

Hoe voorkom je als werkgever een Borstlap II?

Een schade met gevolgen

Het Gelders Orkest is aansprakelijk voor de gehoorschade van cellist Hans Borstlap. Dat besliste het gerechtshof Arnhem op 18 augustus 2009, na veertien jaar procederen. Orkesten en andere werkgevers in de podiumkunsten vragen zich nu af: kunnen wij ook zo'n procedure aan onze broek krijgen? En wat kunnen we doen om dat te voorkomen? Pauline Beran werpt haar juridische licht op de zaak.

Hoe lang duurde de procedure?

De procedure werd in 1995 gestart bij de kantonrechter. De einduitspraak dateert van 27 oktober 2003. De kantonrechter stelt het orkest in het 'ongelijk'. Het orkest gaat in hoger beroep bij het Hof Arnhem. De einduitspraak van het Hof dateert van 18 augustus 2009. De procedure heeft dus 14 jaar geduurd. Nu kan het orkest nog in cassatie gaan bij de Hoge Raad, dat moet binnen drie maanden beslist worden. Dan zou het weer een paar jaar duren voordat de Hoge Raad beslist. Of dit gebeurt is bij het sluiten van de kopij niet bekend.

Maar het orkest had toch een advocaat?

Natuurlijk, maar de advocaat overlegt elke stap met de cliënt, in dit geval de orkestdirectie. Stukken doornemen van de advocaat van Borstlap, commentaar leveren op de in te dienen processtukken namens het orkest, bedenken wie als getuige moeten worden gevraagd, deskundigenrapporten doornemen van Peutz, van de arts. De directie en de orkestinspecteur hebben heel wat uurtjes aan deze zaak besteed. Tijd die zij ongetwijfeld liever aan iets anders hadden besteed.

Wat is de schade voor het orkest?

Het orkest (althans de Stichting) moet € 10.000,-- schadevergoeding betalen, plus rente daarover sedert 1995, plus een deel van de proceskosten, zowel die bij de kantonrechter als in hoger beroep. Plus de kosten van de advocaat en de eigen proceskosten. Een grove schatting levert € 30.000,- op exclusief de kosten van de advocaat. Het orkest was verzekerd, daarmee liggen de kosten veel lager. Dat is de financiële schade. Tel daarbij op de uren die het orkest gedurende veertien jaar aan de zaak heeft besteed. En de immateriële schade in het orkest: men praat over de zaak, er is negatieve energie, stress, wellicht zelfs slapeloze nachten.

**'De bewijslast ligt bij de werkgever.
En bewijslast is bewijsrisico'**

Waarom is het orkest aansprakelijk?

Het orkest heeft als werkgever een verregaande zorgplicht naar werknemers om schade – lees beroepsziekten – te voorkómen. Dat staat in de wet op de arbeidsovereenkomst. De Arbowet zegt hetzelfde: de werkgever moet zorgen voor veiligheid, gezondheid en welzijn van de werknemer. Als een danser, musicus of theatertechnicus een ongeval krijgt of een beroepsziekte, en er een oorzakelijk verband is, dan is de werkgever aan zet. Die heeft de bewijslast. En bewijslast is bewijsrisico. In deze zaak is het orkest er volgens het Hof niet in geslaagd het bewijs te leveren dat het voldoende maatregelen heeft genomen en aanwijzingen heeft gegeven als redelijkerwijze nodig was om de gehoorschade van Borstlap te voorkómen.

Het orkest heeft oordoppen beschikbaar gesteld en Borstlap wilde die niet dragen. Dan is het toch zijn eigen schuld?

In deze zaak zegt het Hof dat de directie dat niet zonder meer had mogen accepteren. Men had moeten overleggen met de cellist: kunnen de bezwaren worden weggelaten? Polderplicht dus.

En de plexiglas schermen? Als een dirigent die niet wil, dan moet je dat als directie toch niet beter willen weten?

De dirigent was niet gecharmeerd van de schermen en zei volgens Borstlap op een kwade dag omstreeks 1995: 'Weg met die schermen, zolang ik hier dirigent ben, komen die schermen niet meer terug'. Ook werd de orkestopstelling gewijzigd. Borstlap kwam pal voor het koper te zitten. En helaas voor het orkest, onderzoeken gaven aan dat zijn gehoor in de periode daarna ernstig achteruit was gelopen. Het hof vindt dat niet iedereen hoeft te profiteren van een maatregel.

Maar, vervolgt het hof, het orkest maakte gezien zijn zorgplicht een verkeerde afweging nu het aan de belangen van Borstlap is voorbijgegaan. Als werkgever moet je dus heel zorgvuldig te werk gaan. Artistieke belangen ok, die horen tot je opdracht! Maar niet ten koste van het veilig en gezond werken van de werknemers.



Droogkappen/motorhelmen

Hieronder een letterlijk citaat uit het arrest van het hof. Getuige B. was orkestinspecteur van HGO (1966 - 1997) Getuige D. was adjunct-directeur van HGO (1992 - 2008)

2.10 [B.] heeft als getuige - voor zover hier van belang - het volgende verklaard:

"(...) Aansluitend heb ik bij de NOS, bij een van de orkesten, een soort droogkappen/motorhelmen van plexiglas geleend. Deze werden niet geschikt bevonden door de musici, omdat je op deze manier van de gehele omgeving wordt afgesloten. Men

voelde zich benauwd. Deze kappen kregen de altviolen, vanwege de toenmalige opstelling van het orkest. Deze kappen zijn ongeveer een week uitgeteerd en werden na een week afgekeurd door de desbetreffende musici. (...)"

2.11 [D.] heeft als getuige - voor zover hier van belang - het volgende verklaard:

"(...) De raadsheer-commissaris houdt mij voor dat de orkestinspecteur als getuige heeft verklaard dat ook gebruik is gemaakt van een soort droogkappen. Dat zegt mij helemaal niets. (...)"

Je kan als werkgever toch niet alle risico's wegnemen?

Inderdaad, maar dat neemt niet weg dat je moet doen wat je kunt doen, aldus het hof.

We weten toch niet zeker hoe effectief maatregelen tegen gehoorschade zijn?

Het hof zegt: ook als er nog onduidelijkheden bestaan, moet je maatregelen treffen.

Musici snabbelen er op los. Daar kan het orkest toch niks aan doen?

Als ze al snabbelen, lesgeven of wat dan ook: let op! De werkgever draagt nog steeds het bewijsrisico dat hij de zorgplicht is nagekomen. Je komt er niet vanaf door te zeggen dat andere factoren een rol hebben gespeeld. Dat is punt één. Borstlap had van 1974 tot en met 2004, dus meer dan 30 jaar bij het orkest gespeeld. Het hof concludeert dat de gehoorschade in ieder geval is ontstaan door het spelen bij het orkest. Stel dat Borstlap die 30 jaar parttime had gewerkt bij HGO en parttime bij een ander orkest. Dan is het

niet ondenkbaar dat het hof het orkest evenzeer aansprakelijk zou hebben gesteld, maar dat het de hoogte van de schadevergoeding ten laste van het Gelders Orkest had gematigd.

Borstlap was niet meer in dienst, kon de schadevergoeding niet wat lager?

De kantonrechter had de schadevergoeding bepaald op € 3000,-, het hof bepaalt die op ruim 300 procent meer. Het gaat uitsluitend om immateriële schade. Want Borstlap is inmiddels met pensioen en heeft niet te maken gehad met WIA of andere inkomensachteruitgang. Wel zegt het hof dat Borstlap ernstige gehoorschade heeft opgelopen door zijn werk (en niet door zijn leeftijd), met risico op doofheid, en dat het orkest dit lijkt te miskennen. En dat de gehoorschade van invloed is op de kwaliteit van het dagelijks leven. Ook het feit dat het orkest stelde dat Borstlap een zekere overgevoeligheid zou hebben voor geluid wordt door het hof meegenomen bij het bepalen van de hoogte van de immateriële schadevergoeding.

Wat is nu van belang voor een werkgever in het theater?

Arbocatalogi

Symfonieorkesten hebben een Arbocatalogus Orkesten (www.orkestengehoor.nl). Er is een Arbocatalogus Schadelijk Versterkt Geluid en er is een Arbocatalogus voor hijsen, heffen en fysieke belasting. Deze zijn bedoeld ter voorkoming van ongevallen en beroepsziekten! Een rechter zal deze arbocatalogi als wettelijke grondslag hanteren voor de zorgplicht richting werknemers. Dit zijn dus geen vrijblijvende documenten.

Sluipend komt de aandoening

Gehoorschade, rugklachten en stress ontstaan niet van de ene dag op de andere. Ook het hof besteedt hier aandacht aan. De aandoeningen ontstaan geleidelijk en sluipen als het ware lichaam en geest binnen. Soms kan dit 10 jaar duren of meer. En dan heeft de werknemer nog eens 5 jaar voor juridische actie, dat is de verjaring.

Sluipend vergaat de herinnering

De diagnose kan dus lang op zich doen wachten, zelfs na periodieke onderzoeken. Dat betekent dat het bewijsrisico zich uitstrekt over vele jaren in het verleden. Met alle gevolgen vandien: onvindbare stukken, geen getuigen meer. En ook onze herinnering slijt met de jaren. Hele stukken vallen weg. Lees Douwe Draaisma!

Dus denk om uw documentatie

Zorg dat uw instelling zich de belangrijke kwesties nu juist wel kan herinneren als ooit de onvermijdelijke procedure komt. Hoe herinneringen vervagen bleek in deze zaak bij de vraag of het orkest 'droogkappen of motorhelmen' had uitgeteerd als persoonlijke beschermingsmiddelen. Zie het kader. Dit is geen grap, het gaat over het geheugen van een instelling. ◀

De uitspraak van het hof Arnhem van 18 augustus 2009 is te vinden op www.rechtspraak.nl, onder nummer LJN BJ5746

Op 7 december geeft de auteur de cursus *Hoe voorkom je een procedure?* waarin dieper wordt ingegaan op deze uitspraak, de gevolgen voor de hele podiumsector, en de relatie tot arbocatalogi. Zie www.academievoorpodiumkunsten.nl/cursusaanbod/52/