

Redactioneel

I 111 | Davelaar/Allspan (vervolg) en Ritsma/Lansink

Voor twee belangrijke arresten op het gebied van werkgeversaansprakelijkheid willen wij in dit redactioneel uw aandacht vragen. Het eerste arrest is het “Davelaar-arrest” dat, na verwijzing door de Hoge Raad, is geweest door het Hof Den Bosch op 16 april 2013. De heer Davelaar, een zelfstandig ondernemer, overkwam op 8 februari 2005 een bedrijfsongeval toen hij reparatie- en revisiewerkzaamheden verrichtte aan een houtvezelverwerkingsmachine in België. Het is een arrest dat in de literatuur en in de pers veel aandacht heeft gekregen en waarbij de heer Davelaar veelal – gemakshalve – werd aangeduid als zzzp’er. Feitelijk klopte dat niet, want Davelaar had ten tijde van het bedrijfsongeval één werknemer in dienst.¹

De rechtbank en hof hadden voorafgaand aan het arrest van de Hoge Raad in feitelijke instantie geoordeeld dat de werkzaamheden die Davelaar verrichtte niet behoorden tot de “core-business” van zijn opdrachtgever Allspan en dat hij dus niet valt binnen het bereik van lid 4 van art. 7:658 BW.² De Hoge Raad casseerde en oordeelde dat er een te beperkt criterium is gehanteerd (r.o. 3.6.3):

‘Mede gelet op het beschermingskarakter van art. 7:658 lid 4 kunnen daaronder ook andere werkzaamheden vallen, waarbij bepalend is of de verrichte werkzaamheden, gelet op de wijze waarop de desbetreffende opdrachtgever aan zijn beroep of bedrijf invulling pleegt te geven, feitelijk tot zijn beroeps- of bedrijfsuitoefening behoren. Dit zal aan de hand van de omstandigheden van het geval beoordeeld moeten worden.’

De Hoge Raad vindt dus bepalend of de werkzaamheden feitelijk tot de bedrijfsactiviteiten behoren en niet of werkzaamheden in zijn algemeenheid tot de werkzaamheden behoren van dit soort bedrijven. Er geldt dus geen

objectief criterium, maar er wordt gekeken naar de concrete werkzaamheden die een bedrijf verricht. Het Hof Den Bosch beslist na verwijzing dat de reparatie- en revisiewerkzaamheden tot de feitelijke bedrijfsactiviteiten behoorden van Allspan omdat de directeur van Allspan als “troubleshooter” binnen het concern werd aangezocht als er zich een technisch probleem voordeed en hij op zijn beurt dan Davelaar inschakelde om de reparatiewerkzaamheden feitelijk uit te voeren, waarbij de directeur allerlei “hand- en spandiensten” verrichtte. Het hof acht Allspan aansprakelijk voor de schade van Davelaar.

Een vraag die gesteld kan worden na de arresten van de Hoge Raad en het Hof Den Bosch is wat te doen in het geval een bedrijf bepaalde bedrijfsactiviteiten niet doet, terwijl die bedrijfsactiviteiten in zijn algemeenheid wel tot de “core business” van dit soort bedrijven worden gerekend. Dus de omgekeerde situatie als bij Allspan, waarbij werkzaamheden niet behorend tot de “core business” van het houtvezelverwerkingsbedrijf toch binnen het bereik van art. 7:658 lid 4 vallen, omdat de werkzaamheden feitelijk wel tot de bedrijfsactiviteiten behoren. Denk bijvoorbeeld aan de hoofdaannemer die bij het bouwen van woningen de lijnwerkzaamheden uitbesteed aan een onderaannemer (zzzp’er). De Rechtbank Den Bosch³ vond dat het hier niet ging om voor de hoofdaannemer “branchevreemde werkzaamheden” en oordeelde daarom dat de zzzp’er die de lijnwerkzaamheden verrichtte onder het bereik van art. 7:658 lid 4 viel.

Kolder en Zwols menen dat deze uitspraak van de Rechtbank Den Bosch na Davelaar/Allspan geen stand meer kan houden.⁴ Daar kun je echter anders over denken. In r.o. 3.6.3 overweegt de Hoge Raad namelijk:

‘Aangenomen moet worden dat de reikwijdte van de bepaling niet beperkt is tot werkzaamheden die tot het wezen van de beroeps- of bedrijfsuitoefening van de

¹ Hof Den Bosch 16 april 2013, LJN BZ8300, JAR 2013/139. Het arrest van de Hoge Raad in de zaak Davelaar: HR 23 maart 2013, LJN BV0616, L&S 2012/177. Zie ook: R.W. Smit, De ZZZP’er en artikel 7:658 lid 4 BW, Een terugblik en bespreking van de uitspraak van de Hoge Raad van 23 maart 2012 (Davelaar/Allspan), L&S 2012/180 (afl. 2).

² In dit redactioneel wordt dit aspect belicht, maar er is natuurlijk meer te zeggen over dit arrest: een zelfstandig ondernemer kan ook “een persoon” in de zin van art. 7:658 lid 4 zijn en diegene die t.o.v. de opdrachtgever in een vergelijkbare positie verkeert als de werknemers van die opdrachtgever, verdienen dezelfde rechtsbescherming als die werknemers, ook al is die opdrachtnemer “eigen baas”. Met name lijkt dan bepalend of diegene voor de zorg van zijn veiligheid (op de plaats waar de betreffende opdracht moet worden uitgevoerd) mede afhankelijk is van zijn opdrachtgever. Dat is dan weer afhankelijk van de feitelijke verhoudingen, aard van de verrichte werkzaamheden en mate waarin werkgever al dan niet door middel van hulppersonen invloed kan uitoefenen op de omstandigheden waaronder het werk kan worden verricht.

³ Rb. Den Bosch 9 juli 2007, LJN BA9363.

⁴ Kolder, A., & Zwols, R.K.R. (2012). De zelfstandige betekenis van lid 4 van art. 7:658 BW. Maandblad voor Vermogensrecht, nr. 6, p. 155-164.

desbetreffende opdrachtgever kunnen worden gerekend of normaal gesproken (onderstreping red.) in het verlangde daarvan liggen.'

De Hoge Raad vervolgt dan met de overweging dat gelet op het beschermingskarakter van 7:658 lid 4, een ruimer, meer feitelijk criterium moet worden gehanteerd. Dat neemt echter niet weg dat blijkens deze geciteerde overweging het "core business-criterium" als een ondergrens lijkt te moeten worden beschouwd als het gaat om de reikwijdte van lid 4. Want de zinsnede "of normaal gesproken in het verlangde daarvan liggen", lijkt op een objectief criterium te duiden.

Het is uiteraard prima indien een bouwonderneming besluit geen lijmwerkzaamheden te verrichten en deze uit te besteden, maar indien het gaat om werkzaamheden die "normaal gesproken in het verlangde liggen" van de werkzaamheden van een bouwonderneming, waarom zou een dergelijke onderneming (mede gelet op het beschermingsgedachte van lid 4) dan ook van haar zorgplicht ex art. 7:658 lid 4 BW dienen te worden ontslagen?⁵

In cassatie was namens Davelaar betoogd dat het *outsourcen* van bepaalde bedrijfsactiviteiten niet van invloed mag zijn op de rechtspositie van degene die daarna het werk verricht en een ongeval overkomt.⁶ A-G Hammerstein is van oordeel dat deze rechtsopvatting niet kan worden gevolgd.⁷ Of de Hoge Raad de mening van de A-G op dit punt deelt wordt bij lezing van arrest niet goed duidelijk en er lijkt ruimte te zijn voor de stelling dat het "core business-criterium" de ondergrens is voor de reikwijdte van 7:658 lid 4. Houweling en Schneider zien die ruimte ook blijkens hun noot onder het Davelaar-arrest.⁸ Zij menen dat de feitelijke (subjectieve) benadering vanuit het perspectief van de beschermingsgedachte van lid 4 niet kan worden aangewend om de objectieve benadering in te perken. Omgekeerd kan de feitelijke (subjectieve) benadering wel tot een verruiming van de objectieve benadering leiden.

Het tweede arrest waar wij aandacht voor willen vragen is het op 7 juni 2013 door de Hoge Raad (LJN BZ1721) gewezen arrest in de zaak Ritsma/Lansink. Deze zaak is eerder besproken tijdens het WAA-congres en in het naar aanleiding daarvan geschreven artikel in L&S 2013, 1. De zaak betrof de vraag of een werkgever aansprakelijk is

voor gezondheidsschade van een werknemer wegens blootstelling aan gevaarlijke stoffen. Deze uitspraak is voor de praktijk van de aansprakelijkheid voor beroepsziektezaken van groot belang. De Hoge Raad bevestigt nogmaals dat er in de bewijslevering van het causaal verband tussen de blootstelling en de gezondheidsschade drie fasen zijn te onderscheiden. De eerste fase is die waarin de werknemer dient te stellen en te bewijzen dat hij aan gevaarlijke stoffen is blootgesteld, en dat de gezondheidsklachten door de blootstelling kunnen zijn veroorzaakt. In de tweede fase is het aan de werkgever om te stellen en te bewijzen dat hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan, bij gebreke waarvan het causaal verband in beginsel vaststaat. In beginsel omdat de werkgever in de derde fase nog kan stellen en bewijzen dat geen sprake is van causaal verband tussen de blootstelling en de gezondheidsklachten.

Het Hof heeft in de visie van de Hoge Raad de arbeidsrechtelijke omkeringsregel zoals die volgt uit bijvoorbeeld het arrest Unilever/Dikmans (LJN AW 6166) onjuist toegepast. Het oordeel van het Hof kwam er namelijk op neer dat voor het antwoord op de vraag of de gezondheidsklachten van de werknemer kunnen zijn veroorzaakt door de blootstelling aan gevaarlijke stoffen rechtens geen ondergrens bestaat in die zin dat de grootte van die kans daarvoor niet van belang is. De Hoge Raad geeft aan dat de bedoelde arbeidsrechtelijke omkeringsregel zo gelezen moet worden dat deze het vermoeden uitdrukt dat de gezondheidsschade van de werknemer is veroorzaakt door de omstandigheden waarin deze zijn werkzaamheden heeft verricht. Dat vermoeden wordt gerechtvaardigd door hetgeen in het algemeen bekend is omtrent de ziekte en haar oorzaken, als ook door de schending door de werkgever van de veiligheidsnorm die beoogt de specifieke ziekte te voorkomen. Voor dat vermoeden is derhalve geen plaats in het geval het verband tussen de gezondheidsschade en de arbeidsomstandigheden te onzeker of te onbepaald is. Voor de bewijslevering in de eerste fase van de zijde van de werknemer heeft dit consequenties, want deze zal concreter bewijs moeten leveren van de hoegrootheid van de kans. Ook met betrekking tot de zorgplicht die op de werkgever rust, oordeelt de Hoge Raad dat een en ander concreet beoordeeld moet worden. Dat er bij de werkgever bekendheid was of behoorde te zijn dat er in het algemeen gevaren verbonden zijn aan het werken met ge-

⁵ Zie voor een ander voorbeeld: Hof Leeuwarden 14 april 2009, LJN BI2482, waar het hof oordeelde dat lid 4 niet van toepassing naar aanleiding van ondermeer de volgende stelling: *Friso heeft gemotiveerd betwist dat [appellant] werkzaamheden verricht heeft die ook door haar werknemers werden verricht. Volgens haar (...) betrof het door [appellant] en diens collega's verrichte staalwerk gespecialiseerd werk dat door Friso altijd in onderaanneming werd uitbestede...* Zie voor een recente uitspraak inzake lijmwerkzaamheden en art. 7:658 lid 4 BW: Kantonnerechter Enschede 28 maart 2013 (kort geding), LJN BZ5803.

Art. 7:658 lid 4 BW.

⁶ Zie Conclusie A-G Hammerstein onder 3.47.

⁷ Zie Conclusie A-G Hammerstein onder 3.48.

⁸ A.R. Houweling en P.L.M. Schneider, Werkgeversaansprakelijkheid voor zpp'ers, noot onder HR 23 maart 2012, LJN BV0616, AV&S 2012/11.

vaarlijke stoffen is ontoereikend. De werknemer en ook de rechter zullen moeten aangeven welke specifieke zorgplicht de werkgever geschonden heeft en welke specifieke maatregelen de werkgever had moeten nemen om de concrete gezondheidsschade te kunnen voorkomen.

Het derde belangrijke punt in dit arrest ziet op de proportionele benadering van de aansprakelijkheid. De Hoge Raad geeft in tegenstelling tot het Hof aan dat niet alleen gekeken moet worden naar verwijtbare omstandigheden aan de zijde van de werknemer, maar naar alle omstandigheden buiten de uitoefening van de werkzaamheden

gelegen welke aan de werknemer moeten worden toegerekend. Daarbij kan naast het bekende risico van roken ook gedacht worden aan genetische aanleg, veroudering of van buiten komende oorzaken. De Hoge Raad vernietigt in navolging van de conclusie van A.G. Spier het arrest van het Gerechtshof Arnhem (nevenzittingsplaats Leeuwarden) en verwijst het geding naar het Gerechtshof 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslis-sing. Over dit arrest en een op dezelfde datum door de Hoge Raad gewezen arrest in een RSI-zaak zullen de pen-nen zeker ook in de kolommen van Letsel & Schade on-getwijfeld in beweging komen.

John Roth en Derk-Jan van der Kolk