



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Annotation: HR 2007-04-27

Heerma van Voss, G.J.J.

Citation

Heerma van Voss, G. J. J. (2008). Annotation: HR 2007-04-27. *Nederlandse Jurisprudentie*, 38, 4457-4470. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/13550>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/13550>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

NJ 2008, 462

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

27 april 2007, nr. C05/192HR

(Mrs. J.B. Fleers, P.C. Kop, A. Hammerstein, J.C. van Oven, F.B. Bakels; plv. P-G De Vries Lentsch-Kostense) m.nt. prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss onder NJ 2008, 465

JOL 2007, 308

LJN AZ6717

RvdW 2007, 459

BW art. 7:658; Arbobesluit art. 5.2, 5.3

Werkgeversaansprakelijkheid. Art. 7:658 BW; zorgplicht m.b.t. tillen zware lasten; art. 5.2 Arbeidsomstandighedenbesluit; feiten van algemene bekendheid. Stelplicht en bewijslast; aan motivering betwisting stellingen werknemer te stellen eisen.

Art. 7:658 BW beoogt niet een absolute waarborg te scheppen voor 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. Art. 5.2 van het Arbeidsomstandighedenbesluit – inhoudende dat de werkgever de arbeid zodanig dient te organiseren en zodanige hulpmiddelen en persoonlijke beschermingsmiddelen dient te gebruiken dat fysieke belasting van de werknemer geen gevaren met zich kan brengen voor diens veiligheid en gezondheid – is mede van belang voor de omlijning van de door de werkgever ingevolge art. 7:658 BW jegens zijn werknemer te betrachten zorgplicht. Ook naar de in 1998 gangbare normen en inzichten had een werkgever in een geval als het onderhavige 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.

Van een werkgever die op grond van art. 7:658 lid 2 BW door een werknemer wordt aangesproken, mag 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.

Een werknemer, verkoopmedewerker in een restaurant, heeft in opdracht van zijn werkgever samen met drie anderen geholpen bij het tillen van een zware oven, die in het restaurant zou worden geïnstalleerd. De werknemer heeft vervolgens rugklachten gekregen die uiteindelijk tot volledige arbeidsongeschiktheid hebben geleid. De werknemer vordert schadevergoeding van zijn werkgever op grond van 7:658 BW. Het hof heeft geoordeeld dat het op de juiste wijze tillen van een oven van 200 kg met vier personen geen zodanig gevaar voor de veiligheid en gezondheid van haar werknemers oplevert dat de werkgever een zorgplicht heeft geschonden door geen mechanische hulpmiddelen bij het optillen van de oven in te zetten en dat die verplichting ook niet voortvloeit uit het bepaalde in de artikelen 5.2 en 5.3 Arbobesluit. Hiertegen richt zich onderdeel 1a van het cassatiemiddel. Onderdeel 2a van het cassatiemiddel klaagt dat het hof, conform de stelling van de werkgever, ervan is uitgegaan dat het gewicht van de oven maximaal 200 kg bedroeg, ondanks het feit dat de werknemer heeft meegedeeld dat hij de indruk had dat de oven zwaarder was en de werkgever niet is ingegaan op zijn verzoek om gegevens met betrekking tot de oven in het geding te brengen.

Bij de beoordeling van onderdeel 1a dient tot uitgangspunt dat het in deze zaak toepasselijke art. 7:658 BW niet beoogt een absolute waarborg te scheppen voor 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 (HR 11 november 2005, NJ 2008, 460). Ingevolge art. 5.2 van het Arbobesluit, dat mede dient om uitvoering te geven aan het bepaalde in Richtlijn 90/269/EEG betreffende de minimum veiligheids- en gezondheidsvoorschriften voor het manueel hanteren van lasten met gevaar voor met name rugletsel voor de werknemers, dient de werkgever de arbeid zodanig te organiseren en zodanige hulpmiddelen en persoonlijke beschermingsmiddelen te gebruiken dat fysieke belasting van de werknemer geen gevaren met zich kan brengen voor diens veiligheid en gezondheid. Deze bepaling is mede van belang voor de omlijning van de door de werkgever

ingevolge art. 7:658 BW jegens zijn werknemer te betrachten zorgplicht. In dit licht klaagt het onderdeel terecht dat het hof met zijn bestreden oordeel van een onjuiste rechtsopvatting heeft blij gegeven. Ook naar de in 1998 gangbare normen en inzichten had een werkgever in een geval als het onderhavige 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 Arbobesluit. Het is een algemene ervaringsregel dat wanneer een bepaald gewicht door meer personen wordt getild, het van een (groot) aantal omstandigheden afhankelijk is welk gewicht door iedere persoon afzonderlijk wordt getild.

Onderdeel 2a is terecht voorgesteld. 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 gevegd 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 den werkgever bevindt (of althans bevond); dat dit gewicht van belang is voor de beantwoording van de vraag of de werkgever heeft voldaan aan haar zorgplicht tegenover de werknemer, is evident.

Mounir Kalai, te Almere, eiser tot cassatie, adv. mr. K. Teuben,
tegen
Antoine Petit B.V., te Rotterdam, verweerster in cassatie, niet verschenen.

Hof:

4. Beoordeling

4.1 Antoine Petit heeft geen grief gericht tegen de tussenvonnissen van 21 november 2001 en 13 maart 2002. Het hof gaat er daarom vanuit dat het principaal appèl zich uitsluitend tegen het eindvonnis van 7 mei 2003 richt.

4.2. Kalai is op 15 juli 1991 in dienst getreden van Antoine Petit als horeca verkoopmedewerker in het door Antoine Petit geëxploiteerde restaurant in het AMC te Amsterdam.

Eind maart 1998 is in dit restaurant een oven geïnstalleerd. Deze oven werd door leverancier Van Zutphen Grootkeukenmontage aangeleverd op een houten pallet en diende vervolgens gedurende korte tijd enkele centimeters te worden opgetild opdat het pallet kon worden verwijderd en de oven op de onder de oven gemonteerde wielen verder kon worden gereden.

Op verzoek van zijn cheffin, N. Wijn, heeft Kalai met tenminste drie anderen, waaronder twee werknemers van de leverancier, geholpen met het tillen van de oven.

Het tillen geschiedde rechtstandig, waarbij betrokkenen door de knieën zijn gegaan.

De door de rechtbank geraadpleegde deskundige, de neuroloog R.S.H.M. Beijersbergen, vermeldt omtrent dit laatste in zijn rapport: 'Buitendien waren de omstandigheden van tillen, zoals betrokkene die beschrijft, optimaal te noemen. Immers er werd conform de adviezen rechtstandig getild zonder plotse rotatiemomenten.'

Kalai stelt dat hij bij het tillen plotseling pijn in zijn rug voelde, dat hij dit gemeld heeft aan Wijn en dat zij toen gezegd heeft dat hij het die dag verder maar rustig aan moest doen. Volgens Kalai heeft hij in de periode daarna geprobeerd zijn werk te verrichten, doch werd de pijn steeds erger.

Kalai heeft zich op 4 mei 1998 ziek gemeld. In juli 1998 heeft Kalai zijn werkzaamheden hervat. Kalai heeft zich in januari 1999 wederom ziek gemeld en gaf daarbij als reden rugklachten aan. Kalai is door zijn huisarts verwezen naar de neuroloog, die een hernia constateerde. Kalai is in juni 1999 geopereerd, maar de pijn is gebleven. Met ingang van 17 januari 2000 is hem een WAO-uitkering toegekend op grond van een arbeidsongeschiktheidspercentage van 80 tot 100%. In augustus 2000 is hij opnieuw aan zijn rug geopereerd.

Uit het rapport van Beijersbergen blijkt dat bij Kalai reeds vóór 1998 sprake was van een verhoogde kans op een degeneratieve stoornis in de onderrug door het ontbreken van een tussenwervelschijf (L5-S1). Dat dit ten tijde van het tilincident aan partijen bekend was is gesteld noch gebleken.

Mede gelet op hetgeen daaromtrent in het deskundigenrapport vermeld wordt (blz. 2 derde alinea, blz. 10 onder V en blz. 11 laatste alinea) en het standpunt van Kalai in eerste aanleg ('akte houdende uitlatingen na gehouden deskundigenbericht' onder 8) gaat het hof uit van de juistheid van de stelling van Antoine Petit dat het gewicht van de oven maximaal 200 kilo bedroeg. De mededeling van Kalai (memorie van antwoord onder 25) dat hij zich niet aan de indruk kan onttrekken dat de oven naar alle waarschijnlijkheid zwaarder is geweest, is in het licht van het voorgaande te weinig concreet om als deugdelijke betwisting te worden aangemerkt. Dat Antoine Petit niet is ingegaan op zijn verzoek om gegevens met betrekking tot de door Kalai getilde oven in het geding te brengen, maakt dit niet anders.

4.3. Het geschil spitst zich toe op de vraag of Antoine Petit aansprakelijk is voor schade die Kalai lijdt doordat, naar hij stelt als gevolg van het tillen van de oven, zich bij hem een hernia aan de rug heeft ontwikkeld.

De kantonrechter heeft deze vraag in bevestigende zin beantwoord en Antoine Petit veroordeeld tot vergoeding van schade, nader op te maken bij staat.

Tegen deze beslissing en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komt Antoine Petit in hoger beroep op.

4.4. Kalai baseert zijn vordering op het niet nakomen door Antoine Petit van de op haar als werkgeefster rustende zorgplicht ten aanzien van de veiligheid van de werkomgeving als bedoeld in artikel 7:658 BW.

Deze bepaling verplicht de werkgever (onder meer) om voor het verrichten van de arbeid zodanige maatregelen te treffen en aanwijzingen te verstrekken als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt.

4.5. Antoine Petit heeft gesteld dat werknemers van Antoine Petit tijdens het inwerken instructies kregen met betrekking tot het op een veilige wijze tillen en dat er op de vestiging van Antoine Petit een handboek ('Handboek Kwaliteit') aanwezig was dat mede op dit punt als naslagwerk diende.

Zij heeft er voorts op gewezen dat de oven door de betrokkenen op juiste wijze, rechtstandig, is getild. Dat de oven onder optimale omstandigheden is getild, zoals de deskundige in zijn rapport vermeld, is door Kalai niet bestreden. Gelet op dit laatste komt aan de betwisting door Kalai dat hij ooit instructies heeft ontvangen over hoe hij het beste zou kunnen tillen ter voorkoming van fysiek letsel geen (doorslaggevende) betekenis toe: aangenomen moet immers worden dat het eventueel ontbreken van dergelijke instructies niet van invloed is geweest op het ontstaan van het aan Kalai overkomen letsel nu door de betrokkenen bij het tillen de juiste techniek is toegepast. De kantonrechter heeft in het licht hiervan het beroep van Kalai op artikel 5.5 van het Arbobesluit terecht gepasseerd.

4.6. Het hof komt vervolgens toe aan de vraag of mede gelet op de destijds geldende arbo-wetgeving Antoine Petit een zorgplicht heeft geschonden door ter gelegenheid van het afleveren van de oven door de leverancier, in plaats van het inzetten van mechanische hulpmiddelen, aan haar werknemer te vragen om te assisteren bij het tillen van de oven, waardoor hij, nu – zoals in het onderhavige geval moet worden aangenomen – op juiste wijze werd getild, gedurende korte tijd een gewicht van maximaal 50 kilo diende op te lichten.

4.7. Dat ten tijde van het onderhavige incident een norm gold voor de maximale belasting bij handmatig tillen is ook in hoger beroep niet gesteld noch gebleken.

Antoine Petit heeft in dit verband een passage uit het rapport van Beijersbergen geciteerd waarin deze erop wijst dat in de bouwwereld het tillen van zakken cement van 50 kilo jarenlang een volstrekt geaccepteerde en normale zaak is geweest en mitsdien van oudsher niet werd gedefinieerd als het ondergaan van aanzienlijke geweldsinwerking (hetgeen volgens de deskundige onverlet laat dat het veelvuldig tillen van dit soort gewichten uiteindelijk tot degeneratieve afwijkingen aan de onderrug kan leiden).

Kalai heeft weliswaar aangevoerd dat blijkens een bericht van het ministerie van Sociale Zaken vanaf 1 januari 2003 een bouwvakker maximaal 25 kilo met de hand mag tillen, doch Antoine Petit wijst er terecht op dat daaruit niet volgt dat deze 'tilnorm' reeds in maart 1998 gold, alsmede dat deze tilnorm betrekking heeft op tilwerkzaamheden van structurele/repetitieve aard met het (ook door Beijersbergenesignaleerde) risico van het zich ontwikkelen van degeneratieve afwijkingen aan de onderrug vandien, en derhalve daaraan in het onderhavige geval geen (doorslaggevende) betekenis toekomt.

Dat in casu sprake was van een zodanig gevaar voor de veiligheid en gezondheid van haar werknemers dat Antoine Petit een zorgplicht heeft geschonden door geen mechanische hulpmiddelen bij het optillen van de oven in te zetten ziet het hof dan ook niet. Vast staat dat het hier om een eenmalige, niet tot de gebruikelijk werkzaamheden behorende, inspanning ging, waarvan moet worden aangenomen dat deze – onder normale omstandigheden en (zoals in het onderhavige geval) op juiste wijze uitgevoerd – geen relevant gevaar voor letsel oplevert. Anders dan de kantonrechter is het hof van oordeel dat ook het bepaalde in de artikelen 5.2 en 5.3 Arbobesluit niet meebrengt dat van Antoine Petit kon worden verlangd dat zij in het onderhavige geval mechanische hulpmiddelen inzette om te voorkomen dat door haar werknemers getild moest worden. Aan een eventueel met het tillen gepaard risico was immers in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs in voldoende mate tegemoet gekomen doordat met vier man werd getild en de betrokkenen er zorg voor hebben gedragen dat het tilproces op juiste wijze werd uitgevoerd.

4.8. Dat het tillen bij Kalai niettemin tot rugklachten heeft geleid kan dan ook niet worden beschouwd als het gevolg van de niet nakoming door Antoine Petit van een jegens Kalai als werknemer bestaande zorgplicht. Veeleer moet worden aangenomen dat sprake is geweest van een ongelukkige samenloop van omstandigheden, waarbij een bij Kalai bestaande predispositie voor rugklachten zich (versneld) heeft geopenbaard.

Gezien het vooroverwogene kan in het midden blijven of het verzoek van Wijn om te assisteren bij het tillen van de oven als opdracht (de visie van Kalai) of als verzoek om hulp van vrijwilligers (de visie van Antoine Petit) aan te merken viel.

4.9. Dit brengt mee dat er geen grond is om Antoine Petit aansprakelijk te achten voor de schade die Kalai leidt als gevolg van de ontstane rugklachten en dat de vordering van Kalai alsnog moet worden afgewezen. Grief I in het principaal appèl slaagt derhalve; bij een behandeling haar tweede grief heeft Antoine Petit geen belang. De grieven in het incidenteel appèl falen.

Het eindvonnis van de kantonrechter zal worden vernietigd.

Kalai zal als in het ongelijk gestelde partij de kosten van het geding in beide instanties dienen te

dragen, waaronder die van het in eerste aanleg gelaste deskundigenbericht.

Antoine Petit heeft haar vordering (in de appèldagvaarding) Kalai te veroordelen om al hetgeen zij ter uitvoering van het bestreden vonnis aan Kalai heeft voldaan aan haar terug te betalen niet nader toegelicht/gepreciseerd. Het hof gaat daaraan mitsdien voorbij, hetgeen echter onverlet laat dat Antoine Petit op zodanige terugbetaling aanspraak kan maken.

(enz.)

Cassatiemiddel:

Schending van het recht en/of verzuim van het vormvereiste van een toereikende motivering doordat het hof heeft geoordeeld als vermeld in rov. 4.2 tot en met 4.9 van zijn arrest, zulks ten onrechte om de navolgende, mede in onderling verband en samenhang in aanmerking te nemen redenen:

1a. Ten onrechte oordeelt het hof in rov. 4.7 dat Antoine Petit niet de op haar als werkgever rustende zorgplicht (art. 7:658 BW) heeft geschonden door geen mechanische hulpmiddelen in te zetten bij de onderhavige gebeurtenis (het – handmatig – tillen van een (ten minste) 200 kg zware oven door Kalai en drie collega-werknemers, als gevolg waarvan bij Kalai rugletsel is ontstaan en hij uiteindelijk arbeidsongeschikt is geraakt). Het hof miskent aldus dat 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 (alsmede art. 5.2 en 5.3 van het Arbeidsomstandighedenbesluit, die van deze richtlijn een uitwerking vormen), meebrengen (en ook in 1998 reeds meebrachten) dat de werkgever, bij het handmatig tillen van een zware last als de onderhavige door een werknemer, vanwege het daaraan verbonden gevaar voor rugletsel verplicht is adequate voorzorgsmaatregelen (zoals bijvoorbeeld het inzetten van mechanische hulpmiddelen) te treffen. Althans miskent het hof dat, (mede) gelet op de genoemde regelgeving en het (ook in 1998 reeds van algemene bekendheid zijnde) gegeven dat het handmatig tillen van een gewicht als het onderhavige (relevant) gevaar voor rugletsel oplevert, op de werkgever ingevolge art. 7:658 BW de (ongeschreven) zorgplicht rust om ter zake adequate voorzorgsmaatregelen te treffen. Derhalve geven 's hofs oordelen in rov. 4.7 dat

- (i) niet gesteld of gebleken is dat ten tijde van het onderhavige incident een norm gold voor de maximale belasting bij handmatig tillen;
- (ii) dat in casu geen sprake was van een zodanig gevaar voor de veiligheid en gezondheid van haar werknemers dat Antoine Petit een zorgplicht heeft geschonden door geen mechanische hulpmiddelen in te zetten bij het optillen van de oven; en
- (iii) dat ook art. 5.2 en 5.3 Arbobesluit niet meebrengen dat van Antoine Petit kon worden verlangd dat zij in het onderhavige geval mechanische hulpmiddelen inzette om te voorkomen dat door

haar werknemers getild moest worden, blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

Althans zijn deze oordelen onbegrijpelijk en/of onvoldoende gemotiveerd, nu (mede) gelet op de hier vóór genoemde regelgeving en het (algemeen bekende) gevaar voor rugletsel dat verbonden is aan het tillen van zware lasten als de onderhavige, alsmede gelet op de daarop betrekking hebbende stellingen van Kalai (conclusie van repliek, sub 6; akte houdende uitlating producties van 7 september 2001, sub 5; akte houdende uitlatingen na gehouden deskundigenbericht, sub 8 en 9; memorie van antwoord, sub 5 en sub 21 t/m 24), niet (zonder meer) valt in te zien waarom Antoine Petit als werkgever in de onderhavige situatie geen adequate voorzorgsmaatregelen diende te treffen. Voorts geeft, om de in het vorenstaande genoemde redenen, ook 's hofs oordeel in rov. 4.7 dat het in casu ging om een eenmalige, niet tot de gebruikelijke werkzaamheden behorende, inspanning waarvan moet worden aangenomen dat deze geen relevant gevaar voor letsel oplevert, blijk van een onjuiste rechtsopvatting, althans is dit oordeel onbegrijpelijk en/of onvoldoende gemotiveerd, zulks te meer nu onder andere in genoemde Richtlijn 90/269/EEG ter zake van de verplichting van de werkgever tot het treffen van voorzorgsmaatregelen bij handmatig tillen geen onderscheid wordt gemaakt tussen het eenmalig, dan wel structureel tillen van zware lasten, terwijl ook overigens niet (zonder meer) valt in te zien waarom ook bij het eenmalig tillen van een zware last als de onderhavige geen (relevant) gevaar voor letsel zou (kunnen) bestaan.

1b. Het vorenstaande vities tevens 's hofs oordeel in rov. 4.8 van zijn arrest dat het feit dat het tillen bij Kalai heeft geleid tot rugklachten niet kan worden beschouwd als het gevolg van de niet-nakoming door Antoine Petit van een jegens Kalai als werknemer bestaande zorgplicht, maar dat veeleer moet worden aangenomen dat sprake is geweest van een ongelukkige samenloop van omstandigheden, waarbij een bij Kalai bestaande predispositie voor rugklachten zich (versneld) heeft geopenbaard. Voorts miskent het hof met dit oordeel dat een eventueel bij Kalai bestaande predispositie voor rugklachten in beginsel niet kan afdoen aan de aansprakelijkheid van Antoine Petit bij schending van de op haar als werkgever rustende zorgplicht. Ook om deze reden geeft 's hofs oordeel in rov. 4.8 blijk van een onjuiste rechtsopvatting, dan wel is dit oordeel onbegrijpelijk en/of onvoldoende gemotiveerd.

2a. Ten onrechte gaat het hof in rov. 4.2 (slot) van zijn arrest uit van de juistheid van de stelling van Antoine Petit dat het gewicht van de oven maximaal 200 kg bedroeg en overweegt het hof dat zulks door Kalai onvoldoende (deugdelijk) is betwist. Kalai heeft het gestelde gewicht van de oven ten processe herhaaldelijk betwist en herhaaldelijk aangegeven dat Antoine Petit informatie omtrent het exacte gewicht van de oven diende te verschaffen (zie de akte houdende uitlating producties van 7 september 2001, sub 7; akte na tussenvonnis van 19 december 2001, sub 3; akte houdende uitlatingen

na gehouden deskundigenbericht zijdens Kalai, sub 6 en 7; memorie van antwoord, sub 25 en 26). Antoine Petit heeft haar eigen stellingen omtrent het gewicht van de oven in het geheel niet onderbouwd (zie de akte houdende uitlatingen na deskundigenbericht zijdens Antoine Petit, sub 18–19, waar Antoine Petit met zoveel woorden opmerkt het niet noodzakelijk te vinden exacte gegevens omtrent het gewicht van de oven in het geding te brengen). Voorts berust de vermelding van het gewicht van de oven in het deskundigenrapport (blz. 10, sub V), waaraan het hof in rov. 4.2 van zijn arrest refereert, uitsluitend op telefonisch door de advocaat van Antoine Petit verstrekte inlichtingen. Gelet op dit een en ander is de betwisting van het gewicht van de oven door Kalai voldoende te achten. Het genoemde oordeel van het hof geeft derhalve blijk van een onjuiste rechtsopvatting, dan wel is dit oordeel onbegrijpelijk en/of onvoldoende gemotiveerd. Voorts miskent het hof dat de werkgever die op grond van art. 7:658 BW door een werknemer wordt aangesproken, in het kader van de motivering van de betwisting van de stellingen van de werknemer, in het algemeen de omstandigheden dient aan te geven die meer in zijn sfeer liggen dan in die van de werknemer (vgl. HR 17 november 2000, NJ 2001, 596 m.nt. DA). Hiervan is in het onderhavige geval onmiskenbaar sprake. Ook om deze reden geeft 's hofs oordeel in rov. 4.2 blijk van een onjuiste rechtsopvatting, althans is dit oordeel onbegrijpelijk dan wel onvoldoende gemotiveerd.

2b. Uitgaande van zijn vaststelling dat het gewicht van de oven maximaal 200 kg bedroeg, concludeert het hof in rov. 4.6 van zijn arrest dat Kalai, bij het tillen van de oven tezamen met drie andere werknemers, een gewicht van maximaal 50 kg diende op te tillen. Deze vaststelling is onbegrijpelijk en/of onvoldoende gemotiveerd, dan wel onjuist, in het licht van de algemene ervaringsregel dat wanneer een bepaald gewicht door meerdere personen wordt getild, van een (groot) aantal omstandigheden afhankelijk is welk gewicht door iedere persoon afzonderlijk wordt getild, zodat niet (althans niet zonder meer) kan worden aangenomen dat het maximaal per persoon getilde gewicht een evenredig gedeelte van het totale gewicht bedraagt.

3. Ten onrechte heeft het hof in zijn arrest art. 6:170 BW als grondslag van de vordering van Kalai onbehandeld gelaten. Kalai heeft in hoger beroep (memorie van antwoord, sub 5) de grondslag van zijn vordering jegens Antoine Petit uitgebreid met art. 6:170 BW, in dier voege dat hij Antoine Petit tevens aansprakelijk acht voor het onrechtmatig handelen van de cheffin van Kalai, N. Wijn, die hem heeft opgedragen een zware oven te helpen tillen in plaats van daartoe gebruik te maken van mechanische hulpmiddelen. Niet valt in te zien dat de vordering van Kalai, voorzover gebaseerd op art. 6:170 BW, (zonder meer) ongegrond zou zijn. Door na te laten deze grondslag van de vordering van Kalai te behandelen heeft het hof derhalve zijn beslissing niet naar behoren met redenen omkleed, dan wel geeft deze

blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Voorzover het onbehandeld laten van art. 6:170 BW als grondslag van de vordering van Kalai hierop berust dat het hof de vordering aldus heeft uitgelegd dat deze uitsluitend is gebaseerd op handelen van Antoine Petit in strijd met art. 7:658 BW (vgl. de weergave van de vordering door het hof in rov. 4.4, eerste alinea, van zijn arrest), is deze uitleg onbegrijpelijk, nu Kalai zijn vordering expressis verbis (memorie van antwoord, sub 5) 66k op art. 6:170 BW heeft gebaseerd.

4. Het vorenstaande vitieert tevens 's hofs (voortbouwende) oordeel in rov. 4.9 van zijn arrest dat er geen grond is om Antoine Petit aansprakelijk te achten voor de door Kalai geleden en nog te lijden schade.

Conclusie plv. P-G mr. De Vries Lentsch-Kostense:

Inleiding

1. In dit geding heeft thans eiser tot cassatie (verder ook: Kalai) gevorderd zijn voormalige werkgever, thans verweerster in cassatie (verder ook: Antoine Petit), te veroordelen tot schadevergoeding nader op te maken bij staat, stellende dat hij een hernia heeft ontwikkeld ten gevolge van het in het kader van zijn werkzaamheden handmatig tillen van een zware oven tezamen met drie anderen. Kalai heeft zijn vordering gebaseerd op art. 7:658 BW en in appel tevens op art. 6:170 BW. Antoine Petit heeft betwist dat de hernia is ontstaan door het handmatig tillen van de oven. Het geschil heeft zich vervolgens toegespitst op de vraag of een werkgever de op hem ingevolge art. 7:658 BW rustende zorgplicht schendt door zijn werknemer opdracht te geven (althans te verzoeken) met drie anderen een oven van 200 kilo te tillen zonder de inzet van mechanische hulpmiddelen. Het hof heeft deze vraag – anders dan de kantonrechter – ontkennend beantwoord en Kalai's vordering tot schadevergoeding afgewezen. Daartegen richt zich het middel.

2. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan. (Zie rechtsoverweging 3 van het arrest van het hof, waarin het hof verwijst naar het tussenvonnis van de kantonrechter van 21 november 2001, alsmede rechtsoverweging en 4.2 van het arrest van het hof.)

i) Kalai is op 15 juli 1991 in dienst getreden van Antoine Petit als horeca verkoopmedewerker in het door Antoine Petit geëxploiteerde restaurant in het AMC te Amsterdam.

ii) Eind maart 1998 werd een zware oven geïnstalleerd in dit restaurant. Deze oven werd door de leverancier aangeleverd op een houten pallet en diende vervolgens gedurende korte tijd enkele centimeters te worden opgetild opdat het pallet kon worden verwijderd en de oven op de onder de oven gemonteerde wielen verder kon worden gereden. Op verzoek of in opdracht van zijn cheffin Wijn, heeft Kalai met tenminste drie anderen, onder wie twee werknemers van de leverancier, geholpen met het tillen van de oven. Het tillen geschiedde rechtstandig, waarbij betrokkenen door de knieën zijn gegaan.

iii) Kalai heeft zich op 4 mei 1998 ziek gemeld. In juli 1998 heeft Kalai zijn werkzaamheden hervat. Kalai heeft zich in januari 1999 wederom ziek gemeld en gaf daarbij als reden rugklachten aan. Kalai is door zijn huisarts verwezen naar de neuroloog, die een hernia constateerde. Kalai is in juni 1999 geopereerd, maar de pijn is gebleven. Met ingang van 17 januari 2000 is hem een WAO- uitkering toegekend op grond van een arbeidsongeschiktheidspercentage van 80 tot 100%. In augustus 2000 is hij opnieuw aan zijn rug geopereerd.

3. Bij inleidende dagvaarding van 13 november 2000 heeft Kalai Antoine Petit gedagvaard voor de kantonrechter te Utrecht en daarbij gevorderd dat Antoine Petit wordt veroordeeld tot vergoeding van geleden en nog te lijden schade, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, met nevenvorderingen. Daartoe heeft Kalai aangevoerd dat zijn hernia het gevolg is van het tillen van de oven en dat Antoine Petit derhalve op de voet van art. 7:658 BW aansprakelijk is voor de schade die hij door zijn hernia lijdt. Hij heeft in dat verband voorts betoogd dat Antoine Petit is tekortgeschoten in de nakoming van de op grond van art. 7:658 BW op haar rustende zorgverplichting door hem de zware oven handmatig tezamen met drie anderen te laten tillen.

Antoine Petit heeft verweer gevoerd. Zij heeft primair betoogd dat er geen causaal verband bestaat tussen het tillen van de oven en de hernia; subsidiair heeft zij aangevoerd dat zij niet is tekortgeschoten in de op haar rustende zorgverplichting nu het optillen van de oven niet buitenproportioneel zwaar of gevaarlijk was en van haar niet kon worden verlangd dat zij in het onderhavige geval mechanische hulpmiddelen inzette om te voorkomen dat door haar werknemers handmatig getild moest worden.

4. De kantonrechter heeft bij tussenvonnis van 21 november 2001 vooropgesteld dat art. 7:658 lid 2 BW de hoofdregel bevat dat de werkgever jegens de werknemer aansprakelijk is voor de schade die de werknemer in de uitoefening van de werkzaamheden lijdt, dat het enkele feit dat schade is geleden de werkgever aansprakelijk maakt en dat deze aansprakelijkheid vervalt wanneer de werkgever bewijst dat hij zijn verplichtingen op grond van art. 7:658 lid 1 is nagekomen. De kantonrechter heeft daarbij benadrukt dat het beroep van Kalai op art. 7:658 alleen kan slagen als vaststaat dat het letsel is ontstaan door het optillen van de oven en dat Antoine Petit niet aansprakelijk is indien er geen causaal verband is tussen het tillen en de hernia van Kalai. Onder aanhouding van iedere verdere beslissing heeft de kantonrechter vervolgens de zaak naar de rol verwezen voor uitlating omtrent de benoeming van een of drie deskundigen te benoemen.

5. Bij tussenvonnis van 13 maart 2002 heeft de kantonrechter – onder aanhouding van iedere verdere beslissing – drs. R.S.H.M. Beijersbergen, als neuroloog verbonden bij het Neuro-Orthopedisch Centrum, tot deskundige benoemd teneinde te onderzoeken of de hernia is ontstaan door het tillen van de oven in maart 1998 en daaromtrent schrifte-

lijk te berichten. Met betrekking tot het verzoek van Kalai om Antoine Petit te gelasten gegevens betreffende het gewicht en de vorm van de oven ter kennis te brengen van de deskundige, heeft de kantonrechter overwogen dat het voor de hand ligt dat Antoine Petit deze gegevens aan de deskundige en de wederpartij verstrekt als de deskundige daarom vraagt.

6. Bij eindvonnis van 7 mei 2003 heeft de kantonrechter de vordering van Kalai tot schadevergoeding nader op te maken bij staat, met nevenvorderingen, toegewezen op grond van de volgende overwegingen.

Uit het deskundigenbericht volgt dat de deskundige twee mogelijkheden onderscheidt. Heel wel mogelijk is dat het tillen de discus L4–S1 heeft geprovoceerd, waaruit – ‘door toenemende degeneratieve bijzonderheden’ – de hernia is ontstaan. In dat geval kan naar het oordeel van de kantonrechter de hernia als een gevolg van het tillen worden beschouwd. Evenzeer is het volgens de deskundige heel wel mogelijk dat reeds vóór het tilmoment een protrusie op het niveau L4–S1 heeft plaatsgevonden. Er is naar het oordeel van de kantonrechter onvoldoende grond om aan te nemen dat in een dergelijk geval het tillen de lichamelijke gesteldheid van Kalai zodanig heeft beïnvloed dat de nadien opgetreden klachten nog als een gevolg van dat tillen kunnen worden beschouwd. Er is niet gebleken dat er aanwijzingen zijn die maken dat de ene mogelijkheid voor reëler moet worden gehouden dan de andere.

Alvorens kan worden beslist waartoe het vorenstaande leidt, moet worden nagegaan op wie in dit geval de bewijslast rust ten aanzien van het causaal verband. Gesteld noch gebleken is dat ten tijde van het onderhavige incident een norm gold voor de maximale belasting bij handmatig tillen. Nu uit het deskundigenbericht kan worden opgemaakt dat het tillen van een last als de onderhavige ook tot een hernia kan leiden, kon de fysieke belasting van het tillen gevaar voor een hernia met zich brengen. Op Antoine Petit rustte derhalve de verplichting de nodige maatregelen te nemen om dat gevaar te voorkomen of te beperken. Uit hetgeen Antoine Petit naar voren heeft gebracht of anderszins is gebleken volgt niet dat zij aan die verplichting heeft voldaan. Met name valt niet aan te nemen dat in dit geval – ter voorkoming of beperking van het gevaar voor de betrokken werknemers – voor het verplaatsen van de oven van de pallet op de vloer redelijkerwijs geen andere werkwijze had kunnen worden gekozen dan het handmatig tillen van de oven door vier personen. Er moet daarom worden aangenomen dat Antoine Petit niet heeft voldaan aan de in art. 5.2 en 5.3 van het Arbobesluit gelegen norm.

De bedoelde norm strekt ertoe gevaar voor de gezondheid van werknemers, zoals Kalai, te voorkomen. Dat gevaar wordt in het algemeen aanmerkelijk vergroot, indien niet aan die norm wordt voldaan. Nu het gevaar voor de gezondheid zich bij Kalai heeft verwezenlijkt in de vorm van een hernia, dient behoudens tegenbewijs te worden aangenomen dat die hernia het gevolg is van de schending van die

norm. Het tegenbewijs volgt niet uit het deskundigenbericht nu het volgens de deskundige heel wel mogelijk is dat het tillen heeft geleid tot de hernia.

Gelet op het voorgaande moet het ervoor worden gehouden dat de hernia het gevolg is van het tillen van de oven en derhalve dat Kalai schade in de uitoefening van zijn werkzaamheden heeft geleden. Antoine Petit is jegens Kalai voor de schade aansprakelijk, tenzij zij aantoont dat zij de in art. 7:658 lid 1 BW genoemde verplichtingen is nagekomen. In de eerder aangegeven schending van het bepaalde in de artt. 5.2 en 5.3 Arbobesluit ligt besloten dat Antoine Petit die verplichtingen niet is nagekomen. Antoine Petit is daarom aansprakelijk voor de schade van Kalai. De vordering tot vergoeding van die schade, op te maken bij staat, dient te worden toegewezen.

7. Antoine Petit heeft onder aanvoering van twee grieven tegen het eindvonnis appel ingesteld bij het gerechtshof te Amsterdam. Grief I is gericht tegen het oordeel dat Antoine Petit haar zorgverplichting niet is nagekomen; grief II bestrijdt de conclusie van de kantonrechter dat de hernia een gevolg is van het tillen van oven. Antoine Petit heeft bewijs aangeboden van al haar stellingen, waaronder in ieder geval begrepen de stelling dat zij aan haar zorgplicht heeft voldaan alsmede dat het causaal verband tussen het tilmoment en de hernia van Kalai ontbreekt. In dat verband heeft zij aangegeven welke vragen aan drs. Beijersbergen zouden kunnen worden voorgelegd.

Kalai heeft voorwaardelijk incidenteel appel ingesteld tegen de tussenvonnissen en tegen het eindvonnis. Hij heeft betoogd dat aan de deskundige ten onrechte de vraag is voorgelegd of de hernia is veroorzaakt door het tillen van de oven en heeft aangegeven welke vragen naar zijn oordeel gesteld hadden moeten worden; hij heeft voorts aangegeven dat de rechtbank ten dele een onjuiste conclusie heeft getrokken uit het deskundigenbericht. Kalai heeft bewijs aangeboden met name door het horen van getuigen en eventueel het horen van de deskundige Beijersbergen.

8. Bij arrest van 28 april maart 2005 heeft het hof het bestreden vonnis vernietigd en de vordering van Kalai alsnog afgewezen op grond van de volgende overwegingen. Het hof heeft vooropgesteld dat Kalai zijn vordering baseert op het niet nakomen door Antoine Petit van de op haar als werkgeefster rustende zorgplicht ten aanzien van de veiligheid van de werkomgeving als bedoeld in art. 7:658 BW, dat Antoine Petit erop heeft gewezen dat de oven door de betrokkenen op de juiste wijze, rechtstandig, is getild en dat door Kalai niet is bestreden dat de oven onder optimale omstandigheden is getild, zoals de deskundige in zijn rapport heeft vermeld. Het hof heeft vervolgens als volgt overwogen omtrent de vraag of mede gelet op de destijds geldende arbowetgeving Antoine Petit een zorgplicht heeft geschonden door ter gelegenheid van het afleveren van de oven door de leverancier, in plaats van het inzetten van mechanische hulpmiddelen, aan haar werknemer

te vragen om te assisteren bij het tillen van de oven, waardoor hij, nu – zoals moet worden aangenomen – op de juiste wijze werd getild, gedurende korte tijd een gewicht van maximaal 50 kilo diende op te lichten:

'4.7. Dat ten tijde van het onderhavige incident een norm gold voor de maximale belasting bij handmatig tillen is ook in hoger beroep gesteld noch gebleken. Antoine Petit heeft in dit verband een passage uit het rapport van Beijersbergen geciteerd waarin deze erop wijst dat in de bouwwereld het tillen van zakken cement van 50 kilo jarenlang een volstrekt geaccepteerde en normale zaak is geweest en mitsdien van oudsher niet werd gedefinieerd als het ondergaan van aanzienlijke geweldsinwerking (hetgeen volgens de deskundige onverlet laat dat het veelvuldig tillen van dit soort gewichten uiteindelijk tot degeneratieve afwijkingen aan de onderrug kan leiden).

Kalai heeft weliswaar aangevoerd dat blijkens een bericht van het ministerie van Sociale Zaken vanaf 1 januari 2003 een bouwvakker maximaal 25 kilo met de hand mag tillen, doch Antoine Petit wijst er terecht op dat daaruit niet volgt dat deze 'tilnorm' reeds in maart 1998 gold, alsmede dat deze norm betrekking heeft op tilwerkzaamheden van structurele/repetitieve aard met het (ook door Beijersbergen gesignaleerde) risico van het zich ontwikkelen van degeneratieve afwijkingen aan de onderrug vandiën, en derhalve daaraan in het onderhavige geval geen (doorslaggevende) betekenis toekomt.

Dat in casu sprake was van een zodanig gevaar voor de veiligheid en gezondheid van haar werknemers dat Antoine Petit een zorgplicht heeft geschonden door geen mechanische hulpmiddelen bij het optillen van de oven in te zetten ziet het hof dan ook niet. Vast staat dat het hier om een eenmalige, niet tot de gebruikelijke werkzaamheden behorende, inspanning ging, waarvan moet worden aangenomen dat deze – onder normale omstandigheden en (zoals in het onderhavige geval) op de juiste manier uitgevoerd – geen relevant gevaar voor letsel oplevert. Anders dan de kantonrechter is het hof van oordeel dat ook het bepaalde in de artikelen 5.2 en 5.3 van het Arbobesluit niet meebrengt dat van Antoine Petit kon worden verlangd dat zij in het onderhavige geval mechanische middelen inzette om te voorkomen dat door haar werknemers getild moest worden. Aan een eventueel met het tillen gepaard risico was immers in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs in voldoende mate tegemoet gekomen doordat met vier man werd getild en de betrokkenen er zorg voor hebben gedragen dat het tilproces op de juiste wijze werd uitgevoerd.

4.8 Dat het tillen bij Kalai niettemin tot rugklachten heeft geleid kan dan ook niet worden beschouwd als het gevolg van de niet nakoming door Antoine Petit van een jegens Kalai als

werknemer bestaande zorgplicht. Veeleer moet worden aangenomen dat sprake is geweest van een ongelukkige samenloop van omstandigheden, waarbij een bij Kalai bestaande predispositie voor rugklachten zich (versneld) heeft geopenbaard. Gezien het vooroverwogene kan in het midden blijven of het verzoek van Wijn om te assisteren bij het tillen van de oven als opdracht (de visie van Kalai) of als verzoek om hulp van vrijwilligers (de visie van Antoine Petit) aan te merken viel.

4.9 Dit brengt mee dat er geen grond is om Antoine Petit aansprakelijk te achten voor de schade die Kalai leidt als gevolg van de ontstane rugklachten en dat de vordering van Kalai alsnog moet worden afgewezen. Grief I in het principaal appèl slaagt derhalve; bij een behandeling van haar tweede grief heeft Antoine Petit geen belang. De grieven in het incidenteel appèl falen. (...)

8. Tegen dit arrest heeft Kalai tijdig cassatieberoep ingesteld. Tegen Antoine Petit is verstek verleend. Kalai heeft zijn standpunt schriftelijk toegelicht.

Het cassatiemiddel

9. Middelonderdeel 1a keert zich tegen rechtsoverweging 4.7 (hiervoor geciteerd) waarin het hof oordeelde dat Antoine Petit niet de op haar als werkgever rustende zorgplicht heeft geschonden door Kalai tezamen met drie anderen de 200 kilo zware oven te laten tillen zonder mechanische hulpmiddelen. Het onderdeel klaagt – kort samengevat – dat het hof met zijn oordeel heeft miskend dat op de werkgever ingevolge art. 7:658 BW de zorgplicht rustte adequate voorzorgsmaatregelen te treffen bij het doen tillen van een zware last als de onderhavige bijvoorbeeld door het inzetten van mechanische hulpmiddelen, (mede) gelet op Richtlijn 90/269/EEG en de artt. 5.2 en 5.3 van het Arbeidsomstandighedenbesluit en op het (ook reeds in 1998 van algemeen bekendheid zijnde) gegeven dat handmatig tillen van een gewicht als het onderhavige (relevant) gevaar voor rugletsel oplevert. Het onderdeel betoogt dat derhalve blijkt gevezen van een onjuiste rechtsoverweging 's hofs oordelen dat gesteld noch gebleken is dat ten tijde van het onderhavige incident een norm gold voor de maximale belasting bij handmatig tillen, dat in casu geen sprake was van een zodanig gevaar voor de veiligheid en gezondheid van haar werknemers dat Antoine Petit een zorgplicht heeft geschonden door geen mechanische hulpmiddelen in te zetten bij het optillen van de oven en dat ook art. 5.2 en 5.3 Arbobesluit niet meebrengen dat van Antoine Petit kon worden verlangd dat zij in het onderhavige geval mechanische hulpmiddelen inzette om te voorkomen dat door haar werknemers getild moest worden. Het onderdeel klaagt dat deze oordelen onjuist althans onbegrijpelijk en/of onvoldoende gemotiveerd zijn nu (mede) gelet op bedoelde regelgeving en het algemeen bekende gevaar verbonden aan het tillen van zware lasten als de onderhavige, alsmede gezien de daarop betrekking hebbende (in het middel met

vindplaatsen aangeduide) stellingen van Kalai, niet (zonder meer) valt in te zien waarom Antoine Petit als werkgever in de onderhavige situatie geen adequate voorzorgsmaatregelen diende te treffen. Het onderdeel klaagt voorts dat om genoemde redenen ook blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting 's hofs oordeel dat het in casu ging om een eenmalige, niet tot de gebruikelijke werkzaamheden behorende, inspanning waarvan moet worden aangenomen dat deze geen relevant gevaar voor letsel oplevert, zulks te meer nu genoemde richtlijn geen onderscheid maakt tussen eenmalig en structureel tillen terwijl ook overigens niet (zonder meer) valt in te zien waarom ook het eenmalig tillen van een zware last als de onderhavige geen (relevant) gevaar voor letsel zou kunnen opleveren.

Middelonderdeel 1b komt op tegen rechtsoverweging 4.8 (eveneens hiervoor geciteerd) met het betoog dat gelet op het in middelonderdeel 1a aangevoerde eveneens onjuist dan wel onbegrijpelijk is het in deze rechtsoverweging gegeven oordeel dat de omstandigheid dat het tillen bij Kalai niettemin tot rugklachten heeft geleid dan ook niet kan worden beschouwd als het gevolg van de niet nakoming door Antoine Petit van een jegens Kalai als werknemer bestaande zorgplicht, maar dat veeleer moet worden aangenomen dat sprake is geweest van een ongelukkige samenloop van omstandigheden, waarbij een bij Kalai bestaande predispositie voor rugklachten zich (versneld) heeft geopenbaard. Voorts klaagt het onderdeel dat het hof miskent dat een eventueel bestaande predispositie bij Kalai in beginsel niet kan afdoen aan de aansprakelijkheid van Antoine Petit bij schending van de op haar als werkgever rustende zorgplicht.

10. Bij de beoordeling van deze klachten kan het volgende worden vooropgesteld. Art. 7:658 lid 1 BW dat bepaalt dat de werkgever verplicht is voor het verrichten van de arbeid zodanige maatregelen te treffen als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt, heeft de strekking de werknemer in zoverre tegen het in dit artikel bedoelde gevaar te beschermen als redelijkerwijs in verband met de arbeid gevegd kan worden. Deze bepaling legt op de werkgever de verplichting de maatregelen te nemen die redelijkerwijs nodig zijn om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt. Het hangt van de omstandigheden van het geval af welke veiligheidsmaatregelen van de werkgever in redelijkheid moeten worden verwacht. De bepaling strekt niet ertoe een absolute waarborg voor de werknemer te scheppen voor bescherming tegen het in deze bepaling bedoelde gevaar (zie onder meer HR 19 oktober 2001, NJ 2001, 663, HR 4 oktober 2002, NJ 2004, 175, HR 9 juli 2004, NJ 2005, 260; HR 11 november 2005, RvdW 2005, 124 en JAR 2005, 287). Bij de vaststelling van de aansprakelijkheid van de werkgever kan een rol spelen of de voorschriften van de arbowetgeving in acht zijn genomen. Het ontbreken van een Arborichtlijn of een voorschrift behoeft echter niet eraan

in de weg te staan dat een situatie voor de toepassing van art. 7:658 BW als gevaarlijk kan worden aangemerkt (Zie HR 5 november 2004, NJ 2005, 215; zie voorts Lindenbergh, Arbeidsongevallen en beroepsziekten, Deventer 2000, p. 32 e.v.)

Legt art. 7:658 BW op de werkgever de bewijslast dat hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan, op de werknemer rust de stelplicht en bewijslast dat hij schade geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden. Claimt de werknemer schade ter zake van een 'beroepsziekte', een ziekte die is opgelopen door de verrichte werkzaamheden, dan kan zich voor de werknemer — anders dan bij de 'klassieke' arbeidsongevallen — de moeilijkheid voordoen dat het verband tussen de ziekte en de werkzaamheden niet aanstonds duidelijk is. Zie in dat verband het arrest van uw Raad van 17 november 2000, NJ 2001, 596, m.nt. DA, waarin het ging om de vraag of de aandoeningen waaraan de werknemer leed waren veroorzaakt doordat hij tijdens zijn werkzaamheden was blootgesteld aan voor de gezondheid gevaarlijke stoffen; uw Raad overwoog dat wanneer de werknemer bij zijn werk aan dergelijke stoffen is blootgesteld, het door de werknemer te bewijzen oorzakelijk verband moet worden aangenomen indien de werkgever heeft nagelaten veiligheidsmaatregelen te treffen die redelijkerwijs nodig zijn om te voorkomen dat de werknemer schade lijdt en dat op de werkgever de plicht rust aan te geven of en zo ja welke maatregelen zij in dit opzicht heeft genomen. In de onderhavige zaak heeft de kantonrechter — kort samengevat — geoordeeld dat de werkgever, die heeft betwist dat de hernia van haar werknemer is veroorzaakt doordat hij een oven van 200 kilo tezamen met drie anderen handmatig moest optillen, niet heeft voldaan aan de op haar rustende zorgverplichting nu met name niet valt aan te nemen dat in casu ter voorkoming of beperking van het gevaar voor de betrokken werknemers geen andere werkwijze had kunnen worden gekozen dan het handmatig tillen van de oven door vier personen, en dat dan ook dient te worden aangenomen dat de hernia het gevolg is van het tillen van de oven. Het hof heeft geoordeeld dat de werkgever wel aan de op haar rustende zorgplicht heeft voldaan. In cassatie is dat oordeel aan de orde.

11. Richtlijn 90/269/EEG waarop Kalai zich in feitelijke instanties en ook in cassatie beroept — Richtlijn 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 (vierde bijzondere Richtlijn in de zin van artikel 16, lid 1, van Richtlijn 89/391/EEG) — is geïmplementeerd via het Besluit fysieke belasting (Besluit van 27 januari 1993 tot vaststelling van regels ter bescherming van werknemers tegen de gevaren van fysieke belasting tijdens de arbeid, *Stb.* 1993, 68) dat per 1 juli 1997 is vervangen door het Besluit van 15 januari 1997, houdende regels in het belang van de veiligheid, de gezondheid en het welzijn in verband met de arbeid (Arbeidsomstandighedenbesluit), *Stb.* 1997, 60. In

de bijlage I bij Richtlijn 90/269/EEG wordt (onder meer) vermeld: 'het manueel hanteren van een last kan gevaar opleveren, met name voor rugletsel, wanneer de last (...) te zwaar of te groot is'. De door de kantonrechter en het hof genoemde artikelen 5.2 en art. 5.3 van het Arbeidsomstandighedenbesluit luiden als volgt:

'Art. 5.2: Voorkomen gevaren

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.

Artikel 5.3: Beperken gevaren en inventarisatie en evaluatie

1. Voor zover de in artikel 5.2 bedoelde gevaren redelijkerwijs niet kunnen worden voorkomen, wordt de arbeid zodanig georganiseerd, wordt de arbeidsplaats zodanig ingericht, wordt een zodanige productie- en werkmethode toegepast en worden zodanige hulpmiddelen en persoonlijke beschermingsmiddelen, gebruikt, dat die gevaren zoveel als redelijkerwijs mogelijk is worden beperkt.

2. Bij de uitvoering van het eerste lid worden in het kader van de inventarisatie en evaluatie, bedoeld in artikel 5 van de wet, met inachtneming van bijlage I bij de richtlijn, de veiligheids- en gezondheidsaspecten van de fysieke belasting beoordeeld, waarbij met name gelet wordt op de kenmerken van de last, de vereiste lichamelijke inspanning, de kenmerken van de werkomgeving en de eisen van de taak.'

Deze bepalingen bevatten 'open normen'. In de artikelsgewijze toelichting bij art. 5.2 wordt in dat verband nog opgemerkt dat om te kunnen beoordelen of bepaalde tilsituaties risico's met zich brengen voor de veiligheid en gezondheid van de werknemers wordt gewezen op de uit de VS afkomstige en ook in Nederland reeds veelvuldig gebruikte NIOSH-methode welke rekenmethode kan worden gebruikt om in een gegeven tilsituatie uit te rekenen wat het toelaatbare tilgewicht is. Zie over de NIOSH-methode: bijlage 'Handmatig tillen op de werkplek bij de nota Arboconvenanten', *Kamerstukken II*, 26 375, 1998-1999, nr. 1, p. 21-22; Sorgdrager, Rugklachten een beroepsziekte?, *TVP* 2005/2, p. 55/56; Advies van 30 maart 1995 van de Gezondheidsraad 'Risicobeoordeling van handmatig tillen', nr. 1995/02 waarin wordt vermeld dat de NIOSH-formule uitgaat van een maximaal tilgewicht van 23 kilo.

Terzijde merk ik nog op dat het arbo-stelsel onlangs is herzien; de gewijzigde Arboret en het gewijzigde Arboret zijn op 1 januari 2007 in werking getreden (*Stb.* 2006, 675); voor de onderhavige zaak zijn de wijzigingen verder niet van belang.

12. Het hof heeft in zijn gewraakte rechtsoverweging vooropgesteld dat is gesteld noch gebleken dat ten tijde van het onderhavige incident een norm

gold voor de maximale belasting bij handmatig tillen. Het heeft overwogen dat het dan ook niet ziet dat sprake was van een zodanig gevaar voor de veiligheid en gezondheid van haar werknemers dat Antoine Petit een zorgplicht heeft geschonden door geen mechanische hulpmiddelen in te zetten bij het optillen van de oven. Het hof heeft daarbij overwogen dat het ging om een eenmalige, niet tot de gebruikelijke werkzaamheden behorende, inspanning waarvan moet worden aangenomen dat deze – onder normale omstandigheden en (zoals in casu) op juiste wijze uitgevoerd – geen relevant gevaar voor letsel oplevert en dat ook het bepaalde in de art. 5.2 en 5.3 Arbobesluit niet meebrengt dat van Antoine Petit kon worden verlangd dat zij in het onderhavige geval mechanische hulpmiddelen inzette om te voorkomen dat door haar werknemers getild moest worden aangezien aan een eventueel met het tillen gepaard risico immers in voldoende mate was tegemoetgekomen doordat met vier man werd getild en de betrokkenen ervoor hebben zorg gedragen dat het tilproces op juiste wijze werd uitgevoerd.

Voorzover het hof heeft geoordeeld dat de omstandigheid dat ten tijde van het onderhavige incident niet een specifieke (wettelijke) norm voor de maximale belasting bij handmatig tillen gold, reeds meebrengt dat ervan moet worden uitgegaan dat Antoine Petit niet de op haar rustende zorgplicht van art. 7:658 BW heeft geschonden, geeft zijn oordeel blijk van een onjuiste rechtsopvatting. De omstandigheid dat destijds het tillen van zakken cement van 50 kilo in de bouw jarenlang een geaccepteerde zaak is geweest, brengt ook niet mee dat Antoine Petit in het onderhavige geval aan haar zorgplicht heeft voldaan. Voorzover het hof anders mocht hebben geoordeeld, geeft zijn oordeel blijk van een onjuiste rechtsopvatting. 's Hof's oordeel dat moet worden aangenomen dat het in casu om een inspanning ging die – onder normale omstandigheden en op de juiste wijze uitgevoerd – geen relevant gevaar voor (rug)letsel oplevert nu het de facto (slechts) ging om een last van 50 kilo, is onbegrijpelijk. Het is immers een feit van algemene bekendheid dat het handmatig tillen van een zodanig zware last een relevant risico meebrengt voor het ontstaan van (rug)letsel ook als het gaat om een eenmalige inspanning, waarbij aantekening verdient dat dit risico groter kan zijn als het tillen van lasten niet tot de gebruikelijke werkzaamheden behoort. Op dat onbegrijpelijke oordeel heeft het hof kennelijk zijn oordeel gebaseerd dat aan een eventueel met het tillen gepaard gaand risico redelijkerwijs in voldoende mate was tegemoetgekomen doordat de 200 kilo zware oven met (slechts) vier man werd opgetild en ervoor is zorggedragen dat het tilproces op de juiste wijze werd uitgevoerd (waarmee het hof kennelijk bedoelt te zeggen dat de oven rechtstandig en met de juiste techniek is getild), in welk oordeel tevens ligt besloten dat van Antoine Petit redelijkerwijs geen andere maatregelen met het oog op het voorkomen van rugletsel behoeften en/of konden worden geveerd.

Dat oordeel kan derhalve geen stand houden. De slotsom is dat middelonderdeel 1a slaagt.

Middelonderdeel 1b betoogt terecht dat ook rechtsoverweging 4.8 waarin het hof – blijkens de woorden 'dan ook' – op grond van zijn daarvoor gegeven oordeel tot de slotsom komt dat geen sprake was van de schending van een zorgplicht door Antoine Petit (en derhalve van een 'ongelukkige samenloop van omstandigheden'), geen stand kan houden. Voorzover het hof met zijn overweging dat moet worden aangenomen dat een bij Kalai bestaande predispositie voor rugklachten zich (versneld) heeft openbaard, tot uitdrukking zou hebben willen brengen dat een eventueel bestaande predispositie bij Kalai afdoet aan de aansprakelijkheid van Antoine Petit de werkgever, zou 's hofs oordeel blijk geven van een onjuiste rechtsopvatting zoals middelonderdeel 1b betoogt. Een predispositie voor rugklachten bij de werknemer kan immers in beginsel niet afdoen aan de aansprakelijkheid van de werkgever. Dit geldt zowel ten aanzien van de toerekening van de schade aan de schadeveroorzakende gebeurtenis – in dit geval: de schending van de op de werkgever rustende veiligheidsnorm – als bij de beoordeling van schadeveroorzakende omstandigheden die aan de benadeelde kunnen worden toegerekend. (Zie HR 8 februari 1985, NJ 1986, 136 m.nt. CJHB; HR 8 februari 1985, NJ 1986, 137 m.nt. CJHB, HR 4 november 1988, NJ 1989, 751 m.nt. CJHB en voorts losbl. Schadevergoeding (Boonekamp), aant. 46 bij art. 6:98 BW en aant. 29 bij art. 6:101 BW).

13. Middelonderdeel 2a komt op tegen de rechtsoverweging 4.2, waarin het hof heeft overwogen dat het, mede gelet op hetgeen daaromtrent in het deskundigenrapport wordt vermeld en het standpunt van Kalai in eerste aanleg, uitgaat van de juistheid van de stelling van Antoine Petit dat het gewicht van de oven maximaal 200 kilo bedroeg en voorts dat de mededeling van Kalai (memorie van antwoord onder 25) dat hij zich niet aan de indruk kan onttrekken dat de oven naar alle waarschijnlijkheid zwaarder is geweest, in het licht van het voorgaande te weinig concreet is om als deugdelijke betwisting te worden aangemerkt en dat het feit dat Antoine Petit niet is ingegaan op het verzoek van Kalai om gegevens met betrekking tot de door Kalai getilde oven in het geding te brengen dit niet anders maakt.

Het onderdeel klaagt dat dit oordeel onjuist dan wel onbegrijpelijk is omdat Kalai het gestelde gewicht van de oven herhaaldelijk heeft betwist, terwijl Antoine Petit haar stellingen omtrent het gewicht van de oven niet heeft onderbouwd en voorts omdat de vermelding van het gewicht in het deskundigenrapport uitsluitend berust op telefonisch door de advocaat van Antoine Petit verstrekte gegevens. Het onderdeel betoogt verder dat het hof heeft miskend dat de werkgever die door een werknemer wordt aangesproken op grond van art. 7:658 BW in het kader van de motivering van de betwisting van de stellingen van de werknemer in het algemeen de

omstandigheden dient aan te geven die meer in zijn sfeer liggen dan in die van de werknemer.

14. Het middelonderdeel moet worden beoordeeld tegen de achtergrond van het volgende. Van een werkgever die op grond van art. 7:658 lid 2 BW door een werknemer wordt aangesproken, mag 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 m.nt. DA). Kalai heeft in deze procedure herhaaldelijk Antoine Petit verzocht gegevens met betrekking tot de haar toebehorende, door Kalai getilde, oven in het geding te brengen (akte houdende uitlating producties van 7 september 2001, sub 7; akte na tussenvonnissen van 19 december 2001, sub 3; akte houdende uitlatingen na gehouden deskundigenbericht, sub 6 en 7). Niet kan worden gezegd dat de stellingname van Kalai inhield dat de oven ook naar zijn mening niet meer dan 200 kg bedroeg. Zo heeft Kalai bij memorie van antwoord gesteld dat de oven mogelijk zwaarder was dan 200 kg (memorie van antwoord sub 25 en 26). Zoals in het deskundigenbericht is vermeld, is het daarin vermelde maximale gewicht van de getilde oven uitsluitend gebaseerd op een telefonische mededeling van de advocaat van Antoine Petit. Gelet op deze betwisting door Kalai van het door Antoine Petit gestelde gewicht van de aan Antoine Petit toebehorende oven en gelet op het belang van het daadwerkelijke gewicht van deze oven voor de beoordeling van de vraag of Antoine Petit een zorgplicht heeft geschonden door Kalai deze handmatig – tezamen met drie anderen – te laten tillen, heeft het hof door uit te gaan van het op een telefonische mededeling van de raadsman van Antoine Petit berustende, in het deskundigenbericht vermelde, gewicht en door te oordelen dat Antoine Petit dit gewicht onvoldoende gemotiveerd heeft betwist, bovenvermelde regels omtrent de stelplicht en bewijslast in een geval als het onderhavige miskend voorzover het ervan is uitgegaan dat het op de weg van Kalai lag nadere gegevens omtrent het gewicht van de oven te verstrekken. Voorzover het hof deze regels omtrent de stelplicht en bewijslast niet heeft miskend, heeft het een onbegrijpelijk oordeel gegeven nu uit de gedingstukken niet anders kan worden opgemaakt dan dat Kalai voldoende gemotiveerd heeft betwist dat het gewicht van de oven maximaal 200 kilo bedroeg.

15. Middelonderdeel 2b keert zich tegen het in rechtsoverweging 4.6 gegeven oordeel dat Kalai bij het tillen van de – naar het hof heeft vastgesteld 200 kg zware – oven tezamen met drie andere werknemers, een gewicht van maximaal 50 kg diende op te tillen. Het middelonderdeel klaagt dat deze vaststelling onjuist dan wel onbegrijpelijk is gelet op de algemene ervaringsregel dat wanneer een bepaald gewicht door meerdere personen wordt getild, van een (groot) aantal omstandigheden afhankelijk is welk gewicht door iedere persoon afzonderlijk wordt getild, zodat niet, althans niet zonder meer,

kan worden aangenomen dat het maximaal per persoon getilde gewicht een evenredig gedeelte van het totale gewicht bedraagt.

16. Het onderdeel ziet naar mijn oordeel eraan voorbij dat het hof in rechtsoverweging 4.5 heeft overwogen dat niet is betwist dat de oven op een optimale wijze, onder toepassing van de juiste techniek, is getild, in welk oordeel ligt besloten het oordeel dat ieder van de vier personen een evenredig deel van het gewicht van 200 kg hebben getild. Het hof heeft zijn oordeel kennelijk gebaseerd op zijn vaststelling in rechtsoverweging 4.2 dat de het tillen rechtstandig geschiedde, waarbij berokkenen door de knieën zijn gegaan en dat de door de rechtbank geraadpleegde deskundige omtrent dit laatste in zijn rapport vermeldt dat de omstandigheden van tillen, zoals betrokkene die beschrijft, optimaal waren te noemen aangezien er conform de adviezen rechtstandig werd getild zonder plotse rotatiemomenten. 's Hof's bestreden vaststelling lijkt mij onjuist noch onbegrijpelijk.

17. Middelonderdeel 3 klaagt dat het hof door art. 6:170 BW als grondslag van de vordering van Kalai onbehandeld te laten, heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, althans zijn beslissing onvoldoende heeft gemotiveerd. Het onderdeel betoogt dat Kalai in hoger beroep de grondslag van zijn vordering aldus heeft uitgebreid, dat hij Antoine Petit tevens aansprakelijk acht voor het onrechtmatig handelen van de cheffin van Kalai, Wijn, die hem de opdracht tot het tillen van de zware oven heeft gegeven. Het onderdeel stelt dat niet valt in te zien dat de op art. 6:170 BW gebaseerde vordering zonder meer ongegrond zou zijn. Voorzover het hof heeft geoordeeld dat Kalai zijn vordering uitsluitend heeft gebaseerd op de schending door Antoine Petit van de op haar krachtens art. 7:658 BW rustende verplichtingen, is dit oordeel onbegrijpelijk in het licht van de stellingen van Kalai (zie mva nr. 5), aldus nog steeds het middelonderdeel.

18. Het hof heeft kennelijk geoordeeld dat het gelet op zijn conclusie dat Antoine Petit de op haar ingevolge art. 7:685 BW rustende zorgplicht niet heeft geschonden, niet meer behoefde in te gaan op de door Kalai gestelde onrechtmatigheid (schending van een zorgvuldigheidsnorm) door de werknemer van Antoine Petit, de cheffin van Kalai, Wijn. Het tegen dit oordeel gerichte onderdeel behoeft gelet op het slagen van de middelonderdeel 1 geen bespreking. Nu 's hofs evenbedoelde conclusie niet in stand kan blijven, kan na verwijzing zo nodig art. 6:170 BW als grondslag van de vordering nog aan de orde komen.

19. Middelonderdeel 4 dat terecht tot de slotsom komt dat geen stand kan houden 's hofs oordeel in rechtsoverweging 4.9 dat er geen grond is om Antoine Petit aansprakelijk te achten voor de door Kalai geleden en nog te lijden schade, bevat geen zelfstandige klacht.

20. Uit het voorgaande volgt dat 's hofs arrest niet in stand kan blijven; de zaak zal moeten worden verwezen ter verdere behandeling en beslissing.

Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging van het bestreden arrest en tot verwijzing ter verdere behandeling en beslissing.

Hoge Raad:1. *Het geding in feitelijke instanties*

Eiser tot cassatie – verder te noemen: Kalai – heeft bij exploit van 13 november 2000 verweerster in cassatie – verder te noemen: Antoine Petit – gedagvaard voor de rechtbank, sector kanton, Utrecht en gevorderd bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, Antoine Petit te veroordelen tot vergoeding van schade van de door Kalai reeds geleden en in de toekomst nog te lijden schade, met de wettelijke rente, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, alsmede Antoine Petit te veroordelen tot betaling van een bedrag van f 3.000 aan buitengerechtigde kosten.

Antoine Petit heeft de vordering bestreden.

De kantonrechter heeft bij tussenvonnis van 21 november 2001 partijen in de gelegenheid gesteld zich uit te laten omtrent het voornemen van de kantonrechter één of drie deskundigen te benoemen, en bij tussenvonnis van 13 maart 2002 een deskundige benoemd. Bij eindvonnis van 7 mei 2003 heeft de kantonrechter Antoine Petit veroordeeld tot vergoeding van de schade van Kalai, nader op te maken bij staat en te vermeerderen met de wettelijke rente en tot betaling van € 1.361,34 voor buitengerechtigde kosten.

Tegen de vonnissen van de kantonrechter heeft Antoine Petit hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te Amsterdam. Kalai heeft voorwaardelijk incidenteel hoger beroep ingesteld.

Bij arrest van 28 april 2005 heeft het hof het eindvonnis van de kantonrechter van 7 mei 2003 vernietigd en, opnieuw rechtdoende, de vordering van Kalai alsnog afgewezen.

(...)

2. *Het geding in cassatie*

(...)

De conclusie van de waarnemend Procureur-Generaal strekt tot vernietiging van het bestreden arrest en tot verwijzing.

3. *Beoordeling van het middel*

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Kalai is op 15 juli 1991 in dienst getreden van Antoine Petit als horeca verkoopmedewerker in het door Antoine Petit geëxploiteerde restaurant in het AMC te Amsterdam.

(ii) Eind maart 1998 werd een zware oven geïnstalleerd in dit restaurant. Deze oven werd aangeleverd op een houten pallet en diende vervolgens gedurende korte tijd enkele centimeters te worden opgetild opdat de pallet kon worden verwijderd en de oven op de daaronder gemonteerde wielen verder kon worden gereden. Op verzoek of in opdracht van

zijn cheffin Wijn, heeft Kalai met ten minste drie anderen, onder wie twee werknemers van de leverancier, geholpen met het tillen van de oven. Het tillen geschiedde rechtstandig, waarbij betrokkenen door de knieën zijn gegaan.

(iii) Kalai heeft zich op 4 mei 1998 ziek gemeld. In juli 1998 heeft hij zijn werkzaamheden hervat. Hij heeft zich in januari 1999 wederom ziek gemeld en gaf daarbij als reden rugklachten aan. Hij is door zijn huisarts verwezen naar de neuroloog, die een hernia constateerde. Kalai is in juni 1999 geopereerd, maar de pijn is gebleven. Met ingang van 17 januari 2000 is hem een WAO-uitkering toegekend op grond van een arbeidsongeschiktheidspercentage van 80 tot 100%. In augustus 2000 is hij opnieuw aan zijn rug geopereerd.

3.2 Kalai heeft zijn hiervoor onder 1 vermelde vordering primair gebaseerd op art. 7:658 BW, daartoe – onder overlegging van getuigenverklaringen en medische rapporten – aanvoerende dat zijn hernia het gevolg is van het tillen van de oven.

Antoine Petit heeft verweer gevoerd. Zij heeft primair betoogd dat geen causaal verband bestaat tussen het tillen van de oven en de hernia. Subsidiair heeft zij aangevoerd dat zij niet is tekortgeschoten in de op haar rustende zorgverplichting, nu het optillen van de oven niet buitenproportioneel zwaar of gevaarlijk was en van haar niet kon worden verlangd dat zij mechanische hulpmiddelen inzette.

De kantonrechter heeft een deskundige benoemd om te onderzoeken of de hernia is ontstaan door het tillen van de oven. Bij eindvonnis heeft de kantonrechter, mede op grond van het inmiddels ontvangen rapport van de deskundige, de vordering van Kalai toegewezen.

Antoine Petit heeft tegen dit eindvonnis appel ingesteld. Kalai heeft voorwaardelijk incidenteel geappelleerd. Het hof heeft het bestreden vonnis vernietigd en de vordering van Kalai alsnog afgewezen. Het heeft vooropgesteld dat door Kalai niet is bestreden dat de oven onder optimale omstandigheden is getild. Het is voorts ervan uitgegaan dat het gewicht van de oven maximaal 200 kg bedroeg (rov. 2) en dat Kalai gedurende korte tijd een gewicht van maximaal 50 kilo diende op te lichten (rov. 4.6). Het overwoog vervolgens:

'4.7. Dat ten tijde van het onderhavige incident een norm gold voor de maximale belasting bij handmatig tillen is ook in hoger beroep niet gesteld noch gebleken.

Antoine Petit heeft in dit verband een passage uit het rapport van Beijersbergen geciteerd waarin deze erop wijst dat in de bouwwereld het tillen van zakken cement van 50 kilo jarenlang een volstrekt geaccepteerde en normale zaak is geweest en mitsdien van oudsher niet werd gedefinieerd als het ondergaan van aanzienlijke geweldsinwerking (hetgeen volgens de deskundige onverlet laat dat het veelvuldig tillen van dit soort gewichten uiteindelijk tot degeneratieve afwijkingen aan de onderrug kan leiden).

Kalai heeft weliswaar aangevoerd dat blijkens een bericht van het ministerie van Sociale Zaken vanaf 1 januari 2003 een bouwvakker maximaal 25 kilo met de hand mag tillen, doch Antoine Petit wijst er terecht op dat daaruit niet volgt dat deze 'tilnorm' reeds in maart 1998 gold, alsmede dat deze norm betrekking heeft op tilwerkzaamheden van structurele/repetitieve aard met het (ook door Beijersbergen gesignaleerde) risico van het zich ontwikkelen van degeneratieve afwijkingen aan de onderrug vandien, en derhalve daaraan in het onderhavige geval geen (doorslaggende) betekenis toekomt.

Dat in casu sprake was van een zodanig gevaar voor de veiligheid en gezondheid van haar werknemers dat Antoine Petit een zorgplicht heeft geschonden door geen mechanische hulpmiddelen bij het optillen van de oven in te zetten ziet het hof dan ook niet. Vast staat dat het hier om een eenmalige, niet tot de gebruikelijke werkzaamheden behorende, inspanning ging, waarvan moet worden aangenomen dat deze – onder normale omstandigheden en (zoals in het onderhavige geval) op juiste wijze uitgevoerd – geen relevant gevaar voor letsel oplevert.

Anders dan de kantonrechter is het hof van oordeel dat ook het bepaalde in de artikelen 5.2 en 5.3 Arbobesluit niet meebrengt dat van Antoine Petit kon worden verlangd dat zij in het onderhavige geval mechanische middelen inzette om te voorkomen dat door haar werknemers getild moest worden. Aan een eventueel met het tillen gepaard risico was immers in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs in voldoende mate tegemoet gekomen doordat met vier man werd getild en de betrokkenen er zorg voor hebben gedragen dat het tilproces op juiste wijze werd uitgevoerd.

4.8 Dat het tillen bij Kalai niettemin tot rugklachten heeft geleid kan dan ook niet worden beschouwd als het gevolg van de niet nakoming door Antoine Petit van een jegens Kalai als werknemer bestaande zorgplicht. Veeleer moet worden aangenomen dat sprake is geweest van een ongelukkige samenloop van omstandigheden, waarbij een bij Kalai bestaande predispositie voor rugklachten zich (versneld) heeft geopenbaard. Gezien het vooroverwogene kan in het midden blijven of het verzoek van Wijn om te assisteren bij het tillen van de oven als opdracht (de visie van Kalai) of als verzoek om hulp van vrijwilligers (de visie van Antoine Petit) aan te merken viel.

4.9 Dit brengt mee dat er geen grond is om Antoine Petit aansprakelijk te achten voor de schade die Kalai lijdt als gevolg van de ontstane rugklachten en dat de vordering van Kalai alsnog moet worden afgewezen. (...)

3.3 Onderdeel 1a van het middel klaagt dat het hof heeft miskend dat op de werkgever ingevolge art. 7:658 BW de zorgplicht rustte adequate voorzorgsmaatregelen te treffen bij het doen tillen van een zware last als de onderhavige, bijvoorbeeld door het inzetten van mechanische hulpmiddelen, (mede)

gelet op Richtlijn 90/269/EEG, de art. 5.2 en 5.3 van het Arbeidsomstandighedenbesluit en het (ook reeds in 1998 van algemene bekendheid zijnde) gegeven dat handmatig tillen van een gewicht van 50 kg relevant gevaar voor rugletsel oplevert.

3.4.1 Bij de beoordeling van dit onderdeel dient tot uitgangspunt dat het in deze zaak toepasselijke art. 7:658 BW niet beoogt een absolute waarborg te scheppen voor 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 (HR 11 november 2005, nr. C04/253, *RvdW* 2005, 124).

3.4.2 Ingevolge art. 5.2 van het Arbeidsomstandighedenbesluit, dat mede dient om uitvoering te geven aan het bepaalde in Richtlijn 90/269/EEG betreffende de minimum veiligheids- en gezondheidsvoorschriften voor het manueel hanteren van lasten met gevaar voor met name rugletsel voor de werknemers, dient de werkgever de arbeid zodanig te organiseren en zodanige hulpmiddelen en persoonlijke beschermingsmiddelen te gebruiken dat fysieke belasting van de werknemer geen gevaren met zich kan brengen voor diens veiligheid en gezondheid. Deze bepaling is mede van belang voor de omlijning van de door de werkgever ingevolge art. 7:658 BW jegens zijn werknemer te betrachten zorgplicht.

3.4.3 In dit licht klaagt het onderdeel terecht dat het hof met zijn bestreden oordeel van een onjuiste rechtsopvatting heeft blijk gegeven. Ook naar de in 1998 gangbare normen en inzichten had een werkgever in een geval als het onderhavige 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.

3.5 Onderdeel 1b is gericht tegen de conclusie die het hof in rov. 4.8 heeft getrokken. Aangezien deze conclusie, zoals het onderdeel terecht stelt, voortbouwt op de door onderdeel 1a met succes aangevallen rov. 4.7, treft ook dit onderdeel doel.

3.6 Onderdeel 2a komt op tegen het slot van rov. 4.2 waarin het hof heeft overwogen dat het, mede gelet op hetgeen daaromtrent in het deskundigenrapport wordt vermeld en het standpunt van Kalai in eerste aanleg, uitgaat van de juistheid van de stelling van Antoine Petit dat het gewicht van de oven maximaal 200 kg bedroeg en voorts dat de mededeling van Kalai dat hij zich niet aan de indruk kan onttrekken dat de oven naar alle waarschijnlijkheid zwaarder is geweest, in het licht van het voor-

gaande te weinig concreet is om als deugdelijke betwisting te worden aangemerkt. Het feit dat Antoine Petit niet is ingegaan op het verzoek van Kalai om gegevens met betrekking tot de oven in het geding te brengen, maakt dit niet anders, aldus nog steeds het hof.

Het onderdeel klaagt terecht dat dit oordeel onjuist is. 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 gevegd dat hij in het algemeen de omstandigheden aangeeft die meer in zijn sfeer dan in die van de werknemer liggen (HR 17 november 2000, nr. C98/273, NJ 2001, 596). Als een zodanige omstandigheid is aan te merken het gewicht van de oven, die zich immers in het bedrijf van Antoine Petit bevindt (of althans bevond); dat dit gewicht van belang is voor de beantwoording van de vraag of Antoine Petit heeft voldaan aan haar zorgplicht tegenover Kalai, is evident. Kalai heeft gesteld dat de oven naar alle waarschijnlijkheid zwaarder was dan 200 kg; hij heeft daarom herhaaldelijk Antoine Petit verzocht gegevens met betrekking tot het gewicht van de oven in het geding te brengen. Laatstgenoemde heeft dit echter niet gedaan en heeft zelfs doen opmerken het niet noodzakelijk te vinden deze gegevens in het geding te brengen. Bij dit alles verdient nog aantekening dat het in het deskundigenbericht vermelde gewicht van ongeveer 150 kg, en maximaal 200 kg uitsluitend is gebaseerd op een telefonische mededeling van de advocaat van Antoine Petit. Dit een en ander laat geen andere slotsom toe dan dat het hof de in het arrest van de Hoge Raad van 17 november 2000 geformuleerde regel heeft miskend, zodat de rechtsklacht van het onderdeel slaagt.

3.7 Onderdeel 2b keert zich tegen het in rov. 4.6 door het hof gegeven oordeel dat Kalai bij het gezamenlijk met drie anderen tillen van de oven, een gewicht van maximaal 50 kg diende op te lichten. Het onderdeel voert aan dat deze vaststelling onbegrijpelijk is gelet op de algemene ervaringsregel dat wanneer een bepaald gewicht door meer personen wordt getild, het van een (groot) aantal omstandigheden afhankelijk is welk gewicht door iedere persoon afzonderlijk wordt getild.

Ook deze klacht treft doel, aangezien de daardoor ingeroepen ervaringsregel tot geen ander oordeel kan leiden dan het onderdeel vermeldt. Daarbij verdient nog opmerking dat de enkele omstandigheid dat de oven door de betrokkenen op de juiste wijze, rechtstandig, is getild (rov. 4.5), waarop het hof zijn door het onderdeel bestreden oordeel mogelijk mede heeft gebaseerd, niet noodzakelijk meebrengt dat allen die de oven tilden, op elk moment hetzelfde gewicht droegen. 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.

3.8 Gelet op het slagen van onderdeel 1 behoeft onderdeel 3, dat klaagt dat het hof de subsidiaire

grondslag van de vordering van Kalai (de in art. 6:170 BW geregelde buitencontractuele werkgeversaansprakelijkheid) niet heeft beoordeeld, geen behandeling.

Onderdeel 4 heeft geen zelfstandige betekenis.

4. *Beslissing*

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het gerechtshof te Amsterdam van 28 april 2005;

verwijst het geding naar het gerechtshof te 's-Gravenhage ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt Antoine Petit in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Kalai begroot op € 457,78 aan verschotten en € 2.600 voor salaris.