

Willem van Boom*

OUBLIÉ D'ASSURER, OBLIGÉ DE COMPENSER?

Enige opmerkingen over aansprakelijkheid van de werkgever wegens
het niet verzekeren van zijn werknemer

1. De verschuiving van art. 7:658 naar art. 6:248 jo. 7:611 BW

Voor gevallen waarin een werknemer letsel of zaakschade lijdt als gevolg van een eigen fout of een onbekende oorzaak, kon tot voor kort de werkgever eigenlijk niet aansprakelijk worden gesteld. De basis voor werkgeversaansprakelijkheid was namelijk kort gezegd het handelen in strijd met de materiële zorgvuldigheidsnorm van art. 7:658 BW of een specifieke risicoaansprakelijkheid (bijvoorbeeld art. 6:170 of 6:174 BW). Gevallen waarin de werknemer schade opliep die wel gerelateerd was aan het werk maar waarin van enige schending van een zorgplicht van de werkgever niet gesproken kon worden, bleven buiten het bereik van het aansprakelijkheidsrecht. Dat had de Hoge Raad expliciet beslist in *De Kok/Jansen's Schoonmaakbedrijven*.¹ Daar heette het namelijk:

‘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 werk-

- * Prof. mr. W.H. van Boom, Hoogleraar privaatrecht, Rotterdam Institute of Private Law, Erasmus Universiteit Rotterdam. De bijdrage werd begin april 2006 afgesloten. Met dank aan T. Hartlief en S.D. Lindenbergh voor commentaar bij een eerdere versie
1. HR 17 november 1989, *NJ* 1990, 572 (*De Kok/Jansen's Schoonmaakbedrijven*). A-G Spier, in zijn conclusie bij HR 18 maart 2005, *JA* 2005, 53, *JAR* 2005, 100 (*KLM/De Kuijer*) onder 6.4 nuanceert dit arrest m.i. te sterk (in dezelfde zin als Spier overigens F.T. Oldenhuis, in zijn annotatie bij genoemd arrest in *NTBR* 2006, 2, p. 72). Daar valt veel tegen in te brengen (zie hierna). Ik denk dat we er beter aan doen om toe te geven dat het arrest *De Kok/Jansen's Schoonmaakbedrijven* niet langer het geldend recht weergeeft en dat de Hoge Raad is omgegaan (waarschijnlijk al in HR 16 oktober 1992, *NJ* 1993, 264 (*Schuitmaker/Bruinsma Tapijt*)).

gever een aansprakelijkheid zou worden gelegd zonder dat er sprake is van een tekortkoming aan zijn kant.²

Als gevolg hiervan bleven met name werknemers zonder vergoeding achter wanneer het ongevallen betrof die verder verwijderd waren van de eigenlijke werkplek. Hierbij kan worden gedacht aan ongevallen bij woon-werkverkeer, verkeersongevallen van 'rijdende werknemers' of werknemers die geregeld andere bedrijven bezoeken, maar ook aan meer ongewone ongevallen zoals de mishandeling buiten werktijd en werkplek in de zaak *Reclasseringsambtenaar*.³

Het is natuurlijk bekend dat de zorgplicht van art. 7:658 BW bij dit type ongevallen buiten de eigenlijke werkplek en -tijd niet zonder betekenis is; denk bijvoorbeeld aan de plicht van de werkgever om de werknemer goed te instrueren en van goed materiaal te voorzien als deze buiten de werkplek treedt.⁴ Toch is duidelijk dat de zorgplicht van de werkgever voor ongevallen die verder van het werk verwijderd zijn qua tijd of plaats in veel gevallen minder snel tot aansprakelijkheid zal leiden. Het gaat dan namelijk in veel opzichten om risico's die de werkgever in het geheel niet kan beheersen of verminderen, zoals de risico's van het verkeer. En voor die risico's is de zorgplicht van art. 7:658 BW eindig.

Daar waar art. 7:658 BW eindigt, lijkt inmiddels een steeds ruimere uitleg aan art. 6:248 jo. 7:611 BW te worden gegeven. Zo heeft de Hoge Raad voor de groep van werknemers die als bestuurder van een motorrijtuig schade lijden waar geen andere persoon voor verantwoordelijk kan worden gehouden – denk aan eenzijdige ongevallen of ongevallen die geheel aan de schuld van de werknemer zijn te wijten – het goed werkgeverschap als bron van aansprakelijkheid 'ontdekt'.

Aan die 'ontdekking' ging het enigszins onderschatte arrest *Schuitmaker/Bruinsma Tapijt* vooraf. Die zaak betrof casco'schade aan de auto van een werknemer, die hij met een beroep op art. 6:248 BW kon verhalen op de werkgever.⁵ De werknemer moest zijn auto namelijk uit hoofde van zijn werkzaamheden gebruiken voor het rondbrengen van bestellingen voor de werkgever. Gegeven het stelsel van bescherming van de werknemer tegen aansprakelijkheid voor schade van de werkgever (art. 7:661 BW) en tegen draagplicht voor schade van derden (art. 6:170 BW), brengt de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid met zich dat de werkgever de cas-

2. Vgl. B. Barentsen, *Arbeidsongeschiktheid - Aansprakelijkheid, bescherming en compensatie* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003, p. 29, die kennelijk uit dit arrest afleidt dat 'geen plaats is voor een algemene verplichting van de werkgever' (zijn cursivering) om werknemers te compenseren. Ik zou menen dat het arrest voor het daar bedoelde geval in het geheel geen verplichting toestaat.
3. HR 22 januari 1999, NJ 1999, 534.
4. Vgl. HR 19 oktober 2001, NJ 2001, 663 (PTT Post/Baas).
5. HR 16 oktober 1992, NJ 1993, 264.

coschade van de werknemer behoudens opzet of bewuste roekeloosheid vergoedt. Dat *kan* anders zijn, aldus toen nog de Hoge Raad, als er een andersluidende afspraak is gemaakt. Uit een desbetreffend beding, bijvoorbeeld met betrekking tot de autokosten, kan anders voortvloeien.

‘Zo kan het zijn dat de toekenning van deze kosten mede ertoe strekt om eventuele onverhaalbare schaden aan de auto of de premie van een hierop betrekking hebbende verzekering te vergoeden’

aldus de Hoge Raad.

Het arrest *Schuitmaker/Bruinsma Tapijt* is veelal aldus uitgelegd dat de werkgever aan zijn aansprakelijkheid kon ontkomen indien aangetoond kon worden dat een kilometervergoeding was gegeven met daarin expliciet een component voor het afsluiten van een cascoschadeverzekering.

Baanbrekend bleek de herontdekking van *Bruinsma Tapijt* in het arrest *Vonk Montage/Van der Hoeven*. Daarin oordeelde de Hoge Raad dat onder omstandigheden het goed werkgeverschap uit art. 7:611 BW tóch tot vergoeding verplicht ook als de werkgever geen fout heeft begaan.⁶ Het ging in die zaak om een werknemer die (bij toerbeurt) de bedrijfsauto moest besturen op weg naar een klus; bij een eenzijdig ongeval raakte hij en zijn collega's gewond. Terwijl zijn collega's een beroep konden doen op de WAM-dekking (hij had immers als bestuurder een fout gemaakt waarvoor de WAM-verzekering op zichzelf wel dekking bood, maar deze biedt geen dekking voor schade van de veroorzaker zélf), bleef de besturende werknemer zélf zonder vergoeding achter. Tegen die achtergrond had de feitenrechter niet onbegrijpelijk geoordeeld door in de gegeven omstandigheden aanleiding te zien om de werkgever niettemin aansprakelijk te achten. Voor het overige achtte de Hoge Raad de afweging van de verschillende omstandigheden te feitelijk om indringender te toetsen.

In *De Bont/Oudenallen* vervolgt de Hoge Raad de ingeslagen weg.⁷ In deze zaak betrof het letsel- en zaakschade van een werknemer die door eigen schuld een verkeersongeval had veroorzaakt; ook hier kregen de andere inzittenden vergoeding via de WAM. De bestuurder was voor zijn werk onderweg naar een klus. Hij kreeg voor dat woon-werkverkeer in zijn eigen auto op grond van de CAO een onkostenvergoeding. Kenmerkend, aldus de Hoge Raad, is dat het hier ging om vervoer krachtens de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst en in het kader van de voor de werkgever uit te voeren werkzaamheden op een andere plaats dan op de werkplek. Dan heet het:

6. HR 12 januari 2001, *NJ* 2001, 253, *JAR* 2001, 24: 'een werkgever (kan) onder omstandigheden jegens zijn werknemer aansprakelijk (...) zijn voor diens schade, ook al is aan de vereisten van art. 7A:1638 (oud) BW respectievelijk art. 7:658 BW niet voldaan.'

7. HR 9 augustus 2002, *NJ* 2004, 235.

‘Daaruit vloeit voort dat de werkgever, gezien de aard van de arbeidsovereenkomst en de eisen van redelijkheid en billijkheid als bedoeld in art. 6:248 lid 1 BW, in beginsel de niet door een verzekering gedekte schade die de werknemer lijdt doordat hij tijdens vervoer als hiervoor bedoeld een verkeersongeval heeft veroorzaakt, heeft te dragen behoudens in het, zich hier niet voordoende, geval van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer.’

Wel wordt door de Hoge Raad van belang geacht of het aan de werknemer duidelijk was dat de onkostenvergoeding die hij kreeg uitdrukkelijk bestemd was voor het afsluiten van een first party-verzekering; dat zal na verwijzing nader onderzocht moeten worden. Daaruit leid ik af dat het hier nog steeds om een ‘voorwaardelijke aansprakelijkheid’ gaat die vervalt bij het geven van een gerichte vergoeding voor het afsluiten van een dergelijke verzekering.

2. Het draait om de first party dekking

In wezen draait het in alle drie genoemde uitspraken van de Hoge Raad niet om het aansprakelijkheidsrecht, maar om de first party-verzekering. Als de werkgever aan de werknemer een onkostenvergoeding heeft gegeven met de duidelijke afspraak dat de werknemer daarmee voor zichzelf een schadeverzekering tegen letselschade aanschaft, kan de vergoedingsplicht ex art. 6:248/7:611 BW mogelijk vervallen, zo lijken deze uitspraken te suggereren. Als we de zaak dus omdraaien, staat er in de arresten steeds: een goed werkgever zorgt voor een first party verzekering tegen letsel- en cascoschade, bij gebreke waarvan hij volledig aansprakelijk is.⁸

Dat klinkt fraai, maar wat betekent dat nu praktisch gesproken? Veel zekerheid over onder welke omstandigheden het verval van aansprakelijkheid plaatsvindt, bieden de uitspraken namelijk niet. Simpele vragen zijn nog onbeantwoord, zoals: Moet de verzekering daadwerkelijk zijn aangeschaft? Hoe hoog moet de dekking zijn? Moet de dekking ook niet-objectiveerbaar letsel en psychische klachten dekken?⁹ Moet immateriële schade gedekt zijn? Mag de dekking alleen totale arbeidsongeschiktheid betreffen, of moet ook gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid in de polis zijn opgenomen? Is van belang of en zo ja in hoeverre de werkgever een invaliditeitspensioen verstrekt aan de getroffen werknemer?

Dit zijn zeker geen detailvragen. Men moet zich namelijk realiseren dat de dekking die first party-verzekeringen zoals ongevallenverzekeringen en ook arbeidsongeschiktheidsverzekeringen plegen te bieden aanmerkelijk

8. Voor de duidelijkheid: die volledige aansprakelijkheid kan en zal veelal meer schade vergoeden dan een first party-verzekering.

9. Bij verkeersongevallen is whiplash in dit verband mogelijk problematisch.

minder ver reikt dan een stelsel van 100% aansprakelijkheid en een WA-verzekering die dit volledig dekt.

Dat is anders bij cascoschade. De dekking die een first party-verzekering daar biedt, hoeft niet veel af te wijken van de omvang die een third party verzekering kan bieden. Bij letselschade zijn de verschillen tussen first en third party traditioneel groter, en dus vraag ik mij af of de Hoge Raad zich wel voldoende realiseert dat schade aan het 'menselijk casco' in de Nederlandse first party-praktijk minder riant te verzekeren is dan in de third party-praktijk.

3. Hoe reageert de Hoge Raad?

Na *Van der Hoeven/Vonk Montage* en *Oudenallen/De Bont* is in de literatuur met bezorgdheid gereageerd op de ontwikkelingslijn die in deze arresten besloten ligt. Hartlief bijvoorbeeld wijst op een aantal ongerijmdheden die in het gebruik van art. 6:248/7:611 BW als bron van aansprakelijkheid gelegen zijn.¹⁰ Overtuigend was zijn betoog dat de door de Hoge Raad met *Vonk Montage* ingeslagen weg logischerwijs¹¹ uiteindelijk naar het einde van art. 7:658 BW kan leiden. De genoemde rechtspraak aanvaardt namelijk een bron van vergoedingsplicht zonder enig tekortschieten van de werkgever, maar ook zonder ook maar enig inzicht te geven in de begrenzing van deze vergoedingsplicht.

Met Hartlief zie ik in de genoemde uitspraken (nog) geen onderscheidend criterium dat andere gevallen buiten het bereik van art. 6:248/7:611 BW kan houden. Dat kan men met recht een zorgelijke ontwikkeling noemen, want het maakt deze vergoedingsplicht tot een potentiële alleseter.¹² Voorspeld werd dat als de Hoge Raad geen duidelijke grenzen van het werkingsbereik van deze rechtspraak aangeeft, daarover veelvuldig en indringende vragen aan de rechterlijke macht zouden worden voorgelegd en dat het werkingsbereik van deze vergoedingsplicht steeds een stukje

10. T. Hartlief, *Vonk/Van der Hoeven*, 'Het einde van art. 7:658 BW en een terugkeer naar de Ongevallenwet', *AV&S* 2003, 1; zie ook W.H. van Boom, 'Waarheen leidt de weg ... van werknemersschade?', *AV&S* 2003, 1.

11. Hier kan men overigens nog tegenwerpen dat het ontwikkelingspad van de rechtspraak niet dat van de logica is maar van de ervaring (denk in dit verband aan de bekende uitspraak van Oliver Wendell Holmes, Jr.). Sterk is dat intussen niet; ook civiele rechtspraak ontleent haar gezag gedeeltelijk aan de consistentie, logische opeenvolging van uitspraken en de gelijke behandeling van gelijke gevallen.

12. Zie o.a. T. Hartlief, 'Vergoeding van arbeidsgerelateerde schade: wie heeft de regie?', *AV&S* 2005, 5, p. 157 (nr. 26). Opmerkelijk is dat ook in Duitsland en Oostenrijk wordt geworsteld met 'billijkheidshalve' vergoeding in dit soort gevallen; het excessieve karakter van de geleden schade speelt ook daar soms een rol. Zie kort M.A.C. de Wit, *Het goed werkgeverschap als intermediair van normen in het arbeidsrecht*, (diss. Tilburg) 1999, p. 65, en meer uitgebreid W. Faber, *Risikohaftung im Auftrags- und Arbeitsrecht*, Wien: Manz 2001.

verder zal worden opgeschoven. Die voorspelling wordt momenteel bewaarheid.¹³

In de recente uitspraak van de Hoge Raad in de zaak *KLM/De Kuijer* lijkt aan de werkgeversaansprakelijkheid van art. 6:248/7:611 BW een nieuwe draai te worden gegeven.¹⁴ Het ging in deze uitspraak om een KLM-piloot die uit hoofde van zijn werk enige tijd (tussen twee vluchten) moest verblijven in Ivoorkust. Toen hij een plaatselijke taxi nam om uit eten te gaan, raakte hij betrokken bij een ernstig verkeersongeval met blijvend letsel tengevolge. Verhaal op de aansprakelijke bleek praktisch onmogelijk.

De werkgever beriep zich er op dat in personeelsinformatie werd gewezen op de mogelijkheid om ongevallenverzekeringen af te sluiten, zonder overigens op noodzaak of wenselijkheid daarvan in te gaan. Hof en Hoge Raad achten dit een omstandigheid die aansprakelijkheid van de werkgever op grond van art. 7:611 BW voor het ontstane letsel in de hand kan werken. Het Hof oordeelde dat het in dit concrete geval op de weg van de werkgever had gelegen, niet alleen om te waarschuwen voor onverhaalbaarheid van schade in het buitenland, maar ook om er voor te zorgen dat een 'adequate verzekering' afgesloten zou worden. De Hoge Raad accordeerde deze denkwijze, zonder overigens verdere invulling aan de aldus gevormde norm te geven. Duidelijk is door deze uitspraak wel dat de vergoedingsplicht van art. 6:248/7:611 BW niet beperkt is tot gevallen waarin de werknemer uit hoofde van de arbeidsovereenkomst tot een bepaalde risicovolle handeling *verplicht* is (zoals bij Van der Hoeven en De Bont wél het geval was). De vergoedingsplicht is dus inderdaad een stukje verder opgeschoven.¹⁵

De Hoge Raad laat zich niet in de kaarten kijken: hij formuleert geen rechtsregel maar schaart zich achter de oordelen van de feitenrechter (met veelal gebruikmaking van de motivering dat het feitelijk oordeel 'geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting' geeft). Of de genoemde arresten een gemeenschappelijke dragende grond hebben is daarom niet duidelijk. Ik vind dat zorgelijk. A-G Spier lijkt die zorg overdreven te vinden. In zijn conclusie voor *KLM/De Kuijer* geeft hij in dat verband aan dat sommige auteurs

'bevreesd zijn dat door toepassing van art. 7:611 BW op zaken als de onderhavige de geest uit de fles zal geraken. Omdat het niet doenlijk zou zijn om voldoen-

13. Zie bijv. het overzicht van uitspraken bij A-G Spier, conclusie voor *KLM/De Kuijer* onder 7.11 e.v. Zie voorts Rb. Alkmaar 25 januari 2006, *LJN AV0785* (Martinair als werkgever aansprakelijk voor bizar ongeval van stewardess met golfkar, veroorzaakt door collega-piloot tijdens hotelverblijf in Cuba).

14. HR 18 maart 2005, *JA* 2005, 53, *JAR* 2005, 100 (*KLM/De Kuijer*).

15. Daarvan getuigt ook Rb. Alkmaar 25 januari 2006, *LJN AV0785*.

de houvast biedende regels te formuleren, zou een algemeen njet aangewezen zijn, zo vat ik (m.i. niet wezenlijk te) kort samen.'

Spier benadrukt vervolgens dat volstreekte zekerheid niet haalbaar zal zijn, maar dat zulks op zoveel terreinen geldt waar open normen gelden. Enige rechtsonzekerheid zal men soms voor lief moeten nemen om billijke oplossingen te kunnen bereiken, aldus Spier. Spier geeft aan:

'De door Hartlief en anderen verwoorde vrees voor een "absolute aansprakelijkheid" en het niet goed kunnen formuleren van "heldere, werkbare en verdedigbare grenzen" klinkt overtuigender dan zij daadwerkelijk is. Vooreerst omdat daaraan toegeven de rechtsontwikkeling zou bevrozen zolang de grenzen niet helder en duidelijk kunnen worden gemarkeerd. Bovendien en vooral omdat pogingen om een mouw te passen aan schrijnende situaties geenszins behoeft mee te brengen (en in het verleden ook niet heeft meegebracht) dat een "absolute aansprakelijkheid" in het leven wordt geroepen. De rechtspraak op talloze terreinen – zoals onder de vigeur van het oude recht gevaarstelling, ongerechtvaardigde verrijking en de derogerende werking van de goede trouw – illustreert genoegzaam dat de praktijk zeer wel kan leven met niet volledig omliggende normen.'

Ik geef Spier graag toe dat absolute zekerheid niet haalbaar is; waarschijnlijk is deze evenmin wenselijk. Maar volgens mij is dat niet wat deze auteurs vragen. Zij zouden, zo vermoed ik, bijzonder verheugd zijn als de Hoge Raad een koers had uitgezet die slechts 'enige rechtsonzekerheid' met zich brengt. De koers van de Hoge Raad is momenteel volstrekt duister.¹⁶ In zijn

16. Ik noem de volgende vragen die m.i. beantwoording behoeven: (1) Is art. 7:611 BW toepasbaar op woon/werkverkeer? Voor woon/werk-verkeer bestaat namelijk geen verantwoordelijkheid van de werkgever ex art. 7:658 BW (HR 16 november 2001, NJ 2002, 71, JAR 2001, 260 (Quant/Stichting Volkshogeschool Bergen); HR 9 augustus 2002, NJ 2004, 235 (De Bont/Oudenallen)). (2) Moet het altijd schade betreffen die samenhangt met een verplichting uit de arbeidsovereenkomst? (3) Moet het gaan om onverhaalbare schade? Dat lijkt wel de basis te vormen van de genoemde uitspraken, maar verwonderlijk is dat natuurlijk niet. De behoefte om de eigen werkgever als goede werkgever aansprakelijk te stellen ontstaat natuurlijk alleen als er geen andere solvente aansprakelijken zijn. Een eenzijdig ongeval en een ongeval in Ivoorkust passen in deze categorie. En denkbaar is dat hetzelfde zal gelden voor ongevallen veroorzaakt door onbekenden en personen die geen verhaal bieden. (3) Kan een kilometervergoeding waarin uitdrukkelijk mede een component is opgenomen om een verzekering af te sluiten tegen cascoschade of tegen letselschade (ongevallen-inzittendenverzekering), de aansprakelijkheid van de werkgever ex art. 7:611 geheel wegnemen? Dát een dergelijke vergoeding de aansprakelijkheid kan wegnemen, wordt wel aangenomen, maar hoe uitgebreid de verzekering moet zijn om de aansprakelijkheid weg te nemen? (4) Wat als het een risico betreft ten aanzien waarvan de werkgever wél een zorgplicht heeft, maar hij zich in alle opzichten kan disculperen? In de zaak Bont/Oudenallen, stelt de Hoge Raad immers 'dat het ontbreken van aansprakelijkheid op grond van art. 7:658 niet betekent dat de werkgever onder omstandigheden niet op een andere grond jegens zijn werknemer aansprakelijk kan zijn' (rov. 3.4). Hoe moet dat worden uitgelegd?

conclusie voor *KLM/De Kuijer* geeft Spier overigens een fraai overzicht van rechtspraak en de daaruit mogelijk te destilleren subregels bij de toepassing van de werkgeversaansprakelijkheid ex art. 6:248/7:611 BW.¹⁷ Ik interpreteer dit overzicht aldus dat ook Spier meer zicht op de dragende gronden voor aansprakelijkheid van de werkgever op grond van art. 6:248/7:611 BW wil verkrijgen.

Een begin van dragende gronden leek aanwezig in de arresten *Van der Hoeven* en *De Bont*: het ging om een verkeersactiviteit waartoe de arbeidsovereenkomst verplichtte.¹⁸ Die grond ontbreekt in *KLM/De Kuijer*. Wat is daar de dragende grond voor aansprakelijkheid? Is dat, zoals Spier voorzichtig lijkt te suggereren¹⁹, het passen van een mouw aan een schrijnende situatie? Als dát de dragende grond is, zijn we binnen het geldend recht nog verder van huis. Zijn immers niet alle gevallen waarin tot aan de Hoge Raad aansprakelijkheid op grond van art. 7:658 BW is afgewezen, ook schrijnende gevallen?²⁰

Of moeten we de dragende grond in deze arresten zoeken in een 'verhoogd risico' verbonden aan het werk? Dat criterium kan mogelijk goede diensten bewijzen, mits men zich realiseert dat het om een begrip gaat met een rijkelijk hoog caoutchouc-gehalte. Hoe dat ook zij, een risico-aansprakelijkheid voor een onbenoemde categorie van verhoogde risico's is om verschillende redenen weinig aantrekkelijk.²¹ Ik noem alleen maar het *state of the art* verweer. Kan art. 6:248/7:611-aansprakelijkheid worden gebruikt voor gevallen waarin de werkgever geen verwijt kan worden gemaakt omdat hij het betreffende risico gezien de stand van wetenschap en techniek niet kon kennen?²²

17. Zie zijn conclusie voor *KLM/De Kuijer* onder 8.

18. Die dragende grond kon op grond van wethistorische argumenten ook goed worden volgehouden (het op andere gronden ingetrokken wetsvoorstel 25 759 kende een risicoaansprakelijkheid van de werkgever voor verkeersongevallen van de bestuurder-werknemer). Zie de conclusie van A-G Hartkamp bij Vonk/*Van der Hoeven*; daarover B. Barentsen, *Arbeidsongeschiktheid - Aansprakelijkheid, bescherming en compensatie* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2003, p. 30-31.

19. Zo interpreteer ik althans zijn conclusie voor *KLM/De Kuijer* onder 7.8.

20. Ik sluit niet uit dat de ernst van het letsel het al dan niet aannemen van aansprakelijkheid sterk beïnvloedt, en misschien is dat zelfs wenselijk. Maar waarom benoemen we het dan niet?

21. Vgl. de weinig concrete risico-aansprakelijkheid in art. 5:101 Principles of European Tort Law (waarin een risicoaansprakelijkheid voor 'abnormally dangerous activities' is opgenomen). Daarover W.H. van Boom en I. Giesen, 'Van Nederlands naar "Europees" onrechtmatigedaadsrecht', *NTBR* 2004, p. 515 e.v.

22. Ik verwijs hier naar de vragen die ik opwierp in het in noot 10 bedoelde artikel. Spier (conclusie voor voor *KLM/De Kuijer*, nr. 7.9.1 voetnoot 44) wuift mijn vraag overigens zonder nadere motivering weg: 'M.i. is art. 7:611 BW nuttig noch nodig voor (eventuele) aansprakelijkheid ter zake van burn-out of RSI'. Voor het slachtoffer dat stukloopt op de vereisten van art. 7:658 BW kan dat artikel natuurlijk wel nuttig en nodig zijn. De vraag is dus of de Hoge Raad ook die gevallen waarin de werkgever geen enkel verwijt treft van de arbeidsgerelateerde aandoening rekent tot het domein van art. 7:611 BW. Spier meent overigens (in beginsel) van niet, zo begrijp ik zijn conclusie onder 8.6-8.7.

Belangrijker is dat de Hoge Raad verhoogd risico niet benoemt als dragende grond. Dat de praktijk zeer wel kan leven met niet volledig omliggende normen, neem ik graag aan. Maar ontslaat dat de Hoge Raad van zijn taak om, wanneer hij een nieuwe ontwikkelingslijn uitzet, de dragende gronden waar de aansprakelijkheid op berust vorm te geven? Ik meen van niet. Die vormgeving is niet zozeer 'niet volledig omliggend', maar volledig afwezig. Dat is te betreuren, want het kan zeker lonen om een nieuwe aansprakelijkheidsvorm die potentieel veel gevallen betreft,²³ juist wat scherper te formuleren. Immers:

*'Case-by-case creations (and re-creations) of complex formulas are expensive. When one economizes on that process, recognizing that the formula is to be used only once, it is sensible to oversimplify greatly, and thus to consider only the factors most likely to be important. When one makes a single pronouncement that will govern many (perhaps millions) of cases, it is worthwhile to undertake greater investigation into the relevance of additional factors and to expend more effort fine-tuning the weight accorded to each.'*²⁴

Dus als we het arrest *KLM/De Kuijer* nu eens herschrijven tot de volgende regel:

'Indien een werknemer uit de aard der werkzaamheden verplicht is om gedurende langere tijd in het buitenland te verblijven en dit verblijf een verhoogd risico op letsel met zich brengt – zoals in het onderhavige geval kennelijk aan de orde was tengevolge van minder grote verkeersveiligheid – en dit letsel onverhaalbaar blijkt, dan is de werkgever op grond van art. 6:248 jo. 7:611 BW gehouden om – behoudens opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer – de daardoor ontstane schade te vergoeden. Deze verplichting vervalt indien de werkgever een adequate schadeverzekering heeft afgesloten ten behoeve van zijn werknemer of de werknemer uitdrukkelijk op genoemde risico's heeft gewezen en hem in de gelegenheid heeft gesteld en hem van de middelen heeft voorzien om een dergelijke verzekering zelf af te sluiten.'

Toegegeven, de regel is nog steeds behoorlijk open geformuleerd. Maar er stáát wel wat. En de regel geeft direct aan waar de vervolgdiscussie over moet gaan: *wat is een adequate first party-verzekering?*

23. Spier wijst daar ook op; zie zijn conclusie voor *KLM/De Kuijer*, nr. 7.4.

24. L. Kaplow, 'Rules versus Standards: An economic analysis', *Duke Law Journal* 1992, p. 595. Zie ook t.a.p., p. 622.

4. De plicht om te verzekeren?

Hoewel de exacte reikwijdte van *KLM/De Kuijer* als gezegd onduidelijk is, kan het wel een mogelijke toekomstige ontwikkelingslijn zijn voor werkgevers die zijn personeel bepaalde activiteiten laat verrichten die verhoogd gevaar voor letsel met zich brengen. Een eerste verplichting zou dan zijn om de werknemer er duidelijk op te wijzen dat hij een adequate (ongeval-)verzekering moet afsluiten als hij niet zonder vergoeding wil blijven.²⁵ Gezien het arrest moet die informatie duidelijk en prominent zijn. Dit strookt met de effectiviteitseis die de Hoge Raad in de Jetblast-zaak stelde aan de vorm waarin waarschuwingen gedaan moeten worden.²⁶

Mogelijk moet het meer zijn dan duidelijk wijzen op de mogelijkheden. De instructeur in het recente skeeler-arrest had de onervaren cursisten ook gewezen op de mogelijkheid om een helm te gebruiken. Uiteindelijk was dat volgens de rechter onvoldoende: de instructeur had de cursiste 'dringend moeten adviseren' om een helm te dragen. Zo sluit ik niet uit dat de werkgever zéér dringend moet adviseren een verzekering af te sluiten. Een mogelijke tweede stap zou zelfs de plicht zijn om er voor te zorgen dat de werknemer de betreffende verzekeringsdekking daadwerkelijk krijgt of neemt. In het arrest *De Bont/Oudenallen* was immers mede van belang 'in hoeverre De Bont heeft begrepen of had moeten begrijpen dat de door hem ontvangen vergoeding er mede toe strekte premies van door hem te sluiten verzekeringen te dekken.' De werkgever zal dus onomwonden moeten aangeven dat de vergoeding bedoeld is voor een cascoverzekering c.q. een ongevalverzekering.

Ik sluit niet uit dat het sluitstuk van deze ontwikkeling uiteindelijk zal zijn dat de werkgever zélf de verzekering moet afsluiten. Maar zal die er onder alle omstandigheden zijn?

5. Verzekerbaarheidsproblemen bij dit type aansprakelijkheid?

De verkeersproblematiek van de arresten *Van der Hoeven/Vonk Montage* en *De Bont/Oudenallen* lijkt goed te verzekeren. Na deze arresten hebben veel verzekeraars een schadeverzekering voor de bestuurder-werknemer ont-

25. Wat betreft die eerste stap kan gewezen worden op Rb. Zutphen 5 oktober 2005, *JA* 2005, 108, alwaar die ook aansprakelijkheid wordt gevestigd voor het geval ten onrechte niet op de noodzaak van het afsluiten van een verzekering is gewezen. De verkoper van een scootmobiel moet de koper er op wijzen dat deze verplicht is een WAM-verzekering voor het voertuig af te sluiten. Laat de verkoper dit na, dan schiet hij toerekenbaar tekort in de nakoming van zijn verbintenis tot het geven van belangrijke informatie en is hij verplicht de schade van de koper (het uit eigen zak moeten betalen van eventuele schade van derden) te vergoeden.

26. HR 28 mei 2004, *NJ* 2005, 105.

wikkeld (soms ook wel ‘werkgeversaansprakelijkheidsverzekering voor bestuurders van motorrijtuigen’ genoemd). Dat deze schade verzekeraar is, ligt voor de hand. Verkeersongevallen zijn wat betreft verzekeraarheid weinig problematisch: de statistieken rondom verkeersongevallen zijn zowel qua omvang als qua schadelast al jaren consistent, terwijl de verplichte WAM voor een breed draagvlak van solidaire risicopools zorgt. Of dat met deze nieuwe schadeverzekering ook het geval zal zijn, zal bijvoorbeeld afhangen van de marketingwijze. Als deze als annex aan een AVB of een bedrijfswagenpolis verkocht wordt, zal de bekendheid van de polis allicht toenemen en wellicht de vraag ernaar ook.

Overigens moet wel worden opgemerkt dat de schadeverzekering voor bestuurder-werknemers zoals die na Van der Hoeven op de verzekeringsmarkt is ontwikkeld, een first party verzekering is die schade vergoedt op basis van afdeling 6.1.10 BW.²⁷ Die samengestelde constructie geeft verzekeraars een directe band met de werknemer, nu deze verzekerde onder de polis is.²⁸ Hoewel dit verzekeringsproduct niet (of nauwelijks) bestond voor de genoemde arresten en de Hoge Raad er dus ook niet naar heeft kunnen verwijzen, lijkt het mij waarschijnlijk dat de Nederlandse verzekeraars door dit product te ontwikkelen de werkgevers van ons land min of meer tot dit product verplicht heeft. Ik bedoel daar dit mee: uit de arresten *Van der Hoeven/Vonk Montage* en *De Bont/Oudenallen* volgt dat werkgevers in de daar bedoelde situaties gehouden zijn om een first party-verzekering af te sluiten ten behoeve van hun werknemer of om deze een vergoeding te geven die expliciet bestemd is voor het afsluiten van een dergelijke verzekering. Kennelijk moet de Hoge Raad daar het oog hebben gehad op de schadeinzittenden verzekering of een of andere vorm van ongevallenverzekering zoals die bestond ten tijde van het wijzen van deze arresten. Dat zijn dan noodzakelijkerwijs pure first party-verzekeringen met hun eigen causaliteitsbegrip, schadebegrip, mogelijk beperkte dekking, etcetera. Het was *die* verzekering die Vonk Montage en Oudenallen ten behoeve van hun besturende werknemers hadden moeten afsluiten, zo begrijp ik de Hoge Raad. Maar inmiddels is het antwoord van verzekeraars veel ‘genereuzer’, de nieuwe polis voor de bestuurder-werknemer biedt namelijk een *volledige* vergoeding op de leest van afdeling 6.1.10 BW. Te verwachten valt dat uiteindelijk dát dan ook de standaard wordt waar werknemers aan gehouden zullen worden door de rechtspraak.

27. Ik merk overigens op dat sommige van deze polissen de rechten van derden uit art. 6:107 BW uitsluiten.

28. Over deze neiging van verzekeraars om van third party naar first party arrangementen over te stappen, zie men bijv. N. Frenk, *Naar echte eigen schuld? Over toerekening aan de benadeelde in het aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht*, Amstelveen: deLex 2006, p. 3 e.v., alsmede M. Faure en T. Hartlief, in: M. Faure en T. Hartlief (red.), *Schade door arbeidsongevallen en nieuwe beroepsziekten*, Den Haag: BJU 2001, p. 77 e.v.

Het is natuurlijk maar de vraag of verzekeraars die generositeit ook ten toon zullen spreiden als het om ander letsel dan verkeersletsel gaat. Dat de aansprakelijkheidscategorie van art. 6:248/7:611 BW in het algemeen verzekeraar zou zijn – Spier lijkt daar op te zinspelen²⁹ – lijkt me minder voor de hand te liggen. WA-verzekeringen van bedrijven (c.q. de betreffende modules voor werkgeversaansprakelijkheid) melden nog vrij algemeen: ‘verzekerd is de burgerrechtelijke aansprakelijkheid voor personenschade en zaakschade waarvoor een verzekerde jegens zijn ondergeschikten of hun nabestaanden aansprakelijk is’. Omdat deze polissen vaak geen definitie geven van het begrip ‘aansprakelijkheid’, kan worden aangenomen dat zodra de rechter bepaalt dát er aansprakelijkheid is, er ook dekking bestaat. En wat nu als de rechter in een OPS-zaak bepaalt dat de werkgever geen verwijt valt te maken, art. 7:658 BW dus niet tot aansprakelijkheid leidt, maar dat er wél aansprakelijkheid bestaat op grond van art. 6:248/7:611 BW? Dat zou minst genomen opmerkelijk zijn, maar uitgesloten is een dergelijke uitspraak niet. De Hoge Raad staat namelijk toe dat art. 6:248/7:611 BW gebruikt wordt als aansprakelijkheidsgrond in gevallen waarin geen sprake is van schending van de zorgplicht van art. 7:658 BW. Bovendien is niet helder welke ontwikkelingslijn in ‘s Hogen Raads raadkamers is gekozen. Dus: schrijnende verkeersongevallen in Ivoorkust wel, schrijnende OPS-gevallen niet? Het kan, maar het behoeft wel nadere onderbouwing. En zonder die onderbouwing kan ik mij voorstellen dat verzekeraars de aansprakelijkheid ex art. 6:248/7:611 BW een ‘black box’ vinden. Of dat tot uitsluiting in de AVB-polis³⁰ leidt, is natuurlijk de vraag.³¹ Dat hangt misschien af van de volgende stappen van de Hoge Raad. Intussen kunnen we wel constateren dat sommige AVB-verzekeraars expliciet alleen dekking geven voor ‘aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad en/of wegens toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een verbintenis’.³² En het regime van art. 6:248/7:611 BW valt daar nu juist *niet* onder.

29. Conclusie voor KLM/De Kuijer, nr. 7.9.1. Intussen lijkt zijn betoog sterk toegespitst op het voorliggende geval (de KLM-piloot die bij een verkeersongeval betrokken was geraakt). Dat is inderdaad verzekeringstechnisch minder problematisch, maar daar zit dan ook niet de kern van het probleem. Mijn vraag is nog steeds: is de rechtspraak van de Hoge Raad ook van toepassing op long-tail beroepsziekten? Spier (zie noot 22) acht dat nuttig noch nodig, maar hoe ziet de Hoge Raad dat?

30. In WAM-polissen van (bedrijfs)auto’s is de art. 6:248/7:611 BW-aansprakelijkheid van de verzekerde werkgever tegenover de besturende werknemer in de regel uitgesloten, bijv. door middel van de clausule ‘Wij dekken niet de aansprakelijkheid van de verzekerden voor personenschade die toegebracht is aan de bestuurder van het motorrijtuig dat het ongeval veroorzaakt.’

31. En het is ook de vraag of onverzekerbaarheid erg is. Ik laat dat in het midden.

32. Zo las ik in een polis van een grote AVB-verzekeraar (zie www.polisvoorwaardenonline.nl). Deze verzekeraar heeft kennelijk goed nota genomen van J.H. Wansink, *De algemene aansprakelijkheidsverzekering: een hernieuwde verzekeringsrechtelijke en verzekeringsstechnische beschouwing*, Zwolle: Tjeenk Willink 1994, p. 22, m.n. voetnoot 3.