

W.H. van Boom, Annotatie bij HR 11-11-2005, C04/253HR,**Eerder gepubliceerd in: Jurisprudentie Aansprakelijkheid 2006//1, nr. 11, p. 115-119***Plaatsbepaling*

De werknemer kan letselschade die hij oploopt bij de uitoefening van de beroepswerkzaamheden, op de werkgever verhalen, tenzij deze kan aantonen dat hij geen zorgplicht heeft geschonden of dat de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer zelf (art. 7:658 BW). Werkgevers lijken deze bewijslastomkering nogal eens te onderschatten. Niet alleen dient de werkgever te bewijzen wát er is gebeurd (HR 29 juni 2001, *NJ* 2001, 476), maar ook dat hij in de gegeven omstandigheden voldoende zorg heeft betracht. Die zorgplicht is niet absoluut, zodat de werkgever niet de verplichting heeft om ‘door theoretisch en praktisch onfeilbaar werkende veiligheidsmaatregelen een werknemer volledig tegen gevaren te beschermen’ (aldus HR 14 april 1978, *NJ* 1979, 245). Het gaat er om of het gevaar op de werkvloer zodanig onder controle is gebracht als *redelijkerwijs* van de werkgever gevergd kan worden.¹ Dat klinkt vriendelijk, maar in werkelijkheid wordt een serieuze inspanning van de werkgever gevraagd. En de feitenrechter moet in dat verband *alle* relevante omstandigheden serieus wegen, zo luidt de boodschap van dit arrest.

Welke nieuwe regel biedt dit arrest?

Aan het arrest is niet nieuw dat het een bijzondere zorgplicht legt op werkgevers die zich van gevaarlijke machines bedienen. Dat was al langer de lijn van de rechtspraak van de Hoge Raad.²

Wel nieuw is naar mijn inschatting dat de Hoge Raad een duidelijke normenhiërarchie aanlegt. De werkgever dient namelijk eerst te onderzoeken of afdoende preventieve maatregelen mogelijk zijn danwel of een veiliger werking van de machine mogelijk is, en pas als dat niet het geval is mag hij naar een ‘second best’ oplossing zoeken, te weten of op een voldoende effectieve wijze voor het gevaar kan worden gewaarschuwd.

Ik denk dat de Hoge Raad deze hiërarchie met opzet zo heeft geformuleerd, zodat een werkgever ten processe niet kan volstaan met het verweer dat is nagedacht over de manier waarop gewaarschuwd werd. Hij zal ook moeten aangeven dat in het bedrijf werkelijk is nagedacht over alternatieve ontwerpen en betere beveiliging. Hoe precies deze hiërarchie toegepast moet worden, zal nog moeten [116] blijken. Ik vraag mij bijvoorbeeld af wat de positie is van een werkgever die in het geheel niet kan aangeven of en zo ja in welke zin is overwogen om de veiligheid van de machine aan te (laten) passen. De Hoge Raad eist in dit arrest dat de werkgever daar onderzoek naar heeft gedaan. Zal de werkgever die niet kan bewijzen dat hij dat onderzoek heeft gedaan, dan per definitie

¹ Zie in dit verband over de totstandkomingsgeschiedenis van het woordje ‘redelijkerwijs’ in art. 1638x (oud) BW L. Bier, *Aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten*, Deventer: Kluwer 1988, p. 171 e.v., m.n. p. 206 e.v.

² Bijv. HR 14 april 1978, *NJ* 1979, 245 (Messaoudi/Hoehst); HR 29 april 1983, *NJ* 1984, 19 (De Vries/Kuyt).

geacht worden zijn zorgplicht te hebben geschonden (om vervolgens de omkeringsregel tegen zich toegepast te zien)? Als dat inderdaad de bedoeling van de Hoge Raad is, dan leidt dit arrest al snel tot een verzwaring van de procespositie voor werkgevers. De hiërarchie (dat wil zeggen: eerst onderzoeken of alternatief mogelijk is, daarna pas teruggrijpen op waarschuwingen) lijkt in elk geval aan te sluiten bij de lijn in de rechtspraak dat een werkgever niet altijd kan volstaan met het geven van instructies, maar dat hij ook op naleving daarvan heeft toe te zien.³ Het komt er anders gezegd op neer dat instrueren en waarschuwen de werkgever niet disculperen als de machine het gevaar op zeer ernstig letsel met zich brengt. Dan zal actief toezicht – of zoals hier: het aanpassen van de machine – nodig zijn.

Nog een opmerking over het woord ‘mogelijk’. De Hoge Raad spreekt over de verplichting van (onderzoek naar) maatregelen die *mogelijk zijn*, maar gezien de context en de verwijzing naar het uitgangspunt dat art. 7:658 BW niet een absolute waarborg beoogt te scheppen, kan dit niet zo strikt bedoeld zijn. In theorie zijn altijd oneindig veiliger machines en werkprocessen mogelijk, maar daar gaat het in de ogen van de Hoge Raad niet om. Het gaat er om of, gegeven de grootte van de kans op ongevallen, de ernst van het te verwachten letsel, het ervaringsfeit van verminderde oplettendheid van de werknemer en het uitgangspunt dat waarschuwen alleen zinvol is als daar effectiviteit van te verwachten is, de werkgever die maatregelen heeft genomen die *redelijkerwijs* nodig zijn. Dat vergt een afweging van risico’s enerzijds en de bezwaarlijkheid van voorzorg, ook in financiële zin, anderzijds. En die afweging is iets anders dan het simpele beantwoorden van de vraag of een bepaalde maatregel *mogelijk* is. Een Duitse rechter zou hier waarschijnlijk het woord ‘zumutbar’ hebben gebruikt, en dat laat zich eerder vertalen als ‘redelijkerwijs mogelijk’ of ‘naar redelijkheid te eisen’. En dat komt dichterbij de buurt.

Effectief waarschuwen

Wat betreft waarschuwingen geldt dat, als het bij gebreke van maatregelen die het gevaar kunnen wegnemen slechts mogelijk is om te waarschuwen voor het gevaar, deze waarschuwing alleen dan een afdoende maatregel is wanneer te verwachten valt dat de werknemer door de waarschuwing het gevaar zal vermijden. Van deze maatstaf, ontleend aan het *Jetblast*-arrest,⁴ is niet eenvoudig te voorspellen hoe zij zich verder zal ontwikkelen. Want hoe stelt een rechter vast dat van een waarschuwing effectiviteit te verwachten valt? Ik licht dat toe: stel dat in een zaak als de onderhavige door de feitenrechter wordt vastgesteld dat de machine van verschillende pictogrammen, teksten en beschermkappen was voorzien die – aldus de rechter – de werknemer indringend voor de gevaren van de machine waarschuwen. Wat nu als de rechter op eigen gezag oordeelt dat van deze waarschuwingen mag worden verwacht dat zij ook de gemiddeld onoplettende en onvoorzichtige werknemer aanstonds duidelijk maken dat hij niet zijn hand in het apparaat moet steken vanwege het grote amputatiegevaar? Door zo te

³ Vgl. S. D. Lindenbergh, *Arbeidsongevallen en beroepsziekten*, Deventer: Tjeenk Willink 2000, p. 36-38.

⁴ HR 28 mei 2004, *NJ* 2005, 105 (Hartmann/Princess Juliana Airport), vervolgd door het verwijzingsarrest van het Gemeenschappelijk Hof Ned. Antillen en Aruba 18 maart 2005, *NJ* 2005, 302. Kritisch over het arrest van de Hoge Raad in deze zaak I. Giesen, *Handle with care! De waarschuwingsplicht in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: BJU 2005, p.

overwogen, past de rechter de begrenzing van het Kelderluik-arrest toe zoals die is vastgesteld in *Waterschap Zeeuwse Eilanden / Royal Nederland*.⁵ Is dat toegestaan? Of dient daarvoor uitgebreid feitenonderzoek te worden gedaan naar de effectiviteit van de waarschuwing, zoals een feitenonderzoek naar de ongevalcijfers met de betreffende machine (compleet met waarschuwingen), vergeleken [117] met de cijfers bij vergelijkbare machines zonder waarschuwing? Dat laatste lijkt mij gezien de huidige rechterlijke taakopvatting van de Hoge Raad onwaarschijnlijk, dus veel meer dan een gemotiveerde inschatting door de feitenrechter zal hier waarschijnlijk naar geldend recht niet nodig zijn.

Overigens speelt hier nog dat het (mij) niet duidelijk is of de regel uit *Waterschap Zeeuwse Eilanden / Royal Nederland* ('u hoeft niet te waarschuwen voor gevaren die ook een onoplettende persoon op voorhand direct duidelijk hadden moeten zijn') überhaupt onverkort van toepassing is op werkgeversaansprakelijkheid voor gevaarlijke machines. Immers, de Hoge Raad eist in het onderhavige arrest dat de werkgever ook anticipeert op ingeslepen routine en verminderde voorzichtigheid, en rekening houdt met weinig voorzienbare ongevallen. Wellicht geldt dat als een bepaald amputatiegevaar ook aanstonds duidelijk moet zijn voor een routineuze, onoplettende en weinig geconcentreerde medewerker, er geen maatregelen tegen getroffen behoeven te worden. Ik ben hier niet zeker van, want dit verweer tegen aansprakelijkheid lijkt haaks te staan op de vergaande anticipatieplicht zoals die voor de werkgever geldt. Ook de wijze waarop de Hoge Raad omgaat met het begrip 'voorzienbaarheid' – daarover hierna – lijkt er op te duiden dat hier een strengere norm voor de werkgever geldt dan die welke voor wegbeheerders werd geformuleerd in *Waterschap Zeeuwse Eilanden / Royal Nederland*.

Voorzienbaarheid

Het verweer van de werkgever in de onderhavige zaak kwam er kort gezegd op neer dat de gedraging van de werknemer zo onwaarschijnlijk was, dat de werkgever ter voorkoming van de schade door dát gedrag geen zorgplicht had. Daar zit een kern van waarheid in als er maar één manier is waarop een werknemer letsel kan oplopen, namelijk door zijn hand in het werkende apparaat te steken en zijn hand voorbij de richel in het binnenwerk te wringen. Kennelijk, zo lijkt de Hoge Raad aan te nemen, was dat evenwel niet de enige manier om letsel op te lopen. Van doorslaggevende betekenis is niet of de werkgever de specifieke gedragingen die tot het ongeval hebben geleid (hier: het ver insteken van de hand in de machine) heeft moeten voorzien, omdat onoplettendheid bij het bedienen *veelal* op verschillende wijzen tot een ongeval kan leiden, aldus de Hoge Raad (r.ov. 3.3.2 i.f.). De Hoge Raad lijkt hier te refereren aan de toerekening naar redelijkheid als bedoeld in artikel 6:98 BW. Op grond van vaste rechtspraak geldt dat de onvoorzienbare *manier waarop* het letsel zich manifesteert niet in de weg hoeft te staan aan toerekening van het gevolg aan de gebeurtenis, zolang het gevaar als zodanig onderkend en weggenomen had moeten worden. De opsteller van het cassatiemiddel kende die rechtspraak ook ongetwijfeld, en ik maak mij sterk dat hij daarom op iets anders de aandacht wilde vestigen. Denkbaar is dat bij déze machine er maar één manier was om onder invloed van onoplettendheid letsel op te lopen, namelijk door de hand tot over de richel in het apparaat te duwen. Als dat zo is, is een feitelijk onderzoek naar de voorzienbaarheid wel van belang. De benaderingswijze van de

⁵ HR 26 september 2003, *NJ* 2003, 660, o.a. besproken door I. Giesen, *AV&S* 2004/1, p. 35.

conclusie OM (nr. 14) spreekt mij daarom meer aan. Daarin wordt namelijk gesteld dat het oordeel van de rechtbank dat het gedrag van de werknemer niet voorzienbaar was, onvoldoende gemotiveerd was tegen de achtergrond van de feiten. Bovendien, zo overweegt P-G Hartkamp terecht, moet niet alleen naar de grootte van de kans (volgens de rechtbank hier kennelijk: zeer klein en daarmee ‘onvoorzienbaar’) maar naar alle relevante factoren worden gekeken. Dat heeft de rechtbank hier niet gedaan.

Maatregelen ná het ongeval

Net als in *Messaoudi/Hoehst* (HR 14 april 1978, NJ 1979, 245) oordeelt de Hoge Raad in dit arrest dat een ná het ongeval getroffen voorzorgmaatregel relevant is bij de vraag of de werkgever vóór het ongeval zijn zorgplicht heeft verzaakt. Indien vaststaat dat ten tijde van het ongeval een bepaalde voorziening mogelijk was, waardoor dit ongeval zou zijn voorkomen, moet onderzocht worden waarom niettemin het aanbrenge van deze voorziening toentertijd niet van de werkgever kon worden gevergd, aldus toen en nu de Hoge Raad. Bij dat onderzoek moet naast de al genoemde wegingsfactoren ook de vraag worden gesteld of deze maatregel voor de werkgever ‘of voor de deskundigen waarover hij in zijn bedrijf beschikt’ destijds voor de hand liggend was.

[118] In mijn Tilburgse oratie (*Structurele fouten in het aansprakelijkheidsrecht*, 2003, p. 15 e.v.) heb ik mijn zorg uitgesproken over het gebruik van dergelijke gegevens van ná het ongeval, omdat daarbij het risico van *hindsight bias* bestaat. Door de voorzorgsmaatregel die na het ongeval werd getroffen mee te wegen, ontstaat voor de feitenrechter de cognitieve verleiding om te oordelen dat het onzorgvuldig was om die maatregel niet ook al vóór het ongeval te treffen. Die verleiding moet worden weerstaan omdat kort gezegd bij het aannemen van aansprakelijkheid een rationele ex ante risicoafweging centraal staat en het nemen van een veiligheidsmaatregel ná het ongeval ook overmatige zorg kan zijn. Als de kans op amputatie door een verpakkingmachine buitengewoon klein is (er is bijvoorbeeld maar één manier om bekneld te raken, namelijk door een kleine opening in het apparaat waar alleen iemand met bijzonder kleine of lenige handen bij kan, en dan alleen nog door een beveiligingsrichel weg te nemen, en gerichte waarschuwingen en indringende instructie te negeren), kan de conclusie zijn dat de werkgever – gegeven de zeer geringe kans en de getroffen maatregelen – zijn zorgplicht is nagekomen. Dan zou kennismaking van het enkele feit dat na het ongeval een geheel ander apparaat is aangeschaft dat een dergelijk ongeval onmogelijk maakt, in dit opzicht vertekenend kunnen werken. In elk geval zal grondig onderzoek moeten worden gedaan naar de motieven om een ander apparaat te kiezen; wellicht was het andere apparaat al aan vervanging toe of werd het apparaat vervangen om de arbeidsrust na het ongeval te herstellen? Voorkomen moet naar mijn mening in elk geval worden dat in het rechterlijk beslissingsproces een overmatige zorg ná het ongeval beslissend wordt voor de beoordeling van het gedrag vóór het ongeval. Dat zou namelijk op gespannen voet staan met de grondslag van aansprakelijkheid: de toetsing van het gedrag van de werkgever, gemeten naar de kennis en het inzicht zoals dit van de werkgever vóór het ongeval mocht worden verwacht. Daarbij staat onder meer centraal – gezien de Kelderluik-leer – of hij ten tijde van het ongeval de juiste afweging van risico en voorzorg heeft gemaakt. Ook om een andere reden moet worden gewaakt tegen het te gemakkelijke gebruik van gegevens over voorzorg ná het ongeval: het lijkt mij maatschappelijk gezien weinig acceptabel om een voorzorgsmaatregel welke als gebaar

van goed werkgeverschap bedoeld kan zijn, vervolgens aan de werkgever voor te houden als bewijs van zijn falen.

Op welke gevallen is de regel van toepassing?

Het is vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat álle omstandigheden van het concrete geval meewegen bij de vraag of de werkgever in zijn zorgplicht tekortgeschoten is. Toch zijn er wel algemene lijnen te destilleren uit de rechtspraak. Ook met het onderhavige arrest formuleert de Hoge Raad algemenere regels. Hoe algemeen mag r.o.v. 3.3.2 worden toegepast op andere gevallen? De regel is in elk geval van toepassing op gevaarlijke machines ‘als de onderhavige’, waarmee de Hoge Raad verwijst naar een machine ‘die bij bediening daarvan ernstige gevaren kan opleveren voor de betrokken werknemer, zoals het gevaar van amputatie’.

Moet het gaan om niet-alledaagse apparatuur, of geldt de normstelling ook voor consumentenwitgoed en –bruingoed? Stel dat een werkgever een keuken heeft met apparatuur die men ook thuis wel aantreft, zoals een keukensnijmachine, waar de catering-medewerkster kaas mee snijdt. Als zij haar vingertoppen verliest aan het apparaat, zal met toepassing van dit arrest gelden dat de werkgever had moeten onderzoeken of er afdoende preventieve maatregelen bij dit apparaat mogelijk zijn, of een veiliger werking van de machine mogelijk is, en eventueel of op een voldoende effectieve wijze voor het gevaar kan worden gewaarschuwd.⁶ Is dat niet teveel voorzorg gevraagd voor zoiets alledaags als een snijmachine? Ik vermoed dat in dit opzicht een glijdende schaal bestaat tussen het uitersten van dit arrest en het arrest *Laudy / Fair Play* (HR 4 oktober 2002, *NJ* 2004, 175). In laatstgenoemde zaak schoot een werkneemster die met een scherp geslepen mes puntbroodjes [119] wilde snijden, met het mes uit en sneed in haar vinger. De Hoge Raad accordeerde het oordeel van de feitenrechter dat de werkgeefster niet tekortgeschoten was door na te laten haar werknemers te waarschuwen voor het nieuwe (of geslepen) broodmes, ‘in aanmerking genomen dat van algemene bekendheid is dat een mes dat geschikt is om zachte puntbroodjes mee te snijden zo scherp is dat de gebruiker daarvan het gevaar loopt zich bij dat werk te snijden’. Voor de eigenschappen van een mes hoeft niet te worden gewaarschuwd, terwijl voor de eigenschappen van een verpakkingsmachine meer dan alleen moet worden gewaarschuwd: er moet onderzoek worden gedaan naar de veiligheid en veiliger alternatieve ontwerpen. Ik heb nooit goed begrepen waarom de lat in *Laudy / Fair Play* zo laag is gelegd en in gevallen van machinerie zo hoog wordt gelegd. Ik zou dat gevaar ook in dit laatste geval ‘van algemene bekendheid’ willen noemen.⁷ Misschien heeft het te maken met de bijzondere status van ‘apparaten die men thuis niet heeft’. Ik zou mij in elk geval kunnen voorstellen dat de snijmachine in mijn voorbeeld ergens in het middenspectrum van de zorgplicht geplaatst moet worden.

Verwijzing na cassatie

⁶ De werkgever die zo geschrokken is van het ongeval dat hij het apparaat weggooit en alleen nog maar een gewone kaasschaaf neerlegt in de keuken, heeft een bewijsachterstand: hij heeft dan na het ongeval namelijk een voorziening getroffen die hij eigenlijk ook wel voor het ongeval had kunnen treffen.

⁷ Vgl. J. Spier, in: J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2003, p. 190, die aanbeveelt het arrest eng te interpreteren.

Dat de Hoge Raad het appelvonnis van de rechtbank heeft vernietigd, is juist. De motivering van de uitspraak is namelijk nogal kort door de bocht geformuleerd en laat een aantal factoren die van oudsher onderzocht en gewogen moeten worden, volledig buiten beschouwing. De verwijzingsrechter zal nu, denk ik, vooral moeten nagaan of de werkgever voldoende onderzoek heeft gedaan naar de veiligheid van het apparaat. Dat het apparaat na het ongeval is aangepast, moet daarbij ook worden meegewogen. Het is te hopen dat deze voorzorg ná het ongeval de rechter niet tot 'wijsheid achteraf' verleidt.