

# De werkgever als een maatman in het arbeidsrecht

Mr. A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar\*

## 1 Inleiding; drie maatmannen<sup>1</sup>

Het arbeidsrecht kent vele maatmannen, ik noem er drie en begin bij de *goed werkgever* van artikel 7:611 BW. Ik marcheer met zevenmijlslaarzen door dit artikel. Op de werkgever rust de verplichting zich als een goed werkgever te gedragen, overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid die de rechtsverhouding tussen hem en de werknemer beheersen.<sup>2</sup> Die open norm is uitgewerkt in tal van gedragsvoorschriften die zich in de loop der tijd hebben ontwikkeld. De werkgever dient zich zorgvuldig te gedragen tegenover de werknemer, hij mag zijn positie als werkgever niet misbruiken, hij behoort besluiten met ingrijpende gevolgen goed te motiveren, hij mag opgewekte verwachtingen niet beschamen, hij moet bij overgang van een onderneming voldoende opening van zaken bieden en een volledige voorlichting geven over de rechtspositie van de werknemers,<sup>3</sup> hij mag geen verboden onderscheid tussen personen maken, hij zal doorgaans de werknemer op het werk moeten toelaten. Hij zal zorg dienen 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.<sup>4</sup> Deze maatman kent dus veel gezichten. Handelen in strijd met de verplichting een goed werkgever te zijn, kan leiden tot een verplichting om schade aan de werknemer te vergoeden of om hem meer loon te betalen. Beginselen van goed werkgeverschap worden door de rechter met name gehanteerd bij het oplossen van conflicten waarvoor geen andere wettelijke regeling is.

\* Raadsheer Gerechtshof Amsterdam.

- 1 Dit artikel is een bewerking voor publicatie van een voordracht die ik heb gehouden tijdens het symposium 'De maatman in het burgerlijk recht' op 28 november 2008, ter gelegenheid van de publicatie van een onderzoeksbundel met dezelfde titel (BWKJ 24, redactie A.G. Castermans, L.S.J. Houben e.a., Kluwer 2008), afdeling Burgerlijk recht, Faculteit Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden. Met dank aan mijn collega G.C. Makkink voor zijn waardevolle opmerkingen.
- 2 In deze bepaling vinden de eisen van art. 6:2 BW en art. 6:248 BW voor het arbeidsrecht uitdrukking.
- 3 Zie over dit aspect HR 26 oktober 2007, LJN: AZ9122, NJ 2008, 504 m.nt. Verhulp.
- 4 HR 1 februari 2008, BB4767 (Kooiker/Taxicentrale); HR 19 december 2008, BG7775. Onder omstandigheden kan die verzekeringsverplichting bestaan voor ongevallen die tijdens woon-werkverkeer de werknemer overkomen.

Een andere maatman is de werkgever op wie de zogenoemde *re-integratieverplichting* rust op grond van artikel 7:658a BW: de werkgever dient tijdig maatregelen te treffen als redelijkerwijs nodig is om de arbeidsongeschikte werknemer in staat te stellen eigen of andere passende arbeid te verrichten in het bedrijf van de werkgever en als dit niet mogelijk is in het bedrijf van een andere werkgever. Welke maatregelen in concreto van de werkgever gevegd kunnen worden, hangt af van de omstandigheden van het geval.<sup>5</sup> De werkgever die onvoldoende re-integratie-inspanningen heeft verricht, kan geconfronteerd worden met een verlenging van zijn loondoorbetalingsverplichting. Als hij een werknemer heeft ontslagen op grond van langdurige arbeidsongeschiktheid, kan dat ontslag als kennelijk onredelijk worden aangemerkt indien de werkgever niet aan de re-integratieverplichtingen heeft voldaan. Mocht dat komen vast te staan, dan leidt dat tot het toekennen van schadevergoeding.

De derde maatman-werkgever die ik wil noemen is de werkgever die op grond van artikel 7:658 BW zorg dient te dragen voor *veiligheid op het werk*. Dit artikel regelt de aansprakelijkheid van de werkgever jegens de werknemer als de werkgever te kort is geschoten in zijn zorgplicht voor de veiligheid van de werkomgeving van de werknemer en de werknemer in de uitoefening van de werkzaamheden als gevolg daarvan schade lijdt. Wanneer schiet de werkgever te kort in die zorgplicht? De Hoge Raad heeft in een aantal arresten vooropgesteld dat met artikel 7:658 BW niet wordt beoogd een absolute waarborg te geven voor de bescherming van de werknemer tegen het gevaar voor ongevallen. De bepaling verplicht de werkgever om zodanige aanwijzingen te verstrekken en maatregelen te nemen voor het verrichten van de arbeid als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt.<sup>6</sup>

Bij de drie voorbeelden van de maatman-werkgever die ik hiervoor heb genoemd, is de norm van de maatman (deels) door de wetgever vastgesteld en zal deze nader moeten worden ingevuld en geconcretiseerd door de civiele rechter. Het overtreden van die ingevulde norm kan tot gevolg hebben dat de werkgever verplicht is schadevergoeding aan de werknemer te betalen.

5 Waaronder de vraag of de arbeidsongeschiktheid mede als gevolg van de arbeid is ontstaan.

6 Vindplaatsen in de noot Heerma van Vos onder HR 11 april 2008, NJ 2008, 465. Opmerking verdient nog (zie de uitspraken van de Hoge Raad aangehaald in voetnoot 4), dat art. 7:611 BW tot aansprakelijkheid kan leiden als aansprakelijkheid niet op grond van art. 7:658 BW kan worden gevestigd.

Hoe gaat een rechter te werk om al dan niet tot dat resultaat te komen? Welk proces ligt ten grondslag aan het invullen van die norm, om de maatman te concretiseren? Ik zal een en ander toelichten en heb daarbij inspiratie geput uit het onlangs verschenen boek onder redactie van W.H. van Boom e.a., *Gedrag en privaatrecht. Over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken* (Den Haag: Boom uitgevers 2008).

## **2 Gedragseffecten en gedragpresumpties**

### **2.1 Algemene opmerkingen**

In het arbeidsrecht zitten, net als elders in het privaatrecht, gedragseffecten en gedragspresumpties. Ik versta, toegespitst op mijn onderwerp, onder *gedragspresumpties*: veronderstellingen over gedragingen van werkgevers en werknemers. Het zijn veronderstellingen over hoe werkgevers of werknemers handelen of nalaten, tot besluitvorming komen en op regelgeving reageren. Het gaat dus over waarschijnlijkheid van gedrag. *Gedragseffecten* zijn veranderingen in het gedrag van werkgevers of werknemers die, al dan niet beoogd, teweeg worden gebracht, doordat de wetgever of de rechter normen en regels stelt. Die gedragseffecten worden soms verondersteld, van tevoren, en zouden in beginsel meetbaar moeten zijn, achteraf.<sup>7</sup>

Gedragseffecten en gedragspresumpties worden onderzocht door gedragswetenschappen. De uitkomsten daarvan zijn interessant voor het privaatrecht: gedragspresumpties worden gebruikt om een norm te concretiseren, nader in te vullen; gedragseffecten zeggen iets over de doeltreffendheid van een norm. Als het beoogde effect uitblijft, kun je je afvragen of de norm moet worden aangepast. Daarbij moet bedacht worden dat de normen die gelden voor het gedrag van een werkgever er niet slechts toe strekken om recht te doen in individuele gevallen waarin die norm is overtreden. Aan de normstelling ligt veelal ook een preventieve bedoeling ten grondslag; als werkgevers zich overeenkomstig de normen gedragen, zullen bijvoorbeeld werkgevers zorgvuldiger besluiten nemen, zullen meer werknemers re-integreren en zullen minder arbeidsongevallen plaatsvinden, zo is de gedachte.

### **2.2 Voorbeelden van gedragseffecten en de maatman-werkgever**

De werkgever moet inspanningen verrichten om de werknemer die ziek is te laten re-integreren. Heeft hij daartoe een onvoldoende inspanning ver-

7 Iets aangepast en ontleend aan Van Boom c.s., a.w. p. 21.

richt – en dat kan altijd pas achteraf worden geconstateerd – dan heeft hij een verplichting tot doorbetaling van loon, of tot schadevergoeding als hij de werknemer heeft ontslagen. De werkgever zal dus, dat is de veronderstelling die aan die inspanningsverplichting ten grondslag ligt, wel beter uitkijken en zijn best gaan doen om de zieke werknemer aan het werk te houden, binnen dan wel buiten zijn eigen bedrijf. Dat is een verondersteld gedragseffect dat is gerelateerd aan de norm: gij zult uw werknemer laten re-integreren. Dit gedragseffect is tevens gerelateerd aan een bepaald doel, namelijk in dit geval bevorderen dat zieke werknemers aan het arbeidsproces blijven deelnemen, hetgeen maatschappelijk wenselijk is. Het is natuurlijk nuttig om te weten of dit gedragseffect er inderdaad is, omdat de wetgever een nogal indringende, gedetailleerde verplichting aan de maatman-werkgever oplegt. Is deze wetgeving passend (leidt het tot het beoogde gedragseffect) of schiet het zijn doel voorbij? Ik denk wel eens het laatste. Rechters vormen zich altijd achteraf een oordeel. Soms is in een zaak van begin af aan duidelijk – achteraf beschouwd – dat iedere re-integratiepoging op voorhand gedoemd was te mislukken.

Ook de nadere invulling van de norm van *goed werkgeverschap* berust veelal op veronderstelde gedragseffecten. Ik heb hiervoor het voorbeeld gegeven dat de werkgever zijn werknemer doorgaans tot het werk moet toelaten. Hoewel er geen algemeen recht bestaat van de werknemer om feitelijk te werk gesteld te worden, zal een werkgever die een werknemer op non-actief stelt – waarbij vanzelfsprekend het loon wordt doorbetaald – dat slechts kunnen doen als hij daarvoor een zeer goede reden heeft, dat wil zeggen dat in redelijkheid niet van hem gevergd kan worden dat hij de werknemer op het werk toelaat. De werkgever zal zich daarvan rekenschap dienen te geven; de werknemer kan anders met succes vorderen op het werk te worden toegelaten. In bepaalde gevallen kan hij schade hebben geleden die voor vergoeding in aanmerking komt. Denk bijvoorbeeld aan het verlies van bekwaamheden, aantasting van goede naam, verlies van perspectieven buiten de werkkring.<sup>8</sup>

Een ander voorbeeld noemde ik ook al in het kader van goed werkgeverschap: bij overgang van een onderneming wordt van de werkgever gevergd dat hij openheid van zaken geeft en zijn werknemers volledig informeert over hun rechtspositie, op straffe van schadevergoeding. Het gedragseffect, zo dat er is, houdt in dat hij zich naar deze norm zal richten.<sup>9</sup> Een vergelijk-

8 Zie voor voorbeelden, Van Genderen c.s., *Arbeidsrecht in de praktijk*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2004, p. 84 e.v.

9 Veel lastiger is bijvoorbeeld de vraag naar wat van een goed werkgever wordt verlangd en welk gedragseffect hieraan verbonden kan zijn als het gaat om ongelijke beloning voor

bare redenering gaat op voor de werkgever die te kort is geschoten in zijn verplichting zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering van de werknemer wiens werkzaamheden ertoe kunnen leiden dat hij als bestuurder van een motorvoertuig betrokken raakt bij een verkeersongeval. De werkgever is in dat geval aansprakelijk jegens de werknemer voor zover deze door die tekortkoming schade heeft geleden.<sup>10</sup>

Dan de *gedragspresumpties*. Zowel de wetgever als de civiele rechter bedient zich van gedragspresumpties ter invulling of concretisering van een norm. Er is dus een duidelijke relatie, een wisselwerking tussen de aannames ten aanzien van het gedrag van werknemers en werkgevers enerzijds – de waarschijnlijkheid van gedrag – en concretiseren van de norm van de maatman-werkgever anderzijds. De Hoge Raad heeft bijvoorbeeld verscheidene keren geoordeeld in het kader van artikel 7:658 BW, dat werkgevers extra zorg in acht moeten nemen voor werknemers die met gevaarlijke machines werken, omdat, aldus de Hoge Raad, het dagelijks gebruik daarvan tot verminderde waakzaamheid leidt. De gedragspresumptie die hieraan ten grondslag ligt, houdt in dat de dagelijkse omgang met gevaren tot een zekere mate van onvoorzichtigheid leidt bij werknemers en dat de werkgever daarmee rekening behoort te houden. Dit is een aanname die ligt op het terrein van de psychologie. De vraag is of vanuit die discipline de gedragspresumptie die aan de werknemer wordt toegeschreven – onvoorzichtig gedrag bij dagelijks gebruik van gevaarlijke machines – in een voorkomend geval kan worden bevestigd door die discipline. Dat is van belang om te weten, omdat een bevestigende of ontkennende beantwoording van die vraag gevolgen heeft voor de norm die aan de werkgever wordt opgelegd. Ik zal dit nader uitleggen.

### **3 De invulling van de norm van maatman-werkgever die zorg draagt voor veiligheid en gedragspresumpties**

#### **3.1 Algemene opmerkingen**

De jurisprudentie van de Hoge Raad op het terrein van artikel 7:658 BW heeft de afgelopen jaren een beeld van onvoorspelbaarheid opgeroepen. Het gebied kenmerkt zich door uiteenlopende oordelen van rechters in feitelijke

gelijk werk. De Hoge Raad hanteert als uitgangspunt dat gelijke arbeid in gelijke omstandigheden op gelijke wijze moet worden beloond, tenzij een objectieve rechtvaardigingsgrond een ongelijke beloning toelaat. Het gaat hier niet om een onderscheid op een bij wet verboden grond, maar om een marginale toetsing die ruimte openlaat voor afwijkende beloning: HR 30 januari 2004, NJ 2008, 536 (Parallel Entry/KLM) m.nt. Verhulp.

<sup>10</sup> Uitspraken van de Hoge Raad genoemd in voetnoot 4.

instanties en opvallend veel gevallen waarin de beslissing van de Hoge Raad afwijkt van de conclusie van de advocaat-generaal. Graag verwijs ik naar de belangrijke en verhelderende noot van Heerma van Vos onder een reeks arresten van de Hoge Raad, gepubliceerd onder NJ 2008, 465. Opvallend is in ieder geval dat de norm waaraan de maatman-werkgever moet voldoen weliswaar luidt dat de werkgever in het kader van zijn zorgplicht die maatregelen moet nemen die redelijkerwijs mogelijk zijn met het oog op de veiligheid van werknemers en dat artikel 7:658 BW geen absolute waarborg biedt voor die veiligheid, maar dat in de uitwerking van die norm doorgaans zeer hoge eisen worden gesteld aan de werkgever. De rechter dient aansluiting te zoeken bij publiekrechtelijke regelgeving over arbeidsomstandigheden<sup>11</sup> en daarnaast aan regels van ongeschreven recht te toetsen, toegespitst op de omstandigheden van het geval. Daarbij gelden voor de vraag of de werkgever voldoende veiligheidsmaatregelen heeft getroffen, de volgende gezichtspunten die een variatie zijn op de aloude Kelderluik-jurisprudentie:

- de kans op de onoplettendheid van de werknemer;
- de kans op ongevallen;
- de ernst van de mogelijke gevolgen daarvan;
- de bezwaarlijkheid van het nemen van voorzorgsmaatregelen.

Deze gezichtspunten leiden niet tot een voorspelbare jurisprudentie van de Hoge Raad en bieden onvoldoende houvast voor de lagere rechters. Dat heeft wellicht te maken met het hanteren van gedragspresumpties: de kans op de onoplettendheid van de werknemer en de kans op ongevallen zien daar rechtstreeks op. Die gedragspresumpties worden, voor zover ik weet, niet of niet altijd gerelateerd aan uitkomsten van gedragswetenschappelijk onderzoek. Het gebrek aan oriëntering op empirisch materiaal en het zelf bedenken door rechters in al hun wijsheid hoe de sociale werkelijkheid eruit ziet, leidt – wellicht – noodgedwongen tot een bepaalde grilligheid.

De Hoge Raad heeft verscheidene keren herhaald dat het dagelijks werken met gevaarlijke machines in een bepaalde situatie gemakkelijk tot onvoorzichtigheid leidt.<sup>12</sup> De werkgever moet rekening houden met de ervaringsregel dat niet alle veiligheidsinstructies worden nageleefd. De werknemer wordt dus in bescherming genomen tegen zijn eigen onoplettendheid; de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer wordt teruggedrongen. Daaraan ligt een keuze ten grondslag die mede is ingegeven door de gedragspresumptie dat die werknemer niet steeds die veiligheidsinstruc-

11 Arbeidsomstandighedenwet, Arbeidsomstandighedenbesluit.

12 HR 20 september 1996, NJ 1997, 198 (Pollemans/Hoondert).

ties naleeft. Een voorbeeld uit de jurisprudentie van de Hoge Raad waarin die gedragspresumptie (onvoorzichtig gedrag van de werknemer bij dagelijks werk met gevaarlijke machines) zeer nadrukkelijk naar voren komt, is de volgende zaak.

### **3.2 HR 11 november 2005, NJ 2008, 460 (Bayar/Wijnen Groothandel in Vlees)**

De casus was als volgt. Bayar was als productiemedewerker in dienst van Wijnen. Hij kreeg in de uitoefening van zijn werkzaamheden een ongeval, omdat hij zijn hand in een onmogelijk kleine opening van een inpakmachine had gewurmd en daardoor letsel had opgelopen. De kantonrechter en de rechtbank in hoger beroep hadden de vorderingen van Bayar afgewezen met de overweging dat de inrichting van de machine zodanig was dat het niet voorzienbaar was dat iemand zijn hand in de desbetreffende opening zou duwen. Die overweging impliceert een gedragspresumptie: normaal gesproken zou een werknemer zijn hand niet in deze machine steken. De machine was voorzien van beschermkappen, een duidelijk aanwezige noodstopknop en waarschuwingsstickers met, ook voor mensen die niet kunnen lezen, een duidelijke afbeelding van een geamputeerde hand. Voorts was Bayar gewaarschuwd door het afdelingshoofd over de gevaren van de machine. De rechtbank had verder overwogen dat het feit dat na het ongeval een extra beveiligingsstrip was aangebracht, nog niet betekende dat voor of ten tijde van het ongeval voorzienbaar was dat iemand zijn hand in de opening zou steken.

De Hoge Raad vernietigde de uitspraak van de rechtbank. Eerst werd de al eerder genoemde algemene norm geformuleerd, gevolgd door uitwerkingen.

#### *3.2.1 Algemene norm*

Bij de beantwoording van de vraag of de werkgever aansprakelijk is voor een, ondanks de getroffen maatregelen (beschermkappen, waarschuwingsstickers en een noodknop) aan zijn werknemer overkomen ongeval, geldt als uitgangspunt dat dit artikel niet beoogt een absolute waarborg te scheppen voor de bescherming tegen gevaar. De werkgever dient ingevolge dit artikel 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.

### 3.2.2 *Waarschuwen niet steeds voldoende; ervaringsfeit*

In het geval van een gevaarlijke machine als de onderhavige geldt hierbij in het bijzonder dat het waarschuwen voor gevaren bij de bediening door middel van mondelinge of schriftelijke instructies en het aanbrengen van waarschuwingsstickers niet steeds voldoende zal zijn. Rekening dient immers te worden gehouden met het ervaringsfeit dat de dagelijkse omgang met een machine de gebruiker ervan licht ertoe zal brengen niet alle voorzichtigheid in acht te nemen die ter voorkoming van ongelukken geraten is, ook al wordt het gevaar de gebruiker door instructies en waarschuwingen ingescherpt, aldus de Hoge Raad.

Het valt op dat deze gedragspresumptie (*gedragspresumptie 1*) wordt gepresenteerd als 'ervaringsfeit', dat wel zeggen iets dat op algemeen bekende waarnemingen berust.

### 3.2.3 *Onderzoeksplicht naar afdoende maatregelen en effectieve waarschuwingen*

Van de werkgever moet dan ook 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 onder andere van belang met welke mate van waarschijnlijkheid de niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid kan worden verwacht (*gedragspresumptie 2*), de 'hoe grootheid' 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.<sup>13</sup>

Dit zijn de gezichtspunten die ik al eerder noemde. De werkgever moet zich inleven in het gedrag van de werknemer en nadenken over de waarschijnlijkheid van het gedrag van de werknemer. Aan de hand van de aldus verworven inzichten moet hij maatregelen nemen.

### 3.2.4 *Inzicht van de werkgever in effect van waarschuwingen*

Voorts is daarbij in aanmerking te nemen dat indien het – bij gebreke van maatregelen die het gevaar kunnen wegnemen – slechts mogelijk is voor

13 De overweging wordt nog als volgt afgemaakt: 'Het kan derhalve van belang zijn of de werkgever de specifieke gedragingen die tot het ongeval hebben geleid, met inachtneming van het hiervoor bedoelde ervaringsfeit, redelijkerwijs heeft moeten voorzien, maar van doorslaggevende betekenis is zulks niet, omdat onoplettendheid bij het bedienen van een gevaarlijke machine veelal op verschillende wijzen tot een ongeval kan leiden en voor aansprakelijkheid van de werkgever niet is vereist dat deze juist die gedraging heeft (kunnen) voorzien die tot het ongeval heeft geleid.'

het gevaar te waarschuwen, het in het algemeen niet voldoende is 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.<sup>14</sup>

Deze norm gaat niet alleen uit van de *gedragspresumptie* (nr. 3 op rij), dat de waarschuwing effect heeft op het gedrag van de werknemer, maar bovendien dat de mate waarin dat effect optreedt zo zeer voorzienbaar en kenbaar is dat de werkgever zijn gedrag daarop moet afstemmen. Dat vergt een welhaast bovenmenselijk inzicht van de werkgever in de psyche van zijn werknemers en in een voorkomend geval van de rechter een bijzonder inzicht in de psyche van beiden. De rechter moet immers de norm invullen.<sup>15</sup>

Geconstateerd kan worden dat de rechtbank het niet goed had gedaan door zich uitsluitend te baseren op de voorzienbaarheid van het gedrag van de werknemer. Dat is maar een van de gezichtspunten in de beoordeling van de vraag of de werkgever de vereiste zorg heeft betracht. Zelfs bij een hoogst onwaarschijnlijk gedrag van die werknemer, kan de werkgever, na weging van de overige gezichtspunten (ernst van de mogelijke gevolgen van een ongeval, de bezwaarlijkheid van het nemen van voorzorgsmaatregelen), aansprakelijk zijn. Dit neemt allemaal niet weg dat het voor de formulering van de norm waaraan de werkgever moet voldoen bepaald belangrijk is te weten of het voorzienbaar is dat de werknemer zijn vingers in die machine zal steken; het antwoord op die vraag kan richting geven aan de beoordeling. Of een werkgever naast de bestaande maatregelen nog andere voorzorgsmaatregelen moet nemen ter voorkoming van ongevallen, kan afhangen van de vraag welk gedrag werknemers in zijn algemeenheid zullen vertonen als zij werken met een inpakmachine die voorzien is van stickers, beschermkappen en een noodstopknop. Houdt een werknemer, wetende dat dit apparaat gevaarlijk is, zijn vingers daarvan weg of zal hij,

14 HR 28 mei 2004, NJ 2005, 105.

15 Jumping to presumptions. In vervolg hierop wordt nog het volgende door de Hoge Raad overwogen. Wanneer blijkt dat effectievere maatregelen ter voorkoming van een ongeval zoals dit zich heeft voorgedaan, mogelijk waren, dan moet worden onderzocht waarom niettemin het aanbrengen van deze voorziening 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 (vgl. HR 14 april 1978, nr. 11.223, NJ 1979, 245).

afgestompt door het dagelijks gebruik met de machine, zijn vingers in een onmogelijke opening wurmen?

Als de rechter de eerste variant kiest, zoals de rechtbank had gedaan, zal de werkgever in beginsel geen rekening behoeven houden met uitzonderlijk gedrag van de werknemer. In de tweede variant moet de werkgever in ieder geval wel met dit gedrag rekening houden. Maar eigenlijk valt er niets te kiezen: beide varianten hebben een werkelijkheidspretentie en moeten empirisch getoetst kunnen worden.<sup>16</sup> Dan zal er maar één overblijven. Maar in het rechterlijke denken is er voor dit onderzoek eigenlijk geen plaats, behalve dat rechters afgaan op een wel buitengewoon algemeen geformuleerde regel over het werken met gevaarlijke machines en daarnaast op eigen empirische waarneming en op intuïtie.

Schematisch weergegeven, brengt de uitspraak van de Hoge Raad het volgende:

*Gedragspresumptie*: werknemers die met inpakmachines werken, zullen zich niet altijd houden aan de veiligheidsinstructie om hun hand niet in een gevaarlijke machine te steken.

*Regelgeving door de Hoge Raad*: de werkgever dient de inpakmachine van zodanige veiligheidswaarborgen te voorzien, dat het onmogelijk is om je hand in de machine te steken.

*Doel van regelgeving*: letsel bij werknemer door onjuist gebruik van een inpakmachine moet worden voorkomen.

*Beoogd gedragseffect*: bij niet-naleving van deze norm dient de werkgever de schade van de werknemer te vergoeden, hetgeen tot aanpassing van de machine door de werkgever zal leiden.

### **3.3 Gedragspresumpties verbonden aan de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer**

Een tweede punt waarmee rechters worstelen als het gaat om de vraag naar de veiligheidsmaatregelen die de maatman-werkgever moet nemen, ziet op het volgende. Hoe moet worden omgegaan met de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer op grond van zijn positie, behaalde diploma's, vaardigheden of ervaring. Rechters staan voor de vraag of dan wel in hoeverre die eigen verantwoordelijkheid een plaats kan krijgen. Welke voorzichtigheid kan op grond van ervaringsfeiten worden verwacht en welke gedragspresumptie kan daaraan worden verbonden? Hoe gaat een werknemer om met alledaagse risico's en kunnen we aan die mogelijke gedragspresumptie

<sup>16</sup> Vrij naar Van Boom c.s., a.w., p. 22.

een conclusie verbinden voor de invulling van de norm die we aan de werkgever opleggen<sup>17</sup>. Daarbij moet worden bedacht dat, anders dan elders in het aansprakelijkheidsrecht, bij arbeidsongevallen geen betekenis toekomt aan eigen schuld in de zin van art. 6:101 BW. De wet spreekt in lid 2 van art. 7:658 BW van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer. Als de werkgever dit kan aantonen – en daarvoor gelden strenge eisen<sup>18</sup> – is de werkgever niet aansprakelijk. Een meer proportionele benadering zoals elders in het aansprakelijkheidsrecht is dus niet mogelijk bij arbeidsongevallen. Vandaar de vraag hoe we bij de invulling van de norm wat van de werkgever kan worden verwacht, betekenis kunnen toekennen aan de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer. Een voorbeeld.

### 3.3.1 *HR 13 juli 2007, NJ 2008, 464 (Van Veghel/Hendriks)*

Het ging hier om een stukadoor die zich bij het verlaten van een woning in aanbouw op een bouwterrein verstepte – met gescheurde enkelbanden en uiteindelijk volledige arbeidsongeschiktheid tot gevolg – doordat de grond voor de woning nog niet was geëgaliseerd waardoor er tussen de drempel en het maaiveld een niveauverschil van 30 cm zat. Centraal stond de vraag of de werkgever redelijkerwijs gehouden was ter plaatse voorzorgsmaatregelen te nemen om het onderhavige ongeval te voorkomen. Dat is niet het geval, aldus het hof, ondanks het feit dat een – betrekkelijk vaag – veiligheidsvoorschrift uit het Arbeidsomstandighedenbesluit over de egalitatie van het terrein niet was nageleefd. De werkzaamheden werden door Van Veghel uitgevoerd in een woning in aanbouw op een bouwplaats en het behoort tot de normale werkomstandigheden dat er niveauverschillen van deze aard en omvang op een dergelijke bouwplaats voorkomen, ook bij nieuw te bouwen woningen, aldus het hof. In dit geval was er geen sprake van een kuil of een ander obstakel waarbij extra veiligheidsmaatregelen zijn geboden, doch van een niveauverschil bij het verlaten van de woning aan de voorzijde. Daarop had de werknemer als ervaren stukadoor in redelijkheid bedacht dienen te zijn. Het feit dat er niveauverschillen van deze aard en omvang voorkomen op een dergelijke bouwplaats en men in het algemeen moet kijken waar men zijn voeten neerzet, is een algemeen gegeven. De zorgplicht van de werkgever om te zorgen voor een veilige werkplek gaat niet zover dat hij in dit geval voorzorgsmaatregelen, zoals een risico-

17 Zie hierover in een vergelijking met het Engelse recht W.J. Zwolve in: A.G. Castermans c.s., *De maatman in het burgerlijk recht*, BWKJ 24, Deventer: Kluwer 2008, p. 25 e. v., die op p. 29 constateert dat de Engelse rechter de regel hanteert dat de aansprakelijkheid van de werkgever afneemt naarmate de ervaring van de werknemer toeneemt.

18 Er is pas sprake van bewuste roekeloosheid als de werknemer zich tijdens het verrichten van zijn onmiddellijk aan het ongeval voorafgaande gedraging, van het roekeloos karakter van die handeling daadwerkelijk bewust is geweest. HR 20 september 1996, NJ 1997, 198 (Pollemans /Hoondert) en HR 11 september 1998, NJ 1998, 870 (Van der Wiel/Philips).

inventarisatie op dit specifieke punt, dan wel een ophoging van de bouwondergrond tot de woningdrempel, had moeten treffen, dan wel specifieke instructies ter zake aan Van Veghel had moeten geven. Van een werknemer op een bouwplaats mag de nodige voorzichtigheid worden verwacht, aldus het hof.

Anders de Hoge Raad: het hof had blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Het had namelijk bij de beantwoording van de vraag welke maatregelen of aanwijzingen redelijkerwijs van de werkgever mochten worden gevergd, beslissende betekenis toegekend aan de voorzichtigheid die mocht worden verwacht van de werknemer in een situatie die, ook al was zij volgens het hof gebruikelijk, niet in overeenstemming was met de genoemde veiligheidsvoorschriften uit het Arbeidsomstandighedenbesluit. Daarmee had het hof miskend dat tot uitgangspunt heeft te dienen 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 teneinde schade voor de werknemer als gevolg van onveilige arbeidsomstandigheden te voorkomen, kan dan ook niet, zoals het hof heeft gedaan, gerechtvaardigd worden enkel met een beroep op hetgeen van een werknemer mag worden verwacht: bedacht zijn op niveauverschillen en uitkijken waar je je voeten neerzet.

Evenals in de andere zaak, staan hier gedragspresumpties tegenover elkaar. Welke voorzichtigheid kan van de ervaren werknemer worden verwacht, hoe gaat een werknemer om met alledaags te noemen risico's? We weten het niet en dus kan de uitkomst van alles zijn. De maat die de maatman-werkgever wordt aangemeten, is in dit verband een onvoorspelbare. Dit alles klemmt temeer, nu het uitgangspunt is dat de werkgever in redelijkheid maatregelen moet nemen om ongevallen te voorkomen, maar de invulling van die norm in de door mij besproken gevallen een absolute waarborg dicht lijkt te zijn genaderd. In andere zaken ligt dat weer anders en dat lijkt samen te hangen met het antwoord op de vraag wanneer er sprake is van een gevaar van algemene bekendheid waarmee de werknemer rekening kan houden.<sup>19</sup> Het meewegen van de eigen verantwoordelijkheid van de

19 Gevallen met een andere uitkomst:

- HR 24 mei 2007, NJ 2008, 463 (Van den Heuvel/Leger des Heils). Verstandelijk gehandicapte werknemster maakt geen gebruik van trapje dat haar door werkgever is aangeboden en valt bij het afstappen van een podium. Uitspraak gaat grotendeels over de verdeling van de bewijslast. Als een werknemer schade heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden is aansprakelijkheid in beginsel gegeven, tenzij de

werknemer is een lastige kwestie, verzucht Heerma van Voss in zijn eerder genoemde noot,<sup>20</sup> die tot arbitraire oordelen kan leiden. Daarmee zijn volgens mij door de wetgever beoogde gedragseffecten losgezongen van de norm: welke maatregelen de werkgever in redelijkheid moet nemen, valt moeilijk meer te relateren aan de norm.

Y. Bacharias, S.D. Lindenbergh en P. Mascini signaleren in het al eerder genoemde boek van Van Boom c.s.<sup>21</sup> dat de betekenis van de eigen verantwoordelijkheid van de werknemer naar de achtergrond wordt gedrongen. Dit is niet in overeenstemming met de nadruk op eigen verantwoordelijkheid van werknemers, toegenomen mondigheid en zelfstandigheid zoals die in de hervormingen van het publieke bestel naar voren is gekomen. Deze hervorming heeft ten doel ervoor te zorgen dat werkgevers en werknemers meer gezamenlijk verantwoordelijkheid nemen bij de preventie van arbeidsongevallen. De jurisprudentie van de Hoge Raad lijkt hier, althans in een aantal gevallen, haaks op te staan. Anderzijds zou de afkalving van het socialezekerheidsstelsel (versoering van de WAO) meer druk kunnen leggen op de rechter om werknemers te beschermen tegen de gevolgen van schade door arbeidsuitval.<sup>22</sup> Maar ook dat is een gedragspresumptie die – waarschijnlijk – niet op realiteitsgehalte is getoetst.

#### 4 Slot

Met het voorgaande heb ik een beeld geschetst van de maatman-werkgever: de goed werkgever, de werkgever met een re-integratieverplichting, de werkgever die zorg draagt voor veiligheid. Achter de normering van

werkgever aannemelijk maakt dat hij voldoende voorzorgsmaatregelen heeft genomen (niet tekort is geschoten in zijn zorgplicht). Het ter beschikking stellen van het trapje was genoeg en de verstandelijke handicap stond er niet aan in de weg dat zij op de hoogte was van de situatie ter plaatse en zich bewust was van het niveauverschil en het daarmee samenhangend gevaar van algemene bekendheid, terwijl zij voorts was gewaarschuwd door andere werknemers. Geen aansprakelijkheid (anders A-G Spier die concludeerde tot vernietiging).

- HR 2 maart 2007, NJ 2007, 143 (Perez/Casa Grande): Antilliaanse schoonmaakster in hotel valt buiten op terras dat door regen nat is geworden. Het klimaat op de Antillen brengt mee dat er regelmatig plassen liggen. Ook hier: gevaar van algemene bekendheid. Voorts droeg de schoonmaakster geen veiligheidsschoenen, waren er geen anti-sliptegels en geen waarschuwbord. Geen aansprakelijkheid (anders A-G Spier). Niet goed valt te begrijpen hoe zich dit geval verhoudt met de werknemer die in de wasserette uitgled over een plas water en veiligheidsschoenen droeg: wel aansprakelijkheid (HR 11 april 2008, NJ 2008, 465, Tarioui/Vendrig).

20 Zie voetnoot 6.

21 Preventie van arbeidsuitval: ontwikkeling in arbeidsomstandighedenbeleid en civiele aansprakelijkheid, hoofdstuk 12, p. 283 e.v. uit boek van Boom, hiervoor aangehaald.

22 Bacharias, p. 296 en steevast in die zin A-G Spier.

deze figuren schuilen, soms verborgen, gedragspresumpties en gedragseffecten. Van Boom c.s. pleiten er in hun boek voor om de rechtswetenschap een andere, meer maatschappelijke oriëntatie te geven en meer aansluiting te zoeken bij de sociale werkelijkheid. Zij vragen zich af waarom de civiele rechter de overstap naar een meer empirische rechtsbeoefening niet maakt. Ongetwijfeld vormt het feit dat empirische onderzoeksresultaten uit de gedragswetenschappen niet altijd eenduidig zijn, een belemmering en dus menen rechters, ten onrechte, dat we het zonder kunnen stellen. Rechters moeten dagelijks ongeschreven normen concretiseren, zoals de hiervoor besproken normen in het arbeidsrecht die gerelateerd zijn aan schuld aansprakelijkheid. Daarbij worden gedragspresumpties gehanteerd over de waarschijnlijkheid van gedrag, die niet door empirisch onderzoek zijn ingegeven, maar door eigen waarneming en inschatting. Dat geeft een risico van arbitraire uitspraken. Het zou goed zijn om oog te hebben voor bevindingen van andere disciplines.<sup>23</sup> Dat leidt tot een voorspelbaarder invulling van de norm, hetgeen kan leiden tot een wenselijk gedragseffect. Dan krijgt de maatman-werkgever een beter passend pak aangemeten, of zelfs: een maatpak.

23 We kunnen het ook zonder als de wetgever een risicoaansprakelijkheid introduceert.