

11 | Onbeantwoorde vragen over de aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen?

Y.L.L.A.M. Delfos-Roy [▪]

1 INLEIDING

Wanneer een werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt, biedt artikel 7:658 BW hem de mogelijkheid zijn werkgever hiervoor aansprakelijk te stellen.

De jurisprudentie betreffende dit artikel is zo genuanceerd dat het geen verwondering wekt dat vragen blijven rijzen. Veel uitspraken gaan over de zorgplicht van de werkgever en de betekenis van de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer daarvoor. In deze bijdrage zal worden onderzocht of de Hoge Raad met zijn uitspraak van 11 juli 2008¹ door verwijzing naar 81 RO op dit terrein vragen onbeantwoord heeft gelaten.

Ook speelt de problematiek over de afbakening van aansprakelijkheid van de werkgever op grond van artikel 7:658 BW of op grond van artikel 7:611 BW (goed werkgeverschap). In deze bijdrage zal tevens worden onderzocht of de Hoge Raad met zijn uitspraak van 8 februari 2008² door verwijzing naar 81 RO op dit terrein vragen onbeantwoord heeft gelaten.

Was in de hier genoemde zaken een inhoudelijke beslissing van de Hoge Raad wel nodig of had de Hoge Raad in andere uitspraken al duidelijkheid verschaft?

2 STELPLICHT EN BEWIJSLAST VAN DE WERKNEMER

Voordat met bovenbedoeld onderzoek betreffende de invloed van de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer op de zorgplicht van de werkgever wordt aangevangen wil ik graag nog kort ingaan op de stelplicht en de bewijslast van de werknemer.

Wil een werknemer zijn werkgever aansprakelijk stellen dan zal de werknemer op grond van artikel 7:658 lid 2 moeten aantonen,³ dat wil zeggen stellen en zonedig bewijzen, dat hij de schade waarvan hij vergoeding vordert,

▪ Y.L.L.A.M. Delfos-Roy is universitair docent bij de afdeling Civiel recht, Universiteit Leiden.

1 HR 11 juli 2008, *RvdW* 2008, 759 (rolsteiger).

2 HR 8 februari 2008, *NJ* 2008, 93 (Lagraauw/Van Schie).

3 Jac. Hijma en M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2008, nr. 422b.

heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden voor de werkgever.⁴ In geval van gezondheidsklachten is dan nodig dat de werknemer stelt en zonodig bewijst dat hij zijn werkzaamheden onder omstandigheden die schadelijk kunnen zijn voor zijn gezondheid heeft moeten verrichten en dat hij stelt en zonodig aannemelijk maakt dat hij lijdt aan gezondheidsklachten welke door deze omstandigheden kunnen zijn veroorzaakt.⁵ Uit de conclusie van A-G Spier voor Hoge Raad 6 februari 2009⁶ – een uitspraak waarin de Hoge Raad het cassatieberoep onder verwijzing naar 81 RO verwerpt – leid ik af dat de A-G de mening is toegedaan dat de rechter kan oordelen dat de werknemer aan dit laatste element heeft voldaan wanneer hij aannemelijk heeft gemaakt dat hij lijdt aan gezondheidsklachten die in het algemeen door deze omstandigheden kunnen worden veroorzaakt en er geen goede grond bestaat om in het concrete geval te oordelen dat dit ten aanzien van betrokkene anders zou zijn. In het onderhavige geval betrof het blootstelling aan neurotoxische oplosmiddelen.

De benadering van de A-G lijkt mij de juiste. Ook het hof is, volgens de A-G, van deze benadering uitgegaan. De Hoge Raad heeft gezien de verwijzing naar 81 RO mogelijk geen grond gezien deze benadering te corrigeren. Het desbetreffende, van de zijde van de werkgever aangevoerde onderdeel van het cassatiemiddel ging naar ik de A-G begrijp, van een andere benadering door het hof uit. Namelijk dat niet nodig zou zijn dat de werknemer aannemelijk maakt dat de blootstelling van werknemer aan de gevaarlijke stoffen tot gezondheidsklachten bij werknemer kan hebben geleid maar dat voldoende zou zijn dat de desbetreffende stoffen waaraan werknemer was blootgesteld “op zich zelf” tot gezondheidsschade zouden kunnen leiden.

Is de door de werknemer geleden schade het gevolg van een ongeval dan zal deze, om op grond van artikel 7:658 BW schadevergoeding te kunnen vorderen, dienen te stellen en zonodig bewijzen dat het ongeval hem in de uitoefening van zijn werkzaamheden voor de werkgever is overkomen.⁷ Heeft de werknemer aangetoond dat hij de schade waarvan hij vergoeding vordert, heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden voor zijn werkgever dan is de werkgever aansprakelijk, tenzij deze aantoont dat hij voldoende zorg als bedoeld in artikel 7:658 lid 1 BW heeft betracht of dat de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer,

4 HR 15 december 2000, NJ 2001, 198 (Van Uitert/Jalas); zie ook HR 9 januari 2009, RvdW 2009, 172 (Landskroon/BAM).

5 HR 9 januari 2009, RvdW 2009, 172 (Landskroon/BAM); HR 23 juni 2006, JAR 2006, 174; Zie voor psychische klachten A-G Verkade, in zijn conclusie voor HR 5 juni 2009, RvdW 2009, 691 (ABN AMRO), in deze zaak werd het cassatieberoep onder verwijzing naar 81 RO verworpen. Zie voor het RSI-syndroom HR 20 mei 2005, RvdW 2005, 75 (B/Zee), welke uitspraak elders in deze bundel wordt behandeld door A.G. Castermans en P.W. den Hollander, ‘Werkgeversaansprakelijkheid voor RSI, *repetitive strain* voor de rechter’.

6 HR 6 februari 2009, RvdW 2009, 279 (Rendamax).

7 HR 15 december 2000, NJ 2001, 198; Asser/Heerma van Voss 2008 (7-V), nr. 252.

artikel 7:658 lid 2 BW, hetzij dat nakoming van de in artikel 7:568 lid 1 BW bedoelde zorgplicht de schade niet zou hebben voorkomen.⁸

3 ZORGPLICHT

De zorgplicht van artikel 7:658 lid 1 BW houdt in dat de werkgever voor het verrichten van de arbeid 'zodanige maatregelen treft en aanwijzingen geeft als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt'⁹

Voor het antwoord op de vraag of de werkgever aan deze zorgplicht heeft voldaan geldt, aldus de Hoge Raad, als uitgangspunt 'dat de omvang van deze zorgplicht in de eerste plaats en in elk geval wordt bepaald door hetgeen op grond van de regelgeving op het terrein van de arbeidsomstandigheden van de werkgever gevegd wordt.'¹⁰ De wetgever heeft immers materieel geen onderscheid willen maken tussen enerzijds de zorgplicht van de werkgever als bedoeld in artikel 3 lid 1 van de Arbeidsomstandighedenwet en anderzijds de civielrechtelijke zorgplicht.¹¹ Gezien de ruime strekking van de zorgplicht kan, aldus de Hoge Raad, – hoewel met artikel 7:658 BW niet is beoogd een absolute waarborg voor bescherming van de werknemer tegen het gevaar van arbeidsongevallen te scheppen, ook niet voor werknemers wier werkzaamheden bijzondere risico's van ongevallen meebrengen – niet snel worden aangenomen dat de werkgever daaraan heeft voldaan.¹²

Voorts overweegt de Hoge Raad dat de in artikel 7:658 lid 1 BW op de werkgever gelegde zorgverplichting – kort gezegd – ten eerste iedere plaats die in verband met het verrichten van arbeid wordt of pleegt te worden gebruikt, betreft. Dat wil zeggen de 'arbeidsplaats' zoals omschreven in artikel 1 lid 3, aanhef en onder g, Arbeidsomstandighedenwet.¹³ 'De zorgplicht van de werkgever houdt immers nauw verband met zijn zeggenschap over de werkplek en zijn bevoegdheid zijn werknemer aanwijzingen te geven ter zake van de (wijze van) uitoefening van diens werkzaamheden(...).'¹⁴ De zorgplicht van artikel 7:658 BW kan zich evenwel ook uitstrekken over plaatsen die niet kunnen worden aangemerkt als arbeidsplaats in de hier genoemde zin, bijvoorbeeld omdat de werkgever daar geen zeggenschap heeft over de

8 HR 10 december 1999, *NJ* 2000, 211, m.nt. PAS (Fransen/Stichting Pasteurziekenhuis).

9 HR 12 december 2008, *NJ* 2009, 332, (Maatzorg/Van der Graaf), r.o. 3.5.1, m.nt. T. Hartlief onder *NJ* 2009, 335.

10 HR 12 december 2008, *NJ* 2009, 332, r.o. 3.5.2.

11 HR 12 december 2008, *NJ* 2009, 332, r.o. 3.5.2.

12 HR 12 december 2008, *NJ* 2009, 332, r.o. 3.5.3.

13 HR 12 december 2008, *NJ* 2009, 332, r.o. 3.5.4.

14 HR 12 december 2008, *NJ* 2009, 332, r.o. 3.5.4.

gesteldheid, de inrichting, het gebruik door anderen en de veiligheid, zoals de openbare weg in het geval van deelneming aan het verkeer.¹⁵

In het kader van de zorgplicht van de werkgever zijn meerdere arresten geweest. Als aangegeven zal in deze bijdrage worden onderzocht of de Hoge Raad met zijn uitspraak van 11 juli 2008¹⁶ ten aanzien van de invloed van de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer op deze zorgplicht vragen onbeantwoord heeft gelaten door verwijzing naar 81 RO.

Schending van specifieke veiligheidsvoorschriften

Uitgangspunt is, zo oordeelde de Hoge Raad, dat de omvang van de zorgplicht van de werkgever in de eerste plaats en in elk geval door hetgeen op grond van de regelgeving op het terrein van de arbeidsomstandigheden van de werkgever wordt gevegd, wordt bepaald.¹⁷

In de praktijk speelt de vraag of schending van een voor de werksituatie geldend specifiek veiligheidsvoorschrift kan worden gerechtvaardigd door een beroep op de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer. Hierover gaat het in de volgende drie uitspraken.

De eerste betreft Hoge Raad 16 mei 2003 *Dusarduyn/Du Puy*.¹⁸ Werknemer *Dusarduyn* die dakdekwerkzaamheden moest uitvoeren, is, toen hij zich over het dak verplaatste, over de ongeveer 20 cm hoge lichtkoepelrand heengestapt, waarna hij door het met isolatiemateriaal afgedekte gat is gevallen. Het gat voor de lichtkoepel onder het isolatiemateriaal was niet volgens de eisen van de *Arbowet* gemarkeerd, maar slechts door de bovengenoemde rand van de lichtkoepel. De rechtbank oordeelde dat de werkgever, *Du Puy*, desondanks aan haar zorgplicht had voldaan. Het betrof volgens de rechtbank een eenvoudig karwei met naar redelijke verwachting beperkte veiligheidsrisico's, gezien ook de omstandigheid dat *Du Puy*, die het werk voor haar opdrachtgever door *Dusarduyn* liet verrichten, niet wist dat er een lichtkoepel in het dak zou worden geplaatst. Onder deze omstandigheden hoefde *Du Puy* zich niet zelf van mogelijke veiligheidsrisico's op de hoogte te stellen maar mocht zij werknemer *Dusarduyn*, die een ervaren dakdekker in het bezit van een veiligheidsdiploma is, in staat achten zelf de risico's verbonden aan het karwei te beoordelen en naar bevind van zaken te handelen. De Hoge Raad oordeelt dat het van de omstandigheden van het geval afhangt of de in artikel 7.658 *BW* lid 1 bedoelde zorgplicht meebrengt dat een werkgever die een werknemer naar een karwei wil sturen vooraf een inventarisatie dient te maken van de aan die werkzaamheden verbonden veiligheidsrisico's.

15 HR 12 december 2008, *NJ* 2009, 332, r.o. 3.5.4 waarbij verwezen wordt naar HR 19 oktober 2001, *NJ* 2001, 663 (*PTT Post/Baas*); Zie ook HR 20 februari 2009, *NJ* 2009, 335, m.nt. T. Hartlief (*Van Riemsdijk/Autop*).

16 HR 11 juli 2008, *RvdW* 2008, 759.

17 HR 12 december 2008, *NJ* 2009, 332, r.o. 3.5.2.

18 HR 16 mei 2003, *NJ* 2004, 176 (*Dusarduyn/Du Puy*), m.nt. GHvV onder HR 12 september 2003, *NJ* 2004, 177.

De rechtbank heeft, aldus de Hoge Raad, geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door enerzijds op grond van de aard van de werkzaamheden en anderzijds op grond van de werkervaring van werknemer en diens kennis die uit het bezit van een veiligheidsdiploma blijkt te oordelen dat werkgever, Du Puy, niet in haar zorgplicht is tekort geschoten. Waarbij, naar ik de Hoge Raad begrijp, van belang is dat werkgever ten aanzien van de aan de werkzaamheden verbonden risico's is afgegaan en mocht afgaan op de aan haar door haar opdrachtgever verschaft informatie.

Deze uitspraak betreft een situatie waarin een werkgever weet noch behoort te weten dat zich een veiligheidsrisico ten aanzien waarvan een specifiek veiligheidsvoorschrift bestaat voordoet, in dat geval behoort zo leert ons deze zaak overtreding van dit voorschrift niet zonder meer te betekenen dat de werkgever zijn zorgplicht heeft geschonden ten opzichte van een ervaren werknemer die in het bezit is van een veiligheidsdiploma.¹⁹ De eigen verantwoordelijkheid beïnvloedt de zorgplicht van de werkgever. Of moet deze uitspraak als achterhaald worden beschouwd nu de Hoge Raad in de hiervoor behandelde Maatzorg zaak zo duidelijk heeft gekozen voor het uitgangspunt dat de omvang van de zorgplicht in de eerste plaats en in *elk* geval wordt bepaald door hetgeen op grond van de regelgeving op het terrein van de arbeidsomstandigheden van de werkgever gevestigd wordt? Ik neem, gezien dat het hier een uitgangspunt betreft, aan van niet.

Hoe staat het met de mogelijkheid voor een werkgever om zich op de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer te beroepen wanneer de werkgever wel op de hoogte is of behoort te zijn van een veiligheidsrisico ten aanzien waarvan een specifiek veiligheidsvoorschrift bestaat? Hierover gaat Hoge Raad 11 juli 2008.²⁰ De casus is als volgt.

Op 5 februari 2002 is werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden van een rolsteiger gevallen waardoor hij gewond is geraakt. De grond waar de steiger ten tijde van het ongeval stond was niet bestraat, maar bestond uit zand met bladeren en was oneffen. De steiger kon niet voldoende stabiel staan, waardoor deze is omgevallen toen de werknemer er bovenop stond en letselschade aan de arm van de werknemer is ontstaan. Volgens het hof²¹ was sprake van een onveilige werkplek en komt de vraag aan de orde wie er voor had moeten zorgen dat werknemer niet op deze onveilige steiger aan het werk

19 Dat het element weten of behoren te weten van belang is blijkt ook uit HR 9 februari 2007, *NJ* 2007, 105, r.o. 3.5.3 (R.F. Feenstra, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Elba II Sloopwerken BV/Haije), in die zaak werd gepoogd om, met een beroep op de veiligheidsdeskundigheid van werknemer en HR *NJ* 2004, 176, aan aansprakelijkheid te ontkomen. De Hoge Raad overweegt in r.o. 3.5.3. dat dit beroep niet opgaat omdat de situatie in de onderhavige zaak met name wat betreft hetgeen werkgeefster bekend was over de feitelijke situatie op de plaats waar de werkzaamheden zouden moeten worden uitgevoerd verschilt van de zaak in HR *NJ* 2004, 176.

20 HR 11 juli 2008, *RvdW* 2008, 759.

21 Te kennen uit conclusie van A-G Spier voor HR 11 juli 2008, *RvdW* 2008, 759.

ging. Vervolgens beantwoordt het hof deze vraag aldus dat het op de weg van de directe chef van de werknemer – die opdracht had gegeven om de werkzaamheden waarvoor de werknemer de steiger heeft gebruikt te verrichten en die van de situatie ter plaatse op de hoogte was – had gelegen om maatregelen te treffen ter voorkoming van het gevaar van omvallen van de steiger en om aan werknemer aanwijzingen te geven hoe hij veilig kon werken. Werkgever was er, aldus het hof, echter niet in geslaagd aan te tonen dat aan deze zorgplicht is voldaan.

De vordering van de werknemer om voor recht te verklaren dat, kort gezegd, de werkgever de schade die de werknemer ten gevolge van dit ongeval heeft geleden en nog zal lijden dient te vergoeden, wordt door het hof toegewezen.

Het door de werkgever aangevoerde cassatiemiddel houdt aldus A-G Spier²² in, dat een ervaren vakman als werknemer niet hoeft te worden gewaarschuwd dat hij geen steiger mag bouwen op oneffen ondergrond. Spier verwijst naar de op dit punt bestaande specifieke regels in het Arbeidsomstandighedenbesluit. Genoemd wordt artikel 3.28 lid 1 Arbeidsomstandighedenbesluit, dat bepaalt dat werkplekken op een bouwplaats die niet op de begane grond zijn stevig en stabiel moeten zijn en artikel 7.34 lid 1 (oud) ingevolge welk de opbouw van een steiger onder toezicht van een terzake deskundig persoon diende te geschieden, artikel 7.34 lid 2 dat daar aan toevoegde dat de veiligheid van de constructie in ieder geval voor ingebruikneming door een terzake deskundig persoon diende te worden gecontroleerd en artikel 7.34 lid 4 ingevolge welk verrijdbare steigers tegen ongewilde verplaatsing dienden te zijn beveiligd. Daar, aldus A-G Spier, moest worden aan genomen dat de werkgever op deze punten tekort was geschoten lag de vordering van werknemer voor dadelijke toewijzing gereed. De Hoge Raad heeft het cassatieberoep onder verwijzing naar 81 RO verworpen. Is daardoor onbeantwoord gebleven de vraag hoe de zorgplicht van de werkgever zich verhoudt tot de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer? Afgaande op het toenmalige art. 7.34 Arbeidsomstandighedenbesluit, ingevolge welk artikel de veiligheid van de constructie voor ingebruikneming door een deskundige diende te worden gecontroleerd, lijkt het antwoord te moeten zijn dat de werkgever de werknemer aanwijzingen dient te geven. Artikel 7.34 Arbeidsomstandighedenbesluit, dat thans nagenoeg het zelfde luidt, is een norm die de werkgever juist tot controle van de situatie dwingt.

Wat leert Hoge Raad 13 juli 2007²³ ons over de verhouding van door de (ervaren) werknemer te betrachten zorgvuldigheid en de zorgplicht van de werkgever?

22 Conclusie van A-G Spier voor HR 11 juli 2008, *RvdW* 2008, 759.

23 HR 13 juli 2007, *NJ* 2008, 464, (Van Veghel/Hendriks), m.nt. Heerma van Voss onder *NJ* 2008, 465.

Ook in deze zaak is aan de orde het probleem of ervarenheid van een werknemer een doorslaggevende rol speelt bij het antwoord op de vraag welke veiligheidsmaatregelen redelijkerwijs van een werkgever kunnen worden verwacht in het licht van specifieke veiligheidsvoorschriften. In dit geval betrof het een situatie waarbij een ervaren werknemer zich, bij het verlaten van een woning op een bouwplaats, had verstart door een niveauverschil van 30 cm naast de voordeurdrempel. Een dergelijke oneffenheid moet, aldus de Hoge Raad, ingevolge art. 3.11 jo 3.26 Arbeidsomstandighedenbesluit zoveel mogelijk worden vermeden. De werkgever had op grond van genoemd specifiek veiligheidsvoorschrift alsmede op grond van art 7:658 lid 1 BW dan ook zodanige maatregelen moeten treffen of aanwijzingen moeten geven als redelijkerwijs nodig zijn om te voorkomen dat werknemer ten gevolge van een dergelijk niveauverschil schade zou lijden. Dit geldt, aldus de Hoge Raad, ook indien zulke niveauverschillen tot de normale werkomstandigheden op dergelijke bouwplaatsen behoren. Voorts wordt overwogen

‘dat het de werkgever is die rekening moet houden met het algemene ervaringsfeit dat ook in het werk ervaren en met de desbetreffende werkomstandigheden bekende werknemers niet steeds de noodzakelijke voorzichtigheid zullen betrachten.’

Het achterwege laten van maatregelen of aanwijzingen die redelijkerwijs nodig zijn om schade voor de werknemer als gevolg van onveilige arbeidsomstandigheden te voorkomen kan, aldus de Hoge Raad, niet gerechtvaardigd worden enkel met een beroep op de voorzichtigheid die van een werknemer mag worden verwacht in een situatie die, ook al is deze gebruikelijk, niet in overeenstemming is met de specifieke veiligheidsvoorschriften. De Hoge Raad overweegt dat het oordeel van het hof – dat maatregelen als risico-inventarisatie op dit specifieke punt, ophoging van de bouwondergrond tot de woningdrempel, dan wel specifieke instructies aan de werknemer, van de werkgever niet konden worden geveerd ‘omdat de werknemer een ervaren stucadoor was die op zo’n niveauverschil bedacht diende te zijn en dat het een algemeen gegeven is dat “men” in het algemeen moet kijken waar men zijn voeten neerzet’ – blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting. Met dit oordeel heeft het hof, volgens de Hoge Raad, voor het antwoord op de vraag welke veiligheidsmaatregelen, gezien bovengenoemd specifiek veiligheidsvoorschrift, redelijkerwijs van een werkgever mogen worden verwacht, onterecht beslissende betekenis toegekend aan de voorzichtigheid die mocht worden verwacht van de werknemer in een situatie die, ook al mocht deze gebruikelijk zijn, niet in overeenstemming was met genoemde veiligheidsvoorschriften.

Gezien het gegeven dat de omstandigheden in beide laatste uitspraken vergelijkbaar zijn – specifieke veiligheidsnorm, ervaren werknemer – geldt dat de Hoge Raad, ondanks de verwijzing naar 81 RO, in zijn uitspraak van

11 juli 2008²⁴ de vraag hoe de zorgplicht van de werkgever zich in het licht van een specifiek veiligheidsvoorschrift verhoudt tot de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer niet onbeantwoord heeft gelaten. De Hoge Raad hoefde zich niet uit te spreken omdat hij in deze zaak niets had toe te voegen aan de lijn die was aangenomen in zijn uitspraak van 13 juli 2007.²⁵ De werkgever moet zorgdragen voor voldoening aan de specifieke veiligheidsvoorschriften. Ervarenheid van de werknemer is geen rechtvaardiging voor schending van deze zorgplicht.

Dit is in lijn met de hier voor aangehaalde woorden van de Hoge Raad dat uitgangspunt is dat de omvang van de zorgplicht van de werkgever in de eerste plaats en in elk geval wordt bepaald door hetgeen op grond van de regelgeving op het terrein van de arbeidsomstandigheden van de werkgever wordt gevergd.²⁶ Op dit uitgangspunt kan, ten aanzien van een ervaren werknemer met relevant veiligheidsdiploma, mogelijk een uitzondering bestaan indien de werkgever weet noch behoort te weten dat zich een veiligheidsrisico, ten aanzien waarvan specifieke veiligheidsvoorschriften bestaan, voordoet.²⁷

Geen schending van specifieke veiligheidsvoorschriften aan de orde

Ook in de hierna te behandelen uitspraak inzake Tarioui/Vendrig, waar geen schending van specifieke veiligheidsvoorschriften aan de orde was, zien we dat een beroep op de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer ter rechtvaardiging van het niet voldoen aan de zorgplicht als bedoeld in artikel 7:658 BW, bij de Hoge Raad geen gehoor vindt. Dit is logisch omdat wanneer dit wel het geval zou zijn, 'het door de wet afgesneden eigen schuld-verweer (...) via de achterdeur wordt geïntroduceerd'.²⁸

De zaak Tarioui/Vendrig²⁹ betreft een werknemer van een wasserij die in een plas water is uitgegleden. Het hof overweegt dat de werkgever niet in zijn zorgplicht is tekortgeschoten, onder andere omdat de werknemer voordat hij ten val kwam, wist dat de plas water er lag en dat het een feit van algemene bekendheid is dat het door water lopen een verhoogd risico op uitglijden meebrengt en de werkgever veiligheidsschoenen ter beschikking had gesteld. Het desbetreffende onderdeel van het cassatiemiddel houdt, kort gezegd in dat in het kader van artikel 7:658 BW beslissend is of de werkgever alle veiligheidsmaatregelen heeft getroffen 'die redelijkerwijs noodzakelijk zijn

24 HR 11 juli 2008, *RvdW* 2008, 759.

25 HR 13 juli 2007, *NJ* 2008, 464.

26 HR 12 december 2008, *NJ* 2009, 332, r.o. 3.5.2.

27 HR 16 mei 2003, *NJ* 2004, 176; Zie ook r.o. 3.5.3 HR 9 februari 2007, *NJ* 2007,105 (R.F. Feenstra, in zijn hoedanigheid van curator in het faillissement van Elba II Sloopwerken BV/Haije).

28 A-G Spier in zijn conclusie voor HR 11 april 2008, *NJ* 2008, 465 (Tarioui/Vendrig). Zie over deze problematiek ook D.E. Alink, 'Werkgeversaansprakelijkheid ex artikel 7:658 BW', *MvV* 2008, p. 108-113.

29 HR 11 april 2008, *NJ* 2008, 465, m.nt. G.J.J. Heerma van Voss.

om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt.' In het onderhavige geval zou, volgens het onderdeel, het aanbrengen van rubber matten een eenvoudige en geëigende maatregel zijn.

De Hoge Raad overweegt:

'Art. 7:658 lid 1 BW vereist een hoog veiligheidsniveau van de betrokken werkruimte, werktuigen en gereedschappen, alsmede van de organisatie van de betrokken werkzaamheden; bovendien dient de werkgever het op de omstandigheden van het geval toegesneden toezicht te houden op behoorlijke naleving van de door hem gegeven instructies, en op behoorlijk onderhoud van werkruimten en materialen. (...) Het gaat erom of de werkgever voor het verrichten van de arbeid zodanige maatregelen heeft getroffen en aanwijzingen heeft gegeven als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat een werknemer als Tarioui in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade zou lijden als gevolg van een val door gladheid, ontstaan door waterplassen die in een wasserij ook volgens Vendrig nu eenmaal niet zijn te voorkomen.'

Het vereiste van een hoog veiligheidsniveau brengt, aldus de Hoge Raad, mee, dat de omstandigheid dat de werkgever ter afwering van het gevaar veiligheidsschoenen ter beschikking had gesteld nog niet betekent dat de werkgever zich van zijn voormelde verplichtingen heeft gekweten. Het kan immers zo zijn dat het treffen van andere, meer effectieve, maatregelen met hetzelfde doel, i.c. het leggen van rubberen matten, van de werkgever kan worden gevergd. Deze uitspraak leert ons dat aan de zorgplicht van de werkgever hoge eisen worden gesteld en dat de werkgever het niet voldoen aan deze eisen niet kan rechtvaardigen met een beroep op de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer.

Het vereiste van een hoog veiligheidsniveau ligt ook ten grondslag aan een oudere uitspraak van de Hoge Raad³⁰ in welke zaak werknemer Tahmasebi, toen deze een doos kitspuiten wilde pakken, ongecontroleerd van de bovenste trede van een trapje is afgestapt, als gevolg waarvan hij knieletsel heeft opgelopen. Het door werknemer gebruikte trapje was echter een ander trapje dan de voor deze werkzaamheden aanwezige, in beginsel geschikte, trap. Dat de werknemer, die ervan op de hoogte was dat zich in het magazijn standaard een deugdelijke trap bevond, niet het juiste trapje had genomen bracht niet mee dat de werkgever zijn zorgplicht had geschonden. Het hof had daartoe, aldus de Hoge Raad overwogen dat, uitgaande van de toedracht als door de werknemer geschetst, het ongeval niet plaats had gevonden

'in een werkomgeving, of tijdens werkzaamheden, die zodanige risico's van dit soort ongevallen opleveren dat de uit art. 7: 658 lid 1 BW voortvloeiende en op Shell rustende zorgplicht meebracht dat zij, naast het ter beschikking stellen van de

30 HR 7 december 2007, NJ 2007, 643 (Tahmasebi/Shell).

genoemde trap, maatregelen had moeten treffen of aanwijzingen had moeten geven die redelijkerwijs nodig waren om ongevallen als dat van Tahmasebi te voorkomen.’

Welk oordeel, aldus de Hoge Raad niet blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting. Met genoemde trap wordt de aanwezige in beginsel geschikte trap bedoeld.

Van een omstandigheid die meebrengt dat, naast het ter beschikking stellen van een in beginsel geschikte trap, nog maatregelen door de werkgever moeten worden getroffen, kan bijvoorbeeld sprake zijn indien de werkgever moet verwachten dat de werknemer de ongeschikte trap zal gebruiken.³¹

In sommige gevallen waarin geen sprake is van schending van specifieke veiligheidsvoorschriften kan een beroep op de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer wel worden gehonoreerd. Ik denk daarbij aan situaties die de omstandigheid betreffen dat in de uitoefening van de werkzaamheden een activiteit wordt verricht op een wijze die bij een ieder in het dagelijks leven kan plaatshebben, zoals het na een regenbui over een nat geworden betegelde gangvloer lopen³² respectievelijk een risico betreffen dat ‘ook voor terzake niet gewaarschuwde mensen voldoende bekend is en niet een zodanige omvang heeft dat werkgever iets moet ondernemen, zoals het dichtklappen door de wind van een openstaande laaddeur.’³³

Het betreft dan situaties waarbij het de aard van de werkzaamheden geen verhoogd risico oplevert. Dat was wel het geval in de zaak Tarioui/ Vendrig, waar Tarioui binnen in een wasserij, in een plas water is uitgegleden.³⁴

Het erkennen van de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer in een situatie waarin het niet de aard van de werkzaamheden is dat een risico oplevert lijkt mij alleszins verdedigbaar. Zouden we deze verantwoordelijkheid niet aannemen dan zou de zorgplicht van de werkgever wel erg ver gaan. Hierna onder 4 zal aan deze situatie nog aandacht worden besteed.

Een andere situatie waarin het beroep op de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer, mijns inziens, zou kunnen slagen betreft het geval waarin een werkgever weet nog behoort te weten dat de aard van de werkzaamheden een verhoogd risico opleveren en er sprake is van een ervaren vakman met relevant veiligheidsdiploma.³⁵

Voorts blijkt uit de hierna te behandelen zaak dat de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer ook een rol kan spelen wanneer deze in de uitoefening van zijn werkzaamheden op een plaats komt die niet kan worden aange-

31 Vergelijk de overwegingen van de rechtbank te kennen uit: HR 24 juni 1994, *NJ* 1995, 137, m.nt. PAS (Hollander/Wolfard & Wessels). Vergelijk ook HR 25 mei 2007, *NJ* 2008, 463 (Van den Heuvel/Leger des Heils), m.nt. Heerma van Voss onder *NJ* 2008, 465.

32 HR 2 maart 2007, *NJ* 2007, 143 (Perez/Casa Grande en Ohem).

33 HR 8 februari 2008, *NJ* 2008, 93 (Lagraauw/Van Schie).

34 Zie ook A-G Spier voor HR 11 april 2008, *NJ* 2008, 465 (Tarioui/Vendrig) en Asser/Heerma van Voss 2008 (7-V), nr. 243.

35 Vergelijk HR 16 mei 2003, *NJ* 2004, 176.

merkt als arbeidsplaats in de zin van artikel 1 lid 3, aanhef en onder g van de Arbeidsomstandighedenwet, maar ten aanzien waarvan de werkgever wel de in artikel 7:658 BW bedoelde zorgplicht heeft.

Werknemer die van de treeplank van een bestelwagen is afgegeden en daardoor zijn linkerpols heeft gebroken, heeft zijn werkgever voor de door dit ongeval geleden schade aansprakelijk gesteld. Werknemer heeft aangevoerd dat hij in de uitoefening van zijn werkzaamheden is uitgeleden omdat hij tijdens het tanken op een sterk vervuild tankstation, waar zijn werkgever zijn bestelauto's bij voorkeur liet tanken, olie aan zijn schoenzolen had gekregen. Voorts heeft hij aangevoerd dat werkgever van deze vervuiling op de hoogte was en zijn werknemers niet (langer) aan dit risico had mogen blootstellen. Het hof heeft vastgesteld dat het onderhavige tankstation 'nu bepaald niet doorlopend een toonbeeld van properheid was te noemen' en dat sprake was van 'minder schone omstandigheden'. Voorts heeft het hof overwogen dat werknemer, een ervaren beroepschauffeur, van de situatie ter plekke op de hoogte was en redelijkerwijs op de hoogte kan zijn van de gevolgen van het knoeien met diesel. Daar komt volgens het hof nog bij dat het van algemene bekendheid is dat op tankstations met enige regelmaat wordt geknoeid en dat, alhoewel werkgever haar chauffeurs bij voorkeur op het onderhavige tankstation liet tanken van een opdracht daartoe geen sprake was. Door onder deze omstandigheden te oordelen dat werkgever, door zijn chauffeurs niet te verbieden nog langer bij het tankstation te tanken, zijn zorgplicht niet heeft geschonden omdat daartoe de *gevaarzetting* te beperkt was heeft het hof, aldus de Hoge Raad, geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.³⁶

Ook nu weer lijkt het dus te gaan om een situatie waarin de aard van de werkzaamheden, althans ten opzichte van een ervaren werknemer, geen verhoogd risico meebrengt.

4 VERHOUDING ARTIKEL 7:611 BW EN 7:658 BW

Uit het voorgaande blijkt dat de Hoge Raad de betekenis van de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer voor de zorgplicht van de werkgever goed in kaart heeft gebracht.

In het onderstaande zal worden onderzocht of de Hoge Raad met zijn uitspraak van 8 februari 2008³⁷ door verwijzing naar 81 RO vragen op het terrein van de afbakening van aansprakelijkheid van de werkgever op grond van artikel 7:658 BW of artikel 7:611 BW (goed werkgeverschap) onbeantwoord heeft gelaten.

Aansprakelijkheid van de werkgever op grond van 7:658 BW berust op schending van de zorgplicht door de werkgever. De in dit artikel bedoelde

36 HR 20 februari 2009, NJ 2009, 335, m.nt. T. Hartlief (Van Riemsdijk/Autop).

37 HR 8 februari 2008, NJ 2008, 93 (Lagraauw/Van Schie)

zorgplicht houdt nauw verband met de zeggenschap die de werkgever heeft over de werkplek en zijn bevoegdheid de werknemer aanwijzingen terzake van de uitoefening van zijn werkzaamheden te geven.³⁸ Wanneer een werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden, waarover de zeggenschap en de zorgplicht van de werkgever geldt, een ongeval overkomt, maar niet gezegd kan worden dat de werkgever deze zorgplicht heeft geschonden, zal de werknemer de schade die hij desondanks lijdt niet op grond van artikel 7:611 BW op de werkgever kunnen verhalen. Dit zou niet goed te verdedigen zijn omdat dan, in strijd met de strekking van artikel 7:658 BW, op de werkgever een aansprakelijkheid zou worden gelegd zonder dat sprake is van een tekortkoming zijnerzijds.³⁹

Recentelijk heeft de Hoge Raad voor bepaalde bijzondere risico's in een werksituatie waarin de werkgever geen zeggenschap heeft en aansprakelijkheid op grond van 7:658 BW daarom niet mogelijk werd geacht, de mogelijkheid van aansprakelijkheid op grond van artikel 7:611 BW aangenomen.⁴⁰ Zo is aangenomen dat een 'werkgever uit hoofde van zijn verplichting zich als een goed werkgever te gedragen, gehouden is zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering van werknemers wier werkzaamheden ertoe kunnen leiden dat zij als bestuurder van een motorvoertuig betrokken raken bij een verkeersongeval' en dat de werkgever wanneer hij tekortschiet in deze verplichting jegens de werknemer aansprakelijk is voor zover deze daardoor schade lijdt.⁴¹ In zijn uitspraak van 12 december 2008⁴² nam de Hoge Raad voorts aan dat de verplichting om zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering ook geldt voor werknemers wier werkzaamheden ertoe kunnen leiden dat zij als fietser of voetganger betrokken kunnen raken bij een verkeersongeval en wel in die gevallen waarin zij als gevolg van hun kwetsbaarheid in het verkeer een bijzonder risico lopen. Ook nu weer met de consequentie dat de werkgever die in deze verplichting tekortschiet jegens de werknemer aansprakelijk is voor zover deze daardoor schade lijdt.⁴³ Uitdrukkelijk neemt de Hoge Raad aan dat de werkgever ook aan zijn verplichting om zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering kan voldoen 'door de werknemer financieel in staat te stellen om voor een behoorlijke verzekering zorg te dragen, mits hierover in de

38 HR 22 januari 1999, *NJ* 1999, 534 m.nt. PAS; HR 12 december 2008, *NJ* 2009, 332, r.o. 3.5.4.

39 HR 17 november 1989, *NJ* 1990, 527, m.nt. PAS onder HR 6 april 1990, *NJ* 1990, 573.

40 Een opening hiertoe was al gegeven in HR 22 januari 1999, *NJ* 1999, 534 m.nt. PAS.

41 HR 1 februari 2008, *NJ* 2009, 331 (Kooiker/Taxicentrale) r.o. 3.4.1, m.nt. T. Hartlief onder *NJ* 2009, 335; HR 1 februari 2008, *NJ* 2009, 330 (Maasman/Akzo) r.o. 4.3, m.nt. T. Hartlief onder *NJ* 2009, 335; HR 12 december 2008, *NJ* 2009, 332 (Maatzorg/Van der Graaf); HR 19 december 2008, *NJ* 2009, 333 (Gündogdu/Febo), m.nt. T. Hartlief onder *NJ* 2009, 335; HR 19 december 2008, *NJ* 2009, 334, (Autoster/Hendriks), m.nt. T. Hartlief onder *NJ* 2009, 335; HR 30 november 2007, *NJ* 2009, 329 (Knoppen/NCM).

42 HR 12 december 2008, *NJ* 2009, 332, 3.6.5.

43 HR 12 december 2008, *NJ* 2009, 332, r.o. 3.6.2 – 3.6.5; HR 1 februari 2008, *NJ* 2009, 331, r.o. 3.4.1 HR 1 februari 2008, *NJ* 2009, 330, r.o. 4.3.

verhouding tussen de werkgever en de werknemer voldoende duidelijkheid wordt verschaft.⁴⁴

De verzekerplicht is ingegeven enerzijds gezien de bijzondere gevaren/risico's die verbonden zijn aan deelneming aan het verkeer en anderzijds de omstandigheid dat de werkgever, gezien het gebrek aan zeggenschap, slechts beperkte mogelijkheden en een navenant beperkte zorgplicht heeft om maatregelen te treffen en aanwijzingen te geven om die gevaren te verminderen.⁴⁵ Doorslaggevend voor het aannemen van de hier bedoelde verzekerplicht was bovendien dat het verzekerbare risico's betreft.⁴⁶

De omvang van de verzekerplicht zal

'3.4.1 (...) van geval tot geval nader vastgesteld moeten worden met inachtneming van alle omstandigheden, waarbij in het bijzonder betekenis toekomt aan de in de betrokken tijd bestaande verzekeringsmogelijkheden – waarbij mede van belang is of verzekering kan worden verkregen tegen een premie waarvan betaling in redelijkheid van de werkgever kan worden gevergd – en de heersende maatschappelijke opvattingen omtrent de vraag voor welke schade (zowel naar aard als omvang) een behoorlijke verzekering dekking dient te verlenen. De verzekering behoeft in elk geval geen dekking te verlenen voor schade die het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer.'⁴⁷

Hoe past de uitspraak van de Hoge Raad van 8 februari 2008 in deze ontwikkelingen? De zaak betreft een situatie waarin de werknemer, Lagraauw, in de uitoefening van zijn werkzaamheden, letsel aan zijn hoofd heeft opgelopen omdat dit door een geopende laaddeur van een vrachtwagen, welke dichtsliep door de wind, werd geraakt. Het risico dat de openstaande laaddeur vanwege de harde wind zou dichtklappen (en daardoor schade zou veroorzaken) werd door het hof ook voor terzake niet gewaarschuwde mensen voldoende bekend geacht en was, volgens het hof, niet van een zodanige omvang dat de werkgever hiertegen iets had moeten ondernemen. De vordering van werknemer op grond van artikel 7: 658 BW wordt dan ook afgewezen. De werkgever had zijn zorgplicht niet geschonden. Eveneens wordt afgewezen de vordering van werknemer op grond van artikel 7:611 BW. Het hof heeft daartoe overwogen dat artikel 7:658 BW 'een specifieke regeling betreffende de aansprakelijkheid van de werkgever voor schade die de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt', bevat en dat daarom een beroep op de artikelen 7:611 BW, 6:2 BW en 6: 248 BW 'die tot een andere uitkomst zouden moeten leiden

44 HR 1 februari 2008, *NJ* 2009, 331, r.o. 3.4.1; HR 1 februari 2008, *NJ* 2009, 330, r.o. 4.3; HR 12 december 2008, *NJ* 2009, 332, r.o. 3.6.2 – 3.6.5.

45 HR 12 december 2008, *NJ* 2009, 332, r.o. 3.6.1.

46 HR 1 februari 2008, *NJ* 2009, 331, r.o. 3.4.1; HR 1 februari 2008, *NJ* 2009, 330, r.o. 4.3; HR 12 december 2008, *NJ* 2009, 332, r.o. 3.6.5.

47 HR 1 februari 2008, *NJ* 2009, 331; HR 1 februari 2008, *NJ* 2009, 330, r.o. 4.3; HR 12 december 2008, *NJ* 2009, 35, r.o. 3.6.2-3.6.5 (Maatzorg/Van der Graaf).

dan de genoemde specifieke wetsbepaling' in het algemeen niet mogelijk is. Het hof ziet voorts geen reden om in het onderhavige geval anders te oordelen en wijst een beroep op deze algemene bepalingen af. Van de zijde van werknemer is in cassatie aangevoerd dat het oordeel van het hof, dat artikel 7:658 BW een beroep op de artikelen 7:611 BW jo de artikelen 6:2 BW en 6:248 BW in de weg zou staan, van een onjuiste rechtsopvatting getuigt. De schade van Lagraauw zou, volgens het cassatiemiddel, op grond van artikel 7:611 BW en de redelijkheid en billijkheid voor vergoeding door de werkgever in aanmerking komen, ook indien deze niet op grond van artikel 7:658 BW aansprakelijk zou kunnen worden gehouden. De Hoge Raad zwijgt onder verwijzing naar artikel 81 RO.

Voor situaties als die van Lagraauw, die wel onder 7:658 BW vallen omdat de werkgever zeggenschap en daarmee gepaard gaande zorgplicht heeft, maar in welke de werkgever niet aansprakelijk is omdat hij zijn zorgplicht niet heeft geschonden, heeft de Hoge Raad, voor zover mij bekend, nog geen aansprakelijkheid op grond van artikel 7:611 BW aangenomen. Dit zou, als gezegd, ook niet goed te verdedigen zijn, omdat dan, in strijd met de strekking van artikel 7:658 BW, op de werkgever een aansprakelijkheid zou worden gelegd zonder dat sprake is van een tekortkoming zijnerzijds.⁴⁸ Ook A-G Spier geeft aan dat met het aannemen van aansprakelijkheid het wettelijk stelsel van schuld-aansprakelijkheid teniet zou worden gedaan en dat, dat de rechtsvormende taak van de rechter verre te buiten zou gaan.⁴⁹

Had de Hoge Raad dan misschien een verzekerplicht, mits dergelijke verzekeringen bestaan, voor de werkgever, voor ongevallen als hier aan de orde, op grond van artikel 7:611 BW kunnen aannemen?

Met artikel 7:658 BW niet is beoogd 'een absolute waarborg te scheppen voor de bescherming van de werknemer tegen het gevaar voor arbeidsongevallen,'⁵⁰ met als gevolg dat, zoals uit het bovenstaande al blijkt, de werkgever, ondanks het verband van de schade met de werkzaamheden, niet steeds aansprakelijk is.

Spier betoogt dat grond zou kunnen bestaan om voor de toekomst meer in het algemeen voor ongevallen in werkverband, op grond van artikel 7:611 BW, van de werkgever te verlangen dat deze een redelijke verzekering sluit.⁵¹ Wanneer ik hem goed begrijp denkt hij daarbij ook aan een verzekering voor ongevallen in de uitoefening van de werkzaamheden, ten gevolge van het na een regenbui over een nat geworden betegelde gangvloer lopen of ten gevolge van het dichtklappen door de wind van een openstaande laaddeur, dan wel

48 HR 17 november 1989, NJ 1990, 527, m.nt. PAS onder HR 6 april 1990, NJ 1990, 573.

49 In zijn conclusie voor HR 8 februari 2008, NJ 2008, 93.

50 HR 1 februari 2008, NJ 2009, 330; HR 12 december 2008, NJ 2009, 332.

51 In zijn conclusie voor HR 12 december 2008, NJ 2009, 332.

ten gevolge van het ongecontroleerd van een ander trapje dan de aanwezige ter beschikking gestelde, geschikte, trap afstappen.⁵²

Deze benadering lijkt mij enigszins ruim. Een dergelijke plicht zou niet in lijn zijn met de Hoge Raad 12 december 2008,⁵³ daar genoemde risico's geen bijzondere risico's betreffen, de aard van de werkzaamheden brengt geen verhoogd risico mee, en een verzekerplicht ook voor niet-bijzondere risico's zou op een vergaande uitbreiding van de zorgplicht van de werkgever neer zou komen, hetgeen mij meer de taak van de wetgever lijkt.

Wel lijkt mij in het verlengde van Hoge Raad 12 december 2008⁵⁴ verdedigbaar, voor de toekomst, van de werkgever te verlangen dat deze de werknemer behoorlijk verzekert voor gevallen waarin de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden een bijzonder risico loopt op ongevallen als bedoeld in artikel 7:658 BW, maar de werkgever, hoewel hij zeggenschap heeft, niet aansprakelijk is, omdat hij zijn zorgplicht niet heeft geschonden.⁵⁵ Denk bijvoorbeeld aan een glazenwasser die zich verstuurt en van een hoge, wel geschikte, ladder valt⁵⁶ of aan de hiervoor behandelde uitspraak betreffende dakdekwerkzaamheden.⁵⁷

Door de kleine nuances die aldus bepalend zouden kunnen zijn voor de vraag of er wel of niet een verzekerplicht bestaat voor situaties die in beginsel onder artikel 7:658 BW vallen, maar niet tot aansprakelijkheid van de werkgever leiden omdat deze zijn zorgplicht niet heeft geschonden, wordt het er voor werkgevers en werknemers echter niet duidelijker op. Dit geldt ook voor de rechter die bij schending van de hier bedoelde verzekerplicht over aansprakelijkheid van de werkgever zou dienen te oordelen.⁵⁸

De Hoge Raad heeft zich, als gezegd, in zijn uitspraak van 8 februari 2008⁵⁹ niet uitgelaten over deze problematiek. Aangenomen moet dus worden dat hij nog steeds achter zijn eerdere uitspraak staat dat er voor gevallen als deze geen aansprakelijkheid van de werkgever bestaat.⁶⁰ Of is dat nu juist de openstaande vraag? Ik neem aan van niet. Het aannemen van een verzekerplicht

52 Spier betoogt, in zijn conclusie voor HR 12 december 2008, *NJ* 2009, 332 (Maatzorg/Van der Graaf), dat hij nog niets over de uitbreiding van aansprakelijkheid voor beroepsziekten kan zeggen omdat hij geen inzicht heeft in de verzekeraarbaarheid daarvan en verzekeraars ten aanzien van beroepsziekten huiverig zijn. Mijns inziens terecht betoogt hij dat, ondanks het onderscheid dat daardoor tussen aansprakelijkheid voor beroepsongevallen en beroepsziekten kan ontstaan, dit onderscheid niet in de weg hoeft te staan aan uitbreiding van aansprakelijkheid voor arbeidsongevallen.

53 HR 12 december 2008, *NJ* 2009, 332.

54 HR 12 december 2008, *NJ* 2009, 332.

55 Zie hierover meer, Y.L.L.A.M. Delfos-Roy, 'Assurabilité oblige', in: *Ex libris Hans Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 2009, p. 499-500 en 504.

56 Vergelijk A-G Spier in zijn conclusie voor HR 1 februari 2008, *NJ* 2009, 331. Zie ook A.R. Houweling in zijn noot onder HR 19 december 2008, *JA* 2009, 21.

57 Zie ook A.R. Houweling in zijn noot onder HR 19 december 2008, *JA* 2009, 21.

58 Delfos-Roy 2009, p. 499-500 en 504.

59 HR 8 februari 2008, *NJ* 2008, 93.

60 HR 17 november 1989, *NJ* 1990, 527.

plicht lag gezien het recent na deze uitspraak gewezen arrest van 12 december 2008⁶¹ niet voor de hand, daar het in het onderhavige geval geen bijzonder risico betreft. Het aannemen van aansprakelijkheid zou het aannemen van een risicoaansprakelijkheid benaderen en dat lijkt mij niet de taak van de Hoge Raad, maar van de wetgever. Mooi zou het wel geweest zijn wanneer de Hoge Raad zich zou hebben uitgesproken. Dit zou voor de praktijk duidelijkheid hebben gebracht.

De vraag die we ons vervolgens kunnen stellen is of risicoaansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen, als bedoeld in artikel 7:658 BW zou moeten worden ingevoerd? Een, door de wetgever in te voeren, risicoaansprakelijkheid is in de literatuur bepleit ter voorkoming van arbitraire uitspraken.⁶²

Omdat de werkgever ingeval van risicoaansprakelijkheid ook aansprakelijk is indien hem geen verwijt treft zal de wetgever echter eerst risicoaansprakelijkheid dienen in te voeren indien deze tot een redelijk bedrag verzekeraar is.⁶³ Het is echter de vraag of voor alle onder 7:658 BW vallende ongevallen een verzekering kan worden afgesloten. Werknemers mogen er bovendien ten opzichte van de huidige situatie, waar aansprakelijkheid los staat van de verzekeraar, niet op achteruitgaan.⁶⁴ Om niet te verzanden in de schuld-vraag ten aanzien van de werkgever zal dan in beginsel volledige dekking vereist zijn.

Voor ongevallen als bedoeld in artikel 7:658 BW bestaat voorts het gevaar dat de werkgever – zichzelf verzekerd wetend – minder zorg aan de veiligheid van werknemers zal gaan besteden. Aan de andere kant is dit gevaar misschien niet zo groot wanneer we, naar analogie van Hoge Raad 12 januari 2007, kunnen stellen dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht (artikel 6:248 lid 2 BW) dat de werkgever aanspraak maakt op dekking door de verzekering wanneer het risico zich voordoet als gevolg van een handelen of nalaten van de werkgever dat het 'resultaat is van een juist door het bestaan van die verzekering verstoorde afweging van belangen.'⁶⁵

61 HR 12 december 2008, NJ 2009, 332.

62 A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar, 'De werkgever als een maatman in het arbeidsrecht', *VrA* 2008, p. 33-46

63 Vergelijk over de problematiek van risicoaansprakelijkheid en verzekeraar, N. Frenk, 'Utopische wetgeving en verzekeraar', *AV&S* 2006, p. 108 – 117. Vergelijk J.H. Nieuwenhuis, *RM Themis* 1987, p. 209-211.

64 Delfos-Roy 2009, p. 504.

65 HR 12 januari 2007, NJ 2007, 371, m.nt. M.M. Mendel, (Gemeente Eindhoven/Allianz Nederland Schadeverzekering); Vergelijk over deze problematiek M. Faure en W.H. van Boom, 'Hoe houdbaar zijn gedragsveronderstellingen in verzekeringsrecht en –economie?', in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red), *Gedrag en privaatrecht* (Masterreeks), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 326-327, 329-331; Delfos-Roy 2009, p. 504-505.

Op verzekeraarbaarheid van risico's zouden verzekeraars ook invloed kunnen uitoefenen door, zo stelt A-G Spier,⁶⁶ een actieve rol te spelen door 'hun verzekerden te nopen het voorzorgsbeginsel in acht te nemen' om op die wijze schade trachten te voorkomen.

Een voordeel van risicoaansprakelijkheid is dat deze mogelijk aan een goede verhouding tussen werkgever en werknemer kan bijdragen. Een claim van de werknemer hoeft, in geval van risicoaansprakelijkheid, de verhouding tussen de werkgever en de werknemer niet nadelig te beïnvloeden, er hoeft tussen hen immers geen discussie meer te bestaan over de vraag of de werkgever zijn zorgplicht geschonden heeft.⁶⁷ Aan de op grond van artikel 7:954 BW bestaande directe actie (eventueel uitgebreid met andere schade dan schade door dood of letsel) zou voor de werknemer een eigen recht jegens de aansprakelijkheidsverzekeraar van de werkgever moeten worden toegevoegd, op grond waarvan de verzekeraar de schending van de zorgplicht door de werkgever niet aan de werknemer kan tegenwerpen. In het geval van schending van de zorgplicht zou de verzekeraar evenwel verhaal op de werkgever moeten hebben. Discussie zou voor de werknemer beperkt kunnen blijven tot de vraag of de schade het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van deze, in welk geval de aansprakelijkheidsverzekering van de werkgever geen dekking hoeft te verlenen.⁶⁸

Het door Spier verdedigde systeem⁶⁹ – waarin meer in het algemeen voor de toekomst voor ongevallen in werkverband, op grond van artikel 7:611 BW, een door de werkgever af te sluiten redelijke verzekering, zou moeten worden verlangd met een complementaire schuldaansprakelijkheid voor niet door verzekering gedekte schade – toont het voordeel dat tussen werkgever en werknemer geen discussie meer hoeft te bestaan over de vraag of de werkgever zijn zorgplicht heeft geschonden niet.

Relevant is ook de vraag hoe de positie van werknemers wier werkgever niet verzekerd is, bijvoorbeeld omdat de verzekeraar de desbetreffende werkgever niet accepteert, dient te worden beschermd. Een behoorlijke verzekering biedt immers meer kans dat de werknemer zijn schade ook daadwerkelijk kan verhalen.⁷⁰ Mijns inziens zou het in beginsel niet zo moeten zijn dat niet

66 A-G Spier in zijn conclusie voor HR 2 juni 2006, LJN AW6167, onder 6.6.1, ook in deze zaak werd het cassatieberoep onder verwijzing naar 81 RO verworpen.

67 Zie voor beschouwingen over de vraag hoe de huidige werkgeversaansprakelijkheidsregeling, in het licht van de eigen verantwoordelijkheid van werkgever en werknemer, de verhoudingen tussen werkgever en werknemer nadelig kan beïnvloeden, Y. Bacharias, S.D. Lindenberg en P. Mascini, 'Preventie van arbeidsuitval: ontwikkelingen in arbeidsomstandighedenbeleid en civiele aansprakelijkheid', in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.), *Gedrag en privaatrecht (Masterreeks)*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2008, p. 283-301.

68 Delfos-Roy 2009, p. 505.

69 In zijn conclusie voor HR 12 december 2008, NJ 2009, 332 (Maatzorg/Van der Graaf).

70 Vergelijk SER Advies 2004/02, met betrekking tot de Extra Garantierегeling Beroepsrisico's, <<http://www.ser.nl/nl/publicaties/adviezen/2000-2007/2004/b22409.aspx>>.

geaccepteerd worden, terwijl het wel een verzekeraar aansprakelijkheidsrisico betreft, leidt tot niet-aansprakelijkheid. Dit zou, mijns inziens, niet in overeenstemming zijn met de door de Hoge Raad geformuleerde omvang van de verzekerplicht in het kader van artikel 7:611 BW. Zeker niet wanneer dit te wijten is aan het morele risico dat een verzekeraar loopt met betrekking tot de desbetreffende werkgever.⁷¹

5 SLOT

Samenvattend kan worden gesteld dat de Hoge Raad, ondanks verwijzing naar 81 RO, met zijn in deze bijdrage behandelde uitspraak van 11 juli 2008 geen onduidelijkheid heeft laten bestaan over de invloed van de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer op de in artikel 7:658 BW bedoelde zorgplicht van de werkgever. Ten aanzien van de in deze zaak spelende problematiek, namelijk hoe de zorgplicht van de werkgever zich in geval van een specifiek veiligheidsvoorschrift verhoudt tot de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer was al duidelijkheid verschaft door Hoge Raad 13 juli 2007, *NJ* 2008, 464. Daaraan had de Hoge Raad in eerst genoemde zaak niets tot te voegen. In genoemde uitspraak van 13 juli 2007 werd aangenomen dat niet-voldoen aan een specifiek veiligheidsvoorschrift niet kan worden gerechtvaardigd met een beroep op de door een werknemer te betrachten voorzichtigheid. Zelfs niet als het een gebruikelijke werksituatie betreft. Dit is in lijn met het uitgangspunt dat de omvang van de zorgplicht in de eerste plaats en in elk geval wordt bepaald door hetgeen op grond van de regelgeving op het terrein van de arbeidsomstandigheden van een werkgever wordt gevergd.

Op dit uitgangspunt bestaat, naar het zich laat aanzien, een uitzondering wanneer de werkgever weet nog behoort te weten dat zich een veiligheidsrisico ten aanzien waarvan een specifiek veiligheidsvoorschrift bestaat, voordoet. In die situatie lijkt hij, in geval van schending van deze specifieke veiligheidsnorm, niet zonder meer aansprakelijk te zijn jegens een ervaren werknemer die in het bezit is van een veiligheidsdiploma.

Is onduidelijkheid blijven bestaan in de hiervoor behandelde uitspraak van de Hoge Raad van 8 februari 2008, omtrent het antwoord op de vraag of aansprakelijkheid van de werkgever op grond van artikel 7:611 BW mogelijk is voor niet-bijzondere risico's die onder artikel 7:658 BW vallen, maar ten aanzien waarvan geen aansprakelijkheid bestaat omdat de werkgever zijn zorgplicht niet heeft geschonden? Mijns inziens niet. Mij lijkt nog steeds te gelden dat voor die ongevallen aansprakelijkheid op grond van artikel 7:611 BW niet mogelijk is. Ook het aannemen door de Hoge Raad van een verzekerplicht ligt voor deze gevallen niet voor de hand. Mooi zou het echter wel

71 Delfos-Roy 2009, p. 505-506.

geweest zijn wanneer de Hoge Raad zich zou hebben uitgesproken. Dit zou voor de praktijk duidelijkheid hebben gebracht.

Wel is open de vraag of risicoaansprakelijkheid voor arbeidsongevallen als bedoeld in artikel 7:658 BW zou moeten worden ingevoerd. Maar deze vraag dient mijns inziens door de wetgever en niet door de Hoge Raad te worden beantwoord.

