

**W.H. van Boom, Art. 7A: 1638 x BW: risico-aansprakelijkheid? , in: Bedrijfsjuridische berichten, 1993/18, p. 157-160**

*HR 25-06-1993, RvdW 1993, 145 (Erven Cijssouw vs. "De Schelde")*

*HR 01-07-1993, RvdW 1993, 153 (Power vs. Ardross Engineering)*

Art. 7A: 1638x BW legt op de werkgever de inspanningsverbintenis om de 'lokalen' waar de werknemer de arbeid dient te verrichten, zodanig in te richten dat de werknemer geen letsel oploopt tijdens het werken in dat 'lokaal'. In de rechtspraak heeft de ratio van art. 1638x, te weten de bescherming van de werknemer tegen letsel als gevolg van een onveilige werkomgeving, geleid tot een ontwikkeling waarbij de inspanningsverbintenis die in het artikel is neergelegd, tot een zware zorgplicht van de werkgever is verworven. Als gevolg van deze ontwikkeling is weinig ruimte overgebleven voor een beroep van de werkgever op overmacht of grove schuld van de werknemer in de zin van art. 1638x lid 2. Zie bijv. HR 27-3-1992, RvdW 1992, 98 (Morsink vs. Nebem).

In een tweetal belangwekkende arresten heeft de Hoge Raad deze zomer de genoemde ontwikkeling in de aansprakelijkheid van de werkgever ex art. 1638x nader vorm gegeven.

**HR 25-06-1993, RvdW 1993, 145 (Erven Cijssouw vs. "De Schelde")**

Dit arrest werd reeds door J.G.F.M. Hoffmans besproken in Bb 1993/nr. 17, p. 145-147. Zij besteedde met name aandacht aan de bewijsrechtelijke implicaties van het arrest. Niettemin verdient het arrest nogmaals bespreking, aangezien het ook belangrijke gevolgen heeft voor algemene aansprakelijkheidsleerstukken.

Tussen 1949 en 1967 is Cijssouw als werknemer van scheepswerf "De Schelde" werkzaam in verschillende functies waarbij hij wordt blootgesteld aan asbest. In 1988 krijgt Cijssouw longklachten. Vast komt te staan dat hij een mesotheliom, een meestal dodelijke vorm van kanker, heeft. Een mesotheliom is *een* van de ernstige ziektes die men als gevolg van blootstelling aan asbeststof kan oplopen. Voor het ontstaan van het mesotheliom is het langdurig inademen van asbestdeeltjes niet nodig: het inademen van één enkel asbestkristal kan reeds fataal zijn. De incubatietijd bedraagt, naar men aanneemt, 20 tot 40 jaar. Het is in de medische wetenschap pas sinds 1960 bekend dat er een verband bestaat tussen mesotheliom en asbeststof. Reeds langer is echter al bekend dat het inademen van asbestdeeltjes *andere ziektes* kan veroorzaken.

Cijssouw spreekt zijn ex-werkgever "De Schelde" aan op grond van art. 7A: 1638x BW, en betoogt dat de werkgever in strijd met de uit art. 1638x voortvloeiende verplichtingen heeft gehandeld door – hoewel hij op de hoogte kon zijn van de gezondheidsgevaaren verbonden aan asbest – na te laten die veiligheidsmaatregelen te treffen die, gezien de te verrichten arbeid, redelijkerwijs konden worden gevegd. Met name had de werkgever stofmaskers moeten verstrekken en dienen zorg te dragen voor een ventilatiesysteem.

De rechtbank wijst de vordering in hoger beroep van (inmiddels:) de erven Cijssouw af, op grond van de volgende gedachtengang. Vóór 1960 was het verband tussen mesotheliom en asbestdeeltjes onbekend. Voor wat betreft de periode voor 1960 konden maatregelen ter voorkoming van mesotheliom derhalve niet geëist worden van de werkgever. Als het fatale kristal in die periode is ingeademd, dan is er geen aansprakelijkheid. Ná 1960 had de werkgever wél maatregelen ter voorkoming van ontstaan van het mesotheliom dienen te treffen, omdat het verband tussen deze ziekte en asbest inmiddels bekend was geworden. Heeft de werkgever verzuimd deze maatregelen te treffen, en komt vast te staan dat het kristal in deze tweede periode is ingeademd, dan is de werkgever wel aansprakelijk. Nu evenwel niet valt vast te stellen in welke periode (*voor* of *na* 1960) het fatale kristal is ingeademd, is de werkgever niet aansprakelijk. Het bewijs van causaal verband kan immers onmogelijk geleverd worden.

**Eerste situatie**

De Hoge Raad gaat er bij beoordeling van de cassatiemiddelen die tegen het vonnis van de rechtbank ingesteld worden, er *veronderstellenderwijs* van uit dat de werkgever heeft nagelaten die veiligheidsmaatregelen te treffen die met het oog op de destijds reeds *wel* bekende gezondheidsgevaaren geverg'd mochten worden. Dat zou betekenen dat Cijssouw van 1949 tot 1967 zonder voldoende bescherming is blootgesteld aan asbeststof, hetgeen de kans dat hij tijdens het dienstverband een tot mesothelioom leidend asbestkristal zou binnenkrijgen, aanzienlijk heeft verhoogd.

Als deze vooralsnog veronderstellenderwijs aangenomen feiten zouden komen vast te staan, dan gaat het beroep op het ontbreken van causaal verband niet op. Als de werkgever te kort is geschoten in zijn verplichting om al die maatregelen te treffen die waren vereist ter voorkoming van de reeds wél bekende gezondheidsgevaaren, dan is hij aansprakelijk op grond van art. (7A:) 1638x BW, ook al heeft die nalatigheid geleid tot een toen niet bekend gevaar. De Hoge Raad vervolgt:

*"Zulks is slechts anders, indien De Schelde aannemelijk maakt dat het nemen van de destijds vereiste veiligheidsmaatregelen de verwezenlijking van het gevaar van mesothelioom waarschijnlijk niet had kunnen voorkomen"* (r.o. 3.6).

De redenering van de Hoge Raad is, als ik het goed zie, de volgende. Men dient twee periodes te onderscheiden. In *periode I* (1949-1960) was reeds bekend dat blootstelling aan asbest gevaaren voor de gezondheid opleverde (*gevaar a.*). Toentertijd hadden werkgevers de zorgplicht een aantal maatregelen te treffen ter voorkoming c.q. afwendings van deze gezondheidsgevaaren (*maatregel 1*). In *periode II* (1960 en later) werd het verband tussen mesothelioom en asbest bekend (*gevaar b.*). *Gevaar b.* blijkt afdoende door *maatregel 1* te kunnen worden voorkomen.

Stel vervolgens: een werkgever heeft zowel in periode I als in periode II nagelaten de destijds vereiste *maatregel 1* te treffen. Als vervolgens blijkt dat zich bij de werknemer *gevaar a.* heeft verwezenlijkt, dan is voor het aannemen van causaal verband niet van belang of de ziekte zich heeft ontwikkeld in periode I of II, nu de werkgever in beide periodes *maatregel 1* ter voorkoming van dat gevaar had behoren te treffen. Als *gevaar b.* zich heeft verwezenlijkt, maar het valt niet aan te tonen of dit in periode I of II is gebeurd, dan kan de werkgever zich niet aan aansprakelijkheid onttrekken door te wijzen op de omstandigheid dat hij *maatregel 1* in periode I niet hoefde te treffen ter voorkoming van *gevaar b.*, omdat dit gevaar toentertijd nog onbekend was. Immers, nu *maatregel 1* sowieso getroffen had moeten worden in periode I ter voorkoming van *gevaar a.*, gaat het niet aan om de onmogelijkheid van het bewijs of *gevaar b.* zich in periode I of II heeft verwezenlijkt, aan de werknemer tegen te werpen. Zo bezien is *gevaar b.*, als het zich verwezenlijkt heeft in periode I, slechts een onvoorziene schadesoort. En het feit dat de ontstane schade onvoorzienbaar was op het moment van het plegen van de aansprakelijkheidsvestigende daad (i.c. het tekortschieten in de zorgplicht), staat niet aan toerekening van die schade in de zin van art. 6: 98 BW in de weg.

### **Tweede situatie**

Stel dat "De Schelde" evenwel aannemelijk kan maken dat het nemen van de destijds vereiste veiligheidsmaatregelen (*maatregel 1*) de verwezenlijking van het gevaar van mesothelioom waarschijnlijk niet had kunnen voorkomen. Stel vervolgens dat maatregelen ter voorkoming van mesothelioom pas na 1960 in de asbestverwerkende industrie tot ontwikkeling zijn gekomen (en konden komen), maar dat "De Schelde" verzuimd heeft deze maatregelen (*maatregel 2*) te treffen. Het causaliteitsprobleem zoals de rechtbank het meende aan te treffen, keert in dat geval in volle omvang terug. Het onderscheid tussen de periodes I en II wordt dan weer *wel* uiterst relevant: voor wat betreft periode I valt "De Schelde" geen enkel verwijt te maken, nu het verband tussen asbest en mesothelioom onbekend was en niet bekend was dat het treffen van andere maatregelen dan *maatregel 1* tegen mesothelioom had kunnen beschermen. Voor wat betreft de periode II valt de werkgever wel een verwijt te maken, nu deze bekend had moeten zijn met het gevaar van mesothelioom en de mogelijkheid van beschermingsmaatregelen daartegen. Het causaliteitsprobleem keert alsdan in volle omvang terug aangezien niet bewezen *kan* worden in welke van de twee periodes het fatale kristal ingeademd is.

De Hoge Raad lijkt voor dit probleem de volgende oplossing te geven. Het strookt niet met de strekking van art. 1638x om voor aansprakelijkheid van "De Schelde" de eis te stellen dat de werknemer het fatale

asbestkristal met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid heeft ingeademd *in periode II*. Als men die eis stelt, brengt men immers ook het bewijsrisico dat aan die eis verbonden is, ten laste van de werknemer. De strekking van art. 1638x, zo overweegt de Hoge Raad, brengt integendeel mee dat "(...) *De Schelde zich niet erop kan beroepen dat Cijssouw, die gedurende de gehele duur van zijn dienstverband is blootgesteld aan asbeststof, het fatale asbestkristal mogelijk heeft binnengekregen in een eerdere periode van zijn dienstverband, toen haar van het ontbreken van dergelijke maatregelen geen verwijt viel te maken*" (r.o. 3.10).

Voor deze situatie legt de Hoge Raad de bewijslast en het bewijsrisico met betrekking tot de vraag in welke periode het fatale kristal is ingeademd, dus op de werkgever. Als het arrest van de Hoge Raad zo gelezen wordt, dan kan de uitspraak bijzonder vergaand genoemd worden. Aangezien *onmogelijk* te bewijzen valt in welke periode het fatale kristal is ingeademd, wordt in feite voor wat betreft *periode I* met terugwerkende kracht een risico-aansprakelijkheid gecreëerd: als de werkgever ten aanzien van periode II iets te verwijten valt, dan draagt hij het risico voor mogelijkheid dat het fatale kristal in periode I is ingeademd.

Het moge duidelijk zijn dat het in het hier geschetste geval van groot belang is vast te stellen vanaf welk moment periode II exact een aanvang neemt, dat wil zeggen vanaf welk moment een werkgever maatregelen dient te treffen tegen een nieuw ontdekte ziekte. Als immers periode II mocht blijken te zijn begonnen nadat het arbeidscontract beëindigd was (na 1967), dan valt de werkgever geen verwijt te maken en is hij mijns inziens niet aansprakelijk. De Hoge Raad geeft dan ook enkele richtlijnen voor bepaling van het moment waarop een werkgever in het algemeen maatregelen dient te treffen ter bescherming tegen een nieuw ontdekte ziekte. Zie r.o. 3.8.4. Dit moment is naar alle waarschijnlijkheid enige tijd later gelegen dan het moment van ontdekking van het verband tussen de ziekte en blootstelling aan asbest.

### **Samenvattend**

Naar mijn mening kan men de volgende situaties (verkort weergegeven) onderscheiden:

1. Als gedurende de periodes I en II maatregel 1 (tegen gevaar a.) niet is getroffen, dan is men ook aansprakelijk als gevaar b. zich verwezenlijkt in een periode waarin men dat gevaar niet behoefde te kennen. Dit geldt alleen als het treffen van maatregel 1 verwezenlijking van gevaar b. had kunnen voorkomen.
2. Als de werkgever aannemelijk kan maken dat het treffen van maatregel 1 gevaar b. niet had kunnen voorkomen, dan is van belang vanaf welk moment (moment X) maatregel 2 getroffen had moeten worden ter voorkoming van gevaar b. Is na dit moment X maatregel 2 niet getroffen, dan is het aan de werkgever om te bewijzen dat het gevaar b. zich vóór of ná moment X heeft verwezenlijkt. Aangezien een dergelijk bewijs niet te leveren is, schept het verwijtbaar niet-naleven van maatregel 2 ná moment X een risico-aansprakelijkheid voor wat betreft de periode vóór moment X.

De werkgever zal overigens alleen dan trachten aannemelijk te maken dat het treffen van maatregel 1 gevaar b. niet zou hebben kunnen voorkomen, als hij niet kan bewijzen dat hij maatregel 1 daadwerkelijk getroffen heeft. Als hij zulks namelijk wel kan bewijzen, dan heeft hij er geen enkel belang bij om vervolgens de relevantie van zijn zojuist geleverde bewijs teniet te doen. In een dergelijk geval zal het dus veeleer aan de werknemer zijn om aannemelijk te maken dat maatregel 1 gevaar b. niet zou hebben kunnen voorkomen.

### **HR 01-07-1993, RvdW 1993, 153 (Power vs. Ardross Engineering)**

Op een bouwterrein is een aantal onderaannemers bezig met bouwwerkzaamheden in opdracht van een hoofdaannemer. Een van deze onderaannemers is Ardross. Power, werknemer van Ardross, begeeft zich na afloop van zijn werkzaamheden op het bouwterrein van de werkplek waar hij deze werkzaamheden heeft uitgevoerd naar de werkkeet, teneinde zich om te kleden. Hij passeert daarbij een gedeelte van het

bouwterrein waar personeel van een andere onderaannemer werkzaamheden verricht. Het personeel is doende een metalen schijf omhoog te takelen. Bij het passeren wordt Power geraakt door de schijf die plots uit haar takels losraakt en neervalt. Doordat het ongeval gebrekkig gerapporteerd wordt, blijft de exacte toedracht onopgehelderd.

Power raakt gewond en vordert in rechte van zijn werkgever vergoeding van de geleden schade. De rechtbank overweegt dat de looproute van werkplek naar werkkeet weliswaar tot de 'lokalen' behoort ten aanzien waarvan de werkgever veiligheidsmaatregelen dient te treffen, maar dat de werkgever de zorg voor de veiligheid van deze looproute noodgedwongen heeft moeten overlaten aan de hoofdaannemer en dat de werkgever zich er zoveel als redelijkerwijs mogelijk van overtuigd heeft dat de veiligheid van de werknemer gewaarborgd was. De werkgever had dus voldoende zorg in acht genomen als in casu gevergd kon worden.

De Hoge Raad is van mening dat de zorgverplichtingen van de werkgever zich uitstrekken over het gehele bouwterrein, ook voor zover daarop door derden werkzaamheden worden verricht. Daaraan doet niet af dat de werkgever deze zorg voor een deel moet overlaten aan anderen zoals de aanbesteder, hoofdaannemer en de andere onderaannemers. In een dergelijke situatie als zich hier voordoet kunnen deze personen worden beschouwd als 'hulppersoon' van de werkgever bij de nakoming van diens inspanningsverbintenis c.q. zorgverplichting. Door deze personen als 'hulppersoon' te kwalificeren, oordeelt de Hoge Raad ook over de aansprakelijkheid van de werkgever: art. 6: 76 scheidt immers de aansprakelijkheid van de debiteur voor de gedragingen van zijn 'hulppersonen' als voor eigen gedragingen. Schiet de 'hulppersoon' tekort in de zorgplicht, dan is de werkgever dus aansprakelijk ex art. 7A: 1638x BW. De vraag of de 'hulppersoon' tekort is geschoten in de betreffende zorgplicht, laat zich beantwoorden aan de hand van dezelfde maatstaven als die welke aangelegd worden ter beoordeling van de gedragingen van de werkgever zelf.

De Hoge Raad heeft reeds eerder gewerkt met de 'hulppersoon'-constructie. Zie HR 15-6-1990, NJ 1990, 716 nt. PAS (Stormer vs. Vedox Offshore). Het ging in de zaak om een aan een derde uitgeleende werknemer die op de werkplek van deze inlener letsel opliep. De inlener werd door de Hoge Raad gezien als een hulppersoon voor welke de werkgever aansprakelijk was als voor eigen gedragingen. Vgl. voorts HR 22-3-1991, NJ 1991, 420 (Rolsteiger).

De thans door de Hoge Raad in het kader van de werkgeversaansprakelijkheid gegeven uitleg van het begrip 'hulppersoon' gaat verder dan het arrest Stormer vs. Vedox Offshore. In dat arrest was er immers sprake van een contractuele relatie tussen de werkgever en derde in wiens bedrijf de werknemer werkzaamheden diende te verrichten, terwijl er in het arrest Power vs. Ardross Engineering geen sprake is van enige rechtsbetrekking tussen de werkgever en de 'hulppersoon' die toevallig op de looproute ligt van de werknemer. Het is voor aansprakelijkheid van de werkgever ex art. 1638x in voorkomende gevallen dus niet van belang of de werkgever de 'hulppersoon' contractueel heeft ingeschakeld. Voldoende is dat nakoming van de zorgplicht (deels) wordt overgelaten (impliciet of expliciet) aan een derde en deze derde tekortschiet in nakoming van deze plicht.

Voordat de Hoge Raad het vonnis van de rechtbank vernietigt en de zaak verwijst, geeft hij nog enige wenken voor het verloop van de procedure na verwijzing. Als ik het goed begrijp, dan kan over een van deze wenken het volgende gezegd worden. Het is volgens de Hoge Raad van groot belang dat vast komt te staan wie exact een verwijt gemaakt kan worden ten aanzien van het ongeval. De metalen schijf is losgeraakt tijdens takelwerkzaamheden door personeel van een andere onderaannemer. Komt bijvoorbeeld vast te staan dat de schijf is losgeraakt doordat het takelmateriaal onzorgvuldig is onderhouden door de betreffende onderaannemer of doordat hij zijn personeel gebrekkig heeft geïnstrueerd, dan is de *werkgever* van Power aansprakelijk. Blijkt het ongeval echter te wijten te zijn aan niet-naleving van de veiligheidsvoorschriften —ondanks voldoende instructie en toezicht— door de werknemers van de betreffende onderaannemer, dan is de werkgever van Power *niet* aansprakelijk. Art. 1638x beoogt

*"(...) immers niet een absolute waarborg te scheppen voor bescherming van de werknemer tegen het in lid 1 van dat artikel bedoelde gevaar",*

aldus de Hoge Raad, daarbij verwijzend naar zijn uitspraak van 10-6-1983, NJ 1984, 20 nt. PAS (Berisa

vs. Textielfabrieken Raymakers & Co.).

Hoe de Hoge Raad het onderscheid tussen verwijtbaar gedrag van de 'hulppersonen' (hoofdaannemer, andere onderaannemers etc.) en dat van anderen (personeel van de 'hulppersonen') precies ziet, is niet zondermeer duidelijk. Waarschijnlijk acht hij voor aansprakelijkheid van de werkgever slechts van belang de vraag of de 'hulppersonen' de nodige zorgvuldigheid in acht hebben genomen bij de werkzaamheden op het bouwterrein, of zij hun werknemers voldoende hebben geïnstrueerd, deugdelijk materiaal hebben gebruikt en dergelijke gezichtspunten meer. Als deze 'hulppersonen' niets te verwijten valt, maar integendeel de schade is veroorzaakt door het verwijtbaar gedrag van een *hunner werknemers*, dan ontstaat er geen aansprakelijkheid ex art. 7A: 1638x.

Wat precies de achtergrond van dit door de Hoge Raad gemaakte onderscheid is, is niet zondermeer duidelijk. Uiteraard zal de noodzaak van het onderscheid ingegeven zijn door de overweging dat de aansprakelijkheid van de werkgever niet onbegrensd dient te zijn. Maar waarom de scheidslijn van de aansprakelijkheid van de werkgever ex art. 1638x nu juist hier getrokken is, is onduidelijk. Ik vraag mij af of men niet kan stellen dat, nu ook de bewijslast en met name het bewijsrisico ten aanzien van de exacte toedracht van bedrijfsongevallen door de Hoge Raad min of meer bij de werkgever is gelegd (zie r.o. 3.8.2 van het arrest Power vs. Ardross Engineering), de aansprakelijkheid van de werkgever voor bedrijfsongevallen te zeer is opgerecht. Ligt het in zaken als de onderhavige niet veeleer voor de hand om de onderaannemer, 'wiens schijf' de passerende Power op het hoofd krijgt, aansprakelijk te achten (art. 6: 170 danwel art. 6: 162 BW) en met hem de hoofdaannemer (art. 6: 171 BW) ?

### **Conclusie**

Beide arresten laten naar mijn mening weinig ruimte over voor twijfel: de werknemer wordt tot op zeer grote hoogte beschermd tegen letsel dat in enig verband staat tot zijn arbeid. Deze bescherming blijkt uit zowel de strenge materiële normen waar de werkgever zich aan dient te houden en de bijzonder ruime interpretatie van het begrip "hulppersoon", als uit de tegemoetkoming door de Hoge Raad van de werknemer voor wat betreft diens lastige bewijsrechtelijke positie.