

6 | Samenloop van artikel 7:611 BW en artikel 7:658 BW

Y.L.L.A.M. Delfos-Roy[■]

1 INLEIDING

Wanneer een werknemer schade lijdt in de uitoefening van zijn werkzaamheden, is zijn werkgever daarvoor onder omstandigheden op grond van artikel 7:658 BW aansprakelijk. Wanneer niet aan de eisen voor aansprakelijkheid ingevolge dit artikel is voldaan heeft de werknemer, onder omstandigheden, de mogelijkheid zijn vordering tot schadevergoeding te gronden op artikel 7:611 BW. Dit artikel luidt als volgt:

‘De werkgever en de werknemer zijn verplicht zich als een goed werkgever en een goed werknemer te gedragen.’

Artikel 7:611 BW moet worden gezien als een bepaling die voor het arbeidsrecht de artikelen 6:2 BW en 6:248 BW nog eens weergeeft. Uit de memorie van toelichting¹ bij artikel 7:611 BW blijkt dat speciale vermelding naast de artikelen 6:2 BW en 6:248 BW waardevol is ‘omdat de bepaling (...) niet slechts ziet op de bedoelingen van partijen onderling, maar ook op voor het arbeidsrecht relevante verhoudingen en ontwikkelingen.’

Op grond van artikel 7:658 BW is een werkgever jegens zijn werknemer aansprakelijk voor de schade die de desbetreffende werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt, indien de werkgever – kort gezegd – niet aantoonbaar dat hij aan zijn in artikel 7:658 BW bedoelde zorgplicht heeft voldaan. Deze zorgplicht houdt in dat de werkgever de lokalen, werktuigen en gereedschappen waarin of waarmee hij de arbeid doet verrichten, op zodanige wijze inricht en onderhoudt en dat hij voor het verrichten van de arbeid zodanige maatregelen treft en aanwijzingen verstrekt als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt.

De zorgplicht van de werkgever houdt, aldus de Hoge Raad,² ‘nauw verband met zijn zeggenschap over de werkplek en zijn bevoegdheid zijn

■ Y.L.L.A.M. Delfos-Roy is universitair docent bij de afdeling burgerlijk recht, Universiteit Leiden.

1 *Kamerstukken II* 1993/94, 23 438, nr. 3, p. 15 (MvT).

2 HR 22 januari 1999, *NJ* 1999, 534 m.nt. PAS; In deze zin ook HR 9 augustus 2002, *NJ* 2004, 235, m.nt. GHvV.

werknemer aanwijzingen te geven ter zake van de (wijze van) uitoefening van diens werkzaamheden’.

Wanneer deze zeggenschap van de werkgever ontbreekt, bijvoorbeeld in een situatie buiten de werkplek of buiten werktijd, zal de vraag of de werkgever aansprakelijk is voor schade van zijn werknemer, aldus de Hoge Raad, ‘naar de omstandigheden van het gegeven geval moeten worden beantwoord aan de hand van wat voor dat geval de eis zich als een goed werkgever te gedragen meebrengt.’³ Als uitgangspunt geldt bovendien dat in het geval van ontbreken van bedoelde zeggenschap slechts onder bijzondere omstandigheden plaats is voor aansprakelijkheid van de werkgever, gedacht kan bijvoorbeeld worden aan een ook aan de werkgever bekend specifiek en ernstig gevaar.⁴

In de onderhavige uitspraak⁵ wordt aldus de mogelijkheid erkend om, wanneer bovenbedoelde zeggenschap van de werkgever ontbreekt, onder bijzondere omstandigheden, op grond van de algemene regel dat een werkgever zich als goed werkgever dient te gedragen (thans artikel 7:611 BW), de aansprakelijkheid van de werkgever jegens de werknemer uit te breiden ten opzichte van de bijzondere regel (artikel 7:658 BW). Artikel 7:611 BW heeft aldus aanvullende werking in het geval dat artikel 7:658 BW niet van toepassing is omdat zeggenschap en daarmee de in artikel 7:658 BW bedoelde zorgplicht van de werkgever ontbreekt en kan gezien worden als een herhaling van artikel 6:248 lid 1 BW. Daarnaast heeft artikel 7:611 BW beperkende werking, in die zin dat een werkgever zich er niet op kan beroepen slechts aansprakelijk te zijn wanneer aan de voorwaarden van artikel 7:658 BW is voldaan, en kan tevens gezien worden als een herhaling van artikel 6:2 BW.

Aldus verenigen artikel 7:658 BW en artikel 7:611 BW hun werking en is in die zin sprake van samenloop van rechtsvorderingen.

In deze bijdrage zal een aantal gevallen waarin aansprakelijkheid op grond van artikel 7:611 BW/6:248 lid 1 BW wordt aangenomen, worden besproken en zal worden ingegaan op de vraag of de mogelijkheden voor een werknemer om zich met succes op artikel 7:611 BW te kunnen beroepen moeten worden ingeperkt om recht te doen aan de gerechtvaardigde belangen van de werkgever om niet aansprakelijk te worden gehouden voor schade ontstaan in een situatie waarin hij geen zeggenschap heeft.

Eerst moet echter nog worden opgemerkt dat er voor de toepassing van artikel 6:248 BW dan wel artikel 7:611 BW geen plaats is voor het geval waarin

3 HR 22 januari 1999, NJ 1999, 534 m.nt. PAS

4 HR 22 januari 1999, NJ 1999, 534 m.nt. PAS. In deze zaak, waarin het ging om de vraag of de rechtsoptvolger van de desbetreffende werkgever – Stichting Reclassering Nederland – aansprakelijk was voor de aan de werknemer – een sociaal-psychiatrisch werker – in zijn privé situatie overkomen schade, omdat een cliënt van de werkgever de werknemer in de deuropening van de woning van de werknemer veertig keer met een ijzeren hamer op het hoofd had geslagen, had de werknemer niet gesteld dat van de hier bedoelde bijzondere omstandigheden sprake was.

5 HR 22 januari 1999, NJ 1999, 534, m.nt. PAS

de werkgever wel de hier bedoelde zorgplicht/zeggenschap heeft en artikel 7:658 BW van toepassing is, maar niet gezegd kan worden dat hij deze in artikel 7:658 BW bedoelde zorgplicht heeft geschonden.⁶ Met andere woorden: van cumulatie van artikel 7:658 BW met artikel 6:248/ 7:611 BW, in die zin dat op grond van artikel 6:248/ 7:611 BW schadevergoeding kan worden verkregen in een geval waarop artikel 7:658 BW van toepassing is, maar niet gezegd kan worden dat de werkgever zijn in dit artikel bedoelde zorgplicht heeft geschonden, is geen sprake. Dit zou, wanneer ik de Hoge Raad goed begrijp, tot een onaanvaardbare risicoaansprakelijkheid van de werkgever voor schade aan zijn werknemer overkomen in zijn werkzaamheden leiden.⁷

Niet onmogelijk lijkt het mij dat op grond van artikel 6:248 lid 1/ 7:611 BW schadevergoeding wordt verkregen in een geval waarop artikel 7:658 BW van toepassing is en tevens gezegd kan worden dat de werkgever zijn in dit artikel bedoelde zorgplicht heeft geschonden. We hebben dan met samenloop te maken in de zin van, twee rechtsregels van eenzelfde rechtsstelsel – een bijzondere regel en een algemene regel – die voor toepassing op één rechtsfeit in aanmerking komen.⁸ Dat de eisende partij in het hier bedoelde geval artikel 6:248 lid 1/ 7:611 BW aan zijn vordering ten grondslag zal leggen ligt echter niet voor de hand. Immers, in beginsel ontbeert hij, wanneer hij zich op artikel 6:248 lid 1/ 7:611 BW beroept, de voor hem als werknemer gunstige bewijslastverdeling van artikel 7:658 lid 2.

In het hierna volgende zal samenloop tussen de artikelen 7:611 BW en 7:658 BW zich voordoen in de eerder aangegeven zin van verenigende werking.

6 HR 17 november 1989, NJ 1990, 572, m.nt. PAS onder HR 6 april 1990, NJ 1990, 573.

7 HR 17 november 1989, NJ 1990, 572, m.nt. PAS onder HR 6 april 1990, NJ 1990, 573. In de onderhavige zaak was artikel 1638x BW (thans 7:658 BW) van toepassing, de Hoge Raad overwoog: 'Wanneer de werkgever niet is tekortgeschoten in de nakoming van de in art. 1638x lid 1 genoemde verplichtingen en hij ook overigens niet is tekortgeschoten in de nakoming van zijn verplichtingen, is er geen plaats voor een op 'gebruik en billijkheid' dan wel op goed werknemerschap in het algemeen rustende verplichting om aan een werknemer die als gevolg van een hem in de uitoefening van zijn dienstbetrekking overkomen ongeval schade lijdt, een schadevergoeding of tegemoetkoming te betalen. Zulk een verplichting is met name onaanvaardbaar omdat daardoor, in strijd met de strekking van art. 1638x, op de werkgever een aansprakelijkheid zou worden gelegd zonder dat er sprake is van een tekortkoming aan zijn kant'; Vergelijk rechtbank r.o. 4.11, te kennen uit HR 9 juli 2004, NJ 2005, 260: 'Nu de slotsom is dat Brands heeft voldaan aan haar zorgplicht van artikel 7:658 lid 2 BW, kan zij evenmin op grond van artikel 7:611 BW aansprakelijk gehouden worden voor de schade van Oost. De eisen gesteld aan het goed werkgeverschap van artikel 7:611 BW in dit kader houden niet meer of anders in dan die gesteld aan de zorgplicht van artikel 7:658 BW'. Vergelijk A.S. Hartkamp, *Compendium van het vermogensrecht voor de rechtspraak*, Deventer: Kluwer 2005, nr 30: samenlopende wetsbepalingen dienen zoveel mogelijk alle tot toepassing te kunnen komen, tenzij 'dit tot logisch of praktisch onaanvaardbare resultaten' zou leiden en voorts C.A. Boukema, *Samenloop*, Deventer: Kluwer 1992, p. 9-15. Zie T. Hartlief, 'Werkgeversaansprakelijkheid: het bereik van en de verhouding tussen art. 7:658 en 7:611 BW', *RM Themis* 2002, p. 82.

8 C.A. Boukema, *Samenloop*, Deventer: Kluwer 1992, p. 3, 9-15.

- 2 AANSPRAKELIJKHEID OP GROND VAN ARTIKEL 7:611 BW/ 6:248 LID 1 BW
- 2.1 Verkeersongeval tijdens verrichten verplichtingen uit arbeidsovereenkomst

In de zaak *Bruinsma tegen Schuitemaker*,⁹ waarin bovenbedoelde zeggenschap en daarmee de zorgplicht van de werkgever op grond van artikel 7A:1638x BW (thans artikel 7:658 BW) ontbreekt, en een werknemer geen aanspraken zal kunnen gronden op artikel 7A:1638x (thans 7:658 BW) overweegt de Hoge Raad dat hieraan niet afdoet dat de werkgever op grond van artikel 6:248 lid 1 BW aansprakelijk kan zijn voor de schade aan een werknemer in de uitoefening van zijn dienstverband overkomen, wanneer dit in lijn is met het stelsel van het arbeidsrecht zoals dit uitdrukking heeft gevonden in artikel 7A:1639da BW (thans 7:661 BW) en artikel 6:170 lid 3 BW.

Het stelsel van het arbeidsrecht zoals dit uitdrukking heeft gevonden in de artikelen 7: 661 BW en 6:170 lid 3 BW houdt , kort gezegd, in: dat de werkgever op grond van artikel 7:661 BW in beginsel de schade draagt die een werknemer, bij de uitvoering van zijn arbeidsovereenkomst, aan de werkgever of een derde jegens wie de werkgever aansprakelijk is, toebrengt, tenzij de schade een gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer. Op grond van artikel 6:170 lid 3 hoeft een werknemer, wanneer zowel hij als zijn werkgever voor schade van een derde aansprakelijk zijn, in de onderlinge verhouding werknemer en werkgever slechts in de schadevergoeding bij te dragen wanneer de schade een gevolg is van zijn opzet of bewuste roekeloosheid.

Wanneer doet zich nu het door de Hoge Raad, in de onderhavige uitspraak, bedoelde geval voor, waarin de werkgever de schade overkomen aan de werknemer in de uitoefening van zijn dienstverband, dient te dragen ondanks dat zeggenschap van de werkgever en daarmee de zorgplicht als bedoeld in artikel 7:658 BW ontbreekt?

De casus was, kort gezegd, als volgt: Schuitemaker heeft in opdracht van zijn werkgever Bruinsma voor deze een pakje moeten wegbrengen en heeft daarvoor zijn eigen auto gebruikt. Daarbij is onderweg door schuld van Schuitemaker een aanrijding ontstaan, waardoor de auto van Schuitemaker total-loss is geraakt. De HR overweegt:¹⁰

‘Weliswaar bestaat geen rechtsregel die meebrengt dat de werkgever aansprakelijk is voor schade aan de zaken van de werknemer, indien deze die zaken bij het verrichten van zijn taak gebruikt, in het bijzonder niet indien de schade door de schuld van de werknemer zelf is ontstaan.’

9 HR 16 oktober 1992, *NJ* 1993, 264, m.nt. PAS, r.o. 3.3.

10 HR 16 oktober 1992, *NJ* 1993, 264, m.nt. PAS.

Maar dat dit in beginsel anders is indien:

‘het gebruik dat de werknemer krachtens zijn verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst bij het verrichten van zijn taak van zijn eigen zaak maakt, naar de aard van die zaak, zoals zich in het bijzonder voordoet bij een auto, risico’s van ernstige beschadiging van die zaak meebrengt, niet alleen door eventuele fouten van derden, maar ook in samenhang met (...) het ervaringsfeit dat de dagelijkse omgang met dergelijke zaken de gebruiker daarvan licht ertoe zal brengen niet steeds alle voorzichtigheid in acht te nemen die ter voorkoming van ongevallen geraden is.’

In dit geval ligt het in de lijn van artikel 7:661 BW en artikel 6:170 lid 3 BW dat de werkgever voor schade aan de auto van de werknemer aansprakelijk is, tenzij de schade een gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de desbetreffende werknemer.

Op grond van laatstgenoemde artikelen zou een werkgever die een auto van de werkgever of van een derde ter beschikking stelt aan de werknemer, behoudens opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer, immers zelf de door de werknemer veroorzaakte schade aan de auto dragen.¹¹ Het zou niet redelijk zijn wanneer een werkgever aan deze regeling zou kunnen ontkomen door zijn werknemer een eigen auto – welke naar de aard van die zaak risico’s van ernstige beschadiging van die zaak meebrengt – te laten gebruiken.¹²

Uit de hiervoor gebruikte woorden ‘in beginsel’ volgt, aldus de Hoge Raad, dat een werkgever niet altijd de schade hoeft te dragen. Zo zou uit een beding met betrekking tot autokosten anders kunnen voortvloeien, bijvoorbeeld omdat de toekenning van een autokostenvergoeding door de werkgever aan de werknemer er toe strekt de premie van een cascoverzekering te vergoeden.¹³ In de zaak Vonk tegen Van der Hoeven¹⁴ overweegt de Hoge Raad dat:

‘een werkgever onder omstandigheden jegens zijn werknemer aansprakelijk kan zijn voor diens schade, ook al is aan de vereisten van art. 7A:1638x (oud) BW respectievelijk art. 7:658 niet voldaan’.

De Hoge Raad verwijst daarbij onder andere naar de hiervoor behandelde uitspraak Bruinsma tegen Schuitmaker. De overweging dient, gezien het voorgaande, mijns inziens, zo te worden verstaan dat, wanneer ‘aan de vereisten van art. 7A:1638x (oud) BW respectievelijk art. 7:658 niet voldaan’ is, omdat de in het desbetreffende artikel bedoelde zorgplicht ontbreekt, onder omstandigheden ruimte voor aansprakelijkheid op andere grond bestaat. Ten aanzien

11 HR 16 oktober 1992, NJ 1993, 264, m.nt. PAS.

12 Zie ook C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2006, nr. 10.2.2.2.

13 HR 16 oktober 1992, NJ 1993, 264, m.nt. PAS, r.o. 3.4.

14 HR 12 januari 2001, NJ 2001, 253, m.nt. PAS.

van de onderhavige uitspraak kan er vanuit worden gegaan dat deze zeggenschap van de werkgever ontbrak daar het een situatie in het verkeer betrof.

Het volgende deed zich voor: werknemer Van der Hoeven was door zijn werkgever (hierna Vonk) uitgeleend aan een ander bedrijf (hierna: Vink). Vink had ten behoeve van het vervoer (Didam-Amsterdam) in verband met de te verrichten werkzaamheden een bestelbusje ter beschikking gesteld. Het bestelbusje werd bij toerbeurt door werknemer Van der Hoeven, zijn collega, alsmede twee werknemers van Vink bestuurd. Op een gegeven moment is het busje, terwijl dit bestuurd werd door werknemer Van der Hoeven, in een slip geraakt en diverse malen over de kop geslagen. Van der Hoeven heeft hierdoor ernstig rugletsel opgelopen.

Als bestuurder van het busje en veroorzaker van het ongeval heeft Van der Hoeven zijn ongevalschade niet op grond van de WA-verzekering van het busje kunnen claimen.

Van der Hoeven heeft daarom zijn werkgever, Vonk, aansprakelijk gesteld. Primair op grond van artikel 7A:1638 x (oud) BW respectievelijk artikel 7:658 BW en subsidiair op de grond dat aansprakelijkheid voort zou vloeien uit de eisen van redelijkheid en billijkheid (artikel 7:611 BW).

De rechtbank heeft vervolgens geoordeeld dat de werkgever onder de hierna te noemen omstandigheden van het geval op grond van de subsidiaire grondslag (artikel 7:611 BW) aansprakelijk was voor de niet door een verzekering gedekte letselschade. De door de rechtbank genoemde omstandigheden waren:

- '(I) de werknemer, Van der Hoeven, was in de uitoefening van zijn werkzaamheden verplicht zich (dagelijks) per auto van Didam naar Amsterdam en terug te begeven;
- (II) hij was daarbij verplicht bij toerbeurt te chaufferen;
- (III) de financiële gevolgen van een eventueel ongeval waren voor alle inzittenden van het busje door een WA-verzekering gedekt, behalve voor Van der Hoeven als de chaufferende werknemer;
- (IV) er was geen sprake van opzet dan wel bewuste roekeloosheid aan de zijde van Van der Hoeven bij het ontstaan van het ongeval;
- (V) het 'ervaringsfeit' dat de dagelijkse omgang met auto's de gebruiker daarvan licht ertoe zal brengen niet steeds alle voorzichtigheid in acht te nemen die ter voorkoming van ongevallen geraden is.'

Na, zoals hierboven al aangegeven, te hebben overwogen dat 'een werkgever onder omstandigheden jegens zijn werknemer aansprakelijk kan zijn voor diens schade, ook al is aan de vereisten van art. 7A:1638x (oud) BW respectievelijk art. 7:658 niet voldaan', oordeelt de Hoge Raad dat het oordeel van de rechtbank, gewezen naar analogie met Hoge Raad 16 oktober 1992 Bruinsma tegen Schuitmaker, geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting.

De uitspraak in de zaak Vonk tegen Van der Hoeven betreft, evenals de uitspraak in de zaak Bruinsma tegen Schuitmaker, de aansprakelijkheid in een situatie waarin de werkgever niet over de in artikel 7:658 BW bedoelde

zeggenschap beschikt, maar zich een bijzonder risico (gevaar) voordoet, namelijk het risico (gevaar) van schade als gevolg van het besturen van een motorrijtuig in het verkeer, welke aansprakelijkheid in lijn is met het stelsel van het arbeidsrecht zoals tot uiting gekomen in artikel 7:661 BW en artikel 6:170 lid 3 BW.¹⁵ In paragraaf 2.2 zal hierop nader worden ingegaan.

2.2 Verkeersongeval tijdens woon-werkverkeer

Ook wanneer een werknemer tijdens woon-werkverkeer een eigen auto bestuurt kan de werkgever aansprakelijk zijn voor de aan deze werknemer overkomen zaaks- en letselschade die tijdens dit woon-werkverkeer is ontstaan. Dit ondanks het feit dat in deze situatie de in artikel 7:658 BW bedoelde zeggenschap/zorgplicht ontbreekt. In de zaak *De Bont tegen Oudenallen*¹⁶ overwoog de Hoge Raad dat: woon-werkverkeer op een lijn is te stellen met vervoer dat plaatsvindt krachtens verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst, wanneer een werknemer in verband met een door zijn werkgeefster aanvaarde opdracht, is aangewezen om met zijn eigen auto het vervoer te verzorgen van zichzelf en enkele medewerkers naar een ver van zijn woonplaats verwijderde plaats, waar zij hun werkzaamheden moeten uitvoeren en deze werknemer in verband daarmee op grond van de CAO-bepalingen een reisurenvergoeding, een autokostenvergoeding en een meerrijdertoeslag ontvangt. In deze situatie waarin het woon-werkverkeer op een lijn is te stellen met vervoer dat plaatsvindt krachtens verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst, vloeit, aldus de Hoge Raad, uit de aard van de arbeidsovereenkomst en de eisen van redelijkheid en billijkheid als bedoeld in artikel 6:248 lid 1 BW voort dat de werkgever

‘in beginsel de niet door een verzekering gedekte schade die de werknemer lijdt doordat hij tijdens vervoer als hiervoor bedoeld een verkeersongeval heeft veroorzaakt, heeft te dragen behoudens in het, zich hier niet voordoende, geval van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer.’

Uit de hierboven, onder 1, 2.1 en 2.2, behandelde uitspraken van de Hoge Raad kan worden geconcludeerd dat, wanneer zeggenschap en daarmee de in artikel 7:658 BW bedoelde zorgplicht ontbreekt en aansprakelijkheid van de werkgever aldus niet op dit artikel kan worden gebaseerd, de desbetreffende werkgever,

15 In HR 12 januari 2001, *NJ* 2001, 253, m.nt. PAS wordt, in r.o. 3.6., gesproken over aansprakelijkheid van de werkgever ‘onder omstandigheden’, waarbij de Hoge Raad o.a. verwijst naar HR 16 oktober 1992, *NJ* 1993, 264. Mede gezien deze verwijzing lijkt de Hoge Raad ervan uit te gaan dat van aansprakelijkheid van een werkgever voor schade van de werknemer, terwijl de in artikel 7:658 BW bedoelde zeggenschap ontbreekt, eerst sprake kan zijn indien dit in lijn is met aansprakelijkheid van de werkgever op grond van artikel 7:661 BW en artikel 6:170 lid 3 BW.

16 HR 9 augustus 2002, *NJ* 2004, 235, m.nt. GHvV.

zowel voor niet door een verzekering gedekte zaaksschade als letselschade aan zijn werknemer overkomen, aansprakelijk kan zijn op grond van artikel 6:248 lid 1 BW respectievelijk 7:611 BW. Dit is, behoudens opzet of bewuste roekeloosheid van de desbetreffende werknemer, bijvoorbeeld in beginsel het geval wanneer de werknemer krachtens verplichtingen uit arbeidsovereenkomst of een daarmee gelijk te stellen situatie een (eigen) auto bestuurt. De aard van de zaak en het besturen van een motorrijtuig brengt een kenbaar (naar ervaringsfeit) bijzonder risico op schade mee en de aansprakelijkheid van de werkgever strookt in dit geval met het stelsel van het arbeidsrecht zoals dat uitdrukking heeft gevonden in artikel 7:661 BW en artikel 6:170 lid 3 BW. Dit laatste omdat het – kort gezegd – niet redelijk zou zijn dat een werkgever die een auto van werkgever of een derde ter beschikking stelt aan de werknemer, behoudens opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer, zelf de schade aan die auto draagt, terwijl een werkgever die zijn werknemer een eigen auto, welke naar de aard van die zaak risico's van ernstige beschadiging van die zaak meebrengt, laat gebruiken de hieraan ontstane schade, tenzij anders afgesproken, niet zou hoeven dragen.¹⁷ Ook aansprakelijkheid van de werkgever voor letselschade van de werknemer tengevolge van het besturen van een auto in de uitoefening van de werkzaamheden of daarmee gelijk te stellen situatie is in lijn met artikel 7:661 BW en 6:170 lid 3 BW, daar het een weinig aansprekend resultaat zou opleveren indien de werknemer de hem overkomen letselschade niet vergoed zou krijgen maar de hem overkomen zaaksschade wel.¹⁸

In de memorie van toelichting bij het voorgestelde, maar inmiddels weer ingetrokken,¹⁹ artikel 7:658a BW treffen we de volgende passage aan waarin

17 Zie ook C.J. Loonstra en W.A. Zondag, 2006, nr. 10.2.2.2.

18 A-G Hartkamp, conclusie bij HR 12 januari 2001, NJ 2001, 253, m.nt. PAS. Zo ook *Kamerstukken II* 1997/98, 25 759, nr. 3, p. 22. Zie ook C.J. Loonstra en W.A. Zondag, 2006, nr. 10.2.2.2. Zie echter S.D. Lindenbergh, *Arbeidsongevallen en beroepsziekten*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 89, 'wanneer een dergelijke risicoaansprakelijkheid voor verkeersongevallen in verband met de arbeid wordt aanvaard, dan valt moeilijk te rechtvaardigen dat voor andere ('echte') arbeidsongevallen aan het vereiste van een tekortkoming wordt vastgehouden. Het komt dan eigenlijk aan op een keuze voor een algehele risicoaansprakelijkheid of niet, terwijl de wetgever nu juist met betrekking tot art. 7:658 BW zover niet heeft willen gaan'.

19 *Kamerstukken II*, 1998/99, 25759, nr. 5 (Brief van de minister van justitie), het betreft hier het wetsvoorstel tot vaststelling en invoering van afdeling 8.14.1 BW (Verkeersongevallen) (25 759) dat in zijn geheel is ingetrokken. Ten aanzien van het voorgestelde artikel 7:658a wordt in de brief van de minister van justitie waarbij het wetsvoorstel wordt ingetrokken, op pagina 5, opgemerkt: Het kabinet is er nog niet uit of de grens van bescherming van een werknemer die een motorrijtuig bestuurt 'zou moeten liggen bij roekeloosheid in het algemeen, of bij bewuste roekeloosheid'.

de ratio van de hier bedoelde aansprakelijkheid voor personenschade goed wordt verwoord:²⁰

‘De risicoaansprakelijkheid die op de werkgever wordt gelegd berust – als gezegd – op de gedachte dat bij de verwezenlijking van de extra risico’s waaraan een werknemer wordt blootgesteld indien hij in de uitoefening van zijn werkzaamheden een motorrijtuig bestuurt, deze niet voor rekening van de werknemer behoren te komen, maar voor rekening van de werkgever, die immers profiteert van deze activiteit. Hierbij dient het niet uit te maken of de werknemer het motorrijtuig van zijn werkgever bestuurt, dan wel zijn eigen motorrijtuig’.

Deze gedachte geldt mijns inziens evenzeer wanneer een werknemer tijdens de uitoefening van zijn werkzaamheden of daarmee gelijk te stellen situatie een ongeval overkomt omdat hij met de fiets deelneemt aan het verkeer.²¹ Deelname aan het verkeer impliceert immers extra risico, zeker voor een fietser die in het verkeer kwetsbaar is, niet alleen door eventuele fouten van derden maar ook gezien het ervaringsfeit dat dagelijkse deelname aan het verkeer de fietser licht ertoe zal brengen niet steeds alle voorzichtigheid in acht te nemen die ter voorkoming van ongevallen geraden is.²² Bovendien profiteert de werkgever van de werkzaamheid van de werknemer.

Ten aanzien van de vraag of een werkgever aansprakelijk is, op grond van artikel 7:611 BW, voor schade ten gevolge van letsel aan een werkneemster overkomen omdat zij tijdens de uitoefening van haar werkzaamheden – zij fietste van het huis van de ene patiënt naar het huis van de andere patiënt – als gevolg van gladheid op de openbare weg met haar fiets ten val kwam, overweegt de kantonrechter Delft dat van Maatzorg/De Werven als goed werkgever verlangd mocht worden ‘dat zij de risico’s die aan het vervoer voor Van der Graaf als haar werknemer verbonden waren tot een minimum zou beperken’ en dat het daarbij niet van (doorslaggevend) belang is ‘of sprake is van vervoer met een motorrijtuig dan wel met een fiets, nu de kans op het ontstaan van een ongeval bij beide vervoermiddelen zonder meer bestaat en bij een fietser – gelet op diens relatief kwetsbare positie in het verkeer – zelfs

20 *Kamerstukken II* 1997/98, 25 759, nr. 3, p. 22. Het ingetrokken artikel 7:658a BW luidt voor zover hier van belang als volgt: ‘1. De werkgever is aansprakelijk voor de schade die de werknemer lijdt doordat deze in de uitoefening van zijn werkzaamheden een motorrijtuig bestuurt dat betrokken is bij een verkeersongeval, behoudens indien de schade het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer ten tijde van het ongeval. Deze aansprakelijkheid kan niet ten nadele van de werknemer worden beperkt of uitgesloten. 2. Geen aansprakelijkheid op grond van dit artikel bestaat voor zover de werkgever een verzekering heeft gesloten die de in dit artikel bedoelde schade dekt, dan wel de werkgever de werknemer een vergoeding heeft gegeven om een dergelijke verzekering te sluiten’, *Kamerstukken II*, 1997/98, 25759, nrs. 1-2, p. 4.

21 Zie ook Kantonrechter Delft 16 juni 2005, *JAR* 2005, 159. Zie ook C.J. Loonstra en W.A. Zondag, 2006, nr. 10.2.2.2.

22 Vergelijk HR 16 oktober 1992, *NJ* 1993, 264, m.nt. PAS.

in versterkte mate aanwezig kan worden geacht'. Van Maatzorg/De Werven mag, aldus de kantonrechter, verlangd worden dat deze haar werknemers effectief waarschuwt voor bijzondere risico's (i.c. gladheid op de openbare weg) en de mogelijke gevolgen daarvan en dat, voor het geval een risico zich desondanks zou verwezenlijken, zij als goed werkgever de gevolgen daarvan voor haar rekening neemt, al dan niet door het te voren afsluiten van een adequate verzekering.²³

2.3 Verkeersongeval in wachttijd tussen twee vluchten

Ook voor letselschade van een werknemer die niet zelf als bestuurder aan het verkeer deelneemt, kan een werkgever aansprakelijk zijn. De hierna te behandelen uitspraak betreft de situatie waarin bedoelde letselschade is ontstaan in een periode die een zodanige samenhang heeft met de verrichte werkzaamheden, dat ook gedurende deze tijd de uit artikel 7:611 BW voortvloeiende verplichting bestaat.

In zijn uitspraak van 18 maart 2005,²⁴ KLM tegen De Kuijer, overweegt de Hoge Raad dat het Hof geen blijk heeft gegeven van een onjuiste opvatting omtrent artikel 7:611 BW door de wachttijd die De Kuijer als piloot tussen twee vluchten heeft, in verband met de dienstregeling van KLM en de noodzaak voor haar vliegers om tussen twee vluchten te rusten, als een periode aan te merken die een zodanige samenhang heeft met de verrichte werkzaamheden dat ook gedurende deze tijd de uit artikel 7:611 BW voortvloeiende verplichting bestaat. De uit artikel 7:611 BW voortvloeiende verplichting brengt, aldus de Hoge Raad, mee dat de werkgever 'op de hoogte behoort te zijn van de telkens wisselende bijzondere risico's in de plaatsen van bestemming' en met het oog daarop als goed werkgever maatregelen behoort te nemen. Nu KLM dit niet in voldoende mate had gedaan werd zij aansprakelijk geacht voor de aan haar piloot overkomen schade ten gevolge van een ongeval met een taxi tijdens bedoelde wachttijd.

23 Kantonrechter Delft 16 juni 2005, *JAR* 2005/159. Zie ook T. Hartlief, 'Werkgeversaansprakelijkheid: het bereik van en de verhouding tussen art. 7:658 en 7:611 BW', *RM Themis* 2002, p. 77-78. Zie echter T. van Nieuwstadt, 'Werkgeversaansprakelijkheid op grond van art. 7:658 BW én 7:611 BW: twee keer schieten altijd raak?', *ArbeidsRecht* 2005/11, nr. 55. Zij is van mening dat de uitspraak van de kantonrechter Delft geen navolging verdient omdat artikel 7:611 BW wordt aangewend 'voor een situatie waarvoor dit vangnet niet is bedoeld, te weten: het 'uitkomst' bieden indien art. 7:658 BW wél van toepassing is, maar nul op het rekest oplevert'. Mij lijkt hiervan echter geen sprake te zijn. Artikel 7:611 BW wordt in de onderhavige situatie van toepassing geacht omdat het ongeval zich weliswaar voordoet tijdens de uitoefening van de werkzaamheden maar, naar ik de uitspraak begrijp, onder omstandigheden waarin de werkgever niet over de in artikel 7:658 BW bedoelde zeggenschap beschikt.

24 HR 18 maart 2005, *RvdW* 2005, 46.

Als bijzonder risico in de plaats van bestemming gold in dit geval: 'de gevaren van het verkeer in een land als Ivoorkust en de beperkte mogelijkheid de als gevolg van een verkeersongeval geleden schade te verhalen'. Als goed werkgever had KLM de volgende maatregelen kunnen nemen:

- de desbetreffende bijzondere risico's tot een minimum terugbrengen, bijvoorbeeld, daar i.c. als bijzonder risico gold de gevaren van het verkeer in een land als Ivoorkust en de beperkte mogelijkheid de als gevolg van een verkeersongeval geleden schade te verhalen, door het verzorgen van eigen vervoer of het verschaffen van informatie over goede vervoerders;
- voor het geval bedoelde bijzonder risico zich toch zou verwezenlijken, het risico voor haar rekening nemen;
- haar medewerkers ertoe brengen de bijzondere risico's te mijden door het effectief waarschuwen voor de bijzondere risico's en de mogelijke gevolgen daarvan.

Voorts werd overwogen dat KLM het onder het tweede gedachtestreepje bedoelde risico eventueel kan verzekeren maar dat haar aansprakelijkheid niet beperkt is tot schade die onder een gebruikelijke/adequate verzekering niet zou zijn gedekt. De aansprakelijkheid van de werkgever werd, aldus de Hoge Raad, dan ook niet in het bijzonder gezocht in het al dan niet afsluiten van een verzekering.

De onderhavige uitspraak is in lijn met de onder 1, 2.1 en 2.2 behandelde uitspraken daar de aansprakelijkheid van de werkgever, berust op *bijzondere risico's die de werknemer loopt*. Spier spreekt van 'meer dan normale risico's',²⁵ in een situatie die zodanige samenhang heeft met de verrichte werkzaamheden, dat ook gedurende deze tijd de uit artikel 7:611 BW voortvloeiende verplichting bestaat. In dat geval past de aansprakelijkheid van de werkgever, evenals wanneer een werknemer zelf een auto bestuurt, in het stelsel van het arbeidsrecht zoals tot uitdrukking komt in artikel 7:661 BW en 6:170 lid 3 BW. Het hier bedoelde stelsel van het arbeidsrecht brengt mijns inziens ook mee dat de werkgever niet aansprakelijk is indien de schade het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer.

Uit de onderhavige uitspraak leid ik bovendien af dat de bijzondere risico's waarop de aansprakelijkheid van de werkgever berust wel kenbaar moeten zijn, daar een werkgever niet in staat is maatregelen te treffen tegen risico's die niet kenbaar zijn. Mogelijk kan, analoog aan aansprakelijkheid op grond van artikel 7:658 BW, aansprakelijkheid worden aangenomen wanneer het een niet kenbaar risico betreft voor zover de kans op het zich verwezenlijken daarvan aanzienlijk is verhoogd doordat maatregelen aangaande kenbare

25 J. Spier in zijn conclusie voor HR 18 maart 2005, L/N: AR6669, onder 8.7.

risico's achterwege zijn gebleven.²⁶ Niet vereist is dat voorzienbaar is dat het risico zich zal verwezenlijken.

2.4 Wachtijd tussen twee vluchten maar geen bijzonder risico

In de uitspraak van de rechtbank Alkmaar van 25 januari 2006²⁷ wordt een verdergaande aansprakelijkheid aangenomen dan in de hiervoor behandelde uitspraken. Het betreft het geval waarin een stewardess in dienst van Martinair, tijdens een verplichte rustpauze tussen twee vluchten, werd aangereden door een elektronisch aangedreven golfkarretje, toen zij over het wandelpad van het restaurant in Cuba naar het hotel liep. Het karretje was in beweging gebracht door een daarin plaatsnemende gezagvoerder, eveneens werknemer van Martinair, tengevolge van deze aanrijding heeft zij letselschade opgelopen. Nadat de rechtbank een aan bedoelde gezagvoerder toe te rekenen onrechtmatige daad heeft aangenomen, komt de aansprakelijkheid van Martinair als werkgever aan de orde. Bovenbedoelde stewardess heeft Martinair als werkgever op de volgende gronden aansprakelijk gesteld:

- ten eerste op grond van artikel 6:170 BW, als werkgever van bovenbedoelde gezagvoerder;
- ten tweede op grond van artikel 7:658 lid 2 BW en/of 7:611 BW, als haar werkgever.

De rechtbank heeft overwogen dat er geen aansprakelijkheid van de werkgever (Martinair) op grond van artikel 6:170 BW bestaat, daar er, hoewel de door de stewardess geleden schade verband houdt met de werkzaamheden die door de gezagvoerder moesten worden verricht, 'geen sprake is van een functioneel verband tussen de onrechtmatige handeling' van de gezagvoerder 'en de aan hem opgedragen werkzaamheden'.

Volgens de rechtbank is er ook geen plaats voor aansprakelijkheid van de werkgever (Martinair) op grond van artikel 7:658 BW, daar, wanneer ik de uitspraak goed begrijp, Martinair ten aanzien van de omstandigheden van het geval niet de in dit artikel bedoelde zorgplicht heeft en deze daarom ook niet heeft geschonden.

Wel neemt de rechtbank aansprakelijkheid van de werkgever aan op grond van artikel 7:611 BW. Volgens de rechtbank is het daarbij *niet* 'van belang of er sprake is van enig *bijzonder risico*, dat aan het verblijf is verbonden' (cursive-ring van mij). Waar het, aldus de rechtbank, om gaat is dat het onderhavige

26 Zie voor de hier bedoelde aansprakelijkheid op grond van artikel 7:658 BW, HR 31 maart 2006, *JAR* 2006, 100 (Nefalit) en HR 31 maart 2006, *JAR* 2006, 101 (Eternit).

27 Rechtbank Alkmaar 25 januari 2006, *NJF* 2006, 285.

risico, dat door de rechtbank als niet-bijzonder²⁸ wordt gezien, een risico betreft 'waarvoor een ongevallenverzekering dekking zou kunnen verlenen', terwijl een dergelijke ongevallenverzekering niet was afgesloten. Voorts overweegt de rechtbank dat de stewardess uiteraard ook zelf kan inschatten dat zij – evenals in Nederland – risico's loopt. Maar dat het onder de omstandigheden van het geval de primaire verantwoordelijkheid van Martinair als werkgever is 'om ervoor zorg te dragen dat zij de gevolgen van het verwezenlijken van deze risico's voor haar rekening neemt, al dan niet door het sluiten van een eigen verzekering. Het gaat hier immers om risico's, die verband houden met de voor haar te verrichten werkzaamheden'.

Deze uitspraak gaat gezien het feit dat het er volgens de rechtbank niet toe doet 'of er sprake is van enig bijzonder risico, dat aan het verblijf is verbonden' verder dan in de hiervoor behandelde jurisprudentie van de Hoge Raad, ten aanzien van aansprakelijkheid op grond van artikel 7:611 BW wordt aangenomen. Voor aansprakelijkheid op grond van artikel 7:611 BW was immers eerst plaats onder bijzondere omstandigheden. De rechtbank lijkt er vanuit te gaan dat de redelijkheid en billijkheid/goed werkgeverschap meebrengt dat een werkgever zijn werknemers, wanneer het verzekerbare risico's betreft, die verband houden met de te verrichten werkzaamheden, verzekert en zo de werkgever dit niet heeft gedaan hij zelf het risico draagt.²⁹

De uitspraak van de rechtbank lijkt voorts als vreemde consequentie te hebben dat een werkgever een groter aansprakelijkheidsrisico kan lopen in een situatie waarin deze niet de in artikel 7:658 BW bedoelde zorgplicht/zeggenschap heeft dan in de situatie waarin van deze zorgplicht/zeggenschap wel sprake is. Voor deze laatste situatie geldt immers (zie hierna onder 3) dat de zorgplicht van de werkgever niet beoogt een absolute waarborg te scheppen terwijl de rechtbank Alkmaar wel in de richting van een absolute waarborg lijkt te gaan, wanneer aansprakelijkheid wordt aangenomen omdat het een verzekerbaar risico betreft.

3 ARTIKEL 7:658 BW

In de zaak Hollander tegen Wolfard & Wessels overwoog de Hoge Raad:³⁰ dat de uit artikel 1638x BW (thans 7:658 BW) voortvloeiende verplichtingen 'niet beogen een absolute waarborg te scheppen voor de bescherming van de werknemer tegen het in dat artikel bedoelde gevaar, maar de strekking hebben te bewerkstelligen dat de werknemer tegen dat gevaar 'zoover beschermd is

28 Het ongeval had zich, aldus de rechtbank immers 'evengoed kunnen voordoen in Frankrijk of Duitsland'.

29 Vergelijk G.T. de Jong, in: C.J.H. Brunner, G.T. de Jong, *Verbintenissenrecht algemeen*, Deventer: Kluwer 2004, nr. 178.

30 HR 24 juni 1994, NJ 1995, 137, m.nt. PAS

als redelijkerwijs in verband met den aard van den arbeid gevorderd kan worden'. Dit gegeven bracht mee dat de enkele omstandigheid dat zich in de ruimte waarin gewerkt werd, naast twee veilige op- en afgangen, een ladder bevond die niet bedoeld of geschikt was om als op- of afgang te dienen, niet betekende dat de werkgever aansprakelijk was voor de schade die zijn werknemer juist door het gebruik van deze ladder had geleden.³¹ Ten aanzien van de aansprakelijkheid zou mogelijk anders kunnen worden geoordeeld indien de werkgever moest verwachten dat de werknemer, ondanks dat deze kon zien dat de ladder ongeschikt was, de ongeschikte ladder zou gebruiken.³² Wanneer zich zo een voorzienbaar bijzonder risico voordoet wordt wel van de werkgever verwacht dat deze extra maatregelen neemt ter voorkoming daarvan.³³ Dit is echter een ander criterium dan het hiervoor, onder 2.4, besproken door de rechtbank Alkmaar gehanteerde criterium, dat aansprakelijkheid bestaat wanneer en omdat een risico, dat verband houdt met de te verrichten werkzaamheden, verzekeraar is, maar een verzekering niet is afgesloten.

Ook uit de uitspraak van de Hoge Raad inzake Oost tegen Brands,³⁴ betreffende het huidige artikel 7:658 BW, kan worden afgeleid dat van de werkgever geen absolute veiligheidswaarborgen worden verwacht. Zo overweegt de Hoge Raad dat uit het enkele feit dat een werknemer tijdens werktijd een ongeval kon overkomen niet volgt dat een werkgever niet aan zijn zorgplicht heeft voldaan; dat een werkgever 'op grond van art. 7:658 BW slechts gehouden is die maatregelen te treffen die redelijkerwijs noodzakelijk zijn om ongevallen te voorkomen (...) dat art. 7:658 BW een zorgplicht van de werkgever inhoudt en geen absolute waarborg voor de veiligheid van de werknemer'.³⁵

Wanneer de hiervoor onder 2.4 behandelde uitspraak van de rechtbank Alkmaar, waarin deze overweegt dat het voor de aansprakelijkheid, op grond van artikel 7:611 BW, niet van belang is of er sprake is van enig *bijzonder risico*, maar dat het er om gaat of het een risico betreft 'waarvoor een ongevallenverzekering dekking zou kunnen verlenen', juist zou blijken te zijn, zou, ook in het geval dat een werknemer schade lijdt ten gevolge van de uitoefening van de werkzaamheden en artikel 7:658 BW van toepassing is, moeten gelden dat een werkgever aansprakelijk is wanneer en omdat hij verzekerbare risico's die zijn voorgevallen in de uitoefening van de werkzaamheden niet heeft verzekerd. Dit daar er anders een niet verdedigbare discrepantie zou bestaan tussen aansprakelijkheid van de werkgever voor schade aan een werknemer

31 HR 24 juni 1994, NJ 1995, 137, m.nt. PAS. Zie ook HR 9 juli 2004, NJ 2005, 260.

32 Zie de overwegingen van de rechtbank te kennen uit: HR 24 juni 1994, NJ 1995, 137, m.nt. PAS.

33 Zie de overwegingen van de rechtbank te kennen uit: HR 24 juni 1994, NJ 1995, 137, m.nt. PAS. Zie ook Rechtbank 's-Hertogenbosch 12 mei 2004, NJ 2006, 128.

34 HR 9 juli 2004, NJ 2005, 260.

35 HR 9 juli 2004, NJ 2005, 260. Zie ook HR 2 maart 2007, RvdW 2007, 257.

overkomen in een situatie waarin de werkgever niet over zeggenschap beschikt en in een situatie waarin dit wel het geval is. De Hoge Raad lijkt, gezien zijn overweging dat artikel 7:658 BW geen absolute waarborg voor de veiligheid van de werknemer inhoudt, vooralsnog echter niet van zo een vergaande aansprakelijkheid op grond van artikel 7:658 BW uit te gaan. Mede hierom lijkt de aansprakelijkheid zoals door de rechtbank Alkmaar in de bovenbedoelde zaak is aangenomen, te ver te gaan.

De uitspraak van de rechtbank Alkmaar raakt nog een interessant ander punt, namelijk dat van de ongevallenverzekering. Voor zover een ongevallenverzekering als sommenverzekering dient te worden aangemerkt, geldt in beginsel dat een uitkering uit ongevallenverzekering, welke door het slachtoffer is afgesloten, niet als een voordeel wordt gezien dat in mindering dient te worden gebracht op de te vergoeden schade. Het bestaan van zo een verzekering is, aldus de Hoge Raad, een aangelegenheid die de schadeplichtige niet aangaat, daar 'het afsluiten van een dergelijke verzekering in de huidige maatschappij een zuiver individuele en persoonlijke beslissing is, zowel wat betreft de vraag of men een zodanige verzekering zal afsluiten, als wat betreft de vraag voor welke bedragen men zich wenst te verzekeren en welke premie men in verband daarmee bereid is te betalen'.³⁶

Niet geheel duidelijk is of het uitgangspunt, dat een uitkering uit sommenverzekering niet als een voordeel wordt gezien dat in mindering dient te worden gebracht op de te vergoeden schade, ook geldt wanneer de aansprakelijke werkgever de verzekeringnemer is en de premie betaalt.³⁷ Mogen we de uitspraak van de rechtbank nu zo verstaan dat wanneer de werkgever de verzekeringnemer is die de premie betaalt en de werknemer de verzekerde, een uitkering uit ongevallenverzekering, ook al betreft dit een sommenverzekering, op grond van artikel 6:100 BW, in mindering wordt gebracht op de door de werkgever te vergoeden schade? Deze opvatting is verdedigbaar.³⁸

36 HR 28 november 1969, NJ 1970, 172, m.nt.G.J.S.; Zie ook *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk wetboek, Algemeen gedeelte van het Verbintenissenrecht*, Boek 6, door W.H.M. Reehuis en E.E. Slob (red: C.J. van Zeben en J.W. Du Pon), Deventer: Kluwer 1990, p. 1295. Zie ook HR 4 februari 2000, NJ 2000, 600, m.nt. M.M.M.

37 T. Hartlief, in: J. Spier, T. Hartlief, G.E. van Maanen, R.D. Vriesendorp, *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, Studiereeks Burgerlijk Recht, nr. 5, Deventer: Kluwer 2006, nr. 225.

38 In deze zin de *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Algemeen Gedeelte van het Verbintenissenrecht*, Boek 6, door C.J. van Zeben en J.W. Du Pon met medewerking van M.M. Olthof, Deventer: Kluwer 1981, p. 349-350, waar de rechter de vrijheid wordt gelaten om tot voordeeltorekening te besluiten in de door A.R. Bloembergen bedoelde, zoals in deze geschiedenis op p. 350 weergegeven, situatie. Ten aanzien van de visie van Bloembergen wordt gesteld: 'Hij is van mening dat in bepaalde gevallen voor die toerekening (op grond van artikel 6.1.9.5, thans artikel 6:100) veel te zeggen valt, met name wanneer de ongevallenverzekering is gesloten en gefinancierd door de aansprakelijke persoon, bijvoorbeeld (...) een door een werkgever ten behoeve van zijn werknemers gesloten collectieve ongevallenverzekering' (toevoeging tussen haakjes van mij). In deze zin ook Asser/Hartkamp 4-I, Deventer: Kluwer 2004, nr. 477 t/m 478.

Zo overweegt het hof 's-Hertogenbosch:³⁹ 'Uit artikel 6:100 BW volgt dat een voordeel uit een sommenverzekering bij de vaststelling van de te vergoeden letselschade in rekening dient te worden gebracht, voor zover dat redelijk is' en dat wanneer het de aansprakelijke is geweest 'die de sommenverzekering heeft afgesloten en de premie daarvoor heeft betaald' het redelijk is om het uit die verzekering aan de benadeelde toekomstige voordeel te verrekenen met de door de benadeelde geleden schade. Voorts overweegt het hof dat de Hoge Raad weliswaar 'heeft bepaald dat de uitkering krachtens een sommenverzekering bij letselschade niet voor voordeeltorekening in aanmerking komt (HR 28 november 1969, NJ 1970, 172)', maar dat daarbij evenwel niet uit het oog mag 'worden verloren dat bij dat oordeel gewicht is toegekend aan de omstandigheid dat de verzekering in het desbetreffende geval was afgesloten door het slachtoffer zelf, die ook zelf de hoogte van het te verzekeren bedrag had bepaald en de in verband daarmee verschuldigde premie had betaald'.

Wel maakt het hof nog het voorbehoud dat het minder voor de hand ligt een werknemer het uit een sommenverzekering verkregen voordeel in rekening te brengen wanneer de aansprakelijke werkgever ingevolge een CAO ten behoeve van zijn werknemers een verzekering heeft afgesloten en daarvoor de premies betaalt en het afsluiten van de verzekering aldus een onderdeel van de arbeidsvoorwaarden ten behoeve van de werknemer is.

4 PSYCHISCHE KLACHTEN

Hieronder zal ik kort ingaan op de vraag of een werkgever op grond van artikel 7:658 BW aansprakelijk gesteld kan worden voor psychische schade die een werknemer lijdt ten gevolge van risico's die verbonden zijn aan de uitoefening van zijn werkzaamheden. In de literatuur werd over het antwoord op deze vraag verschillend gedacht en werd geopperd dat niet artikel 7:658 BW maar artikel 7:611 BW de basis voor vergoeding van schade ten gevolge van de hier bedoelde psychische klachten zou zijn.⁴⁰

Inmiddels heeft de Hoge Raad echter het volgende overwogen:⁴¹

39 Hof 's-Hertogenbosch 22 juli 2003, NJ 2004, 367.

40 T.Hartlief, 'Werkgeversaansprakelijkheid: het bereik van en de verhouding tussen art. 7:658 en 7:611 BW', *RMThemis* 2002/2, p. 81: 'Voor puur psychisch letsel zou dan niet het juist voor lichamelijke veiligheid geschreven art. 7:658 BW als *lex specialis* van art. 7:611 BW van toepassing zijn, maar juist de algemene bepaling van art. 7:611 BW zelf.' Anders R. van de Water, 'Vergoeding van psychische schade: via de weg van 7:658 BW of 7:611 BW?', *ArbeidsRecht* 2003/2, p. 14: 'Waar het echter om gaat, is de dogmatische vraag of art. 7:658 BW ook van toepassing is op psychische arbeidsongeschiktheid. Het antwoord op deze vraag luidt volgens mij bevestigend.' Zie in deze zin ook M.S.A. Vegter, 'Aansprakelijkheid van de werkgever voor *overbelasting* (stress) en andere vormen van *psychisch letsel*', *NJB* 2002, p. 1935-1942 en M.S.A. Vegter, *Vergoeding van psychisch letsel door de werkgever* (diss. VU Amsterdam), Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 90-91.

41 HR 11 maart 2005, *RvdW* 2005, 37 en HR 11 maart 2005, *JA* 2005/ 39, m.nt. S.D. Lindenbergh.

‘De tekst van art. 7:658 BW noch de geschiedenis van dit artikel dwingt tot de beperkte opvatting dat dit artikel slechts betrekking heeft op de situatie dat aan de werknemer fysieke schade is toegebracht. De ratio van de verhoogde aansprakelijkheid van de werkgever is, zowel in het geval van art. 7:658 BW als in het geval van de voorloper van dat artikel, art. 7A:1638x (oud) BW, niet zozeer gelegen in het fysieke karakter van de aantasting van de werknemer, maar in de omstandigheden dat de werkgever degene is die bepaalt op welke plaats, onder welke omstandigheden en met welke hulpmiddelen de werknemer moet werken. Dit is niet anders wanneer de werkomstandigheden niet fysiek, maar psychisch ziekmakend zijn.’

De door het onderdeel voorgestane, beperkte uitleg dat artikel 7:658 zich niet zou lenen voor toepassing in gevallen van psychisch letsel, ook niet wanneer dit uitmond in klachten van lichamelijke aard

‘zou ook leiden tot willekeurige onderscheidingen, omdat lichamenlijk en psychisch welzijn nauw met elkander zijn verbonden: wat bij het ene individu tot uiting komt als lichamenlijke klacht, zal bij de andere naar buiten komen in de vorm van een psychische klacht. Er is derhalve noch een principiële noch een praktische rechtvaardiging om de schade waartegen art. 7:658 BW bescherming beoogt te bieden, te beperken tot gevallen, zoals door het onderdeel bepleit, waarin (alleen) lichamenlijk letsel is opgetreden. Voor de toepassing van art. 7:658 BW is – uiteraard – wel vereist dat het gaat om schending door de werkgever van een norm als in die bepaling bedoeld, alsmede om risico’s die zijn verbonden aan het werk en de werkomgeving. Er moet derhalve causaal verband zijn tussen de werkzaamheden en de psychische schade’.

De bovenstaande rechtsoverweging spreekt voor zich. Artikel 7:658 BW is dus ook van toepassing in geval van schade ontstaan tengevolge van psychisch letsel welk letsel de werknemer is overkomen tengevolge van ‘risico’s die zijn verbonden aan het werk en de werkomgeving’.

Ook ten aanzien van psychisch letsel geldt, zo lijkt mij, dat wanneer de zorgplicht/zeggenschap als bedoeld in artikel 7:658 BW ontbreekt de desbetreffende werkgever aansprakelijk kan zijn op grond van artikel 7:611 BW. Vereist zou dan moeten zijn dat een werknemer psychische schade lijdt ten gevolge van kenbare bijzondere risico’s die zich voordoen tijdens het verrichten van zijn werkzaamheden of een situatie die daarmee zodanig samenhangt dat ook gedurende deze tijd de uit artikel 7:611 BW voortvloeiende verplichting bestaat.⁴² Denk bijvoorbeeld aan de situatie dat een werknemer, piloot, in een plaats van bestemming, waar terroristische aanslagen of gijzelingen geen

42 Vergelijk E.J. Houben, ‘Schadevergoeding bij zuiver psychisch letsel’, *ArbeidsRecht* 2006/2, nr. 10.

uitzondering zijn, in de wachttijd tussen twee vluchten met een terroristische aanslag of een gijzeling te maken krijgt.⁴³

Wanneer het causaal verband (sine qua non-verband) tussen de schending van de verplichting van de werkgever ingevolge artikel 7:611 BW en de schade tengevolge van psychisch letsel door de werknemer is aangetoond geldt mijns inziens ook voor aansprakelijkheid wegens psychisch letsel op grond van artikel 7:611 BW dat een werkgever ter ontcoming aan zijn aansprakelijkheid eerst met succes een beroep op eigen schuld van de werknemer kan doen wanneer er sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer. Wanneer het causaal verband (sine qua non-verband) tussen de schending van de verplichting van de werkgever ingevolge artikel 7:658 BW of artikel 7:611 BW en de schade niet kan worden vastgesteld omdat de kans bestaat dat een aan de werknemer toe te rekenen omstandigheid de schade (mede) heeft veroorzaakt (het psychisch letsel kan bijvoorbeeld (mede) zijn veroorzaakt door buiten de werksfeer gelegen omstandigheden) mag de rechter, omdat het 'in het algemeen, mede gelet op de strekking van de onderhavige norm – het voorkomen van gezondheidsschade bij de werknemer – en de aard van de normschending (...) uit overwegingen van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar' is 'de onzekerheid over de mate waarin de tekortkoming van de werkgever heeft bijgedragen tot de schade van de werknemer, in zijn geheel op de werknemer af te wentelen' en het eveneens onaanvaardbaar is 'de onzekerheid over het causaal verband met de schade van de werknemer geheel voor risico van de werkgever te laten komen', de werkgever tot vergoeding van de gehele schade veroordelen 'met vermindering van de vergoedingsplicht van de werkgever in evenredigheid met de, op een gemotiveerde schatting berustende, mate waarin de aan de werknemer toe te rekenen omstandigheden tot diens schade hebben bijgedragen'.⁴⁴ Voor schadevergoeding op grond

43 Het oordeel van de Kantonrechter Delft 1 november 2001, *JAR* 2002/69, waarin deze onder andere oordeelde dat de werkgever niet op grond van artikel 7:611 BW aansprakelijk was voor de door zijn werknemer ondervonden gevolgen van een gijzeling, betrof een andere situatie. De gijzeling was de werknemer overkomen in een situatie die, volgens de kantonrechter, niet samenhangt met de werkzaamheden. De kantonrechter overwoog: 'Weliswaar brengt een detachering in een land als Jemen in 1994 een verhoogd veiligheidsrisico met zich, maar het feit dat Elderhorst voor zijn werk in Jemen moest zijn, maakt niet dat ook het wonen en zijn vrije tijdsbesteding onder het begrip 'in de uitoefening van zijn werkzaamheden' in de zin van artikel 7:658 lid 2 BW komen te vallen' en voorts: 'Nu naar het oordeel van de kantonrechter de Elderhorst overkomen gijzeling niet samenhangt met zijn werkzaamheden, is er in de gegeven omstandigheden geen ruimte voor het aannemen van een aansprakelijkheid van TNO ex artikel 7:611BW'.

44 HR 31 maart 2006, *JAR* 2006, 100 (Nefaliti). Zie ook C.J.M. Klaassen, 'Proportionele aansprakelijkheid: een goede of kwade kans?', *NJB* 2007, p. 1352-1353 die van mening is dat geen goede grond bestaat dat de mogelijkheid van proportionele aansprakelijkheid van de werkgever beperkt wordt tot werkgeversaansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen. Wel blijft uitgangspunt, zo stelt de auteur, dat de eiser het causaal verband tussen de aansprakelijkheidvestigende 'gebeurtenis en de schade waarvan hij vergoeding vordert dient te bewijzen en dit in principe tot een 'ja of nee'-uitkomst leidt. Slechts als een 'ja' of 'nee'

van artikel 7:658 BW volgt dit uit Hoge Raad 31 maart 2006, welke uitspraak weliswaar de aansprakelijkheid van een werkgever wegens blootstelling van de desbetreffende werknemer, in de uitoefening van diens werkzaamheden, aan een voor de gezondheid gevaarlijke stof betreft,⁴⁵ maar waarvan niet gezegd kan worden dat deze geen toepassing verdient in geval van een werkgerelateerde ziekte anders dan tengevolge van een voor de gezondheid gevaarlijke stof. Voor schadevergoeding op grond van artikel 7:611 BW geldt dat het hier behandelde systeem van proportionele aansprakelijkheid eveneens zou kunnen worden toegepast.⁴⁶

5 CONCLUSIE

Een werkgever kan onder omstandigheden ondanks dat niet aan de eisen voor aansprakelijkheid ingevolge artikel 7:658 BW is voldaan, daar zeggenschap en daarmee de in dit artikel bedoelde zorgplicht ontbreekt, jegens zijn werknemer aansprakelijk zijn. De werknemer kan deze aansprakelijkheid gronden op artikel 7:611 BW. Aldus verenigen artikel 7:658 BW en artikel 7:611 BW hun werking en is in die zin sprake van samenloop van rechtsvorderingen.

Ten aanzien van de in de inleiding gestelde vraag of de mogelijkheden voor een werknemer om met succes een beroep op artikel 7:611 BW te doen, moeten worden ingeperkt om recht te doen aan de gerechtvaardigde belangen van de werkgever om niet aansprakelijk te worden gehouden voor schade ontstaan in een situatie waarin hij *geen zeggenschap* heeft, kan het volgende

antwoord eigenlijk niet te geven is en het onaanvaardbaar is deze onzekerheid ten laste van de ene of de andere partij te brengen, kan een proportionele aansprakelijkheid geïndiceerd zijn'. Zie ook R. van de Water, 'Vergoeding van psychische schade via de weg van 7:658 BW of 7:611 BW?', *ArbeidsRecht* 2003/2, nr. 8, p. 13-14. Zie ook E.J. Houben, 'Schadevergoeding bij zuiver psychisch letsel', *ArbeidsRecht* 2006/2, nr. 10.

- 45 HR 31 maart 2006, *JAR* 2006, 100. Zie echter J.H. Nieuwenhuis, 'Disproportionele aansprakelijkheid', *RM Themis* 2006, p.177-178, waar hij stelt: 'De vraag blijft: is aansprakelijkheid voor schade die met een aanzienlijke mate van waarschijnlijkheid niet door gedaagde is veroorzaakt proportioneel of disproportioneel? De kans dat het laatste het geval is, is zeker niet verwaarloosbaar klein.' Zie over bewijsproblemen H.J.W. Alt, 'Werkgeversaansprakelijkheid voor beroepsziekten anno 2006, ongelijkheidscompensatie in het gedrang?', *Arbeidsrecht* 2006/10, nr. 53.
- 46 Vergelijk S.D. Lindenbergh, in zijn noot onder HR 11 maart 2005, *JA* 2005/39 en in 'Aansprakelijkheid van de werkgever voor psychisch letsel', *MvV* 2005, p. 89; Zie voorts E.J. Houben, 'Schadevergoeding bij zuiver psychisch letsel', *ArbeidsRecht* 2006/2, nr. 10. Anders M.S.A. Vegter, *Vergoeding van psychisch letsel door de werkgever* (diss. VU Amsterdam), Den Haag: Sdu Uitgevers 2005, p. 121, die, ten aanzien van zowel artikel 7:658 BW als artikel 7:611 BW, van mening is 'dat een benadering langs de weg van de causaliteit minder geschikt lijkt' 'dan een benadering via artikel 6:101 BW' om te voorkomen 'dat de werkgever aansprakelijk wordt gehouden voor letsel dat niet het gevolg is van omstandigheden op het werk, maar van gebeurtenissen in de privé-sfeer van de werknemer'.

worden gesteld. De aansprakelijkheid van de werkgever in bedoelde situatie, op grond van artikel 7:611 BW, is behoudens opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer, niet onredelijk wanneer de werknemer schade lijdt ten gevolge van *bijzondere risico's* die zich voordoen tijdens het verrichten van verplichtingen uit arbeidsovereenkomst of tijdens een situatie die daarmee samenhangt (gevallen als bedoeld onder paragraaf 2.1 tot en met 2.3). De werknemer loopt bedoelde risico's in deze situaties immers ten behoeve van de werkgever. In deze gevallen past de aansprakelijkheid van de werkgever in het stelsel van het arbeidsrecht (artikel 6:170 lid 3 BW en artikel 7:661 BW). Wel dient de aansprakelijkheid te worden beperkt tot *kenbare bijzondere risico's*. In het geval van kenbare bijzondere risico's kan van een werkgever worden verwacht dat hij maatregelen neemt ter voorkoming ervan en dat hij deze risico's, wanneer ze zich nochtans verwezenlijken, voor zijn rekening neemt.

Mogelijk kan, analoog aan aansprakelijkheid op grond van artikel 7:658 BW, aansprakelijkheid worden aangenomen wanneer het een niet kenbaar risico betreft voor zover de kans op het zich verwezenlijken daarvan aanzienlijk is verhoogd doordat maatregelen aangaande kenbare risico's achterwege zijn gebleven. Niet vereist is dat voorzienbaar is dat het risico zich zal realiseren.

Wordt aan deze criteria vastgehouden dan leidt aansprakelijkheid van de werkgever, op grond van artikel 7:611 BW, voor schade aan zijn werknemer in de uitoefening van diens werkzaamheden of daarmee gelijk te stellen situatie overkomen, niet (in onredelijke mate) tot een schending van zijn gerechtvaardigde belang om niet aansprakelijk te worden gehouden voor schade ontstaan in een situatie waarin hij geen zeggenschap heeft. Bovendien worden, wanneer aan deze criteria wordt vastgehouden, de belangen van een werknemer, in een situatie waarin hij ten behoeve van zijn werkgever bijzondere risico's loopt, voldoende gewaarborgd. Met andere woorden samenloop, in de zin van verenigende werking, van de artikelen 7:611 BW en 7:658 BW leidt wanneer aan bovenbedoelde criteria wordt vast gehouden niet tot (onaanvaardbare) schending van het gerechtvaardigde belang van een werkgever om niet aansprakelijk te worden gehouden voor schade ontstaan in een situatie waarin hij geen zeggenschap heeft. Bovendien doet de hier bedoelde samenloop recht aan de belangen van een werknemer in een situatie waarin hij ten behoeve van zijn werkgever bijzondere risico's loopt, maar hij zich niet op artikel 7:658 BW kan beroepen omdat zeggenschap van de werkgever en daarmee de in artikel 7:658 BW bedoelde zorgplicht ontbreekt.

Aansprakelijkheid van een werkgever op grond van artikel 7:611 BW, voor schade aan de desbetreffende werknemer ten gevolge van niet-bijzondere risico's in de uitoefening van diens werkzaamheden of daarmee samenhangende situatie, overkomen, omdat en wanneer het een verzekeraar risico betreft, lijkt mij echter te ver te gaan. Dit daar een dergelijke aansprakelijkheid een niet verdedigbare discrepantie met aansprakelijk op grond van artikel 7:658 BW oplevert.