

daarom verstrekt aan het bevoegd gezag en zijn de regels zoals die volgens de Regeling en haar toelichting gelden voor het primair onderwijs hier toepasselijk. In de toelichting op de Regeling en in de Richtlijn van de PO-raad en VO-raad is uitdrukkelijk bepaald dat het bevoegd gezag in het primair onderwijs op grond van artikel 6.15 cao PO over de precieze inzet en verdeling van de voor arbeidsmarkttoelagen beschikbare middelen afspraken dient te maken met het personeelsdeel van de gemeenschappelijke medezeggenschap (de PGMR). Daarmee staat vast dat het instemmingsrecht ter zake van het besluit tot verdeling van de arbeidsmarkttoelage op grond van de Regeling in dit geval toekomt aan de (gemeenschappelijke) PMR. Dat de PDR meent dat artikel 6.15 cao PO niet voor het onderhavig geval is bedoeld omdat de voorwaarden voor toekenning van de arbeidsmarkttoelage in de toelichting op de Regeling dwingend zijn voorgeschreven, leidt niet tot een ander oordeel. Uit de toelichting bij de Regeling volgt immers dat het de bedoeling is dat de onder 3.3 aangehaalde Richtlijn van de PO-raad en VO-raad wordt gevolgd. Daarin is uitdrukkelijk de keuze gemaakt om artikel 6.15 cao PO wel van toepassing te laten zijn.

5.7. Het voorgaande leidt tot de slotsom dat de Commissie terecht heeft geoordeeld dat aan de PDR in dit geval geen instemmingsrecht toekomt en dat de PDR daarom niet-ontvankelijk was in haar verzoek. De overige door de PDR aangevoerde gronden behoeven daarom geen bespreking. Het beroep van de PDR slaagt om dezelfde reden niet en haar verzoek zal dan ook worden afgewezen.

6. De beslissing

De Ondernemingskamer:
wijst het verzoek van de PDR af.

237

Bedrijfsarts heeft onvoldoende belang bij handhaven verschoningsrecht

Gerechtshof Den Haag
23 mei 2023, nr. 200.293.714/01,
ECLI:NL:GHDHA:2023:1186
(mr. Ruizeveld, mr. Van der Ven, mr. Van
Coevorden)
Noot mr. S.K. Schreurs

Geheimhoudingsplicht. Beroepsgeheim. Behandelrelatie. Getuigenverhoor.

[BW art. 7:457; Rv art. 165 lid 2 aanhef en onder b; Arboret art. 14 lid 7]

De werkneemster is in de jaren 2013-2016 geregeld afwezig in verband met ziekte. De bedrijfsarts adviseert op 23 juni 2016 dat zij met ingang van week 28 weer volledig inzetbaar is. Op 29 juni 2016 neemt de werkneemster voor 0,6 fte ontslag. De werkneemster houdt de werkgever aansprakelijk voor de inkomensschade die zij door de partiële ontslagname heeft geleden. Het hof wijst in een tussenarrest de primaire grondslag, een beroep op art. 7:611 BW, af (ECLI:NL:GHDHA:2022:2395). De werkneemster legt subsidiair aan haar vordering ten grondslag dat de bedrijfsarts onzorgvuldig heeft gehandeld. Volgens de werkneemster adviseerde de bedrijfsarts haar ontslag te nemen voor 0,6 fte, lichte hij haar onjuist voor over de partiële ontslagname en verklaarde hij haar zonder deugdelijk onderzoek hersteld. Tijdens het getuigenverhoor beroept de bedrijfsarts zich op zijn functioneel verschoningsrecht ten aanzien van alle vragen die op de arts-patiëntrelatie betrekking hebben. De werkneemster geeft de bedrijfsarts toestemming om alle informatie die onder het beroepsgeheim valt met het hof te delen. Het hof is primair van oordeel dat de vragen aan de bedrijfsarts vallen onder de uitzondering van art. 14 lid 7 Arboret, waar de geheimhoudingsplicht van de bedrijfsarts geen betrekking op heeft. Ook als de vragen niet onder de uitzondering zouden vallen, geldt dat het beroepsgeheim in dit geval niet absoluut is en dat er een belangenafweging moet plaatsvinden. Daarbij geldt

dat er geen sprake was van een behandelrelatie. De werknemster heeft zich immers niet vrijwillig bij de bedrijfsarts gemeld, maar was verplicht te verschijnen. Dat het in deze procedure gaat om de vraag of de bedrijfsarts adviezen aan de werknemster heeft gegeven maakt nog niet dat sprake was van een behandelrelatie. De bedrijfsarts stelt dat hij zich te allen tijde vrij moet kunnen voelen om zijn beroep uit te oefenen, gelet ook op de omstandigheid dat hij zich in een spanningsveld bevindt tussen de werkgever en de werknemer. Dit algemene en generieke belang weegt minder zwaar dan het belang van de werknemster tot waarheidsvinding. Daarbij wordt meegewogen dat de bedrijfsarts wel met toestemming van de patiënt gegevens met derden mag delen. Het eventuele belang van de bedrijfsarts om zich met een beroep op het verschoningsrecht vrij te pleiten van aansprakelijkheid, leidt niet tot een ander oordeel. De bedrijfsarts komt geen verschoningsrecht toe.

NB. De geheimhoudingsplicht van de bedrijfsarts is op verschillende plekken in de wet terug te vinden. Art. 88 BIG bevat een geheimhoudingsplicht ten aanzien van al datgene wat de bedrijfsarts bij het uitoefenen van zijn beroep als geheim is toevertrouwd of waarvan hij het vertrouwelijk karakter heeft moeten begrijpen. Op grond van art. 7:457 BW mag een bedrijfsarts geen gegevens over een zieke werknemer aan derden verstrekken zonder diens instemming. Beide geheimhoudingsplichten zijn volgens het hof niet absoluut. Verder bepaalt art. 14 lid 7 Arbowet kortgezegd dat – in afwijking van art. 7:457 BW – een bedrijfsarts wel informatie over de zieke werknemer aan de werkgever mag verstrekken om het recht op loondoorbetaling vast te kunnen stellen en om aan de re-integratieverplichtingen te kunnen voldoen.

[Appellante] te [woonplaats],
appellante,
hierna te noemen: [appellante],
advocaat: mr. A.B.B. Beelaard te Den Haag,
tegen
Stichting voor Praktijkonderwijs Dordrecht te Dordrecht,
verweerster in hoger beroep,
advocaat: mr. J.W. Janse-Velema te Woerden.

De zaak en het zaaksverloop in het kort

Voor een overzicht van de feiten en het procesverloop verwijst het hof naar zijn tussenarrest van 6 december 2022. In het kort is de zaak als volgt.

a. [appellante] heeft bij brief van 29 juni 2016, terwijl zij toen ziek was, haar arbeidsovereenkomst met de Stichting voor 0,6 fte opgezegd om voor 0,4 fte bij een andere werkgever in dienst te treden. Zij heeft kort daarna – nog voor zij daadwerkelijk was gestart – die nieuwe arbeidsovereenkomst ook opgezegd. [appellante] is voor 0,4 fte bij de Stichting blijven werken en is in [datum 1] 2018 volledig uitgevallen wegens ziekte.

[appellante] houdt de Stichting aansprakelijk voor de schade die zij door de partiele ontslagname voor 0,6 fte heeft geleden. Deze bestaat volgens [appellante] uit gemiste loon(door)betaling over de periode 1 augustus 2016 tot 9 mei 2018 (dus vanaf de partiele ontslagname tot de datum van het verkrijgen van een WIA-uitkering).

[appellante] heeft primair aan haar vordering ten grondslag gelegd dat de Stichting in strijd heeft gehandeld met art. 7:611 BW. Deze grondslag heeft het hof in zijn tussenarrest afgewezen.

[appellante] heeft subsidiair aan haar vordering ten grondslag gelegd dat bedrijfsarts [bedrijfsarts] (hierna: de bedrijfsarts of [bedrijfsarts]) jegens haar niet heeft gehandeld met de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend bedrijfsarts verwacht had mogen worden en dat de Stichting ingevolge art. 6:76 BW voor dit handelen van de bedrijfsarts aansprakelijk is. Volgens [appellante] heeft de bedrijfsarts haar geadviseerd ontslag te nemen voor 0,6 fte en in navolging daarvan heeft zij daadwerkelijk per [datum 2] 2016 voor 0,6 fte ontslag genomen. Verder heeft de bedrijfsarts [appellante] onjuist voorgelicht over de partiele ontslagname en is zonder deugdelijk onderzoek tot herstelverklaring overgegaan. Hij had moeten en kunnen weten dat er met ingang van [datum 2] 2016 nog geen sprake kon zijn van volledig herstel.

Het hof heeft in zijn tussenarrest geoordeeld dat de aan de bedrijfsarts gemaakte verwijten – gelet op het gemotiveerde verweer van de Stichting – op basis van de door [appellante] overgelegde stukken onvoldoende aannemelijk zijn geworden. [appellante] heeft echter bewijs aangeboden van haar stelling en het hof heeft haar daarom in de gelegenheid gesteld te bewijzen dat:

– [appellante] de bedrijfsarts advies heeft gevraagd over het al dan niet nemen van deeltijd ontslag;

– de bedrijfsarts haar heeft geadviseerd ontslag te nemen voor 0,6 fte, dan wel heeft nagelaten haar dit te ontraden, terwijl dit in de gegeven omstandigheden van een redelijk handelend, redelijk bekwaam bedrijfsarts had mogen worden verwacht;

– de bedrijfsarts heeft nagelaten haar erop te wijzen dat een dag minder werken en voor 0,4 fte elders gelijke werkzaamheden verrichten geen oplossing voor haar medische klachten zou zijn, terwijl dit in de gegeven omstandigheden van een redelijk handelend, redelijk bekwaam bedrijfsarts had mogen worden verwacht; en/of

– haar ten onrechte zonder deugdelijk onderzoek heeft hersteld gemeld.

en verdere iedere beslissing aangehouden.

[appellante] heeft [bedrijfsarts] als getuige opgeroepen. De advocaat van [bedrijfsarts] heeft bij brief aan het hof van 6 maart 2023 bericht dat [bedrijfsarts] zich zal beroepen op zijn functioneel verschoningsrecht. Mr. Beelaard heeft bij e-mail van 8 maart 2023 bericht dat [appellante] reeds op voorhand maar ook ter zitting toestemming geeft aan [bedrijfsarts] om alle informatie (haar betreffende) die onder het beroepsgeheim valt, met het hof te delen.

Ter gelegenheid van het getuigenverhoor op 14 maart 2023 heeft de advocaat van [bedrijfsarts] herhaald dat [bedrijfsarts] zijn beroep op het verschoningsrecht handhaaft ten aanzien van alle vragen die op de arts-patiëntrelatie betrekking hebben. Ook [appellante] heeft herhaald dat [bedrijfsarts] alles mag vertellen en zich niet ten opzichte van haar aan het beroepsgeheim hoeft te houden.

De raadsheer-commissaris heeft aan [bedrijfsarts] als getuige gevraagd:

– of hij met [appellante] heeft gesproken over het nemen van ontslag bij de Stichting;

– of hij [appellante] op enig moment beter heeft gemeld, en

– of hij [appellante] heeft onderzocht voorafgaand van de betermelding.

Op deze vragen heeft [bedrijfsarts] geweigerd te antwoorden met een beroep op zijn verschoningsrecht.

i. Mr. Beelaard heeft [bedrijfsarts] als getuige gevraagd;

– of hij nog weet waar zijn oordeel van het herstel van [appellante] op gebaseerd was;

– of het beloop van de klachten van [appellante] sinds het daarvoor gelegen spreekuurcontact in de rapportage vermeld had moeten worden.

Ook op deze vragen heeft [bedrijfsarts] geweigerd te antwoorden met een beroep op zijn verschoningsrecht.

Vervolgens heeft mr. Beelaard verklaard dat hij nog meer vragen voor de getuige heeft maar uit de houding van [bedrijfsarts] opmaakt dat het verder stellen van vragen niet zinvol is. [appellante] volhardt bij het laten horen van [bedrijfsarts] als getuige en heeft om een beslissing van het hof verzocht ten aanzien van het beroep van [bedrijfsarts] op een verschoningsrecht.

Beoordeling

1. [bedrijfsarts] heeft aangevoerd dat hem een beroep toekomt op het functioneel verschoningsrecht ten aanzien van alle feiten en omstandigheden die hem in zijn hoedanigheid van arts zijn meegedeeld en die gelden als aan hem te zijn toevertrouwd. Dit geldt dus voor alle vragen die de relatie arts-patiënt betreffen. De ontheffing van [appellante] ten aanzien van de geheimhoudingsplicht staat er niet aan in de weg dat hem nog altijd een beroep op het verschoningsrecht toekomt. Een bedrijfsarts moet zich te allen tijde vrij kunnen voelen om zijn beroep uit te oefenen. De bedrijfsarts bevindt zich in een spanningsveld tussen de werkgever enerzijds en de werknemer anderzijds. Voor het opzijzetten van het verschoningsrecht moet er sprake zijn van bijzondere omstandigheden. Die zijn niet aanwezig. De waarheidsvinding in het kader van een aansprakelijkheidsprocedure is geen bijzondere omstandigheid die het opzijzetten van het verschoningsrecht rechtvaardigt (zie ECLI:NL:RBAMS:2015:8556).

2. Het hof overweegt als volgt. Ingevolge art. 165 lid 2, aanhef en onder b. Rv beoordeelt de rechter of er grond bestaat voor het aanvaarden van een functioneel verschoningsrecht voor degene die een geheimhoudingsplicht heeft uit hoofde van zijn ambt, beroep of betrekking, over hetgeen hem in die hoedanigheid is toevertrouwd. De grondslag van het verschoningsrecht is gelegen in het in Nederland geldende algemeen rechtsbeginsel dat bij zodanige vertrouwenspersonen (aan wie het verschoningsrecht toekomt) het maatschappelijk belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, moet wijken voor het maatschappelijk belang dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene

om bijstand en advies tot hen moet kunnen wenden. Ontslag van de geheimhoudingsplicht door de betrokkene(n) doet het verschoningsrecht niet vervallen. De rechter heeft een marginaal toetsingsrecht (ECLI:NL:HR:1985:AC9066).

3. Een bedrijfsarts heeft ingevolge artikel 88 BIG een geheimhoudingsplicht ten aanzien van al datgene wat hem bij het uitoefenen van zijn beroep als geheim is toevertrouwd of waarvan hij het vertrouwelijk karakter moest begrijpen. Ook artikel 7:457 BW voorziet in een geheimhoudingsplicht voor de bedrijfsarts (ingevolge het bepaalde in art. 7:464 BW dat de bewuste afdeling 5 van Boek 7 inzake de geneeskundige behandelingsovereenkomst van toepassing verklaart op andere geneeskundige handelingen).

4. In de onderhavige kwestie is de bedrijfsarts door de Stichting ingeschakeld voor het adviseren bij de begeleiding van haar werknemers die door ziekte niet in staan zijn hun arbeid te verrichten (art. 14 lid 1 aanhef, en onder b. Arbeidsomstandighedenwet, hierna: *Arbowet*). Ingevolge artikel 14 lid 7 *Arbowet* geldt de geheimhoudingsplicht zoals genoemd in artikel 7:457 BW niet voor het geval er sprake is van een consult door de bedrijfsarts in het kader van een verzuimspreekuur waarbij de bedrijfsarts beoordeelt of er sprake is van medische beperkingen voor de bedongen arbeid. In dat kader mag de bedrijfsarts noodzakelijke gegevens in het kader van de ziekteverzuimbegeleiding aan de werkgever doorgeven. Ook mag de bedrijfsarts met toestemming van de patiënt gegevens aan derden verstrekken (zie ook de KNMG-richtlijn *Omgaan met medische gegevens* d.d. 22 september 2022). Dit betekent naar het oordeel van het hof dat de geheimhoudingsplicht van de bedrijfsarts – ongeacht of die gebaseerd is op art. 88 BIG of art. 7:457 BW – niet absoluut is en door zijn hoedanigheid (bedrijfsarts die handelt in opdracht van de werkgever) en door de aard van zijn werkzaamheden (verzuimcontrole), in relatie tot de patiënt, wordt ingekleurd en afgebakend (vgl. Hof Amsterdam 16 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:515).

5. [appellante] wil [bedrijfsarts] vragen stellen naar niet meer dan zijn werkzaamheden in het kader van een of meer (voor haar verplichte) consulten in het kader van verzuimcontrole zoals die vallen onder de advisering als bedoeld in art. 14 lid 1 aanhef, en onder b. *Arbowet*. Gelet op hetgeen hierover onder 4. is overwogen is het hof primair van oordeel dat die vragen zien op het

door art. 14 lid 7 *Arbowet* uitgezonderde domein waar de geheimhoudingsplicht van de bedrijfsarts zich niet toe uitstrekt. [bedrijfsarts] kan zich daarom niet op een functioneel verschoningsrecht beroepen.

6. Maar ook als zou moeten worden geoordeeld dat de vragen geen betrekking hebben op het uitgezonderde domein, geldt dat het beroepsgeheim in dit geval niet absoluut is. Er dient daarom een belangenafweging plaats te vinden, waarbij het volgende geldt. [bedrijfsarts] was ingeschakeld door de Stichting, als werkgever van [appellante], in het kader van een (voor [appellante]) verplichte verzuimcontrole. Er was geen sprake van een behandelrelatie. De positie van [appellante] – maar ook die van [bedrijfsarts] – is dus anders dan in het geval van een patiënt die een behandelend arts / bedrijfsarts consulteert voor advies en bijstand. [appellante] heeft zich immers niet vrijwillig bij [bedrijfsarts] gemeld in het kader van een arbeidsomstandighedenpreekuur, maar was verplicht te verschijnen in het kader van verzuimcontrole. Dat het in deze procedure gaat om de vraag of [bedrijfsarts] toen adviezen aan [appellante] heeft gegeven werpt geen ander licht op de zaak, omdat daarmee de relatie tussen [appellante] en [bedrijfsarts] geen andere aard of inhoud – zoals een behandelrelatie – heeft gekregen. Het hof is daarom van oordeel dat het hier op de weg van de bedrijfsarts ligt om te onderbouwen welk concreet belang hij heeft bij handhaving van zijn beroep op het verschoningsrecht. [bedrijfsarts] heeft geen ander belang aangevoerd dan een algemeen en generiek belang (een bedrijfsarts moet zich te allen tijde vrij kunnen voelen om zijn beroep uit te oefenen gelet ook op de omstandigheid dat hij zich in een spanningsveld bevindt tussen de werkgever enerzijds en de werknemer anderzijds). Dit is een belang dat – zoals hiervoor is overwogen – gelet op zijn hoedanigheid en in de gegeven omstandigheden niet absoluut is maar hier gerelativeerd moet worden. Tegenover het door [bedrijfsarts] genoemde belang staat het belang van [appellante] tot waarheidsvinding in deze procedure, waarbij het optreden van [bedrijfsarts] een belangrijke rol speelt. Daarbij moet worden meegewogen dat ten aanzien van de bedrijfsarts geldt dat deze wel met toestemming van de patiënt (medische) gegevens met derden mag delen (zie onder 4. hierboven), welke toestemming [appellante] hem uitdrukkelijk in het kader van deze procedure heeft gegeven. Bij afweging

van deze belangen is het hof van oordeel dat het belang van [appellante] zwaarder dient te wegen dan dat van [bedrijfsarts]. Daarbij overweegt het hof verder dat het belang van de bedrijfsarts om zich door middel van een beroep op het verschoningsrecht vrij te pleiten van aansprakelijkheid, voor zover daarin het beroep van [bedrijfsarts] op het verschoningsrecht was gelegen, onvoldoende is om tot een ander oordeel te komen.

7. Het hof is aldus van oordeel dat aan [bedrijfsarts] geen verschoningsrecht toekomt ten aanzien van vragen van [appellante] die betrekking hebben op de feiten en omstandigheden genoemd onder de aandachtstreepjes onder e. hierboven en de vragen onder h. en i. hierboven.

Beslissing

in het incident

Het hof:

– wijst af het beroep van [bedrijfsarts] op een functioneel verschoningsrecht ten aanzien van vragen van [appellante] die betrekking hebben op de feiten en omstandigheden genoemd onder de aandachtstreepjes onder e. hierboven en de vragen onder h. en i. hierboven;

– verwijst de zaak naar de rol van 20 juni 2023 voor opgave verhinderdata door beide partijen voor voortzetting van het getuigenverhoor/tegengetuigenverhoor.

in de hoofdzaak

– houdt iedere verdere beslissing aan.

NOOT

In deze zaak oordeelt het hof primair dat de bedrijfsarts geen verschoningsrecht heeft ten aanzien van het beantwoorden van de hem als opgeroepen getuige voorgelegde vragen. Die vragen waren of de bedrijfsarts: 1) met werkneemster heeft gesproken over het nemen van ontslag, 2) werkneemster beter heeft gemeld en, 3) werkneemster onderzocht voorafgaand aan de betermelding. Die vragen zouden namelijk zien op een domein waar de geheimhoudingsplicht van de bedrijfsarts zich niet toe uitstrekt. Maar ook als die vragen niet vallen onder dit van de geheimhoudingsplicht uitgezonderde domein, is het verschoningsrecht van de bedrijfsarts relatief, meent het hof.

Eerst over het primaire punt. Eenieder die daartoe op wettige wijze is opgeroepen, is verplicht

getuigenis af te leggen (art. 165 lid 1 Rv). Van deze plicht kunnen zich verschonen: zij die tot geheimhouding verplicht zijn uit hoofde van hun ambt, beroep of betrekking omtrent hetgeen hun in die hoedanigheid is toevertrouwd (art. 161 lid 2 sub b Rv). De wet bepaalt niet aan welke personen dit functioneel verschoningsrecht toekomt. De rechter moet dat per functionaris bepalen. Het grote belang van de waarheidsvinding brengt mee dat dit functioneel verschoningsrecht een uitzonderingskarakter heeft. Het wordt slechts toegekend aan een beperkte groep van personen die uit hoofde van hun maatschappelijke functie verplicht zijn tot geheimhouding van al hetgeen hun in hun hoedanigheid wordt toevertrouwd (vgl. HR 7 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE0651). In de rechtspraak is een verschoningsrecht erkend voor onder meer de arts.

Art. 14 lid 1 aanhef onder b Arbeidsomstandighedenwet verplicht de werkgever zich bij de ziekteverzuimbegeleiding te laten adviseren door een bedrijfsarts. De bedrijfsarts verricht zijn taak in opdracht van de werkgever, als adviseur van de werkgever en de werknemer (art. 7:446 lid 4 BW). De bedrijfsarts en de werknemer sluiten geen overeenkomst inzake geneeskundige behandeling. Voor handelingen die de bedrijfsarts verricht, is de Wet op de geneeskundige behandelovereenkomst niet onverkort van toepassing. Art. 7:457 BW bepaalt dat de arts geen gegevens over de patiënt aan derden verstrekt zonder toestemming van de patiënt. Art. 14 lid 7 Arbeidsomstandighedenwet maakt hierop een uitzondering voor de bedrijfsarts, in die zin dat deze informatie mag doorgeven aan de werkgever over de werknemer om het recht op loondoorbetaling te kunnen vaststellen en aan de re-integratieverplichting te kunnen voldoen, dus ook zonder toestemming van de werknemer. Hierbij kan gedacht worden aan: gegevens over de beperkingen en mogelijkheden van de werknemer, eventuele aanpassingen of voorzieningen in het kader van de werkhervatting of re-integratie, en een indicatie van de verwachte duur van het verzuim (KNMG-richtlijn Omgaan met medische gegevens 22 september 2022).

Het medisch beroepsgeheim ex art. 88 Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg geldt onverkort voor de bedrijfsarts. De bedrijfsarts mag dus geen medische gegevens van de werknemer doorgeven aan de werkgever. Die gegevens heeft de werkgever ook niet nodig

voor het vaststellen van de loondoorbetalingsverplichting en voldoen aan de re-integratieverplichting. Als de bedrijfsarts het nodig vindt andere of meer dan de toegestane informatie aan de werkgever te verstrekken, zoals een onderbouwing van zijn advies met privacygevoelige informatie, dan heeft hij hiervoor expliciete, gerichte toestemming van de werknemer nodig. Die toestemming is eveneens nodig als de bedrijfsarts een interventie wil adviseren, waaruit de aard van de achterliggende problematiek kan blijken (NVAB, 'Leidraad Bedrijfsarts en privacy anno 2019', p. 10). De bedrijfsarts moet er, gezien de afhankelijkheidsrelatie, alert op zijn dat de toestemming berust op een vrije keuze van de werknemer. De grens tussen wat wel en wat niet onder de uitzondering van art. 14 lid 7 Arbeidsomstandighedenwet valt, kan een subtiele zijn. Een onderbouwing van een advies van de bedrijfsarts zal al snel privacygevoelige informatie kunnen bevatten. Zeker het door de bedrijfsarts met de werknemer bespreken van het nemen van ontslag, zoals i.c. kennelijk is gebeurd, zal eerder niet dan wel vallen onder de uitzondering van art. 14 lid 7 Arbeidsomstandighedenwet. Het oordeel van het hof dat de aan de bedrijfsarts voorgelegde vragen zien op het domein waar de geheimhoudingsplicht van de bedrijfsarts zich niet toe uitstrekt, gaat aan die subtiliteit voorbij. Dat kan afbreuk doen aan de vertrouwensrol die een bedrijfsarts in zijn algemeenheid voor de werknemer moet hebben.

Het hof houdt wat dat betreft ook een slag om de arm. Het redeneert subsidiair dat als de vragen die de bedrijfsarts zijn voorgelegd, geen betrekking hebben op het uitgezonderde domein, het verschoningsrecht in de gegeven omstandigheden niet absoluut, maar relatief is. Het hof weegt mee het beroep van de bedrijfsarts op de grondslag van het verschoningsrecht. Die is dat het maatschappelijke belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, moet wijken voor het maatschappelijke belang dat eenieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene om bijstand en advies tot de betreffende functionaris moet kunnen wenden. Dat algemene en generieke belang relativeert het hof hier vanwege de rol die de bedrijfsarts heeft als verplicht ingeschakelde adviseur, in opdracht van de werkgever, en met wie de werknemer geen behandelrelatie heeft. Anders gezegd: er is geen sprake van het door de werknemer 'zich vrijelijk

tot de bedrijfsarts wenden'. Dat gerelativeerde belang zet het hof af tegen het belang van de werkneemster i.c. tot waarheidsvinding. Het hof weegt mee dat de werkneemster de bedrijfsarts toestemming had gegeven (medische) gegevens met derden te delen. Die redenering wijkt af van de algemene ratio die de Hoge Raad heeft gegeven voor de grondslag van het verschoningsrecht, namelijk dat deze niet ligt in het individuele belang van degene die van de bijstand van de vertrouwenspersoon gebruik maakt. De Hoge Raad overweegt in HR 1 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AC9066, dat het niet zo kan zijn dat toestemming om gegevens te delen, de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht zou opheffen. De bereidheid de geheimhoudingsplicht op te heffen, zou dan namelijk de geloofwaardigheid van degene die de vertrouwenspersoon heeft ingeschakeld, kunnen beïnvloeden. Want waarom zou iemand die toestemming wel of niet willen geven, wat heeft hij bij een weigering te verbergen? Die mogelijke aantasting van geloofwaardigheid zou weer het ongewenste effect kunnen hebben dat iemand een extra drempel ervaart om de hulp van de vertrouwenspersoon in te roepen of zich vrijelijk tegenover hem uit te spreken.

Het effect van deze extra drempel die het verschoningsrecht kan krijgen, als de grondslag daarvoor mede wordt gevoed door het individuele belang (wel of niet toestemming tot onthefing geven), neemt het hof niet aan voor het naar de bedrijfsarts toegaan. De werknemer moet dat namelijk sowieso voor de verzuimbegeleiding, het is in zijn aard al geen vrijwillige stap. Hoe begrijpelijk in deze casus ook, het hof laat daarmee onbesproken dat dit slechts één kant van de medaille is; de andere kant is dat werknemer zich vrijelijk naar de bedrijfsarts moet kunnen uitspreken. Een beperking van het verschoningsrecht mede op grond van overwegingen gelegen in individuele belangen, kan in dat opzicht wel tot een belemmering leiden. Een werknemer kan denken: ik houd mij op de vlakte in het gesprek met de bedrijfsarts, dan kan ik zo nodig nog toestemming geven om deze gegevens te delen met de werkgever en komt mijn geloofwaardigheid niet op het spel te staan. Dat zou een ongewenst

effect zijn en afbreuk doen aan de rol van de bedrijfsarts.

mr. S.K. Schreurs
MfN-registermediator

238

Geen werkgeversaansprakelijkheid na onnodig en excessief geweld

Gerechtshof Den Haag
8 augustus 2023, nr. 200.288.806/01,
ECLI:NL:GHDHA:2023:1526
(mr. Volker, mr. Honée, mr. Swelheim)

Opzet. Bewuste roekeloosheid. Inlenersaansprakelijkheid.

[BW art. 7:658]

De appelland is ondernemer en beveiligder. Hij is directeur en indirect eigenaar van een beveiligingsbedrijf. De appelland komt overeen de beveiliging te doen voor een organisator van evenementen in het buitenland (hierna de organisator). Tijdens deze werkzaamheden, op een evenement in Saalbach in 2019, raakt de appelland betrokken bij een geweldsincident met een bezoeker die hij de toegang tot het evenement had ontzegd. De Oostenrijkse politie is hierop ter plaatse gekomen. De bezoeker in kwestie heeft tegen de appelland aangifte gedaan van zware mishandeling, waarna de appelland in juli 2019 naar Salzburg is afgereisd om zich voor de rechtbank te verantwoorden. In een e-mail naar de organisator zegt de appelland hierover onder meer dat zware mishandeling niet was bewezen, maar eenvoudige mishandeling wel. De appelland stelt dat hij de schade aanzienlijk beperkt heeft, nu hij rechtsvervolging 'afkocht'. Hij moet hiervoor zowel de rechtbank als de bezoeker een bedrag betalen. De appelland vordert de organisator te veroordelen tot betaling van dat bedrag als zijnde schade in de uitoefening van de werkzaamheden. De kantonrechter wijst de vordering af. De appelland voert in appel onder meer aan dat de organisator de zorgplicht schond door te weinig beveiligers in te huren.

Het hof bekrachtigt het bestreden vonnis. Zelfs indien de organisator werkgever of gelijkgestelde ex art. 7:658 lid 4 BW is van de appelland, kan aansprakelijkheid niet worden aangenomen. Hoewel geweld door een beveiligder onder omstandigheden niet is te vermijden, is hier sprake van opzet of bewuste roekeloosheid. Uit de overgelegde camerabeelden blijkt dat er andere mogelijkheden bestonden dan geweld en het om een aanvallende klap van de appelland ging. De appelland heeft daarnaast twintig jaar ervaring en moet in staat worden geacht alleen noodzakelijk geweld te gebruiken. Hoewel er een verklaring is van een medewerker dat het om een noodweersituatie ging, blijkt dat verder nergens uit. Nu het zich voor de rechter moeten verantwoorden, en de daardoor gemaakte kosten het gevolg zijn van zijn opzet of bewuste roekeloosheid betekent dit, zelfs als een arbeidsovereenkomst tussen de organisator en de appelland bestond én dat de organisator zijn zorgplicht schond, de organisator niet op grond van art 7:658 BW aansprakelijk is voor de schade.

NB. In «JAR» 2023/182 is de A-G uitgebreid ingegaan op de zorgplicht van de werkgever als de werknemer een schadevergoeding vordert op grond van art. 7:658 BW. Hoewel van de werknemer mag worden verwacht enigszins uit te leggen hoe de schade tot stand is gekomen, hoeft hij niet de exacte toedracht van het ontstaan van de schade te stellen en/of te bewijzen. Dat houdt in dat als de oorzaak onduidelijk blijft, de werkgever het bewijsrisico draagt, aldus de A-G.

[Appelland] te [woonplaats],
appelland,
advocaat: mr. M.Y. van Oel te Rotterdam,
tegen
Dutchweek B.V. te Ridderkerk,
verweerster,
advocaat: mr. J.C. Brökling te Rotterdam.

1. De zaak in het kort

[appelland] werkte als beveiligder bij een door Dutchweek georganiseerd evenement in Oostenrijk. Daarbij is [appelland] betrokken geraakt bij een geweldsincident met een bezoeker. [appelland] wil dat Dutchweek de kosten vergoedt die hij heeft moeten maken omdat hij zich bij de rechter in Oostenrijk heeft moeten verantwoorden voor dat