortvloeiende uit art. 7:611 BW voor het voorkomen van schade en het beperken van schade bij een werknemer ten gevolge van een burn-out niet zo omvangrijk zijn als bij art. 7:658 BW en de jurisprudentie beperkt is, worden de verplichtingen en de toepassing daarvan in de jurisprudentie in één hoofdstuk behandeld.

Op basis van de beschreven resultaten uit het onderzoek worden in hoofdstuk zeven conclusies getrokken. Wanneer wordt aan de voorwaarden, voor aansprakelijkheid van de werkgever voor de schade van de werknemer ten gevolge van een burn-out, voldaan? De conclusies geven hiermee deels antwoord op de hoofdvraag.

In hoofdstuk acht worden aanbevelingen gedaan aan de werkgever om te voldoen aan zijn plichten ex art. 7:658 BW en art. 7:611 BW. Wat moet een werkgever in de praktijk nu concreet doen om te voorkomen dat een werknemer een burn-out krijgt en aansprakelijkheid kan worden uitgesloten? Voldoet de werkgever aan deze aanbevelingen dan is hij hoogstwaarschijnlijk niet aansprakelijk voor de schade die een werknemer oploopt door een burn-out. Daarnaast kunnen sommige aanbevelingen niet alleen bijdragen aan het voorkomen van aansprakelijkheid maar ook leiden tot het voorkomen van burn-out-claims van werknemers.

Tot slot wordt het onderzoek in hoofdstuk negen geëvalueerd. Hier wordt voornamelijk ingegaan op hoe het onderzoeksproces is verlopen, in hoeverre het onderzoek betrouwbaar en valide is en in hoeverre de doelstelling van het onderzoek is behaald. Het onderzoeksplan en de concrete (in de praktijk toepasbare) producten die dit onderzoeksrapport volgens de doelstelling moet opleveren zijn te vinden in de aparte bijlagen.

Hoofdstuk 2 Onderzoeksformulering

In dit hoofdstuk wordt het onderzoeksonderwerp dat centraal staat geschetst en afgebakend. Er is een doelstelling geformuleerd en een daarbij aansluitende hoofdvraag. De hoofdvraag is opgedeeld in drie deelvragen die leiden tot beantwoording van de hoofdvraag. Twee deelvragen zijn deze opgedeeld in subvragen omdat zij vrij uitgebreid zijn. De deel- en subvragen vormen de basis voor de hoofdstukindeling.

§ 2.1 Probleembeschrijving

Op grond van art. 7:658 lid 1 BW heeft een werkgever een zorgplicht, die hem verplicht lokalen, werktuigen en gereedschappen waarin of waarmee de arbeid wordt verricht op zodanige wijze in te richten en te onderhouden, alsmede maatregelen te treffen en aanwijzingen te geven die redelijkerwijs nodig zijn, om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt. Een schending van deze zorgplicht kan er toe leiden dat de werkgever aansprakelijk is voor de schade die is ontstaan uit een burn-out die de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden heeft opgelopen.

Is het voor de werknemer onzeker of de werkgever aansprakelijk zal zijn voor de schade van een burn-out die het gevolg is van de (slechte) werkomstandigheden ex art. 7:658 lid 1 BW, dan wordt art. 7:611 BW subsidiair ten grondslag gelegd aan de vordering tot schadevergoeding. De ruime formulering van art. 7:611 BW verplicht de werkgever om zich als goed werkgever te gedragen.

Het is niet eenvoudig aan te geven wanneer een werkgever nu aansprakelijk is voor de geleden schade van de werknemer door een burn-out. Een burn-out kan namelijk meerdere oorzaken hebben en die oorzaken kunnen zich ook (deels) in de privésfeer van de werknemer bevinden. Daarnaast ontstaat een burn-out geleidelijk en is dé hoofdoorzaak niet altijd concreet aan te wijzen. De schade geleden door een burn-out is per definitie moeilijker te verhalen op de werkgever dan schade die door een klassiek arbeidsongeval is veroorzaakt.

Een eventuele schending van de zorgplicht van de werkgever en het feit dat de werknemer moet aantonen dat de schade is geleden in de uitoefening van de werkzaamheden is voor het bepalen van de aansprakelijkheid van belang. De zorgplicht, de plicht van de werkgever om maatregelen en instructies te geven die van hem redelijkerwijs kunnen worden gevergd om de factoren die een burn-out kunnen veroorzaken zoveel mogelijk te beperken, hangt samen met de werkomstandigheden. Uit de jurisprudentie blijkt dat de bewijslast van de werkgever met betrekking tot zijn zorgplicht en de bewijslast van de werknemer met betrekking tot het aantonen dat de schade is geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden, elkaar beïnvloeden en dat zij als het ware met elkaar zijn vervlochten.

Op 15 juli 2009 is een nieuwe registratierichtlijn, E002 ‘Beroepsgebonden overspanning/burn-out, vastgesteld door het NCvB. Deze richtlijn geeft bedrijfsartsen⁵ een instrument waarmee zij kunnen bepalen of de klachten van een werknemer door een burn-out werkgerelateerd zijn. Het doel van deze richtlijn is inzicht te krijgen in het vóórkomen en voorkómen van een burn-out als gevolg van (slechte) werkomstandigheden.

⁵ In dit onderzoeksrapport worden de termen bedrijfsarts en arbo-arts door elkaar gebruikt, zij hebben dezelfde betekenis.

De richtlijn is maatgevend en schept een kader voor de juridische praktijk ten aanzien van de verplichtingen van de werkgever (zorgplicht) jegens de werknemer en het bepalen van de werkgerelateerdheid van de burn-out (in de uitoefening van de werkzaamheden).⁶ Hiermee is de richtlijn van belang voor het bepalen van aansprakelijkheid van een werkgever voor een burn-out van zijn werknemer.

De werkgever dient duidelijk beleid te voeren om te voorkomen dat een werknemer een burn-out krijgt ten gevolge van de werkomstandigheden. Daarnaast dient de werkgever beleid te voeren dat er op gericht is om de gevolgen van een burn-out bij een werknemer zoveel mogelijk te beperken, maar hoe moet dit beleid worden vormgegeven?

Voor Gersjes Advocaten (gespecialiseerd in zowel het arbeidsrecht als in letselschade) is het niet geheel helder wanneer de werkgever ten aanzien van het voorkomen van een burn-out zijn zorgplicht schendt, waardoor hij aansprakelijk is voor de schade van de werknemer ten gevolge van de burn-out. Hoe ver gaat deze zorgplicht ten aanzien van een burn-out? Hoe moet deze zorgplicht ten aanzien van een burn-out worden ingevuld? Wanneer neemt een rechter aan dat de burn-out is ontstaan in de uitoefening van de werkzaamheden en wat is de invloed daarvan op de zorgplicht? Voor welke ankers moet je gaan liggen voor een vergoeding van de geleden schade van een werknemer ten gevolge van een burn-out? Gersjes Advocaten heeft behoefte aan duidelijke criteria die aangeven wanneer een werkgever aansprakelijk is voor de schade ten gevolge van een burn-out en aan duidelijke regels voor een werkgever om aansprakelijkheid te voorkomen.

Met dit onderzoek wordt ernaar gestreefd om voor Gersjes Advocaten regels op te stellen waaraan werkgevers moeten voldoen om aan hun zorgplicht ex art. 7:658 BW en art. 7:611 BW te voldoen en daarmee aansprakelijkheid voor een burn-out van een werknemer op grond van deze artikelen uit te sluiten. Aangezien Gersjes Advocaten zowel de belangen behartigt van werkgevers in het arbeidsrecht als slachtoffers van letselschade (lees: werknemers) wordt er ook een checklist gemaakt voor werknemers met een burn-out. Wordt aan de voorwaarden van deze checklist voldaan dan kan de werkgever waarschijnlijk met succes aansprakelijk worden gesteld voor de geleden schade van de werknemer ten gevolge van een burn-out.

De resultaten van dit onderzoek zijn dus bruikbaar voor beide betrokken partijen. De regels voor de werkgever zijn in een vroegtijdig stadium bruikbaar; wat moet de werkgever doen om aan de op hem rustende zorgplicht te voldoen om een burn-out te voorkomen of wanneer een burn-out toch is opgetreden de gevolgen te beperken? De checklist voor de werknemer daarentegen is in een later stadium bruikbaar waarin de werknemer, de werkgever aansprakelijk wil stellen voor de al geleden schade en waarin het stadium dat de werkgever aan zijn zorgplicht had moeten voldoen al voorbij is. Beide instrumenten helpen Gersjes Advocaten in individuele gevallen de volgende vragen te beantwoorden, voor de werkgever: (hoe) voldoe ik aan mijn zorgplicht op grond van art. 7:658 lid 1 BW en art. 7:611 BW ten aanzien van een (eventuele) burn-out van de werknemer? Voor de werknemer: kan ik in deze situatie mijn werkgever met succes aansprakelijk stellen voor de geleden schade ten gevolge van een burn-out?

⁶ mr. L. Charlier, 'De overspannen werknemer objectief bezien', *Letsel & Schade*, 2009/176, afl. 3, p. 3 en 5

§ 2.2 Doelstelling

Op 28 mei 2010 wordt aan Gersjes Advocaten een richtlijn overhandigd, bestaande uit regels voor de werkgever waaraan hij moet voldoen om zijn verplichtingen op grond van art. 7:658 lid 1 BW en art. 7:611 BW na te komen en daardoor aansprakelijkheid voor een burn-out van een werknemer uit te sluiten én een checklist voor de werknemer waaraan voldaan moet worden om een werkgever met succes aansprakelijk te kunnen stellen voor de geleden schade ten gevolge van een burn-out, waardoor Gersjes Advocaten bij soortgelijke zaken een meetinstrument heeft bij het bepalen of aansprakelijkheid van de werkgever een haalbare zaak is en zij cliënten deugdelijk kan adviseren over wat zij juridisch gezien moeten doen om een burn-out bij een werknemer te voorkomen en of de schade van een burn-out te beperken.

§ 2.3 Vraagstelling

De vraag die in dit onderzoeksrapport centraal staat en die dient om de doelstelling te behalen, is hieronder geformuleerd. In de conclusies en aanbevelingen zal de hoofdvraag worden beantwoord. De deel- en subvragen dienen als indicatie van de hoofdstukindeling van dit onderzoeksrapport en leiden stapsgewijs naar beantwoording van de hoofdvraag.

§ 2.3.1 Hoofdvraag

Wanneer is de werkgever op grond van art. 7:658 lid 2 BW of art. 7:611 BW aansprakelijk voor de geleden schade van de werknemer ten gevolge van een burn-out en met welke te nemen concrete maatregelen voldoet de werkgever aan zijn plichten ex art. 7:658 lid 2 BW en 7:611 BW om een burn-out bij zijn werknemer te voorkomen of de schade daarvan te beperken?

§ 2.3.2 Deel- en subvragen

1. Wat is een werkgerelateerde burn-out, welke symptomen en oorzaken heeft een werkgerelateerde burn-out en is dit een beroepsziekte zowel arbeidsrechtelijk als medisch gezien?
2. Wanneer is de werkgever op grond van art. 7:658 lid 2 BW jegens zijn werknemer aansprakelijk voor de door de werknemer geleden schade ten gevolge van een burn-out?
 - Hoe is de stelplicht- en bewijslastverdeling tussen werkgever en werknemer?
 - Wanneer is er sprake van causaal verband tussen de werkomstandigheden en de burn-out en hoe kan dit worden aangetoond?
 - Wat houdt de zorgplicht van art. 7:658 lid 1 BW in en welke verplichtingen vloeien hieruit voort ten aanzien van een burn-out?
 - Wanneer voldoet de werkgever aan zijn zorgplicht van art. 7:658 lid 1 BW ten aanzien van een burn-out blijkens de jurisprudentie?
 - Is proportionele aansprakelijkheid mogelijk en zo ja, wanneer?
 - Welke invloed hebben predisposities, privéomstandigheden en de verscheidenheid aan gevoeligheid voor werkstress per werknemer op de aansprakelijkheid van de werkgever voor de burn-out?
3. Wanneer is de werkgever op grond van art. 7:611 BW jegens zijn werknemer aansprakelijk voor de door de werknemer geleden schade ten gevolge van een burn-out?
 - Wat verstaat de wet en de jurisprudentie onder goed werkgeverschap; welke verplichtingen vloeien daar uit voort?
 - Welke verschillen bestaan er tussen de aansprakelijkheid van art. 7:658 BW en de aansprakelijkheid van art. 7:611 BW?
 - Welk toepassingsbereik heeft art. 7:611 BW ten opzichte van art. 7:658 BW?

Hoofdstuk 3 De burn-out in een juridisch kader

Om te kunnen bepalen wat een werkgever zou moeten doen om te voldoen aan zijn zorgplicht ter voorkoming en beperking van de gevolgen van een werkgerelateerde burn-out is het zaak om helder te formuleren wat een werkgerelateerde burn-out is en wat de oorzaken hiervan (kunnen) zijn. Tevens wordt het medische begrip burn-out in een juridisch kader geplaatst en komt de Richtlijn 'Beroepsgebonden overspanning/burn-out' aan de orde omdat deze een handreiking biedt aan bedrijfsartsen die uiteindelijk hun visie geven over de werkgerelateerdheid van de burn-out. Hoe deze werkgerelateerdheid bepaald wordt, is van belang voor het aantonen dat de burn-out is opgelopen in de uitoefening van de werkzaamheden.

§ 3.1 Definitie van een burn-out

Letterlijk vertaald betekent burn-out 'opgebrand'. De patiënt is 'aan het eind van zijn kunnen' en functioneert daarom in zijn sociale leven en op het werk niet meer naar behoren. Een burn-out is een relatief ernstige vorm van werkgerelateerde overspanning die vaak langer duurt dan overspanning. Onder overspanning wordt volgens de Registratierichtlijn van het NCvB 'Beroepsgebonden overspanning/burn-out verstaan: *'een met een belastende situatie samenhangend klinisch beeld van spanningsklachten met aanzienlijke beperkingen in het sociaal of beroepsmatig functioneren'*. Overspanning ontstaat door een disbalans tussen stressveroorzakende factoren en het verwerkingsvermogen van de betreffende persoon oftewel de belasting van de werknemer is groter dan zijn belastbaarheid. Hierdoor verliest de persoon de controle en wordt gedemoraliseerd. De arbeidsongeschiktheid ten gevolge van overspanning heeft meestal een duur van minder dan zes maanden. Bij een burn-out is de arbeidsongeschiktheid vaak minstens zes maanden. Het onderzoek beperkt zich verder tot de burn-out. De spanningsklachten die bij een burn-out kunnen bestaan zijn; moeheid, gespannen zijn, prikkelbaarheid, slapeloosheid, emotionele labiliteit, concentratieverlies. Een persoon met een burn-out kan het idee hebben dat zijn functioneren op zijn werk verslechtert (dit is vaak ook het geval) en/of is cynisch tegenover zijn werk.

Andere psychische klachten zijn;

- Malaise, lusteloosheid
- Gevoelens van overbelasting
- Anhedonie (het niet kunnen ervaren van vreugde)
- Onmachtgevoelens
- Gedeprimeerdheid
- Piekeren
- Snel geïrriteerd
- Niet in staat zijn *iets* te doen
- Moeite met helder denken

Naast psychische spanningsklachten kent een burn-out ook fysieke klachten te weten:

- Moeheid
- Slaapproblemen
- Hoofdpijn
- Maagpijn
- Spierpijn

De burn-out is een multicausaal ziektebeeld, dat wil zeggen dat er niet één oorzaak is aan te wijzen voor het ontstaan van een burn-out. Zowel de belangrijkste werkgerelateerde als niet-werkgerelateerde oorzaken worden hierna genoemd.

§ 3.2 Werkgerelateerde oorzaken van een burn-out

Wanneer ontstaat een burn-out door de werkzaamheden van de werknemer? Meerdere psychosociale factoren in het werk kunnen *een bijdrage* leveren aan het ontstaan van overspanning. Volgens de Arbeidsomstandighedenwet is onder psychosociale factoren te verstaan; seksuele intimidatie, agressie, geweld, pesten en werkdruk. De Richtlijn Beroepsgebonden overspanning/burn-out noemt de volgende (aangetoonde!) psychosociale factoren die kunnen bijdragen aan het ontstaan van overspanning:

- Hoge psychologische taakeisen (hoge tijdsdruk, hoog werktempo, moeilijk en geestelijk inspannend werk)
- Weinig sturingsmogelijkheden (de controle die werknemer heeft en het vermogen de aanwezige stressoren te beïnvloeden)
- Weinig sociale steun van collega's of leidinggevende
- Procedurele onrechtvaardigheid binnen de organisatie (gevoelens van onrechtvaardigheid over de procedures voor besluitvorming)
- Relationale onrechtvaardigheid (relatie met leidinggevende, onpartijdigheid)
- Relatief lage beloning voor hoge inspanning

Werkomstandigheden waarin het ontstaan van een burn-out groot is, zijn werkomstandigheden waarbij de werkbelasting hoog is en de regelmogelijkheden laag. De belastbaarheid wordt namelijk beperkt (het verwerkingsvermogen wordt minder doordat de werknemer geen sturingsmogelijkheden heeft om met de belasting om te gaan) terwijl de belasting groot is.⁷ Voor het bestrijden van een burn-out dient dus de belastbaarheid van de werknemer te worden vergroot (bijv. door het vergroten van de regelmogelijkheden⁸) of de belasting te worden verminderd, of beide.

De belangrijkste genoemde oorzaken bij gemelde gevallen van een burn-out zijn de volgende.⁹

- Hoge werkdruk en hoge taakeisen
- Gebrek aan sociale ondersteuning
- Een arbeidsconflict
- Toekomstonzekerheid

§ 3.3 Niet-werkgerelateerde oorzaken van een burn-out

Naast werkgerelateerde oorzaken kan een burn-out ook niet werkgerelateerde oorzaken hebben. Dit kunnen privéomstandigheden zijn of een eigenschap of aandoening van de werknemer. Door deze factoren kan een burn-out (mede) worden veroorzaakt.

§ 3.3.1 Privéomstandigheden van de werknemer

Een burn-out ontstaat doordat er teveel stressveroorzakende factoren en te weinig verwerkingsmogelijkheden zijn voor de werknemer. Stressveroorzakende factoren kunnen zich ook buiten het werk bevinden zoals een (opkomst zijnde) echtscheiding, een ernstig ziek familielid, financiële perikelen e.d.

Enerzijds kunnen privéomstandigheden als stressveroorzakende factoren worden aangemerkt, anderzijds kunnen zij ook de verwerkingsmogelijkheden voor de werknemer beperken.

Bijvoorbeeld een slechte thuissituatie van de werknemer kan er voor zorgen dat de werknemer zich thuis niet rustig kan 'opladen' voor een volgende werkdag en dat de werknemer geen sociale steun ontvangt in de privésfeer.

⁷ L.Swinnen, *Stress is geen probleem*, uitgeverij van Halewyck, Leuven 2009, p. 260-264

⁸ Het vergroten van regelmogelijkheden kan voor sommige werknemers echter averechts werken omdat zij liever een duidelijke structuur hebben. L.Swinnen, *Stress is geen probleem*, uitgeverij van Halewyck, Leuven 2009, p. 262

⁹ Coronel Instituut voor Arbeid en Gezondheid, UVA, AMC, Beroepsziekten in cijfers 2009, NCvB, Amsterdam 2009, p.46

§ 3.3.2 Eigenschappen van de werknemer

Persoonlijkheidsfactoren kunnen een rol spelen bij een burn-out. Er is echter (nog) geen bewijs dat persoonlijkheidsfactoren het ontstaan van een burn-out *volledig* kunnen verklaren. Zij kunnen echter wel een rol van betekenis hebben en dienen daarom volgens de Registratierichtlijnen Commissie van het NCvB meegenomen te worden in het oordeel van de bedrijfsarts over de werkgerelateerdheid van de burn-out.¹⁰

§ 3.3.3 Aandoeningen van de werknemer

Een eerder doorgemaakte psychische aandoening kan de kans op een burn-out vergroten, bijvoorbeeld een depressie. Er is voor depressies echter geen *overtuigend* bewijs dat dit bij kan dragen aan het ontstaan van een burn-out.¹¹

Daarnaast bestaat de kans dat een werknemer die een lichamelijke aandoening heeft sneller psychisch wordt overbelast omdat zijn belastbaarheid wordt beperkt door de lichamelijke aandoening. De kans op een burn-out wordt hiermee vergroot.

Wanneer een werknemer bepaalde eigenschappen of aandoeningen heeft die de kans op een burn-out vergroten dan spreekt men van een predispositie. Een predispositie hoeft niet een zelfstandige oorzaak te zijn. In § 5.5.2, § 5.7 en § 5.8 wordt ingegaan op de gevolgen die een predispositie kan hebben voor de aansprakelijkheid van de werkgever voor de schade ten gevolge van een burn-out van de werknemer.

§ 3.4 Een burn-out als beroepsziekte

Om aan te geven of een burn-out een beroepsziekte is -zowel medisch als juridisch gezien - is het van belang om de term 'beroepsziekte' duidelijk te definiëren.

Een beroepsziekte is op verschillende manieren te definiëren. Welke definitie wordt gebruikt is afhankelijk van het betreffende jargon.

Het NCvB dat beroepsziekten registreert en signaleert hanteert de volgende definitie; *'een beroepsziekte is een klinisch waarneembare aandoening die in overwegende mate door het werk of arbeidsomstandigheden is veroorzaakt'* Met andere woorden kan een beroepsziekte ook worden gedefinieerd als: *'gezondheidsschade die er niet zou zijn geweest als de werkzaamheden niet zouden zijn uitgevoerd'*.¹² Deze definitie geeft duidelijk aan dat er een *condicio sine qua non*-verband moet bestaan tussen de gezondheidsschade en de werkzaamheden van de werknemer. De betekenis van de *condicio sine qua non* in het kader van een werkgerelateerde burn-out wordt verder behandeld in § 5.4. Het NCvB hanteert daarmee een definitie die aansluit op art. 1.11 lid 1 Arbeidsomstandighedenregeling (Arboregeling): *'een ziekte of aandoening als gevolg van een belasting die in overwegende mate in arbeid of arbeidsomstandigheden heeft plaatsgevonden'*.

De vraag of een burn-out een beroepsziekte is in het kader van art. 1.11 lid 1 Arboregeling, is in zoverre relevant omdat bij een erkende beroepsziekte de kansen van een werknemer op een schadevergoeding groter zijn. Wanneer vaststaat dat een burn-out een beroepsziekte is geeft dit aan dat een burn-out door het werk kan ontstaan.

Het is dan mogelijk om aan te tonen dat de burn-out in de uitoefening van de werkzaamheden is ontstaan, een vereiste voor aansprakelijkheid van de werkgever.

Het NCvB erkent de burn-out als een beroepsziekte. Zij deelt de burn-out in onder de werkgebonden aandoeningen. Bij werkgebonden aandoeningen is de relatie met het werk vaak minder eenduidig omdat de burn-out kan worden veroorzaakt door meerdere factoren dan alleen de werkomstandigheden.

¹⁰ Registratierichtlijn E2002: Beroepsgebonden overspanning/burn-out, NCvB 2009

¹¹ Registratierichtlijn E2002: Beroepsgebonden overspanning/burn-out, NCvB 2009

¹² Definities en indeling beroepsziekten op basis van causaal verband,

<http://www.rivm.nl/vtv/object_document/o3383n16932.html>, 22 februari 2010

Net zoals voor andere beroepsziekten is daarom een registratierichtlijn opgesteld. De werkgever (althans een door hem aangenomen deskundige of arbodienst) is namelijk verplicht om een beroepsziekte te melden bij het NCvB op grond van art. 9 lid 3 Arbowet.

Naast dat medisch is erkent dat de burn-out een beroepsziekte is, wordt in de jurisprudentie ook aangenomen dat de burn-out een beroepsziekte is waarvoor onder bepaalde voorwaarden een vergoeding kan worden verkregen. In hoofdstuk vijf en zes worden de voorwaarden voor aansprakelijkheid op grond van art. 7:658 BW respectievelijk art. 7:611 BW uiteengezet. Daarnaast wordt aan de hand van de jurisprudentie de uitwerking van deze voorwaarden in de praktijk behandeld. In het volgende hoofdstuk zal eerst worden ingegaan op de verplichtingen van de werkgever op grond van zijn zorgplicht ex art. 7:658 BW om een burn-out bij de werknemer te voorkomen.

Hoofdstuk 4 Inhoud van de verplichtingen op grond van art. 7:658 lid 1 BW

De zorgplicht van art. 7:658 BW wordt ingevuld door zowel geschreven als ongeschreven normen. Dit hoofdstuk concentreert zich op de geschreven normen en geeft een inventarisatie weer van de wet- en regelgeving die invulling geeft aan de zorgplicht op grond van art. 7:658 BW ten aanzien van het voorkomen van een burn-out.

De zorgplicht van art. 7:658 BW houdt in dat de werkgever maatregelen moet nemen en instructies en aanwijzingen dient te geven die redelijkerwijs nodig zijn om te voorkomen dat de werknemer schade lijdt.¹³ De definitie van de zorgplicht van art. 7:658 lid 1 BW kan worden verdeeld in drie verplichtingen die de werkgever heeft ten opzichte van de werknemer. Deze drie verplichtingen bestaan uit het nemen van veiligheidsmaatregelen, het geven van instructies en het houden van toezicht.¹⁴

De geschreven normen om te voldoen aan de zorgplicht van art. 7:658 BW zijn voornamelijk terug te vinden in de Arbowet- en regelgeving. In dit onderzoek wordt hieronder verstaan:

- Arbeidsomstandighedenwet
- Arbeidstijdenwet (Atw)
- Arbeidsomstandighedenbesluit (Arbobesluit)
- Arbeidsomstandighedenregeling

De Arbowet bevat algemene publiekrechtelijke regels die worden gespecificeerd in het Arbobesluit en de Arboregeling. De Arbowet integreert de Europese Kaderrichtlijn 89/391/EEG in het Nederlandse rechtssysteem. Sinds de wijziging van de Arbowet in 2007 bevat deze wet- en regelgeving voornamelijk doelvoorschriften. Hoe deze doelvoorschriften uiteindelijk worden gerealiseerd (middelvoorschriften) dient op bedrijfsniveau te worden vastgelegd in zogenoemde privaatrechtelijke arbeidscatalogi. De overheid heeft de verantwoordelijkheid voor de gezondheid van de werknemers primair bij de ondernemingen willen leggen. De publiekrechtelijke regels dienen als kader dat door de bedrijven zelf moet worden ingevuld.¹⁵

§ 4.1 De reflexwerking van de Arbowet- en regelgeving

De Arbowet- en regelgeving kent een reflexwerking. Deze reflexwerking houdt in dat onder de zorgplicht mede wordt verstaan de verplichtingen die voortvloeien uit de Arbowet en andere publiekrechtelijke regelingen.¹⁶

Schendt de werkgever een arbonorm, die strekt tot voorkoming van de geleden schade dan is de werkgever in beginsel aansprakelijk voor de geleden schade.¹⁷ Deze overweging is gebaseerd op het feit dat zowel art. 7:658 lid 1 BW als de Arbowet een preventief karakter hebben. Goed arbobeleid draagt bij aan het voorkomen van ziekten en ongevallen als gevolg van het werk.¹⁸ De zorgplicht van art. 7:658 lid 1 BW is ook rechtstreeks gericht op de bescherming van de werknemer tegen gevaar voor de persoon.¹⁹

Deze reflexwerking is in de jurisprudentie echter flink afgezwakt. Het enkele gegeven dat de werkgever niet heeft voldaan aan zijn verplichtingen krachtens de Arbowet en de Arbeidstijdenwet kan op zichzelf niet als een tekortkoming in de zorgplicht worden aangemerkt. Het hangt van de omstandigheden van het geval af of de door werknemer gestelde nalatigheid van de werkgever een tekortkoming in de zorgplicht jegens de werknemer oplevert.²⁰

¹³ HR 3 april 2009, *LJN* BH2619

¹⁴ V.G.G. Bergwerf e.a., 'Art. 7:658 BW en het belang van de arboregels', *ArbeidsRecht* 2008/43, afl. 10, p. 6

¹⁵ MvT II 2005-2006, 20 552, nr. 3, p. 4-5 en 7

¹⁶ Verhulp 2009 (*T&C BW*), art. 7:658 BW, aant. 2a

¹⁷ HR 13 juli 2007, *LJN* BA7355

¹⁸ V.G.G. Bergwerf e.a., 'Art. 7:658 BW en het belang van de arboregels', *ArbeidsRecht* 2008/43, afl. 10, p. 6

¹⁹ MvT II 1993-1994, 23 438, nr. 3, p. 38

²⁰ Ktr. Hoorn, 25 oktober 2004, *JAR* 2005,57

Aansprakelijkheid door een schending van de zorgplicht in het geval van een burn-out kan ook niet worden aangenomen met alleen een enkele overtreding van een algemene (arbo)norm.²¹ De aansprakelijkheidsvraag bij burn-outzaken is maatwerk. Uit het oogpunt van relativiteit is het begrijpelijk dat een enkele overtreding van een arbonorm, die niet direct strekt tot bescherming van de werknemer tegen een burn-out, niet tot op zichzelf tot aansprakelijkheid leidt. Dit ligt echter minder voor de hand ten aanzien van normen die wel direct strekken tot het voorkomen van psychische schade bij de werknemer aangezien de werkgever al aan zijn aansprakelijkheid kan ontkomen door aan te tonen dat de schade ook zou zijn ingetreden wanneer hij wel aan zijn zorgplicht had voldaan.

Deze afzwakking van de reflexwerking van de Arbowet hangt samen met het feit dat de werkgever veel beleidsruimte heeft ten aanzien van het invullen van zijn beleid ter voorkoming van werkstress. In de Arbowet zijn bijna geen concrete voorschriften ten aanzien van het voorkomen van werkstress te vinden.²² Hoe de zorgplicht ten aanzien van het voorkomen van een burn-out wordt ingevuld is aan de werkgever zelf. De werkgever dient in de Arbeidscatalogus concrete maatregelen en beleid uit te zetten ten aanzien van het voorkomen van gezondheidsschade. Aangezien de verantwoordelijkheid voor de invulling van de doelvoorschriften in de Arbowet- en regelgeving bij de werkgever wordt gelegd moet aan de hand van de omstandigheden van het geval worden bepaald of de zorgplicht is geschonden.

§ 4.2 Belangrijkste regels uit de Arbowet en Arbobesluit en Arboregeling

Hierna volgen de meest relevante doelvoorschriften uit de Arbowet- en regelgeving voor het voorkomen van een burn-out bij de werknemer.

§ 4.2.1 Rekening houden met de persoonlijke eigenschappen van de werknemer

Art. 3 lid 1 sub c Arbowet verplicht de werkgever de inrichting van de arbeidsplaatsen, de werkmethoden en de bij de arbeid gebruikte arbeidsmiddelen evenals de arbeidsinhoud zoveel als redelijkerwijs kan worden gevergd, aan de persoonlijke eigenschappen van de werknemer aan te passen. Uit de Memorie van Toelichting blijkt dat deze bepaling ook inhoudt dat de werkgever moet zorgen voor een adequaat evenwicht tussen de belasting en de belastbaarheid van de werknemer in zowel fysieke als psychische zin.²³ De belastbaarheid van een werknemer, zowel in fysieke als psychische zin is namelijk afhankelijk van de persoonlijke eigenschappen van de werknemer. In art. 3 lid 3 Arbowet wordt voor de uitvoering van lid 1 gewezen op het feit dat de werkgever zorg moet dragen voor een goede verdeling van bevoegdheden en verantwoordelijkheden (ter voorkoming van meervoudige taakbelasting die overbelasting kan veroorzaken) tussen de bij de werkgever werkzame personen. Hierbij moet de werkgever rekening houden met de bekwaamheden van de werknemers. Uit deze norm zou je kunnen afleiden dat (structurele) onderbezetting die tot meervoudige taakbelasting leidt bij een werknemer als een schending van de Arbowet kan worden aangemerkt en derhalve een indicatie oplevert dat de zorgplicht is geschonden.

§ 4.2.2 Algemeen beleid ter voorkoming van psychosociale arbeidsbelasting

De werkgever is verplicht ex art. 3 lid 2 Arbowet binnen het algemene arbeidsomstandighedenbeleid, een beleid te voeren dat gericht is op voorkoming en indien dat niet mogelijk is beperking van de psychosociale arbeidsbelasting. Onder psychosociale arbeidsbelasting verstaat de Arbowet de volgende factoren die in de arbeidssituatie stress teweeg brengen: seksuele intimidatie, agressie en geweld, pesten en werkdruk.

²¹ HR 3 april 2009, *LJN* BH2619 concl. P-G Spier en HR 16 mei 2003, *NJ* 2004, 176 en HR 12 september 2003, *NJ* 2004, 177

²² MvT II 1997-1998, 25 879, nr. 3, p. 10

²³ MvT II 1993-1994, 23 438, nr. 3, p. 37

De Arbowet geeft voor stress de volgende definitie: 'een toestand die als negatief ervaren lichamelijke, psychische of sociale gevolgen heeft'. Het preventieve beleid moet op grond van art. 3 lid 4 Arbowet regelmatig aan de ervaringen die daarmee zijn opgedaan worden getoetst. Tevens moeten deze maatregelen zo vaak worden aangepast als de opgedane ervaring daartoe aanleiding geeft.

§ 4.2.3 Inventarisatie en evaluatie van risico's (RI&E)

Art. 5 Arbowet verplicht de werkgever om te inventariseren welke risico's de arbeid met zich meebrengt. De werkgever dient deze inventarisatie op schrift te stellen. Deze verplichting is een invulling van art. 3 lid 2 Arbowet en is een belangrijk onderdeel van het preventieve beleid van de werkgever ten aanzien van het voorkomen van een burn-out. De RI&E moet ook een beschrijving bevatten van de gevaren en risicobeperkende maatregelen die worden genomen én zij beschrijft de risico's voor bijzondere categorieën werknemers. De RI&E bevat een plan van aanpak waarin staat aangegeven welke maatregelen genomen zullen worden in verband met de bestaande risico's en de samenhang daartussen. Daarnaast moet de RI&E beschrijven hoe de toegang van werknemers tot een deskundig persoon of Arbodienst bedoeld in art. 13 Arbowet en art. 14 Arbowet, is geregeld. Dit is van groot belang omdat de deskundige persoon of de Arbodienst overbelasting bij een werknemer kan constateren en hierdoor maatregelen genomen kunnen worden om de overbelasting niet tot een burn-out te laten leiden bij de betreffende werknemer.

De RI&E wordt zo dikwijls aangepast als de daarmee opgedane ervaring, gewijzigde werkmethode of werkomstandigheden (zoals in het geval van reorganisaties) of de stand van de wetenschap daartoe aanleiding geven.

In de parlementaire geschiedenis wordt onder beschrijving van de gevaren niet expliciet genoemd de gevaren die ontstaan voor overbelasting daar waar wel expliciet wordt verwezen naar gevaren van machines, stoffen of de inrichting van de werkplaats.²⁴ Dat de werkgever in deze RI&E wel degelijk ook de risico's van en de maatregelen tegen psychosociale arbeidsbelasting moet meenemen blijkt uit art. 2.15 lid 1 Arbobesluit. De werkgever moet de stand van de wetenschap in acht nemen bij het vaststellen van maatregelen om psychosociale arbeidsbelasting te voorkomen. Als psychosociale arbeidsbelasting niet is te voorkomen moet de werkgever maatregelen nemen om psychosociale arbeidsbelasting zoveel mogelijk te beperken. Dit moet de werkgever doen wanneer werknemers worden óf kunnen worden blootgesteld aan psychosociale arbeidsbelasting.

De RI&E valt onder het instemmingsrecht van de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging. De RI&E wordt dus in samenspraak met de werknemer vastgesteld ex art. 12 Arbowet. Voor de actualisering van de RI&E is ook de instemming van de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging nodig.²⁵ Dit is van belang omdat de werknemers daarbij kunnen aangeven welke factoren in de werkomstandigheden volgens hen voor overbelasting (kunnen) zorgen en kunnen in de RI&E maatregelen worden opgenomen tegen deze factoren.

De expliciete verplichting van de werkgever om er voor te zorgen dat iedere werknemer kennis kan nemen van de RI&E is in 2007 vervallen. Toch dient de werkgever de werknemer te betrekken bij de inhoud van de RI&E omdat art. 8 Arbowet de werkgever al verplicht om de werknemer te informeren over de gevaren en de daarvoor genomen maatregelen.²⁶ De werkgever heeft dus wel degelijk de plicht om de werknemers op de hoogte te stellen van de inhoud van de RI&E.

²⁴ MvT II 2005-2006, 30 552, nr. 3, p. 38

²⁵ MvT II 2005-2006, 30 552, nr. 3, p. 32

²⁶ MvT II 2005-2006, 30 552, nr. 3, p. 32

§ 4.2.4 Voorlichting en toezicht

De werkgever zal ex art. 8 Arbowet er voor moeten zorgen dat de werknemers doeltreffend worden ingelicht over de te verrichten werkzaamheden en de daaraan verbonden risico's alsmede over de maatregelen die erop gericht zijn deze risico's te voorkomen of te beperken. Dit geldt ook voor de risico's en maatregelen verbonden aan de psychosociale arbeidsbelasting ex art. 2.15 lid 1 Arbobesluit. De werkgever zal er op toe moeten zien dat de instructies en voorschriften gericht op het voorkomen of beperken van de risico's op overbelasting worden uitgevoerd.

§ 4.2.5 Periodiek arbeidsgezondheidskundig onderzoek (PAGO)

De werkgever moet de werknemer ingevolge art. 18 Arbowet in staat stellen periodiek een arbeidsgezondheidskundig onderzoek te ondergaan dat erop is gericht de risico's die de arbeid voor de gezondheid van de werknemers met zich mee brengt zoveel mogelijk te voorkomen of te beperken. Aan de hand van de tijdens de PAGO opgestelde rapporten kan de werkgever vroegtijdig ontdekken of de werknemer wordt overbelast en eventueel benodigde maatregelen nemen. De rapporten kunnen dienen als bewijsmateriaal dat er sprake is van een burn-out en eventueel of die burn-out het gevolg is van de werkomstandigheden. Daarnaast kunnen deze rapporten een belangrijke rol spelen in de bewijsvoering dat de overbelasting bij de werkgever kenbaar was. Al deze aspecten zijn van belang voor het aansprakelijk stellen van de werkgever ex art. 7:658 lid 2 BW.

§ 4.2.6 Arbeidsomstandighedenspreekuur

De expliciete verplichting van de werkgever om een deskundige persoon of arbodienst een arbeidsomstandighedenspreekuur te laten houden is vervallen bij wijziging van de Arbowet in 2007. Toch is het van belang om dit te benoemen. Een arbeidsomstandighedenspreekuur dient als een toegankelijke, laagdrempelige manier voor werknemers om hun beklag te doen over de werkomstandigheden en zij hebben in dit spreekuur de mogelijkheid om een eventuele disbalans tussen de belasting en hun belastbaarheid aan te geven. De verplichting is echter geschrapt omdat de Europese Kaderrichtlijn 89/391/EEG deze verplichting niet voorschrijft. Dit is opmerkelijk omdat de Kaderrichtlijn in zijn preambule aangeeft dat de richtlijn geen afbreuk doet aan bestaande of toekomstige nationale en communautaire bepalingen die gunstiger zijn voor de bescherming van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers op het werk.²⁷ De Memorie van Toelichting geeft aan dat de werkgever, indien behoefte bestaat aan toegang tot een deskundige of arbodienst de werkgever en de werknemer dit zelf dienen te regelen in de arbeidscatalogus.²⁸

§ 4.2.7 Arbeidstijden

Overbelasting wordt met name veroorzaakt door een te hoge werkdruk. Een te hoge werkdruk ontstaat op zijn beurt vaak door het maken van (te veel) overuren. Art. 4:1 Atw verplicht een werkgever een zo goed mogelijk beleid terzake van arbeids- en rusttijden van de werknemers te voeren én daarbij voor zover redelijkerwijs van hem gevergd kan worden, rekening te houden met de persoonlijke omstandigheden van die werknemers.

Is de werkgever op de hoogte van bepaalde persoonlijke omstandigheden van de werknemer waardoor de werknemer mogelijk minder goed in staat is veel over te werken, (ondanks dat dit binnen de limiet van de Arbowet blijft) dan dient de werkgever, de werknemer niet (te veel) te laten overwerken.

Art. 5:7 Atw stelt de limiet dat de werkgever de arbeid zodanig organiseert dat de meerderjarige werknemer ten hoogste arbeid verricht gedurende maximaal 12 uren per dienst, maximaal 60 uur per week en daarbij maximaal gemiddeld 48 uren per week in elke periode van 16 aaneengesloten.

²⁷ R.O.B. Poort, 'Arbowet lijkt in strijd met EU-Kaderrichtlijn', *Arbo*, 2007/6, p. 21

²⁸ MvT II 2005-2006, 30 552, nr. 3, p. 35

§ 4.2.8 Plichten van de werknemer op grond van art. 7:658 BW

Niet alleen legt art. 7:658 BW verplichtingen aan de werkgever op, ook de werknemer dient zich aan regels te houden. De werkgever dient naar vermogen zorg te dragen voor zijn eigen veiligheid en gezondheid conform de door de werkgever gegeven instructies en in overeenstemming met zijn opleiding. Wat betreft het voorkomen van psychische schade is van belang dat de werknemer de door hem opgemerkte gevaren voor de veiligheid of de gezondheid terstond ter kennis brengt aan de werkgever of leidinggevende. Dat dit een belangrijke verplichting is komt nader aan de orde in § 5.5.3. Daarnaast dient de werknemer medewerking te verlenen aan de werkgever, een deskundige bedoelt in art. 13 Arbowet of Arbodienst en aan andere personen of instanties die met de uitvoering van de bepalingen uit de Arbowet zijn belast.

§ 4.2.9 Nadere invulling doelvoorschriften in arbeidscatalogi

Naast deze doelvoorschriften kunnen concrete middelvoorschriften in de arbeidscatalogus worden vastgelegd. Dit is echter niet verplicht maar de werkgever moet wel kunnen aantonen hoe er voor wordt gezorgd dat aan de doelschriften wordt voldaan. Hoe deze arbeidscatalogus moet worden opgesteld, welke eisen hieraan zijn verbonden is niet duidelijk, daarnaast verschilt dit per bedrijfssector of per bedrijf. Het is afhankelijk van de werkgever welke voorschriften de organisatie opstelt om te voldoen aan de Arbowet- en regelgeving. De Arbeidsinspectie controleert of de Arbeidscatalogus voldoende is om te voldoen aan de doelvoorschriften van de Arbo-wet en regelgeving. Bespreking van de inhoud van de arbeidscatalogus valt buiten de omvang van dit onderzoek. Bij de invulling van de arbeidscatalogus kan in ieder geval gedacht worden aan regels die nu in de NEN-normen en Arborichtlijnen staan. Daarnaast zijn de Richtlijnen van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van belang²⁹. Welke concrete maatregelen relevant kunnen zijn om op te nemen in de arbeidscatalogus zal blijken in § 5.5.4 waarin aan de hand van de jurisprudentie wordt beschreven welke maatregelen de werkgever had moeten nemen in specifieke gevallen.

Nu de doelvoorschriften uit de Arbowet- en regelgeving zijn uiteengezet wordt in het volgende hoofdstuk ingegaan op de concrete invulling van deze normen. Naast de andere eisen voor aansprakelijkheid ex art. 7:658 BW, wordt uitgebreid ingegaan op de concrete maatregelen die de werkgever in bepaalde situaties moet nemen om te voldoen aan de doelvoorschriften uit de Arbowet- en regelgeving en daarmee aan zijn zorgplicht van art. 7:658 lid 1 BW.

²⁹ *Werkdruk: informatie voor werkgevers*, Ministerie van SZW, <http://home.szw.nl/index.cfm?fuseaction=app.document&link_id=2106>, 4 maart 2010

Hoofdstuk 5 Werkgeversaansprakelijkheid ex art. 7:658 BW bij een burn-out

Op grond van art. 7:658 lid 2 BW is een werkgever aansprakelijk voor de schade die een werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt, tenzij de werkgever aantoont dat hij de in lid 1 genoemde verplichtingen is nagekomen of dat de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid. Uit dit artikel volgt dat aan drie voorwaarden moet zijn voldaan om te kunnen komen tot aansprakelijkheid van de werkgever te weten;

1. *'in de uitoefening van zijn werkzaamheden'. Dit wil zeggen dat de schade van de werknemer moet ontstaan gedurende de tijd dat de werknemer met zijn werkzaamheden bezig is.*
2. *'werkgever is de in lid 1 genoemde verplichtingen niet nagekomen'. Met 'de in lid 1 genoemde verplichtingen' wordt bedoeld de zorgplicht van de werkgever. De werkgever moet tekort zijn geschoten in zijn zorgplicht om aansprakelijk te kunnen zijn voor de door de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden geleden schade.*
3. *'de schade is niet in belangrijke mate het gevolg van opzet of bewuste roekeloosheid'. Dit houdt in dat een werkgever niet aansprakelijk is indien er sprake is van eigen schuld aan de zijde van de werknemer. Er is pas sprake van 'eigen schuld' als het eigen gedrag van de werknemer in belangrijke mate heeft bijgedragen aan de schade én de werknemer onmiddellijk voorafgaande aan zijn burn-out beseft heeft dat hij door zijn gedrag een groot risico in het leven heeft geroepen om een burn-out te krijgen.*

De aansprakelijkheid van art. 7:658 BW is niet in het leven geroepen om een absolute waarborg te scheppen voor de bescherming van de werknemer tegen schade. Art. 7:658 BW heeft de bedoeling om de werknemer te beschermen tegen schade 'zover als redelijkerwijs in verband met de aard van de arbeid gevorderd kan worden'.³⁰ De aansprakelijkheid van art. 7:658 BW is daarmee géén risicoaansprakelijkheid maar een schuldaansprakelijkheid en gebaseerd op de ratio dat de werkgever bepaalt op welke plaats, onder welke omstandigheden en met welke hulpmiddelen de werknemer moet werken.³¹

§ 5.1 Toepasselijkheid art. 7:658 BW bij psychische schade

Tot het arrest van de Hoge Raad van 11 maart 2005 (ABN-AMRO/Nieuwenhuis) was er in de literatuur discussie over de vraag of art. 7:658 BW van toepassing is bij psychisch letsel.³² In dit arrest gaf de Hoge Raad duidelijk aan dat de tekst van art. 7:658 BW en de parlementaire geschiedenis niet dwingt tot de beperkte opvatting dat dit artikel slechts betrekking heeft op de situatie dat aan de werknemer fysieke schade is toegebracht. Een beperkte uitleg van art. 7:658 BW waarin alleen fysieke schade voor vergoeding in aanmerking zou komen, zou leiden tot willekeurige onderscheidingen omdat lichamelijk en psychisch welzijn nauw met elkaar zijn verbonden: wat bij de ene persoon tot uiting komt als lichamelijke klacht komt bij een ander naar buiten in de vorm van een psychische klacht.³³

Sinds dit arrest is het dus een gegeven dat art. 7:658 BW ook toegepast kan worden in gevallen waarin sprake is van psychisch letsel.

³⁰ HR 10 juni 1983, NJ 1984, 20

³¹ HR 11 maart 2005, JAR 2005, 84

³² HR 11 maart 2005, JAR 2005, 84, concl. P-G Hartkamp. Voor dit arrest ging de rechtspraak er van uit dat art. 7A:1638x (oud) BW, nu art. 7:658 BW, exclusief is bedoeld voor lichamelijk letsel omdat er voor psychisch letsel geen concrete veiligheidsvoorschriften bestaan. Zie hiervoor HR 30 januari 1998, NJ 1998, 476 (Chubb Lips/Jansen).

³³ HR 11 maart 2005, JAR 2005, 84

Dit neemt echter niet weg dat een werknemer met psychisch letsel (zoals een burn-out) ondanks de hierna te bespreken speciale regels van bewijslast vaak in een moeilijkere bewijspositie verkeert als een werknemer met lichamelijk letsel. Een en ander heeft te maken met de omstandigheid, dat de door de werkgever in acht te nemen zorgplicht, vaak niet precies geconcretiseerd kan worden, maar bijvoorbeeld ook met de omstandigheid dat de psychische kwetsbaarheid per werknemer verschilt. Hierdoor is het voor een werkgever lastig om concrete effectieve instructies te geven en maatregelen te treffen welke er toe bijdragen dat zo veel als mogelijk wordt voorkomen dat een werknemer psychisch letsel oploopt. Ook speelt een rol dat een werknemer in de privésfeer psychisch belast kan zijn waardoor de kans op het krijgen van een burn-out is vergroot.³⁴ Deze omstandigheden zullen in het vervolg van dit hoofdstuk nog aan de orde komen en verder worden uitgewerkt.

Voordat er wordt ingegaan op de voorwaarden van art. 7:658 lid 2 BW, wordt de bewijslast die van toepassing is bij burn-out zaken behandeld omdat deze evident een grote rol speelt en, zoals zal blijken, een zaak er voor een werknemer niet altijd gemakkelijker op maakt. Er is bovendien gekozen voor het eerst bespreken van de bewijslast vanwege de structuur van dit hoofdstuk.

§ 5.2 Bewijslast

Art. 150 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) bepaalt dat de partij die zich beroept op rechtsgevolgen van de door haar gestelde feiten of rechten, de bewijslast draagt van die feiten of rechten, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit. Art. 7:658 BW kent een dergelijke bijzondere regel. Wie wat moet bewijzen is voor een art. 7:658 BW-procedure van belang, zeker bij een beroepsziekte als een burn-out. Naast dat art. 7:658 BW een aparte regeling kent voor de verdeling van de bewijslast zijn er in de jurisprudentie ook afwijkende regels gedefinieerd die van toepassing zijn bij een beroepsziekte/burn-out.

§ 5.2.1 Bewijsverdeling krachtens art. 7:658 lid 2 BW

Art. 7:658 BW is zo geformuleerd dat hieruit een beperkte bewijslast voor de werknemer voortvloeit. De werkgever is namelijk jegens de werknemer aansprakelijk voor de schade die de werknemer in uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt, tenzij de werkgever aantoont dat hij zijn zorgplicht uit art. 7:658 lid 1 is nagekomen of dat er sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer.

Hieruit is af te leiden dat wanneer de werknemer stelt en bij betwisting bewijst dat de schade is ontstaan in de uitoefening van zijn werkzaamheden, oftewel bewijst dat er sprake is van een burn-out welke kan zijn ontstaan als gevolg van de werkomstandigheden, de werkgever vervolgens wordt belast met het bewijs dat hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan.³⁵ Met bewijzen wordt niet bedoeld dat het causaal verband met zekerheid wordt vastgesteld maar dat de werknemer aannemelijk moet maken dat de ziekte tijdens de uitoefening van de werkzaamheden is opgelopen.³⁶

De volgende vragen worden hierbij achtereenvolgens, al dan niet strikt gescheiden, beantwoord:

1. Is er sprake van een burn-out?
2. Is de burn-out in uitoefening van de werkzaamheden ontstaan?
3. Heeft de werkgever aan zijn zorgplicht voldaan?
4. Had de werkgever wel aan zijn zorgplicht voldaan was de schade dan ook ingetreden?

³⁴ HR 11 maart 2005, *JAR* 2005, 84, concl. P-G Hartkamp

³⁵ MvA II 1994-1995, 23 438, nr. 5, p. 9

³⁶ R. van de Water, 'Vergoeding van psychische schade: via de weg van 7:658 BW of 7:611 BW?', *ArbeidsRecht*, 2008/3, afl. 2, p. 12 en HR 23 juni 2006, *NJ* 2006, 354 (Havermans/Luyckx)

5. Is er sprake van opzet of bewuste roekeloosheid?
6. Is er aanleiding voor proportionele aansprakelijkheid?

In dit hoofdstuk zullen deze vragen in bovengenoemde volgorde aan bod komen. Afhankelijk van de stellingen van partijen en het geleverde bewijs zal vervolgens door de rechter een oordeel over de aansprakelijkheid van de werkgever worden gegeven.

§ 5.2.2 Omkeringsregel voortvloeiend uit de jurisprudentie

Naast de in de wet opgenomen afwijking van art. 150 Rv is in de jurisprudentie een omkeringsregel voor de bewijslast gecreëerd ten aanzien van art. 7:658 BW. Deze omkeringsregel houdt in; dat als een werknemer aantoont dat de werkgever een veiligheidsvoorschrift heeft geschonden, welke strekt tot voorkoming van de geleden schade, de rechter aanneemt dat de burn-out is ontstaan in de uitoefening van de werkzaamheden, tenzij de werkgever aannemelijk kan maken dat als hij zijn zorgplicht wel was nagekomen de burn-out ook was ontstaan.³⁷

Wordt de omkeringsregel toegepast dan worden de volgende punten achtereenvolgens behandeld:

1. Is er sprake van een burn-out?
2. Heeft de werkgever zijn zorgplicht ex art. 7:658 BW tegenover de werknemer geschonden?
3. Heeft de werknemer hierdoor schade geleden (had de werkgever wel aan zijn zorgplicht voldaan, was de schade dan ook ingetreden)?
4. Is er sprake van opzet of bewuste roekeloosheid?
5. Is er aanleiding voor proportionele aansprakelijkheid?

De omkeringsregel is van toepassing bij schending van een specifieke norm ten aanzien van het voorkomen van overbelasting. Dit is bijvoorbeeld het geval bij een overtreding van art. 5:7 Atw.³⁸ Het stelselmatig laten overwerken van een werknemer in een mate waardoor de norm van art. 5:7 Atw wordt overschreden maakt overbelasting evident. Wanneer de werkgever niet kan aantonen dat hij op andere wijze heeft geprobeerd overbelasting door deze overtreding te voorkomen dan wordt aangenomen dat de burn-out is opgelopen in de uitoefening van zijn werkzaamheden.

Ook bij een overtreding van art. 3 lid 1 sub c Arbowet, een wat minder specifieke norm om een burn-out bij een werknemer te voorkomen, kan de omkeringsregel worden toegepast. Dit artikel verplicht de werkgever om bij de werkmethode, de arbeidsmiddelen, de inrichting van de arbeidsplaats en de arbeidsinhoud redelijkerwijs rekening te houden met de persoonlijke eigenschappen van de werknemer. De werkgever die een disfunctionerende werknemer niet heeft bijgeschoold, niet begeleidt of in een andere functie plaatst, overtreedt art. 3 lid 1 sub c Arbowet.

Dat een burn-out in dit geval het gevolg was van de werkomstandigheden werd door de kantonrechter in 2006 aangenomen door toepassing van de omkeringsregel tenzij de werkgever bewees dat de burn-out ook zou zijn opgetreden als hij zijn zorgplicht wel was nagekomen of de burn-out te wijten was aan opzet of bewuste roekeloosheid.³⁹

De omkeringsregel kan ook worden toegepast wanneer de werkgever niets onderneemt om de overbelasting van de werknemer op te lossen die is ontstaan door een meervoudige taakbelasting en onderbezetting.

³⁷ Ktr. Heerlen 19 april 2006, *JAR* 2006, 108

³⁸ Hof 's-Hertogenbosch, 25 augustus 2009, *LJN* BK0617

³⁹ Ktr. Heerlen, 19 april 2006, *JAR* 2006, 108

Ook in deze situatie is de geschonden norm niet heel specifiek. Deze nalatigheid van de werkgever kan als een schending van art. 3 lid 1 sub c Arbowet of art. 3 lid 3 Arbowet worden beschouwd.⁴⁰

Niet in alle gevallen waarin art. 3 lid 1 sub c Arbowet of de Arbeidstijdenwet aan de orde is, wordt de omkeringsregel aangenomen.⁴¹ Het is niet concreet aan te geven wanneer de omkeringsregel nu wel of niet moet worden toegepast. Een en ander is casuïstisch van aard.

§ 5.2.3 Verregaande versoepeling van de bewijslast voor de werknemer

Naast deze twee normen van een versoepelde bewijslast voor de werknemer is in het arrest Unilever/Dikmans een nog verdergaande versoepeling van de bewijslast ten aanzien van art. 7:658 BW aangenomen.⁴²

In dit arrest is een vermoeden van het bestaan van causaal verband aangenomen nadat de werknemer heeft aangetoond dat hij in de uitoefening van zijn werkzaamheden is bloot gesteld aan gevaarlijke stoffen en hij het *aannemelijk* heeft gemaakt dat de schade die hij heeft opgelopen veroorzaakt *kan* zijn door deze gevaarlijke stoffen. Kan de werkgever vervolgens niet aantonen dat hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan dan is aansprakelijkheid van de werkgever een gegeven.

Aangezien de werknemer aannemelijk moet kunnen maken dat de schade zijn intrede heeft kunnen doen door de blootstelling aan gevaarlijke stoffen moet er sprake zijn van een gediagnosticeerde ziekte waarvan de oorzaken vaststaan. Deze regel geldt alléén bij gevaarlijke stoffen.⁴³ Het Gerechtshof heeft duidelijk aangegeven dat deze regeling niet toepasbaar is op psychische schade zoals een burn-out. Het Gerechtshof Amsterdam overweegt:

*‘Het Hof volgt [appellante] niet zonder meer in haar betoog, gelet op de arresten HR 17 november 2000, NJ 2000, 596 en HR 23 juni 2006, NJ 2006, 354 zij, teneinde het causaal verband tussen de gezondheidsschade en de werkzaamheden - behoudens tegenbewijs – te doen stellen, ermee kan volstaan de blootstelling aan overbelasting aannemelijk te maken. De genoemde jurisprudentie heeft betrekking op gevallen waarin de werknemer (...). Blootstelling aan gevaarlijke stoffen kan niet zonder meer op één lijn gesteld worden met het bestaan van arbeidsomstandigheden die kunnen leiden tot overbelasting, omdat stress door vele omstandigheden kan ontstaan en sterk individueel bepaald is. Onder gelijke omstandigheden zal de ene persoon geen stressklachten krijgen en de andere wel. Voorts kan stress ook worden veroorzaakt door persoonlijke omstandigheden.’*⁴⁴

Alhoewel door het voorgaande de indruk kan zijn gewekt dat een werknemer ten opzichte van een werkgever in een gunstige bewijspositie verkeert, betekent dit niet dat het voor een werknemer eenvoudig is om schade als gevolg van een burn-out op de werkgever te verhalen. Dit zal blijken uit onderstaande bespreking van de voorwaarden van art. 7:658 BW.

§ 5.3 Vaststellen van een burn-out

Voordat eventueel geleden schade door een burn-out voor vergoeding van de werkgever in aanmerking komt moet in ieder geval vaststaan dat de werknemer daadwerkelijk lijdt aan een burn-out.

⁴⁰ Ktr. Amsterdam, 14 januari 2009, *JAR* 2009, 63

⁴¹ Zie voor overtreding art. 3 lid 1 sub c Arbowet bv. Ktr. Heerlen, 13 december 2006, *JAR* 2007, 26 en Hof 's-Gravenhage, 26 mei 2009, *LJN* BJ3482

Zie voor overtreding Arbeidstijdenwet bv. Hof 's-Gravenhage, 18 januari 2008, *LJN* BC7681

⁴² HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 596

⁴³ A.E. Krispijn, P. Oskam, ‘Werkgeversaansprakelijkheid. Brengt de recente rechtspraak ons een stap verder?’, *TVP*, 2008/3, p. 91

⁴⁴ Hof Amsterdam 3 juli 2008, *LJN* BG3727

Een psycholoog, psychiater, bedrijfsarts, medisch-adviseur of verzekeringsarts kan vaststellen of een werknemer lijdt aan een burn-out. Een rapport of diagnose van een dergelijke medicus of specialist dient hiervoor veelal als bewijs.

Een werknemer dient dus wanneer de werkgever betwist dat de werknemer lijdt aan een burn-out een dergelijk rapport of diagnose van een deskundige te overleggen.

De bedrijfsarts stelt een burn-out vast door na te gaan of de werknemer voldoet aan de criteria voor klinische diagnostiek van een burn-out genoemd in de Registratierichtlijn

Beroepsgebonden overspanning/burn-out. Deze criteria sluiten aan bij de richtlijn van de Nederlandse Vereniging voor Arbeids- en Bedrijfsgeneeskunde (NVAB) en zijn in § 2.1 genoemd.⁴⁵ Hoe andere deskundigen vaststellen of er sprake is van een burn-out verschilt, dit is vooral een medisch vraagstuk en wordt daarom niet verder behandeld.⁴⁶

§ 5.4 In de uitoefening van de werkzaamheden

Voor aansprakelijkheid is vereist dat de schade (de burn-out is het letsel waardoor de schade ontstaat) is geleden in de uitoefening van de werkzaamheden. De werknemer moet hiervoor bewijzen dat er causaal verband bestaat tussen de burn-out en de werkzaamheden.⁴⁷

Het causaal verband is onder te verdelen in twee fases; de vestigingsfase en de omvangfase. In de vestigingsfase wordt bepaald of de burn-out het gevolg is van de werkzaamheden en in de omvangfase wordt bepaald welke schade voortvloeiende uit de burn-out verband houdt met de werkomstandigheden.⁴⁸ Deze paragraaf beperkt zich tot het aantonen van causaal verband in de vestigingsfase.

Het bestaan van causaal verband tussen de schade en de werkomstandigheden is een vereiste om schade voor vergoeding in aanmerking te laten komen ex art. 6:98 BW. Causaal verband in de zin van art. 6:98 BW bestaat enerzijds uit de *condicio sine qua non* en de leer van de redelijke toerekening.

De vraag of er causaal verband bestaat tussen de burn-out en de werkzaamheden wordt beantwoord door antwoord te geven op de vraag of er *condicio sine qua non*-verband is tussen de schade en de werkomstandigheden.⁴⁹ De *condicio sine qua non* betekent letterlijk vertaald 'voorwaarde zonder welke (het gevolg) niet (zou ingetreden zijn)'; dus zou de burn-out zijn ingetreden zonder het verrichten van de werkzaamheden?

De *condicio sine qua non* dient hiermee als negatieve toets om aan te tonen of er causaal verband bestaat tussen de schade en de werkomstandigheden. Zou de burn-out niet zijn ontstaan zonder de werkzaamheden dan is er *condicio sine qua non*-verband.

Aan het aannemen van *condicio sine qua non*-verband worden hoge eisen gesteld. Voor *condicio sine qua non*-verband moet de feitelijke relatie tussen de burn-out en de werkomstandigheden worden vastgesteld.

⁴⁵ Registratierichtlijn E2002: Beroepsgebonden overspanning/burn-out, NCvB 2009

⁴⁶ Het benoemen waard is het feit dat sinds kort uit onderzoek aan de Radboud Universiteit te Nijmegen blijkt dat een burn-out kan worden vastgesteld aan de hand van objectieve gegevens. Aan de hersenactiviteit van een persoon zou afgeleid kunnen worden of deze persoon lijdt aan een burn-out. In hoeverre dit onderzoek in de jurisprudentie zijn invloed zal hebben, zal de toekomst moeten uit wijzen omdat het een van de eerste onderzoeken in kleine groep betreft en het onderzoek dus vervolg nodig heeft in grote groep.

Gilles van Luijckelaar e.a., *Burn-out voor het eerst in hersenen zichtbaar*, Donders Institute for Brain Cognition and Behaviour, < http://www.ru.nl/wetenschapsagenda/huidige_editie/nieuws/@772470/burn-out-eerst/>, 22 mei 2010

⁴⁷ M.S.A. Vegter, *Vergoeding van psychisch letsel door de werkgever*, diss. VU Amsterdam, Sdu Uitgevers, Den Haag, 2005, p. 105

⁴⁸ Oosterveen 2009, (*T&C BW*), art. 6:98, aant. 1

⁴⁹ M.S.A. Vegter, 'Causaal verband en zorgplicht bij werkgeversaansprakelijkheid voor stressklachten', *ArbeidsRecht* 2006, 32, p. 9

Het condicio sine qua non-verband tussen de werkomstandigheden en de burn-out hangt samen met de vraag of de burn-out werkgerelateerd is. Volgens de Registratierichtlijn Beroepsgebonden overspanning/burn-out wordt dit oordeel overgelaten aan de bedrijfsarts. De bedrijfsarts inventariseert dan of de werkomstandigheden voldoen aan de criteria voor werkgerelateerde diagnostiek van de Registratierichtlijn Beroepsgebonden overspanning/burn-out. Blijkens de jurisprudentie hoeft de werkgerelateerdheid niet noodzakelijkerwijs door een bedrijfsarts te worden vastgesteld maar bij voorkeur door een onafhankelijke deskundige. Als dit echter een psycholoog of psychiater is moet duidelijk blijken dat er onderzoek is gedaan naar de werkomstandigheden en dat de werkgerelateerdheid niet alléén gebaseerd is op stellingen van de werknemer.⁵⁰ Een onafhankelijk oordeel of er causaal verband bestaat tussen de werkzaamheden en de burn-out kan niet worden vastgesteld als de psycholoog of psychiater niet op de hoogte is van de werkelijke werkomstandigheden. Op basis van een onafhankelijk rapport van een psychiater, die onderzoek heeft gedaan aan de hand van de vaststaande feiten en informatie omtrent de werkomstandigheden heeft ingewonnen bij derden, kan causaal verband worden aangenomen.⁵¹

§ 5.4.1 Excessieve of abnormale werkomstandigheden in objectieve zin of signalen waaruit de werkgever moest begrijpen dat de werknemer werd overbelast

Om te kunnen spreken over causaal verband tussen de werkzaamheden en de burn-out moet naar objectieve maatstaven sprake zijn van overbelasting of moest de werkgever op grond van signalen van de werknemer of een derde begrijpen dat het werk voor de werknemer te zwaar was.⁵² In de jurisprudentie omtrent burn-out zaken wordt ook een ander criterium gehanteerd voor 'dat er naar objectieve maatstaven sprake moet zijn van overbelasting' en dat is 'dat er sprake moet zijn van abnormale of excessieve werkomstandigheden in objectieve zin'. Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch oordeelde dat er geen sprake is van causaal verband tussen de werkomstandigheden en de burn-out in het geval de werkomstandigheden niet excessief of abnormaal zijn in objectieve zin.⁵³

Dit criterium wordt ook al jaren in het ambtenarenrecht gehanteerd.⁵⁴

In dit onderzoeksrapport wordt daarom in het vervolg gesproken over 'dat er sprake moet zijn van abnormale of excessieve werkomstandigheden in objectieve zin' omdat dit criterium duidelijker aangeeft dat de 'objectieve maatstaven' gericht zijn op de werkomstandigheden en niet 'of de werknemer werd overbelast' want daar duidt het criterium 'dat de werkgever op grond van signalen van de werknemer of een derde moest begrijpen dat het werk voor de werknemer te zwaar was' al op.

Wanneer er sprake is van 'signalen waaruit een werkgever had moeten begrijpen dat het werk voor de werknemer te zwaar was' wordt verder besproken in § 5.5.2 en § 5.5.4 (situatie 2) omdat dit samenhangt met de omvang van de zorgplicht van de werkgever.

Met 'excessieve of abnormale werkomstandigheden in objectieve zin' wordt bedoeld dat de gemiddelde werknemer onder dergelijke werkomstandigheden wordt overbelast en een groot risico loopt om een burn-out te krijgen. Dit blijkt uit het volgende voorbeeld. In dit geval waren er geen signalen merkbaar voor de werkgever en stond dus de vraag centraal of er sprake was van excessieve of abnormale werkomstandigheden in objectieve zin.

⁵⁰ Hof Amsterdam 3 juli 2008, *LJN* BG3727 en Hof 's-Gravenhage 16 februari 2007, *JAR* 2007,69

⁵¹ Ktr. Heerlen 13 december 2006, *JAR* 2007, 26

⁵² J.F. Roth, 'Aansprakelijkheid van de werkgever voor burn-out. De stand van zaken', *Letsel & Schade*, 2009/102, afl. 2, p. 21

⁵³ Hof 's-Hertogenbosch 15 januari 2008, *JAR* 2008,91

⁵⁴ CRvB 3 oktober 1996, *TAR* 1996, 2000 en CRvB 28 maart 2002, *TAR* 2003, 35 en CRvB4 mei 2006, *LJN* AX3244

Het Gerechtshof 's-Gravenhage achtte causaal verband niet aanwezig ondanks dat er sprake was van een hoge werkdruk, aangezien de werkgever kon aantonen dat talloze andere werknemers wel tegen de werkdruk bestand waren. De werkdruk was dus niet té hoog in objectieve zin.⁵⁵

Om te spreken van abnormale of excessieve werkomstandigheden in objectieve zin moeten de werkomstandigheden buitensporig zijn. Een leraar die naast zijn werk een opleiding moest volgen, die niet concreet kon aantonen dat hij meer uren heeft gemaakt dan zijn jaartaakbelasting en waarbij geen rekening werd gehouden met diens roosterwensen, heeft niet in omstandigheden gewerkt die in objectieve zin excessief of abnormaal zijn.⁵⁶ Evenals een werknemer die zijn werkzaamheden op twee locaties moest verrichten en waarbij de overuren binnen de grenzen van de wettelijke voorschriften bleven.⁵⁷

De kantonrechter te Dordrecht concludeert dat er geen sprake hoeft te zijn van abnormale of excessieve werkomstandigheden in objectieve zin, om aan te tonen dat de burn-out is opgelopen in uitoefening van zijn werkzaamheden. In deze situatie waren er geen signalen waaruit de werkgever kon opmaken dat de werknemer werd overbelast. Het aantonen dat er sprake is van een hoge werkdruk en dat hieraan geen privéomstandigheden ten grondslag liggen kan genoeg zijn om aan te tonen dat de burn-out is ontstaan in de uitoefening van de werkzaamheden (ook al ervoeren andere werknemers de werkdruk niet als té hoog) volgens de kantonrechter.⁵⁸ Het aantonen dat de burn-out is ontstaan door de werkomstandigheden kan door het overleggen van een deskundigenrapport zoals hiervoor is beschreven. Kan de werknemer met een onafhankelijk deskundigenrapport aannemelijk maken dat de burn-out is ontstaan in de uitoefening van de werkzaamheden dan is het niet meer relevant of er wel sprake was van signalen van de werknemer of een derde en of er sprake was van excessieve of abnormale werkomstandigheden in objectieve zin (voor wat betreft het aannemen van causaal verband, voor de zorgplicht is dit echter wel weer van belang, zie § 5.5.2!).⁵⁹

§ 5.4.2 Causaal verband tussen de burn-out en de werkomstandigheden en causaal verband tussen de burn-out en de schending van de zorgplicht

De leer van de redelijke toerekening, die inhoudt dat causaal verband mede moet worden vastgesteld aan de hand van objectieve criteria, lijkt bij een burn-out zaak op grond van art. 7:658 BW pas een rol te spelen bij het vaststellen van de schending van de zorgplicht (ook daarbij moet causaal verband met de schade worden aangetoond). Aangezien bij het aantonen van een zorgplichtschending ook de werkomstandigheden een rol spelen kan geen strikt onderscheid gemaakt worden tussen het causaal verband tussen de werkomstandigheden en de burn-out en de vraag of de zorgplicht is geschonden. Of er sprake is van causaal verband tussen de werkomstandigheden en de burn-out is derhalve verknocht aan de vraag of de werkgever zijn zorgverplichting is nagekomen.⁶⁰ In de jurisprudentie worden deze 'communicerende vaten' dan ook niet altijd strikt apart behandeld.⁶¹

Er van uitgaande dat de bewijslast van art. 7:658 BW wordt gevolgd, komt nadat het *condicio sine qua non*-verband is bewezen, de zorgplicht van de werkgever aan bod.

⁵⁵ Hof 's-Gravenhage, 27 april 2007, *JAR* 2007, 177

⁵⁶ Hof 's-Gravenhage, 7 juli 2009, *LJN* BJ3803

⁵⁷ Hof Arnhem, 14 april 2009, *LJN* BJ2194

⁵⁸ Ktr. Dordrecht, 23 maart 2009, *LJN* BH7581

⁵⁹ Ktr. Heerlen, 13 december 2006, *JAR* 2007, 26 en Hof 's-Gravenhage 26 mei 2009, *LJN* BJ3482

⁶⁰ J.F. Roth, 'Aansprakelijkheid van de werkgever voor burn-out. De stand van zaken', *Letsel & Schade*, 2009/102, afl. 2, p. 21

⁶¹ M.S.A. Vegter, *Vergoeding van psychisch letsel door de werkgever*, diss. VU Amsterdam, Sdu Uitgevers, Den Haag 2005, p. 112 en 225

Bij de zorgplichtschending komt de leer van de redelijke toerekening aan bod waardoor voor de aansprakelijkheid alsnog aan meer moet worden voldaan dan alleen aan de minimumeis voor causaal verband, de *condicio sine qua non*.⁶² Het causale verband bedoeld in art. 6:98 BW is als het ware bij art. 7:658 BW gescheiden in de zin dat de *condicio sine qua non* het verband tussen de burn-out en de werkomstandigheden moet aantonen en dat de leer van de redelijke toerekening mede bepaalt of er sprake is van een zorgplichtschending.

Hoe de leer van de redelijke toerekening zijn invloed heeft op een eventuele schending van de zorgplicht wordt in § 5.5.1 behandeld.

§ 5.5 Zorgplicht van de werkgever en het causaal verband met de burn-out

Voor een schending van de zorgplicht op grond van art. 7:658 lid 1 BW moet een concrete en kenbare norm ter voorkoming van psychisch letsel geschonden zijn.⁶³ Deze paragraaf bespreekt de invulling van deze 'concrete' norm door de jurisprudentie.

De werkgever moet de arbeidsplaats op zodanige wijze inrichten en onderhouden en zodanige maatregelen treffen en aanwijzingen geven als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de werknemer in uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt.

De vraag of de werkgever zijn zorgplicht heeft geschonden is afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval. Welke maatregelen de werkgever redelijkerwijs moet nemen of welke aanwijzingen hij ter voorkoming van een burn-out moet geven wordt mede bepaald door de betreffende werkomstandigheden en de persoonlijkheid van de werknemer. In de hierna te bespreken jurisprudentie worden de volgende werkomstandigheden genoemd die volgens de werknemer tot de burn-out hebben geleid:

- Te veel overwerkuren
- Hoog werktempo
- Mismanagement van leidinggevenden
- Te weinig ondersteuning/begeleiding van de leidinggevenden
- Toewijzing van meer taken (meervoudige taakbelasting) / onderbezetting
- Wijziging (stijging) in mate van verantwoordelijkheid
- Ontbreken van scholing
- Reorganisaties

Wil de rechter een schending van de zorgplicht aannemen, dan moet de werkgever zijn tekort geschoten in het nemen van maatregelen of het geven van aanwijzingen, terwijl het voor de werkgever kenbaar was dat de werknemer werd overbelast en dat niet ingrijpen zijnerzijds heeft kunnen leiden tot een (groot) risico op een burn-out bij de werknemer.⁶⁴

§ 5.5.1 Causaliteit de tussen burn-out en de schending van de zorgplicht

Zoals eerder is aangegeven moet er ook causaal verband bestaan tussen de burn-out en de zorgplichtschending. De leer van de redelijke toerekening ex art. 6:98 BW speelt hierbij een belangrijke rol. Art. 6:98 BW is als volgt gedefinieerd:

'voor vergoeding komt slechts in aanmerking de schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade als gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend.'

⁶² R.J.B. Boonekamp, *Schadevergoeding*, art. 98-99, suppl. 63, aant. 2.5, Groene Serie Privaatrecht, Kluwer Deventer 2009

⁶³ HR 11 maart 2005, *JAR* 2005, 84 en Hof 's-Hertogenbosch, 15 januari 2008, *JAR* 2008, 91

⁶⁴ Hof 's-Gravenhage 16 februari 2007, *JAR* 2007, 69, Hof 's-Gravenhage 27 april 2007, *JAR* 2007, 177, HR 3 april 2009, *LJN* BH2619 concl. P-G J. Spier

Uit de jurisprudentie blijkt dat gezien de aard van de schade – psychische schade als een burn-out kan multicausaal zijn en is sterk afhankelijk is van de persoon in kwestie – causaal verband niet snel wordt aangenomen bij een burn-out.⁶⁵

De aard van de aansprakelijkheid is een schuldaansprakelijkheid, hierbij wordt causaal verband sneller aangenomen. Is het duidelijk dat de werkgever een concrete norm heeft geschonden die verwijtbaar is (er is dus sprake van schuld: een toerekenbare tekortkoming in de zorgplicht⁶⁶) dan wordt het causaal verband tussen de burn-out en de zorgplichtschending aangenomen behoudens tegenbewijs (het nakomen van de zorgplicht had de schade niet voorkomen). Dit is de zogenoemde omkeringsregel die in § 5.2.2 is behandeld. Het is echter niet eenvoudig om te bewijzen dat deze concrete norm is overtreden.

Bij de leer van de redelijke toerekening zal telkens aan de hand van een aantal objectieve factoren bepaald moeten worden of de burn-out als een gevolg van de zorgplichtschending, aan de werkgever kan worden toegerekend.⁶⁷ Dit komt ook duidelijk naar voren in de jurisprudentie omtrent de causaliteit tussen een burn-out en de zorgplicht.

‘De werknemer dient aan te geven om welke norm het gaat en de schending daarvan aan te tonen. Uitgaande van dit juridische kader (...) dat aansprakelijkheid van [werkgever] (alleen dan) kan worden aangenomen indien er sprake is geweest van “werkomstandigheden van de werknemer die in objectieve zin abnormaal of excessief waren”’⁶⁸

‘Pas als blijkt dat iemand die taken objectief niet aankan – hetgeen kan blijken uit de gemaakte fouten – en de werkgever weigert de extra taken weer af te nemen, kan sprake zijn van een relevante normschending’⁶⁹

Onder de objectieve factoren waarmee bepaald wordt of de burn-out als gevolg van de zorgplichtschending aan de werkgever kan worden toegerekend, kan naast de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade ook de voorzienbaarheid in de vorm van kenbaarheid met de overbelasting (en daarmee verbandhoudende risico's op een burn-out) worden geschaard.⁷⁰ De kenbaarheid met de overbelasting wordt in de volgende paragraaf behandeld.

Wanneer causaal verband tussen de zorgplichtschending en de burn-out ontbreekt, is de werkgever toch niet aansprakelijk al staat de zorgplichtschending en de causaliteit tussen de werkomstandigheden en de burn-out vast. Dit blijkt uit het feit dat de werkgever aan zijn aansprakelijkheid kan ontkomen door aan te tonen, in de zin van aannemelijk maken, dat ook al had hij aan zijn zorgplicht voldaan de schade toch zou zijn ingetreden.⁷¹

§ 5.5.2 Objectieve en subjectieve kenbaarheid

De kenbaarheid van de overbelasting die nodig is om een zorgplichtschending aan te nemen is te onderscheiden in objectieve en subjectieve kenbaarheid. De subjectieve kenbaarheid beantwoordt de vraag of de werkgever daadwerkelijk wist dat de werknemer werd overbelast. De objectieve kenbaarheid is het antwoord op de vraag of de werkgever behoorde te weten dat de werknemer werd overbelast.

⁶⁵ Hof Amsterdam, 3 juli 2008, L/JN BG3727 en Hof 's-Gravenhage 16 februari 2007, JAR 2007 69 en HR 3 april 2009, L/JN BH2619

⁶⁶ Van der Grinten e.a., *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Kluwer, Deventer 2008

⁶⁷ R.J.B. Boonekamp, *Schadevergoeding*, art. 98-99, suppl. 63, aant. 28, Groene Serie Privaatrecht, Kluwer Deventer 2009

⁶⁸ Hof 's-Hertogenbosch, 15 januari 2008, JAR 2008, 91

⁶⁹ Ktr. Amsterdam 11 mei 2004, JAR 2004, 152

⁷⁰ R.J.B. Boonekamp, *Schadevergoeding*, art. 98-99, suppl. 63, aant. 28, Groene Serie Privaatrecht, Kluwer Deventer 2009

⁷¹ E.M. Hoogeveen e.a. 'De bewijslastverdeling bij een door de werknemer opgelopen burn-out', *ArbeidsRecht*, 2010/17, afl. 4. p. 11

De kenbaarheid van de overbelasting en daardoor een (groot) risico op een burn-out, is voor de werkgever essentieel in de voorzienbaarheid van een burn-out. Is de werkgever niet bekend met de stress die de werknemer door het werk ervaart (subjectieve kenbaarheid) dan is een burn-out bij de werknemer voor de werkgever in principe onvoorzienbaar. De objectieve kenbaarheid zorgt ervoor dat kenbaarheid in een dergelijke situatie toch kan worden aangenomen omdat een burn-out wel degelijk voorzienbaar kan zijn in situaties waarin de werkgever behoorde te weten dat de werkgever werd overbelast.

In de kenbaarheid van de werkgever met de overbelasting en daarmee samenhangende voorzienbaarheid van een eventuele burn-out zijn de Kelderluikcriteria te herkennen. De vragen als hoe groot was de kans op een de burn-out, hoe groot was de kans op onvoorzichtigheid (bijv. de werknemer die consequent blijft overwerken, niet wetende dat hij tegen een burn-out aan zit), wat is de ernst van de gevolgen en was het bezwaarlijk om veiligheidsmaatregelen te nemen spelen hierbij een rol.⁷²

In twee gevallen kan in ieder geval worden aangenomen dat er sprake is van objectieve kenbaarheid. Dat is bij excessieve of abnormale werkomstandigheden in objectieve zin of wanneer er sprake is geweest van signalen van de werknemer of een derde waardoor de werkgever had moeten weten dat het werk voor de werknemer te zwaar was.

1. Abnormale of excessieve werkomstandigheden in objectieve zin impliceren kenbaarheid van de overbelasting bij de werkgever.⁷³ Of de werkomstandigheden objectief gezien abnormaal of excessief zijn geweest is naast dat het van belang is voor het aantonen of de burn-out is ontstaan in de uitoefening van de werkzaamheden dus ook relevant voor het bepalen of er sprake is van een zorgplichtschending. Dit geeft aan dat het aantonen van causaal verband tussen de werkomstandigheden en de burn-out nauw samenhangt met de objectieve kenbaarheid van de overbelasting, waarbij de objectieve kenbaarheid weer samenhangt met de omvang van de zorgplicht van de werkgever.
2. Objectieve kenbaarheid kan ook worden aangenomen wanneer de werkgever door signalen van de werknemer of een derde behoorde te weten dat de betreffende werknemer werd overbelast. Deze signalen moeten wel duidelijk zijn. Hierbij is niet de gemiddelde werknemer de maatstaf maar de individuele werknemer.

Is er sprake van een predispositie die bij de werkgever kenbaar is dan kan objectieve kenbaarheid ook worden aangenomen. Een kenbare predispositie kan daardoor als signaal van de werknemer worden gezien waaruit blijkt dat het werk voor hem te zwaar is. Vegter zegt hierover het volgende:

*'(...) dat zich omstandigheden laten denken waarin zo zeer voor zich spreekt dat van de werknemer teveel wordt gevergd dat de werkgever zonder expliciete klachten (of ten minste heldere, tijdige en niet voor redelijk misverstand vatbare signalen) met betrekking tot een bepaalde werknemer proactief te werk moet gaan. Daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan situaties waarin werknemers lijden aan de werkgever bekende ziektes of kwalen, kampen met de werkgever bekende psychische problemen of waarin sprake is van hele jeugdige of juist zeer gevorderde leeftijd. De omstandigheden van het geval kunnen zozeer voor zich spreken dat ook zonder dat de werknemer aan de bel trekt voor de werkgever duidelijk moet zijn dat de werknemer door bijvoorbeeld de werkdruk in zijn gezondheid zou kunnen worden geschaad.'*⁷⁴

⁷² HR 11 november 2005, *JAR* 2005, 287

⁷³ Hof 's-Hertogenbosch 15 januari 2008, *JAR* 2008, 91

⁷⁴ M.S.A. Vegter, *Vergoeding van psychisch letsel door de werkgever*, diss. VU Amsterdam, Sdu Uitgevers, Den Haag, 2005, p. 470

Dit wordt ook ondersteund door een arrest van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch waarin is overwogen dat van de werkgever pas maatregelen of aanwijzingen worden verlangd op het moment waarop hij redelijkerwijs heeft kunnen onderkennen dat de werknemer persoonskenmerken heeft die een extra risico opleveren voor het ontstaan van overbelasting.⁷⁵

De omvang (reikwijdte) van de zorgplicht wordt grotendeels bepaald door in hoeverre de werkgever daadwerkelijk op de hoogte is geweest van de overbelasting (subjectieve kenbaarheid) van de werknemer én of de werkomstandigheden abnormaal of excessief zijn geweest in objectieve zin én of de werkgever op basis van signalen van de werknemer of derden had moeten begrijpen dat de betreffende werknemer werd overbelast (objectieve kenbaarheid). Dit blijkt uit de hierna in § 5.5.4 te behandelen jurisprudentie.

§ 5.5.3 Voldoende kenbaar maken bij werkgever door werknemer

De kenbaarheid van de overbelasting vormt vaak een probleem bij een vordering tot schadevergoeding op grond van art. 7:658 BW omdat juist de mensen die een burn-out krijgen niet snel geneigd zijn om overbelasting duidelijk aan te kaarten bij hun werkgever. De werknemers die lijden aan een burn-out zijn vaak perfectionistisch en zien het als een teken van onvermogen om aan te geven dat zij overbelast worden. Daarnaast valt de overbelasting van een werknemer niet snel op omdat mensen met een burn-out vaak heel ambitieus zijn. Door hun ambitie en werkdrijf lijken de werknemers de werkzaamheden zonder problemen aan te kunnen.⁷⁶ Het gevaar wordt derhalve niet opgemerkt. De werknemer heeft op grond van art. 11 sub e Arbwet een meldingsplicht betreffende de door hem opgemerkte gevaren voor de gezondheid. Een werknemer die wordt overbelast dient dit dus zo snel mogelijk aan te geven bij zijn werkgever of leidinggevende. Zoals blijkt uit de jurisprudentie wordt van de werknemer in een hoge functie meer verwacht dan van de werknemer in een lage functie ten aanzien van het kenbaar maken van overbelasting.

De overbelasting en daarmee het risico op een burn-out kan kenbaar worden gemaakt doordat de werknemer overbelasting aangeeft bij zijn werkgever of leidinggevende. Bestrijdt de werkgever dan dat hij wist dat de werknemer werd overbelast, dan kan alsnog door de melding objectieve kenbaarheid worden aangenomen.

Volgens de kantonrechter in Terneuzen is het eenmalig aangeven van de overbelasting bij de Arbodienst van de werkgever niet voldoende omdat de werknemer dan afhankelijk is van de manier waarop de Arbodienst deze klacht (duidelijk) overbrengt op de werkgever. De kantonrechter oordeelt dat de werknemer nogmaals aandacht had moeten vragen bij de Arbodienst wanneer er geen actie wordt ondernomen naar aanleiding van zijn klacht. Dit kan zeker worden verwacht wanneer de werknemer een hoog functieniveau heeft.

Er werden in de betreffende situatie geen functioneringsgesprekken gevoerd met de betreffende werknemer omdat het binnen de bedrijfscultuur bij de werkgever de gewoonte was om zelf aan de bel te trekken wanneer zich problemen voordeden.

Het uiten van frustratie en teleurstelling bij zijn leidinggevende over zijn carrièreverloop en de waardering en honorering kan niet worden gezien als een voldoende duidelijke klacht met betrekking tot overbelasting.⁷⁷

Juist omdat de werknemer wel zijn leidinggevend kon vinden om deze klachten te uiten had hij zijn leidinggevend ook op de hoogte kunnen stellen van zijn overbelasting. De stelling van de werknemer dat hij zijn leidinggevend heeft laten weten dat hij parttime wilde werken om een beter evenwicht te krijgen tussen werk en privé is in deze procedure niet voldoende bewezen.

⁷⁵ Hof 's-Hertogenbosch 15 januari 2008, *JAR* 2008,91

⁷⁶ *Behandeling van burn-out*, NVvA, <http://www.arbeidsdeskundigen.nl/nvva/nieuws/verslagen_bijeenkomsten/behandeling_van_burn-out.php>, 8 maart 2010

⁷⁷ Ktr. Terneuzen, 19 januari 2005, *JAR* 2005, 76

Het feit dat de werknemer gesolliciteerd heeft naar een functie met een hoger beloningsniveau geeft daarnaast ook weinig aanleiding om te denken dat de werknemer wordt overbelast. Daarom bleef ook in hoger beroep en in cassatie het oordeel van de kantonrechter, dat er geen zorgplichtschending was omdat de overbelasting niet kenbaar was, in stand.⁷⁸

In dit geval was er geen sprake van excessieve of abnormale werkomstandigheden in objectieve zin ondanks dat er een hoge werkdruk heerste op de werkvloer. De werkgever kon namelijk aantonen dat er naast de betreffende werknemer geen andere werknemers leden aan een burn-out en zij prijzen heeft ontvangen voor haar stresspreventiebeleid. De werknemer moest daarom bewijzen dat hij de overbelasting voldoende kenbaar heeft gemaakt bij zijn werkgever en daarin is hij, zoals hierboven is aangegeven, niet geslaagd. Hieruit kan worden afgeleid dat wanneer de werkgever de subjectieve kenbaarheid ontkent en er geen excessieve of abnormale werkomstandigheden zijn in objectieve zin, de objectieve kenbaarheid alleen kan worden aangenomen wanneer de werknemer duidelijk en expliciet bij zijn werkgever of direct leidinggevende aangeeft dat hij wordt overbelast. Dit met uitzondering van de gevallen waarin de werkgever duidelijke signalen van overbelasting heeft gekregen van de betreffende werknemer of een derde, deze gevallen komen in § 4.4.5 (situatie 2) aan de orde.

§ 5.5.4 Jurisprudentie met betrekking tot een schending van de zorgplicht

In deze paragraaf worden drie situaties onderscheiden. In de eerste situatie zijn de eisen die gesteld worden aan de te nemen maatregelen het lichtst en bij de laatste situatie het zwaarst. De eerste situatie betreft het geval waarin het niet kenbaar is bij de werkgever dat de werknemer wordt overbelast en er in objectieve zin geen excessieve of abnormale werkomstandigheden zijn. Als tweede de situatie waarin het bij de werkgever wel kenbaar is dat de werknemer wordt overbelast terwijl er geen sprake is van excessieve of abnormale werkomstandigheden in objectieve zin. Ten derde kan de situatie zich voordoen dat de overbelasting kenbaar is bij de werkgever omdat er sprake is van excessieve of abnormale werkomstandigheden in objectieve zin. Aangezien objectieve kenbaarheid voortvloeit uit het bestaan van excessieve of abnormale werkomstandigheden in objectieve zin is een vierde situatie (overbelasting is bij de werkgever niet kenbaar terwijl er sprake is van excessieve of abnormale werkomstandigheden in objectieve zin) niet mogelijk.

Situatie 1: Overbelasting is niet kenbaar bij de werkgever en er zijn geen excessieve of abnormale werkomstandigheden in objectieve zin

Wanneer een werknemer in een volstrekt normale werksituatie niet tegen de werkdruk is bestand, kan niet worden gezegd dat zijn stress door zijn werkzaamheden is veroorzaakt. Ook kan in een dergelijke situatie van de werkgever niet worden verwacht dat hij maatregelen neemt ter voorkoming van stress.

Maatregelen zijn pas dan geïndiceerd wanneer voor de werkgever duidelijk is dat een bepaalde (wijziging in de) werksituatie het risico van stressklachten met zich brengt.⁷⁹

Wanneer de werkgever daadwerkelijk niet wist dat een werknemer werd overbelast en de werkgever niet door bepaalde signalen behoorde te weten dat de betreffende werknemer werd overbelast en er in objectieve zin geen abnormale of excessieve werkomstandigheden waren, dan hoeft de werkgever geen maatregelen te nemen om een burn-out te voorkomen. Van een zorgplichtschending kan dan geen sprake zijn.

⁷⁸ Hof 's-Gravenhage 27 april 2007, *JAR* 2007, 177 en HR 3 april 2009, *LJN* BH2619

⁷⁹ Hof 's-Gravenhage 27 april 2007, *JAR* 2007, 177 en Hof 's-Gravenhage 16 februari 2007, *JAR* 2007, 69 en HR 11 november 2005, *JAR* 2005, 287 en Hof Leeuwarden 24 oktober 2007, *LJN* BI6166 en Ktr. Dordrecht, 25 juni 2009, *LJN* BJ1805

Ondanks dat er in de volgende situatie geen verplichting was voor de werkgever om proactief maatregelen te nemen, werd door de werkgever de volgende maatregelen genomen:

- Aanstellen van een personal coach
- Aanbieden van een flexibele tijdsindeling
- Het toestaan van thuiswerken
- Het mogen wegblijven bij bepaalde vergaderingen
- Het tijdelijk aanstellen van een vervanger voor de betreffende functie van de werknemer en het zoeken naar een opvolger

De werknemer in casu gaf aan dat ze een andere functie ambieerde, zijnde een functie waarin zij minder hard hoefde te werken. De rechter vond dit geen voldoende duidelijke klacht met betrekking tot overbelasting en er waren geen excessieve of abnormale werkomstandigheden in objectieve zin waardoor de kenbaarheid niet is aangenomen. De werknemer klaagde over de slechte communicatie met betrekking tot de door haar geambieerde functie en het feit dat deze functie aan een ander werd vergeven. Een hoge werkdruk door meervoudige taakbelasting werd niet aangenomen.⁸⁰

Hoewel deze maatregelen niet verplicht waren kunnen ze wel bijdragen aan het verminderen van overbelasting en het voldoen aan goed werkgeverschap op grond van art. 7:611 BW.

Het feit dat de werkgever in een dergelijke situatie pas maatregelen dient te nemen wanneer de werknemer de overbelasting bij hem kenbaar maakt, roept de vraag op of de werkgever, in het licht van art. 3 lid 2 Arbowet, geen eigen onderzoeksplicht heeft teneinde vast te stellen of dat een werknemer wordt overbelast. Volgens het Gerechtshof Amsterdam mag van een werkgever worden verlangd dat deze met enige regelmaat informeert naar de psychische gesteldheid van zijn personeel, bijvoorbeeld in functioneringsgesprekken.⁸¹ Volgens Spier in zijn conclusie bij het arrest van de Hoge Raad 3 april 2009 (Dooms/Dow Benelux) kan uit de rechtspraak worden afgeleid dat de werkgever geen verplichting heeft om 'sua sponte' (uit eigen beweging) na te gaan of de werknemer wellicht overbelast was.⁸²

Mocht een onderzoeksplicht wel bestaan, dan kan aan deze verplichting bijvoorbeeld worden voldaan door het periodiek afnemen van een vragenlijst die informeert naar de belasting en belastbaarheid van de werknemer. De Arbodienst ArboNed hanteert hiervoor een zogenoemde Vitaliteitscan. Deze Vitaliteitscan is een vragenlijst die de fysieke gesteldheid van de werknemer met betrekking tot stressgerelateerde aandoeningen meet en daarnaast in gaat op stressoren en persoonskenmerken van de werknemer.⁸³ Een dergelijke Vitaliteitscan kan uitkomst bieden in werksituaties zoals bij Dooms/Dow Benelux, waarbij geen functioneringsgesprekken worden gehouden en men zelf aan de bel moet trekken wanneer men wordt overbelast, terwijl bekend is dat werknemers, zeker in hogere functies niet snel geneigd zijn dit zelf aan te kaarten. Op basis van de resultaten van de Vitaliteitscan kan de werkgever proactief maatregelen nemen voor werknemers waarbij blijkens de vragenlijst (bijna) overbelasting wordt geconstateerd.

Een dergelijke onderzoeksplicht aan de zijde van de werkgever is begrijpelijk vanuit het standpunt dat met art. 7:658 BW gestreefd wordt naar een optimaal veiligheidsniveau en dat het veiligheidsbeleid *state of art* moet zijn.

⁸⁰ Ktr. Rotterdam, 8 april 2003, *JAR* 2004, 20

⁸¹ Hof Amsterdam, 3 juli 2007, *LJN* BG3727

⁸² HR 3 april 2009, *LJN* BH2619 concl. P-G J. Spier

⁸³ *Vitaliteitscan*, ArboNed, 11 maart 2010, <<http://www.arboned.nl/diensten/werkplezier/vitaliteitscan>>

Hiermee wordt bedoeld dat het veiligheidsbeleid moet worden afgestemd op de stand van de wetenschap. Een werkgever kan zich niet verschuilen achter het standpunt dat bepaalde maatregelen niet gebruikelijk zijn bij andere bedrijven.⁸⁴ Wat betreft het streven naar een optimaal veiligheidsniveau blijft dit beperkt door het feit dat art. 7:658 BW een schuld-aansprakelijkheid is (en géén risicoaansprakelijkheid) en dus geen absolute waarborg is tegen schade. Een onderzoeksplicht naar de belastbaarheid van de specifieke werknemer kan ook worden gebaseerd op het feit dat de werkgever rekening moet houden met de persoonlijke eigenschappen van de werknemer.⁸⁵

Een andere manier om na te gaan of bepaalde werknemers eventueel worden overbelast, is door het houden van een arbeidsomstandighedenspreekuur. Deze plicht van de werkgever is weliswaar vervallen maar dit was om de reden dat de werkgever en werknemer dit zelf kunnen vormgeven. In een dergelijk spreekuur kunnen de werknemers bij de arbodienst aangeven of de werkomstandigheden overbelastend zijn. De arbo-arts zou daarnaast periodiek overleg moeten hebben met de werkgever en eventueel de betrokken leidinggevende(n), om de huidige werkomstandigheden en de wijze waarop de werknemers hiermee omgaan, te analyseren. De klachten die in dergelijke spreekuren worden geopperd kunnen op die manier bij de werkgever aan het licht worden gebracht. Aan de hand van deze informatie kan overbelasting vroegtijdig worden gesignaleerd en kunnen proactief maatregelen genomen worden tegen deze overbelasting. Het houden van een arbeidsomstandighedenspreekuur lijkt echter minder geschikt voor het bespreekbaar maken van de belastbaarheid van een specifieke werknemer maar meer voor het bespreekbaar maken of de arbeidsomstandigheden in het algemeen overbelastend zijn. Daarnaast ligt de lat misschien hoger om zelf initiatief te nemen om naar het arbeidsomstandighedenspreekuur te gaan dan om een vragenlijst in te vullen.

Situatie 2: Overbelasting is kenbaar bij de werkgever terwijl er geen excessieve of abnormale werkomstandigheden zijn in objectieve zin

Is er in objectieve zin geen sprake van abnormale of excessieve werkomstandigheden maar heeft de werknemer wel de overbelasting kenbaar gemaakt bij de werkgever of zijn er duidelijke signalen van overbelasting en de werkgever neemt niet de nodige maatregelen, dan kan een schending van de zorgplicht toch worden aangenomen. Dit in het kader van art. 3 lid 1 sub c Arbwet, dat bepaalt dat de werkgever rekening dient te houden met de persoonlijke eigenschappen van de werknemer.⁸⁶

Te hoog ervaren werkdruk

Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch overweegt dat ook al is er geen sprake van excessieve werkdruk maar de werknemer geeft aan dat hij moeite heeft met de werkdruk de volgende maatregelen er blijk van geven dat de werkgever aan zijn zorgplicht heeft voldaan.⁸⁷

- Bij beoordeling de werknemer attenderen op het feit dat hij zijn eigen grenzen moet aangeven.
- Een assertiviteitstraining aanbieden
- Zorgen voor bereikbaarheid en begeleiding van personeelsfunctionaris
- Het geven van meer gestructureerd werk
- Het geven van een beperkt aantal taken

⁸⁴ HR 2 oktober 1998, *NJ* 1999, 683 (Cijssouw II) en M.S.A. Vegter, 'Causaal verband en zorgplicht bij werkgeversaansprakelijkheid voor stressklachten', *ArbeidsRecht* 2008/32, afl. 6/7, p. 9

⁸⁵ Zie hiervoor de mening van Alt in H.J.W. Alt, *Ongelijkheidscompensatie bij stelplicht en bewijslast in het civiele arbeidsrecht en ambtenarenrecht*, diss. Leiden, Kluwer, Deventer 2009, p. 171-173

⁸⁶ Hof 's-Gravenhage 16 februari 2007, *NJ* 2007, 69 en Hof 's-Hertogenbosch 15 januari 2008, *JAR* 2008, 91

⁸⁷ Hof 's-Hertogenbosch 15 januari 2008, *JAR* 2008, 91

De eerste twee maatregelen zijn erg afhankelijk van de persoon, niet bij iedere overbelaste werknemer is het gebrek aan assertiviteit een oorzaak van de overbelasting. De andere genoemde maatregelen zijn universeel in de zin dat deze maatregelen veel genoemde oorzaken van overbelasting aanpakken zoals een hoge tijdsdruk, een hoog werktempo en moeilijk en geestelijk inspannend werk. Is bij de werkgever kenbaar dat er sprake is van een predispositie dan zijn wellicht extra maatregelen of aanwijzingen geïndiceerd.⁸⁸ Deze maatregelen zullen dan specifiek op de individuele persoon betrekking moeten hebben.

De maatregelen die bij situatie 1 zijn omschreven en die blijken uit de uitspraak van de Kantonrechter te Rotterdam van 8 april 2008, kunnen wellicht genoeg zijn om te voldoen aan de zorgplicht wanneer de overbelasting wél kenbaar is bij de werkgever. Is de overbelasting kenbaar dan zijn concrete maatregelen namelijk geïndiceerd. Net als het zorgen voor bereikbaarheid van de personeelsfunctionaris zorgt een personal coach ook voor begeleiding (waarschijnlijk meer zelfs). Daarnaast kan het toestaan van thuiswerken en het aanbieden van een flexibele tijdsindeling de sturingsmogelijkheden (de controle die een werknemer heeft over zijn taken en de aanwezige stressoren) vergroten. Weinig sturingsmogelijkheden is volgens de Registratierichtlijn overspanning/burn-out een van de aangetoonde factoren die kunnen bijdragen aan het ontstaan van een burn-out.

Wanneer een werknemer aangeeft dat hij wordt overbelast, kan het zelfs nodig zijn dat de werkgever, de werknemer moet overplaatsen, om te kunnen voldoen aan zijn zorgplicht. Een verpleegkundige, die jeugd met een verstandelijke handicap begeleidde en jarenlang met steeds extremer geweld dan gebruikelijk werd geconfronteerd en hiertoe geen middelen kreeg aangereikt om deze agressie aan te pakken, moest naar het oordeel van het Gerechtshof 's-Gravenhage min of meer worden gedwongen in te gaan op een overplaatsingsaanbod. De werkgever had het overplaatsingsaanbod wat in casu was gedaan, niet of minder facultatief moeten presenteren aan de werknemer althans moeten onderzoeken of een minder vrijblijvend aanbod noodzakelijk was.⁸⁹ De werknemer dient in eerste instantie van middelen te worden voorzien om de agressie van de jongeren in toom te houden, is dit niet mogelijk dan pas lijkt een eventuele overplaatsing op zijn plaats.

In deze situatie kan men zich afvragen of er geen sprake was van 'in objectieve zin excessieve of abnormale werkomstandigheden', gezien het feit dat veel werknemers het niet lang uithielden in de betreffende werkomstandigheden en het hof overweegt dat, ook al waren er geen signalen merkbaar bij de werknemer, de werkgever proactief had moeten zijn. Daarnaast kun je je afvragen of een gemiddelde verpleegkundige bestand is tegen extreem geweld als zij geen (dan wel beperkte) middelen heeft om de tegen haar gerichte agressie te beheersen. De stelling dat de werkgever proactief had moeten handelen is echter ook gebaseerd op het feit dat de werknemer via een brief kenbaar heeft gemaakt aan de werkgever dat zij werd overbelast. Of hier sprake is van excessieve of abnormale werkomstandigheden in objectieve zin is daarom niet geheel duidelijk. Deze vraag is voor deze casus echter niet van belang omdat de werkgever al proactief maatregelen had moeten nemen (het beschikbaar stellen van geschikte arbeidsmiddelen of het overplaatsen van de werknemer) door de klacht van de werknemer. Dit in voldoende mate nalaten, maakt een werkgever aansprakelijk voor het ontstaan van een burn-out.

Onderbezetting en meervoudige taakeisen

Een werkgever schendt zijn zorgplicht, wanneer hij het nalaat om maatregelen te nemen als een werknemer wordt overbelast omdat hij vanwege onderbezetting geconfronteerd wordt met extra coördinerende taken.⁹⁰

⁸⁸ Hof 's-Hertogenbosch 15 januari 2008, *JAR* 2008, 91

⁸⁹ Hof 's-Gravenhage, 26 mei 2009, *LJN* BJ3482,

⁹⁰ Ktr. Amsterdam, 14 januari 2009, *JAR* 2009, 63

In dit geval werd een werknemer geconfronteerd met een meervoudige taakbelasting omdat hij taken overnam van collega's die afwezig waren.

De werkgever constateerde dat de werknemer zijn taken als een 'last' ervoer en dat hij moeite had met conflicten met collega's. De overbelasting was hierdoor kenbaar bij de werkgever. De opmerking van de werkgever dat 'hij conflicten niet zo serieus moet nemen' lost, het bij de werkgever kenbare probleem van overbelasting, niet op en is niet voldoende om te voldoen aan de zorgplicht. Wanneer de werkgever wel aan zijn zorgplicht had voldaan geeft de kantonrechter niet aan, dus moet hier terug worden gevallen op 'de concrete maatregelen'. In dit geval wellicht bestaande uit: het geven van meer begeleiding, het aannemen van meer personeel om de onderbezetting op te heffen of het herverdelen van de taken waardoor de werknemer met minder taken zou worden belast. Deze maatregelen kunnen worden gebaseerd op art. 3 lid 3 Arbowet.

Dat passiviteit ten aanzien van het nemen van concrete maatregelen tot een schending van de zorgplicht op grond van art. 7:658 BW kan leiden, wanneer de taken van een werknemer worden uitgebreid, blijkt ook uit de volgende situatie.

Een monteur die door een uitbreiding van de technische dienst ineens voor twee locaties verantwoordelijk wordt in plaats van één en hierdoor zeer onregelmatige werktijden heeft, geconfronteerd wordt met veel overwerk, structurele onderbezetting en geen begrip van de leidinggevend, wordt overbelast. De werkgever schiet dan in zijn zorgplicht tekort door het nalaten een RI&E op te stellen, het nalaten voorlichting en onderricht te geven over de risico's die verbonden zijn aan de werkzaamheden en het nalaten maatregelen te nemen ter voorkoming van het verwezenlijken van deze risico's.⁹¹

In de uitspraak wordt niet ingegaan op de vraag hoe de werkgever kenbaar is geworden met de overbelasting. Een schending van de zorgplicht werd aangenomen omdat het causale verband tussen de burn-out en de werkomstandigheden is vastgesteld en de werkgever geen bewijs heeft geleverd dat hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan.

Disfunctioneren werknemer

De werkgever behoort te weten dat een werknemer (in een verantwoordelijke functie) die consequent disfunctioneert en zijn werk continu op het laatste moment nog moet corrigeren overbelast wordt. Ook wanneer de werknemer in een dergelijk geval niet klaagt moet het voor een werkgever gezien de signalen duidelijk zijn dat er sprake was van een voortdurende stresssituatie, dat onmiskenbaar psychisch geen gezond werkklimaat is en een voldoende reële voedingsbodem is voor het ontstaan van psychische ziekten.⁹² Het 'jarenlang laten aanmodderen' van de werknemer is een duidelijke tekortkoming in de zorgplicht van de werkgever. In dit geval had de werkgever de werknemer moeten bijscholen, begeleiden of in een andere functie moeten plaatsen. Het is in dit geval aannemelijk dat de werknemer onder stress staat wanneer hij door zijn disfunctioneren alles op het laatste moment nog moet aanpassen. Is een werknemer niet in staat zijn functie naar behoren te vervullen (zijn belasting is groter dan zijn belastbaarheid) dan dient de werkgever hiervoor maatregelen te nemen. Ondanks dat deze belastbaarheid afhankelijk is van een combinatie van aanleg, geestelijke en lichamelijke ontwikkeling, de vrijheid en mogelijkheden die hij heeft om met de belasting om te gaan⁹³ en de steun die hij vanuit zijn omgeving ondervindt, moet de werkgever met het oog op art. 3 lid 1 sub c Arbowet zorgen voor een adequaat evenwicht in de belasting en belastbaarheid in psychische zin.

⁹¹ Ktr. Heerlen, 13 december 2006, *JAR* 2007, 26

⁹² Ktr. Heerlen, 16 april 2006, *JAR* 2006, 108

⁹³ Omgaan met stress wordt ook wel 'coping' genoemd. L. Swinnen, *Stress is geen probleem*, Uitgeverij van Halewyck, Leuven 2009, p. 234

Daarbij dient de werkgever rekening te houden met de persoonlijke eigenschappen van de werknemer én zijn bekwaamheden. In dit geval had de werkgever rekening moeten houden met de klaarblijkelijk mindere bekwaamheden van de werknemer door hem bij te scholen en hem hierin te begeleiden of hem een ander takenpakket aan te bieden.⁹⁴

Geen passende arbeid bij gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid

Een zorgplichtschending kan ook worden aangenomen wanneer een gedeeltelijk arbeidsongeschikte werkneemster (met lichamelijke klachten), een burn-out krijgt omdat zij zwaardere en meer werkzaamheden moest verrichten, dan waartoe zij volgens haar arbeidsovereenkomst met haar werkgever verplicht was.⁹⁵

In dit vonnis, gewezen vóór het arrest ABN-AMRO/Nieuwenhuis wordt de werkgever aansprakelijk gesteld op grond van art. 7:611 BW. De kantonrechter achtte art. 7:611 BW van toepassing omdat het niet aanbieden van *passende* arbeid aan de gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer in strijd is met het goed werkgeverschap en de zorgplicht van art. 7:658 BW niet ziet op de werkbelasting maar op de werkomgeving van de werknemer. Het niet aanbieden van passend werk waardoor de werknemer een burn-out krijgt, kan nu na het arrest van ABN-AMRO/Nieuwenhuis ook als een schending van art. 7:658 BW beschouwd worden omdat ten aanzien van de werkbelasting een concrete norm is geschonden. De werkgever had passende arbeid aan moeten bieden die aansloot bij het (bij het sluiten van de arbeidsovereenkomst) kenbare lichamelijke klachten van de werknemer. De werkgever had de werknemer derhalve niet meer moeten laten werken dan dat zij op basis van haar arbeidsovereenkomst verplicht was. De werkneemster had in dit geval niet geklaagd over de werkdruk maar toch werd de kenbaarheid, net als bij de disfunctionerende werknemer, aangenomen op grond van de signalen van de werknemer; zijnde de lichamelijke klachten.

Situatie 3: Overbelasting is kenbaar bij de werkgever door het bestaan van excessieve of abnormale werkomstandigheden in objectieve zin

Maatregelen zijn nodig wanneer voor de werkgever duidelijk is dat een bepaalde (wijziging in de) werksituatie het risico van stressklachten met zich brengt.⁹⁶ Voor een werkgever hoort o.a. duidelijk te zijn dat de werksituatie het risico van stressklachten met zich meebrengt wanneer de werkomstandigheden in objectieve zin excessief of abnormaal zijn. Van de werkgever wordt dan proactiviteit verwacht inhoudende dat hij zonder dat de werknemer klaagt of signalen geeft van overbelasting, maatregelen neemt. Wanneer is er nu sprake van abnormale of excessieve werkomstandigheden in objectieve zin waardoor proactiviteit wordt verwacht en waar moet die proactiviteit uit bestaan?

De jurisprudentie geeft niet expliciet aan wanneer er sprake is van excessieve of abnormale werkomstandigheden in objectieve zin. Zij geeft alleen soms expliciet aan wanneer dit niet het geval is.⁹⁷ Wat uit de jurisprudentie kan worden afgeleid is dat met deze situatie wordt bedoeld dat objectief gezien een gemiddelde werknemer wordt overbelast en een (groot) risico loopt op een burn-out. De aanwezigheid van excessieve of abnormale werkomstandigheden in objectieve zin wordt zelden aangenomen. In de volgende situaties is een schending van de zorgplicht aangenomen zonder dat de werknemer heeft geklaagd en zonder dat er signalen zijn geweest dat de betreffende individuele werknemer werd overbelast. Beide situaties betreffen een overtreding van de Arbeidstijdenwet.

Werkomstandigheden waarbij stelselmatig wordt overgewerkt tot soms wel meer dan 20 uur langer dan dat art. 5:7 Atw toestaat, zijn te beschouwen als objectief excessief of abnormaal.

⁹⁴ Ktr. Heerlen, 16 april 2006, *JAR* 2006, 108

⁹⁵ Ktr. Brielle, 30 september 2003, *JAR* 2003, 267

⁹⁶ Hof 's-Gravenhage 16 februari 2007, *JAR* 2007, 69 en Hof 's-Gravenhage 27 april 2007, *JAR* 2007, 177 en HR 3 april 2009, *LJN* BH2619 concl. P-G J. Spier

⁹⁷ Hof Amsterdam, 3 juli 2008, *LJN* BG3727 en Hof 's-Gravenhage, 15 januari 2008, *JAR* 2008, 91

Het feit dat een direct leidinggevende weet dat een werknemer meer werkt dan de Arbeidstijdenwet toestaat is volgens het Gerechtshof 's-Hertogenbosch voldoende om aan te nemen dat het voor de werkgever kenbaar was dat de werknemer werd overbelast en hij daarom veiligheidsmaatregelen had moeten treffen om aan zijn zorgplicht te voldoen. De stelling van eiser dat de urenbelasting bij de werkgever bekend is wanneer hij zich daarin verdiept gaat in dit geval niet op omdat gedaagde gemotiveerd aangeeft dat de urenregistratie geen overwerkuren registreerde.⁹⁸ De werknemer moet dus wel bewijzen dat de werkgever van de overuren op de hoogte is.

Een schending van de Arbeidstijdenwet is een schending van de zorgplicht te noemen wanneer de werkgever niet kan aantonen welke maatregelen zij heeft genomen om de daardoor ontstane werkdruk niet te laten leiden tot een burn-out. Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch legt de nadruk op de plicht van de werkgever om deugdelijk beleid te voeren dat dient ter voorkoming van klachten door stelselmatige overbelasting en dat dit 'probleem' niet zomaar bij de werknemer kan worden gelegd. Het hebben van een RI&E, een ziekteverzuimbeleid en medische en sociale begeleiding ten tijde van het bekend worden van de klachten is niet voldoende om aan te tonen dat aan deze zorgplicht is voldaan. Het ontbreken van functioneringsgesprekken in deze context draagt wellicht bij aan de overweging dat de werkgever zijn zorgplicht heeft geschonden. Opmerkelijk is dat het arrest niet in gaat op de vraag of een schending van een arbonorm niet automatisch moet leiden tot schending van de zorgplicht, behoudens tegenbewijs.⁹⁹

Wanneer een werknemer meer overwerkt dan dat de Arbeidstijdenwet toestaat en daarnaast nog dag en nacht telefonisch bereikbaar is, kan objectief worden gesproken van excessieve of abnormale werkomstandigheden.¹⁰⁰ Het enkel en alleen aangeven dat een werknemer 'het rustiger aan moet doen' en dat hij 'teveel verantwoordelijkheid neemt' is dan ook niet voldoende voor de werkgever om te voldoen aan zijn zorgplicht. Dit is logisch aangezien deze stellingen ook niet afdoende zijn in het geval dat de werkomstandigheden niet in objectieve zin excessief of abnormaal zijn maar het duidelijk is dat de individuele werknemer wordt overbelast. Een werkgever kan zich niet verschuilen achter de opmerking dat het overwerk niet van de werknemer verlangd werd. Dit ontslaat hem namelijk niet van zijn verantwoordelijkheid te voldoen aan zijn zorgplicht. Algemene (te vage) stellingen als dat hem ontmoedigd werd om over te werken en dat er een reorganisatie heeft plaatsgevonden, zijn niet toereikend om te voldoen aan de zorgplicht. De werkgever moet concrete maatregelen treffen, zoals het ontnemen van taken en het houden van toezicht op het aantal gemaakte arbeidsuren van de betreffende werknemer.

§ 5.5.5 Overtreding arbonorm in relatie tot zorgplichtschending

Een overtreding van een van de in hoofdstuk 3 beschreven arbonormen heeft niet altijd automatisch het gevolg dat een schending van de zorgplicht wordt aangenomen. Dit hangt af van de omstandigheden van het concrete geval en of de werknemer heeft kunnen aantonen op welke wijze en in welke mate de overtreding van de betreffende arbonorm heeft bijgedragen aan de burn-out van de werknemer.¹⁰¹

Zo is een consequente overtreding van de Arbeidstijdenwet eenvoudiger in verband te brengen met een burn-out dan het ontbreken van een RI&E of functioneringsgesprekken. Het ontbreken van functioneringsgesprekken kan echter wel een indicatie zijn dat er sprake is van een tekortkoming in de zorgplicht.¹⁰² Of het ontbreken van functioneringsgesprekken leidt tot een tekortkoming in de zorgplicht hangt echter ook af van de bedrijfscultuur en het functieniveau van de werknemer.

⁹⁸ Hof 's-Hertogenbosch, 25 augustus, *LJN BK0617*

⁹⁹ Hof 's-Hertogenbosch, 25 augustus, *LJN BK0617*

¹⁰⁰ Ktr. Terneuzen, 29 september 2004, *NJ 2004*, 650 en Hof 's-Gravenhage, 18 januari 2008, *LJN BC7681*

¹⁰¹ Ktr. Hoorn, 25 oktober 2004, *JAR 2005*, 57

¹⁰² Hof Amsterdam 3 juli 2008, *LJN BG3727*

Hoe hoger de functie hoe meer de nadruk wordt gelegd op de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer om de werkgever aan te spreken bij overbelasting.

Een overtreding van de abstracte normen van art. 3 lid 1 sub c Arbowet en art. 3 lid 3 Arbowet leiden vaak wel tot een zorgplichtschending mits bewijs wordt geleverd dat er sprake is van;

- onderbezetting of
- meervoudige taakbelasting of
- een klacht van de werknemer over het feit dat hij wordt overbelast of
- duidelijke signalen van de werknemer of een derde waaruit blijkt dat de werknemer wordt overbelast én
- de werknemer geen concrete maatregelen neemt om de overbelasting weg te nemen

§ 5.6 Opzet of bewuste roekeloosheid werknemer

De zinsnede ‘in belangrijke mate het gevolg van opzet of bewuste roekeloosheid’ kan als uitsluitinggrond voor aansprakelijkheid worden gezien.

In de jurisprudentie is de zinsnede ‘in belangrijke mate het gevolg van opzet of bewuste roekeloosheid’ zeer restrictief uitgelegd. Bewuste roekeloosheid wordt eerst aanwezig geacht indien de werknemer, tijdens het verrichten van zijn onmiddellijk aan het ongeval voorafgaande gedraging, zich van het roekeloos karakter van die gedraging daadwerkelijk bewust is geweest.¹⁰³ Bij een burn-out is er niet een concrete gedraging onmiddellijk aan het ongeval voorafgaande waarbij de werknemer bewust roekeloos of opzettelijk kon handelen. Een burn-out ontstaat namelijk geleidelijk. De werknemer die ondanks ontmoedigingen van zijn werkgever toch consequent doorgaat met het maken van te veel overuren handelt niet opzettelijk of bewust roekeloos. Er kan niet worden aangenomen dat hij bewust iedere keer dat hij de ontmoediging negeerde beseft dat hij zichzelf daarmee blootstelde aan een groot risico om een burn-out op te lopen.¹⁰⁴ Door deze beperkte uitleg is het voor de werkgever, zeker bij een burn-out, zeer moeilijk tot onmogelijk om aan te tonen dat er sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid aan de zijde van de werknemer. De bewijslast voor het aantonen van opzet of bewuste roekeloosheid ligt namelijk bij de werkgever.

§ 5.7 Proportionele aansprakelijkheid

Indien een werknemer schade heeft geleden die zowel kan zijn veroorzaakt door een schending van de zorgplicht als door een aan de werknemer zelf toe te rekenen omstandigheid als door een combinatie daarvan, zonder dat met voldoende zekerheid valt te stellen in welke mate de schade door deze omstandigheden of een daarvan is ontstaan, kan de schadevergoedingsplicht van de werkgever worden verminderd in evenredigheid met de, op een gemotiveerde schatting berekende, mate waarin de aan de werknemer toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen.

Er is wat voor te zeggen, volgens Vegter, gezien de vaak aanwezige predisposities of stressveroorzakende privéomstandigheden, dat het mogelijk moet zijn de toerekening van de schade te verdelen zodat situaties worden vermeden waarin de werkgever de volledige schade moet betalen terwijl de burn-out mede is veroorzaakt door factoren die buiten zijn invloedssfeer liggen. Net zoals het onredelijk kan zijn als een werknemer helemaal geen schade vergoed krijgt omdat het niet zeker is dat de schade alleen maar door de werkomstandigheden is veroorzaakt omdat er ook andere medeorzaken kunnen zijn terwijl de werkomstandigheden ook wel degelijk voor overbelasting hebben gezorgd.¹⁰⁵

¹⁰³ HR 20 september 1996, NJ 1997, 198 (Pollemans/Hoondert)

¹⁰⁴ Ktr. Terneuzen, 29 september 2004, NJ 2004, 650

¹⁰⁵ M.S.A. Vegter, *Vergoeding van psychisch letsel door de werkgever*, diss. VU Amsterdam, Sdu Uitgevers, Den Haag, 2005, p. 142 en H. van Drongelen, *Werkgeversaansprakelijkheid voor arbeidsongevallen en beroepsziekten: handleiding voor de praktijk*, Kluwer, Alphen aan den Rijn 2010, p. 50

Deze causaliteitsonzekerheid zou daarom niet via art. 7:658 BW moeten worden beslecht (de vordering tot schadevergoeding wordt geheel afgewezen door het ontbreken van causaliteit of wordt geheel toegewezen door het ontbreken van opzet of bewuste roekeloosheid) maar via 6:101 BW.

Dat proportionele aansprakelijkheid op grond van art. 6:101 BW ook bij zaken omtrent art. 7:658 BW kan worden toegepast werd door de Hoge Raad in 2006 bevestigd. Erfgenamen van een aan longkanker gestorven werknemer die jarenlang tijdens zijn werk blootgesteld is aan asbeststoffen, vorderen op grond van art. 7:658 BW een schadevergoeding. Zij stellen dat de longkanker is veroorzaakt door de blootstelling aan asbest en dat werknemer derhalve schade heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden. De werknemer heeft echter ook 28 jaar lang gerookt. Aangezien er twee oorzaken kunnen zijn (en eventueel nog meer oorzaken die buiten ieders verantwoordelijkheid liggen) is het causale verband met de blootstelling aan asbeststoffen niet met zekerheid vast te stellen. Daarom is op grond van 6:101 BW de schadevergoedingsplicht van de werkgever met 45% verminderd op basis van een advies van een deskundige. De Hoge Raad overwoog dat:

‘Ten aanzien van de tussen die beide uitersten gelegen gevallen is het echter in het algemeen, mede gelet op de strekking van de onderhavige norm – het voorkomen van gezondheidsschade bij de werknemer – en de aard van de normschending als hiervoor aangeduid, uit overwegingen van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar de onzekerheid over de mate waarin de tekortkoming van de werkgever heeft bijgedragen tot de schade van de werknemer, in zijn geheel op de werknemer af te wentelen. Eveneens onaanvaardbaar, maar nu tegenover de werkgever, ook als deze tegenover de werknemer tekortgeschoten in zijn zorgplicht, is het echter de onzekerheid over het causaal verband met de schade van de werknemer geheel voor risico van de werkgever te laten komen, in weerwil van de niet zeer kleine kans dat buiten de uitoefening van de werkzaamheden gelegen omstandigheden die aan de werknemer moeten worden toegerekend (zoals roken, genetische aanleg, veroudering of van buiten komende oorzaken), de schade (mede) hebben veroorzaakt’¹⁰⁶

Dit is een vergelijkbare situatie met het geval van causaliteitsonzekerheid bij een burn-out omdat er sprake kan zijn van predisposities of stressveroorzakende privéomstandigheden. Gezien het feit dat schadevergoedingsvorderingen bij een burn-out op grond van art. 7:658 BW vaak stranden op causaliteit kan proportionele aansprakelijkheid een uitkomst zijn.

§ 5.7.1 Proportionele aansprakelijkheid bij predispositie

De kantonrechter te Heerlen verwijst in 2006 naar voornoemd arrest van de Hoge Raad en oordeelt dat er aanleiding is om proportionele aansprakelijkheid aan te nemen als blijkt dat hetgeen de werkgever beweert, dat de arbeidsongeschiktheid niet alleen door een burn-out is veroorzaakt maar ook door maligne hypertensie (kwaadaardige vorm van hoge bloeddruk), voldoende kan worden bewezen. Art. 6:101 BW kan van toepassing worden geacht zonder in strijd te zijn met de beperkte uitleg van de eigen schuld van art. 7:658 BW ‘opzet of bewuste roekeloosheid’ omdat dit beperkt is tot de eigen schuld binnen de uitoefening van de werkzaamheden en omdat dit criterium zich niet uitstrekt tot buiten de uitoefening van de werkzaamheden gelegen omstandigheden. Hierbij worden oorzaken als genetische aanleg veroudering of van buiten komende oorzaken genoemd. Deze oorzaken kunnen de werknemer weliswaar niet worden verweten maar deze oorzaken liggen buiten de invloedssfeer van de werkgever en horen dus ook buiten zijn aansprakelijkheid te vallen.¹⁰⁷

Met het oog op art. 3 lid 1 sub c Arbowet is het niet redelijk om een predispositie aan de werknemer toe te rekenen.

¹⁰⁶ HR 31 maart 2006, JAR 2006, 100

¹⁰⁷ Ktr. Heerlen, 19 april 2006, JAR 2006, 108

Een werkgever dient immers rekening te houden met de persoonlijke eigenschappen van de werknemer en het aanrekenen van een predispositie aan de werknemer kan leiden tot een onaanvaardbaar verschil in de rechtsbescherming tussen 'sterke' en 'zwakke' werknemers.¹⁰⁸ Daarnaast heeft het Gerechtshof 's-Gravenhage in 2008 bepaald dat een predispositie een *volledige* schadevergoeding in beginsel niet in de weg staat.

Dit lijkt mij het geval wanneer uit de zorgplichtschending en de werkomstandigheden blijkt dat ook een geheel gezonde werknemer in die situatie zou worden overbelast of er geen rekening is gehouden met de predispositie als de werkgever van de predispositie op de hoogte was of wanneer de predispositie niet als zelfstandige medeoorzaak kan worden gezien. Is dit echter niet duidelijk en bestaat er dus causaliteitsonzekerheid dan kan proportionele aansprakelijkheid bij een predispositie uitkomst bieden.

§ 5.7.2 Proportionele aansprakelijkheid bij privéomstandigheden

Stressveroorzakende privéomstandigheden kunnen ook tot proportionele aansprakelijkheid leiden en zijn wel oorzaken die redelijkerwijs aan de werknemer toegerekend kunnen worden omdat de werkgever daar geen invloed op heeft én hierbij geen onderscheid wordt gemaakt tussen de persoonlijke eigenschappen van de werknemers. De aansprakelijkheid van de werkgever op grond van art. 7:658 BW is namelijk gebaseerd op het feit dat de werkgever bepaalt op welke plaats, onder welke omstandigheden en met welke hulpmiddelen de werknemer moet werken. Wel dient de werkgever uiteraard met het voldoen aan zijn zorgplicht rekening te houden met de privéomstandigheden van de werknemer als hij daarvan op de hoogte is.

De kantonrechter te Amsterdam nam proportionele aansprakelijkheid aan omdat de werknemer zelf had aangedrongen op een promotie en de werknemer had aangegeven dat zijn ziekmelding verband hield met het niet hebben ontvangen van een bonus.¹⁰⁹ Deze omstandigheden dienen net als privéomstandigheden buiten de aansprakelijkheid van de werkgever te vallen.

§ 5.8 Knelpunten bij aansprakelijkheid op grond van art. 7:658 BW bij een burn-out

Uit voorgaande paragrafen is gebleken dat het causaal verband tussen de werkomstandigheden en de burn-out en een zorgplichtschending moeilijk zijn aan te tonen. De volgende factoren die daaraan bijdragen worden hieronder nog eens onderschreven.

§ 5.8.1 Geleidelijkheid van het intreden van een burn-out en privéomstandigheden

Oorspronkelijk zag art. 7:658 BW op bedrijfsongevallen met duidelijk lichamelijk letsel en waar de causaliteit meestal (redelijk) eenvoudig was aan te tonen. Dit zijn de zogenoemde klassieke arbeidsongevallen, zoals bij het bekende voorbeeld van een bouwvakker die van een steiger valt tijdens zijn werkzaamheden. Dit gebeurt tijdens werktijd en het is in de meeste gevallen vrij duidelijk dat dit door de ondeugdelijkheid van de steiger (of gebrek aan andere veiligheidsmaatregelen) komt. Dit is bij een burn-out, een beroepsziekte, een heel ander verhaal. De burn-out ontstaat geleidelijk en het is niet op voorhand duidelijk dat de burn-out tijdens het uitoefenen van de werkzaamheden is ontstaan aangezien de schade zowel het gevolg kan zijn van de privéomstandigheden van de werknemer als van de werkomstandigheden. De werknemer moet dus aantonen dat de burn-out niet is ontstaan door zijn privéomstandigheden maar door de werkomstandigheden, slaagt hij daar niet geheel in en lijkt de burn-out te zijn ontstaan door een combinatie van beide factoren dan kan proportionele aansprakelijkheid alsnog uitkomst bieden.

¹⁰⁸ In het kader van de gedachte: *if the wrong is established, the wrongdoer must take the victim as he finds him*: de dader moet de benadeelde nemen zoals hij is. A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht: over eigen schuld aan de omvang van de schade*, Groningen, Kluwer 2003, p. 136

¹⁰⁹ Ktr. Amsterdam, 14 januari 2009, *JAR* 2009, 63 en Ktr. Amsterdam 17 april 2009, *JAR* 2009, 205

§ 5.8.2 Verschil in belastbaarheid en predispositie

Iedere werknemer heeft een eigen belastbaarheid, de ene werknemer is goed tegen een hoge werkdruk bestand en een andere werknemer niet. Is de gevoeligheid voor een burn-out te koppelen aan een bepaalde eigenschap of aandoening dan is er sprake van een predispositie. Bij een predispositie is het maar de vraag of de werkomstandigheden dusdanig zijn geweest dat zij de burn-out hebben veroorzaakt en dit niet 'ligt' aan de betreffende eigenschap of aandoening van de werknemer. Een predispositie neemt overigens niet meteen het causaal verband tussen de burn-out en de werkomstandigheden weg.

Het Gerechtshof 's-Gravenhage geeft in 2008 aan dat een volledige schadevergoeding voor de schade ten gevolge van een burn-out, niet wordt uitgesloten bij een predispositie. Het Gerechtshof baseert zich op een rapport van een verzekeringsarts die stelt dat in casu de persoonlijkheid van de werknemer (de predispositie) niet betekent dat er geen causaal verband bestaat tussen de burn-out en de werkomstandigheden (behoudens tegenbewijs van de werkgever). Het Gerechtshof overweegt het volgende:

'Uit het rapport van de verzekeringsarts (...) volgt dat het syndroom eerder verband houdt met het werk dan met de persoon. De omstandigheid dat de persoonlijkheid van [werknemer] mogelijk van dien aard is dat hij wellicht meer dan gemiddeld de kans loopt te lijden aan het burn-out-syndroom, betekent niet dat hij de schade niet heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden. [Werkgever] heeft niet voldoende concreet en aannemelijk gemaakt dat de oorzaak van het burn-out-syndroom kan zijn gelegen in de privésituatie van [werknemer] of in andere factoren waarop [werkgever] geen invloed had.'

'Het hof ziet de 'uitgesproken dwangmatige persoonlijkheid' (...) als een predispositie, in de hiervoor aan de orde gekomen omstandigheden van het geval uiteindelijk leidend tot arbeidsongeschiktheid. Een zodanige predispositie staat in beginsel aan het recht op volledige schadevergoeding niet in de weg'¹¹⁰

§ 5.8.3 Schending van een concrete kenbare norm

Net als causaal verband tussen de werkomstandigheden en de burn-out, is een zorgplichtschending bij een burn-out ook complexer te bewijzen dan bij een klassiek arbeidsongeval. Om een zorgplichtschending te kunnen aannemen moet er sprake zijn van een concrete én kenbare normschending.¹¹¹ Dit is in het geval van de in § 5.8.1 aangehaalde bouwvakker duidelijk, de werkgever moet zorgen voor degelijke arbeidsmiddelen die geen gevaar voor de gezondheid meebrengen. De normschending bij een burn-out is niet altijd concreet. Met name omdat psychisch letsel en zeker een burn-out, een belangrijke persoonlijke component heeft, is moeilijk aan te geven wanneer en welke concrete maatregelen een werkgever moet nemen. Echt specifieke normen ter voorkoming van psychisch letsel bestaan niet. De Arbowet- en regelgeving kent alléén de ruime normen die zijn behandeld in hoofdstuk 3. Dit komt er vaak op neer dat de werknemer met concrete gegevens over de werkomstandigheden moet aantonen dat de werkgever is tekortgeschoten in het zorgen voor een balans tussen belasting en belastbaarheid (art. 3 lid 1 sub c Arbowet). Het bewijzen van een schending van deze norm wordt op zijn beurt weer bemoeilijkt door de verschillen in belastbaarheid, een eventuele predispositie en de invloed van privéfactoren. Naast deze factoren is hierbij het kenbaarheidsvereiste van de overbelasting bij de werkgever ook van groot belang.

Mocht niet komen vast te staan dat de werknemer lijdt aan een burn-out of ontbreekt causaal verband tussen de burn-out en de werkomstandigheden of is er geen sprake van een zorgplichtschending dan faalt een beroep op art. 7:658 BW. In de praktijk wordt geprobeerd met een subsidiair beroep op art. 7:611 BW alsnog een vergoeding te krijgen voor de schade ten gevolge van de burn-out. Wanneer een subsidiair beroep op art. 7:611 BW kans van slagen heeft staat centraal in het volgende hoofdstuk.

¹¹⁰ Hof 's-Gravenhage 18 januari 2008, LJV BC7681

¹¹¹ E.J. Houben, 'Schadevergoeding bij zuiver psychisch letsel', *ArbeidsRecht*, 2006/10, afl. 2

Hoofdstuk 6 Werkgeversaansprakelijkheid ex art. 7:611 BW bij een burn-out

Wanneer een werknemer zijn werkgever aansprakelijk stelt voor de schade die hij heeft geleden ten gevolge van een burn-out gebeurt dit meestal op grond van art. 7:658 BW. Daarnaast wordt subsidiair art. 7:611 BW ten grondslag gelegd aan de schadevergoedingsvordering. De gedachte is, valt het gedrag van de werkgever, dat volgens de werknemer tot de burn-out heeft geleid, niet onder de specifieke bepaling van 7:658 BW dan toch wel onder de ruime algemene bepaling van 7:611 BW.

§ 6.1 Plichten van de werkgever op grond van art. 7:611 BW

Art. 7:611 BW is een specifieke uitwerking van de redelijkheid en billijkheid van art. 6:2 BW en 6:248 BW voor de relatie tussen de werkgever en de werknemer. Wat in een concreet geval de invloed is van deze redelijkheid en billijkheid is afhankelijk van algemene erkende rechtsbeginselen, de in Nederland levende rechtsovertuigingen en de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken. Het motiveringsbeginsel, vertrouwensbeginsel en zorgvuldigheidsbeginsel zijn bij de toepassing van dit artikel van belang. De norm dient als beoordelingsmaatstaf in omstandigheden die niet van specifieke voorschriften zijn voorzien. Daarnaast kan worden aangenomen dat wanneer een concreet voorschrift door de werkgever is geschonden dit niet getuigt van goed werkgeverschap.¹¹² In bepaalde gevallen kan deze algemene norm er toe strekken (ook al staat dit niet expliciet in de bepaling) dat de werkgever aansprakelijk is voor (een deel van) de geleden schade van een werknemer wanneer hij zich niet als een goed werkgever heeft gedragen.

De normen die gelden als invulling van de zorgplicht op grond van art. 7:658 BW zijn automatisch ook plichten voortvloeiende uit art. 7:611 BW. Naast de geschreven normen die al uit art. 7:658 BW voortvloeien, vloeien de volgende verplichtingen voor het aansprakelijk stellen van de werkgever voor de schade ten gevolge van een burn-out voort, uit art. 7:611 BW:

- Een correcte bejegening van de werknemer
- Een behoorlijke communicatie met de werknemer (hoor en wederhoor)
- Verplichting tot zorgvuldige besluitvorming
- Het bevorderen van re-integratie van de (gedeeltelijk) arbeidsongeschikte werknemer

Aangezien de laatst genoemde verplichting een aparte plaats inneemt omdat deze pas een rol speelt nadat de burn-out is vastgesteld en los staat van de vraag of de burn-out door de werkomstandigheden is veroorzaakt wordt deze in de volgende paragraaf apart behandeld.

§ 6.2 Schending verplichting tot het bevorderen van re-integratie

Art. 7:658a BW verplicht de werkgever om de re-integratie van de gedeeltelijk arbeidsongeschikte werknemer te bevorderen door passend werk voor hem te zoeken in eerste instantie binnen de eigen organisatie en mocht dit niet mogelijk blijken binnen een andere organisatie. Deze geschreven norm strekt weliswaar niet tot voorkoming van een burn-out maar wel indirect tot het voorkomen van extra schade, langere of blijvende arbeidsongeschiktheid en valt daarom onder art. 7:611 BW. De verplichting is relevant voor de vraag of de werkgever eventueel aansprakelijk zou kunnen zijn voor de schade die is ontstaan door het niet mogelijk blijken van werkhervatting - (blijvende) arbeidsongeschiktheid - ten gevolge van de burn-out door het niet deugdelijk bevorderen van de re-integratie. Er moet dan wel causaal verband bestaan tussen de schade die voortvloeit uit de (gedeeltelijke) arbeidsongeschiktheid en de nalatigheid van de werkgever ten aanzien van de re-integratie van de werknemer.

¹¹² Verhulp 2009 (T&C BW), art. 7:611 BW, aant. 1

Dat werkhervatting niet mogelijk is geweest, moet veroorzaakt zijn door een tekortkoming van de werkgever in zijn pogingen de werknemer te re-integreren en niet door externe oorzaken zoals de medische beperkingen of oorzaken gelegen in de persoon van de werknemer.¹¹³

Wat betreft de verplichting tot het bevorderen van re-integratie moet het passend werk in zorgvuldig overleg tot stand komen doordat de werkgever de werknemer hier actief in betreft. Een werknemer behoeft hierin begeleiding van de werkgever. Wordt deze begeleiding niet geboden en wordt de werknemer niet actief betrokken bij de re-integratie dan hoeft een werknemer een dergelijk aanbod van 'passend' werk niet te aanvaarden. De werkgever is dan tekort geschoten in zijn zorgplicht en is aansprakelijk voor de schade die uit de mislukte re-integratie is ontstaan.¹¹⁴

Niet deugdelijk trachten de werknemer te re-integreren, kan ook worden aangenomen wanneer de werkgever, de werknemer per se wil laten re-integreren op de eigen afdeling, terwijl de psychiater opmerkt dat dit de gezondheid van de werknemer zou schaden. Het feit dat het UWV-WERKbedrijf aangeeft dat de functie wel passend zou zijn doet hier niets aan af. Een dergelijke re-integratie is derhalve niet passend te noemen. Zeker niet in het geval wanneer de werknemer conflicten heeft op zijn eigen afdeling. Een werkgever moet daarom verder kijken dan alleen re-integratie op de eigen afdeling.¹¹⁵

Voldoende aanleiding om aan te nemen dat de werkgever aan zijn verplichting van art. 7:658a BW heeft voldaan kan blijken uit het laten volgen van therapie en het doen van onderzoek naar de re-integratiemogelijkheden van de werknemer.¹¹⁶ Het voorstellen van functies die niet geheel aansluiten op de medische beperkingen van de cliënt zorgt niet voor een schending van art. 7:611 BW mits de proefplaatsingen in deze functies in goed overleg hebben plaatsgevonden. De re-integratie hoeft niet vlekkeloos te verlopen om aan art. 7:611 BW te voldoen. Het tijdelijk beëindigen van de begeleiding door de arbo-arts, het niet wisselen van arbo-arts op verzoek van de werknemer en het niet tijdig aanleveren van administratieve gegevens hoeft niet te leiden tot een zorgplichtschending als de werkgever wel voldoende inspanningen heeft geleverd om een passende functie voor de werknemer te vinden.¹¹⁷ Deze inspanningen kunnen bestaan uit het opmaken van probleemanalyses, plannen van aanpak, het inschakelen van casemanagers die veelvuldig met de werknemer communiceren en daarmee dienen als aanspreekpunt voor de werknemer.

§ 6.3 Verschillen aansprakelijkheid art. 7:658 lid 2 en art. 7:611 BW

Wanneer een werknemer zijn werkgever aansprakelijk wil stellen voor de psychische schade die hij heeft geleden is het van belang duidelijk onderscheid te maken tussen een aansprakelijkheidstelling op grond van art. 7:658 BW en art. 7:611 BW. Er zijn namelijk drie essentiële verschillen tussen deze twee grondslagen. Deze verschillen worden hieronder uiteengezet.

§ 6.2.1 Bewijslast

Als eerste biedt art. 7:658 BW een gunstigere bewijslast voor de werknemer vergeleken met art. 7:611 BW. De bewijslastverdeling op grond van art. 7:658 BW en de omkeringsregel uit de jurisprudentie zijn niet van toepassing op art. 7:611 BW.

¹¹³ Ktr. Amsterdam, 14 maart 2009, *JAR* 2009, 63 (oorzaken gelegen in persoon)
Hof 's-Hertogenbosch, 15 januari 2008, *JAR* 2008, 91 (medische beperkingen)

¹¹⁴ Ktr. Brielle 30 september 2003, *JAR* 2003, 267

¹¹⁵ Ktr. Amsterdam 14 januari 2009, *JAR* 2009, 63

¹¹⁶ Hof 's-Hertogenbosch 15 januari 2008, *JAR* 2008, 91 en Ktr. Amsterdam 14 januari 2009, *JAR* 2009, 63*,
Ktr. Dordrecht 25 juni 2009, *LJN* BJ1805 (therapie bestaande uit cursus werkstresshantering)*

* alleen voor wat betreft de mogelijkheid tot het volgen van therapie

¹¹⁷ Ktr. Dordrecht 23 maart 2009, *LJN* BH7581

In het geval van een aansprakelijkheidstelling ex art. 7:611 BW moet de werknemer dus zowel het bestaan van een burn-out en causaal verband tussen de werkomstandigheden en de burn-out aantonen als een zorgplichtschending in de zin van een tekortkoming ten aanzien van goed werkgeverschap.

§ 6.2.2 Eigen schuld verweer

Ten tweede kent art. 7:611 BW wel het eigen schuldverweer op grond van art. 6:101 BW. Indien de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend wordt de vergoedingsplicht van de werkgever verminderd naar evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen. Een mate van eigen schuld die de vergoedingsplicht van de werkgever vermindert kent art. 7:658 BW in beginsel niet, alleen de uitsluitinggrond 'opzet of bewuste roekeloosheid'. De jurisprudentie geeft echter aan dat proportionele aansprakelijkheid ook kan worden toegepast bij art. 7:658 BW als er sprake is van niet- werkgerelateerde oorzaken. Gezien het feit dat ook bij art. 7:658 BW proportionele aansprakelijkheid kan worden toegepast biedt art. 7:658 BW op dat punt niet veel meer bescherming dan art. 7:611 BW.

§ 6.2.3 Ratio en omvang van de schadevergoeding

De ratio van art. 7:658 BW is dat de werkgever de schade moet vergoeden, die de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden heeft geleden, omdat hij zijn zorgplicht jegens de werknemer heeft geschonden. Art. 7:658 lid 1 BW legt de werkgever een specifieke en expliciete verplichting op om zoveel als redelijkerwijs nodig is maatregelen te nemen om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt. Het artikel heeft hiermee een preventief karakter. Wanneer deze verplichting niet is nagekomen geeft lid 2 expliciet aan dat de werkgever dan een schadevergoedingsplicht heeft. Deze schadevergoedingsplicht strekt zich (in principe) uit over de gehele schade die de werknemer in uitoefening van zijn werkzaamheden heeft geleden.

Waar art. 7:658 lid 2 BW een expliciete schadevergoedingsplicht bevat is bij art. 7:611 BW geen schadevergoedingsplicht opgenomen. Art. 7:611 BW bevat ook geen concrete preventieve verplichting ten aanzien van het voorkomen van schade bij de werknemer. Art. 7:611 BW is een algemene fatsoensnorm waaruit in sommige gevallen, wanneer deze fatsoensnorm wordt overtreden, gezien de redelijkheid en billijkheid een schadevergoedingsplicht (compensatieplicht) kan worden afgeleid. Deze bepaling is een specifieke uitwerking van de redelijk en billijkheid voor de rechtsverhouding tussen de werkgever en de werknemer. Een schadevergoeding op grond van art. 7:611 BW is in het kader van redelijkheid en billijkheid dan ook gebaseerd op de gedachte om de werknemer achteraf tegemoet te komen, als compensatie.¹¹⁸ De rechter heeft hierbij een grote mate van vrijheid bij het bepalen van de omvang van de schadevergoeding. De rechter zal naar billijkheid een vergoeding vaststellen die niet zelden lager zal uitvallen dan een volledige schadevergoeding op grond van art. 7:658 BW.¹¹⁹

§ 6.4 Art. 7:611 als vangnet voor art. 7:658 lid 2 BW?

Op basis van voornoemde verschillen tussen art. 7:658 lid 2 BW en art. 7:611 BW is het voor de werknemer aantrekkelijker om de werkgever aansprakelijk te stellen op grond van art. 7:658 lid 2 dan op grond van art. 7:611 BW. De grondslag van art. 7:611 BW wordt daarom subsidiair gebruikt voor een vordering tot schadevergoeding.

Deze vordering komt ter sprake wanneer de vordering op grond van art. 7:658 lid 2 BW wordt afgewezen omdat de rechter van oordeel is dat er geen sprake is van een zorgplichtschending.

¹¹⁸ T. van Nieuwstadt, Werkgeversaansprakelijkheid voor ongevallen in het schemergebied tussen werken en privé: licht aan het einde van de (verkeers)- tunnel?, *ArbeidsRecht* 2008, p. 9

¹¹⁹ R. van de Water, 'Vergoeding van psychische schade: via de weg van 7:658 BW of 7:611 BW?', *ArbeidsRecht*, 2008/3, afl. 2, p. 12

Van causaal verband tussen de burn-out en de werkomstandigheden moet wel sprake zijn omdat causaal verband een constitutief vereiste is voor aansprakelijkheid, dus ook voor aansprakelijkheid ex art. 7:611 BW.

De Hoge Raad heeft echter bepaald dat aan art. 7:611 BW geen zelfstandige betekenis toekomt wanneer de feiten die onder het toepassingsbereik van art. 7:658 BW vallen ook worden aangevoerd voor een vordering op grond van art. 7:611 BW terwijl de vordering ex art. 7:658 BW is afgewezen.¹²⁰ Een toepassing van art. 7:611 BW op basis van dezelfde feiten zou de werking van art. 7:658 BW doorkruisen. Want op deze manier zou de werknemer wanneer de meer specifieke zorgvuldigheidsnorm van art. 7:658 BW niet is geschonden alsnog een risicoaansprakelijkheid voor de werkgever kunnen bewerkstelligen. De schuldaansprakelijkheid van art. 7:658 BW zou dan omzeild kunnen worden.

Feiten waarbij bijvoorbeeld art. 5.7 Atw of art. 3 lid 1 sub c Arbwet ten grondslag kunnen worden gelegd aan de schadevergoedingsvordering, vallen onder het toepassingsbereik van art. 7:658 BW. Deze overweging leidt tot de conclusie dat een subsidiair beroep op art. 7:611 BW geen vangnet kan zijn bij de (veel voorkomende) situatie waarin de werkgever verzuimd heeft om zorg te dragen voor een goede balans tussen de belastbaarheid en de belasting van een specifieke werknemer maar er geen zorgplichtschending is aangenomen omdat de werkgever geen maatregelen hoefde te nemen omdat de overbelasting niet kenbaar was bij de werkgever.

§ 6.4.1 Onbehoorlijke bejegening of onzorgvuldige beslissingen

Er bestaat wel een zelfstandige betekenis voor art. 7:611 BW wanneer de feiten niet onder het toepassingsbereik van art. 7:658 BW vallen. Art. 7:658 BW is niet van toepassing in het geval de burn-out (mede) zou zijn veroorzaakt door de wijze waarop de werkgever de werknemer heeft bejegend of door onzorgvuldige beslissingen van de werkgever.¹²¹ De werkgever heeft bijvoorbeeld het vertrouwen gewekt dat een bepaalde geambieerde functiewijziging (om minder hard te hoeven werken) mogelijk was en heeft vervolgens een afwijkende beslissing niet goed gecommuniceerd¹²². Of een werkgever communiceert bij een reorganisatie de veranderingen niet goed naar een werknemer¹²³. Daarnaast kan een situatie waarin een werkgever een beloofde herverdeling van het werk niet doorvoert, niet onder het toepassingsbereik van art. 7:658 BW worden geschaard.¹²⁴ In geen van de genoemde gevallen werd echter de werkgever aansprakelijk geacht voor (een deel van) de schade ten gevolge van de burn-out omdat met de feiten die buiten art. 7:658 BW vallen al rekening werd gehouden bij het toekennen van een beëindigingsvergoeding bij het beëindigen van de arbeidsovereenkomst. Twee van de drie genoemde zaken betroffen namelijk mede de behandeling van een vordering ex art. 7:685 BW respectievelijk art. 7:681 BW. Hier wordt in de volgende paragraaf nader op ingegaan.

In de zaak waarbij de werkgever tijdens een reorganisatie veranderingen niet goed naar de werknemer communiceerde, is deze gedraging van de werkgever niet voldoende geacht om een schending van art. 7:611 BW aan te nemen waarvoor een schadevergoeding moet worden betaald door de werkgever.¹²⁵

Afgezien van het feit of de bejegeningen van de werkgever in strijd zijn met art. 7:611 BW maar buiten het toepassingsbereik van art. 7:658 BW vallen is het belangrijk om op te merken dat het niet eenvoudig is het causale verband tussen de manier van bejegenen en het ontstaan van de burn-out aan te tonen.

¹²⁰ HR 22 januari 1999, *NJ* 1999, 534

¹²¹ HR 17 november 1989, *NJ* 1990, 572 en Ktr. Emmen, 18 november 2009, *LJN* BK6597 en Ktr. Amsterdam 23 juli 2004, *JAR* 2004, 152

¹²² Ktr. Rotterdam, 8 april 2003, *JAR* 2004, 20

¹²³ Ktr. Haarlem, 18 juni 2003, *JAR* 2003, 188

¹²⁴ Ktr. Amsterdam, 11 mei 2004, *JAR* 2004, 152

¹²⁵ Ktr. Haarlem, 18 juni 2003, *JAR* 2003, 188

Het aantonen van causaal verband tussen een normschending van art. 7:658 BW bij een burn-out is namelijk al moeilijk, laat staan het causale verband tussen de burn-out en een schending van een fatsoensnorm.

§ 6.4.2 Overbelasting die (mede) is ontstaan buiten het gezagsgebied en de invloedssfeer van de werkgever

Uit de jurisprudentie blijkt dat art. 7:611 BW ook uitkomst kan bieden wanneer de schade is ontstaan buiten het gezagsgebied en de invloedssfeer van de werkgever. Deze situaties vallen in principe buiten het toepassingsbereik van art. 7:658 BW. Dit is vooral van toepassing bij verkeersongevallen. Zoals het geval waarin een werknemer door zijn werkgever wordt opgedragen om drie collega's naar het werk te vervoeren en daarbij een ongeluk maakt.¹²⁶ De werkgever is voor de schade aansprakelijk op grond van de redelijkheid en billijkheid. Analogisch beredeneert zou hierbij de werknemer die thuis, dus buiten het gezagsgebied en invloedssfeer van de werkgever, veel overwerkt en hierdoor een burn-out krijgt op grond van 7:611 BW een schadevergoeding kunnen vorderen.

Hier is echter geen jurisprudentie over behalve het in § 5.5.4 besproken geval waarin de werknemer dag en nacht telefonisch bereikbaar was. Opmerkelijk is het dat in dit geval aansprakelijkheid ex art. 7:658 BW is aangenomen ondanks dat het overwerk buiten het gezagsgebied van de werkgever plaats vond. Deze situatie is vergelijkbaar met de werkgever die de werknemer opdraagt om drie collega's naar het werk te vervoeren omdat de werkgever in deze casus de andere werknemers heeft opgedragen, na diensttijd voor eventuele wensen ten aanzien van de planning naar de betreffende werknemer te bellen.¹²⁷ De kantonrechter en het gerechtshof lijken hiermee aan te geven dat de zorgplicht van art. 7:658 BW zich dus blijkbaar ook uitstrekt over de privétijd van de werknemer als daarin wordt overgewerkt. Het is niet duidelijk in hoeverre het van belang is dat de werkgever zijn werknemers in dit geval heeft opgeroepen naar de werknemer te bellen in zijn privétijd. Art. 7:611 BW heeft in deze situaties dus geen meerwaarde omdat art. 7:658 BW blijkbaar in dit soort situaties toch kan worden toegepast.

§ 6.5 Geen beroep op art. 7:611 BW bij toepassing art. 7:685 lid 8 BW en art. 7:681 BW

Een subsidiair beroep op art. 7:611 BW voor een schadevergoeding van de werkgever geleden door een burn-out kan niet tot toewijzing leiden wanneer er sprake is van een ontbinding (art. 7:685 BW) of een kennelijk onredelijke opzegging (art. 7:681 BW) van de arbeidsovereenkomst. Menig werkgever wil de arbeidsovereenkomst van de werknemer, die ten gevolge van een burn-out (gedeeltelijk) arbeidsongeschikt is geraakt, beëindigen. Een afzonderlijk beroep op art. 7:611 BW voor een schadevergoeding voor de burn-out is dan niet voor toewijzing vatbaar omdat art. 7:611 BW net als art. 7:685 lid 8 en art. 7:681 BW een grondslag is voor een vergoeding naar billijkheid. Wordt in een procedure waarin een werkgever aansprakelijk wordt gesteld voor de geleden schade ten gevolge van een burn-out ook geoordeeld of de arbeidsovereenkomst moet worden ontbonden of dat de arbeidsovereenkomst kennelijk onredelijk is opgezegd dan is er geen plaats voor art. 7:611 BW. Anders zou twee keer op basis van dezelfde feiten een vergoeding kunnen worden toegekend. Het onzorgvuldige gedrag van de werkgever dat tot de burn-out zou hebben geleid, wat op grond van art. 7:611 BW aangenomen zou kunnen worden, wordt namelijk al meegenomen in de overweging of een beëindigingsvergoeding moet worden toegekend.¹²⁸

¹²⁶ HR 9 augustus 2002, *RdvW* 2002, 130 (De Bont/Oudenallen)

¹²⁷ Ktr. Terneuzen, 29 september 2004, *NJ* 2004, 650 en Hof 's-Gravenhage 18 januari 2008, *LJN* BC7681

¹²⁸ Ktr. Rotterdam, 8 april 2003, *JAR* 2004, 20

Hoofdstuk 7 Conclusie

In dit hoofdstuk wordt een overzicht gegeven van de eisen voor werkgeversaansprakelijkheid ex art. 7:658 BW en art. 7:611 BW en wordt aangegeven wanneer in de praktijk aan deze eisen wordt voldaan. Dit hoofdstuk is hiermee het antwoord op het eerste deel van de hoofdvraag. Wanneer is de werkgever nu op grond van art. 7:658 lid 2 BW of art. 7:611 BW aansprakelijk voor de geleden schade van de werknemer ten gevolge van een burn-out? De conclusies uit dit hoofdstuk hebben geleid tot de, in het volgende hoofdstuk te bespreken, aanbevelingen.

§ 7.1 Aansprakelijkheid op grond van art. 7:658 lid 2 BW

Voor werkgeversaansprakelijkheid ex art. 7:658 lid 2 BW moet vast komen te staan dat:

1. de werknemer lijdt aan een burn-out en
2. er causaal verband bestaat tussen de burn-out en de werkomstandigheden en
3. er sprake is van een zorgplichtschending die tot een burn-out heeft geleid en
4. er géén sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid aan de zijde van de werknemer.

§ 7.1.1 Causaal verband tussen de werkomstandigheden en de burn-out

Het causaal verband tussen de werkomstandigheden en de burn-out kan blijkens de jurisprudentie in vier gevallen worden aangenomen:

1. Indien de werknemer een rapport overlegt van een onafhankelijke deskundige die onderzoek heeft gedaan naar de werkelijke werkomstandigheden en aangeeft dat de burn-out is veroorzaakt door de werkomstandigheden en niet (geheel) door privéomstandigheden.
2. Indien de werknemer aantoont dat de werkomstandigheden excessief of abnormaal waren in objectieve zin: een gemiddelde werknemer zou in deze werkomstandigheden worden overbelast en een grote kans hebben om een burn-out op te lopen (bijv. bij een stelselmatige overtreding van de Arbeidstijdenwet)
3. Indien de werknemer aantoont dat er sprake was van duidelijke signalen van de werknemer zelf of van een derde waaruit bleek dat de betreffende werknemer werd overbelast. (bijv. een disfunctionerende werknemer of een werknemer met een kenbare predispositie)
4. Indien de werknemer aantoont dat er een concrete kenbare norm is geschonden door de werkgever (bijv. overtreding van art. 5:7 Atw, art. 3 lid 1 sub c Arbowet of art. 3 lid 3 Arbowet) en dat er dus sprake is van een zorgplichtschending, de omkeringsregel wordt dan toegepast.

Blijkens de jurisprudentie wordt causaal verband voornamelijk aangenomen omdat de rechter de omkeringsregel toepast of omdat een werknemer een rapport van een onafhankelijke deskundige kan overleggen.

§ 7.1.2 Zorgplichtschending die tot de burn-out heeft geleid

De Arbowet geeft globaal invulling aan de zorgplicht van art. 7:658 lid 1 BW. Een overtreding van de arbonormen op zich (m.u.v. art. 3 lid 1 sub c en lid 3 Arbowet mits ondersteund door concrete feiten) zorgt er niet voor dat de werkgever automatisch zijn zorgplicht heeft geschonden, een overtreding is slechts een indicatie van een zorgplichtschending. Na de wijziging van de Arbowet in 2007 is in art. 3 lid 2 Arbowet expliciet de nadruk gelegd op de proactieve taak van de werkgever om beleid te voeren om (een hoge) werkdruk te voorkomen althans te beperken. Wellicht dat nalatigheid ten aanzien van dit beleid in de toekomst een sterkere indicatie is dat de werkgever is tekortgeschoten in de nakoming van zijn zorgplicht ex art. 7:658 lid 1 BW. Er is nu echter nog geen jurisprudentie die hier expliciet op in gaat, wel wordt deze plicht door de rechter in de huidige jurisprudentie benadrukt.

De werkgever schendt zijn zorgplicht wanneer hij in een voor een werknemer overbelastende situatie, geen maatregelen neemt om de belastbaarheid van de werknemer te vergroten of de belasting van de werknemer te verminderen. Anders gezegd; voor een zorgplichtschending moeten de abstracte normen van art. 3 lid 1 sub c Arbowet of art. 3 lid 3 Arbowet overtreden zijn. Welke maatregelen de werknemer moet nemen is afhankelijk van de kenbaarheid van de werkgever met de overbelasting en of er sprake is van excessieve of abnormale werkomstandigheden in objectieve zin. Hierbij zijn drie situaties te onderscheiden:

1. De werkgever weet niet en hoeft ook niet te weten dat de werknemer wordt overbelast én er is géén sprake van excessieve of abnormale werkomstandigheden in objectieve zin.
2. De werkgever weet of behoort te weten dat de werknemer wordt overbelast, terwijl er géén sprake is van excessieve of abnormale werkomstandigheden in objectieve zin.
3. De werkgever weet of behoort te weten dat de werknemer wordt overbelast omdat er sprake is van excessieve of abnormale werkomstandigheden in objectieve zin.

In situatie 1 bestaat er geen specifieke zorgplicht voor de werkgever (naast de arbonormen) ten aanzien van de werknemer ter voorkoming van een burn-out. De werkgever hoeft geen maatregelen te treffen want een burn-out is niet voorzienbaar.

In situatie 2 bestaat er een duidelijke specifieke zorgplicht voor de werkgever ten aanzien van de werknemer ter voorkoming van een burn-out. De werkgever zal persoonsgerichte maatregelen (afhankelijk van de oorzaak van de overbelasting) moeten nemen want een burn-out is voorzienbaar bij een werknemer die wordt overbelast. Neemt de werkgever geen maatregelen dan schendt hij zijn zorgplicht. Maatregelen die de werkgever in dit geval zou moeten nemen komen aan bod bij de aanbevelingen in hoofdstuk acht.

In situatie 3 is het evident dat op de werkgever een specifieke zorgplicht rust om te voorkomen dat de werknemer een burn-out krijgt. De werkgever dient in deze situatie maatregelen te nemen die er op gericht zijn om de excessieve of abnormale werkomstandigheden op te heffen of maatregelen te nemen die de werknemer in staat stellen om te gaan met deze werkomstandigheden/de overbelasting.

Het verschil tussen situatie 2 en 3 is dat in situatie 2 de overbelasting wordt aangenomen op basis van de individuele maatstaf van de werknemer en in situatie 3 op basis van een objectieve maatstaf van 'de gemiddelde werknemer'. Het lijkt daarom in situatie 2 meer voor de hand te liggen om in eerste instantie 'copingsmaatregelen' te nemen en als die niet blijken te werken maatregelen om de overbelasting op te heffen. In situatie 3 daarentegen ligt het meer voor de hand om de overbelasting in eerste instantie op te heffen door het wegnemen van de excessieve of abnormale werkomstandigheden.

Een specifieke zorgplicht van de werkgever bestaat pas wanneer de overbelasting van (een) werknemer(s) kenbaar was bij de werkgever. Overbelasting is bij een werkgever kenbaar als de werkgever daadwerkelijk op de hoogte is van de overbelasting óf als er sprake is van signalen van de werknemer of een derde waaruit duidelijk blijkt dat de werknemer wordt overbelast of als er sprake is van excessieve of abnormale werkomstandigheden in objectieve zin. In de praktijk komt het er op neer dat een aansprakelijkstelling vaak strandt op het feit dat de overbelasting niet kenbaar is omdat de werknemer nooit duidelijk bij de werkgever of de leidinggevende heeft geklaagd. Om er zeker van te zijn dat overbelasting kenbaar is bij de werknemer is het daarom voor een werknemer van groot belang om duidelijk en tijdig aan te geven dat hij wordt overbelast. Ondanks dat art. 3 lid 1 sub d Arbowet de werkgever verplicht preventief beleid te voeren op het voorkomen van psychosociale arbeidsbelasting, wordt de omvang van de zorgplicht toch bepaald door de vraag of er sprake was van kenbare overbelasting terwijl art. 3 lid 1 sub d Arbowet de werkgever juist verplicht om overbelasting in eerste instantie te vermijden.

In de praktijk blijkt een werkgever vaak geen specifieke maatregelen te treffen om een burn-out bij de werknemer te voorkomen omdat hij niet kenbaar is met de overbelasting. De werkgever is dan niet aansprakelijk omdat hij geen maatregelen hoeft te nemen wanneer hij niet kenbaar is met de overbelasting. Om dit probleem te voorkomen lijkt een verplichting van de werkgever om proactief periodiek te onderzoeken of een werknemer wordt overbelast geschikt. Op grond van art. 3 lid 2 Arbwet lijkt een dergelijke onderzoeksplicht daaronder te kunnen vallen maar de jurisprudentie is niet eenduidig of een dergelijke onderzoeksplicht bestaat. De Hoge Raad is de mening toegedaan dat deze spontane onderzoeksplicht niet bestaat. Niettemin kan de werkgever veelal een burn-out voorkomen door zelf te onderzoeken of een werknemer wordt overbelast. Ook al is hij dit niet verplicht, hij geeft hierdoor op een juiste wijze invulling aan art. 3 lid 2 Arbwet, gedraagt zich als goed werkgever én kan ziekteverzuim voorkomen en daarmee gepaard gaande kosten. Daar staat echter tegenover dat voor hem de zorgplicht zwaarder wordt indien de werkgever constateert dat een werknemer wordt overbelast. De werkgever creëert hiermee voor zichzelf een grote verantwoordelijkheid. Neemt hij echter specifieke maatregelen, nadat uit onderzoek blijkt dat een werknemer wordt overbelast, dan is de kans groot dat een burn-out wordt voorkomen, althans dat de werkgever zeker niet aansprakelijk zal zijn ex art. 7:658 BW voor de geleden schade, mocht de werknemer toch een burn-out krijgen.

§ 7.1.3 Opzet of bewuste roekeloosheid en proportionele aansprakelijkheid

Uit de onderzochte jurisprudentie blijkt dat opzet of bewuste roekeloosheid nooit wordt aangenomen in het geval van een burn-out. Gezien de multicausaliteit van de burn-out kunnen aan de werknemer toe te rekenen factoren soms wel tot proportionele aansprakelijkheid leiden op grond van art. 6:101 BW. Proportionele aansprakelijkheid kan daardoor uitkomst bieden wanneer niet duidelijk is dat de burn-out geheel door de werkomstandigheden is veroorzaakt omdat er sprake is van een predispositie of stressveroorzakende privéomstandigheden die mede tot de burn-out hebben kunnen leiden. Een predispositie sluit een volledige schadevergoeding echter niet bij voorbaat uit. Wil een predispositie tot proportionele aansprakelijkheid leiden dan dient de predispositie te worden gezien als medeoorzaak dan wel als een alternatieve oorzaak voor de burn-out.

§ 7.2 Aansprakelijkheid op grond van art. 7:611 BW

Voor aansprakelijkheid ex art. 7:611 BW is vereist dat de burn-out wordt vastgesteld en dat er causaal verband bestaat tussen de burn-out en de aangetoonde schending van het goed werkgeverschap. Een schending van het goed werkgeverschap kan alleen worden aangenomen op feiten die buiten het toepassingsbereik van art. 7:658 BW vallen. Een mislukt beroep op art. 7:658 BW omdat er geen sprake is van een zorgplichtschending omdat de werkgever geen maatregelen had hoeven nemen omdat de overbelasting niet kenbaar was bij de werkgever, kan dus niet worden ondervangen door een subsidiair beroep op art. 7:611 BW. Het veel gebruikte art. 7:611 BW als subsidiaire grondslag naast art. 7:658 BW is dus in wezen geen vangnet zoals dit nu blijkt de jurisprudentie wordt gehanteerd.

Een vordering ex art. 7:611 BW is mogelijk wanneer de werkgever de werknemer onbehoorlijk heeft bejegend waardoor een burn-out is ontstaan bij de werknemer. Uit de jurisprudentie blijkt echter dat aansprakelijkheid ex art. 7:611 BW op grond van deze feiten bijna een onmogelijke opgave is.

Art. 7:611 BW kan alleen een goede grondslag bieden voor de vergoeding van schade die is geleden door het niet mogelijk blijken van werkhervatting doordat de werkgever zijn verplichtingen op grond van art. 7:658a BW niet is nagekomen. Dit kan het geval zijn wanneer de werkgever geen moeite doet om een passende functie te vinden voor de werknemer of de werknemer niet actief betreft en begeleidt in het re-integratieproces.

Hoofdstuk 8 Aanbevelingen

Op basis van de in hoofdstuk zeven beschreven conclusies zijn in dit hoofdstuk praktijkgerichte aanbevelingen geformuleerd. Deze aanbevelingen zijn gericht op de werkgever om te voldoen aan zijn plichten ex art. 7:658 lid 1 BW en art. 7:611 BW en vormen daarmee het antwoord op het tweede deel van de hoofdvraag. Met welke te nemen concrete maatregelen voldoet de werkgever aan zijn plichten ex art. 7:658 lid 2 BW en 7:611 BW om een burn-out bij zijn werknemer te voorkomen of de schade daarvan te beperken?

Naast de specifieke maatregelen (die aan de ruime wettelijke regels invulling geven) die een werkgever in bepaalde gevallen moet nemen, blijkt de jurisprudentie, is de meeste winst voor zowel de werkgever als de werknemer te halen in een proactief beleid tegen een burn-out. Een werknemer krijgt vaak een burn-out terwijl de overbelasting nooit kenbaar is gemaakt bij de werkgever waardoor de werkgever geen specifieke maatregelen heeft genomen (en ook vaak niet had hoeven nemen). Een goed werkgever zou hier bedacht op moeten zijn door periodiek te informeren naar de psychische en fysieke gesteldheid van zijn werknemer en naar de balans tussen zijn belastbaarheid en zijn huidige werkbelasting. De werkgever dient dit ook te doen bij werknemers in een hoge functie. Juist werknemers in hoge functies zijn niet snel geneigd om overbelasting zelf aan te kaarten bij hun werkgever of leidinggevende. Daarnaast zou een werkgever alleen al door wat meer sociale steun te geven en te creëren onder collega's een burn-out kunnen voorkomen. Dit is echter niet verplicht op grond van de wet en de jurisprudentie maar kan wel eventueel een claim ex art. 7:611 BW op grond van goed werkgeverschap voorkomen.

Hieronder worden de belangrijkste maatregelen genoemd, die een werkgever moet nemen en als goed werkgever zou kunnen nemen om een burn-out bij de werkgever te voorkomen. De aanbevelingen met een * zijn niet direct verplicht op grond van de wet of jurisprudentie om te voldoen aan de zorgplicht maar dragen wel bij aan het voorkomen van een burn-out bij de werknemer. Deze aanbevelingen kunnen als goede invulling worden gezien van de plicht van de werkgever om rekening te houden met de persoonlijke eigenschappen van zijn werknemers en het voeren van beleid dat proactief is gericht op het voorkomen van een te hoge werkdruk.

§ 8.1 Algemene aandachtspunten

- Wees bij reorganisaties alert op overbelasting zeker bij oudere werknemers *
- Communiceer veranderingen goed met het personeel, veranderingen kunnen veel stress veroorzaken *
- Zorg ervoor dat arbeidsconflicten worden opgelost *

§ 8.2 Algemene regels onafhankelijk van een bepaalde situatie

- Stel in samenspraak met de werknemers een RI&E op en actualiseer deze wanneer de werkomstandigheden of werkmethoden wijzigen (art. 5 Arbowet)
- Zorg dat de werknemers op de hoogte zijn van de RI&E (art. 8 Arbowet)
- Zorg ervoor dat instructies (bv. de instructie aan een regelmatig overwerkende werknemer om geen werk mee naar huis nemen) worden nageleefd (art. 8 Arbowet)
- Houd periodiek functioneringsgesprekken en vraag expliciet naar de belasting en de belastbaarheid van de werknemer / controleer periodiek aan de hand van een vragenlijst of een werknemer wordt overbelast *
- Zorg voor een goede bereikbaarheid van de arbo-arts en houdt eventueel een arbeidsomstandighedensprekkuur, zorg er ook voor dat werknemers op de hoogte zijn van de mogelijkheid om gebruik te maken van het arbeidsomstandighedensprekkuur *
- Voorkom onderbezetting
- Voorkom meervoudige taakbelasting bij werknemers

§ 8.3 Regels afhankelijk van de werkomstandigheden en de kenbaarheid van de werkgever met de overbelasting (invulling van art. 3 lid 1 sub c Arbowet en art. 3 lid 3 Arbowet)

A) Kenbare overbelasting en geen excessieve of abnormale werkomstandigheden

Er is sprake van excessieve of abnormale werkomstandigheden in objectieve zin maar de overbelasting is bij de werkgever kenbaar door een expliciete klacht van de werknemer bij de werkgever/leidinggevende of de werkgever heeft door signalen van de werknemer of een derde kunnen begrijpen dat de werknemer wordt overbelast.

Actie: na klacht van de werknemer of nadat de signalen door de werkgever zijn opgemerkt.

- Bespreek met de werknemer waarom hij zich overbelast voelt, dit is van belang om maatregelen te nemen ten aanzien van zijn belastbaarheid, aangezien andere werknemers klaarblijkelijk niet worden overbelast.
- Bied eventueel een personal coach aan of stel de personeelsfunctionaris beschikbaar voor een aantal uren per week. Geef in ieder geval begeleiding.
- Bied een cursus werkstresshantering aan.
- Bied flexibilisering van de arbeidstijden aan.
- Bekijk of werknemer bijscholing nodig heeft en draag in dat geval ook zorg voor de bijscholing
- Ingeval van een predispositie neem persoonsgerichte maatregelen, zoals het laten volgen van therapie
- Bied vooral sociale steun, zorg ervoor dat de leidinggevende begrip toont voor de situatie. *

Zijn begeleidende maatregelen niet voldoende om overbelasting op te heffen dan zijn volgende maatregelen geïndiceerd:

- Geef de werknemer gestructureerd werk met een duidelijke functieafbakening.
- Stel (indien mogelijk) een kwantitatieve grens aan het werk/aantal taken; beperk het aantal taken.
- Zorg voor ondersteunend personeel.

Zijn ook deze maatregelen niet effectief of niet mogelijk:

- Onderzoek of overplaatsing naar een andere locatie (waar minder werkdruk heerst) mogelijk is. Is een overplaatsing nodig ga er dan toe over. Communiceer dit goed met de werknemer.
- Onderzoek of plaatsing in een andere functie mogelijk is. Is plaatsing in een andere functie nodig ga hier dan toe over. Communiceer dit goed met de werknemer.

B) Excessieve of abnormale werkomstandigheden

Er is sprake van excessieve of abnormale werkomstandigheden in objectieve zin dus de werkgever behoort te weten dat de werknemer wordt overbelast.

Actie: wanneer excessieve of abnormale werkomstandigheden ontstaan

- Hef de excessieve of abnormale werkomstandigheden op door bijvoorbeeld het beperken van het aantal uren, beperken van het aantal taken én door toezicht te houden op dat de werknemer zich hieraan houdt.

Zijn de excessieve of abnormale werkomstandigheden niet op te heffen, inherent aan het werk of is er sprake van piekbelasting:

- De onder A genoemde maatregelen (met name overplaatsing of functiewijziging)

§ 8.4 Regels betreffende re-integratie

- Bied sociale steun tijdens re-integratieproces. *
- Begeleid de werknemer tijdens het re-integratieproces en communiceer duidelijk en frequent met de werknemer.
- Zoek actief naar passend werk voor de werknemer
- Kijk verder dan alleen re-integratie op de eigen afdeling, vaak is het voor een opgebrachte werknemer moeilijk om terug te keren op de eigen afdeling zeker als er nog steeds een hoge werkdruk heerst.

Hoofdstuk 9 Evaluatie

Dit hoofdstuk blikt terug op hoe het onderzoek is verlopen en wat het onderzoek uiteindelijk heeft opgeleverd. Hoe verliep het verzamelen van informatie en wat waren obstakels? Wat is het resultaat van het onderzoek? Is de doelstelling behaald en is er eventuele aanleiding voor vervolgonderzoek? Deze vragen worden in dit hoofdstuk beantwoord.

§ 9.1 Onderzoeksproces

Net zoals ieder onderzoek obstakels en moeilijkheden heeft is dat in dit onderzoek niet anders geweest. Het was niet eenvoudig om structuur te brengen in het onderzoeksrapport. Het onderzoeksonderwerp was ingewikkeld en onderzoeksonderdelen hingen erg met elkaar samen. Hierdoor was ik geneigd om mezelf te herhalen of informatie te behandelen die ik beter op een andere plaats kon behandelen. Het heeft veel tijd gekost om de juiste structuur te vinden voor het onderzoeksrapport. Dit is echter van essentieel belang geweest omdat naarmate het onderzoeksrapport meer structuur kreeg de essentie van het onderzoek steeds duidelijker naar voren kwam.

Niet alleen het aanbrengen van structuur bleek een obstakel ook het vertalen van de theoretische achtergrond naar de praktijk heb ik als moeilijk ervaren. Ik had de neiging om mezelf te verliezen in de theorie achter de aansprakelijkheid. Aanvankelijk leidde de hoeveelheid aan informatie tot een chaos. Ik heb het onderzoek daarom ook zoveel mogelijk geprobeerd te baseren op de jurisprudentie en daarmee op de praktijk.

Wat betreft informatievoorziening verliep het onderzoek voorspoedig. Ik heb zeker geen gebrek gehad aan informatie. De informatie was eerder teveel waardoor ik mezelf moest dwingen informatie te laten voor wat hij was om niet af te dwalen in mijn onderzoek. De essentie van het onderzoeksrapport wordt niet beter door overbodige informatie.

Het enige minpuntje in de informatievoorziening was het feit dat ik ondanks meermalen te hebben verzocht om een exemplaar van de door ArboNed gehanteerde Vitaliteitscan ik deze niet heb kunnen bemachtigen. De toevoeging van deze vragenlijst had net wat meer inzicht kunnen geven in het vormgeven van beleid dat gericht is op het voorkomen van een te hoge werkdruk ex art. 3 lid 2 Arbowet.

§ 9.2 Onderzoeksproduct

Het onderzoeksrapport *kan* een grote praktische waarde hebben. Er is zoveel mogelijk geprobeerd om de casuïstiek uit de jurisprudentie te beschrijven en aan te geven wat voor consequenties dit kan hebben in een aansprakelijkheidszaak bij een burn-out. De jurisprudentie die is gebruikt is voornamelijk van kantonrechters en van het gerechtshof. Dit komt omdat deze rechters inhoudelijk naar de zaak kijken en de casuïstiek bespreken die in burn-outzaken juist zo van belang is. Hoewel iedere zaak uniek is en eigen omstandigheden kent is zoveel mogelijk geprobeerd om dit te vertalen naar concrete criteria voor de werknemer en concrete regels voor de werkgever.

De doelstelling van dit onderzoek was om voor werknemers aan te geven wanneer een werkgever met succes aansprakelijk kan worden gesteld voor de schade ten gevolge van een burn-out en voor werkgevers aan te geven wat zij moeten doen om aan hun zorgplicht te voldoen ex art. 7:658 BW en art. 7:611 BW. Dit is ondanks dat de omvang van de zorgplicht casuïstisch van aard is, gelukt. Er is onderscheid gemaakt tussen algemene maatregelen en maatregelen in bepaalde juridische situaties.

Voor een werkgever is het misschien niet altijd even goed herkenbaar in welke situatie hij verkeert, maar er is zoveel mogelijk geprobeerd om, met voorbeelden uit de jurisprudentie, inzicht te geven in wanneer van welke situatie sprake is. Daarnaast is de richtlijn bestaande uit de checklist en de regels, opgesteld voor de rechtsbijstandverlener en aan hem is de taak om de juridische situatie aan de cliënt uit te leggen.

Het onderzoek is zelfs een stap verder gegaan dan haar doelstelling. Niet alleen is er aangegeven wat de werkgever moet doen om aan zijn zorgplicht ex art. 7:658 BW en art. 7:611 BW te voldoen maar ook wat voor een goed werkgever verstandig is om te doen om een burn-out te voorkomen. Aangezien met art. 3 lid 2 Arbowet is getracht om meer nadruk te leggen op de proactieve taak van de werkgever kan het zo zijn dat de invulling daarvan op den duur in de jurisprudentie nader wordt ingevuld waardoor de werkgever nog meer verantwoordelijkheid krijgt ten aanzien van zijn preventieve taak. Het sterke van dit onderzoek is derhalve dat het niet alleen ingaat op hetgeen de werkgever op dit moment verplicht is om te doen ex art. 7:658 BW en art. 7:611 BW maar ook wat hij eventueel in de toekomst zou moeten doen én wat je als werkgever kunt doen om een werknemer te beschermen tegen een burn-out ondanks dat dit niet direct verplicht is. Dat er naast de verplichte maatregelen ook niet direct verplichte maatregelen zijn opgenomen in de aanbevelingen doet geen afbreuk aan de validiteit gezien het feit dat duidelijk wordt aangegeven wanneer een maatregel niet direct verplicht is. De waarde in de praktijk wordt hierdoor juist groter omdat een werkgever juist niet altijd hetgeen moet/hoeft te doen wat hij verplicht is op grond van art. 7:658 BW of art. 7:611 BW om een burn-out te voorkomen maar ook andere maatregelen kan nemen om een burn-out te voorkomen of de schade hiervan te beperken.

Het onderzoek is gebaseerd op een groot aantal juridische bronnen, voornamelijk jurisprudentie. Dat de gebruikte jurisprudentie voornamelijk van lagere rechters (kantonrechter en gerechtshof) afkomstig is doet weinig af aan de betrouwbaarheid van het onderzoek omdat er simpelweg weinig jurisprudentie is van de Hoge Raad die ingaat op de casuïstiek van aansprakelijkheid bij een burn-out. Er is zoveel mogelijk geprobeerd om aan te sluiten bij recente jurisprudentie en dit is ook gelukt. Om de betrouwbaarheid te vergroten is er in verhouding weinig literatuur gebruikt maar is de informatie vooral gehaald uit de primaire bron de jurisprudentie. Daar waar wel gebruik is gemaakt van literatuur, zijn de meningen van de schrijvers getoetst door de jurisprudentie te vergelijken met de mening van de schrijver en is duidelijk aangegeven dat er sprake is van een mening.

Wat betreft de invulling van art. 3 lid 2 Arbowet zou eventueel vervolgonderzoek verricht kunnen worden naar de praktische uitvoerbaarheid en de juridische wenselijkheid om een onderzoeksplicht voor de werkgever betreffende overbelasting te verbinden aan art. 3 lid 2 Arbowet. Het lijkt echter misschien in strijd met de gedachte dat arbobeleid zelf moet worden vormgegeven door de werkgever en de werknemer maar ook al wordt een dergelijke onderzoeksplicht aangenomen, de werkgever zal toch op bedrijfsniveau regels moeten maken hoe hij aan die onderzoeksplicht wil voldoen (door functioneringsgesprekken of periodieke afname van vragenlijsten of op een andere manier).

Bronnenlijst

Juridische artikelen

V.G.G. Bergwerf en P. Kruit, 'Art. 7:658 BW en het belang van de arbo-regels', *ArbeidsRecht*, 2008/43, afl. 10

L. Charlier, 'De overspannen werknemer objectief bezien', *Letsel & Schade*, 2009/176, afl. 3

E.M. Hoogeveen, P.J. Klein Gunnewiek, 'De bewijslastverdeling bij een door de werknemer opgelopen burn-out', *ArbeidsRecht*, 2010,/17, afl. 4

E.J. Houben, 'Schadevergoeding bij zuiver psychisch letsel', *ArbeidsRecht*, 2006/10, afl. 2

A.E. Krispijn, P.Oskam, 'Werkgeversaansprakelijkheid. Brengt de recente rechtspraak ons een stap verder?', *Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade*, 2008, nr.3

T. van Nieuwstadt 'Werkgeversaansprakelijkheid voor ongevallen in het schemergebied tussen werken en privé: licht aan het einde van de (verkeers)- tunnel?', *ArbeidsRecht* 2008/19, afl. 4

R.O.B. Poort, 'Arbowet lijkt in strijd met EU-Kaderrichtlijn', *Arbo*, 2007, nr. 6

J.F. Roth, 'Aansprakelijkheid van de werkgever voor burn-out. De stand van zaken', *Letsel & Schade*, 2009/102, afl. 2

M.S.A. Vegter, 'Aansprakelijkheid van de werkgever voor overbelasting (stress) en andere vormen van psychisch letsel', *Nederlands Juristenblad*, 2002/39

M.S.A. Vegter, 'Causaal verband en zorgplicht bij werkgeversaansprakelijkheid voor stressklachten', *ArbeidsRecht*, 2008/32, afl. 6/7

R. van de Water, 'Vergoeding van psychische schade: via de weg van 7:658 BW of 7:611 BW?', *ArbeidsRecht*, 2008/3, afl. 2

Jurisprudentie

Hoge Raad 5 juni 2009, *LJN* BI1508

Hoge Raad 3 april 2009, *JAR* 2009, 111 (*LJN* BH2619, *RvdW* 2009, 494)

Hoge Raad 13 juli 2007, *LJN* BA7355 (*NJ* 2008, 464, *JAR* 2007, 230)

Hoge Raad 23 juni 2006, *NJ* 2006, 354

Hoge Raad 31 maart 2006, *JAR* 2006, 100

Hoge Raad 11 november 2005, *LJN* AU3313 (*JAR* 2005, 287, *NJ* 2008, 460)

Hoge Raad 11 maart 2005, *LJN* AR6657 (*JAR* 2005, 84, *RvdW* 2005, 37)

Hoge Raad 12 september 2003, *JAR* 2003, 242

Hoge Raad 16 mei 2003, *JAR* 2003/147 (*LJN* AF7000, *NJ* 2004, 176)

Hoge Raad 9 augustus 2002, *RdvW* 2002, 130

Hoge Raad 17 november 2000, *NJ* 2001, 596 (*JAR* 2000, 261)

Hoge Raad 22 januari 1999, *NJ* 1999, 534 (*JAR* 1999, 44)

Hoge Raad 2 oktober 1998, *NJ* 1999, 683

Hoge Raad 30 januari 1998, *NJ* 1998, 476

Hoge Raad 20 september 1996, *NJ* 1997, 198

Hoge Raad 17 november 1989, *NJ* 1990, 572 (*LJN* AB9375)

Hoge Raad 10 juni 1983, *NJ* 1984, 20

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 25 augustus 2009, *LJN* BK0617

Gerechtshof 's-Gravenhage, 7 juli 2009 *LJN* BJ3803
Gerechtshof 's-Gravenhage, 26 mei 2009, *LJN* BJ3482
Gerechtshof Arnhem, 14 april 2009, *LJN* BJ2194
Gerechtshof Amsterdam 3 juli 2008, *LJN* BG3727
Gerechtshof 's-Gravenhage 18 januari 2008, *LJN* BC7681
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 15 januari 2008, *JAR* 2008, 91 (*LJN* BC2747)
Gerechtshof Leeuwarden 24 oktober 2007, *LJN* BI6166
Gerechtshof 's-Gravenhage 27 april 2007, *JAR* 2007, 177 (*LJN* BA6359)
Gerechtshof 's-Gravenhage 16 februari 2007, *JAR* 2007, 69

Centrale Raad van Beroep 4 mei 2006, *LJN* AX3244
Centrale Raad van Beroep 28 maart 2002, *TAR* 2003, 35
Centrale Raad van Beroep 3 oktober 1996, *TAR* 1996, 2000

Rechtbank Assen, sector kanton locatie Emmen 18 november 2009, *LJN* BK6597
Rechtbank Dordrecht, sector kanton locatie Dordrecht, 25 juni 2009, *LJN* BJ1805
Rechtbank Amsterdam, sector kanton locatie Amsterdam, 17 april 2009, *JAR* 2009,205
Rechtbank Dordrecht, sector kanton locatie Dordrecht, 23 maart 2009, *LJN* BH7581
Rechtbank Amsterdam, sector kanton locatie Amsterdam 14 januari 2009, *JAR* 2009,63
Rechtbank Maastricht, sector kanton locatie Heerlen 13 december 2006, *JAR* 2007,26
Rechtbank Maastricht, sector kanton locatie Heerlen 19 april 2006, *JAR* 2006,108
Rechtbank Middelburg, sector kanton locatie Terneuzen, 19 januari 2005, *JAR* 2005,76
Rechtbank Alkmaar, sector kanton locatie Hoorn, 25 oktober 2004, *JAR* 2005,57
Rechtbank Middelburg, sector kanton locatie Terneuzen, 29 september 2004, *NJ* 2004,650 (*JAR* 2004, 270)
Rechtbank Amsterdam, sector kanton locatie Amsterdam, 11 mei 2004, *JAR* 2004, 152
Rechtbank Rotterdam, sector kanton locatie Brielle 30 september 2003, *JAR* 2003, 267
Rechtbank Haarlem, sector kanton locatie Haarlem 18 juni 2003, *JAR* 2003,188
Rechtbank Rotterdam, sector kanton locatie Rotterdam, 8 april 2003, *JAR* 2004, 20

Kamerstukken

Memorie van Toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 2005-2006, 30 552, nr. 3
Memorie van Toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1997-1998, 25 879, nr. 3
Memorie van Antwoord, Tweede Kamer, vergaderjaar 1994-1995, 23 438, nr. 5
Memorie van Toelichting, Tweede Kamer, vergaderjaar 1993-1994, 23 438, nr. 3

Literatuur

H.J.W. Alt, *Ongelijkheidscompensatie bij stelplicht en bewijslast in het civiele arbeidsrecht en ambtenarenrecht*, diss. Leiden, Kluwer, Deventer 2009

R.J.B. Boonekamp, *Schadevergoeding*, art. 98-99, suppl. 63, Groene Serie Privaatrecht, Kluwer, Deventer 2009

W.H.A.C.M. Bouwens en mr. R.A.A. Duk, *Van der Grinten Arbeidsovereenkomstenrecht*, Kluwer, Deventer 2008

H. van Drongelen, *Werkgeversaansprakelijkheid voor arbeidsongevallen en beroepsziekten: handleiding voor de praktijk*, Kluwer, Alphen aan den Rijn 2010

A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht: over eigen schuld aan de omvang van de schade*, Groningen, Kluwer 2003

S.D. Lindenbergh, *Arbeidsongevallen en beroepsziekten*, Kluwer, Deventer 2009

J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker, W.L. Valk, *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek 6, 7, 8*, Kluwer, Deventer 2009

L. Swinnen, *Stress is geen probleem*, Uitgeverij van Halewyck, Leuven 2009

M.S.A. Vegter, *Vergoeding van psychisch letsel door de werkgever*, diss. VU Amsterdam, Sdu Uitgevers, Den Haag 2005

Rapporten

Coronel Instituut voor Arbeid en Gezondheid, UVA, AMC
Beroepsziekten in cijfers 2009, Nederlands Centrum voor Beroepsziekten, Amsterdam 2009

J.K. Hesselink, I. Houtman, W. Hooftman, M. B. Roozeboom, *Arbobalans 2009, Kwaliteit van de arbeid, effecten en maatregelen in Nederland*, TNO Kwaliteit van Leven, Hoofddorp 2009

Websites

www.arboned.nl
www.arbo-online.nl
www.arboportaal.nl
www.arbodeskundigen.nl
www.bbzfmv.nl
www.beroepsziekten.nl
www.parlement.nl
www.provincies.arbocatalogus.nl
www.rechtspraak.nl
www.rie.nl
www.rivm.nl
www.ru.nl
www.szw.nl