

W.H. van Boom, Annotatie bij HR 14 oktober 2005, C04/200HR , NJ 2005, 539 (City Tax BV / De Boer)

eerder gepubliceerd in Jurisprudentie Aansprakelijkheid 2006//1, nr. 10, p. 103-106

Negeren inrijverbod bewust roekeloos?

Een taxichauffeur neemt op een nachtelijke rit dezelfde route die hij de dag ervoor zonder problemen ook al had gebruikt, maar in het duister komt hij met zijn taxi in een stuk (intussen?) uitgefreesd wegdek terecht. De schade aan de ruim tien jaar oude taxi bedraagt ruim hfl. 8.000 (ongeveer € 3600) en de werkgever is kennelijk niet casco-verzekerd tegen deze schade. Ik maak mij sterk dat de chauffeur in dit geval ook geen aansprakelijkheidsverzekering had, want dergelijke voorvallen plegen niet onder WAMPolis of AVP te worden gedekt.

Het gaat hier dus waarschijnlijk om een zuivere aansprakelijkheidskasus zonder verzekeringsperikelen, en dan komt de beschermingsidee van artikel 7:661 BW duidelijk naar voren. Die idee is simpel gezegd dat de werknemer als sociaal-economisch zwakkere behoudens opzet of bewuste roekeloosheid niet de lasten van zijn onzorgvuldige taakuitoefening behoort te dragen, mede gezien het ervaringsfeit dat waar (met routine) gewerkt wordt, ook fouten worden gemaakt. Het is integendeel de werkgever die de lusten én lasten van de opgedragen werkzaamheden draagt. Dit stelsel is een 'alles-of-niets' stelsel van risicotoedeling: ófwel de werkgever draagt de schade in het geheel, ófwel de werknemer. Gedeelde draaglast kent dit systeem niet, en dat brengt met zich dat opzet en bewuste roekeloosheid eng geïnterpreteerd en zelden bewezen worden.

Tegen deze achtergrond verbaast het mij dat hier 'bewuste roekeloosheid' is bepleit. Taxichauffeurs zullen niet altijd even voorzichtig met het wagenpark omspringen, maar het inrijden van een gestremde weg, waar bestemmingsverkeer wél mocht inrijden, kan als zodanig toch bezwaarlijk als bewust roekeloos worden gezien?¹ Ik zou menen dat als een weg openstaat voor verkeer, ook al is het slechts bestemmingsverkeer, de gebruiker mag verwachten dat hij de weg kan gebruiken zonder risico van beschadiging. En als dat vertrouwen geschaad wordt, zoals hier, ligt het voor de hand om de wegbeheerder ter verantwoording te roepen.²

Wat is bewust roekeloos?

Van bewust roekeloos handelen van de werknemer is pas sprake, indien de werknemer zich tijdens het verrichten van zijn onmiddellijk aan het ongeval voorafgaande gedraging van het roekeloos karakter van die gedraging daadwerkelijk bewust is, aldus de Hoge Raad [104] in *Pollemans/Hoondert* (HR 20-09-1996, NJ 1997, 198). In die zaak ging het om toepassing van (thans) art. 7:658 BW, terwijl het hier draait om artikel 7:661 BW. In de literatuur is wel bepleit om een andere uitleg toe te passen bij die laatstgenoemde

¹ Misschien is sprake van opzettelijk negeren van het inrijverbod, maar nergens blijkt dat die opzet op de beschadiging gericht is geweest.

² Vgl. HR 20 maart 1992, NJ 1993, 547 (Bussluis).

bepaling,³ maar daar wil de Hoge Raad niets van weten. Het Hof heeft hier terecht, aldus de Hoge Raad, de maatstaf toegepast die de Hoge Raad al eerder hanteerde bij artikel 7:658 BW. Ik voeg daar aan toe dat het Hof meer heeft gedaan dan het enkele toepassen van die maatstaf; het Hof heeft de maatstaf ook *ingevuld*. Het Hof overweegt namelijk dat van bewuste roekeloosheid sprake zou zijn geweest als de chauffeur zich ervan bewust was dat door zijn handelen de kans dat het ongeval zich zou verwezenlijken aanzienlijker groter was dan de kans dat dit niet zou gebeuren, maar hij zich door die wetenschap niet heeft laten weerhouden om de handeling te verrichten.

De aldus ingevulde maatstaf die het Hof hanteert, is ontleend aan vervoerrechtelijke rechtspraak van de Hoge Raad.⁴ Het onderhavige arrest van de Hoge Raad laat zich niet duidelijk uit over de vraag of dit een juiste invulling is,⁵ en het is de vraag of de Hoge Raad die maatstaf desgevraagd ook werkelijk zal willen toepassen buiten het vervoerrecht. De maatstaf is in elk geval op papier een fraaie verwoording van een intuïtief wegingsproces dat de werknemer intellectueel moet hebben verricht. Als we de maatstaf serieus nemen, zal zij overigens strenger zijn dan een maatstaf waarbij roekeloosheid gekoppeld wordt aan een ‘niet te verwaarlozen kans’ of een ‘aanmerkelijke kans’.⁶ Of dat gelukkig is, kan worden betwijfeld. Wie elke dag bewust aan bumperkleven doet, komt *meestal* ’s avonds heelhuids thuis. *Soms* niet. Hoewel bij dergelijk gedrag de kans dat zich geen ongeval voordoet, heel wel groter zal zijn dan de kans dat zich wél een ongeval voordoet, zou ik liever toch niet willen uitsluiten dat bumperkleven bewust roekeloos is. De aan het vervoerrecht ontleende maatstaf sluit dat naar mijn mening uit en dus is hij weinig aantrekkelijk.

Bewijslastverdeling

Het is de werkgever die bewuste roekeloosheid dient te bewijzen.⁷ Op grond van de gewone regels van het bewijsrecht is wel een omkering van die bewijslast mogelijk (zie art. 150 Rv.), maar daarvan zal de rechter gezien de ratio van art. 7:658 / 661 BW terughoudend gebruik moeten maken. Wel is op grond van het recente arrest *Diabetische koerier* (HR 2-12-2005, C04/353HR, JA 2006, nr. 12, elders in deze aflevering opgenomen) mogelijk dat de rechter het bewijs van bewuste roekeloosheid geleverd acht als de gedraging daar alle uiterlijke kenmerken van vertoont en de werknemer daar een onvoldoende gemotiveerde betwisting tegenover stelt.

De regel dat degene die door het plegen van een onrechtmatige daad een bepaald risico in het leven roept, het ontbreken van causaal verband moet aantonen als dat risico zich heeft verwezenlijkt (de zogenaamde omkeringsregel), is hier niet van toepassing. Uiteraard niet, zou ik bijna willen zeggen. Toch kan in andere omstandigheden de ratio van de omkeringsregel wél relevant zijn. De aanspraak uit art. 7:658 BW vervalt namelijk pas als het ongeval *in belangrijke mate* het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer. Het moet er daarbij om gaan dat het tekortschieten van de werkgever in causale zin ‘in het niet valt’ bij de laakbaarheid van het gedrag van de werknemer, aldus

³ Zie de verwijzingen bij de conclusie van P-G Hartkamp onder 17.

⁴ HR 5 januari 2001, NJ 2001, 391 en 392.

⁵ Wellicht in bevestigende zin: T. Hartlief, WPNR 6646 (2005), p. 954 voetnoot 10.

⁶ Vgl. Haak en Koot, in: K. F. Haak en F. L. Koot (red.), *Bewuste roekeloosheid in het privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 21-22.

⁷ S. D. Lindenbergh, *Arbeidsongevallen en beroepsziekten*, Deventer: Tjeenk Willink 2000, p. 64 e.v., m.n. p. 68-69.

de Hoge Raad in *Pollemans/Hoondert*.⁸ Denkbaar is dat het bewijs van die relatieve zwaarte van oorzaken – voor zover men in dat verband werkelijk van bewijs kan spreken – onder omstandigheden aan de werknemer opgedragen wordt. Neem bijvoorbeeld een werknemer die een bedrijfsauto bestuurt, die vele en ernstige verkeersovertredingen maakt, en die ten slotte de macht over het stuur verliest. Het komt vast te staan dat de bewuste roekeloosheid sprake is, maar het komt ook vast te staan dat de bedrijfsauto ernstige gebreken vertoont waar de werkgever verantwoordelijk voor is. Wie bewijst nu of de bewuste roekeloosheid al dan niet in belangrijke mate het ongeval heeft veroorzaakt? Het lijkt mij niet ondenkbaar dat dát bewijs door de werknemer wordt bijgebracht indien zijn bewuste roekeloosheid vaststaat. Intussen lijkt de hoofdregel te zijn dat de bewijslast op de werkgever rust.

Afwijken van de wettelijke risicotoedeling

De wettelijke risicotoedeling van artikel 7:661 BW is dat de werkgever in beginsel zijn eigen schade draagt, maar afgezien van opzet en bewuste roekeloosheid is ook op twee andere gronden afwijking van die regel mogelijk: enerzijds kan *contractueel* worden afgeweken, anderzijds kan *de rechter* op grond van de concrete casus afwijken van de wettelijke risicotoedeling.

Voor het eerste geval geldt artikel 7:661 lid 2 BW, dat kort en goed bepaalt dat afwijking alleen bij schriftelijke overeenkomst mogelijk is én slechts *voorzover* de werknemer verzekerd is. Wat betreft dit laatste heeft de werkgever er dus belang bij er voor te zorgen dat die verzekering daadwerkelijk bestaat. Het geven van een onkostenvergoeding met de onderliggende afspraak dat de werknemer met die vergoeding een aansprakelijkheidsdekking aanschaft, lijkt mij naar geldend recht onvoldoende waarborg voor de mogelijkheid van verhaal door de werkgever.⁹

Naar geldend recht is afwijken bij contract dus slechts onder strikte voorwaarden mogelijk. Naar wenselijk recht zou hier naar mijn mening meer ruimte moeten worden gecreëerd. Opzet en bewuste roekeloosheid zijn vrijwel niet te bewijzen en contractueel afwijken kan alleen als de werknemer verzekerd is. Dat betekent per saldo dat het vrijwel niet mogelijk is om aan individuele werknemers financiële prikkels tot voorzichtigheid te geven.¹⁰ Juist bij beroepen (zoals dat van taxichauffeur) waar het individuele gedrag van de werknemer bepalend is voor de schadelast van de werkgever, is er tegen de achtergrond van de huidige sociaal-economische verhoudingen wel iets voor te zeggen om bij CAO de risicoverdeling anders te leggen. Uiteraard is het weinig aantrekkelijk (en evenmin zinvol) om in een groot schadegeval de gehele last bij de onverzekerde

⁸ Vgl. Loonstra en Zondag, in: K. F. Haak en F. L. Koot (red.), *Bewuste roekeloosheid in het privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 65.

⁹ Dit is wellicht anders als men de lijn doortrekt die mogelijk volgt uit HR 9 augustus 2002, NJ 2004, 235 (De Bont/Oudenallen). Dit arrest lijkt namelijk minder streng voor wat betreft onkostenvergoedingen die mede beogen te strekken tot het nemen van een ongevallenverzekering (hier dus: een aansprakelijkheidsverzekering) door de werknemer. Uit het arrest zou men wellicht (a contrario) kunnen afleiden dat er geen grond voor vergoeding (hier dus: een grond voor verhaal) is als de werknemer moest begrijpen dat hij met de onkostenvergoeding een verzekering had moeten aanschaffen.

¹⁰ Artikel 1.4 -10 van de CAO Taxivervoer 2004 is wat dat betreft volstrekt overbodig.

werknemer te leggen, maar een boetestelsel, een bonus/malus stelsel¹¹ en wat dies meer zij kan onder omstandigheden toch mogelijk ook een bijdrage aan preventie leveren.¹² Dan ontstaat ook meer harmonie met de gangbare praktijk¹³ – die overigens in strijd is met het fiscale arrest HR 3 januari 2001, Nr. 35438, JAR 2001, 57, r.ov. 3.4 – om verkeersboetes wél integraal aan de werknemer door te berekenen.

Voor het tweede geval, namelijk het geval waarin *de rechter* gemotiveerd afwijkt van de risicotoedeling, geldt de maatstaf uit de laatste zin van art. 7:661 lid 1 BW (“Uit de omstandigheden van het geval kan, mede gelet op de aard van de overeenkomst, anders voortvloeien dan in de vorige zin is bepaald.”).¹⁴ Die maatstaf is niet verder uitgewerkt. In de parlementaire geschiedenis wordt de situatie genoemd waarin de werknemer tegen aansprakelijkheid verzekerd is.¹⁵ Van andere omstandigheden die mogelijk relevant zijn, worden wel genoemd: de opgedragen [106] werkzaamheden, het risico dat de opgedragen werkzaamheden meebrengen, de duur van de dienstverhouding, de grootte van de beloning (Asser-Hartkamp I, nr. 150). In welke richting deze omstandigheden wijzen, is niet altijd even duidelijk. Neem bijvoorbeeld het gezichtspunt van *risico*: de werkzaamheden van een taxichauffeur brengen ongetwijfeld een verhoogd risico op schadetoebrenging met zich, temeer omdat chauffeurs waarschijnlijk niet altijd de hoogst mogelijke mate van voorzichtigheid in acht nemen. Dat is naar geldend recht (zie het onderhavige arrest, r.ov. 3.4.2) een reden om de chauffeur te beschermen tegen de financiële gevolgen van schade aan de taxi. Bij een relatief groot risico ligt het dus kennelijk niet voor de hand om van de wettelijke risicotoedeling af te wijken. Is dat bij een minimaal risico dan anders? En zo ja, waarom dan? Per saldo biedt dit gezichtspunt weinig houvast.

Conclusie

Dit is een weinig verrassend arrest, want het is volkomen in lijn met de eerdere rechtspraak. De argumenten die in de literatuur zijn gegeven voor een minder strenge invulling van ‘bewuste roekeloosheid’ worden niet gevolgd. Dat geeft aanleiding tot bezinning op de argumentatie van de Hoge Raad. Die is voornamelijk wetsystematisch van aard. Het moge zo zijn dat bescherming van een werknemer een belangrijke waarde is die zowel aan artikel 7:658 als aan 7:661 BW ten grondslag ligt, maar er kan toch goede grond zijn om wat betreft de mogelijkheid tot contractuele afwijking (wettelijk) te differentiëren tussen artikel 7:658 en 7:661 BW. Bescherming tegen de financiële gevolgen van ernstig letsel is van een geheel andere orde dan bescherming tegen de financiële gevolgen van blikshade van de werkgever. Als die laatste bij collectieve arbeidsovereenkomst een afgewogen bonus/malus systeem voor blikshade en verkeersboetes heeft opgezet, kan daar een goede reden voor bestaan, zoals het prikkelen tot voorzichtigheid door middel van beperkte financiële consequenties voor de betrokken

¹¹ Afgewezen door Ktr. Tilburg 6 november 1997, JAR 1997, 254; zie C. J. Loonstra en W. A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: BJU 2004, p. 256-257.

¹² Ik schrijf ‘mogelijk’, want eigenlijk zou empirisch onderzoek naar dergelijke prikkels zinvol kunnen zijn.

¹³ Zie bijvoorbeeld art. 1.4 -11 CAO Taxivervoer 2004.

¹⁴ Dezelfde maatstaf geldt op grond van art. 6:170 lid 3 BW voor de toedeling van de draagplicht bij schade toegebracht aan derden.

¹⁵ Zie losbl. Onrechtmatige daad, artikel 170, aant. 75 (Oldenhuis).

werknemers. Om dat mogelijk te maken is wijziging van art. 7:661 lid 2 BW nodig, want naar huidig recht zijn dergelijke systemen vernietigbaar.¹⁶

W.H. van Boom

¹⁶ Art. 7:661 lid 2 BW jo. 3:40 lid 2 BW. Vgl. Klaassen, in: C. J. M. Klaassen (red.), *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*, Deventer: Kluwer 2003, p. 46-47.