

Predispositie en eigen schuld bij RSI en andere multicausale ziekten

M w . m r . M . S . A . V e g t e r

1. Inleiding

In het eerste nummer van TVP van dit jaar schreef ik over bewijslastverdeling bij RSI.¹ Ik kondigde toen reeds aan dat in een volgend artikel zou worden ingegaan op de problematiek van eigen schuld en predispositie bij RSI en andere multicausale ziekten, zoals burn-out. De aanleiding hiervoor is dat toepassing van de klassieke uitgangspunten inzake eigen schuld en predispositie, zoals die worden gehanteerd op het gebied van de werkgevers-aansprakelijkheid, tot moeilijk te accepteren uitkomsten kunnen leiden bij meer 'moderne' beroepsziekten zoals RSI en burn-out. Ongeclausuleerde toepassing van de klassieke benadering kan namelijk tot gevolg hebben dat een werkgever aansprakelijk wordt gehouden voor letsel dat (mede) is veroorzaakt door omstandigheden waarover hij geen zeggenschap heeft en die niet in zijn invloedssfeer liggen. Een nadere uitwerking van de leerstukken van eigen schuld en predispositie, waardoor dit wordt voorkomen, is daarom wenselijk. Daarbij moet er overigens voor worden gewaakt dat de weegschaal niet te ver de andere kant opslaat, waardoor onnodig afbreuk zou worden gedaan aan de bescherming van arbeidsongeschikte werknemers.

In dit artikel zal ik nagaan hoe de leerstukken van eigen schuld en predispositie het beste kunnen worden uitgewerkt waar het gaat om een multicausale ziekte als RSI, en hoe deze uitwerking in het systeem van artikel 7:658 BW en van titel 10 van Boek 6 BW kan worden ingepast. Alvorens daartoe over te gaan zal ik eerst de klassieke toepassing van die leerstukken schetsen en aangeven op welke problemen die toepassing stuit.

2. Toerekening van predisposities: het klassieke uitgangspunt en de achtergronden daarvan

Uitgangspunt op het gebied van de werkgeversaansprakelijkheid voor arbeidsongevallen en beroepsziekten is dat schade ruim wordt toegerekend, dat wil zeggen dat ook die schade aan de werkgever wordt toegerekend, op grond van artikel 6:98 BW, die buiten de normale lijn der verwachtingen ligt.² Vaak gaat het daarbij om schade als gevolg van een predispositie, dat wil zeggen een aanleg of extra kwetsbaarheid van de werknemer voor lichamelijk of geestelijk letsel. Ook kan sprake zijn van andere gebeurtenissen waarvan het de vraag is of die de causaliteitsketen doorbreken. Een bekend voorbeeld uit de rechtspraak is het arrest Joe/Chicago Bridge, waarin werknemer Joe knieletsel oploopt als gevolg van een vallend stuk ijzer. Joe ontwikkelt vervolgens ook psychische klachten als gevolg van het feit dat de behandelend artsen zijn tekortgeschoten bij het onderzoeken en/of behandelen van het knieletsel. De vraag in cassatie is of deze psychische klachten nog wel aan de werkgever zijn toe te rekenen of dat deze

voor rekening van Joe zelf komen of wellicht van de behandelend artsen. De Hoge Raad oordeelt dat het tekortschieten van de artsen de causaliteitsketen niet doorbroken heeft.³

'Het gaat hier om – beweerde – arbeidsongeschiktheid van een werknemer die lichamelijk letsel heeft opgelopen ten gevolge van een ongeval dat te wijten is aan schending door zijn werkgever van een rechtsnorm welke – mede – ertoe strekt de werknemer tegen het gevaar van letsel te beschermen.

Indien in een zodanig geval het in de normale lijn der verwachtingen liggende herstel van arbeidsongeschiktheid uitblijft of vertraging ondervindt als gevolg van een tekortschieten door de betrokken artsen met betrekking tot het onderzoeken en/of het behandelen van het letsel, zal het uitblijven van of de vertraging in het herstel in het algemeen als een gevolg van het ongeval aan de werkgever moeten worden toegerekend, ook wanneer, zoals het hof te deze kennelijk heeft aangenomen, dat medische tekortschieten slechts door en in samenhang met de – door diens persoonlijke predispositie bepaalde – psychische reactie daarop heeft kunnen leiden. Het vorenstaande zou slechts anders zijn onder bijzondere omstandigheden bijv. indien de werknemer zou hebben nagelaten van zijn kant alles in het werk te stellen wat redelijkerwijs – mede in aanmerking genomen zijn persoonlijkheidsstructuur – van hem kan worden verlangd om tot het herstelproces bij te dragen. Dat zodanige omstandigheden zich hebben voorgedaan, heeft het hof echter niet vastgesteld. Dit alles laat overigens onverlet dat de persoonlijke predispositie van de werknemer en de daaruit in het algemeen voortvloeiende risico's voor het ontstaan van klachten als de onderhavige wel een factor kunnen vormen waarmee rekening valt te houden bij de begroting van de schade.'

Voorzover een bepaalde schade door een lichamelijke of geestelijke predispositie van de werknemer groter is dan normaliter verwacht had mogen worden, wordt deze dus ook aan de werkgever toegerekend. Dit is alleen anders als de werknemer, ook

1. M.S.A. Vegter, Bewijslastverdeling bij RSI, TVP 2004, p. 3-10.
2. De klassiekers op dit gebied zijn HR 9 juni 1972, NJ 1972, 360 m.nt. GJS (neurotische depressie); HR 21 maart 1975, NJ 1975, 372 m.nt. GJS (coronaire trombose); HR 8 februari 1985, NJ 1986, 137 m.nt. CJHB (Henderson/Gibbs); HR 4 november 1988, NJ 1989, 751 m.nt. CJHB (ABP/Van Stuyvenberg). Zie voor een bespreking van deze arresten T. Hartlief, Causaliteit. Over grenzen aan de toerekening bij letsel schade, in: Bijzonder letsel. Inleidingen gehouden op het symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten 1995, Lelystad 1995, p. 27-49.
3. HR 8 februari 1985, NJ 1986, 136.

gelet op zijn persoonlijkheidsstructuur, zich te weinig heeft ingespannen om te herstellen. Wel kan met de gevolgen van de predispositie rekening worden gehouden bij de schadebegroting. In dat verband moet worden vastgesteld wat de precieze omvang van de schade is. Komt daarbij vast te staan dat de werknemer als gevolg van zijn predispositie hoe dan ook – het ongeval op het werk weggedacht – op enig moment arbeidsongeschikt zou zijn geworden, dan zal in beginsel alleen de schade tot aan dat moment voor vergoeding in aanmerking komen.⁴

Predisposities voor psychisch letsel worden in beginsel op dezelfde wijze toegerekend als fysieke predisposities indien het letsel het gevolg is van schending van een veiligheidsnorm, zoals de norm van artikel 7:658 BW, of een verkeersnorm. Het bekendste voorbeeld hiervan is het arrest ABP/Van Stuyvenberg,⁵ waarin de Hoge Raad, in een geval waarin een slachtoffer aanvankelijk fysiek letsel had opgelopen door een verkeersongeval, maar later alleen nog psychische problemen ondervond, ook de gevolgen van de psychische klachten aan de veroorzaker van het verkeersongeval toerekende. In de rechtspraak en literatuur bestaat wel onduidelijkheid over de vraag of een dergelijke ruime toerekening ook moet plaatsvinden als niet een veiligheids- of verkeersnorm is geschonden, maar een ‘gewone’ zorgvuldigheidsnorm.⁶ Ik laat deze vraag hier verder rusten omdat onbetwist is dat op verplichtingen tot voorkoming van RSI artikel 7:658 BW van toepassing is, nu het hierbij gaat om een hoofdzakelijk fysieke ziekte.

Ratio van het ruim toerekenen van schade in geval van schending van een verkeers- of veiligheidsverplichting is dat bij schending van dit soort verplichtingen rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid van ernstige gevolgen, ongeacht hoe deze zich in het concrete geval voordoen. Daarnaast is het uitgangspunt bij letselschade dat de aansprakelijke partij haar slachtoffer moet nemen zoals hij is, met zijn sterke en zwakke punten. Zouden de gevolgen van predisposities niet worden toegerekend, dan zou dat betekenen dat alleen de sterkere slachtoffers beschermd worden. Zij hebben immers niet de extra kwetsbaarheid die zwakkere slachtoffers wel hebben. Ten derde is uitgangspunt in het aansprakelijkheidsrecht dat letsel- en overlijdensschade concreet wordt begroot, dus afgesteld op de individuele omstandigheden van het slachtoffer. Daarmee is niet te verenigen dat de gevolgen van een predispositie niet zouden worden toegerekend.⁷

3. Toerekening van eigen schuld: het klassieke uitgangspunt en de ratio daarvan

Op grond van artikel 7:658 BW wordt eigen schuld alleen aan een werknemer toegerekend als sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid. Is dat het geval, dan vervalt de aansprakelijkheid van de werkgever volledig. Is geen sprake van opzet of bewuste roekeloosheid, dan is de werkgever voor de volledige schade aansprakelijk.⁸ Het systeem van artikel 7:658 BW gaat aldus uit van een alles-of-niets-benadering en niet van een verdeling van schade naar de maatstaven van artikel 6:101 BW. Het begrip ‘opzet of bewuste roekeloosheid’ wordt in de rechtspraak beperkt uitgelegd. Bewuste roekeloosheid wordt eerst aanwezig geacht indien de werknemer zich tijdens het verrichten van zijn onmiddellijk aan het ongeval voorafgaande gedraging, van het roekeloos karakter van die gedraging daadwerkelijk bewust is geweest.⁹ De Hoge Raad oordeelde in het arrest Pollemans/Hoondert¹⁰ dat een dergelijk bewustzijn

niet aanwezig was bij een werknemer die bij het aanbrengen van dakbedekking door de reeds aanwezige dakbedekking heen zakte en naar beneden viel, dit ondanks het feit dat de werkgever het personeel de instructie had gegeven om niet buiten de steigeronderdelen te lopen en bovendien – althans dat stelde hij – de bewuste werknemer verschillende keren had gewaarschuwd toen bleek dat hij toch buiten de steigeronderdelen om op het dak liep. De Hoge Raad achtte dit echter niet voldoende voor het aannemen van bewuste roekeloosheid, omdat niet vaststond dat de werknemer ook kort voor het ongeval wist dat hij roekeloos handelde.

Achtergrond van dit oordeel is dat een werknemer door de dagelijkse omgang met mogelijk gevaarlijke machines en/of door het dagelijks verkeren in een bepaalde werksituatie niet steeds meer de noodzakelijke voorzichtigheid in acht neemt. Een werkgever dient daarmee rekening te houden.

4. Toerekening en eigen schuld bij RSI

De ruime toerekening van letsel en de beperkte invloed van eigen schuld kan bij een ziekte als RSI tot problemen leiden. Reden daarvoor is dat deze ziekte veelal een multicausaal karakter heeft. Aan het ontstaan van RSI ligt vaak niet één oorzaak ten grondslag, maar een complex van oorzaken, die deels werkgerelateerd zijn, deels voortvloeien uit de privé-sfeer van de betrokken werknemer en deels te maken hebben met zijn persoonlijkheidsstructuur.¹¹ Hetzelfde geldt voor ziekten als burn-out, longkanker, OPS en andere ziekten die het gevolg kunnen zijn van blootstelling aan gevaarlijke stoffen, zowel op het werk als daarbuiten. Het is bij deze ziekten ook vaak een combinatie van oorzaken die ziekte teweegbrengt.¹² Zou een van de oorzaken wegvallen, dan zou er geen ziekte ontstaan.¹³

4. Zie nader A.J. Akkermans, Causaliteit bij letselschade en medische expertise, TVP 2003, p. 93-104.
5. HR 4 november 1988, NJ 1989, 751 m.nt. CJHB.
6. Zie bijv. de – tegenstrijdige – arresten van de Hoge Raad in Nuts/Hofman (1 juli 1993, NJ 1993, 667) en Vader Versluis (2 november 1979, NJ 1980, 77) en in de literatuur o.m. T. Hartlief, The tortfeasor takes the victim as he finds him. Of mag hij toch de normaal robuuste en fitte mens ten voorbeeld stellen?, TVP 2000, p. 29-30 en A.J. Akkermans, Causaliteit bij letselschade en medische expertise, TVP 2003, p. 93-104.
7. Zie voor een overzicht van deze argumenten de noot van C.J.H. Brunner onder ABP/Van Stuyvenberg (HR 4 november 1988, NJ 1989, 751).
8. HR 9 januari 1987, NJ 1987, 948 (Sweegers Beton/Van den Hout).
9. HR 20 september 1996, NJ 1997, 198 (Pollemans/Hoondert). Zie ook HR 11 september 1998, NJ 1998, 870 (Van der Wiel/Philips).
10. Genoemd in de vorige noot.
11. Zie ook het rapport van de Gezondheidsraad over RSI, Den Haag 2000/22 (www.gezondheidsraad.nl), p. 38 en p. 43-44.
12. In het vervolg zal daarom ook wel worden gesproken van ‘onzelfstandige mede-oorzaken’. Daarmee wordt dan bedoeld op meerdere oorzaken die tezamen arbeidsongeschiktheid hebben veroorzaakt, en waarbij moet worden aangenomen dat, als een van deze oorzaken had ontbroken, geen arbeidsongeschiktheid zou zijn ontstaan.
13. Dit is anders bij het causale verband tussen roken en asbestblootstelling enerzijds, en longkanker anderzijds. Longkanker kan zijn verzaakt door roken, door asbest, of door een combinatie van beide. Alleen in het laatste geval is sprake van ‘onzelfstandige mede-oorzaken’ als hiervoor bedoeld. De twee eerste mogelijkheden verhouden zich tot elkaar als alternatieve oorzaken in de zin van art. 6:99 BW. Zie over deze materie A.J. Akkermans, Proportionele aansprakelijkheid bij longkanker door asbest en/of roken, Verkeersrecht 1999, p. 193-197. Omwille van de eenvoud van mijn betoog laat ik de figuur van de alternatieve veroorzaking hier verder buiten beschouwing.

Wordt op deze ziekten de klassieke benadering van eigen schuld en predispositie toegepast, zoals hiervoor geschetst, dan is de kans reëel dat dit ertoe leidt dat de werkgever aansprakelijk wordt gehouden voor ziekteoorzaken die niet in zijn invloedssfeer liggen. Bij RSI kan dat bijvoorbeeld het thuis veel internetten zijn, bij burn-out gebeurtenissen als een echtscheiding of het moeten zorgen voor een ziek familielid en bij longkanker het roken door een werknemer. Een voorbeeld kan een en ander verduidelijken:

Een werknemster, accountmanager, verricht in het kader van haar functie veelvuldig beeldschermwerk, vaak meer dan zes uur per dag en met weinig pauzes tussendoor. Op het beeldscherm verschijnen zo nu en dan waarschuwingen van het ingebouwde softwaresysteem, inhoudende dat ze al te lang achter het scherm zit en pauze moet nemen of oefeningen doen, maar deze waarschuwingen worden door de werknemster weggeklikt. Naast haar werk is de werknemster bezig met een proefschrift. Hieraan werkt zij bijna elke avond en grote delen van haar weekend, thuis achter de computer. Op enig moment krijgt de werknemster RSI-klachten. Zij stelt dat dit door het werk komt. De werkgever legt de oorzaken van de RSI bij de werkzaamheden aan het proefschrift. Een deskundigenonderzoek brengt aan het licht dat er ook nog een derde oorzaak van invloed kan zijn. De werknemster is namelijk, door sportletsel opgelopen in haar jeugd, extra kwetsbaar voor belasting van nek- en schouderwervels.¹⁴

Aannemend dat vaststaat dat de werkgever is tekortgeschoten in zijn zorgplicht en dat zijn tekortkoming in elk geval een van de oorzaken van de RSI is, zou in de klassieke benadering worden geoordeeld dat de werkgever volledig aansprakelijk is voor de schade als gevolg van de RSI-klachten van de werknemster. Het feit dat de werknemster de waarschuwingen van het softwareprogramma wegklikt, kan wellicht worden aangemerkt als eigen schuld, maar niet als opzet of bewuste roekeloosheid in de zin van artikel 7:658 BW en is als zodanig niet van invloed op de omvang van de aansprakelijkheid. Het werken aan het proefschrift en de kwetsbaarheid voor nek- en schouderklachten worden in de klassieke opvatting gezien als predisposities die aan de werkgever moeten worden toegerekend. Het is echter de vraag – vooral waar het gaat om het werken aan het proefschrift – of dit billijk is. De werkzaamheden aan het proefschrift vallen buiten de invloedssfeer van de werkgever. De werkgever heeft geen zeggenschap daarover, kan de werknemster geen instructies geven en haar ook niet tegen eigen onvoorzichtigheid beschermen.¹⁵ Bovendien strekt de zorgplicht van de werkgever zich niet uit tot de privé-sfeer.¹⁶ Ik meen dat het dan te ver gaat om de werkgever ook de schade als gevolg van het ontstaan van RSI door de werkzaamheden aan het proefschrift te laten vergoeden.¹⁷ In de rechtspraak is deze gedachte treffend verwoord door de kantonrechter Middelburg:

‘Verondersteld mag worden dat een niet onbelangrijk aantal RSI-klachten mede ontstaat door activiteiten in de privé-sfeer. Gedacht kan worden aan de muismuis van beeldschermwerkers, die ook thuis nog uren achter de computer zitten om spelletjes te spelen en/of te internetten. De regeling van art. 7:658 BW die de strekking heeft dat de vereisten voor aan-

sprakelijkheid snel worden aangenomen en dat het debat zich concentreert op de zorgplicht van de werkgever, brengt mee dat gemakkelijk buiten beeld blijft dat de RSI-klachten mede door activiteiten in de privé-sfeer zijn ontstaan. Het is niet billijk dat de werkgever in zulke gevallen toch een volledige schadevergoeding zou moeten betalen.’¹⁸

5. Predisposities en privé-oorzaken

Ongeclausuleerde toepassing van de klassieke toerekeningsleer bergt dus bij RSI het risico in zich dat ook de gevolgen van ziekteoorzaken die buiten het werk gelegen zijn en waarop de werkgever geen invloed heeft kunnen uitoefenen, aan hem worden toegerekend. De oplossing hiervoor is ogenschijnlijk simpel, namelijk het niet toerekenen van die oorzaken aan de werkgever, maar aan de werknemer zelf, ofwel op de voet van artikel 6:98 BW ofwel op grond van artikel 6:101 BW. Zo eenvoudig is het echter niet. Er zijn namelijk ook oorzaken van RSI die buiten de invloedssfeer van de werkgever liggen, maar waarvan het toch in het algemeen redelijk wordt gevonden om die aan de werkgever toe te rekenen, namelijk de predisposities in eigenlijke zin, oftewel de fysieke of psychische kwetsbaarheden van een werknemer die maken dat hij ziek wordt op een moment waarop een andere werknemer wellicht overeind zou blijven, of die meebrengen dat een ziekte ernstiger uitvalt dan binnen de normale lijn der verwachtingen ligt. Teruggoepend naar de voorbeeldcasus kan als een zodanige predispositie worden aangemerkt de fysieke kwetsbaarheid van de werknemster die het gevolg is van sportletsel dat zij heeft opgelopen in haar jeugd.

Naar mijn mening moet in dit opzicht onderscheid worden gemaakt tussen ‘privé-oorzaken’ en ‘predisposities’. Onder het begrip ‘predispositie’ versta ik in dit verband een reeds bestaande fysieke of psychische kwetsbaarheid van een werknemer, die onderdeel is gaan uitmaken van zijn fysieke of psychische constitutie. Deze kwetsbaarheid maakt dat een ziekte sneller optreedt dan normaliter verwacht zou mogen worden of dat de gevolgen ervan ernstiger zijn dan normaal. Met het begrip ‘privé-oorzaken’ doel ik op buiten de persoonlijke constitutie gelegen omstandigheden die zich min of meer gelijktijdig voordoen met ziekmakende gebeurtenissen op het werk en die in combinatie daarmee ziekte teweegbrengen. Het onderscheid tussen privé-oorzaken en predisposities berust daarmee in de eerste plaats op een tijdsaspect – predisposities bestaan al langer en zijn deel gaan uitmaken van iemands persoonlijke constitutie – en daarnaast op het feit dat privé-oorzaken in beginsel buiten de persoonlijke constitutie gelegen omstandigheden zijn, terwijl het bij predispositie veeleer om een bepaalde aanleg

14. Deze voorbeeldcasus vertoont enige gelijkenissen met de casus waarover de kantonrechter Amsterdam zich op 13 mei 2004, JAR 2004, 123, heeft uitgesproken. Ook daarin is sprake van een accountmanager die op enig moment RSI oploopt, en wordt ook melding gemaakt van het schrijven van een proefschrift. Voor het overige is de voorbeeldcasus zuiver fictief.
15. Deze aspecten worden wel genoemd als rechtvaardiging voor de verstreckende zorgplicht van art. 7:658 BW. Zie o.m. S.D. Lindenberg, Arbeidsongevallen en beroepsziekten, Deventer 2000, p. 28-29 en HR 22 januari 1999, JAR 1999, 44 (reclasseringsmedewerker).
16. Zie HR 22 januari 1999, JAR 1999, 44 (reclasseringsmedewerker).
17. Nauwkeuriger gezegd: voorzover de schade moet worden toegerekend aan de werkzaamheden aan het proefschrift, dient zij niet voor rekening van de werkgever te worden gebracht.
18. Ktr. Middelburg 1 september 2003, JAR 2003, 269.

gaat. Privé-oorzaken van RSI zijn dan bijvoorbeeld het thuis veel internetten of spelletjes spelen op de computer, het om andere redenen, zoals een proefschrift, veel tijd doorbrengen achter de computer, en het verrichten van andere activiteiten die tot RSI kunnen leiden, zoals het op grote schaal verrichten van naaiwerk.¹⁹ Een predispositie voor RSI is een aanleg daarvoor, die ofwel aangeboren kan zijn ofwel kan zijn ontstaan door in het verleden gelegen gebeurtenissen, zoals het sportletsel in de voorbeeldcasus.

Arbeidsongeschiktheid als gevolg van privé-oorzaken dient naar mijn mening in beginsel niet en arbeidsongeschiktheid als gevolg van een predispositie in beginsel wel aan de werkgever te worden toegerekend. De reden daarvoor is vooral gelegen in het uitgangspunt dat werknemers die sneller ziek worden dan normaal of langer ziek blijven, eenzelfde bescherming moeten genieten als in fysiek en psychisch opzicht sterkere werknemers. Indien een werknemer een predispositie heeft voor RSI, is hij in die zin aan te merken als een 'zwakker' slachtoffer: hij zit nu eenmaal op een bepaalde manier in elkaar en de werkgever heeft hem, zoals volgt uit de klassieke predispositieleer, te nemen zoals hij is met zijn sterke en zwakke punten. Bij een privé-oorzaak geldt dat in mindere mate. Daarbij is geen sprake van een in de persoonlijke constitutie gelegen factor, maar van bepaalde activiteiten die de werknemer in de privé-sfeer verricht en die tot zijn overbelasting en daarmee tot RSI leiden. Anders gezegd, het gaat daarbij om gedragingen die veeleer tot de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer gerekend kunnen worden en niet als aanleg of onderdeel van de persoonlijkheidsstructuur kunnen worden gezien.

Welke gedragingen/factoren moeten worden aangemerkt als privé-oorzaken en welke als (de gevolgen van) een predispositie, zal in grensgevallen mede moeten worden bepaald aan de hand van rechtspolitieke overwegingen. Daarbij is vooral van belang, zo lijkt me, of een gedraging/factor door een werknemer beïnvloedbaar is of niet. Is dat het geval, dan is er sneller reden voor toerekening daarvan aan de werknemer zelf in plaats van de werkgever, terwijl, als een bepaalde oorzaak onlosmakelijk verbonden is met de persoon van een werknemer, toerekening aan de werkgever meer voor de hand ligt. Een voorbeeld daarvan is de verdeling van schade in het geval van longkanker die is ontstaan door (een combinatie van) roken en blootstelling aan asbest. In de rechtspraak is tot dusver in een aantal gevallen aangenomen dat alleen de schade die het gevolg is van de blootstelling aan asbest, aan de werkgever kan worden toegerekend en dat de gevolgen van het roken voor rekening van de werknemer blijven.²⁰ Een motivering waarom dat billijk wordt geacht, is daarbij niet gegeven, maar kennelijk wordt door deze rechters roken beschouwd als een gedraging waarvoor niet de werkgever maar de werknemer zelf verantwoordelijk is – een gewoonte waarmee hij mogelijk ook zou kunnen stoppen – en niet als een persoonskenmerk dat inherent is aan zijn karakter. In de literatuur zijn in dit opzicht ook wel andere opvattingen te horen. Zo is Bier van mening dat een werkgever rekening moet houden met 'normale' persoonlijke eigenschappen van werknemers, zoals roken.²¹ Zij stelt roken in dit verband op één lijn met andere gedragingen van de werknemer die naar haar mening als privé-omstandigheden kunnen worden aangemerkt, namelijk ongezond eten, laat naar bed gaan en zwanger worden.

Naar mijn mening kunnen deze vier 'gedragingen' niet zonder meer op één lijn worden gesteld. Ik zie onvoldoende reden om de

gevolgen van roken, als mede-oorzaak van een ziekte als longkanker, aan de werkgever toe te rekenen, omdat het hierbij gaat om een gewoonte die in de eigen risicosfeer van de werknemer ligt. Het gaat niet om een onvervreembare karaktereigenschap, omdat het, in elk geval in theorie, mogelijk is om met roken te stoppen. In elk geval ligt de verantwoordelijkheid hiervoor bij de werknemer, niet bij de werkgever. Voor ongezond eten en (structureel) laat naar bed gaan zou hetzelfde kunnen worden gezegd, als aangenomen zou kunnen worden dat er een duidelijke causale relatie bestaat tussen het ongezond eten enerzijds (en eventueel ook het laat naar bed gaan) en een bepaalde ziekte anderzijds. Voorzover mij bekend is de medische wetenschap nog niet zover dat dergelijke causale relaties gelegd kunnen worden en het is ook de vraag of dat ooit anders zal zijn, gelet op het feit dat de invloed van gedragingen als slecht eten en weinig slapen lastig meetbaar is. Bovendien zal zich hierbij nog meer dan bij roken de vraag voordoen in hoeverre er sprake is van door de werknemer te beïnvloeden gedragingen of eerder van aangeboren of jong aangeleerd gedrag waar niet veel meer aan te doen is.

Ook wat zwangerschap betreft, zie ik niet direct voor welke beroepsziekte zij, in combinatie met werkgerelateerde factoren, causaal zou kunnen zijn. Maar wellicht is het mogelijk dat een werkneemster door een combinatie van zwangerschap en bepaald werk langdurig rugklachten oploopt. Indien in een dergelijk geval al een causale relatie gelegd zou kunnen worden tussen de zwangerschap en de rugklachten, lijkt me niet dat de gevolgen daarvan, voorzover die gerelateerd kunnen worden aan de zwangerschap, aan de werkneemster zelf kunnen worden toegerekend. Weliswaar kan worden gezegd dat het zwanger worden in zekere mate beïnvloedbaar is (het kan in elk geval worden voorkómen), maar gelet op verschillende rechtspolitieke argumenten – het krijgen van kinderen is een wezenlijk onderdeel van het menselijk bestaan en als zodanig geen kwestie van 'eigen schuld', het toerekenen als eigen schuld van zwangerschap zou de emancipatie van vrouwen verterugzetten, en er is een maatschappelijk en economisch belang mee gemoeid dat er kinderen worden geboren en dat vrouwen/moeders betaald werk verrichten – zie ik geen reden om de gevolgen van zwangerschap als privé-oorzaak aan een werkneemster toe te rekenen. Bij zwangerschap wegen aldus rechtspolitieke argumenten zwaarder dan de vraag of sprake is van privé-oorzaken in de zin van buiten de persoon gelegen gedragingen die door een werknemer zijn te beïnvloeden en die geen onlosmakelijk onderdeel uitmaken van zijn persoonlijke constitutie. Bij de meeste andere privé-oorzaken ligt dat anders.²²

19. Blijkens onderzoek hebben naaisters en kleermakers een relatief groot risico op RSI. Zie cijfers genoemd door TNO Arbeid, *Integrale aanpak RSI*, Hoofddorp 1999, ook te vinden op www.arbeid.tno.nl (16 juli 2004).
20. Zie Ktr. Middelburg 1 februari 1999, *Verkeersrecht* 1999, 117; Ktr. Eindhoven 23 augustus 2001, *JAR* 2003, 286; Ktr. Schiedam 17 december 2002, *JAR* 2004, 9; Hof Amsterdam 18 maart 2004, *JAR* 2004, 96.
21. L. Bier, *Aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten in: Handboek personenschade* 2002, p. 2020-84, noot 1 en p. 2020-93. Zie ook A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij longkanker door asbest en/of roken*, *Verkeersrecht* 1999, p. 197.
22. Wellicht kan een vergelijking worden gemaakt met orgaandonatie. Ook dat is een privé-aangelegenheid waarvan eventuele nadelige gevolgen echter, om maatschappelijke redenen, niet alleen aan de donerende persoon zelf kunnen worden toegerekend.

Terugkerend naar RSI lijkt me dat daarbij in elk geval gezegd kan worden dat gedragingen als het thuis veel internetten, spelletjes spelen, een roman of een proefschrift schrijven in de vrije tijd, enzovoort – indien deze gedragingen in combinatie met werkgerelateerde factoren tot RSI leiden – aan de werknemer zelf moeten worden toegerekend als zijnde privé-oorzaken van RSI en niet gezien kunnen worden als een predispositie waarvan de consequenties voor rekening van de werkgever komen. Het gaat daarbij namelijk steeds om activiteiten waarop een werknemer invloed heeft, maar de werkgever niet. Gevolgen van in vroeger tijden opgelopen ziekten daarentegen, of aangeboren persoonskenmerken, moeten naar mijn mening steeds worden gezien als een predispositie. Overigens dient niet uit het oog te worden verloren dat de indeling in categorieën – predisposities en privé-oorzaken – vooral een hulpmiddel is om te beoordelen welke oorzaken van letsel wel en welke niet aan respectievelijk werkgever en werknemer moeten worden toegerekend. Bepalend is uiteindelijk, zoals ook blijkt uit de voorbeelden inzake roken en zwangerschap, of er op basis van rechtspolitieke argumenten reden is voor toerekening van een oorzaak van letsel aan de ene of de andere partij. In de meeste gevallen zullen deze rechtspolitieke argumenten meebrengen dat oorzaken die ik hiervoor heb aangeduid als privé-oorzaken, niet moeten worden toegerekend, en oorzaken die ik heb ondergebracht in de categorie ‘predispositie’, wel. Zoals blijkt uit het voorbeeld van de zwangerschap behoeft dit echter niet altijd het geval te zijn.

6. Benadering via artikel 6:98 BW of via artikel 6:101 BW

Indien uitgangspunt is dat predisposities in beginsel wel en privé-oorzaken in beginsel niet aan de werkgever dienen te worden toegerekend, is de volgende vraag in welke juridische sleutel deze problematiek moet worden gezet, in die van artikel 6:98 BW of in die van artikel 6:101 BW. Tot nog toe zijn toerekeningsvraagstukken in de meeste gevallen opgelost via artikel 6:98 BW. Reden hiervoor is dat de Hoge Raad de meeste van zijn inmiddels al weer oudere arresten over toerekening van (letsel)schade in die sleutel heeft gezet.²³ Het ging in die zaken ook steeds om typische artikel 6:98 BW-situaties, dat wil zeggen situaties waarin sprake was van letselschade als gevolg van één bepaalde oorzaak, waarbij vervolgens de schade langer duurde of verergerde als gevolg van later optredende mede-oorzaken. Toepassing van artikel 6:98 BW ligt in dit soort gevallen in de rede, omdat het dan gaat om de vraag in hoeverre schade als gevolg van die later optredende mede-oorzaken nog kan worden toegerekend aan de partij die de oorspronkelijke schade heeft veroorzaakt. Toepassing van artikel 6:101 BW is echter ook mogelijk en is ook nooit door de Hoge Raad afgekeurd. Integendeel, uit het arrest ABP/Van Stuyvenberg²⁴ kan juist worden afgeleid dat de Hoge Raad geen bezwaren heeft tegen een dergelijke toepassing.²⁵ Overigens spreekt dit eigenlijk vanzelf, omdat het niet voldoen aan de schadebeperkingsplicht door een slachtoffer ook vrijwel steeds in de sleutel van artikel 6:101 BW wordt gezet. In die zin wordt dit artikel al langere tijd gebruikt voor het toerekenen van oorzaken van letsel, of van het voortduren ervan, aan het slachtoffer.²⁶ Het artikel is tot dusver echter nog weinig gebruikt als kader voor de beoordeling van die schades waarbij van aanvang af sprake is van meerdere onzelfstandige mede-oorzaken, dat wil zeggen oorzaken die in combinatie met elkaar een bepaalde ziekte hebben veroorzaakt.²⁷ Ik acht artikel 6:101 BW daartoe ech-

ter bij uitstek geschikt, omdat het een basis biedt voor het naast elkaar zetten van verschillende mede-oorzaken en het nagaan welke van die oorzaken aan de werkgever en welke aan de werknemer moeten worden toegerekend. De keuze om een bepaalde oorzaak wel of niet toe te rekenen kan daardoor explicieter worden gemaakt dan bij artikel 6:98 BW veelal het geval is, waar het uitgangspunt is dat ofwel volledig ofwel helemaal niet wordt toegerekend.

In de literatuur is, evenals in de rechtspraak, het leerstuk van de toerekening van letselschade tot nog toe met name in de sleutel van artikel 6:98 BW gezet.²⁸ De reden daarvan is ook hier dat het vizier tot nog toe met name gericht is geweest op monocausale letselschades met ernstiger gevolgen dan verwacht door later optredende mede-oorzaken, en niet op letselschades die van aanvang af door zowel in als buiten de persoon van het slachtoffer gelegen oorzaken teweeg zijn gebracht. Alleen door Van Wassenaer van Catwijck is gepleit voor een benadering waarbij op grond van artikel 6:101 BW omstandigheden die aan de zijde van het slachtoffer liggen, aan deze worden toegerekend in plaats van op grond van artikel 6:98 BW.²⁹ Door andere schrijvers is daarop kritisch gereageerd. Deze kritiek betrof echter niet zozeer de voorgestelde toepassing van artikel 6:101 BW, als wel het feit dat Van Wassenaer heeft voorgesteld om niet alleen buiten de persoonlijke constitutie gelegen omstandigheden als eigen schuld aan een slachtoffer toe te rekenen, maar ook een bijzondere kwetsbaarheid of vatbaarheid voor schade. De meeste andere schrijvers hebben opgemerkt dat een slachtoffer daardoor in een te nadelige positie wordt gebracht.³⁰

Naar mijn mening is de toepassing van artikel 6:101 BW, zoals voorgesteld door Van Wassenaer, de meest passende juridische benadering. De vraag luidt dan welke mede-oorzaak wél, en welke niet aan de benadeelde moet worden toegerekend in de zin van dat artikel. Zoals opgemerkt in de vorige paragraaf dient een bijzondere kwetsbaarheid in mijn optiek in het algemeen wel aan

23. Vgl. HR 9 juni 1972, NJ 1972, 360 m.nt. GJS (neurotische depressie); HR 21 maart 1975, NJ 1975, 372 m.nt. GJS (coronaire trombose); HR 8 februari 1985, NJ 1986, 137 m.nt. CJHB (Henderson/Gibbs); HR 4 november 1988, NJ 1989, 751 m.nt. CJHB (ABP/Van Stuyvenberg).
24. HR 4 november 1988, NJ 1989, 751.
25. In dit arrest oordeelde de Hoge Raad weliswaar dat het hof ten onrechte de persoonlijkheidsstructuur van Baaren en de moeilijkheden in zijn privé-leven als eigen schuld aan Baaren had toegerekend, maar niet dat het hof dit ten onrechte op grond van art. 6:101 BW had gedaan in plaats van op grond van art. 6:98 BW.
26. Zie uitgebreid A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht. Over eigen schuld aan de omvang van de schade* (diss. Groningen), 2003, p. 42 e.v.
27. Zie ook noot 12.
28. Zie bijv. J.H. Nieuwenhuis, *Een neurotische behoefte aan schadevergoeding*, *Ars Aequi* 1985, p. 417-421 (met uitzondering van bijzondere gevallen); C.J.H. Brunner, noot bij ABP/Van Stuyvenberg (HR 4 november 1988, NJ 1989, 751) en A-G Asser in zijn conclusie bij ABP/Van Stuyvenberg.
29. A.J.O. baron van Wassenaer van Catwijck, *Nieuwe ontwikkelingen op het stuk van aansprakelijkheid van artsen voor beroepsfouten*, *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 1983, p. 16-22, op p. 20. Zie ook dezelfde in *Eigen schuld* (diss. Leiden), 1971, p. 213 e.v.
30. Zie D.H.M. Peeperkorn, *Juridische causaliteit: redelijk en adequaat?*, in: *Medische en juridische causaliteit. Inleidingen LSA 1990, Lelystad 1990*, p. 1-31, op p. 24 en J.H. Nieuwenhuis, *Een neurotische behoefte aan schadevergoeding*, *Ars Aequi* 1985, p. 417-421, op p. 421. Het is overigens de vraag of Van Wassenaer op deze wijze kan worden weggezet als slachtofferonvriendelijk, nu hij juist ook beoogde te voorkomen dat een slachtoffer met lege handen naar huis gaat doordat een bepaalde schade geheel niet wordt toegerekend, zoals in het arrest *Vader Versluis*. Zie A.J.O. baron van Wassenaer van Catwijck, *Nieuwe ontwikkelingen op het stuk van aansprakelijkheid van artsen voor beroepsfouten*, *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 1983, p. 16-22, op p. 20.

de werkgever te worden toegerekend. Bij wat ik heb aangeduid als privé-oorzaken van RSI is dat anders. De gevolgen daarvan kunnen mijns inziens het beste aan de werknemer zelf worden toegerekend. Wel dient daarbij steeds een scherp onderscheid te worden gemaakt tussen gebeurtenissen die gezamenlijk een bepaalde ziekte hebben veroorzaakt – hiervoor ook wel aangeduid als onzelfstandige mede-oorzaken – en gebeurtenissen waarvan de ene tot uitval wegens ziekte heeft geleid en de andere de ziekte vervolgens heeft doen verergeren of langer heeft doen voortbestaan dan verwacht, óf waarbij de ene gebeurtenis een werknemer reeds kwetsbaar heeft gemaakt, waarna de andere gebeurtenis de ziekte definitief heeft doen intreden. De omvang van de schade kan namelijk verschillen afhankelijk van wat er precies is gebeurd en in welke volgorde. De wijze van verdeling van de schade, bijvoorbeeld aan de hand van een percentage of aan de hand van het bepalen van de looptijd ervan, dient daaraan te worden aangepast.

Om terug te komen op de in paragraaf 4 geschetste casus: het had ook zo kunnen zijn dat de werknemster was uitgevallen tijdens een periode waarin zij voornamelijk met haar reguliere werk bezig was en niet met haar proefschrift. Vervolgens had nog een andere ziekteoorzaak kunnen optreden, bijvoorbeeld een sterfgeval in de familie, waardoor de werknemster langer ziek is gebleven dan in de rede had gelegen als zij alleen RSI had gehad (variant 2). Het werk lijkt dan *condicio sine qua non* te zijn geweest voor het ontstaan van de RSI, maar het sterfgeval in de familie heeft de klachten langer doen duren of in ernst doen toenemen.³¹ Een andere variant is dat de werknemster RSI heeft gekregen enkele maanden nadat zij, na een periode dag en nacht aan het proefschrift te hebben gewerkt en dit te hebben afgerond, haar reguliere werk weer had hervat. Zij was dan wellicht al overbelast door het afronden van het proefschrift, maar het staat niet vast dat zij ook RSI had gekregen als zij daarna niet ook tijdens haar reguliere werk was overbelast (variant 3).

In al deze gevallen kan aan de hand van het leerstuk dat is neergelegd in artikel 6:101 BW, worden nagegaan welke omstandigheden wel en welke niet aan de werknemster of de werkgever moeten worden toegerekend.³² De uiteindelijke verdeling van de schade zal echter niet hetzelfde zijn. In variant 1 (de in par. 4 geschetste casus) ligt het voor de hand om een bepaald percentage van de schade aan de werknemster toe te rekenen en een bepaald percentage aan de werkgever afhankelijk van de mate waarin de overbelasting thuis en de overbelasting op het werk geacht moeten worden aan de ziekte van de werknemster te hebben bijgedragen. In variant 2 (uitval door het werk, langer ziek door sterfgeval in de familie) ligt het meer voor de hand om de werkgever in beginsel aansprakelijk te houden voor de volledige schade, maar de looptijd ervan te bekorten omdat de werknemster waarschijnlijk op enig moment hoe dan ook zou zijn uitgevallen als gevolg van het sterfgeval in de familie. Een verdeling aan de hand van percentages ligt dan minder voor de hand. In variant 3 ten slotte (overbelast door het proefschrift, maar pas uitgevallen door het werk) lijken beide benaderingen – verdeling ‘eigen schuld’ aan de hand van een percentage of beperking van de looptijd van de schade – mogelijk. Daarbij zal vooral belang toekomen aan de vraag of de werknemster, het werk weggedacht, ook op enig moment ziek zou zijn geworden of niet.³³

Over deze varianten en de beste benadering ervan valt uiteraard nog veel meer te zeggen.³⁴ Op deze plaats is het vooral van belang

om te benadrukken dat elke casus op zijn eigen merites moet worden beoordeeld en dat zo precies mogelijk moet worden nagegaan wat de feitelijke situatie van de betrokken werknemer is en hoe deze geweest zou zijn als één of meer schadeveroorzakende gebeurtenissen zich niet hadden voorgedaan.³⁵ Aan de hand daarvan kan de exacte schade worden bepaald. Dit kan op zich zowel in het kader van artikel 6:101 BW als in het kader van artikel 6:98 BW, zij het dat artikel 6:101 BW mijns inziens de voorkeur verdient omdat dat kader geschikter lijkt om de verschillende schadeoorzaken expliciet tegen elkaar af te wegen dan het kader van artikel 6:98 BW.

7. Eigen schuld en artikel 7:658 BW

Een vraag die nog openstaat na het voorgaande, is of een benadering waarbij privé-oorzaken van RSI aan de werknemer zelf worden toegerekend, wel mogelijk is in het kader van artikel 7:658 BW, nu het tweede lid van dit artikel bepaalt dat eigen schuld alleen aan de werknemer kan worden toegerekend als deze ‘in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer’. Bij privé-oorzaken zal immers in de regel geen sprake zijn van opzet of bewuste roekeloosheid. Ik meen dat een dergelijke wijze van toerekenen niettemin mogelijk is, namelijk door het begrip ‘eigen schuld’ in artikel 7:658 BW zo uit te leggen dat hieronder alleen mede-oorzaken vallen die ‘in de uitoefening van de werkzaamheden’ zijn gelegen, en dus niet *buiten* het werk liggende oorzaken. Deze tweede soort oorzaken kan dan eventueel aan de werknemer worden toegerekend, terwijl eigen schuld op het werk nog steeds alleen van invloed is op de aansprakelijkheid van de werkgever als sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid. Deze uitleg komt mijns inziens niet in strijd met de beperking van het beroep op eigen schuld in artikel 7:658 BW, omdat het artikel en de beperking betrekking hebben op eigen schuld in de werksfeer. De gedachte erachter is immers dat veel arbeidsongevallen en beroepsziekten mede het gevolg zijn van het feit dat de werknemer in de

31. Er is in dat geval natuurlijk niet alleen sprake van RSI, maar ook van psychische ziekte.

32. Formeel gesproken kan art. 6:101 BW alleen worden toegepast als sprake is van vastgestelde mede-oorzaken die alle *condicio sine qua non* zijn voor de schade. Bij variant 2 en 3 staat niet zonder meer vast dat hiervan sprake is. Het is in theorie ook mogelijk dat slechts één van de mogelijke oorzaken *condicio sine qua non* is. In de literatuur is ervoor gepleit om in dit soort gevallen art. 6:101 BW *analooq* toe te passen. Deze benadering neem ik hier over. Zie A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband* (diss. Tilburg), 1997, p. 96 e.v. en dezelfde in *Proportionele aansprakelijkheid bij longkanker door asbest en/of door roken*, *Verkeersrecht* 1999, p. 193-197, op p. 194 en noot 22.

33. In een enigszins met deze variant overeenkomende casus is uitspraak gedaan door het Hof Den Haag 3 september 2003, Prg. 2003, 6119. Een werknemer was daarin overspannen geraakt door een arbeidsconflict en kreeg twee maanden daarna een auto-ongeval waardoor hij verschillende klachten ontwikkelde. Het hof rekende 30% van de schade toe aan de werknemer zelf, als zijnde het gevolg van het arbeidsconflict, en 70% aan de veroorzaker van het verkeersongeval. Deze benadering oogt enigszins willekeurig omdat niet vaststond dat de werknemer ook arbeidsongeschikt zou zijn gebleven als het auto-ongeval niet had plaatsgevonden. Het had daarom wellicht meer voor de hand gelegen om na te gaan hoe lang de overspannenheidsklachten van de werknemer geduurd zouden hebben zonder auto-ongeval en het daarmee corresponderende deel van de schade aan de werknemer toe te rekenen in plaats van een korting van 30% toe te passen op de gehele schadeomvang.

34. Zie hierover ook A.J. Akkermans, *Causaliteit bij letselschade en medische expertise*, TVP 2003, p. 93-104.

35. Daarvoor zal vrijwel steeds deskundigenonderzoek noodzakelijk zijn. Zie daarover ook het artikel van Akkermans, genoemd in de vorige noot.

dagelijkse routine niet steeds de vereiste voorzichtigheid in acht neemt. Zou dit aan hem tegengeworpen kunnen worden, dan zou hij veel van de bescherming van artikel 7:658 BW verliezen. Deze ratio geldt echter niet voor letsel dat mede is veroorzaakt door privé-omstandigheden. Gezegd kan worden dat deze (privé-)omstandigheden buiten het kader van artikel 7:658 BW vallen en daarom wel voor rekening van de werknemer gebracht kunnen worden. In feite is dan sprake van een beperking van de beperking van het eigen-schuld-verweer in artikel 7:658 BW in die gevallen waarin het letsel meerdere niet alleen werkgerelateerde oorzaken heeft, zoals nogal eens het geval is bij RSI.³⁶

Zoals gezegd is deze benadering in de (lagere) rechtspraak reeds een aantal keren toegepast in gevallen waarin een werknemer longkanker had opgelopen door (een combinatie van) blootstelling aan asbeststof op het werk en roken,³⁷ en is ook in een RSI-zaak door een lagere rechter aangegeven dat hij een dergelijke toepassing van artikel 6:101 BW billijk zou vinden in geval de RSI-klachten van de werknemer mede het gevolg zouden zijn van activiteiten van de werknemer in de privé-sfeer.³⁸ Overigens nam de rechter in de betreffende zaak geen eigen schuld van de werknemer aan, omdat de werknemer, naar het oordeel van de rechter, de stellingen van de werkgever, inhoudende dat de RSI het gevolg was van het verbouwen door de werknemer van zijn woning en van een handel in deuren waarmee hij zich zou bezighouden, voldoende had weerlegd.³⁹

In een andere zaak, waarin een werkgever had gesteld dat de RSI-klachten van een werknemster niet alleen het gevolg waren van het werk, maar mede van het werken aan een proefschrift door de werknemster, verwierp de rechter dit verweer met de overweging dat (a) dit geenszins was komen vast te staan, en (b) het niet was gebleken en ook niet waarschijnlijk was, gelet op de schaarse vrije tijd die de werknemster overhield naast de lange werkweken die zij voor haar werkgever maakte, dat het werken aan het proefschrift was te beschouwen als opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemster.⁴⁰ Deze benadering acht ik niet geheel juist omdat, zoals hiervoor betoogd, het werken aan een proefschrift in de eigen tijd van een werknemer naar mijn mening nu juist wel kan worden beschouwd als een oorzaak van RSI die aan de werknemer zelf kan worden toegerekend, omdat sprake is van een buiten het werk gelegen oorzaak, zodat niet relevant is of sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid. Wel dient, alvorens aan het vraagstuk van toerekening wordt toegekomen, natuurlijk te worden vastgesteld dat het werken aan het proefschrift *condicio sine qua non* is geweest voor het ontstaan van de RSI. Kennelijk vond de kantonrechter in deze zaak dat dit niet het geval was, alleen al niet omdat de werknemster vanwege haar lange werkweken hoe dan ook maar weinig tijd aan het proefschrift had kunnen besteden. De kantonrechter had de zaak dan echter op dit punt kunnen afdoen en had de overweging over opzet of bewuste roekeloosheid achterwege kunnen laten.⁴¹

In mijn voorbeeldcasus ten slotte zou, gelet op het voorgaande, de beperking van de invloed van eigen schuld tot opzet of bewuste roekeloosheid niet van toepassing moeten zijn op het werken aan het proefschrift door de werknemster, maar wel op het weggelijken door de werknemster van de opdrachten van het anti-RSI-softwareprogramma. Bij dat laatste is namelijk sprake van eigen schuld in het kader van de werkzaamheden. Deze eigen schuld behoort echter niet aan de werknemster te worden toegerekend, omdat

deze niet kan worden aangemerkt als opzet of bewuste roekeloosheid. Juist voor het soort gedragingen als het weggelijken van een softwareprogramma geldt namelijk dat de werkgever op grond van artikel 7:658 BW ook gehouden is om een werknemer te beschermen tegen de gevolgen van onvoorzichtigheid op het werk, waaronder onvoorzichtigheid in de vorm van het zichzelf overbelasten door onvoldoende pauzes te nemen.⁴²

8. Conclusie

Een ongeclausuleerde toepassing van de klassieke toerekeningsleer, waarbij, als de aansprakelijkheid van de werkgever eenmaal vaststaat, wordt aangenomen dat die aansprakelijkheid zich ook uitstrekt tot schade als gevolg van andere oorzaken, en deze andere oorzaken alleen in beperkte mate bij de werknemer zelf in rekening kunnen worden gebracht als kan worden aangenomen dat zij de looptijd van de schade zouden hebben bekort, voldoet niet bij multicausale ziekten als RSI, burn-out en longkanker. Beter is een benadering waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen predisposities, waarvan de gevolgen in beginsel wel voor rekening van de werkgever komen, en privé-oorzaken, waarbij dat in beginsel niet het geval is. Toepassing van artikel 6:101 BW ligt daarbij meer in de rede dan toepassing van artikel 6:98 BW, omdat artikel 6:101 BW een overzichtelijker kader biedt voor het tegen elkaar afwegen van mede-oorzaken dan artikel 6:98 BW. Toerekening aan de werknemer van privé-oorzaken van RSI en andere multicausale ziekten behoeft niet in strijd te komen met de beperking van het eigen-schuld-verweer tot opzet of bewuste roekeloosheid in artikel 7:658 BW, omdat deze beperking geacht moet worden alleen betrekking te hebben op eigen schuld in het kader van de werkzaamheden, en niet op eigen schuld in de betekenis van buiten het werk gelegen oorzaken van een bepaalde ziekte.

*Mw. mr. M.S.A. Vegter, onderzoeker Vrije Universiteit Amsterdam
en advocaat Kennedy Van der Laan Amsterdam*

36. Deze benadering is door verschillende auteurs bepleit voor ziekten waarbij sprake kan zijn van een samenloop van werkgerelateerde en niet-werkgerelateerde oorzaken (naast psychische ziekten bijv. ook RSI en mesotheliom). Vgl. o.a. A.J. Akkermans, Proportionele aansprakelijkheid bij longkanker door asbest en/of roken, *Verkeersrecht* 1999, p. 193-197; Y.R.K. Waterman, De aansprakelijkheid van de werkgever voor psychische schade van de werknemer, *Arbeid Integraal* 2000, p. 86-90; Chr.H. van Dijk, *Werkgeversaansprakelijkheid, een stand van zaken*, TVP 2002, p. 7-8.
37. Zie o.m. Ktr. Middelburg 1 februari 1999, *Verkeersrecht* 1999, 117; Ktr. Eindhoven 23 augustus 2001, *JAR* 2003, 286; Ktr. Schiedam 17 december 2002, *JAR* 2004, 9; Hof Amsterdam 18 maart 2004, *JAR* 2004, 96.
38. Ktr. Middelburg 1 september 2003, *JAR* 2003, 269.
39. Zie onder 6.1 tot en met 6.3 van de uitspraak.
40. Ktr. Amsterdam 13 mei 2004, *JAR* 2004, 123, overweging 23.
41. Door de kantonrechter werd ook nog opgemerkt dat het werken aan het proefschrift wellicht was geënthousiasmeerd door de werkgever. Ook als dat zo zou zijn, zou dat naar mijn mening nog niet betekenen dat daarmee geen sprake meer zou zijn van een aan de zijde van de werknemster gelegen factor. Alleen enthousiasme van de werkgever lijkt me onvoldoende om de gevolgen van een bepaalde privé-activiteit aan de werkgever toe te rekenen. Dit zou anders kunnen liggen als de werkgever bijvoorbeeld ook financieel aan de activiteit zou hebben bijgedragen, de voortgang ervan zou hebben bijgehouden, en het privé-werk duidelijk van belang zou zijn geweest voor het reguliere werk.
42. Het installeren van anti-RSI-programmatuur is daarmee natuurlijk niet overbodig, omdat het wel een aanwijzing vormt dat de werkgever invulling geeft aan zijn zorgplicht ter voorkoming van RSI.