

ANNOTATIE

# Wat niet weet, (de werkgever) niet deert, en andersom... Over werkgeversaansprakelijkheid voor ervaren werknemers

*mr. dr. L. van den Berg*

## 1. Inleiding

Na het arrest inzake de psychisch medewerker, enkele op 19 oktober 2012 met toepassing van artikel 81 RO afgedane zaken (LJN BX7591, BX7592 en BX7595) en het door de lezers van AR Updates als arrest van het jaar bekroonde arrest Davelaar Allspan (AR 2012-0275 m.nt. A.R. Houweling), is in 2012 op de valreep een arrest betreffende een Arubaanse zaak geweest, betreffende artikel 1614x BWA. Gelet op het concordantiebeginsel is dit arrest ook relevant voor de invulling van (de zorgplicht van) artikel 7:658 BW.

Het arrest betreft een werknemer, die op 1 augustus 2001 als 'asbestos safety worker' bij Daltra in dienst is getreden. Hij was laatstelijk werkzaam als voorman. Tijdens werkzaamheden aan het dak van het hoofdgebouw van Daltra in 2004 is werknemer van het dak gevallen nadat een plotseling opkomende rukwind het te bevestigen dakpaneel deed bewegen, waarna hij van de rand van het dak is gevallen en zes meter is gevallen. Het Gerecht in Eerste Aanleg oordeelde dat Daltra tekort was geschoten in zijn zorgplicht, door werknemer enkel een valharnas ter beschikking te stellen, maar niet ook uitdrukkelijk de opdracht te geven dit harnas te dragen. Het Gemeenschappelijk Hof daarentegen was de mening toegedaan dat van een ervaren werknemer verwacht mag worden ook zonder expliciete opdracht dergelijke valbescherming te dragen. Tegen dit oordeel keert werknemer zich in cassatie.

Volgens de Hoge Raad houdt de in artikel 7A:1614x BWA geregelde zorgplicht van de werkgever niet alleen in dat deze ervoor moet zorgen dat voldoende veiligheidsmateriaal op de werkplek beschikbaar is, maar ook dat hij erop toeziet dat zijn werknemers dat materiaal op de juiste wijze gebruiken als de omstandigheden waaronder moet worden gewerkt daarom vragen. Al aangenomen dat het gebruik van de door Daltra ter beschikking gestelde veiligheidsgordels voor de onderhavige werkzaamheden (zes meter lange aluminium golfplaten op een winderige dag bevestigen op een dak op zes meter hoogte) een toereikende maatregel tegen het gevaar van vallen vormde, bracht de op Daltra als werkgever rustende zorgplicht dus niet alleen mee dat zij die veiligheidsgordels aan haar werknemers ter

beschikking stelde, maar ook dat zij erop toezag dat die gordels daadwerkelijk en op de juiste wijze werden gebruikt. De door het hof vermelde omstandigheid dat werknemer een 'ervaren werknemer' was maakt dat niet anders, nu een werkgever, naar het hof onvoldoende heeft onderkend, ook verantwoordelijk is voor de veiligheid van ervaren werknemers en steeds rekening dient te houden met het verschijnsel dat ook die werknemers weleens nalaten de voorzichtigheid in acht te nemen die ter voorkoming van ongelukken geraden is.

Advocaat-generaal Spier heeft in zijn conclusie bij het Asito-arrest (HR 19 oktober 2012, LJN BX7592) het standpunt uit de doeken gedaan, dat de rechtspraak over aansprakelijkheid wegens arbeidsongevallen een stadium heeft bereikt waarin – in elk geval – op korte termijn en bij de huidige stand van de wetgeving geen wezenlijk nuttige bijdrage kan worden geleverd aan de rechtsontwikkeling. In zijn conclusie bij het onderhavige arrest erkent hij evenwel, dat de door de Hoge Raad geformuleerde rechtsregels op een enkel punt nog enige verduidelijking verdienen. Volgens mij geldt deze overweging in ieder geval voor de invulling van de zorgplicht ten aanzien van ervaren werknemers. Zo rijst de vraag hoe het onderhavige arrest zich verhoudt tot het veelbecommentarieerde arrest Dusarduyn/Dupuy (HR 30 mei 2003, *JAR* 2003/147) en het arrest van 24 juni 2011, *JAR* 2011/192, waarin de kennis en ervaring van de werknemer wel een rol speelde bij het oordeel dat sprake was van een schending van de zorgplicht van de werkgever. Voorts rijzen vragen hoe ver de verplichting van de werkgever toezicht te houden op de veiligheidsinstructies gaat. In het navolgende ga ik hier verder op in.

## **2. Zorgplicht en ervaren werknemers: flankerend beleid van de Hoge Raad?**

Waar ging het om in het arrest Dusarduyn/Dupuy? Aannemingsbedrijf Dupuy heeft de klus aanvaard om bij een particulier dakdekwerkzaamheden te verrichten aan de door aannemer Pielaat en Begijn aangebouwde bijkeuken. De werkzaamheden van Pielaat en Begijn bestonden uit het metselen van de bijkeuken en het afwerken van het platte dak. Dat afwerken hield onder meer in het leggen van balken, dakplaten en isolatiemateriaal, alsmede het aanbrengen van een lichtkoepel en het daarvoor maken van een gat van 1,12 bij 1,12 meter. De taak van Dupuy bestond uit het bevestigen van isolatiemateriaal op de houten ondergrond en het aanbrengen van bitumineuze dakbedekking. Op de dag van het ongeval was door Pielaat en Begijn al een gat voor de lichtkoepel in het houten dak aangebracht. Dit gat was echter niet zichtbaar, omdat het volledig was belegd met isolatiemateriaal. Noch de hoofdaannemer, noch Dupuy was ervan op de hoogte dat in het te bedekken dak een lichtkoepel zou worden aangebracht. Toen Dusarduyn het dak van de bijkeuken betrad om te bekijken hoe hij zijn werkzaamheden zou uitvoeren, is hij over de rand van de dakkoepel heengestapt, en is hij door het isolatiemateriaal heen in het zich daaronder bevindende gat gevallen. Dusarduyn, die van mening was dat Dupuy niets had gedaan om zicht te krijgen op de risico's waaraan hij bij de uitvoering van zijn dakdekkerswerkzaamheden zou worden blootgesteld, zodat hij ook niet in staat was voldoende veiligheidsmaatregelen te treffen, stelde zijn werkgever vervolgens aansprakelijk voor de schade. De rechtbank, die oordeelde dat Dupuy heeft voldaan aan haar zorgplicht, gaf hiervoor als motivering, dat het ging om een eenvoudig karwei van beperkte omvang met naar redelijke verwachting beperkte veiligheidsrisico's. Aangezien Dupuy niet wist dat er een lichtkoepel zou worden geplaatst,

behoefte (de leidinggevende van) Dupuy zich niet zelf op de hoogte te stellen van mogelijke risico's. Dupuy mocht de ervaren dakdekker Dusarduyn, die in bezit was van een veiligheidsdiploma, in staat achten zelf de risico's, verbonden aan het karwei in te schatten en te handelen naar bevind van zaken. Dat het gat voor de lichtkoepel niet volgens de eisen van de Arboret was gemarkeerd, hield volgens de rechtbank evenmin een schending van de zorgverplichting van de werkgever in, aangezien Dupuy niet van het aanbrengen van de lichtkoepel op de hoogte was.

In cassatie wordt onder meer betoogd dat de rechtbank heeft miskend dat de werkgever wel degelijk zijn zorgplicht heeft geschonden door zijn werknemer naar een klus te sturen zonder vooraf een inventarisatie te maken van de veiligheidsrisico's en dat hetzelfde gold voor het ontbreken van een volgens de Arboretgels vereiste markering van de dakkoepel. Verder wordt betoogd dat wel degelijk sprake is van schending van de zorgplicht van de werkgever, als veiligheidsvoorschriften door hulppersonen of derden worden geschonden. Volgens de Hoge Raad heeft de rechtbank geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat, mede door de aard van de werkzaamheden en de ervaring van Dusarduyn, Du Puy niet in haar zorgplicht tekortgeschoten is. Omtrent de laatste klacht oordeelt de Hoge Raad, dat het oordeel van de rechtbank, dat de werkgever mocht afgaan op de door de opdrachtgever verschaft informatie, geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting. Nu de werkgever wist noch behoefte te weten dat ook een werknemer van een ander bedrijf op het dak werkzaam zou zijn, heeft de rechtbank met juistheid aangenomen, dat er geen grond is om handelingen en nalatigheden van die werknemer aan de werkgever toe te rekenen.

Behalve overeenkomsten, zijn er enkele duidelijke verschillen tussen de besproken arresten aan te wijzen. Een in het oog springend verschil is in de eerste plaats, dat het in Dusarduy/Dupuy niet ging om de vraag of van de werkgever gevergd kon worden, dat (erop werd toegezien dat) valbeschermingsmaatregelen werden getroffen. Een ander belangrijk verschil is, dat de werkgever in het onderhavige geval wel, en in het arrest Dusarduyn/Dupuy niet op de hoogte was van de (veiligheids)situatie ter plekke. In het onderhavige arrest was sprake van werkzaamheden op het eigen terrein van de werkgever, en werd bovendien niet getwist over de risico's die het werken aan het dak meebrachten (het dak was zes meter hoog, en er stond tijdens de werkzaamheden een windkracht van vijf tot zes). Zoals bekend, spelen de bekende Kelderluikcriteria, zoals de kenbaarheid en de kans op verwezenlijking van het gevaar en de ernst van de gevolgen een rol bij de vraag wat van de werkgever kan worden verlangd (zie onder meer: HR 11 november 2005, *JAR* 2005/287 en C.J. Loonstra & C.J.H. Jansen, De zorgplicht van de werkgever op grond van artikel 7:658 BW, *ArA* 2006-3).

### **3. Aansprakelijkheid middels hulppersonenconstructie**

Als werknemers buiten de eigenlijke werkplek werkzaamheden dienen te verrichten kan blijkbaar niet van de werkgever worden verlangd, dat hij doorlopend zicht houdt op de veiligheidssituatie ter plekke. Toch verbaast het mij dat de Hoge Raad in de laatste rechtsklacht in het arrest Dusarduyn/Dupuy (dat wel degelijk sprake is van schending van de zorgplicht van de werkgever als veiligheidsvoorschriften door hulppersonen of derden worden

geschonden), geen aanleiding heeft gezien om met toepassing van de in de arresten *Stormer/Vedox* (HR 15 juni 1990, *NJ* 1990/716) en *Power/Ardross* (HR 1 juli 1993, *NJ* 1993,687) tot ontwikkeling gekomen ‘hulpsoonconstructie’ een schending van de zorgplicht aan te nemen. In *Power/Ardross* ging het om een werknemer die voor zijn werkgever werkzaamheden uitoefende op een onderdeel van een groot bouwterrein en die, door de schuld van een andere onderaannemer op de looproute naar de bouwkeet een ongeval overkwam. Vast stond dat de werkgever zelf geen zeggenschap had over de plek waar het ongeval had plaatsgevonden. Dit nam echter niet weg dat in een dergelijke situatie de zorgplicht van de werkgever het gehele bouwterrein betreft. De werkgever moet in een dergelijk geval de zorg voor de veiligheid weliswaar overlaten aan anderen, zoals de opdrachtgever van de bouw, de hoofdaannemer en door deze op hun beurt ingeschakelden (zoals andere onderaannemers), maar deze zijn te beschouwen als hulppersonen van de werkgever, van wie hij gebruik maakt bij het nakomen bij zijn zorgverplichting. Voor het tekortschieten van die anderen is de werkgever op gelijke wijze aansprakelijk als voor een eigen tekortschieten, aldus de Hoge Raad. Het is mijns inziens goed verdedigbaar dat de door de opdrachtgever van Dupuy ingeschakelde aannemer Pielaat en Begijn als hulppersoon van de werkgever kon worden aangemerkt. In *Dusarduyn/Dupuy* overweegt de Hoge Raad, dat er geen aanleiding is, handelen en nalaten *van de werknemer* (cursivering LvdB) van de andere aannemer aan de werkgever van Dusarduyn toe te rekenen. Dat de Hoge Raad terughoudend is met het aanmerken van werknemers van hulppersonen als hulppersonen, volgt al uit het arrest *Meuffels/Cala* (HR 9 november 2001, *NJ* 2002, 80). Uit dit arrest volgt, dat de werkgever niet aansprakelijk is, wanneer het ongeval te wijten is aan het feit dat personen in dienst van de hulppersoon veiligheidsvoorschriften hebben geschonden, terwijl die hulppersoon zelf niet tekort is geschoten. Waarom de Hoge Raad in *Dusarduyn/Dupuy* verwijst naar het handelen en nalaten van de werknemer van de andere aannemer en niet naar dat van die aannemer zelf, is mij echter een raadsel.

#### **4. Zorgplicht en bekendheid met het gevaar**

In het onderhavige arrest stond feitelijk vast dat de werkgever ermee bekend was dat sprake was van een gevaarlijke situatie. Dat de bekendheid van de werkgever met de veiligheidssituatie ter plekke een rol kan spelen, kan ook worden afgeleid uit het arrest *Feenstra/Haije* (HR 9 februari 2007, *NJ* 2007, 105). De casus in dit arrest vertoont overeenkomsten met *Dusarduyn/Dupuy*; ook hier was sprake van een valpartij tijdens werkzaamheden door een ervaren werknemer, aan een dak op locatie. Anders dan in *Dusarduyn/Dupuy*, had de werkgever zich wel vooraf op de hoogte gesteld van de situatie ter plekke. Het oordeel van het hof dat de werkgever uitdrukkelijk opdracht had moeten geven valbeschermingsmaatregelen te treffen, gaf volgens de Hoge Raad niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Als uitgegaan moet worden van de juistheid van de analyse, dat de onbekendheid van de werkgever met de situatie, een zwaarwegende (zo niet doorslaggevende) rol heeft gespeeld bij het oordeel dat de werkgever van Dusarduyn geen zorgplicht heeft geschonden, dan wringt dat naar mijn mening. Het spreekwoord ‘wat niet weet, dat niet deert’, speelt in het algemeen geen dominante rol op het terrein van de

werkgeversaansprakelijkheid. Niet de bekendheid met het gevaar, maar de kenbaarheid ervan dient een rol te spelen. Het verrichten van werkzaamheden op een (in aanbouw zijnd) dak, brengt naar mijn mening vrijwel altijd valrisico's mee, waartegen de werkgever (of zijn hulppersonen) de nodige maatregelen dienen te treffen.

### **5. Zorgplicht en de vereiste mate van toezicht**

In het onderhavige arrest stond niet vast, dat de werkgever (enig) toezicht hield op het gebruik van de valgordels. Aangezien daaruit dient te worden afgeleid dat in het geheel geen toezicht werd gehouden op de naleving van veiligheidsinstructies, is het niet al te ingewikkeld een schending van de zorgplicht aan te nemen. De vraag rijst dan wel, welke eisen aan het toezicht van de werkgever op de naleving van de veiligheidsvoorschriften kunnen worden gesteld. Wat van de werkgever gevergd kan worden hangt – uiteraard – af van de omstandigheden van het geval (zie HR 9 juli 2004, *JAR* 2004/190). Uit HR 24 juni 20011, *JAR* 2011/192 volgt in elk geval, dat de verplichting tot het geven van instructies en het houden van toezicht niet zover gaat dat, voor zover het nalaten van de werknemer de veiligheidsbeschermingsvoorzieningen te gebruiken niet als opzet of bewuste roekeloosheid kwalificeert, de werkgever in zijn zorgverplichting is tekortgeschoten. De Hoge Raad overwoog in het arrest, dat ook in gevallen waarin het gaat om veiligheidsvoorzieningen die de werknemer zelf moet toepassen, de werkgever aan aansprakelijkheid kan ontkomen door aan te tonen dat hij de veiligheidsmaatregelen heeft genomen en de veiligheidsinstructies heeft gegeven die van hem gevergd konden worden.

Op de vraag of het geregeld geven van instructies en het steekproefsgewijs toezicht houden op de naleving in het onderhavige arrest al voldoende zou zijn geweest, of dat ook van de werkgever gevergd kon worden om op de dag van het ongeval het gebruik van valbeschermingsmiddelen te controleren, geeft noch dit arrest, noch andere gepubliceerde jurisprudentie antwoord. Of de Hoge Raad in het onderhavige geval ook zou hebben ingegrepen in het oordeel van de feitenrechter als deze had geoordeeld dat de werkgever in het onderhavige geval wel aan zijn zorgplicht had voldaan, omdat de werkgever steekproefsgewijs controleerde of de werknemer bij zijn werkzaamheden valgordels gebruikte, is mijns inziens zeer de vraag. De vraag over de mate van toezicht die van de werkgever kan worden verlangd, is een vraag die door de feitenrechter moeten worden beoordeeld en kan slechts in beperkte mate in cassatie (op begrijpelijkheid) worden getoetst. Bovendien zou de werkgeversaansprakelijkheid bij een bevestigende beantwoording van de eerste vraag, neerkomen op een risicoaansprakelijkheid.

### **6. Tot slot**

Hoewel de vraag of de werkgever is tekortgeschoten in zijn zorgverplichting vanwege de verbondenheid met waarderingen van feitelijke aard in beperkte mate toetsbaar is in cassatie, heeft de Hoge Raad in het onderhavige arrest een stokje gestoken voor het (ver)leggen van verantwoordelijkheid voor de veiligheid naar de (ervaren) werknemer. Het onderhavige arrest bevestigt dat de werkgever er in het algemeen rekening mee dient te houden dat ook ervaren

werknemers, die beschikken over *state of the art* veiligheidsdiploma's, niet altijd de ter voorkoming van ongevallen vereiste voorzichtigheid zullen betrachten. Dat betekent in het onderhavige geval, dat het enkel ter beschikking stellen van valbeschermingsmiddelen aan een ervaren werknemer die (gevaarlijke) werkzaamheden verricht, een zorgplicht wordt geschonden als de werkgever verzuimt toezicht te houden op het daadwerkelijke gebruik daarvan.