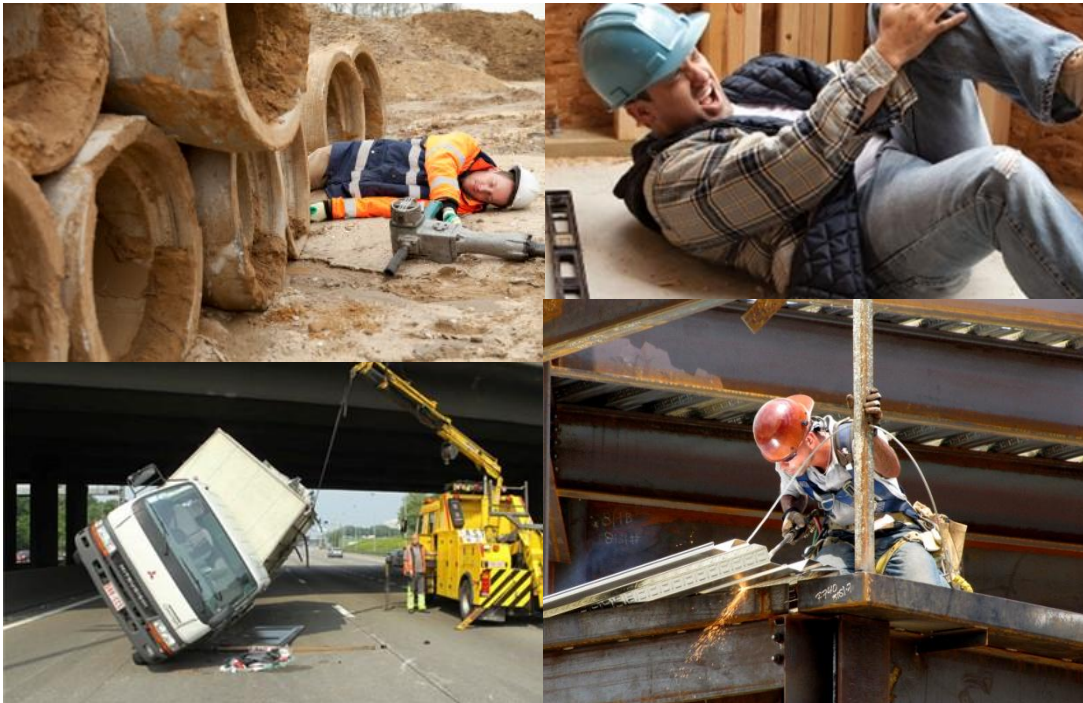


De werkgeversaansprakelijkheid: Het einde van een rechtsontwikkeling?



Afstudeerscriptie HBO-rechten

In opdracht van Smits Advocatuur

Roxanne van Zon
's-Hertogenbosch
27 mei 2013

De werkgeversaansprakelijkheid:

Het einde van een rechtsontwikkeling?

Afstudeerscriptie HBO-rechten

In opdracht van Smits Advocatuur

Student	Roxanne van Zon
Studentnummer	2034922
Afstudeerorganisatie	Smits Advocatuur
Afstudeerperiode	4 februari tot 27 mei 2013
Opleiding	HBO-Rechten
Onderwijsinstelling	Juridische Hogeschool Avans- Fontys te Tilburg
Afstudeermentor	mr. P.G.C.P. (Priscilla) Smits
Eerste afstudeerdocent	mr. C.A.M. (Caro) van der Voort
Tweede afstudeerdocent	mr. B.C.M. (Bart) Hooijdonk
Datum voltooiing	27 mei 2013
Classificatie	Intern

Voorwoord

Hierbij presenteer ik u het resultaat van mijn praktijkgericht juridisch onderzoek: een scriptie met als onderwerp de werkgeveraansprakelijkheid. De scriptie is geschreven ter afronding van mijn opleiding HBO Rechten aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys. Gedurende de opleiding ben ik geïnteresseerd geraakt in het sociaal recht. Ik heb er daarin ook voor gekozen om de minor 'Juridisch Advies' te volgen. Tijdens dat half jaar werd duidelijk dat het arbeidsrecht mij echt het meeste aan het hart ligt en dat ik graag tijdens het afstuderen een arbeidsrechtelijk onderzoek wilde uitvoeren.

Mevrouw Smits gaf mij de kans om onder haar begeleiding af te studeren met een arbeidsrechtelijk onderwerp. Gelukkig was bij haar dezelfde interesse aanwezig, omdat zij recentelijk haar specialisatie voor het arbeidsrecht heeft afgerond. In overleg is uiteindelijk besloten dat ik zou onderzoeken hoe een werknemer zijn werkgever aansprakelijk kan stellen voor lichamelijk schade. Er is grote vraag naar een duidelijk antwoord op deze vraag, omdat er wekelijks ongevallen in de werksfeer plaatsvinden. Het leuke aan dit onderwerp is dat het door de vele onduidelijkheden vrij complex is. Tot op het laatste momenten blijf je aan het uitzoeken om alles te begrijpen.

Ten slotte wil ik graag nog een aantal mensen bedanken die een bijdrage aan de scriptie hebben geleverd. Allereerst wil ik mijn eerste afstudeerdocent, mevrouw Van der Voort, bedanken voor haar steun en hulp. Dankzij haar duidelijke feedback werd ik iedere keer scherp gehouden om de resultaten duidelijk uit te werken. Uiteraard wil ik ook de tweede afstudeerdocent, de heer Hooijdonck, voor zijn feedback bedanken. Daarnaast gaat mijn dank uit naar mijn afstudeermentor, mevrouw Smits, voor haar kritische blik. En last but not least wil ik graag Chantal de Visser en Boy van Zon voor hun toewijding bedanken.

Roxanne van Zon

Mei 2013

Inhoudsopgave

Samenvatting

Afkortingen- en begrippenlijst

1.	Inleiding	8
1.1	Organisatie	8
1.2	Probleembeschrijving	8
1.3	Vraagstelling	9
1.4	Doelstelling	9
1.5	Methoden van onderzoek	9
1.5.1	Afbakening	10
1.5.2	Achtergrondinformatie	10
1.6	Leeswijzer	10
2.	De gronden voor werkgeversaansprakelijkheid	11
2.1	Aansprakelijkheid in het Burgerlijk wetboek	11
2.1.1	De werkgeversaansprakelijkheid	11
2.2	De eerste grond: artikel 7:658 BW	12
2.2.1	Lid 1: 'De zorgplicht van de werkgever'	12
2.2.2	Lid 2: 'De bewijslastverdeling'	12
2.2.3	Lid 3: 'Dwingend recht'	13
2.2.4	Lid 4 'Ingeleend personeel, uitzendkrachten en niet-werknemers'	13
2.3	De twee grond: artikel 7:611 BW	13
2.4	De verhouding tussen artikel 7:658 en 7:611 BW	13
2.5	Verschillen tussen artikel 7:658 en 7:611 BW	14
2.6	Conclusie	14
3.	De voorwaarden van artikel 7:658 en 7:611 BW	15
3.1	De voorwaarden van artikel 7:658 BW	15
3.1.1	De eerste voorwaarde: in uitoefening van de werkzaamheden	15
3.1.2	De tweede voorwaarde: de zorgplicht	15
3.1.3	De derde voorwaarde: opzet of bewuste roekeloosheid	16
3.2	De voorwaarde van artikel 7:611 BW	17
3.2.1	De enige voorwaarde: goed werkgever	17
3.3	Conclusie	17
4.	De voorwaarden van artikel 7:658 in de jurisprudentie	18
4.1	De eerste voorwaarde: in de uitoefening van de werkzaamheden	18
4.2	De tweede voorwaarde: de zorgplicht	18
4.2.1	Geschreven normen	19
4.2.1.1	Artikel 3 Arbowet: de publieke zorgplicht	19
4.2.1.2	Artikel 5 Arbowet: Inventarisatie en evaluatie van risico's	20
4.2.1.3	Het verband tussen de geschreven normen en de zorgplicht	20
4.2.2	Ongeschreven normen	20
4.2.2.1	Categorie 1: Arbo en gevaarlijke situaties	21
4.2.2.1.1	Het arrest Bayar/Wijnen	21
4.2.2.1.2	Het Kelderluikarrest	22
4.2.2.1.3	Het Jetblast-arrest	23

4.2.2.2	Categorie 2: restcategorie	24
4.2.2.2.1	Uitglijden	24
4.2.2.2.2	Vallen	24
4.2.2.2.3	Van/door het dak	24
4.2.2.3	Categorie 3: huis-, tuin- en keukenongevallen	25
4.2.2.4	Overige: wel of geen 7:658 BW?	25
4.3	De derde voorwaarde: bewuste roekeloosheid of opzet	27
4.4	Conclusie	27
5.	Goed werkgever ex artikel 7:611 in de jurisprudentie	28
5.1	Bijzondere situaties	28
5.1.1	Privésituaties	28
5.1.2	Personeelsuitjes	28
5.1.3	Dienstreizen	29
5.2	Verkeersongevallen	29
5.3	De verzekeringsplicht ex artikel 7:611 BW	32
5.3.1	De verzekeringplicht in het leven geroepen: De februari-arresten	
5.3.2	De grenzen van de verzekeringsplicht: Maatzorg en TNT arrest	33
5.3.3	De 'behoorlijke' verzekering: schadevergoeding	35
5.4	Conclusie	36
6.	De werkgeversaansprakelijkheid in de praktijk	37
6.1	Casus	37
6.2	Artikel 7:658 BW	38
6.2.1	Eerste voorwaarde: Schade in de uitoefening van de werkzaamheden	38
6.2.2	Tweede voorwaarde: De zorgplicht	39
6.2.3	Derde voorwaarde: Bewuste roekeloosheid of opzet	40
6.2.4	De bewijslastverdeling	41
6.3	Artikel 7:611 BW	42
6.4	En hoe nu verder?	42
6.5	Verjaring	42
6.6	Conclusie	42
7.	Conclusies	43
7.1	De wettelijke gronden van werkgeversaansprakelijkheid in het BW	43
7.1.1	Eerste wettelijke grond: artikel 7:658 BW	43
7.1.2	Tweede wettelijke grond: artikel 7:611 BW	44
7.2	De praktijkcasus uitgewerkt	45
8.	Aanbevelingen	46
8.1	Mogelijke vervolgstappen	46
8.1.1	De werkgever per brief aansprakelijk stellen	46
8.1.2	Bodemprocedure bij de kantonrechter	46
8.1.3	Deelgeschilprocedure	46
8.1.4	Deskundigenoordeel	47
8.2	Doelstelling	47
	Evaluatie van het onderzoek	48
	Literatuurlijst	50

Samenvatting

Iedere week is er wel een werknemer die schade tijdens het uitvoeren van zijn werkzaamheden oploopt. Indien de werknemer ernstig letsel oploopt en hierdoor veel schade lijdt, wil hij deze schade uiteraard van de werkgever vergoed krijgen. Een werknemer heeft twee gronden om zijn schadevergoeding op te baseren, artikel 7:658 en 7:611 BW. Als de werknemer een beroep op deze artikelen wil doen, zal hij moeten weten welke voorwaarden er zijn om een schadevergoeding te kunnen krijgen. De voorwaarden vloeien voort uit de artikelen, maar zijn door de jaren heen nader ingevuld in de jurisprudentie. De doelstelling van dit rapport is om een overzicht te geven van de gronden en de daarbijbehorende voorwaarden waarop een werknemer zijn vordering tot schadevergoeding kan baseren. Om het verhaal levendiger te maken, is er ook een praktijkcasus behandeld. De theoretische aspecten van het rapport worden op die manier toegepast op een echte zaak, waardoor inzichtelijk wordt hoe een zaak wordt ingeschat.

Artikel 7:658 BW kent drie voorwaarden: in de uitoefening van de werkzaamheden, de zorgplicht en bewuste roekeloosheid of opzet. De voorwaarde 'in de uitoefening van de werkzaamheden' bepaalt de werkingsfeer van dit artikel, want als hier niet aan voldaan is, valt het ongeval niet artikel 7:658 BW en zal er sowieso geen schadeuitkering plaatsvinden. Als de werknemer deze voorwaarde wel kan aantonen, heeft hij in beginsel recht op een schadevergoeding voor alle geleden schade. Indien de werkgever kan aantonen dat hij aan de zorgplicht heeft voldaan of dat de werknemer bewust roekeloos of opzettelijk heeft gehandeld, is hij echter niet aansprakelijk. Op dat moment heeft de werknemer helemaal geen recht meer op een schadevergoeding, omdat artikel 7:658 BW een alles-of-niets werking kent. Artikel 7:611 BW kent daarentegen maar één voorwaarde: goed werkgever. Voor een beroep op artikel 7:611 BW zijn twee categorieën mogelijk, waarbij de voorwaarde anders wordt ingevuld. De eerste categorie omvat de bijzondere situaties, waaronder ongevallen in de privésfeer of tijdens een personeelsuitje of dienstreis. Het goed werkgeverschap kan hierbij een zorg- en preventieplicht of een verzekeringsplicht inhouden. Daarnaast is er de categorie verkeersongevallen. Hierbij kan weer een onderverdeling worden gemaakt in werkverkeer, gewoon of bijzonder woon-werkverkeer en ongemotoriseerde verkeersdeelnemers. Het doorslaggevende criterium om voor een schadevergoeding in aanmerking te komen, is of er sprake is van schade in de uitoefening in de werkzaamheden. Juist, dezelfde voorwaarde als artikel 7:658 BW. Indien daarvan sprake is, wordt de werkgever aansprak geacht. De voorwaarde goed werkgever houdt voor deze categorie in dat de werkgever een behoorlijke verzekering voor de werknemers afsluit. De schade is dan ook nooit meer dan het bedrag dat gemist wordt door het ontbreken van een behoorlijke verzekering.

De praktijkcasus is een artikel 7:658 BW geval, want de schade is in de uitoefening van de werkzaamheden geleden. Om te bepalen of een werkgever daadwerkelijk aansprakelijk kan worden geacht, moet de omvang van de zorgplicht worden vastgesteld. Bij de zorgplicht zijn er drie categorieën mogelijk, van gevaarlijk naar niet gevaarlijk: arbo- en onveilige situaties, restcategorie en huis-, tuin- en keukenongevallen. De onderzoeker is van mening dat het ongeval onder de laatste categorie valt. Hierbij hoeft de werkgever de werknemer niet te waarschuwen om aan de zorgplicht te voldoen. De ongevallen onder deze categorie kunnen namelijk ook in de privésfeer gebeuren, omdat er sprake is van een ongevaarlijke en alledaagse handeling. De werknemer kan ervoor kiezen om een procedure bij de kantonrechter op te starten, maar ook een deskundigenoordeel of deelgeshilprocedure behoren tot de mogelijkheden. Het verstandigste is om allereerst een werkgever schriftelijk aansprakelijk te stellen, dat is namelijk de goedkoopste manier.

Afkortingen- en begrippenlijst

A-G	Advocaat-Generaal
Arbobeleid	het beleid dat uw werkgever voert op het gebied van arbeidsomstandigheden. Doel van dit beleid is om u veilig en gezond te laten werken.
Arbonorm	Een artikel uit de arbeidsomstandighedenwetgeving
Arbowet	Arbeidsomstandighedenwet
Arbowetgeving	Arbeidsomstandighedenwetgeving: Arbeidsomstandighedenwet, Arbeidsomstandighedenbesluit, Arbeidsomstandighedenregeling en Arbeidstijdenwet.
BW	Burgerlijk Wetboek
RI&E	Risico-inventarisatie en –evaluatie. Hierin staan de risico's voor de veiligheid en gezondheid op de werkplek aangegeven. Ook staat hierin welke maatregelen de werkgever neemt om deze risico's te verminderen.
r.o.	rechtsoverweging
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
Werkgever	Volgt uit artikel 1 lid 1 onder a Arbowet: 1. degene jegens wie een ander krachtens arbeidsovereenkomst of publiekrechtelijke aanstelling gehouden is tot het verrichten van arbeid, behalve indien die ander aan een derde ter beschikking wordt gesteld voor het verrichten van arbeid, welke die derde gewoonlijk doet verrichten. 2. degene aan wie een ander ter beschikking wordt gesteld voor het verrichten van arbeid als bedoeld onder 1
Werknemer	Volgt uit artikel 1 lid 1 onder b Arbowet: de ander, bedoeld onder begrip werkgever

Hoofdstuk 1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt allereerst een korte omschrijving gegeven van de organisatie waarvoor het onderzoek is uitgevoerd. Vervolgens zal in paragraaf 1.2 de aanleiding voor het onderzoek worden geschetst in de zogeheten probleembeschrijving. In paragraaf 1.3 en 1.4 worden de doelstelling en vraagstelling uiteengezet. De methoden van onderzoek wordt in paragraaf 1.5 toegelicht. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een leeswijzer.

1.1 Organisatie

Het onderzoek voor deze scriptie is in opdracht van Smits Advocatuur uitgevoerd. Mevrouw P.G.C.P Smits is, nadat zij de nodige ervaring heeft opgedaan, in 2012 haar eigen advocatenkantoor in 's-Hertogenbosch begonnen. Bijna 30 jaar geleden, op 4 oktober 1984, is zij al als advocate beëdigd. Aan de universiteit van Nijmegen is zij afgestudeerd in de richtingen strafrecht en personen- en familierecht. Ook heeft zij specialisaties op het gebied van jeugdrecht, agrarisch recht en arbeidsrecht.

1.2 Probleembeschrijving

De werkgeversaansprakelijkheid is van groot sociaal-maatschappelijk belang. Regelmatig verschijnen er in de krant nieuwsberichten over werknemers die tijdens hun werk letselschade oplopen. Op 30 december 2012 vond bij Astro Controls in Alphen aan de Rijn een bedrijfsongeval plaats. Een 41-jarige vrouw viel van 2,5 meter hoogte naar beneden.¹ Ook in 2013 vonden er verschillende bedrijfsongevallen plaats, waaronder op 8 februari in Farmsum. Bij een aluminiumsmelter raakte een man bekneld in een machine.² Ook Gorinchem kwam in het nieuws. Op 22 februari 2013 kwam een man tussen een landbouwmachine en aan paal knel te zitten.³ Het meeste recente bedrijfsongeval vond plaats op 11 mei 2013. Bij een installatiebedrijf in Uden raakte een man gewond toen er een besturingskast op hem viel.⁴ Als er een ernstig bedrijfsongeval heeft plaatsgevonden, dan is het de taak van de Inspectie SZW (arbeidsinspectie) om te onderzoeken hoe het ongeval heeft kunnen plaatsvinden.

Na een ongeval zal de werknemer eerst moeten herstellen van zijn letsel. Na een bepaalde periode staat vast hoe ernstig de gevolgen van het ongeval zijn. Indien de werknemer schade heeft geleden, wil hij natuurlijk deze schade natuurlijk op de werkgever verhalen. Een regeling is hierbij vaak lastig voor elkaar te krijgen, aangezien de werkgever niet toe zal geven dat hij schuldig aan het bedrijfsongeval is. Mocht de werkgever zijn schuld wel erkennen en bereid zijn om geld te betalen, dan zal hij hierbij aan fikse bedragen moeten denken. De schade bij bedrijfsongevallen kan namelijk flink oplopen. Denk hierbij aan blijvende arbeidsongeschiktheid, inkomens- en pensioen derving, medische kosten en natuurlijk de immateriële schade. De werkgever zal niet bereid zijn om al deze kosten te vergoeden, terwijl de werknemer wel alle kosten vergoed wil hebben. Als de werknemer alle schade wil verhalen, moet hij een proces tegen de werkgever starten bij de kantonrechter. De rechter zal zich buigen over de vraag of de werkgever aansprakelijk is voor het ongeval.

Voordat een zaak bij de rechter komt, zal deze in de meeste gevallen eerst door een rechtshulpverlener worden bekeken. Hierdoor speelt in de praktijk van de rechtshulpverleners de werkgeversaansprakelijkheid een grote rol. Een procedure met betrekking tot de schadevergoeding bij een bedrijfsongeval zal altijd door de werknemer worden gestart. Ook mevrouw Smits heeft een zaak lopen waarbij een werknemer schade

¹ Nieuws < www.alphens.nl/nieuws/overig/3927,astro-controls-fout-bij-ernstig-bedrijfsongeval.html > 18 februari 2013

² Nieuws < [/www.eemskrant.nl/index.php?id=5009](http://www.eemskrant.nl/index.php?id=5009) > 18 februari 2013

³ Nieuws < www.rijnmond.nl/nieuws/22-02-2013/man-zwaar-gewond-bij-bedrijfsongeval-gorinchem > 18 februari 2013

⁴ Bedrijfsongevallen in Nederland < bedrijfsongeval.blogspot.nl > 15 mei 2013

in de uitvoering van zijn werkzaamheden geleden. Deze werknemer was werkzaam als vrachtwagenchauffeur bij een groot bedrijf. Op 24 juli 2007 is de betreffende werknemer omstreeks 23.00 uur klaar voor vertrek. Hij zit in zijn vrachtwagen en (denkt dat hij) het licht op groen ziet gaan, dat betekent dat hij mag wegrijden. Op het moment dat hij weg wil rijden, hoort hij een hoop kabaal. De werknemer schrikt hiervan en besluit om snel uit te stappen en te gaan kijken wat er aan de hand is. Vervolgens treft hij de medewerker die de vrachtwagen aan het laden was en deze deelt hem mede dat hij nog niet klaar was met het laden van de vrachtwagen. De chauffeur verontschuldigt zich en meteen op dat moment zien ze de vrachtwagen terugrollen. Het is voor de chauffeur dan al te laat om aan de kant te gaan. De werknemer loopt blijvend letsel aan zijn rechterarm op en wil graag zijn materiele en immateriële schade vergoed hebben.

De regels omtrent de werkgeversaansprakelijkheid zijn niet eenduidig, dit blijkt uit de vele rechterlijke uitspraken van de afgelopen jaren. Veel zaken komen bij de Hoge Raad terecht, met als resultaat dat er ook veel belangrijke ontwikkelingen omtrent de werkgeversaansprakelijkheid plaats hebben gevonden. Zo vond in 2005 de eerste grote ontwikkeling plaats. In het arrest ABN AMRO/Nieuwenhuijs werd bepaald dat psychische schade ook onder de reikwijdte artikel 7:658 BW valt. Ook in 2012 werd er een belangrijke uitspraak gedaan met betrekking tot artikel 7:658 BW, nu specifiek over lid 4. Vanaf dit moment is duidelijk dat ook zzp'ers onder de bescherming van artikel 7:658 BW kan vallen. De Hoge Raad heeft zich vrij recent ook over de aansprakelijkheid op grond van artikel 7:611 BW gebogen, namelijk in november 2011. In deze twee arresten, TNT/Postbezorger en de Rooyse wissel, wordt de reikwijdte van artikel 7:611 BW afgebakend. In 2012 heeft A-G spier met betrekking tot artikel 7:658 BW geconcludeerd dat er een voorlopig eindpunt voor de rechtsontwikkeling van dit artikel is. Het wordt dus tijd om de (eind)balans met betrekking tot beide artikelen op te maken, zodat het voor mevrouw Smits voor de zaak in deze scriptie - en uiteraard ook in de toekomst - mogelijk is om een weloverwogen advies omtrent de kans van slagen te geven.

1.3 Vraagstelling

Op welke gronden en onder welke voorwaarden, volgens wet en jurisprudentie, is het anno 2013 voor een werknemer mogelijk om de werkgever aansprakelijk te stellen voor lichamelijke letsel en hoe worden deze ingevuld door de praktijk?

1.4 Doelstelling

Voor zondag 26 mei 2013 een onderzoeksrapport opleveren waarin de gronden en voorwaarden, volgens de wet en actuele jurisprudentie, voor het aansprakelijk stellen van een werkgever voor lichamelijke letsel worden beschreven en hoe deze worden ingevuld door praktijk, zodat mevrouw Smits in deze casus en in de toekomst een cliënt van een goede dienstverlening kan voorzien, waarbij zij efficiënt, deskundig en binnen korte tijd haar oordeel over de kans van slagen betreffende een zaak met dit onderwerp kan geven.

1.5 Methodes van onderzoek

De centrale vraag valt uiteen in twee soorten van onderzoeken. Allereerst een onderzoek van het recht, de gronden en voorwaarden om een werkgever aansprakelijk te stellen. Voor dit onderzoek is gebruik gemaakt van literatuur om een beeld van de achtergrond van de gronden en de voorwaarden van deze gronden te krijgen. Twee van de geraadpleegde boeken⁵ was echter niet de nieuwste druk, omdat deze helaas niet vindbaar was. Er zijn maar weinig handboeken te vinden met betrekking tot het onderwerp werkgeversaansprakelijkheid, daardoor is er ook veel gebruik gemaakt van artikelen uit tijdschrijven. Om de vage voorwaarden van de twee gronden verdere invulling te geven, zijn bekende uitspraken van de Hoge Raad gezocht. De rechter heeft namelijk een rechtsvormende taak, zo concludeert A-G J. Spier in zijn noot van het arrest van 11

⁵ Lindenbergh 2000 en van Genderen e.a. 2010

november 2011⁶. Het doel van de uitspraken van de Hoge Raad, cassatierechtspraak, is om rechtsontwikkeling te bevorderen en rechtsbescherming te verzekeren.⁷ Dat is de reden dat voor uitspraken van de Hoge Raad is gekozen in plaats van uitspraken van de rechtbank of het gerechtshof. In de volgende drie paragrafen wordt verder ingegaan op de afbakening en achtergrondinformatie van het onderwerp.

1.5.1 Afbakening

De werkgeversaansprakelijkheid is een enorm breed onderwerp, waarover dan ook heel erg veel geschreven kan worden. Gezien de beperkte tijd voor het onderzoek en de omvang van de scriptie moesten er keuzes worden gemaakt. In deze scriptie wilde ik graag een dossier uit de praktijk bespreken en daarom is het onderzoek - en dus de centrale vraag - daar zo veel mogelijk op aangesloten. Nu er is in casu sprake van een werknemer komen in deze scriptie enkel de gronden en voorwaarden voor een werknemer aan bod. Het vierde lid van artikel 7:658 BW valt daarom buiten de kaders van deze scriptie. Daarnaast is er voor gekozen om enkel de gronden en voorwaarden voor lichamelijk letsel te onderzoeken. Er is specifiek voor lichamelijk letsel gekozen, omdat de werknemer in casu ook enkel lichamelijke klachten heeft. Bovendien heeft dit dossier de doelgroep van de scriptie bepaald, namelijk de werknemer. De conclusies en aanbevelingen zijn dan ook voor de rechtshulpverlener van een werknemer geschreven.

1.5.2 Achtergrondinformatie

In de paragraaf wordt een omschrijving van de belangrijkste begrippen uit de vraagstelling gegeven. Er wordt van een werknemer gesproken als iemand krachtens een arbeidsovereenkomst of publiekrechtelijke aanstelling werkzaam is. Dit vloeit voort uit artikel 1 lid 1 van de Arbowet. Daarnaast wordt enkel naar lichamelijk letsel gekeken, dit zijn verwondingen buiten het lichaam, maar het kan ook inwendige beschadiging omvatten.⁸

1.6 Leeswijzer

Met de hoofdstukken 2 tot en met 6 wordt langzaam naar het antwoord op de centrale vraag toegewerkt. Allereerst is er onderzocht welke wettelijke gronden een werknemer heeft om een werkgever aansprakelijk te stellen. In hoofdstuk 2 wordt een korte uitleg over de achtergrond van deze artikelen gegeven. Als een werknemer een vordering op één van deze grondslagen wil baseren, moet hij weten wat de voorwaarden van de artikelen zijn. Daarom worden de voorwaarden van de gronden in hoofdstuk 3 besproken. Hoofdstuk 3 is daarmee een uitbreiding van hoofdstuk 2. Helaas blijken beide gronden nogal open en vage voorwaarden te hebben, waardoor nog steeds niet duidelijk is wat een werknemer precies moet stellen en/of bewijzen. In hoofdstuk 4 en 5 zullen daarom de voorwaarden gevuld worden aan de hand van uitspraken van de Hoge Raad. Hiermee is het eerste deel van de centrale vraag beantwoord, namelijk welke gronden en voorwaarden, volgens de wet en jurisprudentie een werknemer heeft om een werkgever aansprakelijk te stellen voor lichamelijk letsel. Het laatste deel van de hoofdvraag wordt in hoofdstuk 6 beantwoord. Namelijk hoe de praktijk aan deze gronden en voorwaarden invulling geeft. Voor dit hoofdstuk is gebruik gemaakt van een dossier van mevrouw Smits. Aan de hand van de invulling van de gronden en voorwaarden, met alle informatie van de voorgaande hoofdstukken, zal een juridische analyse voor deze casus worden gegeven.

⁶ HR 11 november 2011, *LJN BR5215*, r.o. 3.5 (concl. A-G J. Spier)

⁷ Cassatierechtspraak < www.rechtspraak.nl/Organisatie/HogeRaad/OverDeHogeRaad/cassatierechtspraak/Pages/default.aspx > 24 mei 2013

⁸ Popma e.a 2008, p.253

Hoofdstuk 2 De gronden voor werkgeversaansprakelijkheid

Er zijn in beginsel voor de werknemer twee specifieke gronden mogelijk om een werkgever aansprakelijk te stellen voor geleden schade. In dit hoofdstuk zullen deze twee gronden besproken worden. Allereerst volgt een algemene uitleg over (werkgevers)aansprakelijkheid in paragraaf 2.1 en vervolgens zal in paragraaf 2.2 en 2.3 op de artikelen worden ingegaan. In paragraaf 2.4 wordt uitgelegd hoe de artikelen 7:658 en 7:611 BW in verhouding tot elkaar staan en vervolgens worden in paragraaf 2.5 de verschillen tussen deze artikelen toegelicht. Dit hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie in paragraaf 2.6.

2.1 Aansprakelijkheid in het Burgerlijk wetboek

Het algemene verbintenissenrecht geeft algemene regels voor situaties waarin iemand schade lijdt door een handelen of nalaten van een ander.⁹ In afdeling 6.1.10 komen al deze schadevergoedingsplichten bijeen. Allereerst kent de wet contractuele tekortkomingen, zoals de wanprestatie ex artikel 6:74 BW. Daarnaast kent de wet de onrechtmatige daad van artikel 6:162 en de kwalitatieve aansprakelijkheid. En ten slotte zijn er 'de andere in de wet genoemde oorzaken van een schadevergoedingsplicht'. Hieronder valt de schadevergoedingsplicht van de werkgever van artikel 7:658 BW voor beroepsziekten en arbeidsongevallen.¹⁰

In beginsel geldt in alle gevallen de algemene regeling met betrekking tot de schade die iemand lijdt door een handelen of nalaten van een ander.¹¹ Deze staan gecodificeerd in de artikelen 6:74, 6:75, 6:77, 6:95, 6:101 en 6:106 BW. Naast deze algemene regeling kent het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot de werkgeversaansprakelijkheid een bijzondere regeling.

2.1.1 De werkgeversaansprakelijkheid

Indien er sprake is van een arbeidsovereenkomst en er zich tekortkomingen voordoen met betrekking tot nakoming van verplichtingen die uit deze contractuele relatie voortvloeien, dan moet de schade die hierdoor wordt geleden, worden vergoed op grond van artikel 6:74 BW.¹² In dit artikel is namelijk bepaald dat wanneer een persoon op welke wijze dan ook tekortschiet in de nakoming van de verbintenis, hij verplicht is de ontstane schade te vergoeden.¹³ Bij schade die het gevolg is van een arbeidsongeval of een beroepsziekte is er een ook nog een bijzondere regeling van belang, namelijk artikel 7:658 BW. In het geval dat de algemene regel iets anders zegt dan de bijzondere regel, dan gaat de bijzondere regel voor. In het Latijn wordt deze regel ook wel aangeduid als 'lex specialis derogat legi generali'.

De vraag die bij de invoering van artikel 7:658 BW speelde, is waarom er nog een bijzondere regel nodig was als de algemene regel al een behoorlijk aantal artikelen omvat. De wetgever vond het in dit geval van belang dat de werkgever de mogelijkheid had om zijn aansprakelijkheid uit te sluiten en dat de eigen schuld van de werknemer werd meegenomen. Daarnaast was het van belang dat er in de wet een regeling kwam met betrekking tot de bewijslastverdeling.¹⁴

⁹ Van Drongelen e.a. 2009, p.22

¹⁰ Brahn & Reehuis 2010, p.318

¹¹ Brahn & Reehuis 2010, p.383

¹² Van Drongelen e.a. 2009, p. 57

¹³ Olthof 2013, elektronisch geraadpleegd op 24 mei 2013

¹⁴ Kamerstukken II 1993/94, 23 438, nr. 3, p.38

2.2 De eerste grond: artikel 7:658 BW

Op 1 april 1997 is het huidige artikel 7:658 BW in werking getreden als de opvolger oftewel bewerkte versie van artikel 7A:1638x BW (oud).¹⁵ In het oude artikel was een verplichting voor de werkgever neergelegd om de werknemer te beschermen tegen gevaar voor persoon of goed. Indien de werkgever deze verplichting niet na kwam, bood dit artikel een regeling om de werkgever aansprakelijk te stellen. Het huidige artikel geeft juist de verplichting aan de werkgever om schade voor de werknemer te voorkomen.¹⁶

De werknemer gebruikt artikel 7:658 in de meeste gevallen¹⁷ als primaire grondslag voor zijn vordering tot schadevergoeding jegens de werkgever wegens een bedrijfsongeval of beroepsziekte.¹⁸ Artikel 7:658 BW bestaat uit 4 leden. In deze paragraaf zullen de leden één voor één kort worden toegelicht. (niet in alle gevallen biedt 7:658 BW een uitkomst)

2.2.1 Lid 1: ‘De zorgplicht van de werkgever’

Op grond van lid 1 moet een werkgever zorgen voor de veiligheid van de werkomgeving van de werknemer. Ook moet een werkgever maatregelen treffen en aanwijzingen verstrekken, zodat wordt voorkomen dat de werknemer schade in de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt.¹⁹

2.2.2 Lid 2: ‘De bewijslastverdeling’

Het algemene artikel met betrekking tot de bewijslast in een procedure is artikel 150 Rv. Dit artikel zegt dat ‘de partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten de bewijslast draagt’. Voor de werknemer zou dit betekenen dat hij de bewijslast draagt en moet aantonen dat: hij schade heeft geleden, de wijze waarop het ongeval heeft plaatsgevonden, de niet-nakoming van de zorgplicht door de werkgever en het causale verband tussen het ongeval, het niet nakomen van de zorgplicht en de geleden schade.

Artikel 150 Rv zou het dus voor de werknemer lastig maken om de schade op de werkgever te verhalen. De wetgever bedacht daarom dat er een bijzondere regel voor de bewijslastverdeling moest komen. Artikel 7:658 lid 2 BW komt in dezen de werknemer tegemoet.²⁰ In dit lid wordt een regeling gegeven met betrekking tot de verdeling van de bewijslast. Het lid geeft aan dat de werkgever aansprakelijk is voor de schade als de werknemer kan aantonen dat die schade in de uitoefening van zijn werkzaamheden is geleden. Er is echter ook een tenzij-bepaling aan deze regel verbonden. Als de werkgever kan bewijzen dat hij aan de zorgplicht heeft voldaan of dat de schade het gevolg is van bewuste roekeloosheid of opzet aan de zijde van de werknemer, dan zal hij niet aansprakelijk worden gesteld.²¹

Voor het in werking treden van artikel 7:658 BW was de bewijslast anders verdeeld. In artikel 7:1638x (oud) rustte de bewijslast voor het niet nakomen van de verplichtingen van de werkgever namelijk op de werknemer, omdat een dergelijke bijzondere regel als in artikel 7:658 lid 2 BW ontbrak.²² Hieruit kan geconcludeerd worden dat de behoefte om de werknemer (nog meer) te beschermen in de loop der jaren is gegroeid. Door een omkering van de bewijslast in de wet, in dit geval artikel 7:658 BW, werd het de werknemer makkelijker gemaakt om de schade op de werkgever te verhalen.

¹⁵ HR 4 oktober 2002, *LJN: AE4090*, r.o. 4.3 (concl. J. Spier)

¹⁶ Kamerstukken II 1993/94, 23 438, nr. 3, p.38

¹⁷ Welke gevallen dit zijn, komt in hoofdstuk 4 aan de orde

¹⁸ Cenik 2010, p.6

¹⁹ Verhulp 2013, elektronisch geraadpleegd op 22 februari 2013

²⁰ Loonstra en Zondag 2010, p.348

²¹ Genderen e.a. 2010, p.144

²² Kamerstukken II 1993/94, 23 438, nr. 3, p.39

2.2.3 Lid 3: ‘Dwingend recht’

In het derde lid van artikel 7:658 BW staat dat van lid 1 en 2 van artikel 7:658 BW en titel 3 van boek 6 niet ten nadele van de werknemer mag worden afgeweken. Dit duidt erop dat het artikel van dwingend recht is. Toepasselijkheid van artikel 7:658 BW sluit dus niet uit dat een werknemer de werkgever op grond van de onrechtmatige daad ex artikel 6:162 BW of een andere bepaling uit afdeling 6.3.2 aanspreekt. Zo wordt zeker gesteld dat de werkgever niet onder verdergaande wettelijke aansprakelijkheid kan uitkomen.²³

2.2.4 Lid 4 ‘Ingeleend personeel, uitzendkrachten en niet-werknemers’

De bepaling in het vierde lid is in 1999 aan artikel 7:658 BW toegevoegd. Vanaf dat moment wordt ook de werknemer, die geen arbeidsovereenkomst heeft met de derde, beschermd bij het tekortschieten van veiligheidsmaatregelen. Er wordt dus geen onderscheid meer gemaakt tussen werknemers en ‘anderen’ die bij een werkgever werkzaam zijn.²⁴ Deze anderen kunnen zijn: stagiairs, vrijwilligers of ingeleend personeel. En in een aantal gevallen zzp’ers.

2.3 De twee grond: artikel 7:611 BW

Naast artikel 7:658 BW biedt de wet de werknemer de mogelijkheid om een werkgever aansprakelijk te stellen op grond van artikel 7:611 BW. In dit artikel is bepaald dat de werkgever een aanvullende zorgplicht heeft, namelijk om zich als een goed werkgever te gedragen.²⁵ Artikel 7:611 BW heeft een vergelijkbare functie als de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 BW.²⁶ Het verschil tussen artikel 7:611 BW en de artikel 6:248 en 6:2 BW zit in de reikwijdte. Artikel 7:611 BW ziet niet alleen toe op de bedoelingen van partijen onderling, zoals de twee andere artikelen, maar ook op de verhoudingen en ontwikkelingen van het arbeidsrecht.²⁷

2.4 De verhouding tussen artikel 7:658 en 7:611 BW

In het arrest De Kok/Jansen’ s Schoonmaakbedrijven heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over de verhouding tussen artikel 7:658 en 7:611 BW. De Hoge Raad overweegt: ‘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 werkgeverschap 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.’²⁸ Dit komt er op neer dat een werknemer die een ongeval binnen het bereik van artikel 7:658 BW heeft geleden en waarbij geen zorgplicht is geschonden niet alsnog via artikel 7:611 BW de schade vergoed kan krijgen. Artikel 7:611 BW dient niet als een vangnet voor de gevallen waarbij de zorgplicht op grond van artikel 7:658 BW niet is geschonden. Artikel 7:611 BW is juist een vangnet voor de ongevallen die niet in de uitoefening van de werkzaamheden zijn geleden, zoals bij artikel 7:658 BW een vereiste is.²⁹ Als de werknemer de werkgever aansprakelijk wil stellen, zal dus bepaald moeten worden onder welk artikel het ongeval valt.

²³ Kamerstukken II 1993/94, 23 438, nr. 3, p.38

²⁴ Kamerstukken II 1997/98, 25 263, nr 14, p.6

²⁵ Van Genderen 2010,p. 151

²⁶ Loonstra en Zondag 2010, p.352

²⁷ Kamerstukken II 1993/94, 23 438, nr. 3, p.15

²⁸ HR 17 november 1989, *LJN AB9375*

²⁹ Verhouding tussen artikel 7:658 en 7:611 BW

<www.letselschade-kenniscentrum.nl/verhouding-tussen-artikel-7-658-7-611-bw.php> 14 mei 2013

2.5 Verschillen tussen artikel 7:658 en 7:611 BW

De verhouding tussen artikel 7:656 en 7:611 BW duidt ook meteen op het eerste grote verschil tussen de artikelen. Artikel 7:658 BW is voor andere ongevallen van toepassing dan artikel 7:611 BW. Dit verschil zal in de hoofdstukken 4 en 5 duidelijk worden gemaakt. Naast dit verschil zijn er nog vier verschillen, deze worden hieronder een voor een toegelicht.

Soort aansprakelijkheid

Daar waar artikel 7:658 BW een schuldaansprakelijkheid is, betreft artikel 7:611 BW een risicoaansprakelijkheid. Het verschil tussen beiden zit in het begrip 'schuld'. Bij schuldaansprakelijkheid moet er sprake zijn van verwijtbaar gedrag, zoals in dit geval het schenden van de zorgplicht, terwijl dit bij risicoaansprakelijkheid niet het geval is.³⁰

Bewijslastverdeling

In paragraaf 2.2.2 is uitgebreid de bewijslast van artikel 7:658 BW besproken. Daaruit blijkt dat deze regel afwijkt van het algemene artikel, 150 Rv. Voor artikel 7:611 BW is echter geen bijzondere regel omtrent de bewijslast geregeld, waardoor het algemene artikel, 150 Rv, zal gelden. De bewijslast rust daardoor op de schouders van de werknemer.

Het gedrag van de werknemer

In lid 2 van artikel 7:658 BW staat dat de werkgever onder zijn aansprakelijkheid uit kan komen als hij kan aantonen dat de werknemer zich schuldig heeft gemaakt aan bewuste roekeloosheid of opzet. Alleen wanneer er van één van deze gedragingen sprake is, kan de schadevergoedingsplicht beïnvloed worden. Bij artikel 7:611 BW worden de maatstaven van het algemene artikel, 6:101 BW, gehanteerd. Hierbij hoeft er enkel sprake te zijn van schuld, in welke gradatie dan ook.

Schadevergoeding

Bij artikel 7:658 BW is er sprake van een alles of niets werking. Er zijn hierdoor maar twee situaties mogelijk: de werkgever wordt aansprakelijkheid geacht en moet de volledige schade vergoeden of de werkgever wordt niet aansprakelijk geacht en hoeft geen schadevergoeding uit te keren. Bij artikel 7:611 BW is dit anders. Daar is de werkgever alleen aansprakelijk voor de schade die wordt geleden door het missen van een behoorlijke verzekering. Er wordt dus niet naar de schade van de werknemer gekeken, maar naar het bedrag waarvoor de werkgever in deze situatie had moeten verzekeren. De verzekeringsplicht komt uitgebreid in hoofdstuk 5 aan de orde.

2.6 Conclusie

In dit hoofdstuk wordt het eerste deel van de centrale vraag beantwoord, namelijk 'op welke (wettelijke) gronden een werknemer zijn werkgever aansprakelijk kan stellen voor lichamelijk letsel'. Een werknemer heeft twee gronden om een werkgever aansprakelijk te stellen: artikel 7:658 en 7:611 BW. In 1989 heeft de Hoge Raad in het arrest De Kok/Jansen's Schoonmaakbedrijven bepaald dat de artikelen nooit tegelijkertijd bij een ongeval van toepassing kunnen zijn. Later in dit onderzoeksrapport zal duidelijk worden op welke situaties de artikelen specifiek toezien. De verschillen tussen artikel 7:658 en 7:611 BW kunnen in vier elementen worden verdeeld: de soort aansprakelijkheid, de bewijslastverdeling, het gedrag van de werknemer en de schadevergoeding. Aan de hand van deze elementen kan geconcludeerd worden dat artikel 7:658 BW voor de werknemer gunstiger is. In het volgende hoofdstuk zullen de voorwaarden van deze gronden besproken worden.

³⁰ Aansprakelijkheidsrecht <www.hetwetsbureau.nl/rechtsgebieden> 22 april 2013

Hoofdstuk 3 De voorwaarden van artikel 7:658 en 7:611 BW

In het vorige hoofdstuk zijn de gronden om een werkgever aansprakelijk te stellen besproken, de artikelen 7:658 en 7:611 BW. Als een werknemer een vordering voor de schadevergoeding op deze artikelen wil baseren, zullen de voorwaarden van de artikelen duidelijk moeten zijn. Daarom zullen deze voorwaarden in dit hoofdstuk uitgelegd worden. Deze informatie is een antwoord op een belangrijk deel van de centrale hoofdvraag: 'onder welke voorwaarden, welke uit de wettelijke gronden volgen, is het voor een werknemer mogelijk om de werkgever aansprakelijk te stellen voor lichamelijk letsel'. In paragraaf 3.1 zijn de voorwaarden van art. 7:658 BW uitgewerkt en in paragraaf 3.2 komen de voorwaarde van art. 7:611 BW aan bod.

3.1 De voorwaarden van artikel 7:658 BW

Artikel 7:658 BW kent drie voorwaarden. Deze zullen in de volgende paragrafen één voor één worden toegelicht. Allereerst 'in de uitoefening van de werkzaamheden', daarna 'de zorgplicht' en ten slotte 'bewuste roekeloosheid en opzet'.

3.1.1 De eerste voorwaarde: in uitoefening van de werkzaamheden

De belangrijkste voorwaarde van art. 7:658 BW is dat de schade in de uitoefening van de werkzaamheden moet zijn geleden.³¹ Als de schade niet in de uitoefening van de werkzaamheden is geleden, valt het ongeval namelijk niet onder de reikwijdte van artikel 7:658 BW. De voorwaarde is dus het startpunt voor een beroep op dit artikel en de werknemer zal, omdat hij de procedure opstart, deze voorwaarde moeten stellen en eventueel bewijzen. Deze voorwaarde moet een verband aan tonen tussen de schade die door de werknemer is geleden en de door hem uitgevoerde werkzaamheden. De voorwaarde bestaat dus uit twee vereisten: schade en werkzaamheden.

Het vereiste 'schade' betekent in dezen dat er door het ongeval bij de werknemer schade is ontstaan en de werknemer dit daadwerkelijk kan aantonen. De door de werknemer geleden schade kan zowel psychisch als lichamelijk zijn. Met betrekking tot het verlies 'werkzaamheden' heeft de Hoge Raad in 2000³² bepaald dat dit begrip ruim moet worden uitgelegd. Ook al heeft een werkgever geen opdracht voor de - door de werknemer - uitgevoerde werkzaamheden gegeven, dan kan er alsnog gesproken worden van werkzaamheden. Om te bepalen of er sprake is van 'werkzaamheden' zijn twee begrippen van belang: 'werkplek' en 'werktijd'.³³ Het begrip 'werkplek' wordt in de Arbwet in artikel 1 lid 3 onder g aangeduid als 'arbeidsplaats'. De definitie van dit begrip is als volgt: 'iedere plaats die in verband met het verrichten van arbeid wordt of pleegt te worden gebruikt'. Dit is een erg ruime formulering, waardoor niet alleen het bedrijfsterrein van de werkgever hieronder valt, maar ook andere plekken, zoals bij een derde, waar een werknemer werkzaamheden moet uitvoeren.³⁴ In de Arbeidstijdwet wordt in artikel 1:7 onder i het begrip arbeidstijd omschreven. Dit is "de tijd dat de werknemer onder gezag van de werkgever arbeid verricht".

3.1.2 De tweede voorwaarde: de zorgplicht

De tweede voorwaarde van artikel 7:658 BW is dat de werkgever een zorgplicht heeft, welke betrekking op de inrichting en het onderhoud van de lokalen, de werktuigen en gereedschappen waarin of waarmee de werknemer zijn arbeid verricht. Bovendien omvat

³¹ van Genderen 2010, p. 149

³² HR 15 december 2000, *LJN AA9048*

³³ HR 22 januari 1999, *LJN AD2996*: de zorgplicht houdt nauw verband met de zeggenschap over de werkplek en de bevoegdheid om aanwezingen te geven over de wijze van uitoefening van de werkzaamheden. Artikel 7:658 BW is dus enkel van toepassing als de werkgever deze mogelijkheden heeft en daarom houdt de voorwaarde in de uitoefening van de werkzaamheden in dat er aan het vereiste werkplek en dienstdag moet worden voldaan.

³⁴ HR 15 juni 1990, *LJN AC4217*

de zorgplicht een verplichting voor de werkgever om instructies aan de werknemer te geven bij gebruikmaking van de lokalen, werktuigen en gereedschappen. En ten slotte heeft de werkgever nog de plicht om toezicht te houden op naleving van alle regels en aanwijzingen.³⁵

De zorgplicht van artikel 7:658 BW beoogt geen absolute waarborg te scheppen voor de bescherming van de werknemer tegen arbeidsongevallen. De grens van de zorgplicht wordt vastgesteld door hetgeen redelijkerwijs van de werkgever verlangd kan worden.³⁶ De vraag is hoe ver de zorgplicht van de werkgever dan reikt. Er kan hiervoor een onderscheid worden gemaakt in geschreven en ongeschreven normen. De geschreven normen vloeien voort uit de arbowetgeving en de ongeschreven normen ontstaan in de jurisprudentie. De Hoge Raad heeft in de uitspraken van de laatste jaren een strenge invulling aan de zorgplicht van de werkgever gegeven, waardoor de bescherming van de werknemers is uitgebreid.³⁷ Er wordt niet snel meer aangenomen dat de werkgever aan de zorgplicht heeft voldaan, omdat er verschillende factoren meespelen. In hoofdstuk 4 worden deze factoren besproken aan de hand van de verschillende arresten van de Hoge Raad.

Om een werkgever daadwerkelijk aansprakelijk te stellen op grond van artikel 7:658 BW moet er wel een causaal verband tussen de schade van de werknemer en de schending van de zorgplicht van de werkgever zijn.³⁸ Als de werknemer aantoont dat de schade 'in de uitoefening van de werkzaamheden' is geleden, wordt daarmee verondersteld dat de werkgever niet aan zijn zorgplicht heeft voldaan. Op dat moment staat het causale verband tussen de schending van de zorgplicht en de schade vast. Het is dan aan de werkgever om te stellen en bewijzen dat hij alle maatregelen heeft getroffen, die redelijkerwijs van hem gevergd konden worden en daarmee het ongeval niet kon voorkomen.³⁹

3.1.3 De derde voorwaarde: opzet of bewuste roekeloosheid

Een andere voorwaarde die de aansprakelijkheid van de werkgever kan uitsluiten, is het gedrag van de werknemer zelf. De vraag die een rechter zal stellen is: had het ongeval niet plaatsgevonden of zouden de gevolgen minder zijn geweest als de werknemer een grotere zorgvuldigheid in acht had genomen?⁴⁰

In boek 6 van het Burgerlijk Wetboek is er een algemene bepaling opgenomen met betrekking tot het gedrag van de benadeelde in combinatie met het uitbetalen van een schadevergoeding, namelijk artikel 101 BW. Hierin is bepaald dat bij eigen schuld van de benadeelde de schade in evenredigheid verdeeld wordt over de benadeelde en de vergoedingsplichtige. Hiervan kan echter worden afgeweken als de billijkheid of andere omstandigheden dit eisen. Bij werkgeversaansprakelijkheid ex artikel 7:658 BW wordt op deze algemene bepaling van artikel 6:101 BW een uitzondering gemaakt. Er bij moet bij artikel 7:658 BW sprake zijn van 'bewuste roekeloosheid' of 'opzet'. Indien er enkel sprake is van 'schuld', dan zal de gedraging van de werknemer voor rekening van de werkgever komen. Schuld beïnvloedt de schadevergoedingsverplichting van artikel 7:658 BW niet.⁴¹ De reden hiervoor is dat de schade binnen een dienstverband wordt opgelopen en dat de werkgever de arbeidsomstandigheden hier bepaalt. Bij de algemene regeling, artikel 6:101 BW, worden alle gradaties van schuld meegewogen, terwijl bij de bijzonder

³⁵ Verhulp 2013, elektronisch geraadpleegd op 22 februari 2013

³⁶ HR 11 maart 2005, *LJN AR6657*, r.o. 6a (concl. A. Hartkamp)

³⁷ HR 7 december 2012, *LJN BX7590*, r.o. 4.2 (concl. A-G J. Spier)

³⁸ Loonstra en Zondag 2010, p.345

³⁹ HR 22 maart 1991, *LJN ZC0181*

⁴⁰ Loonstra en Zondag 2010, p.345 boek

⁴¹ Kamerstukken II 1993/94, 23 438, nr. 3, p.39

regeling, artikel 7:658 lid 2 BW, enkel wordt getoetst of er sprake is van bewuste roekeloosheid of opzet.

Als een werknemer bewust roekeloos of opzettelijk heeft gehandeld ten tijde van het ongeval, dan wordt de werkgever dus niet op grond van artikel 7:658 BW aansprakelijk geacht. Indien de werkgever niet aansprakelijk kan worden geacht, bestaat er voor hem helemaal geen verplichting tot schadevergoeding op grond van artikel 7:658 BW. Om te kunnen bepalen of hiervan sprake is, moet eerst vastgesteld worden wanneer er sprake is van bewuste roekeloosheid of opzet.

De Hoge Raad heeft zich in 1996 voor het eerst uitgelaten over het begrip 'bewuste roekeloosheid', namelijk in het arrest Pollemans/Hoondert⁴². De Hoge Raad stelt in dit arrest hoge eisen voor het aannemen van bewuste roekeloosheid, omdat zij van mening zijn dat "er rekening moet worden gehouden met het ervaringsfeit dat het dagelijks verkeren in een bepaalde werksituatie tot een vermindering van de ter voorkoming van ongelukken raadzame voorzichtigheid leidt".⁴³ De Hoge Raad overweegt dat er slechts sprake is van bewuste roekeloosheid als "de werknemer zich tijdens het verrichten van zijn onmiddellijke aan het ongeval voorafgaande gedraging van het roekeloos karakter van die gedraging daadwerkelijk bewust zou zijn geweest".

3.2 De voorwaarde van artikel 7:611 BW

Waar artikel 7:658 BW voorwaarden heeft die uit de wet voortvloeien, bevat artikel 7:611 BW slechts één vage voorwaarde. Zo wordt er in dit artikel enkel gesproken over de verplichting om als 'goed werkgever' te gedragen. Maar de vraag is wat houdt deze norm voor een werkgever in?

3.2.1 De enige voorwaarde: goed werkgever

De vage voorwaarde 'goed werkgever' van art. 7:611 BW wordt ingevuld door de redelijkheid en billijkheid. In artikel 3:12 BW is bepaald dat "bij de vaststelling van redelijkheid en billijkheid rekening moet worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken".⁴⁴ In de jurisprudentie is in de loop der jaren bepaald wat de norm 'goed werkgever' precies inhoudt, dit komt in hoofdstuk 5 uitgebreid aan de orde.

3.3 Conclusie

De werkingsfeer van artikel 7:658 BW wordt bepaald door de voorwaarde 'schade in de uitoefening van de werkzaamheden'. Om te kunnen spreken van 'schade in de uitoefening van de werkzaamheden' moet er een verband bestaan tussen de schade en de werkzaamheden van de werknemer. De stelplicht en bewijslast voor dit verband rusten op de schouders van de werknemer. Als de werkgever onder de aansprakelijkheid van artikel 7:658 BW wil uitkomen, zal hij moeten aantonen dat:

- hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan; of
- er geen causaal verband is tussen de zorgplichtschending en de schade; of
- er sprake was van bewuste roekeloosheid of opzet.

Voor deze voorwaarden is de bewijslast dus niet voor de werknemer, maar voor de werkgever. In artikel 7:658 BW staan de voorwaarden in het wetsartikelen beschreven, maar artikel 7:611 bestaat enkel uit de vage voorwaarde 'goed werkgever'. In hoofdstuk 4 en 5 zal op de voorwaarden van beide artikelen worden ingegaan, maar dan nader ingevuld door de rechterlijke uitspraken.

⁴² Hr 20 september 1996, *LJN ZC2142*

⁴³ Loonstra en Zondag 2010, p.346

⁴⁴ Verhulp 2013, elektronisch geraadpleegd op 29 maart 2013

Hoofdstuk 4 De voorwaarden van artikel 7:658 in de jurisprudentie

De afgelopen jaren is het erg onrustig geweest op het front van de werkgeversaansprakelijkheid. De rechters werden geconfronteerd met heel veel casussen en interessante rechtsvragen over de artikelen 7:658 BW en 7:611 BW.⁴⁵ In hoofdstuk 2 en 3 werden de gronden en voorwaarden van deze artikelen al belicht. In dit hoofdstuk zal duidelijk worden welke invulling de jurisprudentie aan de wettelijke voorwaarden van artikel 7:658 BW heeft gegeven. In paragraaf 4.1 wordt een belangrijk arrest van de Hoge Raad met betrekking tot de voorwaarden 'in de uitoefening van de werkzaamheden' van artikel 7:658 lid 2 BW besproken. In paragraaf 4.2 komt de zorgplicht uitgebreid aan de orde, dan zal eindelijk duidelijk welke factoren de omvang van deze plicht bepalen. Vervolgens zal in paragraaf 4.3 de voorwaarde bewuste roekeloosheid worden besproken. Het hoofdstuk wordt afgerond met een conclusie, paragraaf 4.4.

4.1 De eerste voorwaarde: in de uitoefening van de werkzaamheden

Tot 2005 was onduidelijk of artikel 7:658 BW alleen voor lichamelijke schade een wettelijke grondslag kan bieden. De Hoge Raad maakt in het arrest ABN-AMRO/Nieuwenhuys een einde aan deze onduidelijkheid. De werknemer in casu was werkzaam als first vice president international private banking bij de ABN AMRO Bank in Genève. In 1994 had deze werknemer gevraagd of hij met pensioen kon gaan, omdat hij merkte dat zijn geestelijke weerstand minder werd. Dit verzoek werd toen echter afgewezen door de werkgever. In augustus 2006 valt de werknemer dan daadwerkelijk uit wegens ziekte. Op verzoek van de bedrijfsarts wordt een medisch rapport opgemaakt door een psychiater en een psycholoog. In deze rapportage wordt geconcludeerd dat de werknemer ernstige (lichamelijke) signalen heeft gekregen die duiden op een atypische stressreactie. De werknemer stelt dat hij arbeidsongeschikt is geworden als gevolg van een te zware werkbelasting en een slecht functionerende kantoordirecteur. Het hof is van mening dat ook bij psychische schade, zoals hier het geval is, artikel 7:658 BW bescherming kan bieden. De Hoge Raad gaat in dit oordeel mee, omdat de tekst en de geschiedenis van artikel 7:658 BW niet tot een beperkte opvatting van dit artikel dwingen. De werkgever is degene die bepaalt op welke plaats, onder welke omstandigheden en met welke hulpmiddelen een werknemer moet werken, zowel in het geval dat de omstandigheden de werknemer fysiek als psychisch ziek maken.⁴⁶

De voorwaarde 'in de uitoefening van de werkzaamheden' wordt ingevuld door de vereisten schade en werkzaamheden. In 2005 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de werknemer niet alleen voor lichamelijke schade, maar ook voor psychische schade de werkgever op grond van artikel 7:658 BW aansprakelijk kan stellen.

4.2 De tweede voorwaarde: de zorgplicht

Op grond van de zorgplicht van artikel 7:658 BW is de werkgever verplicht zodanige maatregelen te treffen voor de veiligheid van de werknemer. Voor een werknemer is het van belang om te weten welke maatregelen een werkgever had moeten nemen. De zorgplicht wordt geconcretiseerd door de geschreven normen in de arbowetgeving en de reikwijdte van de zorgplicht wordt bepaald door de ongeschreven normen uit de jurisprudentie.⁴⁷ In paragraaf 4.2.1 worden de geschreven normen toegelicht en in paragraaf 4.2.1 worden de ongeschreven normen met betrekking tot de zorgplicht ingevuld.

⁴⁵ HR 19 oktober 2012, LJV BX7592, r.o. 31 (concl. J. Spier)

⁴⁶ Vegter 2005, p.49

⁴⁷ Lindenbergh 2000, p. 33

4.2.1 Geschreven normen

De geschreven normen vinden hun grondslag in de publiekrechtelijke arbeidsomstandigheden wetgeving.⁴⁸ Denk hierbij aan de Arbeidsomstandighedenwet, het Arbeidsomstandighedenbesluit, de Arbeidsomstandighedenregeling en de Arbeidstijdenwet. Naast de publiekrechtelijke regelgeving, staan er in de Arbowet twee artikelen die van belang om de reikwijdte van de zorgplicht vast te stellen: artikel 3 bevat een (publieke) zorgplicht en artikel 5 geeft een onderzoeksplicht.

4.2.1.1 Artikel 3 Arbowet: de publieke zorgplicht

De doelvoorschriften van artikel 3 bepalen dat de werkgever een (publieke) zorgplicht heeft om goede arbeidsomstandigheden te realiseren binnen de organisatie. De werkgever is zelf verantwoordelijk voor de wijze waarop deze zorgplicht in de organisatie wordt uitgewerkt.⁴⁹ Artikel 3 geeft voor de uitwerking van de zorgplicht twee toetsingscriteria, 'de stand van'-bepaling en de 'redelijkerwijs'-bepaling. 'De stand van'-bepaling heeft betrekking op de maatschappelijke normen. De werkgever moet bij het bepalen van de maatregelen rekening houden met de stand van de wetenschap en de wijze waarop vakdeskundigen de dienstverlening aanvaarden. Kortom, er wordt bij deze bepaling gekeken hoe de risico's zoveel mogelijk beperkt worden. Bij de 'redelijkerwijs'-bepaling wordt getoetst of de maatregelen van de werkgever gevegd kunnen worden. Met andere woorden: zijn de maatregelen redelijk. Om dit te bepalen, moet de werkgever een belangenafweging maken, waarbij naar de technische, operationele en economische haalbaarheid wordt gekeken. De technische haalbaarheid heeft betrekking op hetgeen in de 'stand van'-bepaling is bepaald. Bij de operationele haalbaarheid wordt vastgesteld of de maatregelen niet alsnog de arbeidsomstandigheden van de werknemers hinderen. Als dat het geval is, zal de werkgever naar een alternatief moeten zoeken. Om te bepalen of een maatregel economisch haalbaar is, wordt gekeken of de kosten van de maatregel in verhouding met de effectiviteit zijn.⁵⁰ Op grond van artikel 3 van de Arbowet kan een werkgever dus aan de hand van de twee bepalen, vaststellen welke maatregelen hij zou moeten en kunnen nemen.

De zorgplicht van de Arbowet komt inhoudelijk overeen met de zorgplicht van artikel 7:658 BW.⁵¹ In beide gevallen heeft de zorgplicht voornamelijk een preventieve functie, namelijk om schade te voorkomen.⁵² Uit de rechtspraak blijkt dat de factoren die de omvang van de zorgplicht bepalen bij beide artikelen in grote lijn overeenkomen. Zowel de bestuursrechter, die zich buigt over de overtredingen van de Arbowet, als de civiele rechter, die de aansprakelijkheid op grond van artikel 7:658 BW bepaalt, toetsen de volgende factoren:

- Zijn er voldoende veiligheidsmaatregelen getroffen?
- Heeft de werkgever instructies gegeven over de risico's?
- Is er toezicht gehouden op de naleving van de maatregelen en instructies?

Het belangrijkste verschil tussen de twee zorgplichten is het verschil in sancties. Bij artikel 7:658 BW heeft de werknemer - in het geval dat de werkgever aansprakelijk wordt geacht - recht op schadevergoeding. Indien er een overtreding van artikel 3 Arbowet wordt geconstateerd, zal de bestuursrechter een bestuurlijke boete op grond van artikel 33 Arbowet opleggen.⁵³ Als de werknemer de schade van een bedrijfsongeval vergoed wil hebben, zal hij dus een beroep op artikel 7:658 BW doen.

⁴⁸ Lindenbergh 2000, p. 33

⁴⁹ Van Drongelen en Hofsteenge 2012, p. 52

⁵⁰ Van Drongelen en Hofsteenge 2012, p. 54 en 55

⁵¹ Van Drongelen en Hofsteenge 2012, p. 53

⁵² Bergwerf en Kruit 2008, p.3

⁵³ Bergwerf en Kruit 2008, p.9

4.2.1.2 Artikel 5 Arbowet: Inventarisatie en evaluatie van risico's

In artikel 3 van de Arbowet wordt de werkgever verplicht om een arbobeleid te voeren om ervoor te zorgen dat er goede arbeidsomstandigheden zijn. Om een arbobeleid tot stand te laten komen, geeft artikel 5 Arbowet de werkgever een aantal opdrachten om de risico's en gevaren in beeld te krijgen. Allereerst wordt een inzicht gemaakt van de risico's en gevaren. Hierna kunnen maatregelen worden bepaald om verwezenlijking van deze gevaren te voorkomen. Deze informatie wordt in een risico-inventarisatie en –evaluatie vastgelegd. Voor de - nog te nemen - maatregelen wordt een termijn in de evaluatie vastgelegd, waardoor er een plan van aanpak voor de werkgever ontstaat.⁵⁴ Pas als een RI&E aan de kwaliteitseisen voldoet, wordt er aan de wettelijke verplichting voldaan. De RI&E moet compleet, betrouwbaar en actueel zijn. Daarnaast moet de aan alle bijzondere categorieën van werknemers en aan alle aspecten over de veiligheid en gezondheid aandacht worden besteed. Daarnaast dient de inventarisatie en evaluatie van de risico's door de deskundigen getoetst.⁵⁵

4.2.1.3 Het verband tussen de geschreven normen en de zorgplicht

De belangrijkste vraag is in hoeverre de artikelen van de Arbowet en de zorgplicht van artikel 7:658 BW daadwerkelijk door elkaar lopen. Als door de arbeidsinspectie een overtreding van de Arbowet wordt vastgesteld, kan daarmee dan geconstateerd worden dat de werkgever niet aan de zorgplicht ex artikel 7:658 BW heeft voldaan? Het antwoord hierop staat niet geheel vast, omdat er verschillende oordelen in de rechtspraak zijn. Waar in 2007⁵⁶ door de kantonrechter in 's-Hertogenbosch nog werd geoordeeld dat met een overtreding van een arbonorm vaststaat dat de werkgever de zorgplicht heeft geschonden, wordt in 2012⁵⁷ door de rechtbank in Dordrecht anders geoordeeld. Deze rechter oordeelde dat de overtreding van de arbonorm een boete oplevert, maar dat hierdoor nog niet kan worden vastgesteld dat de zorgplicht van artikel 7:658 BW is geschonden.⁵⁸ Het zal ervan afhangen welke norm er is geschonden en of die schending de kans op het ontstaan van gevaar heeft vergroot.⁵⁹ Daarnaast moet er gekeken worden wat er in redelijkheid van de werkgever verwacht kon worden, daarbij is artikel 5 Arbowet van belang.⁶⁰

4.2.2 Ongeschreven normen

Naast de geschreven normen bepalen de ongeschreven normen de reikwijdte van de zorgplicht. Daar waar geschreven normen in de wet gecodificeerd staan, zijn ongeschreven normen in de rechterlijke uitspraken ontstaan. De laatste jaren heeft de Hoge Raad veel uitspraken gedaan met betrekking tot de tweede voorwaarde, de zorgplicht, daardoor is het lastig om de diverse uitspraken in hokjes te plaatsen. In de volgende paragrafen is naar eigen inzicht een indeling in categorieën, met een onderscheid in de reikwijdte van de zorgplicht, gemaakt. Er zijn drie categorieën mogelijk: de arbo en onveilige situaties, de restcategorie en de huis-, tuin- en keukenongevallen. Onder de eerste categorie vallen de gevaarlijkste werksituaties. Hierbij wordt een arbonorm geschonden of er wordt met gevaarlijke machines gewerkt. De tweede categorie omvat de situaties die minder gevaarlijk zijn dan categorie 1, maar gevaarlijker zijn dan categorie 3. Bij categorie 2 wordt weer een verdeling gemaakt in soort ongevallen. Zo worden situaties van uitglijders, vallen of ongevallen met een dak uitgelicht. De derde categorie, de huis-, tuin-, en keukenongevallen, omvat situaties waarbij algemene en dagelijkse gevaren spelen, zoals het snijden met een mes dat pas

⁵⁴ Van Drongelen en Hofsteenge 2012, p.62 boek arbowet

⁵⁵ Van Drongelen en Hofsteenge 2012, p.71 boek arnowet

⁵⁶ Kantonrechter 's-Hertogenbosch 9 juli 2007, LJN BA9363

⁵⁷ Rechtbank Dordrecht, 5 december 2012 LJN BY4652

⁵⁸ Rechtbank Dordrecht, 5 december 2012 LJN BY4652 (RO 14)

⁵⁹ Causaal verband < www.letselschade-kenniscentrum.nl/schending-verkeers-of-veiligheidsnormen.php> 23 mei 2013

⁶⁰ Lindenbergh 2000, p.32

geslepen is of een laaddeur die dicht waait. Voor de eerste categorie is waarschuwen nooit voldoende om aan de zorgplicht te voldoen, terwijl dit bij de tweede categorie wel voldoende kan zijn. Bij de derde categorie hoeft de werkgever helemaal niet te waarschuwen om aan de zorgplicht te voldoen.

4.2.2.1 Categorie 1: Overtreding arbonorm en gevaarlijke situaties

Als een werknemer een ernstig arbeidsongeval is overkomen, moet de werkgever dit direct aan de arbeidsinspectie melden op grond van artikel 9 lid 1 Arboret.

Er is sprake van een ernstig ongeval als de werknemer in het ziekenhuis wordt opgenomen, wanneer er sprake is van blijvend letsel of als de werknemer is overleden.⁶¹ De arbeidsinspectie zal dan zo snel mogelijk na het ongeval een onderzoek instellen.⁶² Zodra de arbeidsinspectie een rapport naar aanleiding van het onderzoek opmaakt, zal hieruit blijken of er een arbonorm is overtreden en of er een verband tussen deze overtreding en de oorzaak van het ongeval is.

Als de werkgever een arbonorm heeft overtreden, kan daarmee in de meeste gevallen worden aangenomen dat de zorgplicht is geschonden. Arbonormen zijn tenslotte vaak verplichtingen die specifiek op de veiligheid van de werknemer gericht zijn.⁶³ Als er geen geschreven normen zijn, moet er gekeken worden naar de omstandigheden van het geval en dan kunnen de ongeschreven normen uit de rechtspraak een houvast bieden. In het arrest Bayar/Wijnen heeft de Hoge raad geoordeeld dat er in dat geval een vijftal factoren van belang zijn, welke aansluiten op de Kelderluikcriteria, om de zorgplicht vast te stellen. In de volgende paragraaf komt het arrest Bayar/Wijnen aan de orde en daarna volgt het Kelderluikarrest.

4.2.2.1.1 Het arrest Bayar/Wijnen

Op 30 september 1993 is Bayar aan het werk bij de inpakmachine. Op enig moment merkt hij dat er een storing aan de machine is. De folie krult namelijk aan de zijkant op. Bayar wil dit probleem verhelpen en grijpt met zijn hand achter de ingang van de folie. Hij raakt dan met zijn hand bekneld en vervolgens komen zijn vingertoppen onder de pers van de machine terecht. Door het ongeval verliest hij 3 vingertoppen van zijn linkerhand.⁶⁴ De rechtbank is van mening dat het voor de werkgever niet voorzienbaar was dat dit ongeval zou plaatsvinden. De machine bevat een noodstopknop en waarschuwingsstickers. De rechter acht dit voldoende om aan de zorgplicht te voldoen, dus wijst de vorderingen van de werknemer af. De Hoge Raad deelt dit standpunt van de rechtbank niet. Zij hanteren als uitgangspunt dat artikel 7:658 BW niet beoogt om een absolute waarborg te scheppen voor de 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.⁶⁵ Bovendien overweegt de Hoge Raad dat voor het gebruik van een gevaarlijke machine het waarschuwen voor gevaren bij de bediening door middel van mondelinge of schriftelijke instructies en het aanbrengen van waarschuwingsstickers niet voldoende zal zijn. Daarnaast dient een werkgever rekening te houden met het ervaringsfeit van de werknemer. De dagelijkse omgang met een machine zal er voor zorgen dat een werknemer niet alle voorzichtigheid in acht neemt die ter voorkoming van ongelukken geraden is, ook al wordt het gevaar door instructies en waarschuwingen ingescherpt. Van de werkgever wordt dan ook verwacht dat hij onderzoekt of afdoende preventieve maatregelen mogelijk zijn dan wel een veiliger werking van de machine

⁶¹ Arbeidsongeval www.arboportaal.nl/onderwerpen/veilig-werken/voorkomen-van-ongevallen/arbeidsongeval.html 18 mei 2013

⁶² J. van Drongen e.a. 2009, p.79

⁶³ Lindenbergh 2000, p.32

⁶⁴HR 11 november 2005, LJV AU3313, r.o. 3.1

⁶⁵HR 11 november 2005, LJV AU3313, r.o. 3.3.1

mogelijk is, en, zo dat niet het geval is, of op een voldoende effectieve wijze voor het gevaar kan worden gewaarschuwd.⁶⁶

Het is van belang om te bepalen adequate preventieve maatregelen mogelijk waren. Wat van de werkgever in een geval - redelijkerwijs - gevergd kon worden, hangt af van:

- de apparatuur waarmee gewerkt wordt: hoe gevaarlijk/gecompliceerd is het bedienen hiervan?
- de werknemer: hoeveel ervaring heeft hij?

In het arrest Bayar/Wijnen wordt door de Hoge Raad geoordeeld dat een werkgever eerst maatregelen moet treffen en als dit niet mogelijk is, moet hij eventueel instructies geven.

4.2.2.1.2 Het Kelderluikarrest

In het arrest Bayar/Wijnen worden onder r.o. 3.3.2 factoren genoemd die van belang zijn om de reikwijdte van de zorgplicht te bepalen voor een situatie waarbij met een gevaarlijke machine wordt gewerkt. Deze factoren vinden aansluiting bij de zogeheten 'Kelderluikcriteria'⁶⁷ en kunnen als volgt omschreven worden:

1. de mate van waarschijnlijkheid waarmee het niet-inacht nemen van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid van de kant van de werknemer kan worden verwacht;
2. de hoegrootheid van de kans dat daaruit ongevallen ontstaan;
3. de ernst die de gevolgen daarvan kunnen hebben;
4. de mate van bezwaarlijkheid van de te nemen veiligheidsmaatregelen;

Bij de eerste factor moet een werkgever zich afvragen in hoeverre een gevaar zich kan verwezenlijken als een werknemer onoplettend en onvoorzichtig handelt. Hierbij speelt de dagelijkse omgang met de apparatuur, het ervaringsfeit, een grote rol. Als werknemers dag in dag uit hetzelfde doen, zullen zij minder oplettend worden door automatisme.⁶⁸ Bij de tweede factor wordt vastgesteld hoe gevaarlijk een situatie is. Artikel 5 van de Arbwet, de RI&E, speelt daarbij een grote rol.⁶⁹ Aan de hand van de tweede factor moet de werkgever voor de derde factor bepalen hoe ernstig de gevolgen kunnen zijn. Hoe gevaarlijker een situatie is, hoe meer voorzorgsmaatregelen een werkgever moet nemen.⁷⁰ De eerste drie factoren bepalen dus samen hoe ver de zorgplicht van de werkgever gaat. De vierde factor kan dit enigszins beperken. Die ruimte moet geboden worden, omdat een werkgever nou eenmaal niet alle gevaren kan wegnemen.⁷¹

Tevens is er een vijfde - aanvullende - factor door de Hoge Raad in het arrest Bayar/Wijnen toegevoegd:⁷²

5. in hoeverre het treffen van een dergelijke veiligheidsmaatregel, in het geval van Bayar/Wijnen een beveiligingsstrip, reeds voor het ongeval zich had voorgedaan, voor de hand lag voor de werkgever.⁷³

Met betrekking tot de laatste factor, nummer 5, wordt in rechtsoverweging 3.3.2 van het arrest Bayar/Wijnen verwezen naar een arrest van de Hoge Raad in 1978⁷⁴. Hierin is het volgende bepaald: 'Wanneer blijkt dat effectievere maatregelen ter voorkoming van een ongeval zoals dit zich heeft voorgedaan, mogelijk waren, dan moet worden onderzocht

⁶⁶HR 11 november 2005, *LJN AU3313*, r.o. 3.3.2

⁶⁷Deze volgen uit HR 5 november 1965, *LJN AB7079*

⁶⁸Quist 2010, p.22

⁶⁹Quist 2010, p.26

⁷⁰Quist 2010, p.30

⁷¹Quist 2010, p.31

⁷²Quist 2010, p.19

⁷³Quist 2010, p.19

⁷⁴HR 14 april 1978, *LJN AC3514*

waarom niettemin het aanbrengen van deze voorziening destijds niet van de werkgever kon worden gevegd, waarbij naast de hiervoor genoemde factoren van belang is in hoeverre het treffen van een dergelijke veiligheidsmaatregel reeds voordat een ongeval zich had voorgedaan voor de werkgever of voor de deskundigen waarover hij in zijn bedrijf beschikt voor de hand lag.⁷⁵

In dit geval was achteraf een extra veiligheidsstrip geplaatst, waardoor vaststond dat er een preventieve maatregel voorhanden was. Nu er een andere maatregel mogelijk was, was het enkel waarschuwen en geven van instructies onvoldoende in deze zaak. Ook al zijn er achteraf gezien andere of betere maatregelen mogelijk, dat betekent nog niet dat de werkgever tekort is geschoten in de zorgplicht.⁷⁶

4.2.2.1.3 Het Jetblast-arrest

Als een werkgever slechts kan waarschuwen, omdat er geen maatregel mogelijk is, komt de rechtsregel van het Jetblast-arrest⁷⁷ in beeld. In het arrest Bayar/Wijnen wordt deze rechtsregel als volgt uitgewerkt: 'indien het - bij gebreke van maatregelen die het gevaar kunnen wegnemen - slechts mogelijk is voor het gevaar te waarschuwen, is het in het algemeen niet voldoende dat de gebruiker van de machine op de hoogte kan zijn van het gevaar: voor het antwoord op de vraag of een waarschuwing kan worden beschouwd als een afdoende maatregel met het oog op bescherming tegen een bepaald gevaar, is van doorslaggevende betekenis of te verwachten valt dat deze waarschuwing zal leiden tot een handelen of nalaten waardoor dit gevaar wordt vermeden'.

De drie arresten van de vorige paragrafen vullen de zorgplicht van de werkgever in met betrekking tot de gevaarlijke situaties, in het bijzonder met een gevaarlijke machine. In het arrest Bayar/Wijnen heeft de Hoge Raad geoordeeld dat er twee mogelijkheden zijn om aan de zorgplicht te voldoen, namelijk maatregelen nemen of instructies geven. Om te bepalen wat van een werkgever gevegd kan worden, moet naar de feiten en omstandigheden worden gekeken.⁷⁸ In Bayar/Wijnen zijn vijf factoren, welke aansluiten bij de criteria uit het Kelderluikarrest, hierbij van belang geacht. Daarnaast is bepaald dat indien er geen maatregel voorhanden is, gekeken moet worden of de werkgever een waarschuwingsplicht had. De rechtsregel uit het Jetblast-arrest is dan van belang: een werkgever dient rekening te houden met het feit van algemene bekendheid dat instructies niet altijd opgevolgd worden. In 2008⁷⁹ geeft A-G Spier in zijn noot aan dat de maatstaf van het arrest Bayar/Wijnen niet alleen wordt toegepast bij situaties waarbij er sprake was van een gevaarlijke machine, maar ook bij andere situaties die onder de werkingssfeer van artikel 7:658 BW vallen.

4.2.2.2 Categorie 2: restcategorie

De werkgever heeft de plicht om zorg te dragen voor zijn werknemers. Hij moet zorg dragen voor een veilige werkplek en de juiste materialen, maar hij moet ook de werknemer waarschuwen voor bijzondere risico's. De situaties die bij deze categorie spelen kunnen in drie categorieën worden ingedeeld: uitglijden, vallen en de situaties waarbij van een dak wordt gevallen of doorheen wordt gezakt. In de volgende drie paragrafen zullen de verschillende situaties aan de hand bekende jurisprudentie worden toegelicht.

4.2.2.2.1 Uitglijden

Het bedrijf Vendrig is een chemische wasserij die zich bezighoudt met het wassen van bedrijfskleding voor de voedingsmiddelenindustrie, werkplaatsen en industriële bedrijven.

⁷⁵HR 11 november 2005, *LJN AU3313*, r.o. 3.3.2

⁷⁶Quist 2010, p.33

⁷⁷HR 28 mei 2004, *LJN AO4224*

⁷⁸Klaassen 2008, p.159

⁷⁹Hr 11 april 2008, *LJN BC9225*, r.o. 4.3.3

Na negen jaar als wasserijmedewerker werkzaam te zijn, wordt Tarioui in 2000 als technisch medewerker/hulpmonteur aangesteld. Op 10 september 2001 is de werknemer op het zoldertje in de bedrijfshal uitgegleden in een plas water. Door het ongeval raakt de werknemer gewond aan zijn rechterhand. De verwondingen zijn zo ernstig dat verwacht wordt dat hij gedurende de rest van zijn leven arbeidsgehandicapt zal zijn. De werknemer stelt zich op het standpunt dat de werkgever de zorgplicht ex artikel 7:658 BW heeft geschonden. De werkgever stelt echter dat hij wel aan de zorgplicht heeft voldaan, aangezien er veiligheidsschoenen ter beschikking waren gesteld en de werknemer deze schoenen droeg ten tijde van het ongeval. De kantonrechter en het hof wijzen de vorderingen van de werknemer af. De Hoge Raad heeft daarentegen een andere uitkomst voor ogen. Zij overwegen onder r.o. 3.5 dat het enkel ter beschikking stellen van veiligheidsschoenen niet met zich meebrengt dat het treffen van andere maatregelen niet meer van de werkgever kon worden gevergd. In dit geval was het aanbrengen van rubberen matten een eenvoudige maatregelen tegen het gevaar om uit te glijden. De Hoge Raad oordeelt dat Vendrig er niet op had mogen vertrouwen dat de veiligheidsschoenen in deze situatie voldoende waren om aan de zorgplicht te voldoen.⁸⁰

Kortom: artikel 7:658 BW vergt een hoog veiligheidsniveau van werkruimte, werktuigen en gereedschappen. Indien voor het ongeval betere en/of meerdere maatregelen mogelijk zijn, zoals in dit geval het plaatsen van rubberen matten, dan ligt het op de weg van de werkgever om ook deze veiligheidsmaatregelen te treffen, wil hij aan de zorgplicht voldoen. De werkgever moet niet alleen maatregelen treffen en instructies geven, maar hij zal ook oezicht moeten houden op naleving van deze maatregelen en gegeven instructies.

4.2.2.2 Vallen

Een gehandicapte werknemer, Van den Heuvel, is sinds 1973 als medewerkster huishoudelijke dienst werkzaam voor het Leger des Heils. Op 18 januari 2001 valt zij tijdens het afstappen van een podium. Van den Heuvel breekt daardoor haar rechterkuitbeen en scheurt haar rechterenkelband. Gedurende een half jaar is de werknemer geheel arbeidsongeschikt geweest, nadien is er geleidelijke gereïntegreerd. Zij acht haar werkgever aansprakelijk voor de geleden schade.⁸¹

De Hoge Raad uit het oordeel van het hof af dat de verstandelijke handicap van de werknemer niet van dien aard was dat deze een grond opleverde voor extra inspanningsverplichtingen voor het Leger des Heils, aldus r.o. 3.5.3.

4.2.2.3 Van/door het dak

Op 7 december 2012 doet de Hoge Raad een uitspraak met betrekking tot een werknemer die van het dak is afgevallen.⁸² De werknemer in kwestie is - zonder het gebruik van een veiligheidsgordel of valbescherming - aluminium platen op een dak aan het bevestigen. Nadat er een aantal platen zijn aangebracht, komt er een rukwind onder één van de platen. De werknemer wordt door de plaat geraakt en valt dan van het dak. De Hoge Raad overweegt in dit arrest dat de werkgever verplicht is om veiligheidsmaterialen op de werkplek beschikbaar te stellen. In dit geval is dat gebeurd, maar de werkgever heeft er niet op toegezien dat deze gordels ook daadwerkelijk werden gebruikt. Ook al is deze werknemer ervaren, dat wil niet zeggen dat de werkgever minder verantwoordelijkheid voor deze werknemer had.⁸³ In 2003 heeft de Hoge Raad⁸⁴ ook een uitspraak gedaan met betrekking tot een ervaren werknemer die door het dak is gezakt. Deze werknemer in casu is al gedurende 11 jaar als dakdekker in dienst bij een

⁸⁰ HR 11 april 2008, *LJN BC9225*

⁸¹ HR 25 mei 2007, *LJN BA3017*

⁸² HR 7 december 2012, *LJN BX7590*

⁸³ Krispijn 2012

⁸⁴ HR 16 mei 2003, *LJN AF7000*

loodgieters- en dakbedekkingsbedrijf. Op 5 december 1997 zakt hij door een gat in het dak en valt hij ongeveer 2,80 meter naar beneden. Het gat was met isolatiemateriaal bedekt, maar niet gemarkeerd. De werkgever is hier ook niet van op de hoogte. De feitenrechters hebben beiden de vordering afgewezen. De Hoge Raad oordeelt onder r.o. 3.3 dat de werkgever niet tekort geschoten is in de zorgplicht. De werkzaamheden waren immers eenvoudig, de werknemer had al de nodige jaren werkervaring en hij was in het bezit van veiligheidsdiploma's. Kennis en ervaring zijn hierbij dus wel degelijk van invloed op de omvang van de zorgplicht van de werkgever.⁸⁵

Uit deze uitspraken blijkt dat de Hoge Raad in 2003 de zorgplicht van de werkgever beperkter vindt als de werknemer zelf de nodige kennis en kunde heeft, terwijl de Hoge Raad in 2012 van mening is dat de werkgever ook voor ervaren werknemers een zorgplicht heeft. Toch bleek in 2007 in een uitspraak van de Hoge Raad⁸⁶ dat kennis en ervaring niet altijd een doorslaggevende factor zijn. Ook in deze uitspraak valt de werknemer door het dak heen, deze keer vanwege een gebrek aan de juiste gereedschappen. Deze werknemer had de nodige ervaring en kennis op het gebied van veilig werken, maar dat is niet voldoende om af te zien van de instructieplicht. In de lagere rechtspraak wordt dit oordeel gevolgd. Op 4 januari 2012 is door de kantonrechter in Bergen op Zoom⁸⁷ een uitspraak gedaan met betrekking tot een ervaren bandenmonteur. De werkgever stelt dat de zeer ervaren werknemer gebruik maakte van een gevaarlijke methode en dat hij daarvoor niet behoefde te waarschuwen. De rechter oordeelt echter dat ongeacht de ervaring van de werknemer de werkgever op de gevaren had moeten wijzen.

4.2.2.3 Categorie 3: huis-, tuin- en keukenongevallen

Uit bovenstaande blijkt dat de werkgever in de meeste situaties een zorgplicht heeft. In dat geval moeten er maatregelen getroffen worden of er moet gewaarschuwd worden voor de risico's die aan de werkzaamheden verbonden zijn. In 2002 vond er echter een keerpunt in de jurisprudentie van de Hoge Raad plaats op het gebied van artikel 7:658 BW. Voor deze tijd gaf de Hoge Raad het beeld dat de werkgever bijna altijd aansprakelijk werd geacht voor een ongeval op de werkvloer. In het arrest *Laudy/Fairplay*⁸⁸ werd daarentegen geoordeeld dat de zorgplicht van de werkgever zich niet uitstrekte tot alle situaties die tot het letsel van de werknemer kunnen leiden. De werkgever in casu hoefde namelijk niet te waarschuwen voor het (pas geslepen) scherpe mes. Dit ongeval heeft zich weliswaar op het werk voorgedaan, maar dit had ook in de huiselijke sfeer kunnen gebeuren. Bij de huis-, tuin- en keukenongevallen kunnen de omstandigheden waarin gewerkt wordt niet als gevaarlijk worden gekwalificeerd.⁸⁹

Indien is er sprake is van een huis-, tuin- en keukenongeval heeft de werkgever geen waarschuwingsplicht. De werkgever hoeft voor deze situaties niet te waarschuwen, omdat er sprake is van een alledaagse handeling die ook in de privésfeer plaats kan vinden en waaraan beperkte risico's zijn verbonden. Van een werknemer mag een minimale voorzichtigheid worden verlangd. De werknemer draagt zelf de schade voor de ongevallen bij deze categorie.

4.2.2.4 Overige: wel of geen 7:658 BW?

De Hoge Raad heeft nog een aantal uitspraken gedaan, die niet onder te verdelen zijn de in de drie categorieën van paragraaf 4.2.2. De reden hiervoor is – dat uiteindelijk blijkt - dat het ongeval niet onder de werkingssfeer van artikel 7:658 BW valt, maar waarbij wel een oordeel over dit artikel wordt gegeven. Zo ook het arrest 'Maatzorg'⁹⁰, waarbij een

⁸⁵ Krispijn 2012

⁸⁶ HR 9 januari 2007, *LJN AZ6526*

⁸⁷ Rb. Breda 4 januari 2012, *LJN BV0217*

⁸⁸ HR 4 oktober 2002, *LJN AE4090*

⁸⁹ Klaassen 2008, p.156

⁹⁰ HR 12 december 2008, *BD3129*

verkeersongeval had plaatsgevonden. De Hoge Raad doet een uitspraak over de reikwijdte van de zorgplicht van artikel 7:658 BW: 'Met de zorgplicht van de werkgever is niet beoogd een absolute waarborg te scheppen voor de bescherming van de werknemer tegen het gevaar van arbeidsongevallen, ook niet ten aanzien van werknemers wier werkzaamheden bijzondere risico's van ongevallen meebrengen, maar gelet op de ruime strekking van de zorgplicht kan niet snel worden aangenomen dat de werkgever daaraan heeft voldaan en bijgevolg niet aansprakelijk is voor door de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden geleden schade.'⁹¹ De zorgplicht geldt in de eerste plaats ten aanzien van de werkzaamheden die worden verricht op de arbeidsplaats.⁹² De zorgplicht houdt immers nauw verband met de zeggenschap over de werkplek en de bevoegdheid om aanwijzingen te geven. Maar ook als de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden op plaatsen komt die niet als arbeidsplaats worden aangemerkt, zoals de openbare weg, kan de zorgplicht van artikel 7:658 BW meebrengen dat de werkgever maatregelen moet treffen of instructies geeft. Bij een verkeerssituatie is de zorgplicht van de werkgever beperkt, want de werkgever heeft geen zeggenschap over de openbare weg.⁹³ Vervolgens oordeelt de Hoge Raad onder r.o. 3.6.1 dat, gelet op de bijzondere gevaren die aan deelneming aan het verkeer zijn verbonden en de omstandigheid dat de werkgever slechts een beperkte zorgplicht heeft, de werknemer geen baat heeft bij artikel 7:658 BW. Hierdoor is de vraag gerezen of er voor de werkgever een aanvullende verplichting bestaat om voorzieningen te treffen, zoals een behoorlijke verzekering. Dit antwoord wordt gevonden in artikel 7:611 BW. Wat de Hoge Raad hierover overweegt, komt uitgebreid aan de orde in hoofdstuk 5. De Hoge Raad heeft in dit arrest dus overwogen dat de zorgplicht zich ook uitstrekt tot verkeersongevallen op de openbare weg. Dit is erg opmerkelijk aangezien de zorgplicht samenhangt met de zeggenschap en op de openbare weg deze zeggenschap van de werkgever ontbreekt. De vraag hierdoor op komt is waarom er door de Hoge Raad een zorgplicht wordt aangenomen als er vervolgens geoordeeld wordt dat de werkgever op grond van artikel 7:658 BW niet aansprakelijk kan worden gesteld voor verkeersongevallen. Blijkbaar is de Hoge Raad van mening dat er ook een zorgplicht is op grond van artikel 7:611 BW.⁹⁴

De Hoge Raad heeft zich op 11 november 2011 opnieuw over de vraag gebogen of een incident onder de werkingssfeer van artikel 7:658 BW valt of dat artikel 7:611 BW aan de orde komt. Dit arrest gaat over een werknemer die werkzaam is als socio-therapeut op een gesloten afdeling bij een TBS-instelling, De Rooyse Wissel. Op 10 maart 2003 wordt de betreffende werknemer door een TBS patiënt vastgepakt en meerdere malen met kracht geslagen, onder meer op het hoofd. Als gevolg hiervan loopt hij lichamelijke letsels op en is hij arbeidsgehandicapt geworden.⁹⁵ De werknemer vordert de schade voor dit ongeval op grond van artikel 7:658 en 7:611 BW. De kantonrechter is van mening dat de Rooyse Wissel niet tekort is geschoten in de zorg- en instructieplicht, zoals die in de gegeven omstandigheden, redelijkerwijs van haar verlangd mocht worden.⁹⁶ Het Hof overweegt dat de werkgever voldoende concrete feiten heeft aangevoerd waarmee zij aantoonde dat zij aan de zorgplicht heeft voldaan, dus ook het hof acht de werkgever niet aansprakelijk op grond van artikel 7:658 BW.⁹⁷ Zij kennen daarbij een zwaar gewicht aan het oordeel van de heer Drost, een psychiater in dienst van de Rooyse Wissel, vooral nu de werknemer geen twijfels heeft geuit over zijn deskundigheid. Drost concludeert dat in het algemeen geldt dat geweldsuitbarstingen van TBS-patiënten voorzienbaar zijn, zelfs als zich dat nog niet eerder heeft voorgedaan. Ook waren er voor het incident geen

⁹¹ HR 12 december 2008, *LJN BD3129*, r.o. 3.5.3

⁹² HR 12 december 2008, *LJN BD3129*, r.o. 3.5.4

⁹³ HR 12 december 2008, *LJN BD3129*, r.o. 3.5.5

⁹⁴ Cenik 2010, p.76

⁹⁵ HR 11 november 2011, *LJN BR5223*, r.o. 3.1

⁹⁶ HR 11 november 2011, *LJN BR5223*, r.o. 3.2

⁹⁷ HR 11 november 2011, *LJN BR5223*, r.o. 4.2

signalen aanwezig dat er maatregelen nodig waren om de aanval te voorkomen.⁹⁸ Uiteraard heeft het hof in deze zaak ook een uitspraak over het beroep op artikel 7:611 BW gedaan. Dit zal uitgebreid in hoofdstuk 5 worden behandeld.

De Hoge Raad moet een antwoord geven op de volgende vraag: heeft de werkgever een verzekeringplicht omdat er sprake is van 'werkzaamheden met een verhoogd risico op ongevallen'⁹⁹ of geldt hiervoor ook de zorgplicht van artikel 7:658 BW? Onder r.o. 4.4.2 overweegt de Hoge Raad: 'Uit de stukken van het geding blijkt niet dat de Rooyse Wissel concreet heeft gesteld dat zij al die algemene maatregelen heeft getroffen en al die algemene aanwijzingen heeft gegeven die redelijkerwijs van haar konden worden geveerd met het oog op het vereisten hoge veiligheidsniveau van de werkomstandigheden.'. De Rooyse Wissel heeft niet aan de zorgplicht voldaan en is aansprakelijk voor het arbeidsongeval. Het geding wordt verwezen naar het gerechtshof te Arnhem, zij mogen zich uitlaten over de hoogte van de schadevergoeding.

De conclusie: al is er sprake van 'werkzaamheden met een verhoogd risico op ongevallen', als het ongeval in de uitoefening van de werkzaamheden plaatsvindt, kan een beroep op artikel 7:611 BW niet slagen.

4.3 De derde voorwaarde: bewuste roekeloosheid of opzet

In 1998 heeft de Hoge Raad¹⁰⁰ de rechtsregel met betrekking tot de bewuste roekeloosheid uit het arrest Pollemans/Hoondert herhaalt. Van bewuste roekeloosheid is sprake 'als de werknemer zich tijdens het verrichten van zijn onmiddellijke aan het ongeval voorafgaande gedraging van het roekeloos karakter van die gedraging daadwerkelijk bewust zou zijn geweest'.¹⁰¹ In het arrest over de diabetische koerier¹⁰² heeft de Hoge Raad aanvaard dat subjectieve bewustheid van het roekeloze karakter van de gedraging kan worden aangenomen als de gedraging daar de uiterlijke kenmerken van vertoont en als de werknemer het bestaan van deze bewustheid onvoldoende gemotiveerd heeft betwist. Dit is dus een iets mildere belichting dan die van 1996 en 1998.¹⁰³

4.4 Conclusie

Het probleem bij de zorgplicht van artikel 7:658 BW is dat de wetgever open normen geformuleerd heeft, waardoor het onmogelijk is om specifieke regels te formuleren die enerzijds een rechtvaardige oplossing zijn in het concrete geval en anderzijds voor alle gevallen rechtszekerheid bieden.¹⁰⁴ De reikwijdte van de zorgplicht wordt bepaald door de geschreven normen in de arbowetgeving de ongeschreven normen uit de jurisprudentie. Voorop wordt gesteld dat artikel 7:658 BW geen absolute waarborg biedt voor de schade die in de uitoefening van de werkzaamheden wordt geleden. In de loop der jaren heeft de Hoge Raad een aantal factoren geformuleerd die de omvang van de zorgplicht bepalen: de eigen kennis, ervaring en verantwoordelijkheid van de werknemer; het ervaringsfeit met de dagelijkse werkzaamheden; de meest effectieve maatregel moet gebruikt worden om schade te voorkomen; als er geen maatregelen mogelijk, dan moeten er instructies worden gegeven; de werkgever dient toezicht te houden op naleving van de instructies; een werkgever hoeft voor een gehandicapte werknemer niet per se meer inspanningen te doen. Daarnaast zijn de vijf factoren uit het arrest Bayar/Wijnen van belang, welke voortvloeien uit het Kelderluikarrest.

⁹⁸ HR 11 november 2011, *LJN BR5223*, r.o. 2.4.2 (concl. J. Spier)

⁹⁹ Bij het werken met delictgevaarlijke TBS-patiënten is er sprake van werkzaamheden met een verhoogd risico op ongevallen, omdat je te maken hebt met onberekenbaar gedrag van de patiënten.

¹⁰⁰ HR 11 september 1998, *LJN ZC2702*

¹⁰¹ HR 20 september 1996, *LJN ZC2142*

¹⁰² HR 2 december 2005, *LJN AU3261*

¹⁰³ Van den Broek 2006, p.41

¹⁰⁴ HR 19 oktober 2012, *LJN BX7592*, r.o. 3.4.2 (concl. J. Spier)

Hoofdstuk 5 Goed werkgever ex artikel 7:611 in de jurisprudentie

In dit hoofdstuk wordt antwoord gegeven op de vraag 'onder welke voorwaarde, volgens de jurisprudentie, het anno 2013 voor een werknemer mogelijk is om de werkgever aansprakelijk te stellen voor lichamelijk letsel'. Deze vraag is in hoofdstuk 4 ook al beantwoord, maar dan met betrekking tot artikel 7:658 BW. In dit hoofdstuk komt aan de orde hoe de voorwaarde 'goed werkgever' uit artikel 7:611 BW in de jurisprudentie is uitgelegd. De arresten van de Hoge Raad wijzen er op dat er twee categorieën mogelijk zijn waarbij het goed werkgeverschap van artikel 7:611 BW een rol kan spelen. Allereerst de bijzondere situaties, welke worden toegelicht in paragraaf 5.1 en ten tweede de verkeersongevallen, deze ongevallen zijn in paragraaf 5.2 uitgewerkt. Het goed werkgeverschap houdt in een aantal situaties in dat de werkgever zorg draagt voor een 'behoorlijke' verzekering, in paragraaf 5.3 wordt deze verzekeringsplicht nader uitgewerkt. Dit hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie (paragraaf 5.4).

5.1 Bijzondere situaties

'In de gevallen waarin de werknemer een ongeval overkomt waarvan niet gezegd kan worden dat het zich 'in de uitoefening van zijn werkzaamheden heeft voorgedaan, is artikel 7:658 BW niet van toepassing. Indien er wel een samenhang bestaat tussen de arbeidsovereenkomst en de situatie waarin het ongeval heeft plaatsgevonden, kan de werkgever onder bepaalde omstandigheden op grond van artikel 7:611 BW aansprakelijk worden gesteld voor de schadelijke gevolgen van het ongeval'.¹⁰⁵ Er zijn drie soorten ongevallen die onder deze categorie bijzondere situaties vallen, namelijk de ongevallen in de privésfeer, tijdens een personeelsuitje of gedurende een dienstreis. In de volgende paragrafen zullen deze situaties besproken worden.

5.1.1 Privésituaties

Een reclasseringsambtenaar wordt door een cliënt veertig keer met een ijzeren hamer op het hoofd geslagen. Op het moment dat het ongeval plaatsvindt, is de werknemer thuis. De kantonrechter is van oordeel dat de werkgever niet aansprakelijk kan worden geacht op grond van artikel 7:658 BW, want volgens dit artikel moet de schade in de uitoefening van de werkzaamheden zijn geleden en dat is niet het geval. De Hoge Raad oordeelt dat wanneer een ongeval in de privésituatie plaatsvindt, dit niet onder de werkingssfeer van artikel 7:658 BW valt. De werkgever heeft dan namelijk geen zeggenschap over de werkplek en daarnaast ontbreekt de bevoegdheid om aanwijzingen te geven met betrekking tot de werkzaamheden. Artikel 7:611 BW kan eventueel in een dergelijke situatie wel een uitkomst bieden. Voor dit is slechts plaats onder bijzondere omstandigheden, waarbij gedacht kan worden aan een situatie als in bovengenoemde zaak, waarbij een voor de werkgever bekend, specifiek en ernstig gevaar speelt.¹⁰⁶ In dit geval brengt het goed werkgeverschap met zich mee dat de werkgever onder bijzondere omstandigheden aansprakelijk kan worden gesteld voor ongevallen in de privésfeer.

5.1.2 Personeelsuitjes

In het arrest rollerskateles¹⁰⁷ heeft de Hoge Raad een uitspraak gedaan met betrekking tot de werkgeversaansprakelijkheid in het geval van personeelsuitjes. De werkgever in casu organiseerde iedere kwartaal op vrijdagmiddag na werktijd een ontspanningsactiviteit voor de werknemers. Op 1 februari 2002 werd een workshop dansen op rollerskates georganiseerd. De werknemers kregen de rollerskateles in de kantooral, met een marmeren vloer, van de werkgever. Al voordat de les aanving, ging de betreffende

¹⁰⁵ HR 11 november 2011, *LJN BR5215*, r.o. 3.4.2

¹⁰⁶ HR 22 januari 1999, *LJN AD2996*, r.o. 3.3

¹⁰⁷ HR 17 april 2009, *LJN BH1996*

werknemer rolschaatsen. Zij komt dan ten val en breekt haar pols.¹⁰⁸ De Hoge Raad oordeelt dat het ongeval tijdens de festiviteit heeft plaatsgevonden, waardoor deze situatie niet kan niet kan uitmonden in aansprakelijkheid van de werkgever op de voet van artikel 7:658 BW.¹⁰⁹ Artikel 7:611 BW kan in een aantal gevallen een uitkomst bieden als een ongeval niet in de uitoefening van de werkzaamheden heeft plaatsgevonden. De Hoge Raad oordeelt dat de eis van het goed werkgeverschap ex artikel 7:611 BW geldt als een werkgever een activiteit voor zijn personeel organiseert waaraan een bijzonder risico op schade is verbonden. Het goed werkgeverschap houdt in dat hij ter voorkoming van de schade de redelijkerwijs te verlangen zorg dient te betrachten. De werkgever heeft echter pas een zorg- en preventieplicht als er tussen de activiteit en de arbeidsovereenkomst samenhang bestaat.¹¹⁰

5.1.3 Dienstreizen

Bij de bijzondere situatie dienstreizen is het arrest KLM/De Kuijer¹¹¹ van belang. In deze zaak vloog een piloot voor een vlucht naar Ivoorkust. Hij moest daar een aantal dagen blijven omdat er volgens de dienstregeling geen eerdere vlucht terug naar Nederland ging. Gedurende de wachttijd tussen de heen- en terugvlucht heeft hij een ongeval gekregen toen hij met de taxi van zijn hotel naar een restaurant ging.¹¹² Het hof heeft onderzocht of de wachttijd als privétijd dan wel als een periode die zodanige samenhang heeft met de door de werknemer verrichte werkzaamheden wordt aangemerkt. Nu er een samenhang bestaat, is er geen sprake van privétijd en moest KLM zich overeenkomstig artikel 7:611 BW als goed werkgever gedragen voor de wachttijd. Het feit dat de werknemer de wachttijd volledig naar eigen inzicht kon invullen, doet daar niets aan af. Het enkel aanbieden van een verzekering voor de werknemers, zoals KLM heeft gedaan, werd niet voldoende geacht. KLM had namelijk twee mogelijkheden: maatregelen nemen om de risico's tot een minimum te beperken, een zogeheten zorg- en preventieplicht, of de risico's voor eigen rekening nemen door bijvoorbeeld een adequate verzekering af te sluiten, op grond van een verzekeringsplicht.¹¹³ Op grond van de voorwaarde goed werkgever heeft de werkgever tijdens de dienstitijd een zorg- en preventieplicht of een verzekeringsplicht op grond van artikel 7:611 BW. Een schending van de zorg- en preventieplicht leidt tot aansprakelijkheid voor de volledige schade. Indien de werkgever aan de zorg- en preventieplicht heeft voldaan, kan de werknemer nog een beroep doen op schending van de verzekeringsplicht.¹¹⁴

5.2 Verkeersongevallen

In 1989¹¹⁵ heeft de Hoge Raad bepaald dat er geen plaats voor artikel 7:611 BW is indien een werkgever niet tekort is geschoten in de zorgplicht van artikel 7:658 BW. Toch maakt de Hoge Raad in 2008 een uitzondering op deze regel. In een aantal arresten wordt geoordeeld dat artikel 7:611 BW in beeld kan komen als er schade door een verkeersongeval wordt geleden.¹¹⁶ Het bijzondere aan de verkeersongevallen die onder de reikwijdte van artikel 7:611 BW vallen, is dat deze wel binnen het bereik van artikel 7:658 BW vallen, aangezien ze in de uitoefening van de werkzaamheden hebben plaatsgevonden.¹¹⁷ Deze uitzondering op de regel van 1989 wordt gerechtvaardigd, omdat er bij deelname aan het verkeer bijzondere gevaren verbonden zijn en de werkgever slechts beperkte mogelijkheden heeft om deze gevaren te verminderen.¹¹⁸

¹⁰⁸ HR 17 april 2009, *LJN BH1996*, r.o. 3.1

¹⁰⁹ HR 17 april 2009, *LJN BH1996*, r.o. 3.4

¹¹⁰ HR 17 april 2009, *LJN BH1996*, r.o. 3.5 en 3.6

¹¹¹ HR 18 maart 2005, *LJN AR6669*

¹¹² HR 18 maart 2005, *LJN AR6669*, r.o. 4

¹¹³ Hoge Raad 18 maart 2005, *RvdW 2005*, 46

¹¹⁴ *Cenik 2010*, p.85 en 87

¹¹⁵ HR 17 november 1989, *LJN AB9375*

¹¹⁶ *Cenik 2010*, p.67 boek

¹¹⁷ HR 11 november 2011, *LJN BR5215*, r.o. 3.4.3

¹¹⁸ HR 11 november 2011, *LJN BR5215*, r.o. 3.5

Om vast te kunnen stellen of een verkeersongeval onder de reikwijdte van artikel 7:611 BW valt, moet er bepaald worden of het ongeval in de uitoefening van de werkzaamheden heeft plaatsgevonden. Om dit vast te kunnen stellen, moet een onderscheid worden gemaakt in de verschillende verkeerssituaties. De verkeerssituaties kunnen in een drietal categorieën worden ingedeeld, deze worden hieronder één voor één uiteengezet.

Categorie 1: Werkverkeer

Er is sprake van werkverkeer als een werknemer met een motorvoertuig in de uitoefening van zijn werkzaamheden¹¹⁹ deelneemt aan het verkeer, zoals een beroepschauffeur. Een voorbeeld hiervan in de rechtspraak is het arrest Kooiker/Taxicentrale Nijverdal, waarbij een taxichauffeur een verkeersongeval krijgt. Een ander voorbeeld is het arrest Maasman/Akzo nobel, hier krijgt een medewerker, die voor promotiewerkzaamheden bij externe bedrijven presentaties moet geven, tijdens de rit naar een bedrijf toe een ongeval.¹²⁰ De werkgever wordt in beide gevallen aansprakelijk geacht voor de schade. Als er sprake is van werkverkeer wordt aan de voorwaarde 'in de uitoefening van de werkzaamheden' voldaan, waardoor de werkgever aansprakelijk is voor de door de werknemer geleden schade.

Categorie 2: Gewoon woon-werkverkeer of bijzonder woon-werkverkeer

Bij gewoon woon-werkverkeer gaat het om het rijden van thuis naar het werk en vice versa. Deze situatie valt buiten de werktijd en is daardoor niet in de uitoefening van de werkzaamheden. Ook het bijzonder woon-werkverkeer valt buiten de werktijd, maar daar doen zich bijzondere omstandigheden voor en daarom kan deze situatie niet gelijk worden gesteld aan het gewoon woon-werkverkeer.¹²¹

Het onderscheid tussen gewoon en bijzonder woon-werkverkeer is van belang om te bepalen of een werkgever aansprakelijk is. Voor gewoon woon-werkverkeer is een werkgever niet aansprakelijk, terwijl hij wel dat wel is bij bijzonder woon-werkverkeer. Het bijzondere woon-werkverkeer wordt gelijkgesteld aan werkverkeer en daardoor is er aan de voorwaarde 'in de uitoefening van de werkzaamheden' voldaan.¹²² Er zijn geen 'hard rules' om een exact onderscheid te maken tussen gewoon en bijzonder werkverkeer. De feiten en omstandigheden zullen het onderscheid voor grotendeels bepalen. Toch heeft de Hoge Raad in een tweetal arresten een aantal uitgangspunten geboden om te bepalen of er sprake is van bijzonder woon-werkverkeer, namelijk de arresten Gundogdu/Mulder¹²³ en Hendrik/Autoster¹²⁴.

Allereerst het arrest Hendriks/Autoster. De heer Hendriks krijgt een ongeluk als hij met de auto-ambulance van de werkgever naar zijn werk rijdt. Uit r.o. 3.4 van het arrest van de Hoge Raad blijkt dat het hof naar de feiten en omstandigheden heeft gekeken om te bepalen of er sprake is van gewoon of bijzonder woon-werkverkeer. Aan de hand van de bijzondere omstandigheden concludeert het hof dat het gebruik van de auto-ambulance op één lijn moet worden gesteld met vervoer dat plaatsvindt krachtens de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst en in het kader van de voor de werkgever uit te voeren werkzaamheden. Oftewel, er is sprake van bijzonder woon-werkverkeer. De Hoge Raad is van mening dat het hof geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, dus zij volgen dit oordeel. De volgende (bijzondere) omstandigheden waren daarbij van belang:

¹¹⁹ Tijdens de werktijd, in het kader van het dienstverband.

¹²⁰ HR 1 februari 2008, LJV BB4767 en HR 1 februari 2008, LJV BB6175. Deze arresten worden toegelicht in paragraaf 5.3

¹²¹ Cenik 2010, p.47

¹²² Cenik 2010, p.56 en 57

¹²³ HR 19 december 2008, LJV BD7480

¹²⁴ HR 19 december 2008, LJV BG7775

- Hendriks had nooddienst en maakte ten tijden van het ongeval rechtmatig gebruik van de ambulance, dit was in overeenstemming met de aan hem opgedragen taak;
- Hendriks had de ambulance al mee zodat tijdverlies in geval van een oproep werd voorkomen, hij hoefde dan immers niet meer op en neer te rijden naar het bedrijf van de werkgever;
- De werknemer die nooddienst heeft, moet permanent bereikbaar zijn.

Dat Hendriks op het moment van het ongeluk onderweg was van huis naar het bedrijf om de werkzaamheden als magazijnchef te beginnen en geen nooddienst heeft gehad, waardoor de ambulance onnodig was meegenomen, doet hieraan niets af.

Ten tweede het arrest Gündogdu/Mulder. Mevrouw Gündogdu is werkzaam als verkoopmedewerkster bij het filiaal van Mulder in Gorinchem. Op 28 augustus 2000 moet zij in een ander filiaal van Mulder werken, namelijk in Tiel. Zij krijgt hiervoor een auto ter beschikking gesteld. Als zij onderweg naar Tiel is, overkomt haar een eenzijdig ongeval op de snelweg. Het hof is van mening dat er hier sprake is van bijzonder woon-werkverkeer en de Hoge Raad gaat hierin mee. Zij overwegen als volgt: 'vervoer van de werknemer dat met het oog op het verrichten van de opgedragen werkzaamheden plaatsvindt tussen verschillende arbeidsplaatsen, zoals tussen verschillende vestigingen van de werkgever, heeft te gelden als vervoer dat plaatsvindt krachtens de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst en in het kader van de voor de werkgever uit te voeren werkzaamheden'.¹²⁵ Hierbij spelen de bijzondere omstandigheden ook nog een rol: werknemer was in Tiel was ingeroosterd door de werkgever en ze moest 's ochtends eerst naar Gorinchem om de auto op te halen. Op grond hiervan kan geconcludeerd worden dat er sprake is van bijzonder woon-werkverkeer en dat de werkgever aansprakelijk is voor de geleden schade. Dat mevrouw Gündogde niet structureel aan het verkeer deelneemt, doet aan dit oordeel niets af. Onder r.o. 3.4.3 wordt benadrukt dat "de verplichting van de werkgever om zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering geldt, ongeacht of de werknemer structureel dan wel incidenteel in de uitoefening van zijn werkzaamheden aan het wegverkeer deelneemt".

Ook al zijn er geen duidelijke regels te formuleren voor het onderscheid, uit de voorgaande twee uitspraken kan toch worden afgeleid dat er sprake is van bijzonder woon-werkverkeer als:

- de werknemer niet direct van zijn woonplaats naar het werk rijdt en vice versa;
- er sprake is van vervoer tussen verschillende vestigingen van de werkgever;
- de omstandigheden er op duiden dat er sprake is van vervoer krachtens verplichtingen die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst.

Een arrest waarbij sprake is van gewoon woon-werkverkeer is het arrest Knoppen/NCM. Hierbij krijgt een werknemer een ongeval als zij 's avonds na een teambespreking met haar leaseauto naar huis rijdt. Het hof oordeelt dat op grond van de bijzondere omstandigheden niet kan worden gesproken van een ongeval dat in de werktijd heeft plaatsgevonden. Daarnaast is het verband tussen de aan Knoppen opgedragen werkzaamheden en het ongeval te ver verwijderd om aansprakelijkheid van NCM op grond van art. 7:658 BW aan te nemen.¹²⁶ In vergelijking met de twee eerder genoemde arresten is dit een merkwaardige uitspraak. De reistijd mocht als overuren geboekt worden, dus daaruit zou je kunnen concluderen dat er sprake is van werktijd. De Hoge Raad denkt hier blijkbaar anders over, zij oordelen dat er sprake is van gewoon woon-werkverkeer.

¹²⁵ HR 19 december, *LJN BD7480*, r.o. 3.3.3

¹²⁶ HR 30 december 2007, *LJN BB6178*

Categorie 3: Ongemotoriseerd verkeer

Er zijn ook situaties denkbaar waarbij een werknemer als fietser of voetganger deelneemt aan het verkeer. In het arrest Maatzorg/Van den Werven¹²⁷ heeft de Hoge Raad een oordeel gegeven met betrekking tot de vraag of fietsers ook een beroep op artikel 7:611 BW kunnen doen. In 2011 heeft de Hoge Raad een uitspraak gedaan met betrekking tot de werkgeversaansprakelijkheid op grond van artikel 7:611 BW in het geval dat de werknemer als voetganger aan het verkeer deelneemt.¹²⁸ In dit laatste arrest was er aan het vereiste in de uitoefening van de werkzaamheden voldaan, maar toch werd de werkgever niet aansprakelijk geacht. In de jurisprudentie bij deze categorie wordt niet alleen getoetst of er aan het vereiste 'in de uitoefening van de werkzaamheden' is voldaan, maar er wordt ook vastgesteld waar de grens van de verzekeringsplicht ex artikel 7:611 BW ligt.

5.3 De verzekeringsplicht ex artikel 7:611 BW

Tot 2008 werd de werkgeversaansprakelijkheid gevonden in het stelsel van het arbeidsrecht en de eisen van redelijkheid en billijkheid ex artikel 6:248 BW. Een werkgever werd toen aansprakelijk geacht vanwege het feit dat deelname aan het verkeer een gevaarlijke situatie opleverde. In 2008 kwam er een nieuwe ontwikkeling in de rechtspraak van de Hoge Raad met betrekking tot artikel 7:611 BW, welke in de volgende paragraaf uiteen wordt gezet.

5.3.1 De verzekeringplicht in het leven geroepen: De februari-arresten

Zoals in paragraaf 1 al is beschreven, moet de werkgever, gelet op de eisen van goed werkgeverschap, in een aantal situaties zorg dragen voor een behoorlijke verzekering ten behoeve van de werknemer. Tot 2008 bestond er nog geen jurisprudentie dat een werkgever aansprakelijk is indien hij geen verzekering ten tijde van het ongeval had afgesloten.¹²⁹ In 2008 komt hier verandering in. In de zogeheten februari-arresten, Kooiker/Taxicentrale Nijverdal en Maasman/Akzo Nobel, wordt de verzekeringsplicht ex artikel 7:611 BW voor de verkeersongevallen geïntroduceerd. Op dat moment wordt ook artikel 7:611 BW in het licht van artikel 7:658 BW uitgelegd.¹³⁰

Kooiker/Taxicentrale Nijverdal

Een taxichauffeur wordt tijdens zijn taxirit bij het oversteken van een onbewaakte spoorwegovergang aangereden door een trein. Hij loopt daarbij ernstig letsel op en raakt volledig arbeidsongeschikt.¹³¹ De vorderingen voor de schadevergoeding worden gebaseerd op artikel 7:611 en 7:658 BW, maar zonder succes. De rechtbank en het hof wijzen namelijk de vorderingen op grond van beide artikelen af. In cassatie wordt alleen opgekomen tegen de beslissingen van het hof met betrekking tot artikel 7:611 BW.¹³² Aan de orde wordt gesteld of een werkgever onbeperkt aansprakelijk kan worden gesteld voor letselschade, die de werknemer lijdt door een verkeersongeval waarbij hij een motorvoertuig bestuurt. Deze vraag wordt door de Hoge Raad ontkennend beantwoord. Het is namelijk niet in overeenstemming met het stelsel van de wet om een werkgever in alle gevallen aansprakelijk te stellen. Op dit moment biedt artikel 7:658, artikel 7:611 BW of enig ander artikel in de wet deze benodigde wettelijke grondslag (nog) niet.¹³³

De Hoge Raad concludeert dat de werkgever op grond van artikel 7:611 BW verplicht was om een behoorlijke verzekering af te sluiten voor deze werknemer, aangezien hij als bestuurder van een motorvoertuig geconfronteerd kan worden met de aan het verkeer

¹²⁷ HR 12 december 2008, *LJN BD3129*

¹²⁸ HR 11 november 2011, *LJN BR5215*

¹²⁹ Rb. Roermond 16 januari 2013, *LJN BY8751*, r.o. 4.11

¹³⁰ Cenik 2010, p.62

¹³¹ HR 1 februari 2008, *LJN BB4767*, r.o. 3.1

¹³² HR 1 februari 2008, *LJN BB4767*, r.o. 3.2.3

¹³³ HR 1 februari 2008, *LJN BB4767*, r.o. 3.3.2

verbonden risico's. De taxicentrale had in dit geval een collectieve ongevallenverzekering en een inzittendenverzekering, maar door het hof is niet vastgesteld of deze verzekeringen samen een behoorlijke verzekering opleveren. De zaak wordt dan ook terug verwezen en het is dan aan het hof om dit te onderzoeken en vast te stellen.

Maasman/Akzo Nobel

Meneer Maasman is werkzaam als senior executive, in het kader van zijn functie verrichte hij allerlei promotieactiviteiten. Als hij op 30 september 1996 onderweg naar Duitsland is voor een presentatie wordt hij het slachtoffer van een verkeersongeval. Ten tijde van het ongeval droeg Maasman geen gordel. Is er hierdoor sprake van bewuste roekeloosheid? De Hoge Raad oordeelt, in tegenstelling tot het hof, dat dit niet het geval is. Het hof heeft hierbij namelijk niet vastgesteld dat Maasman zich ook daadwerkelijk onmiddellijk voorafgaand aan het ongeval bewust was van de roekeloosheid van zijn gedrag.¹³⁴

In de februari-arresten overweegt de Hoge Raad dat “de aan het gemotoriseerde verkeer verbonden risico's regelmatig worden gelopen, waardoor deze risico's goed verzekeraar zijn tegen betaalbare premies. Een werkgever is dan ook uit hoofde van het goed werkgeverschap verplicht om zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering voor de werknemers die als bestuurder van een motorvoertuig betrokken kunnen raken bij een verkeersongeval”.¹³⁵ Er is dus geen sprake van een onbeperkte aansprakelijkheid en dit vloeit ook niet voort uit de eerdere arresten van de Hoge Raad.¹³⁶

5.3.2 De grenzen van de verzekeringsplicht: Maatzorg en TNT arrest

Het arrest Maatzorg voegt een categorie toe aan de verkeerssituaties die voor een vergoeding op grond van artikel 7:611 BW in aanmerking komen, namelijk het ongemotoriseerde verkeer. In dit arrest ging het om een eenzijdig ongeval met een fietser. Toch maakt het arrest Maatzorg niet geheel duidelijk welke ongemotoriseerde verkeersdeelnemers voor vergoeding in aanmerking komen, want na dit arrest speelt nog steeds de vraag in hoeverre de ongemotoriseerde verkeersdeelnemers beschermd worden op grond van artikel 7:611 BW. Het arrest TNT/Postbezorger geeft antwoord op deze vraag.

Van der Graaf/Maatzorg

Mevrouw Van der Graaf is werkzaam als verzorgingshulp B, dit betekent dat zij werkzaamheden verricht bij hulpbehoevenden thuis. Zij gaat per fiets van de ene naar de andere cliënt. Op 6 januari fietst zij naar haar tweede cliënt toe en valt dan door gladheid op de openbare weg. Zij loopt door deze valpartij een dubbele fractuur aan het scheenbeen op.¹³⁷ Binnen Maatzorg is er een handreiking voor zorgverlening tijdens extreem slechte weersomstandigheden. Hierin is bepaald wat werknemers moeten doen indien er sprake is van extreem slechte weersomstandigheden. Zo kunnen zij contact opnemen met de leidinggevende of het hoofd van de bereikbare dienst. Daarnaast is hierin bepaald dat zij op kosten van Maatzorg gebruik kunnen maken van een taxi. Ten slotte als dit allemaal niet tot de mogelijkheden behoort, mag de cliënt afgebeld worden. De kantonrechter is van mening dat Maatzorg op grond van deze handreiking aan haar zorgplicht heeft voldaan, waardoor de vordering op grond van artikel 7:658 BW niet kan slagen. Maatzorg wordt echter wel aansprakelijk gehouden op grond van artikel 7:611 BW. De motivering van de rechtbank hiervoor is dat een werkgever medewerkers effectief moet waarschuwen voor bijzondere risico's en de mogelijke gevolgen daarvan en dat mag worden verlangd dat de werkgever deze gevolgen voor zijn rekening neemt door vooraf een adequate verzekering af te sluiten.¹³⁸ Ook het hof ziet enkel een mogelijkheid om de

¹³⁴ HR 1 februari 2008, *LJN BB6175*, r.o. 5.2.2.

¹³⁵ HR 1 februari 2008, *LJN BB4767*, r.o. 3.4.1 + HR 1 februari 2008, *LJN BB6175*, r.o. 4.3

¹³⁶ Rb. Roermond 16 januari 2013, *LJN BY8751*, R.o. 4.12

¹³⁷ HR 12 december 2008, *LJN BD3129*, r.o. 3.1

¹³⁸ HR 12 december 2008, *LJN BD3129*, r.o. 3.2.2

werkgever aansprakelijk te stellen op grond van artikel 7:611 BW. De Hoge Raad verwijst in de overwegingen met betrekking tot artikel 7:611 BW naar eerdere rechtspraak van de Hoge Raad, namelijk de arresten van 1 februari 2008.¹³⁹ De vraag is of hetgeen in eerdere arresten is bepaald op overeenkomstige wijze geldt voor werknemers die schade lijden als gevolg van een ongeval dat hen overkomt als zij als fietser of voetganger aan het verkeer deelnemen in de uitoefening van hun werkzaamheden. Onder r.o. 3.6.4 stelt de Hoge Raad voorop dat er geen rechtvaardiging bestaat om een onderscheid te maken ten aanzien van de positie van de werknemer. Er moet geen verschil bij de aansprakelijkheid zijn tussen de situatie dat je als fietser, voetganger of bestuurder van een voertuig een ongeval met een motorvoertuig krijgt. Daarom moet de eerder genoemde vraag “bevestigend beantwoord worden ten aanzien van de gevallen waarin gezegd moet worden dat deze verkeersdeelnemers als gevolg van hun kwetsbaarheid in het verkeer een bijzonder risico lopen. Voor fietsers en voetgangers geldt als zondanig het risico van letsel- of zaakschade als gevolg van een ongeval waarbij een of meer voertuigen zijn betrokken, en voor fietsers geldt tevens dit risico als gevolg van een eenzijdig ongeval dat plaatsvindt tijdens het vervoer per fiets. Deze risico’s zijn inmiddels, naar kan worden aangenomen, eveneens goed verzekeraar tegen betaalbare premies”.¹⁴⁰

Na dit arrest heeft de Hoge Raad de verzekeringsplicht ex artikel 7:611 BW uitgebreid. De werknemers die schade lijden door een ongemotoriseerd verkeersongeval, in dit geval als fietser zijnde, kunnen voortaan ook een beroep op artikel 7:611 BW doen.

TNT/Postbezorger

Een postbezorger is op een oprit van een woning tijdens het bezorgen van de post uitgegleden over een plak ijs of bevroren sneeuw oftewel er is sprake van een eenzijdig voetgangersongeval. De werknemer heeft door dit ongeval blijvend enkelletsel opgelopen, waardoor zij naar verwachting haar werkzaamheden als postbezorger niet meer kan hervatten. De kantonrechter wijst de vordering op grond van artikel 7:658 BW af, omdat de werkgever niet tekort is geschoten in de zorgplicht. De vordering op grond van artikel 7:611 BW wordt echter wel toegewezen. De kantonrechter is van oordeel dat de werkgever op grond van goed werkgeverschap gehouden is om zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering. Er wordt bij deze overweging verwezen naar de arresten Maasman en Maatzorg. Tegen het vonnis van de kantonrechter heeft TNT sprongcassatie ingesteld

De Hoge Raad geeft in zijn arrest duidelijkheid over de reikwijdte van de verzekeringsplicht ex artikel 7:611 van een werkgever.¹⁴¹ In eerdere arresten van de Hoge Raad is bepaald dat er drie situaties mogelijk zijn waarbij de verzekeringsplicht geldt, namelijk als de werknemer:

- a. als bestuurder van een motorvoertuig betrokken raakt bij een verkeersongeval;
- b. als fietser of voetganger schade lijdt als gevolg van een ongeval waarbij een of meer voertuigen zijn betrokken;
- c. als fietser schade heeft geleden als gevolg van een eenzijdig fietsongeval.

Als de werkgever tekort is geschoten in de nakoming van deze verzekeringsverplichting, dan is hij voor de daarvoor veroorzaakte schade jegens de werknemer aansprakelijk.

In dit arrest gaat het om de vraag of de verzekeringsplicht ook geldt voor een eenzijdig voetgangersongeval dat plaatsvindt op de openbare weg. Deze vraag wordt ontkennend beantwoord door de Hoge Raad. Bij deze overweging is rekening gehouden met de

¹³⁹ HR 12 december 2008, *LJN BD3129*, r.o. 3.6.2

¹⁴⁰ HR 12 december 2008, *LJN BD3129*, r.o. 3.6.5

¹⁴¹ HR 11 november 2011, *LJN BR5215*, (concl. A-G J. Spier m.nt.M.Vegter p. 238)

eerder genoemde gevallen, onder a tot en met c, welke een uitzondering op de regel uit het arrest van 1989¹⁴² vormen. De uitzonderingen mogen niet tot een te ver gaande aantasting van deze regel leiden. Hierdoor moet de reikwijdte van artikel 7:611 - gezien de huidige wetgeving - tot de eerder genoemde gevallen beperkt blijven. Hierbij wordt overwogen dat het eenzijdige ongeval niet onder de verzekeringsplicht wordt gebracht, omdat struikelen en uitglijden naar zijn aard niet een bijzonder risico van het wegverkeer is. Er bestaat dan ook geen grond voor verdergaande bescherming van de werknemer in dit geval, waardoor de verzekeringsplicht niet wordt uitgebreid. Kortom, TNT kan in dit geval niet aansprakelijk worden geacht op grond van artikel 7:611 BW, aangezien zij niet verplicht waren om zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering voor het (eenzijdige) voetgangersongeval van de postbezorger.¹⁴³

Op 11 november 2011 is nog een ander arrest door de Hoge Raad gewezen inzake de werkgeversaansprakelijkheid, namelijk het arrest De Rooyse wissel. Zoals uit het vorige hoofdstuk blijkt, valt deze zaak onder de werkingsfeer van artikel 7:658 BW. Toch heeft de Hoge Raad een hele belangrijke afweging uitgesproken met betrekking tot artikel 7:611 BW, namelijk dat de verzekeringsplicht beperkt is en blijft tot verkeersongevallen. Het Hof oordeelde in deze zaak echter anders en realiseerde daarmee een wezenlijke uitbreiding op de jurisprudentie van de Hoge Raad.¹⁴⁴ Zij zijn van mening dat “aan het werken met – delictgevaarlijke - TBS-patiënten inherent dat gevaar bestaat voor geweldpleging tegen het personeel en dat dus aan dit werk verbonden is dat het personeel risico's van ongevallen loopt, veroorzaakt door de TBS-patiënten die in behandeling zijn bij de Rooyse wissel. Deze risico's worden door het personeel dagelijks gelopen. Indien vast komt te staan dat deze risico's goed verzekeraar waren, is de werkgever verplicht zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering op grond van artikel 7:611 BW”. Een werkgever hoeft dus niet alleen voor de verkeersongevallen een verzekering af te sluiten, maar ook voor werknemers die met risicovolle werkzaamheden te maken hebben.¹⁴⁵ In r.o. 5.4 geeft de Hoge Raad hierover haar oordeel. De uitspraak van het hof komt niet overeen met de eerdere rechtspraak van de Hoge Raad met betrekking tot de werkgeversaansprakelijkheid ex artikel 7:611 BW, waarbij er sprake was van een verkeersongeval. De Hoge Raad verwijst ook naar hun nieuwe arrest: TNT/Postbezorger. In dit arrest heeft de Hoge Raad op de rem getrapt met betrekking tot de reikwijdte van artikel 7:611 BW. In dit geval valt deze zaak niet onder deze afgebakende categorieën en als de Hoge Raad in dit geval toch zou oordelen dat de werkgever aansprakelijk is op grond van artikel 7:611 BW, dan zou daarmee een grote mate van rechtsonzekerheid in het leven worden geroepen.¹⁴⁶

De Hoge Raad formuleert in het arrest TNT/postbezorger definitief de grenzen van de verzekeringsplicht. Hieruit blijkt dat de Hoge Raad de categorieën van artikel 7:611, zoals eerder genoemd, niet wil uitbreiden. Hiermee komt er een voorlopig einde aan de rechtsontwikkelingen met betrekking tot artikel 7:611 BW.

5.3.3 De 'behoorlijke' verzekering: schadevergoeding

In het arrest KLM de Kuijer werd geoordeeld dat de werkgever een adequate verzekering voor de werknemer moet afsluiten. Indien de verzekering niet alle schade dekt, moet de werkgever de schade die buiten de dekking valt ook nog vergoeden. Met de komst van de februari-arresten van 2008 verandert deze vergaande aansprakelijkheid op grond van artikel 7:611 BW. In het arrest Maasman/Akzo Nobel oordeelt de Hoge Raad dat indien de werkgever geen behoorlijke verzekering heeft afgesloten, hij aansprakelijk is voor zo ver

¹⁴² Geformuleerd in arrest 1989 waarin is bepaald dat artikel 7:611 toepassing mist als de werkgever aan de zorgplicht van 7:658 BW heeft voldaan.

¹⁴³ HR 11 november 2011, *LJN BR5215*, r.o. 3.5 en 3.6

¹⁴⁴ HR 11 november 2011, *LJN BR5223*, r.o. 2.4.4 (concl. A-G J. Spier)

¹⁴⁵ HR 11 november 2011, *LJN BR5223*, r.o. 5.2

¹⁴⁶ HR 11 november 2011, *LJN BR5223*, r.o. 5.4

de werknemer door deze tekortkoming, het missen van een behoorlijke verzekering, schade heeft geleden. Voor het vaststellen van de schadevergoeding is het belangrijk om te bepalen welke verzekeringsmogelijkheden er ten tijde van het ongeval waren. Hierbij is ook nog van belang of het bedrag voor de premie in redelijkheid van de werkgever geveerd kan worden. Daarnaast wordt er naar de maatschappelijke opvattingen gekeken met betrekking tot de aard en omvang van de te vergoeden schade. De omvang van de schadevergoeding wordt dus bij iedere zaak apart vastgesteld, omdat al deze omstandigheden in acht worden genomen. Een verzekering hoeft in ieder geval geen dekking te verlenen voor bewuste roekeloosheid of opzet aan de zijde van de werknemer.¹⁴⁷ Deze maatstaf voor de schadevergoedingsplicht lijkt stand te houden in de recentere jurisprudentie. Zo blijkt uit r.o.3.8 van het arrest Maatzorg en r.o. 3.4.3 van het arrest TNT/postbezorger waar dezelfde maatstaf wordt herhaald.

5.4 Conclusie

Naast artikel 7:658 BW kan de werkgever in een aantal situaties op grond van artikel 7:611 BW aansprakelijk worden gesteld. De voorwaarde die voor dit artikel ingevuld moet worden is 'goed werkgever'. In de loop der jaren zijn in de jurisprudentie twee categorieën ontstaan waarvoor de werknemer een beroep op artikel 7:611 BW kan doen. Allereerst de bijzondere situaties, waarbij weer een onderverdeling in drie situaties is.

1. Privésituaties: goed werkgever houdt bij deze situaties in dat een werkgever op onder bijzondere omstandigheden aansprakelijk kan worden gesteld.
2. Personeelsuitjes: goed werkgever houdt hier in dat de werkgever een zorg- en preventieplicht heeft, mits er samenhang tussen de activiteit en de werkzaamheden is;
3. Dienstreizen: goed werkgever houdt hier in dat een werkgever een zorg- en preventieplicht of een verzekeringsplicht heeft voor dienstreizen.

Naast de bijzondere situaties, zijn er een aantal verkeersongevallen die onder de reikwijdte van artikel 7:611 BW vallen. Om te bepalen of een verkeersongeval onder de reikwijdte van artikel 7:611 BW valt, moet er aan de voorwaarde 'in de uitoefening van de werkzaamheden' worden voldaan. Dit is dezelfde voorwaarde als van artikel 7:658 BW. Om te bepalen of aan deze voorwaarde is voldaan, kan er een indeling gemaakt worden in drie categorieën: werkverkeer, gewoon en bijzonder woon-werkverkeer en de ongemotoriseerde verkeersdeelnemers. De werknemer kan een beroep op artikel 7:611 BW doen als er sprake is van werkverkeer of bijzonder woon-werkverkeer. Dit geldt echter alleen als hij als bestuurder van een motorvoertuig betrokken raakt bij een verkeersongeval of als fietser of voetganger schade lijdt als gevolg van een ongeval waarbij een of meer voertuigen zijn betrokken. In 2008 is bepaald dat ook ongemotoriseerde verkeersdeelnemers soms een beroep op artikel 7:611 BW kunnen doen, namelijk de fietser die als gevolg van een eenzijdig ongeval schade heeft geleden. Een eenzijdig voetgangersongeval valt niet onder de reikwijdte van artikel 7:611 BW. Indien de werkgever niet aan de verzekeringsplicht ex artikel 7:611 BW voldoet, moet hij de schade die de werknemer door het missen van de behoorlijke verzekering lijdt, vergoeden.

¹⁴⁷ HR 1 februari 2008, *LJN BB6175*, r.o. 4.3 evenals HR 1 februari 2008, *LJN BB4767*, r.o. 3.4.1

Hoofdstuk 6 De werkgeversaansprakelijkheid in de praktijk

In dit hoofdstuk wordt alle informatie van de hoofdstukken 2 tot en met 5 gebundeld om een praktijkcasus op te kunnen lossen. In paragraaf 6.1 zal de casus uiteen gezet worden, zodat er een duidelijk beeld ontstaat over de feiten en omstandigheden. Om een zaak in te schatten, moet voor een rechtshulpverlener duidelijk zijn op welke wettelijke grond de vordering gebaseerd moet worden. Zoals in hoofdstuk 2 al is beschreven, heeft de werkgever twee gronden om een werkgever aansprakelijk te stellen voor de schade die hij heeft geleden bij een bedrijfsongeval. In paragraaf 6.2 en 6.3 zullen de voorwaarden van beide gronden, artikel 7:658 en 7:611 BW, aan de hand van deze casus worden ingevuld. In paragraaf 6.4 volgt een (eventuele) oplossing voor deze zaak en paragraaf 6.5 wordt nog op de verjaring ingegaan. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie in paragraaf 6.6.

6.1 Casus

De zesendertigjarige X is sinds 2000 al werkzaam als chauffeur. Op 1 maart 2007 is hij als allroundchauffeur in dienst getreden bij zijn werkgever. Hij werkte 39,25 uur per week voor een bruto maandsalaris van € 2.117.

24 juli 2007 is een dag die X nooit meer zal vergeten. Er heeft toen een arbeidsongeval op de werkplek plaatsgevonden. Vlak voor 23.00 uur werd de trailer van X, die toen door X al gekoppeld was aan de trekker, geladen door een collega. Op het moment dat X denkt dat het licht op groen staat, rijdt hij weg uit het laaddock. Als hij weggrijdt, hoort hij enorm veel kabaal, namelijk het geluid van de laadklep die van de vloer van de trailer weggleeft. Hij schrikt hier zo erg van dat hij meteen de vrachtwagen stopt en uit de trekker springt om zich te verontschuldigen. Op dat moment staat hij tussen het laaddock en de trailer. Ongeveer 16 seconde na het uitstappen rolt de trailer, zonder dat X dit merkt, langzaam terug. De magazijnmedewerker probeert hem op het gevaar te wijzen, maar het is dan al te laat voor X om weg te komen en hij raakt bekneld tussen de trailer en het laaddock. Een andere collega rijdt de trekker met trailer een stuk weg, zodat X uit de beknelling wordt bevrijd. Door het ongeval breekt X zijn rechterarm op meerdere plaatsen en daarnaast heeft hij diverse kneuzingen.¹⁴⁸

Op 6 augustus 2007 is er een inspecteur van de Arbeidsinspectie ter plaatse geweest om een ongevalsrapport op te stellen. Er worden een aantal getuigen gehoord, waaronder X en een aantal collega's van hem. Een van zijn collega's verklaart dat de handrem niet op de vrachtwagen stond op het moment dat hij deze weg wilde rijden om X te bevrijden uit de beknelling. X is echter van mening dat er een probleem met de handrem was en dat deze er wel op heeft gezet, maar dat deze er wellicht afgeschoten is. Bovendien blijkt uit het rapport dat het licht nog niet op groen kon staan. Als het personeel van het magazijn klaar is met laden, dan zetten zij de laadbrug met de laadklep in de oorspronkelijke stand. Pas als een van de magazijnmedewerkers de elektronische deur van het laaddock dicht doet, springt het licht voor de chauffeur op groen. In dit geval was de trailer nog niet volledig geladen en stond het licht dus nog op rood. X heeft wellicht op een ander stoplicht gereageerd of hij heeft misschien niet naar het stoplicht gekeken.

Ondanks een hele intensieve revalidatieperiode heeft X tot op de dag van vandaag nog veel ongemak van dit ongeval. Na drie operaties¹⁴⁹ is hij nog steeds niet de oude en hij moet onder ogen zien dat hij dat ook nooit meer wordt. De pijnklachten hebben een

¹⁴⁸ Breuken: open botbreuk aan de bovenarm, breuk van het kopje van het radiusbot ter hoogte van het ellebooggewricht, botbreuk onderarm waar beide botstukken waren gebroke en verscheidene breuken in het bereik van de hand

¹⁴⁹ 1^e operatie: dag na ongeluk voor de bovenarmbreuk rechterarm (gekwetst spierweefsel rondom de breuk verwijderden), 2^e operatie: 29 oktober 2007 ingreep malunion, 3^e operatie: 28 augustus 2008 door plastisch chirurg om het contour van de bovenarm te herstellen

negatieve invloed op zijn nachtrust en het onvermogen in het doen en laten geven constant een mentale terugslag. Hij is niet alleen beperkt in zijn dagelijkse handelingen, maar kan ook zijn hobby's en sport niet meer uitoefenen. Daarnaast moet hij dagelijks medicatie innemen, welke voor de nodige bijwerkingen zorgen.

Destijds is vlak na het ongeval een multidisciplinair expertiserapport opgesteld door een neuroloog en orthopaedisch chirurg in opdracht van de verzekering van de werkgever. Dit rapport was noodzakelijk om vast te stellen of X in aanmerking kwam voor een schadevergoeding. De verzekeraar keert namelijk alleen bij overlijden of blijvende invaliditeit uit. Op 4 januari 2010 wordt door de verzekeraar¹⁵⁰ aan X medegedeeld dat hij een netto schadebedrag van € 11.986,69 krijgt uitgekeerd. Dit bedrag dekt echter niet alle kosten, vandaar dat X graag wil weten of hij de andere kosten¹⁵¹ nog vergoed kan krijgen. Het probleem is dat het precieze ongeval nog niet vaststaat. De werknemer beweert namelijk dat het voertuig niet deugdelijk zou zijn, met name de (hand)rem, waardoor dit ongeval heeft plaatsgevonden. Daarnaast is niet duidelijk hoe de werknemer door rood licht heeft kunnen rijden.

6.2 Artikel 7:658 BW

Artikel 7:658 BW heeft drie voorwaarden. Deze voorwaarden zullen met betrekking tot deze casus één voor één worden uitgewerkt om te toetsen of een vordering op artikel 7:658 BW een reële mogelijkheid is.

6.2.1 Eerste voorwaarde: Schade in de uitoefening van de werkzaamheden

Als X een beroep op artikel 7:658 BW wil doen, moet hij allereerst aantonen dat hij de schade in de uitoefening van de werkzaamheden heeft geleden. Om aan deze voorwaarde te voldoen, moet de werknemer de drie criteria kunnen aantonen: dat hij schade heeft geleden, dat het ongeval tijdens de werktijd en op de arbeidsplaats heeft plaatsgevonden.

Schade

Dat X schade heeft geleden, was vanaf het moment dat het ongeval heeft plaatsgevonden al direct duidelijk. Hij zat met zijn rechterschouder bekneld tussen het laaddock en de trailer. Direct na het ongeval is hij overgebracht naar het ziekenhuis, waar blijkt dat hij zijn rechterarm op meerdere plaatsen gebroken en gekneust heeft. Door het oplopen van dit lichamelijke letsel, als gevolg van het ongeval, heeft X schade geleden. De verzekeraar van de werkgever moest destijds vaststellen of er sprake was van functionele blijvende invaliditeit en zo ja, in welke mate. Na ruim 2 jaar is de medische eindsituatie duidelijk en blijkt er sprake te zijn van blijvende invaliditeit. Dit geeft de werknemer recht op een schadeuitkering van de verzekeraar. Al concluderend kan vastgesteld worden dat er sprake is van schade en dat deze schade het gevolg is van het bedrijfsongeval.

Werktijd

De werktijd is "de tijd dat de werknemer onder gezag van de werkgever arbeid verricht". X was de dag van het ongeval om 22.00 uur met zijn dienst begonnen. Het ongeval vond omstreeks 23.00 uur plaats en heeft hierdoor in de werktijd plaatsgevonden.

Arbeitsplaats

Het ongeval heeft plaatsgevonden op het terrein van de werkgever, dus X bevindt zich op de arbeidsplaats, zoals gedefinieerd in artikel 1 lid 3 sub g van de Arbeidsomstandighedenwet. Ook de inspecteur van de Arbeidsinspectie stelt vast dat er

¹⁵⁰ De werkgever heeft een collectieve ongevallenverzekering voor de werknemers.

¹⁵¹ De werknemer heeft de volgende kosten in gedachten: niet verkregen looninkomsten, pensioenderving, immateriële schade.

sprake is van een arbeidsplaats op de locatie waar het ongeval plaatsvond, aangezien er door personen werkzaamheden werden verricht.

Mijns inziens staat vast dat de schade het gevolg is van een ongeval en dat het ongeval in de uitoefening van de werkzaamheden heeft plaatsgevonden. Hieruit kan geconcludeerd worden dat aan de werknemer de eerste voorwaarde kan stellen en bewijzen.

6.2.2 Tweede voorwaarde: De zorgplicht

Om te bepalen of een werkgever voor een specifieke situatie aansprakelijk is, moet de omvang van de zorgplicht vastgesteld worden. De omvang van de zorgplicht wordt door de geschreven en ongeschreven normen geconcretiseerd. Er is een indeling in drie categorieën zorgplicht mogelijk, zoals in hoofdstuk 4 beschreven. Ik ben van mening dat het ongeval van X onder categorie 3, de huis-, tuin- en keukeningevallen, valt. Het ongeval is ontstaan doordat de werknemer een aantal handelingen foutief heeft uitgevoerd. Ten eerste negeerde hij een rood stoplicht. Vervolens hoort hij een enorm kabaal en stapt hij uit de vrachtwagen zonder de handrem (goed) te vergrendelen. Ten slotte gaat X tussen het laaddock en het voertuig staan. De risico's die deze handelingen met zich meebrengen, zijn aan te merken als gevaren van algemene bekendheid. Iedere weggebruiker weet dat je bij een rood stoplicht moet stoppen. Daarnaast leer je bij de eerste rijles, voor welk motorvoertuig dan ook, dat je altijd de handrem moet vergrendelen bij het verlaten van een voertuig. Ook is het bij vrachtwagenchauffeurs bekend dat het gevaarlijk is om tusseneen laaddock en het voertuig te gaan staan, dit leren ze tijdens de rijlessen. Als een handeling een gevaar van algemene bekendheid met zich meebrengt, hoeft de werkgever hiervoor niet te waarschuwen. Indien een werkgever voor zo'n handeling niet waarschuwt, wordt de zorgplicht daarmee niet geschonden. Dit betekent dat de werkgever niet aansprakelijk kan worden geacht op grond van artikel 7:658 BW.

Er is natuurlijk ook afgewogen of er toch geen sprake kon zijn van de eerste of tweede categorie, omdat alleen dan de werkgever aansprakelijk kan worden geacht op grond van artikel 7:658 BW. De eerste categorie, een overtreding van een arbo-norm of een gevaarlijke situatie, valt sowieso af. Door de arbeidsinspecteur is geconcludeerd dat de werkgever de Arbeidsomstandighedenwetgeving niet heeft overtreden. Bovendien blijkt uit deze rapportage dat de werkgever aan de verplichting van artikel 5 van de Arbowet heeft voldaan, namelijk het inventariseren en evalueren van de risico's. Als de werkomstandigheden een gevaarlijke situatie opleveren, dan zou dit uit de uit deze RI&E moeten blijken. De inspecteur geeft wel aan dat naar aanleiding van dit ongeval de RI&E binnen twee maanden opnieuw gemaakt moet worden.

Daarnaast is er nog de tweede categorie, de restcategorie. Hierbij wordt gekeken of de werkgever maatregelen had kunnen treffen of instructies had moeten geven. De werknemer gaf zelf aan dat één maatregel is die het ongeval had kunnen voorkomen, namelijk het gebruik maken van een keg. Een keg is een blok met één schuine kant waarmee men het weggrollen kan verhinderen.¹⁵² Indien er een keg achter de wielen van de vrachtwagen was geplaatst, kon vrachtwagen niet achteruit rollen, zoals hier gebeurd is. Het plaatsen van de keg aan de achterkant van de wielen lijkt echter - gezien de omstandigheden - niet voor de hand liggend. De trailer van de vrachtwagen zit vast aan het laaddock, waardoor de trailer niet achteruit kan rollen tijdens het laden en lossen. In dit geval rolde de trailer en vrachtwagen terug door het handelen van de werknemer. Mijns inziens kan deze maatregel redelijkerwijs niet van de werkgever gevergd worden, omdat in de normale situatie een vrachtwagen tijdens het laden en lossen niet achteruit kan rollen. De situatie van het ongeval is dus niet voorzienbaar. Indien er geen maatregel mogelijk is, moet blijkens het arrest Bayar/Wijnen gekeken worden of de werkgever dan instructies had moeten geven. Zoals eerder toegelicht, hoeft de werkgever naar mijn

¹⁵² Begrip keg < www.encyclo.nl/begrip/keg > 10 mei 2013

mening geen instructies te geven met betrekking tot de verrichte handelingen. Het enige wat de werkgever eventueel nog had kunnen doen, is de werkinstructie voor het laden en lossen herzien. Op dit moment staat namelijk nog niet op papier wat de betekenissen van het rode en groene licht is en hoe deze lichten precies werken in combinatie met het laden, lossen en weggrijden. De arbeidsinspecteur heeft dit ook opgemerkt in zijn onderzoeksverslag naar aanleiding van het ongeval. Daarnaast zou de werkgever nog een verbod kunnen uitvaardigen voor het bevinden tussen het voertuig en het laaddock. Indien de werkgever deze instructies geeft, zal hij ook nog moeten toezien op de naleving hiervan. De vraag is echter of het ongeval niet had plaatsgevonden als deze instructies al voor het ongeval gegeven waren. Gezien de werkervaring van X lijkt dit onwaarschijnlijk. X is al vanaf 2000 als beroepschauffeur werkzaam en hij weet hoe de werkprocedure verloopt en wat de risico's hierbij zijn. Hij wordt dan ook voldoende capabel geacht om zelf de risico's te kunnen inschatten.¹⁵³ Hij reageerde vlak voor het ongeval uit een schrikreactie, waardoor hij niet de nodige voorzichtigheid betrachtte. Zoals al eerder bleek is werkervaring niet de doorslaggevende factor voor de omvang van de zorgplicht, maar het kan in een aantal situaties wel een grote rol spelen. Indien er sprake is van een onvoorzienbare situatie, zoals in dit geval, dan kan de werkervaring de zorgplicht beperken.¹⁵⁴

Kortom, mijns inziens is er sprake van een huis-, tuin- en keukenongeval, waardoor de werkgever geen maatregelen had moeten treffen of instructies had moeten geven. De omvang van de zorgplicht hoeft in dat geval niet vastgesteld te worden.

6.2.3 Derde voorwaarde: Bewuste roekeloosheid of opzet

Als de werkgever kan aantonen dat de werknemer bewust roekeloos of opzettelijk heeft gehandeld, dan wordt hij niet aansprakelijk geacht. In het arrest Pollemans/Hoondert¹⁵⁵ is bepaald dat er sprake is van bewuste roekeloosheid als de werknemer zich daadwerkelijk bewust is van het roekeloze karakter van de gedrag voorafgaand aan het ongeval. In de praktijk blijkt dat bewuste roekeloosheid niet vaak wordt aangenomen. Zo overwoog de kantonrechter in 2009 dat getwijfeld wordt of het verweer bewuste roekeloosheid wel doel kan treffen, omdat de jurisprudentie van de Hoge Raad een zodanige beperkte uitleg geeft aan het begrip. De rechter spreekt zelfs uit dat de mogelijkheid voor een beroep op bewuste roekeloosheid "feitelijk een loze bepaling lijkt te zijn".¹⁵⁶

De werknemer heeft in deze zaak niet gehandeld zoals hij zou moeten doen, maar dit is nog geen reden om te kunnen spreken van bewuste roekeloosheid. Hij heeft vanuit een schrikreactie gereageerd, dus zeer waarschijnlijk was hij zich niet bewust van het roekeloze karakter van zijn gedrag met betrekking tot de handrem en het staan tussen het dock en de trailer. Daarnaast heeft de werknemer verklaard dat hij niet meer goed weet hoe het komt dat hij door het rode licht heeft gereden.

Mijns inziens kan er gezien de jurisprudentie geen sprake van bewuste roekeloosheid of opzet zijn. Zelfs een taxichauffeur die een inrijverbod ziet en toch negeert, handelt niet bewust roekeloos volgens de Hoge Raad.¹⁵⁷

6.2.4 De bewijslastverdeling

In beginsel geldt in iedere zaak de regel omtrent de bewijslast, zoals uitgelegd in paragraaf 2.2.2. Kort gezegd: de werknemer moet de eerste voorwaarde stellen en/of bewijzen en de werkgever de tweede en derde voorwaarde. Nu de precieze toedracht van het ongeval nog niet vast staat, verandert dat niets aan deze bewijslast. Op de werknemer

¹⁵³ Rb. Zwolle 31 mei 2012, *LJN BY0236*, ro 4.3

¹⁵⁴ Dit volgt uit Hoge Raad 11 november 2005, *LJN AU3313*.

¹⁵⁵ HR 20 september 1996, *LJN ZC2142*

¹⁵⁶ Rb. Assen 18 november 2009, *LJN BK6597*, r.o. 4.2

¹⁵⁷ HR 14 oktober 2005, *LJN AU2235*

rust ook niet de bewijslast om om de precieze toedracht van het ongeval te stellen en bewijzen. In dit geval hoeft de werknemer dus niet aan te tonen hoe het met de handrem en het rode licht precies is gebeurd.¹⁵⁸

6.3 Artikel 7:611 BW

De voorwaarde van artikel 7:611 BW is 'goed werkgever'. Om te bepalen of artikel 7:611 BW van toepassing is, moet er gekeken worden of er sprake is van één van de twee categorieën die onder de reikwijdte van dit artikel vallen. De conclusie is dat er geen verkeersongeval plaatsgevonden, waardoor de eerste categorie al afvalt. Daarnaast heeft het ongeval niet plaatsgevonden tijdens een dienstreis, een personeelsuitje of in de privésituatie. Ook de tweede categorie, de bijzondere situatie, valt daardoor af. Bovendien staat vast dat het ongeval onder de reikwijdte van artikel 7:658 BW valt, omdat aan de voorwaarde 'in de uitoefening van de werkzaamheden' is voldaan. De Hoge Raad heeft in 1989¹⁵⁹ bepaald dat de werknemer geen beroep op artikel 7:611 BW kan doen als het ongeval onder de reikwijdte van artikel 7:658 BW valt, maar de werkgever geen zorgplicht heeft geschonden. Er is dus geen beroep op artikel 7:611 BW mogelijk, daarom zal de voorwaarde 'goed werkgever' in dit hoofdstuk verder onbesproken blijven.

6.4 En hoe nu verder?

Gezien de bovenstaande conclusies is er weinig hoop voor de werknemer om zijn schade vergoed te krijgen op grond van artikel 7:658 of 7:611 BW. Er is echter één redding voor de werknemer. De werknemer geeft zelf aan dat de vrachtwagen niet deugdelijk was ten tijde van het ongeval, omdat er een remdrukstoring aan de trekker zou zijn. Een dag na het ongeval heeft echter een onderzoek naar de toestand van de remmen plaatsgevonden en hieruit bleek dat beide remmen (de bedrijfsrem en de handrem) ruim boven de wettelijke normen functioneerden. De werknemer verklaart dat dit resultaat logisch is, omdat een storing niet te alle tijden speelt. Dit zorgt er ook voor dat het erg lastig is om aan te tonen dat het ongeval heeft plaatsgevonden doordat er sprake was van een remdrukstoring. Het feit dat het voertuig pas na 16 seconden ging rollen, kan wel verklaren dat er een remdrukstoring was. Een rem van een vrachtwagen heeft namelijk een alles of niet werking, dat betekent dat de rem er op staat of niet erop staat. Als de rem er af gaat, verliest het voertuig meteen de remkracht, waardoor het voertuig meteen zou moeten terugrollen. Het voertuig rolde echter pas na 16 seconden terug en een remdrukstoring zou hiervoor een verklaring kunnen zijn, omdat een rem tijdens zo'n storing kan blijven hangen.

De werkgever zal stellen dat hij wel aan zijn zorgplicht heeft voldaan, aangezien het rapport van de arbeidsinspectie, met daarbij de resultaten van de remmentest, in zijn voordeel is. Aan de hand van dit rapport kan de werkgever aantonen dat de remmen in orde waren en dat hij daardoor aan de zorgplicht heeft voldaan. Als de werknemer dan stelt dat de werkgever niet aan zijn zorgplicht heeft voldaan, omdat hij een ondeugdelijk voertuig ter beschikking heeft gesteld, zal hij dit bij betwisting ook moeten bewijzen. In de rechtspraak is namelijk bepaald dat 'als de werkgever voldoende concrete feitelijke gegevens aanvoert, zoals hij hier kan doen, dan mag van de werknemer verlangd worden dat hij die betwisting voldoende concreet motiveert'.¹⁶⁰ De werknemer zal dan moeten motiveren waarom de werkgever niet aan de zorgplicht heeft voldaan en zal dus met een concreet verhaal moeten komen met betrekking tot de remmen. Hierbij moet echter wel in ogenschouw worden genomen dat aan de motivering van de betwisting niet zodanig hoge eisen gesteld mogen worden dat afbreuk wordt gedaan aan de processuele positie met betrekking tot de stelplicht en bewijslast van de werknemer.¹⁶¹ De werknemer zal moeten

¹⁵⁸Rb. Leeuwaren 2 oktober 2012, LJN BY0862, r.o. 8.3 volgt uit HR 10 december 1999, LJN AA3837, HR 29 juni 2001, LJN AB2432 en HR 4 mei 2001, LJN AB1430

¹⁵⁹HR 17 november 1989, LJN AB9375

¹⁶⁰Hof 's-Hertogenbosch 3 juli 2012, LJN BX0429 volgt uit HR 25 mei 2007, LJN BA3017

¹⁶¹Hof 's-Hertogenbosch 3 juli 2012, LJN BX0429 volgt uit HR 25 mei 2007, LJN BA3017, r.o. 3.4.3

aantonen dat de vrachtwagen ten tijde van het ongeval ondeugdelijk was. Hij wil dit doen door middel van verklaringen van hem en andere vrachtwagenschauffeurs over de werking van een handrem van een vrachtwagen in een normale situatie en tijdens een remdrukstoring. Het is nog maar de vraag of de rechter deze verklaringen als een “concrete en gemotiveerde betwisting” ziet.

6.5 Verjaring

Het artikel waarin de verjaringstermijn voor letselschade is geregeld, is artikel 3:310 lid 5 BW. Dit lid bepaald dat de verjaringstermijn 5 jaar is. Deze termijn vangt aan vanaf het moment dat de werknemer bekend is met de aansprakelijke persoon en met zijn schade. De werknemer was vanaf het eerste moment, direct na aanvang van het ongeval, bekend met zowel de aansprakelijke persoon als de schade. De omvang van de schade stond dan wel niet direct vast, maar het was wel meteen duidelijk dat er schade was. De Hoge Raad¹⁶² oordeelde in juni 2011 dat voor de aanvang van verjaring niet vereist is dat de precieze omvang van de schade vaststaat. De verjaringstermijn is voor deze zaak dus op 24 juli 2007 aangevangen. Dat zou betekenen dat de zaak op 24 juli 2012 verjaart is. Artikel 3:317 BW biedt in dit geval een oplossing. Dit artikel geeft de mogelijkheid om een termijn te stuiten door een schriftelijke aanmaning of door een schriftelijke mededeling waarin de schuldeiser zich ondubbelzinnig zijn recht op nakoming voorbehoudt. In dit geval heeft de eerdere advocaat van de werknemer op 22 juli 2010 in een brief ondubbelzinnige aanspraak gemaakt op de schadevergoeding voor het ongeval.

6.6 Conclusie

De drie voorwaarden van het artikel 7:658 BW zijn op de betreffende casus getoetst. Nu aan de voorwaarde ‘in de uitoefening van de werkzaamheden’ is voldaan, kan geconcludeerd worden dat het ongeval van werknemer X onder de reikwijdte van artikel 7:658 BW valt. De mogelijkheid voor een beroep op artikel 7:611 BW vervalt daarmee. Voor de tweede voorwaarde, de zorgplicht, is bepaald onder welke categorie het ongeval valt. Mijns inziens is er sprake van een huis-, tuin- en keukenongeval. In dat geval hoeft de werkgever niet voor de risico’s te waarschuwen, omdat er sprake is van een alledaags gevaar, om aan de zorgplicht te voldoen. Het enige wat de werknemer in deze zaak kan aanvoeren, is dat er sprake was van een ondeugdelijk arbeidsmiddel, namelijk een remdrukstoring aan de vrachtwagen en dat daardoor het ongeval heeft plaatsgevonden. Het probleem hierbij is het leveren van bewijs. De werknemer hoeft echter niet te vrezen dat de werkgever de derde voorwaarde, opzet of bewuste roekeloosheid, kan bewijzen, want hiervan is geen sprake. Van verjaring is geen sprake, dus de werknemer maakt nog steeds aanspraak op de schadevergoeding.

¹⁶² HR 24 juni 2011, *LJN BQ2312*

In paragraaf 6.1 van dit hoofdstuk wordt antwoord gegeven op het eerste deel van de centrale vraag: “Op welke gronden en onder welke voorwaarden, volgens wet en actuele jurisprudentie, is het anno 2013 voor een werknemer mogelijk om de werkgever aansprakelijk te stellen voor lichamelijk letsel?” Het tweede deel van de centrale vraag ‘hoe worden deze gronden en voorwaarden door de praktijk ingevuld?’ wordt aan de hand van een specifieke casus in paragraaf 6.2 uitgewerkt.

7.1 De wettelijke gronden van werkgeversaansprakelijkheid in het BW

In het Burgerlijk Wetboek staan twee wettelijke gronden gecodificeerd waarop een werknemer een beroep kan doen om de werkgever aansprakelijk te stellen voor de door hem geleden schade. Allereerst is er voor de werknemer een mogelijkheid om een beroep te doen op artikel 7:658 BW als de schade in de uitoefening van de werkzaamheden is geleden. Dit artikel en de voorwaarden die hierbij spelen, worden toegelicht in paragraaf 6.1.1. Ten tweede kan de werknemer in een aantal specifieke situaties een beroep doen op artikel 7:611 BW, deze situaties zullen in paragraaf 6.1.2 uiteengezet worden.

7.1.1 Eerste wettelijke grond: artikel 7:658 BW

Artikel 7:658 BW omvat een zorgplicht voor de werkgever. Als een werknemer een beroep op dit artikel doet, moet hij stellen en eventueel bewijzen dat hij ‘schade in de uitoefening van de werkzaamheden heeft geleden’. Deze eerste voorwaarde bepaalt of een ongeval onder de reikwijdte van artikel 7:658 BW kan vallen. De werknemer kan dit aantonen als een ongeval op de werkplek en tijdens werktijd heeft plaatsgevonden. Daarnaast zal de werknemer stellen dat de werkgever zijn zorgplicht heeft. De zorgplicht is de tweede voorwaarde en vloeit voort uit de geschreven en ongeschreven normen. De geschreven normen staan gecodificeerd in de publiekrechtelijke wetgeving en de ongeschreven normen vloeien voort uit de jurisprudentie.

De zorgplicht heeft de laatste jaren veel discussies opgeleverd in de jurisprudentie. Voor een werknemer is het om de kansen in een procedure in te schatten van groot belang om te weten hoe ver deze zorgplicht reikt. In het arrest Bayar/Wijnen heeft de Hoge raad geoordeeld dat er een vijftal factoren van belang zijn, welke aansluiten op de Kelderluikcriteria, om de zorgplicht vast te stellen. Deze zijn als volgt:

1. de mate van waarschijnlijkheid waarmee het niet-inacht nemen van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid van de kant van de werknemer kan worden verwacht;
2. de hoegrootheid van de kans dat daaruit ongevallen ontstaan;
3. de ernst die de gevolgen daarvan kunnen hebben;
4. de mate van bezwaarlijkheid van de te nemen veiligheidsmaatregelen;
5. de omstandigheid in hoeverre het treffen van de na het ongeval genomen veiligheidsmaatregel, reeds voor het ongeval voor de werkgever voor de hand lag.

De eerste drie factoren stellen vast hoe gevaarlijk een situatie is en wat de mogelijke schade is die daaruit voortvloeit. Aan de hand daarvan zullen voorzorgsmaatregelen bepaald worden. De vierde factor kan deze vereiste maatregelen beperken, omdat een werkgever nou eenmaal niet alle gevaren kan voorkomen. In het arrest Bayar/Wijnen is de vijfde factor nog ontstaan. Als een werknemer na het ongeval een maatregel heeft genomen, moet gekeken worden of deze maatregel voor het ongeval ook al mogelijk was. Deze factoren bepalen dus hoe ver de zorgplicht van de werkgever moet reiken om alle gevaren in te dekken, voor zover dit van hem gevergd kan worden.

Daarnaast zijn in de jurisprudentie nog een aantal factoren ontstaan die tevens mee kunnen spelen bij het vaststellen van de omvang van de zorgplicht. Deze zijn als volgt: de eigen kennis; ervaring en verantwoordelijkheid van de werknemer; het ervaringsfeit met

de dagelijkse werkzaamheden; de meest effectieve maatregel(en) moet(en) worden gebruikt om schade te voorkomen; als er geen maatregelen mogelijk, dan moeten er instructies worden gegeven; de werkgever dient toezicht te houden op naleving van de instructies; een werkgever hoeft voor een gehandicapte werknemer niet meer inspanningen te doen.

De derde voorwaarde is dat de werkgever een beroep kan doen op bewuste roekeloos of opzettelijk handelen van de werknemer, In de jurisprudentie is bepaald dat er sprake is van bewuste roekeloosheid als "de werknemer zich tijdens het verrichten van zijn onmiddellijke aan het ongeval voorafgaande gedraging van het roekeloos karakter van die gedraging daadwerkelijk bewust zou zijn geweest".

Als een werkgever de tweede en derde voorwaarden niet kan aantonen, dan wordt hij door de rechter aansprakelijk geacht. Artikel 7:658 BW kent een alles of niets werking: de werkgever betaalt alle schade als hij aansprakelijk is of de werkgever betaalt niets als hij niet aansprakelijk is.

7.1.2 Tweede wettelijke grond: artikel 7:611 BW

De voorwaarde van artikel 7:611 BW is 'goed werkgever'. Bij artikel 7:611 BW zijn er echter maar twee categorieën mogelijk waarbij de werknemer een beroep op artikel 7:611 BW kan doen: de verkeersongevallen en overige situaties. Bij beide categorieën wordt de voorwaarde 'goed werkgever' anders ingevuld.

Verkeersongevallen

Bij de categorie verkeersongevallen kan weer een indeling worden gemaakt in een drietal (verkeers)situaties: werkverkeer, gewoon of bijzonder woon-werkverkeer en ongemotoriseerde verkeersdeelnemers.

Uit de jurisprudentie volgt dat een werkgever enkel voor een verkeersongeval aansprakelijk kan worden gesteld als aan de voorwaarde 'in de uitoefening van de werkzaamheden' van artikel 7:658 BW is voldaan. Artikel 7:611 BW is namelijk in deze gevallen een aanvulling op artikel 7:658 BW. Dit is van belang nu een beroep op artikel 7:658 BW niet mogelijk is, omdat de werkgever geen zeggenschap over de verkeerssituatie heeft. Indien de werknemer voor zijn werkzaamheden op de weg is en een ongeval krijgt, dan vindt dat ongeval in de uitoefening van zijn werkzaamheden plaats. In dat geval moet de werknemer beschermd worden en kan de werkgever voor de geleden schade aansprakelijk worden gesteld op grond van artikel 7:611 BW.

Om vast te stellen of er sprake is van bijzonder of gewoon woon-werkverkeer moet naar de feiten en bijzondere omstandigheden worden gekeken, want er zijn namelijk geen harde regels om een exact onderscheid te maken. Wel heeft de Hoge Raad in een tweetal arresten een aantal richtlijnen gegeven om vast te kunnen stellen dat er sprake is van bijzonder woon-werkverkeer, namelijk als de werknemer niet direct van zijn woonplaats naar het werk en andersom rijdt of als er sprake is van vervoer tussen verschillende vestigingen van de werkgever en als de omstandigheden er op duiden dat er sprake is van vervoer krachtens verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst. Het onderscheid tussen gewoon en bijzonder woon-werkverkeer is van belang om te bepalen of een werkgever aansprakelijk is voor de schade. Voor bijzonder woon-werkverkeer is een werkgever wel aansprakelijk, omdat dit gelijk wordt gesteld aan werkverkeer, maar gewoon woon-werkverkeer komt voor rekening van de werknemer zelf.

De laatste situatie, de ongemotoriseerde verkeersdeelnemers, is in de loop der jaren in de jurisprudentie ontstaan. Bij deze situatie wordt niet alleen getoetst of de schade in de uitoefening van de werkzaamheden heeft plaatsgevonden, maar er werd ook vastgesteld hoe ver de verzekeringsplicht ex artikel 7:611 BW gaat. Het criterium 'in de uitoefening

van de werkzaamheden' is dus ook bij de zorgplicht van artikel 7:611 BW, in geval van een verkeersongeval, de maatstaf, maar dit blijkt niet in alle gevallen de doorslag te geven. Fietsers kunnen een beroep doen op artikel 7:611 BW, maar voetgangers vallen daarentegen, ook al is de schade in de uitoefening van de werkzaamheden geleden, buiten de werking van dit artikel.

Overige situaties

Bij de situaties die onder deze categorie vallen, heeft het ongeval zich niet in de uitoefening van de werkzaamheden voorgedaan, maar bestaat er wel een samenhang tussen de arbeidsovereenkomst en de situatie waarin het ongeval heeft plaatsgevonden. De overige situaties worden onderverdeeld in drie categorieën: privésituaties, personeelsuitjes en dienstreizen. De mogelijkheid om een werkgever aansprakelijk te stellen op grond van artikel 7:611 BW voor deze drie situaties kan uit de arresten van de Hoge Raad worden opgemaakt. Voor de privésituaties is door de Hoge Raad in het arrest Reclasseringsambtenaar bepaald dat slechts onder bijzondere omstandigheden de werkgever aansprakelijk kan worden gesteld op grond van het goed werkgeverschap ex artikel 7:611 BW. Daarbij kan gedacht worden aan een voor de werkgever bekend, specifiek ernstig gevaar. Bij personeelsuitjes wordt houvast gezocht bij de zorg- en preventieplicht. Is deze geschonden, dan is de werkgever aansprakelijk. Voor dienstreizen kan een werkgever ook aansprakelijk worden gesteld als de zorg- of preventieplicht wordt geschonden of als de werkgever geen behoorlijke verzekering voor de werknemer had afgesloten.

7.2 De praktijkcasus uitgewerkt

In de praktijkcasus gaat het om een vrachtwagenchauffeur die schade heeft geleden. Allereerst moet vastgesteld worden welk artikel de primaire grondslag vormt. Dit is van belang omdat artikel 7:611 en 7:658 BW niet tegelijkertijd van toepassing zijn. Het ongeval van werknemer X heeft plaatsgevonden op de werkplek, tijdens zijn werktijd, waardoor al snel geconcludeerd kan worden dat het ongeval onder de reikwijdte van artikel 7:658 BW valt. De eerste voorwaarde 'de schade is in de uitoefening van de werkzaamheden geleden' is daardoor aangetoond. Daarnaast zal de werkgever niet betwisten dat er sprake is van schade. Na het ongeval is namelijk door twee deskundigen een rapport opgesteld, zodat de verzekeraar het bedrag voor de schadeuitkering kon betalen. Deze betaling heeft ook plaatsgevonden, waardoor de schade is erkend. De zorgplicht is in dit geval niet geschonden. Mijns inziens valt het ongeval van werknemer X namelijk onder de categorie huis-, tuin- en keukenongevallen. Hiervoor is gekeken naar de verrichte handelingen die de oorzaak zijn van het ongeval, namelijk: het negeren van een rood licht, het niet (goed) vergrendelen van de handrem bij het uitstappen van de vrachtwagen en het staan tussen de trailer en het dock. Bij al deze handelingen spelen alledaagse gevaren, waardoor de werkgever voor deze handelingen geen waarschuwplicht heeft. Als een werkgever niet waarschuwt voor alledaagse gevaren levert dit geen zorgplichtschending op. De derde voorwaarde, dat de werknemer bewust roekeloos of opzettelijk gehandeld heeft, kan de werkgever mijns inziens echter niet aantonen. Als er gekeken wordt naar de handelingen die de werknemer verricht heeft, dan kan geconcludeerd worden dat er sprake is van 'eigen schuld'. De vraag is alleen of deze eigen schuld zo ernstig is dat er sprake is van bewuste roekeloosheid of opzet. Dit is naar mijn mening niet het geval, zeker niet nu de werknemer uit een schrikreactie heeft gereageerd. Gezien de jurisprudentie slaagt een beroep op deze voorwaarde ook niet snel.

De werknemer kan alleen de werkgever aansprakelijk stellen als hij kan aantonen dat er een remdrukstoring aan de vrachtwagen was ten tijde van het ongeval. Als dit het geval is, heeft de werkgever namelijk niet aan zijn zorgplicht voldaan. Op dit moment is er enkel een rapport van de arbeidsinspectie en dit rapport spreekt het standpunt van de werknemer met betrekking tot de ondeugdelijkheid van het voertuig tegen.

Hoofdstuk 8 Aanbevelingen

Aan de hand van de conclusies, beschreven in hoofdstuk 6, kan worden vastgesteld welke gronden de werknemer heeft om de werkgever aansprakelijk te stellen en onder welke voorwaarden de schade zal worden toegekend. Daarnaast zijn de voorwaarden van artikel 7:658 BW naar aanleiding van het intake gesprek nader ingevuld. De belangrijkste conclusies daarvan komen aan bod in paragraaf 7.2 en aan de hand van deze conclusies zijn een aantal aanbevelingen opgesteld, zodat er een weloverwogen advies kan worden uitgebracht voor het vervolg van deze zaak. In dit hoofdstuk zullen de mogelijke vervolgstappen voor deze casus besproken worden.

8.1 Mogelijke vervolgstappen

De werknemer heeft schade geleden en wil deze schade vergoed krijgen. De verzekeraar van de werkgever heeft al een schadebedrag van € 11.986,69 uitgekeerd voor de blijvende invaliditeit. Deze vergoeding dekt niet alle kosten, dus de werknemer wil de resterende materiële en immateriële schade ook vergoed krijgen. Onder materiële schade de inkomens- en pensioenderving en immateriële schade is een vergoeding voor geestelijk gemis. Artikel 6:106 BW geeft de wettelijke grondslag voor de gevallen waarin een immateriële schadevergoeding mogelijk is.¹⁶³ Om de immateriële schade te berekenen, zal een letselschadespecialist ingeschakeld moeten worden.

8.1.1 De werkgever per brief aansprakelijk stellen

De eerste stap bij een letselschade zaak is om de werkgever aansprakelijk te stellen. Dit gebeurt meestal per (aangetekende) brief. In dit geval is door de eerdere advocaat van werknemer X de werkgever al per brief aansprakelijk gesteld. Na een lange tijd van corresponderen, moest geconcludeerd worden dat de standpunten van beiden te ver uiteen lagen om tot een regeling te komen. De vraag is dus in hoeverre een brief nog zinvol is. Nu er een nieuw standpunt tegenover de oude brieven naar voren is gekomen, namelijk dat de vrachtwagen ondeugdelijk zou zijn. De leidraad voor deze brief is dan ook dat er sprake was van een ondeugdelijke vrachtwagen ten tijde van het ongeval. Mocht een brief geen resultaat opleveren, dan zal mevrouw Smits in overleg met de werknemer naar een van de andere mogelijkheden, zoals beschreven in dit hoofdstuk, moeten kijken.

8.1.2 Bodemprocedure bij de kantonrechter

De mogelijkheid die een werknemer altijd heeft, is om een bodemprocedure bij de kantonrechter op te starten. De vraag is echter of in dit geval een procedure de juiste keuze is. Een groot nadeel van een bodemprocedure is dat er nogal wat kosten aan verbonden zijn. De eisende partij, in dit geval de werknemer, moet het griffierecht betalen, de kosten van de dagvaarding en - indien hij hiervan gebruik maakt - de kosten van de advocaat. Daarnaast bestaat er de mogelijkheid dat de werknemer de procedure verliest en daardoor in de kosten van de procedure wordt veroordeeld. Alvorens overgegaan wordt tot een gerechtelijke procedure is het verstandig om een goede inschatting van de winkansen voor de werknemer te maken. Aan de hand van de conclusie hieromtrent, welke staat in paragraaf 7.2, kan ik mevrouw Smits aanbevelen om goed te overleggen met de werknemer of hij wel echt een procedure wil opstarten. Is het voor hem de moeite waard om veel geld in een procedure te investeren zonder dat er een hele goede kans van slagen is?

8.1.3 Deelgeschilprocedure

Een alternatief is om een verzoek voor een deelgeschilprocedure ex artikel 1019w Rv in te dienen met betrekking tot de aansprakelijkheidsvraag. De rechter zal als eerste bepalen of een vraag zich wel leent voor beantwoording in een deelgeschil. Dit kan bepaald worden met behulp van de proportionaliteitstoets. De rechter maakt hierbij een afweging

¹⁶³ Popma e.a. 2008, p. 253

tussen de investering van tijd en geld in een procedure en het belang van de vordering. Als partijen van mening verschillen over de aansprakelijkheid, zoals hier het geval is, kan dit geen buitengerechtelijke onderhandelingen opleveren. De beslissing van een deelgeschil dient dan ook om de onderhandelingen voor het totstandkomen van een vaststellingsovereenkomst te bevorderen. Een nadeel van een deelgeschilprocedure is dat het een concrete vraag moet zijn. Er kan dus alleen gevraagd worden of de werkgever in deze omstandigheden aansprakelijk is. Het technische aspect met de handrem kan niet in een deelgeschil worden voorgelegd, omdat hier een andere procedure voor open staat: het voorlopig deskundigenbericht. Dit komt nog aan de orde in paragraaf 8.1.4. Een groot voordeel van een deelgeschilprocedure is het kostenaspect. Het doel van een deelgeschilprocedure is om de partijen er uiteindelijk buiten rechte uit te laten komen, waardoor het belangrijk is dat ze laagdrempelig zijn. De wetgever heeft bepaald dat de kosten van de procedure als buitengerechtelijke kosten (ex artikel 6:96 lid 2 BW) worden gezien, dus dat betekent dat de (redelijke) kosten van de werknemer vergoed moeten worden door de werkgever. Hiervoor maakt het niet uit of de werknemer het deelgeschil wint of verliest. Dit is dus anders dan de kostenveroordeling bij de bodemprocedure. Er moet wel rekening worden gehouden met het feit dat de kosten alsnog voor de werknemer kunnen komen indien de aansprakelijkheid niet wordt vastgesteld of als er sprake is van eigen schuld van de werknemer. Ten slotte moet de werknemer er op gewezen worden dat tegen een oordeel van de rechter bij een deelgeschilprocedure geen hoger beroep kan worden ingesteld. Er moet dus rekening worden gehouden met het feit dat dit oordeel van grote invloed is op het verdere verloop.

8.1.4 Deskundigenoordeel

Naar mijn mening moet de werknemer, wil hij een goede kans maken om de werkgever aansprakelijk te stellen, kunnen aantonen dat zijn vrachtwagen niet deugdelijk was ten tijde van het ongeval. Het probleem hierbij is dat een dag na het ongeval een test gedaan is met betrekking tot de remmen van het voertuig en dit een positief resultaat voor de werkgever opleverde: de vrachtwagen werd in orde bevonden. Dit staat zwart op wit vast in het rapport van de arbeidsinspectie. Het probleem is echter dat het lastig is om een storing aan te tonen, want een storing speelt niet altijd. Aan de hand van de geschetste feiten zou geconcludeerd kunnen worden dat er ten tijde van het ongeval wel degelijk sprake was van een storing. In de normale situatie zou dit ongeval hoogstwaarschijnlijk niet zo gebeurd zijn, dus in dat geval zou de storing de toedracht van het ongeval kunnen verklaren. Het probleem is dat dit wel vastgesteld zal moeten worden door een deskundige. De werknemer heeft dus de mogelijkheid om een verzoek voor een voorlopig deskundigenbericht in te dienen bij de kantonrechter. Een groot nadeel hierbij zijn de kosten die eraan verbonden zijn, die kunnen hoog oplopen. En nu artikel 195 Rv zegt dat de eisende partij de kosten van de deskundige in beginsel moet betalen, zal de rekening hiervan bij de werknemer terecht komen. Pas als in het voordeel van de werknemer wordt beslist, kan door de rechter worden bepaald dat de werkgever (mee) moet betalen. Daarnaast is het mogelijk dat de rechter in een bodemprocedure beslist dat er bewijs geleverd moet worden door middel van een deskundigenoordeel. Ook dan zal de werknemer in beginsel de kosten dragen. Ten slotte kan er buiten de rechter om een deskundige worden ingeschakeld. Dit kan in samenspraak met de werkgever worden bepaald, maar ook door de werknemer alleen.

8.2 Doelstelling

De centrale vraag 'op welke gronden en onder welke voorwaarden, volgens wet en jurisprudentie, is het anno 2013 voor een werknemer mogelijk om de werkgever aansprakelijk te stellen voor lichamelijk letsel en hoe worden deze ingevuld door de praktijk?' is in het vorige hoofdstuk beantwoord. Het antwoord op deze vraag is niet eenduidig te formuleren, omdat het veelal in de jurisprudentie wordt ingevuld. Aan de hand van het antwoord op het tweede deel van de vraag 'en hoe worden deze ingevuld door de praktijk' zijn de aanbevelingen van dit hoofdstuk geschreven.

Evaluatie

De evaluatie is het laatste onderdeel van deze scriptie. Hierbij wordt een terugblik op het verloop van het onderzoek gegeven en staat de bruikbaarheid van de onderzoeksresultaten centraal.

Het doel van dit onderzoek was om duidelijkheid te scheppen met betrekking tot de gronden en de voorwaarden die daarbij horen om een werkgever aansprakelijk te stellen. Uit de jurisprudentie blijkt helaas dat de voorwaarden het niet toelaten om 'hard en fast rules' te formuleren. Dit komt door de grote diversiteit aan zaken waarin beide artikelen een rol kunnen spelen. Wanneer de rechter specifieke regels gaat formuleren, moet er rekening worden gehouden met een specifieke zaak, maar tegelijkertijd met alle andere gevallen. Een voorspelbare uitkomst is dus geen mogelijkheid. Wel kan er geconstateerd worden dat er voor beide artikelen - op dit moment - een eindpunt voor de rechtsontwikkeling is. In 2011 heeft de Hoge Raad op de rem getrapt voor artikel 7:611 BW. Een jaar later heeft de A-G in een drietal arresten vastgesteld dat artikel 7:658 BW naar alle waarschijnlijkheid voorlopig niet aan verandering onderhevig zal zijn. Indien de werkgever het artikel zal uitbereiden of verduidelijken, kan dit het geval zijn, maar hierbij is geen rol voor de rechter weggelegd.

Artikel 7:611 BW geeft in zekere zin het beste antwoord op de centrale vraag. Bij dit artikel staat duidelijk vast welke categorieën ongeveallen onder de werkingssfeer van dit artikel valen. Het is ook helder hoe de voorwaarde 'goed werkgever' door beide categorieën ingevuld wordt. Bovendien staat vast dat bij een van de categorieën, de verkeersongevallen, een extra criterium wordt getoetst om voor een schadevergoeding in aanmerking te komen. Al met al levert alleen het verschil gewoon of bijzonder woon-werkverkeer nog onduidelijkheid op bij dit artikel. Bij artikel 7:658 BW daarentegen blijven nog een aantal vragen onbeantwoord. De eerste en derde voorwaarden van het artikel zijn in de meeste gevallen duidelijk en goed in te schatten, de tweede voorwaarden kan daarentegen is daarentegen nog wat onduidelijk. Uit de jurisprudentie, tot het moment van het afronden van dit onderzoek, kunnen bij dit artikel wel een aantal factoren geformuleerd worden. Deze factoren geven een invulling voor de voorwaarde, 'de zorgplicht', welke het onzekerst is. Deze factoren kunnen een houvast bieden voor het inschatten van de mogelijkheid op een schadevergoeding, dus in die zin zijn de resultaten van het onderzoek goed bruikbaar voor het oplossen van een praktijkcasus. Een rechtshulpverlener dient er wel altijd rekening te houden dat na het nalopen van deze factor de uitkomst nog steeds niet voorspelbaar is.

De conclusie is dus dat niet beide artikelen een concreet antwoord op de centrale vraag van dit onderzoek geven. Toch zijn de onderzoeksresultaten bruikbaar om een inschatting voor een casus te maken, dus in die zin is het onderzoek zeker bruikbaar voor de praktijk. Het definitieve antwoord op een juridische casus met betrekking tot dit onderwerp zal alleen niet vaststaan tot dat er een oordeel van de rechter is. Als de rechtshulpverlener een inschatting van de zaak heeft gemaakt, kan hij -in overleg met de werknemer - een vervolgstap kiezen. De mogelijke vervolgstappen volgen uit de aanbevelingen.

Literatuurlijst

Boeken

Brahn en Reehuis 2010

O. Brahn en W. Reehuis, *Zwaartepunten van het vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

Cenik 2010

Y. Cenik, *Bijzondere gevallen van werknemersschade*, Tilburg: Celsus juridische uitgeverij 2010.

Dongelen van 2010

J. van Drongelen, *Arbeidsomstandighedenrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2010.

Drongelen van en Hofsteenge 2012

J. van Drongelen en J. Hofsteenge, *Handboek Arboret*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012.

Drongen van e.a. 2009

J. van Drongelen e.a., *Individueel arbeidsrecht 2*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2009.

Genderen van e.a. 2010

D. van Genderen e.a., *Arbeidsrecht in de praktijk*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010.

Lindenbergh 2000

S. Lindenbergh, *Arbeidsongevallen en beroepsziekten*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.

Loonstra en Zondag 2010

C. Loonstra en W. Zondag, *Arbeidsrechtelijke thema's*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Popma e.a. 2008

J. Popma e.a., *Het recht op veilige, gezonde en waardige arbeid*, Nieuwerkerk aan den IJssel: Gelling Publishing 2008.

Artikelen

Bergwerf en Kruit 2008

V. Bergwerf en P. Kruit, 'Art. 7:658 en het belang van de arboregels.', *Arbeidsrecht* 2008/10, p.3.

De Boer 2011

N. de Boer, 'Werkgeversaansprakelijkheid en de verzekeringsplicht van werkgevers ingevolge artikel 7:611 BW', *Juridisch up to date* 22 december 2011, nummer 23, p.19

De Boer 2012

N. de Boer, 'Is de rechtspraak omtrent de zorgplicht van de werkgever ex artikel 7:658 BW uitontwikkeld?', *Juridisch up to date* 20 december 2012, nummer 23, p.22,

Klaassen 2008

C. Klaassen, 'De aansprakelijkheid van de werkgever op grond van art. 7:658 BW, hoe staat het ermee?', *SMA* mei 2008, nummer 5, p.156.

Krispijn 2013

A. Krispijn, 'Art. 7:658 BW en de eigen verantwoordelijkheid van de ervaren werknemer.', PIV-bulletin 11 februari 2011.

Krispijn en Oskam 2008

A. Krispijn en P. Oskam, 'Werkgeversaansprakelijkheid: brengt de recente rechtspraak ons een stap verder?', Tijdschrift voor vergoeding personenschade 2008, nummer 3, p.83

Quist 2010

J. Quist, 'De werkgever en het kelderluik over toepassing van de Kelderluik-criteria bij artikel 6:162 en artikel 7:658 BW', Arbeidsrechtelijke Annotaties 2010, aflevering 1.

Vegter 2005

M. Vegter, 'Aansprakelijkheid voor psychisch letsel op de voet van artikel 7:658 BW.', Tijdschrift voor vergoeding personenschade 2005, nummer 2, p. 49

Electronische bronnen

- www.alphens.nl/nieuws/overig/3927,astro-controls-fout-bij-ernstig-bedrijfsongeval.html > 18 februari 2013
- www.eemskrant.nl/index.php?id=5009 > 18 februari 2013
- www.rijnmond.nl/nieuws/22-02-2013/man-zwaar-gewond-bij-bedrijfsongeval-gorinchem > 18 februari 2013
- bedrijfsongeval.blogspot.nl > 15 mei 2013
- www.rechtspraak.nl/Organisatie/HogeRaad/OverDeHogeRaad/cassatierechtspraak/Pages/default.aspx > 24 mei 2013
- www.encyclo.nl/begrip/keg > 10 mei 2013
- Causaal verband < www.letselschade-kenniscentrum.nl/schending-verkeers-of-veiligheidsnormen.php> 23 mei 2013
- www.letselschade-kenniscentrum.nl/verhouding-tussen-artikel-7-658-7-611-bw.php > 14 mei 2013
- www.hetwetsbureau.nl/rechtsgebieden> 22 april 2013
- www.arboportaal.nl/onderwerpen/veilig-werken/voorkomen-van-ongevallen/arbeidsongeval.html 18 mei 2013