

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/53965>

Please be advised that this information was generated on 2019-03-23 and may be subject to change.

# De zorgplicht van de werkgever op grond van artikel 7:658 BW

## HR 11 november 2005, JAR 2005/287 (Bayar/Wijnen Groothandel in Vlees BV)

*Reikwijdte van de zorgplicht van de werkgever, gevaarzetting, waarschuwing voor gevaren, eventueel te treffen veiligheidsmaatregelen.*

### 1 Bayar/Wijnen Groothandel

#### 1.1 Feiten

S. Bayar was sinds 16 maart 1992 in dienst als productiemedewerker bij Wijnen Groothandel in Vlees BV te Oss. Op 30 september 1993 overkwam hem in de uitoefening van zijn werkzaamheden een ongeval. Hij verloor drie vingertoppen aan zijn linkerhand. De toedracht was als volgt. Bij een inpakmachine, die in werking was, merkte hij een storing op. De folie krulde op aan een zijkant. Dit had tot gevolg dat de vleesproducten deels onverpakt bleven. Bayar heeft toen met zijn hand in een richel achter de ingang van de folie in de machine gegrepen. Hij heeft zijn hand enigszins doorgeduwd, waardoor zij zich in de ruimte bevond waar een pers met enige kracht de folie op elkaar drukt. Zijn vingertoppen zijn onder de pers geraakt, hetgeen tot hun amputatie heeft geleid. De inpakmachine was voorzien van waarschuwingsstickers, een nood(stop)knop en beschermingskappen, de betreffende richel was niet afgeschermd. Na het ongeval heeft Wijnen Groothandel de fabrikant ingelicht. Een monteur van de fabrikant heeft een beveiligingsstrip aangebracht op de richel, zodat die volledig was afgedicht. Wijnen Groothandel heeft Bayar niet op zodanige wijze geïnstrueerd dat deze wist, althans behoorde te weten, dat een storing aan de machines alleen in samenwerking met de afdelingschef mocht worden verholpen en dat hij nimmer zelfstandig, laat staan in een draaiende machine, mocht ingrijpen. Bayar heeft op grond van artikel 7:658 BW gevorderd Wijnen Groothandel te veroordelen tot betaling van alle geleden en nog te lijden schade. De kantonrechter te Den Bosch heeft deze vordering afgewezen. De rechtbank heeft dit vonnis onder aanvulling van rechtsgronden bekrachtigd.

#### 1.2 Oordeel Hoge Raad

De Hoge Raad overweegt dat bij de beantwoording van de vraag of de werkgever op grond van artikel 7:658 BW aansprakelijk is voor een, ondanks de

getroffen maatregelen, aan zijn werknemer overkomen ongeval als uitgangspunt geldt dat dit artikel niet een absolute waarborg beoogt te scheppen voor de bescherming tegen gevaar. De werkgever dient die maatregelen te nemen die redelijkerwijs nodig zijn om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt. Wat van de werkgever in redelijkheid mag worden verwacht, hangt af van de omstandigheden van het geval. In het geval van een gevaarlijke machine geldt in het bijzonder dat het waarschuwen voor gevaren bij de bediening door middel van schriftelijke of mondelinge instructies en het aanbrengen van waarschuwingstickers niet steeds voldoende zal zijn. De werkgever dient rekening te houden met het ervaringsfeit dat de dagelijkse omgang met een machine de gebruiker ervan gemakkelijk ertoe zal brengen niet alle voorzichtigheid in acht te nemen die ter voorkoming van ongelukken is geraden, ook al wordt het gevaar de gebruiker door instructies en waarschuwingen ingescherpt.

De Hoge Raad overweegt voorts dat van de werkgever moet worden verwacht dat hij onderzoekt of afdoende preventieve maatregelen mogelijk zijn dan wel of een veiliger werking van de machine mogelijk is, en, zo dat niet het geval is, of op een voldoende effectieve wijze voor het gevaar kan worden gewaarschuwd. In dat kader is van belang met welke mate van waarschijnlijkheid de niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid kan worden verwacht, de hoegrootheid van de kans dat daaruit ongevallen ontstaan, de ernst die de gevolgen daarvan kunnen hebben en de mate van bezwaarlijkheid van de te nemen veiligheidsmaatregelen. Indien het – bij gebrek aan maatregelen die het gevaar kunnen wegnemen – slechts mogelijk is voor het gevaar te waarschuwen, is het in het algemeen niet voldoende dat de gebruiker van de machine op de hoogte kan zijn van het gevaar. Voor het antwoord op de vraag of een waarschuwing kan worden beschouwd als een afdoende maatregel met het oog op bescherming tegen een bepaald gevaar, is van doorslaggevende betekenis of te verwachten valt dat deze waarschuwing zal leiden tot een handelen of nalaten waardoor dit gevaar wordt vermeden. Indien effectievere maatregelen ter voorkoming van het ongeval dat zich heeft voorgedaan, mogelijk waren, moet worden onderzocht waarom het aanbrengen van deze voorzieningen destijds niettemin niet van de werkgever kon worden gevergd. Naast de hiervoor genoemde factoren is daarbij van belang in hoeverre het treffen van een dergelijke veiligheidsmaatregel voordat een ongeval zich had voorgedaan, voor de werkgever of de deskundigen voor de hand lag.

De Hoge Raad overweegt tot slot dat bij de beantwoording van de vraag of de werkgever heeft gedaan wat redelijkerwijs van hem mocht worden verwacht, van belang kan zijn of deze de specifieke gedragingen die tot het ongeval hebben geleid, met inachtneming van het hiervoor bedoelde ervaringsfeit, redelijkerwijs heeft moeten voorzien. Van doorslaggevende bete-

kenis is dat evenwel niet, omdat onoplettendheid bij het bedienen van een gevaarlijke machine veelal op verschillende wijzen tot een ongeval kan leiden. Voor de aansprakelijkheid van de werkgever is niet vereist dat deze juist die gedraging heeft (kunnen) voorzien die tot het ongeval heeft geleid.

## 2 Annotatie

2.1 De rechtspraak van de Hoge Raad uit de afgelopen jaren over de reikwijdte van de zorgplicht van de werkgever op grond van artikel 7:658 BW heeft de schrijvers de nodige kopzorgen bezorgd. Hartlief hield 'er serieus rekening mee' dat de Hoge Raad minder snel een tekortkoming van de werkgever aanneemt, althans minder snel dan voorheen zal ingrijpen in de beslissing van de feitenrechter dat een tekortkoming ontbreekt. Hij sprak over een zekere terughoudendheid van de Hoge Raad, die een koerswijziging inhoudt, al is het maar een minimale. Hij vermoedde dat de Hoge Raad was beïnvloed door de bezorgdheid bij anderen over de te vergaande toepassing van de regels van het aansprakelijkheidsrecht, onder meer ingegeven door reacties van andere maatschappelijke actoren, zoals verzekeraars en regering.<sup>1</sup> Klaassen reageerde wat voorzichtiger dan Hartlief. Zij zag geen ommekeer en sprak over een nuanceverschil ten opzichte van eerdere rechtspraak bij de invulling van hetgeen de op de werkgever rustende zorgplicht in de gegeven omstandigheden eist. Dit verschil zat daarin dat de eigen kennis en de daarop gebaseerde verantwoordelijkheid van de werknemer meer gewicht in de schaal leken te leggen dan in de oudere rechtspraak het geval was.<sup>2</sup> Naar aanleiding van de uitspraak van de Hoge Raad in de zaak Bayar/Wijnen Groothandel<sup>3</sup> merkte Giesen vervolgens op dat de Hoge Raad zich weer van zijn strenge kant liet zien. Volgens hem was de gesignaleerde terughoudendheid verdwenen. Hij constateerde dat het blijkbaar lastig is voor de Hoge Raad om op dit terrein een vaste koers te varen: de rechtsvorming van de Hoge Raad 'golft' op en neer.<sup>4</sup> Onzekerheid over de koers van de Hoge Raad lijkt dus volgens een aantal schrijvers troef.

De vraag rijst hoe zijn rechtspraak van de afgelopen jaren over de reikwijdte van de zorgplicht van de werkgever voor de veiligheid van de werknemer op grond van artikel 7:658 BW geduid moet worden. In Bayar/Wijnen

1 T. Hartlief, *Werkgeversaansprakelijkheid ex art. 7:658 BW. Een nieuwe wind in de Kazernestraat*, in: WPNR 2003/6559, p. 933-934; T. Hartlief, *Het aansprakelijkheidsrecht anno 2004: wat doet de Hoge Raad?*, in: AV&S 2004/6, p. 235, 236, 244, 248. Hij verwijst naar de conclusie van A-G Spier bij HR 9 juli 2004, JAR 2004/190 (Oost/Brands Bouwgroep).

2 C.J.M. Klaassen, AV&S 2003-6, p. 231-232; zie ook E.T. Visser, *De Hoge Raad, arbeidsongevallen en de fiolen van toorn*, in: ARA 2005/2, p. 70 e.v.

3 HR 11 november 2005, JAR 2005/287.

4 I. Giesen, *Golvende rechtsontwikkeling*, in: AV&S 2006-1, p. 1.

Groothandel verwees de Hoge Raad voor de vaststelling hiervan expliciet naar de criteria die hij veertig jaren daarvoor in het Kelderluik-arrest<sup>5</sup> had geformuleerd. Dat hoeft op zich niet te verbazen. Tussen een onrechtmatige daad en een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de verbintenissen bestaat volgens Asser/Hartkamp geen wezenlijk onderscheid. Een zodanige tekortkoming is een species van het genus onrechtmatige daad: de gevolgen zijn op praktische gronden afzonderlijk door de wet geregeld.<sup>6</sup> Zoals bekend, vloeit aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad onder meer voort uit de schending van een zorgvuldigheidsnorm, bijvoorbeeld verkeers- of veiligheidsnormen. De vergelijking met de werkgeversaansprakelijkheid dringt zich op. Bij de aansprakelijkheid voor arbeidsongevallen gaat het om schending van specifieke, met het oog op arbeidsongevallen geformuleerde zorgvuldigheids- c.q. veiligheidsnormen.<sup>7</sup> Het kan daarom nuttig zijn om acht te slaan op de vestiging van aansprakelijkheid en de werking van de zorgvuldigheidsnorm in het algemene onrechtmatigedaadsrecht. Dan laat zich misschien beoordelen of er sprake is van 'golvende' rechtsvorming door de Hoge Raad.

2.2 Volgens Asser/Hartkamp is het enkele feit dat een gedraging een gevaar oplevert voor anderen en dit gevaar zich verwezenlijkt in de vorm van een ongeval, niet voldoende om een onrechtmatige daad aan te nemen. In deze gevallen kan worden gesproken van toeval, of een ongelukkige samenloop van omstandigheden, omdat de schade behoort tot het risico dat is verbonden aan het leven van alledag. Het gaat om een zich dagelijks voordoende situatie, ten aanzien waarvan de rechter van oordeel is dat de balans dient door te slaan ten gunste van het gezichtspunt dat de gelaedeerde de eigen schade moet dragen en dat er onvoldoende grond is om die schade af te wettelen op een ander.<sup>8</sup>

Op het terrein van de aansprakelijkheid voor arbeidsongevallen bestaat eveneens een ondergrens: keer op keer heeft de Hoge Raad aangegeven dat artikel 7:658 BW geen absolute waarborg beoogt te bieden, maar slechts de strekking heeft de werknemer in zoverre tegen gevaren te beschermen als redelijkerwijs in verband met de arbeid geveerd kan worden.<sup>9</sup> Dit criterium

5 HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 (m.nt. GJS).

6 Asser/Hartkamp, Verbintenissenrecht 4-III (2006), nr. 8.

7 Vgl. S. Lindenbergh, Arbeid, schade, zorgplicht en eigen schuld, in: Maandblad voor Vermogensrecht 2006-2, p. 40; S. Lindenbergh, Arbeidsongevallen en beroepsziekten, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 33-34.

8 Asser/Hartkamp, Verbintenissenrecht 4-III (2006), nrs. 14 en 45.

9 Vgl. HR 15 april 1978, NJ 1979, 245; HR 10 juni 1983, NJ 1984, 20; HR 1 juli 1993, BJ 1993, 687; HR 24 juni 1994, NJ 1995, 137; HR 19 oktober 2001, NJ 2001, 663; HR 9 november 2001, NJ 2002, 79; HR 11 november 2005, JAR 2005/287.

kan, toegespitst op een arbeidssituatie, zo worden gelezen dat aansprakelijkheid van de werkgever uitblijft, indien de schade het gevolg is van een ongelukkig toeval, bijvoorbeeld in werksituaties die naar hun aard niet gevaarlijk zijn. Een arrest van de Hoge Raad dat zich in deze categorie laat onderbrengen, is het Broodmes-arrest (Laudy/Fair Play).<sup>10</sup> Werkneemster Laudy snijdt zich bij het smeren van broodjes. De Hoge Raad gaat ervan uit dat dit tot het risico van alledag hoort bij het smeren van broodjes. Eenzelfde redenering lijkt hij te volgen in het Koffievlek-arrest (Peters/Hofkens).<sup>11</sup> Dat een schoonmaakster bij het verwijderen van een koffievlek ongelukkig terechtkomt op haar wijsvinger, is zozeer met het risico van het 'gewone' menselijke leven verbonden en stond in casu zo los van de arbeidssituatie dat de werkgever niet hoeft op te draaien voor de schade.<sup>12</sup> De specifieke arbeidsrechtelijke context, inclusief het ontbreken van een (arbo)risico-inventarisatie, doet daaraan weinig af. Bij een andersoortig ongeval, dat de schoonmaakster eventueel zou zijn overkomen gedurende haar werk, had het ontbreken daarvan misschien wel consequenties gehad. Vergelijk ook de afwijzing van de vordering van een vrachtwagenchauffeur die uitgleed en ernstig enkelletsel opliep, eveneens meer een huis-, tuin- en keukenongeval dan een arbeidsgerelateerde, gevaarlijke situatie met veiligheidsrisico's.<sup>13</sup> De conclusie van A-G Langemeijer bij Bayar/Wijnen Groothandel lijkt tot slot eveneens in de door ons aangegeven richting te wijzen: 'Ook de drie arresten, gepubliceerd in NJ 2004, 175-177 [Broodmes, Dakdekker en Koffievlek], duiden erop dat de werkgever alleen maatregelen behoeft te nemen en instructies behoeft uit te vaardigen indien daartoe aanleiding bestaat. In situaties die naar hun aard niet onveilig zijn (...) ziet de rechtspraak blijkbaar geen aanleiding daartoe.' De Hoge Raad geeft in het arrest zelf eveneens een heldere vingerwijzing, waar hij in rechtsoverweging 3.3.1 overweegt:

'Bij de beoordeling van het hiertegen gerichte middel wordt het volgende vooropgesteld. Het gaat in dit geding om een machine die bij de bediening daarvan ernstige gevaren kan opleveren voor de betrokken werknemer, zoals het gevaar van amputatie, in verband waarmee de machine was voorzien van vele beschermkappen, een duidelijk aanwezige nood(stop)knop en waarschuwingsstickers.'

10 HR 4 oktober 2002, JAR 2002/259.

11 HR 12 december 2003, JAR 2003/242.

12 Vgl. ook het signaal dat de Hoge Raad afgaf in de zaak van de Zusjes Jansen en de opmerkingen van annotator Hijma: HR 12 mei 2000, NJ 2001, 300 (m.nt. JH).

13 HR 9 juli 2004, JAR 2004/190 (Oost/Brands Bouwgroep).

Alle overwegingen die nadien volgen (zie meer daarover, par. 2.4) moeten derhalve in het licht van deze vooropstelling worden gelezen.

In het enkele maanden na Bayar/Wijnen Groothandel gewezen arrest Cementpomp<sup>14</sup> wordt het aspect van het gevaar dat de bediening van een bepaalde machine met zich kan brengen, opnieuw aan de orde gesteld. Een werknemer treedt in 1994 als ervaren uitvoerder/bedrijfsleider in dienst bij All Conserving. Hij heeft zich in zijn vak bekwaamd door middel van het behalen van diverse diploma's op het vlak van beton en kunststof. Hij kan bogen op een ervaring van tien jaar. Op 30 mei 1995 is werknemer een ongeval overkomen, waarbij hij cement in het linkeroog heeft gekregen. Oorzaak daarvan was een cementpomp, die van een derde (een bedrijf) was gehuurd. Deze cementpomp had een gebrek en vertoonde daardoor storingen. Zij waren al enkele malen door de uitvoerder/bedrijfsleider verholpen. De werknemer droeg ten tijde van het ongeluk een (door hemzelf aangeschafte) veiligheidsbril. Rechtbank (sector kanton) en hof komen tot het oordeel dat All Conserving haar zorgplicht ex artikel 7:658 BW heeft geschonden. In cassatie wordt namens de werkgever vooral gewezen op het arrest Dakdekker, waarin de Hoge Raad de expertise van de werknemer (blijkend uit ervaring en behaalde diploma's) als een van de omstandigheden had aangemerkt die erin resulteerden dat de werkgever zijn zorgplicht niet had geschonden. In Cementpomp heeft deze omstandigheid de werkgever geen succes gebracht. Betekent dit dat de drie eerder in combinatie genoemde arresten geen blijvende waarde hebben en tot een 'slip of the pen' van de Hoge Raad moeten worden gerekend? Wij menen van niet. Als uitgangspunt dient namelijk de vraag te worden gesteld en beantwoord of de door de werknemer geleden schade is veroorzaakt door een omstandigheid met een (te) hoog gevaarsrisico. In Cementpomp citeert de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.5.2 het hof waar dit college had geoordeeld:

'Dit geldt in het bijzonder indien het gaat om werktuigen als de onderhavige cementpomp, die naar hun aard een veiligheidsrisico meebrengen.'

De Hoge Raad vervolgt dan met het oordeel dat het hof daarmee terecht heeft benadrukt dat de zorgplicht van de werkgever zich 'met name doet gelden indien het gaat om werktuigen die naar hun aard een veiligheidsrisico meebrengen'.

Over het antwoord op de vraag of een casus in de ene dan wel de andere categorie valt, kan men natuurlijk geredelijk twisten, maar als van een bedrijfsongeval wordt geoordeeld dat dit heeft plaatsgevonden in een context met een (groot) veiligheidsrisico, moet de werkgever extra alert zijn wat

14 HR 20 januari 2006, JAR 2006/50, JIN 2006/90 (m.nt. Loonstra).

betreft de te nemen maatregelen en instructies. De lat ligt dan als altijd hoog.<sup>15</sup> Bayar/Wijnen Groothandel toont dan ook aan dat de werkgever nog steeds heel veel van stal moet halen wil hij met succes kunnen aantonen dat hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan. In die zin is niets veranderd aan de 'oude' rechtspraak van de Hoge Raad. Anders lijkt de situatie evenwel te zijn als er geen (groot) veiligheidsrisico bestaat. Voor zover er verschuivingen zijn te ontwaren binnen de rechtspraak van de Hoge Raad, gaat het vermoedelijk meer om de indeling binnen de twee categorieën (wanneer betreft het een naar zijn aard onveilige situatie?) dan om een (principeel) andere invulling van het begrip 'zorgplicht'. Daarmee staat het thema 'gevaarstelling' voortaan ook op de 658-agenda. Een recent gewezen arrest van het Hof Den Haag<sup>16</sup> is daarvan een illustratie. Een werknemer lijdt in zijn functie van Medewerker Geldautomaten bij werkgever Brink's schade, doordat hij bij het verlaten van een op zichzelf goed beveiligde (kluis)ruimte waarin de geldautomaat wordt bijgevuld, verrast wordt door een overvaller die een gat in het (houten) plafond/dak heeft gemaakt en met een pistool de werknemer bedreigt en verwondt. De werknemer wil de schade die hij lijdt op zijn werkgever verhalen. Deze laatste verweert zich met de stelling dat hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan. Deze plicht zou niet zover gaan dat zij, Brink's, onderzoek moest doen naar de bouwtechnische staat van de kluisruimte en het dak in het bijzonder. Toch heeft zij de betreffende bouwtekeningen opgevraagd en de bouwtechnische staat van de kluisruimte goed bevonden. De constructie van het dak zou voldoende veilig zijn, mede gezien het feit dat de kluisruimte in een winkelstraat met woningen lag. Bovendien bevond zich boven de kluisruimte een balkon, zodat de sociale controle ter plaatse groot was. Het hof is echter van oordeel dat Brink's haar zorgplicht jegens de werknemer heeft geschonden en dat zij aansprakelijk is voor de schade die de werknemer daardoor heeft geleden. Van de werkgever mocht worden verwacht dat hij de zwakke plek in de beveiliging (het houten dak) zou hebben ontdekt en dat hij daar geen genoeg mee zou hebben genomen. Ook mocht Brink's niet vertrouwen op de ligging van de ruimte waarin de geldautomaat zich bevond: 's avonds en 's nachts zijn de winkels dicht en is de sociale controle gering. Bovendien wekt het doorgaans geen bevreemding dat iemand op een terras 'aan het werk' is. Ons inziens is dit oordeel van het hof juist. Het werk van de medewerker (geldtransport en bevoorrading van geldautomaten) brengt naar zijn aard grote veiligheidsrisico's met zich. Dat houdt tegelijk in dat de zorgplicht van de werkgever op

15 Vgl. de woorden van Lindenberg: 'De werkgever dient daarbij een zeer hoge mate van zorg te betrachten, maar die vindt haar grens in hetgeen "redelijkerwijs nodig" is.' S. Lindenberg, *Arbeidsongevallen en beroepsziekten*, Deventer: Kluwer 2000, p. 29.

16 Hof Den Haag 23 december 2005, JIN 2006/94 (m.nt. Loonstra).



een hoog niveau moet worden gesitueerd. Niet snel zal de werkgever in zo'n situatie kunnen bewijzen dat hij alles heeft gedaan wat redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt. Als werknemers gebruikmaken van werktuigen en gereedschappen die naar hun aard (grote) risico's met zich brengen of als zij werk verrichten in risicovolle omstandigheden, dient de werkgever vooraf enige denkacrobatiek te verrichten, wil hij er zeker van zijn dat hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan.

2.3 De beoordeling van de zorgvuldigheid van het gedrag dat een gevaarlijke situatie laat ontstaan of laat voortduren, geschiedt aan de hand van de Kelderluik-criteria. De omstandigheden van het geval spelen daarbij een belangrijke rol. Wij citeren uit het arrest van 1965.

'Alleen in het licht van de omstandigheden van het gegeven geval kan worden beoordeeld of en in hoeverre aan iemand die een situatie in het leven roept welke voor anderen bij niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid gevaarlijk is, de eis kan worden gesteld dat hij rekening houdt met de mogelijkheid dat die oplettendheid en voorzichtigheid niet zullen worden betracht en met het oog daarop bepaalde veiligheidsmaatregelen treft.'

Deze zinsnede is bijna letterlijk herhaald in latere rechtspraak van de Hoge Raad.<sup>17</sup> De gevaarsetter moet rekening houden met de mogelijkheid dat derden niet steeds de vereiste oplettendheid en zorgvuldigheid zullen betrachten en hij zal met het oog daarop veiligheidsmaatregelen moeten nemen. Deze in het arrest genoemde *mogelijkheid* is in de arbeidssituatie een *ervaringsfeit*. De dagelijkse omgang met machines en de arbeidsroutine maken werknemers onoplettend, ook al heeft de werkgever het gevaar hun door waarschuwingen ingescherpt. Een werkgever kan dus niet volstaan met het treffen van voorzorgsmaatregelen, maar hij moet ook erop toezien of de door hem genomen maatregelen worden nagekomen. Bij de beoordeling van de vraag welke veiligheidsmaatregelen de werkgever moet treffen, spelen de volgende criteria een rol. Opnieuw een citaat uit het arrest van 1965.

'(...) daarbij dient te worden gelet niet alleen op de mate van waarschijnlijkheid waarmee de niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid

17 HR 26 september 2003, NJ 2003, 660 en HR 28 mei 2004, NJ 2005, 105 (m.nt. CJHB). Over de laatste uitspraak uitvoerig I. Giesen, Handle with care! De waarschuwingsplicht in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht (oratie Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

en voorzichtigheid kan worden verwacht, maar ook op de hoegrootheid van de kans dat daaruit ongevallen ontstaan, op de ernst die de gevolgen daarvan kunnen hebben, en op de mate van bezwaarlijkheid van de te nemen veiligheidsmaatregelen.<sup>18</sup>

Het treffen van een gelet op de bestaande gevaarlijke situatie ontoereikende veiligheidsmaatregel is onzorgvuldig en leidt tot schending van de zorgplicht van de werkgever. De kans dat de vereiste oplettendheid en zorgvuldigheid niet in acht worden genomen, vermindert immers onvoldoende. Indien maatregelen niet mogelijk zijn, moet de werkgever waarschuwen. Voor het antwoord op de vraag op welke wijze de werkgever moet waarschuwen, is de volgende overweging uit de uitspraak van de Hoge Raad van 28 mei 2004 (Jetblast)<sup>19</sup> van belang, die eveneens is aan treffen in Bayar/Wijnen Groothandel.

‘Voor het antwoord op de vraag of een waarschuwing kan worden beschouwd als een afdoende maatregel met het oog op de bescherming tegen een bepaald gevaar, is van doorslaggevende betekenis of te verwachten valt dat deze waarschuwing zal leiden tot een handelen of nalaten waardoor dit gevaar wordt vermeden.’

2.4 Indien er sprake is van een gevaarlijke situatie of een situatie met een (evident) veiligheidsrisico, is de werkgever niet zonder meer aansprakelijk: hij kan aan zijn zorgplicht hebben voldaan door het treffen van adequate maatregelen. Indien gevaren blijven bestaan doordat het treffen van de nodige veiligheidsmaatregelen deze gevaren niet volkomen kan elimineren, kan de werkgever aan aansprakelijkheid ontsnappen indien hij zich de noodzakelijke inspanningen heeft getroost om de werknemer te waarschuwen tegen de dreigende gevaren. Ook in Bayar maakt de Hoge Raad het onderscheid tussen het treffen van maatregelen en – indien deze geen veilige situatie tot gevolg hebben – het waarschuwen tegen dreigende gevaren. Wat verlangt de Hoge Raad in dit opzicht van de werkgever wil hij zijn zorgplicht in acht hebben genomen? Volgen wij de redenering van de Hoge Raad op de voet, dan krijgen we – ervan uitgaande dat over gevaarlijke machines wordt gesproken – het volgende resultaat.

Het startpunt van redeneren voor de Hoge Raad is dat van de werkgever moet worden verwacht dat hij onderzoekt of afdoende preventieve maatregelen mogelijk zijn dan wel of een veiliger werking van de machine mogelijk is, en, zo dat niet het geval is, of op een voldoende effectieve wijze voor

18 HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 (m.nt. GJS); HR 26 september 2003, NJ 2003, 660.

19 NJ 2005, 105 (m.nt. CJHB).

het gevaar kan worden gewaarschuwd. 'In dat kader', zo vervolgt de Hoge Raad,<sup>20</sup> is een viertal criteria relevant. Wij herhalen ze met het oog op het vervolg van ons betoog:

- de mate van waarschijnlijkheid dat de niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid kan worden verwacht;
- de hoegrootheid van de kans dat daaruit ongevallen ontstaan;
- de ernst die de gevolgen daarvan kunnen hebben; en
- de mate van bezwaarlijkheid van de te nemen veiligheidsmaatregelen.

Wij plaatsen ten aanzien van deze vier criteria een tweetal kanttekeningen. In de eerste plaats valt op dat deze criteria – zoals gezegd – rechtstreeks zijn ontleend aan het Kelderluik-arrest uit 1965. Naar onze mening voegt de Hoge Raad aan deze vier nog een vijfde criterium toe (zie hierna par. 2.5). In het kader van artikel 7:658 BW vergt dit college nog meer van de werkgever als deze moet beslissen of hij redelijkerwijs heeft gedaan wat noodzakelijk is om te voorkomen dat de werknemer schade lijdt in de uitoefening van zijn werkzaamheden. Dit 'meer' zou kunnen zijn gelegen in het feit dat de eerdergenoemde mogelijkheid dat de benodigde voorzichtigheid niet in acht wordt genomen, in het arbeidsrecht een ervaringsfeit is. Daarbij zal mede een rol spelen dat de arbeidsovereenkomst een duurovereenkomst is, waardoor het repeterende karakter van een gevaarlijke situatie eerder voor de hand ligt. Daarnaast is met name de werkplek in menig geval een gevaarlijker plaats dan elders, waarbij ook nog eens komt dat deze gevaarlijke toestand er primair ten behoeve van en door toedoen van de werkgever is ontstaan. Deze gegevens zouden de basis kunnen vormen voor een strengere zorgplicht van de werkgever ten opzichte van zorgplichten die anderen in het maatschappelijk verkeer in acht moeten nemen.

In de tweede plaats valt op dat de genoemde criteria moeilijk toets- en vaststelbaar zijn, in het bijzonder de eerste twee. Hoe dient immers de mate van waarschijnlijkheid door de werkgever te worden gemeten? Op welke wijze moet hij de hoegrootheid van de kans op ongevallen bepalen, gerelateerd aan de hiervoor genoemde waarschijnlijkheid? Moet hij dit schatten op basis van zijn (levens)ervaring? Zijn daarvoor empirische gegevens noodzakelijk en/of moeten die worden verzameld? De ernst van de gevolgen van het ongeval kan redelijk worden beoordeeld, hoewel het missen van de toppen van drie vingers voor een fervent amateur-pianist veel ernstiger is dan voor bijvoorbeeld een dartsplayer (die met zijn niet gehavende hand de pijltjes werpt). Dat roept de vraag op of de ernst van de gevolgen objectief door de werkgever

20 We gaan ervan uit dat de woorden 'in dat kader' zowel betrekking hebben op de door de werkgever te nemen veiligheidsmaatregelen als op de door hem te geven instructies en waarschuwingen.

moet worden vastgesteld of dat die ernst varieert al naar gelang de werknemer die achter een gevaarlijke machine staat. Hetzelfde kan worden gezegd van de mate van bezwaarlijkheid van de te nemen veiligheidsmaatregelen. Vermoedelijk zullen hier vooral financiële aspecten een rol spelen, dat wil zeggen de kosten voor gepleegde investeringen teneinde de veiligheid te vergroten. Maar betekent dit dat van een werkgever die er financieel-economisch niet gunstig voor staat, minder kan worden gevergd dan van een werkgever die het voor de wind gaat? Voor de eerste is het bezwaarlijker bepaalde investeringen te plegen dan voor de tweede. Deze consequentie lijkt onaanvaardbaar, omdat de mate van zorgplicht niet van de financieel-economische situatie van de werkgever kan en mag afhangen.<sup>21</sup> Dus toch objectivering van de bezwaarlijkheid? Het zijn niet onbelangrijke vragen die al naar gelang de wijze van beantwoording grote financiële verplichtingen met zich kunnen brengen op grond van aansprakelijkheidstelling ex artikel 7:658 BW.

2.5 Na het noemen van de vier uit Kelderluik afkomstige criteria differentieert de Hoge Raad vervolgens in Bayar/Wijnen Groothandel tussen hetgeen van de werkgever kan worden gevergd op het punt van de te treffen veiligheidsmaatregelen en de in acht te nemen instructies en waarschuwingen. Ten aanzien van de categorie veiligheidsmaatregelen oordeelt de Hoge Raad dat als effectievere maatregelen ter voorkoming van een ongeval mogelijk waren, onderzocht moet worden 'waarom niettemin het aanbrengen van deze voorzieningen destijds niet van de werkgever kon worden gevergd, waarbij naast de hiervoor genoemde factoren van belang is in hoeverre het treffen van een dergelijke veiligheidsmaatregel reeds voordat een ongeval zich had voorgedaan voor de werkgever of voor de deskundigen waarover hij in zijn bedrijf beschikt voor de hand lag'. Uit deze overweging vloeit naar onze mening voort dat de Hoge Raad aan de vier in Kelderluik genoemde criteria nog een vijfde toevoegt. Als effectievere maatregelen mogelijk waren, moet *ook* worden beoordeeld in hoeverre het 'voor de hand lag' dat die maatregelen voorafgaande aan het plaatsvinden van het ongeval wel zouden zijn genomen. Hier wordt derhalve de eis van voorzienbaarheid opgevoerd, die *mede* moet worden betrokken bij het antwoord op de vraag of de door de werkgever getroffen veiligheidsmaatregelen toereikend waren.<sup>22</sup> Met deze overweging sneuvelde het oordeel van de rechtbank in hoger beroep. Deze had zich immers bij zijn oordeel volledig op het voorzienbaarheids criterium gebaseerd, hetgeen de Hoge Raad als een te beperkte toets kwalificeerde.

21 Vgl. de parallel met de hoogte van de vergoeding en het Habe-nichts-verweer van de werkgever in een 685-procedure. Dit verweer speelt wel degelijk een rol.

22 Dit betekent dat de voorzienbaarheid in andere gevallen van gevaarstelling, waarbij een werkgever niet betrokken is, geen criterium is voor aansprakelijkheidsstelling (ex artikel 6:162 BW).

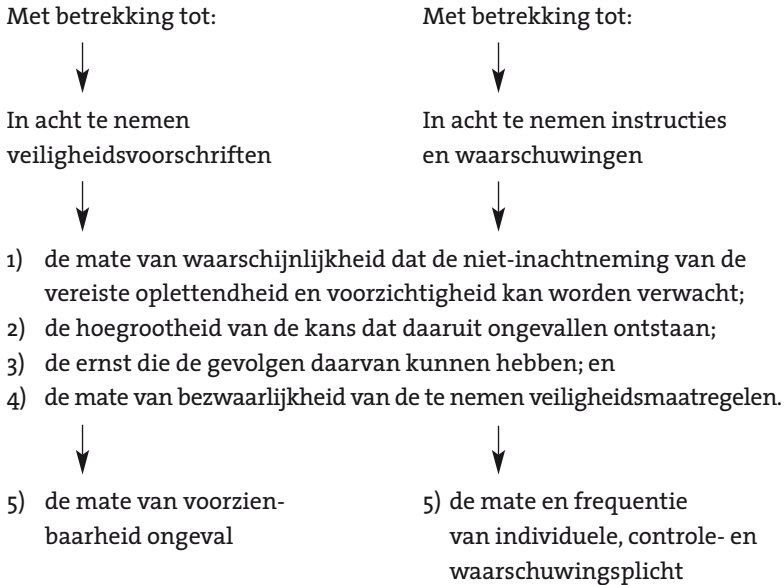
Aansprakelijkheid kan ook volgen als een ongeval niet voorzienbaar was. Los hiervan moet opnieuw de vraag worden gesteld hoe die voorzienbaarheid (in de zin van 'voor de hand liggen') moet worden vastgesteld. Moet dit (ook weer) op grond van ervaring en intuïtie worden ingeschat, of dient dit veeleer op basis van concreet (deskundigen)onderzoek te worden beoordeeld? En, voegen wij hier nu met zoveel woorden aan toe, als het gaat om ervaring en intuïtie: van de werkgever, van de rechter of van beiden? Dient de voorzienbaarheid te worden geobjectiveerd of hangt de te treffen voorziening mede af van de persoon van de werknemer en diens kwalificaties en werkervaring? In Bayar/Wijnen Groothandel is opmerkelijk dat de Hoge Raad in het licht van de voorzienbaarheid relevant acht dat de werkgever na het plaatsvinden van het ongeval een extra beveiligingsstrip op de plek van het ongeval (de richel waar Bayar zijn hand doorheen duwde) heeft aangebracht. Deze omstandigheid had volgens de Hoge Raad 'aanleiding moeten zijn voor een onderzoek naar de vraag waarom het aanbrengen van die voorziening niet reeds vóór het ongeval van Wijnen kon worden gevegd'. Later plaatsgevonden hebbende handelingen kunnen dus extra reden zijn de vraag op te werpen waarom zij niet vóór het ongeval hadden kunnen en moeten gebeuren. Dit zou kunnen betekenen dat de werkgever (na afloop) maar beter geen extra voorziening kan aanbrengen, want dat werkt enkel de gedachte in de hand dat hij dit ook op een eerder tijdstip (vóór het ongeval) had kunnen doen. Op deze wijze werkt het recht min of meer contraproductief en draagt het eerder bij aan een bestendinging van een gevaarlijke situatie dan aan een voorkoming daarvan.

Voor zover het waarschuwingen en instructies betreft, wijst de Hoge Raad er – onder verwijzing naar het al genoemde arrest Jetblast uit 2004 – op dat het in het algemeen niet voldoende is dat de gebruiker van een machine op de hoogte kan zijn van het gevaar. Van doorslaggevende betekenis is of te verwachten valt dat deze waarschuwing zal leiden tot een handelen of nalaten waardoor dit gevaar wordt vermeden. Er rust daarmee op de werkgever niet uitsluitend de plicht te controleren of overeenkomstig de verstrekte instructies en waarschuwingen wordt gehandeld, maar er rust op hem eveneens een actieve waarschuwings- en instructieplicht indien de werknemer die instructies en waarschuwingen negeert. Dat betekent in feite dat per werknemer – individueel en dus subjectief – en in een zekere regelmaat moet worden beoordeeld of de instructies en waarschuwingen worden opgevolgd. Dit gaat ook op voor de werknemer die in de proeftijd wordt opgezegd, maar die nog enkele weken aan het werk mag blijven om hem in de gelegenheid te stellen een aansluitende werkkring te vinden.<sup>23</sup>

23 Vgl. HR 9 december 2005, JAR 2006/16.

In schema kunnen de criteria die de zorgplicht van de werkgever ex artikel 7:658 BW invullen, als volgt worden weergegeven:

### Zorgplicht werkgever



2.6 Anders dan Giesen zijn wij van mening dat de Hoge Raad inzake het bereik van de zorgplicht van de werkgever ex artikel 7:658 BW geen blijk geeft van een 'golvende' rechtsontwikkeling. Er is geen sprake van een wisselend perspectief op grond waarvan gedurende de ene periode een lichtere en gedurende de andere periode een zwaardere zorgplicht op de schouders van de werkgever rust. In de sleutel van het leerstuk van de gevaarstelling heeft de Hoge Raad criteria geformuleerd die wel of niet een machine of situatie betreffen die gevaarlijk zijn. Aldus draait het om het leerstuk van de gevaarstelling dat vanaf het arrest Kelderluik door de Hoge Raad tot ontwikkeling is gebracht. Of en wanneer echter een machine of situatie als 'gevaarlijk' kan worden gekwalificeerd, is rechtens anno 2006/2007 niet duidelijk. Bovendien, als eenmaal de barrière van de gevaarstelling is genomen, zijn weliswaar de toe te passen criteria bekend, maar op welke wijze zij precies moeten worden getoetst, staat niet vast.

De gestage stroom 658-arresten zal daarom voorlopig geen einde vinden.

*C.J.H. Jansen en C.J. Loonstra*