

en zakenreizigers in de EU'. De bevoegdheden zoals neergelegd in artikel 95 EG Verdrag, zijn niet bedoeld voor het doel dat Reding nu voor ogen heeft gestaan en zouden daar, naar goed bestuursrechtelijk gebruik, niet voor gebruikt mogen worden.

Afsluiting

De verordening Roaming dient een politiek aantrekkelijk doel. De tarieven voor bellen in het buitenland zijn al jaren erg hoog en het blijkt lastig te zijn om daar via de nationale regels en het NRF, iets aan te doen. De verordening is een uiterst effectief middel om de tarieven aan te pakken, zeker ook omdat er voor de betrokken aanbieders nauwelijks mogelijkheden zijn om zich hier tegen te verzetten. In het licht van de hierboven geschetste bezwaren dient de verordening te worden betreurd. Er is sprake van precedent voor een rechtstreekse beïnvloeding door Brussel van nationale markten zonder een afdoende juridische basis.

VERZEKERINGS- EN AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT

Mw. mr. M. Keijzer-de Korver,
Stadermann Luiten Advocaten, Rotterdam

Aansprakelijkheid werkgever voor hernia werknemer na tillen zware last.
HR 27 april 2007, RvdW 2007, 459.

07-083

Casus

Een werknemer is als verkoopmedewerker werkzaam in een door zijn werkgever geëxploiteerd restaurant. In 1998 moet een zware oven in het restaurant worden geïnstalleerd. De oven moet daartoe van een pallet worden getild. Op verzoek van zijn werkgever helpt de werknemer met drie anderen bij het tillen van de oven. Dit gebeurt rechtstandig, waarbij betrokkenen door de knieën gaan. Enkele weken daarna meldt de werknemer zich ziek (de reden hiervoor wordt niet in de uitspraak vermeld). Circa twee maanden later hervat de werknemer zijn werkzaamheden. Na een half jaar meldt hij zich wederom ziek en geeft daarbij als reden rugklachten aan. Een neuroloog constateert dan dat de werknemer een her-

nia heeft, waaraan hij wordt geopereerd. Twee jaar na het tillen van de oven wordt de werknemer volledig arbeidsongeschikt verklaard. Nadien wordt hij opnieuw aan zijn rug geopereerd.

De werknemer dagvaardt zijn werkgever tot vergoeding van de schade die hij door de hernia lijdt. Hij baseert deze vordering op art. 7:658 BW. De werkgever betwist dat causaal verband bestaat tussen het tillen en de hernia en stelt dat hij heeft voldaan aan zijn zorgplicht, nu het optillen van de oven niet buitenproportioneel zwaar of gevaarlijk was, terwijl niet van hem kon worden verlangd dat hij mechanische hulpmiddelen inzette.

Kantonrechter en Hof

De Kantonrechter benoemt een deskundige om te onderzoeken of de hernia is ontstaan door het optillen van de oven. Mede op grond van het deskundigenrapport wijst de Kantonrechter de vordering van de werknemer toe.

In hoger beroep vernietigt het Hof het vonnis van de Kantonrechter en wijst de vordering alsnog af. Het Hof stelt voorop dat de oven onder optimale omstandigheden was getild. Aannemende dat het gewicht van de oven maximaal 200 kg bedroeg, zoals de werkgever had gesteld, gaat het Hof er van uit dat de werknemer gedurende korte tijd een gewicht van maximaal 50 kg had opgetild. Volgens het Hof gold ten tijde van het incident geen norm voor de maximale belasting bij handmatig tillen. Blijkens het deskundigenrapport was in de bouwwereld het tillen van zakken cement van 50 kg jarenlang een geaccepteerde zaak geweest en werd dat niet gezien als het ondergaan van een aanzienlijke geweldsinwerking. Daarbij was het overigens wel bekend dat het veelvuldig tillen van dergelijke gewichten uiteindelijk tot degeneratieve afwijkingen aan de onderrug kan leiden. Het Hof oordeelt dat in dit geval geen sprake was van een zodanig gevaar voor de veiligheid en gezondheid van de werknemers, dat de werkgever een zorgplicht had geschonden door geen mechanische hulpmiddelen in te zetten. Het betrof een eenmalige, niet tot de gebruikelijke werkzaamheden behorende, inspanning, die geen relevant gevaar voor

letsel opleverde, nu deze onder normale omstandigheden en op juiste wijze was uitgevoerd. De artikelen 5.2 en 5.3 van het Arbeidsomstandighedenbesluit brengen volgens het Hof evenmin mee dat van de werkgever kon worden verlangd dat hij mechanische middelen inzette. Aan een eventueel met het tillen gepaard gaand risico was in voldoende mate tegemoet gekomen doordat met vier man was getild en het 'tilproces' op juiste wijze was uitgevoerd. Dat het tillen bij de werknemer niettemin tot rugklachten had geleid, acht het Hof veel-
eer een ongelukkige samenloop van omstandigheden, waarbij een bij de werknemer bestaande predispositie voor rugklachten zich (versneld) had geopenbaard.

Hoge Raad

In cassatie overweegt de Hoge Raad dat art. 5.2 van het Arbeidsomstandighedenbesluit mede van belang is voor de omlijning van de door de werkgever te betrachten zorgplicht. *'Ook naar de in 1998 gangbare normen en inzichten had een werkgever (...) de verplichting ervoor te zorgen dat een werknemer die in het kader van zijn werk een zware last (omstreeks 50 kg) te tillen krijgt, ter voorkoming van het ontstaan van letsel de beschikking heeft over mechanische hulpmiddelen of persoonlijke beschermingsmiddelen. Het is immers van algemene bekendheid te achten dat het met de hand tillen van een zodanig gewicht door iemand tot wiens normale werkzaamheden dit niet behoort, een serieus te nemen gevaar oplevert voor het ontstaan van rugletsel. Daartegen beschermt zowel art. 7:658 lid 1 BW als art. 5.2 van het Arbeidsomstandighedenbesluit.'* Het Hof heeft dan ook blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

De Hoge Raad oordeelt voorts dat het Hof ten onrechte is uitgegaan van de juistheid van de stelling van de werkgever dat het gewicht van de oven maximaal 200 kg bedroeg. De werknemer had namelijk expliciet gesteld dat de oven naar alle waarschijnlijkheid zwaarder was geweest. *'Van een werkgever die op grond van art. 7:658 lid 2 BW door een werknemer wordt aangesproken, mag immers in het kader van de motivering van de betwisting van de stellingen van de werknemer worden gevergd*

dat hij in het algemeen de omstandigheden aangeeft die meer in zijn sfeer dan in die van de werknemer liggen (HR 17 november 2000, NJ 2001, 596). Als een zodanige omstandigheid is aan te merken het gewicht van de oven, die zich immers in het bedrijf van [de werkgever] bevindt (of althans bevond); dat dit gewicht van belang is voor de beantwoording van de vraag of [de werkgever] heeft voldaan aan [zijn] zorgplicht tegenover [de werknemer], is evident'.

Het Hof heeft tenslotte ten onrechte overwogen dat de werknemer bij het tillen van de oven een gewicht van maximaal 50 kg diende op te lichten. De Hoge Raad gaat bij dit oordeel uit van de door de werknemer ingeroepen algemene ervaringsregel dat wanneer een bepaald gewicht door meer personen wordt getild, het van een (groot) aantal omstandigheden afhangt welk gewicht door iedere persoon afzonderlijk wordt getild. Het enkele feit dat de oven door de betrokkenen op juiste wijze, rechtstandig, is getild, brengt niet noodzakelijk mee *'dat allen die de oven tilden, op elk moment hetzelfde gewicht droegen'*.¹ *'Niet alleen bestaat immers de mogelijkheid dat het zwaartepunt van de oven zich op een verschillende afstand van betrokkenen bevond, maar ook dat zij op verschillende momenten of met verschillende kracht zijn gaan of blijven tillen'.*

De Hoge Raad vernietigt het arrest van het Hof en verwijst het geding naar een ander Hof ter verdere behandeling en beslissing.

Commentaar

Dit arrest van de Hoge Raad heeft de nodige aandacht gekregen in de media, omdat hieruit volgens het FNV Bureau Beroepsziekten zou voortvloeien dat werkgevers hun personeel voortaan niet meer dan 23 kg handmatig mogen laten tillen op straffe van het risico aansprakelijk te worden gesteld voor bijvoorbeeld rugletsel bij een werknemer. Het FNV leidt deze 'tilnorm' van maximaal 23 kg af uit het feit dat de Hoge Raad in zijn arrest de conclusie van de Procureur-Generaal heeft gevolgd, in welke conclusie de P-G heeft verwezen naar de zogenaamde NIOSH-formule, die uitgaat van een maximaal 'tilgewicht' van 23 kg.² Volgens het

FNV zou de Hoge Raad met deze uitspraak hebben vastgesteld dat er wel degelijk een gezondheidskundige, wetenschappelijk verantwoorde 'tilnorm' bestaat.

Naar mijn mening gaat het FNV uit van een onjuiste lezing van het arrest. De Hoge Raad heeft pertinent geen tilgrens van 23 kg vastgesteld, maar heeft slechts geoordeeld dat als een werknemer een last van circa 50 kg moet tillen, de werkgever ervoor moet zorgen dat de werknemer mechanische hulpmiddelen of persoonlijke beschermingsmiddelen ten dienste staan ter voorkoming van het ontstaan van letsel. Het tillen van een dergelijk zware last door iemand tot wiens normale werkzaamheden dit niet behoort,³ levert immers een serieus te nemen gevaar voor het ontstaan van rugletsel op.

De Hoge Raad heeft voorts in dit arrest er opnieuw op gewezen dat wat van de werkgever in redelijkheid mag worden verwacht aan maatregelen om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt, afhangt van de omstandigheden van het geval.⁴ De formulering van een algemene (til)norm valt naar mijn mening niet te rijmen met dit standpunt van de Hoge Raad.

Ingevolge art. 7:658 lid 1 BW dient een werknemer aan te tonen dat hij in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade heeft geleden. In dit geval was geen sprake van een arbeidsongeval, maar van een 'beroepsziekte'. Het causaal verband tussen de hernia en de tilwerkzaamheden was evenwel niet zonder meer duidelijk, zodat de Kantonrechter een deskundige benoemde om dit te onderzoeken. De deskundige onderscheidde twee mogelijkheden: bij de ene mogelijkheid kon de hernia als een gevolg van het tillen worden beschouwd, bij de andere mogelijkheid juist niet. Er waren geen aanwijzingen dat de ene mogelijkheid voor reëler moest worden gehouden dan de andere. Mede op basis van de bevindingen van de deskundige nam de Kantonrechter aan dat de hernia het gevolg was van het tillen van de oven en derhalve dat de werknemer de schade had geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden. De Kantonrechter baseerde zich daarbij op het feit dat de werkgever onvoldoende veiligheidsmaatregelen

had getroffen ter voorkoming of beperking van het gevaar van een hernia door de fysiek zware belasting. De Kantonrechter achtte de werkgever aansprakelijk voor de schade van de werknemer, aangezien hij niet had voldaan aan zijn uit art. 7:658 lid 2 BW voortvloeiende zorgplicht.

Het oordeel van de Kantonrechter met betrekking tot het causaal verband ligt in de lijn van het arrest van de Hoge Raad van 17 november 2000, NJ 2001, 596 (*Unilever/Dikmans*). Daarin had de Hoge Raad overwogen dat wanneer een werknemer bij zijn werk aan voor de gezondheid gevaarlijke stoffen is blootgesteld, het door de werknemer te bewijzen oorzakelijk verband tussen de blootstelling en de aandoeningen waaraan hij lijdt, moet worden aangenomen, indien de werkgever heeft nagelaten de veiligheidsmaatregelen te treffen die redelijkerwijs noodzakelijk zijn om te voorkomen dat de werknemer schade lijdt. Daarbij rust op de werkgever de plicht om aan te geven of en zo ja welke maatregelen hij heeft getroffen.

Gelet op de uit het deskundigenrapport blijkende onzekerheid ten aanzien van het causaal verband, was het evenwel ook denkbaar geweest dat de Kantonrechter was gekomen tot de vaststelling van een 'proportionele aansprakelijkheid van de werkgever'.⁵ Het oordeel van de deskundige dat de beide door hem genoemde mogelijkheden even reëel waren, had kunnen leiden tot de vaststelling dat de kans dat de aandoening een beroepsmatige oorsprong had op 50% kon worden gesteld. Juist omdat rugklachten veelal multifactorieel zijn bepaald en de relatie met het werk vaak niet eenduidig is, lijkt een proportionele benadering bij een rugaandoening voor de hand te liggen.

In hoger beroep oordeelt het Hof dat de werkgever wel aan zijn zorgplicht heeft voldaan door ervoor te zorgen dat de oven onder optimale omstandigheden door vier man werd getild. Het Hof neemt weliswaar aan dat het tillen heeft geleid tot de rugklachten, maar dat acht het Hof niet het gevolg van het niet nakomen door de werkgever van zijn zorgplicht. In cassatie spitst het geschil zich vervolgens toe op de vraag of de werkgever aan zijn zorgplicht heeft vol-

daan. De Hoge Raad laat zich niet expliciet uit over het causaal verband.

In drie instanties wordt bij de beoordeling van de zorgplicht acht geslagen op art. 5.2 Arbeidsomstandighedenbesluit, dat mede dient om uitvoering te geven aan Richtlijn 90/269/EEG van de Raad van 29 mei 1990 betreffende de minimum veiligheids- en gezondheidsvoorschriften voor het manueel hanteren van lasten met gevaar voor met name rugletsel voor de werknemers.⁶ Het artikel bepaalt: *'De arbeid wordt zodanig georganiseerd, de arbeidsplaats wordt zodanig ingericht, een zodanige productie- en werkmethode wordt toegepast of zodanige hulpmiddelen en persoonlijke beschermingsmiddelen, worden gebruikt, dat de fysieke belasting geen gevaren met zich kan brengen voor de veiligheid en de gezondheid van de werknemer'*.

Het betreft een open norm, die het Hof en de Hoge Raad verschillend hebben ingevuld. Daarbij gebruikt het Hof de omstandigheid dat het tillen een eenmalige inspanning betrof, welke niet tot de gebruikelijke werkzaamheden behoorde, als argument om aan te geven dat zulks, indien juist uitgevoerd, geen gevaar voor letsel oplevert. De Hoge Raad gebruikt diezelfde omstandigheid juist als argument dat het tillen van een dergelijk zware last een serieus gevaar oplevert voor het ontstaan van rugletsel.

De Hoge Raad heeft zich niet uitgelaten over het oordeel van het Hof met betrekking tot de bij de werknemer bestaande predispositie voor rugklachten. De Procureur-Generaal heeft dienaangaande opgemerkt dat een dergelijke predispositie niet kan afdoen aan de aansprakelijkheid van de werkgever, indien hij zijn zorgplicht heeft geschonden.⁷ Of dit oordeel van de P-G juist is valt te bezien, aangezien de Hoge Raad in het (in voetnoot 5) genoemde arrest inzake Nefalit/Karamus heeft aangegeven dat omstandigheden zoals veroudering of genetische aanleg, aan de werknemer moeten worden toegerekend.

Noten:

1. De Procureur-Generaal was dit oordeel, evenals het Hof, wel toegedaan. Zie daartoe punt 16 van de conclusie voorafgaand aan het arrest van de Hoge Raad.
2. Zie punt 11, laatste alinea van de conclusie van de P-G, alsmede www.bbzfnnv.nl, nieuwsbericht van 18 juni 2007. NIOSH is de afkorting van het National Institute of Occupational Safety and Health, het Amerikaanse Instituut voor Veiligheid en Gezondheid. De door dit instituut ontwikkelde NIOSH-methode is een rekenmethode waarmee kan worden berekend hoeveel kilogram in een bepaalde situatie mag worden getild zonder dat gezondheidsschade optreedt. Werkgeversorganisaties in Nederland verzetten zich fel tegen deze norm. Er bestaat in Nederland geen wettelijke tilnorm.
3. Deze toevoeging door de Hoge Raad maakt dat de beslissing niet zonder meer kan worden toegepast op situaties waarin het tillen van een zware last deel uit maakt van de reguliere werkzaamheden en aldus van structurele/repetitieve aard is.
4. Vergelijk HR 11 november 2005, RvdW 2005, 124.
5. Zie het arrest van de Hoge Raad van 31 maart 2006, RvdW 2006, 328 (Nefalit/Karamus), waarin de Hoge Raad ruimte heeft gemaakt voor de leer van de proportionele aansprakelijkheid. Het arrest is onder andere besproken door A. Oort huys, JUTD (2006), nr. 7, p. 15-16. Zie voorts mijn bespreking van het arrest van het Hof Arnhem van 26 september 2006 betreffende de proportionele aansprakelijkheid van een werkgever voor 'meeroken' op de werkplek, JUTD (2006), nr. 23/24, p. 13-19.
6. In deze richtlijn zijn verplichtingen van de werkgever vastgesteld ter vermijding van het gevaar van rugletsel voor de werknemer. Zo dient de werkgever erop toe te zien dat de werknemer zo mogelijk nauwkeurige inlichtingen krijgt betreffende het gewicht van een last en het zwaartepunt of de zwaarste kant wanneer het gewicht van de inhoud van een verpakking niet gelijk is verdeeld (art. 6). De overwegingen van de Hoge Raad met betrekking tot de verplichting van de werkgever om nadere informatie te verstrekken over het gewicht van de oven, alsmede de overwegingen met betrekking tot de wijze waarop bepaald dient te worden welk gewicht de werknemer heeft gedragen, sluiten goed aan op deze bepaling in de richtlijn.
7. Zie punt 12, laatste alinea van de conclusie van de P-G.