



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Schadevergoeding en goed werkgeverschap: over het gat in de aansprakelijkheidsregeling van het arbeidsrecht

Heerma van Voss, G.J.J.

Citation

Heerma van Voss, G. J. J. (2008). Schadevergoeding en goed werkgeverschap: over het gat in de aansprakelijkheidsregeling van het arbeidsrecht. *Arbeidsrecht*, 8-9(40), 15-23.
Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/13695>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/13695>

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

Schadevergoeding en goed werkgeverschap: over het gat in de aansprakelijkheidsregeling van het arbeidsrecht

G.J.J. Heerma van Voss¹

40 Voordracht ter gelegenheid van het Tiende Nationaal ArbeidsRecht Diner op 18 juni 2008.

— Inleiding

Vroeger hoefde je met een claim op grond van goed werkgeverschap niet bij een rechter aan te komen. Dit was ten slotte slechts een vage norm en het werd beschouwd als een verlegenheidsbod van een advocaat die onvoldoende juridische argumenten had.

Tegenwoordig is het eerder gebruik om bij menige vordering een schending van de norm van goed werkgeverschap mee te nemen. Ook komt het veelvuldig voor dat schending van de norm van goed werkgeverschap als enige grond voor een procedure wordt aangevoerd.

Beginselen van goed werkgeverschap

In 1993 heb ik in een preadvies voor de Vereniging voor Arbeidsrecht gepoogd om de vage norm wat te concretiseren. Daarbij constateerde ik dat de eis van goed werkgeverschap in de rechtspraak op drie manieren wordt gebruikt:

1. als criterium voor de toetsing van het werkgevershandelen;
2. als mogelijkheid om nieuwe ontwikkelingen in het arbeidsrecht te verwerken;
3. als toetsingsnorm voor de vraag wanneer het arbeidscontract mag worden gewijzigd.²

Het derde punt komt in de inleiding van De Wolff (zie hierna nr. 40) aan de orde. Ten aanzien van het eerste punt heb ik gepoogd enige structuur aan te brengen in de rechtspraak door aansluiting te zoeken bij de beginselen van behoorlijk bestuur. In dat ver-

band sprak ik van 'beginselen van goed werkgeverschap'. Deze term heeft inmiddels zozeer wortel geschoten, dat ik regelmatig in arbeidsrechtelijke geschriften en uitspraken de term '*het* beginsel van goed werkgeverschap' tegenkom. Dat duidt echter op een misverstand. De norm van goed werkgeverschap, zoals geformuleerd in art. 7:611 BW is geen beginsel, maar een rechtsregel. De werkgever kan niet zeggen: 'In beginsel ben ik wel een goede werkgever, maar ditmaal wijk ik daarvan af.' Te allen tijde is de werkgever verplicht als goed werkgever te handelen. Ik begrijp dat ik medeschuldig ben aan dit misverstand door te hebben gesproken van *de* beginselen van goed werkgeverschap. Dat zijn dus beginselen die de norm nader concretiseren, zoals het zorgvuldigheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel.³ Ik hoop dat u het na vandaag niet meer zult vergeten: *het* beginsel van goed werkgeverschap bestaat niet, *de* beginselen van goed werkgeverschap bestaan wel. Aanvankelijk beschouwde ik 'goed werkgeverschap' primair als een immateriële norm. De werkgever moest behoorlijk handelen. Wat behoorlijkheid inhield, moest onder woorden worden gebracht. Maar sinds de rechtspraak het begrip vaker is gaan toepassen, was onvermijdelijk dat advocaten de notie 'goed werkgeverschap' ook een materiële vertaling zouden geven. De behoorlijkheidsnorm werd vertaald in financiële claims. En daardoor werd de norm weer sneller ontwikkeld, want geld is nu eenmaal vaak de drijvende kracht achter de rechtsvorming. Mijn beschouwing van vandaag is daarom in aansluiting op deze ontwikkeling juist toegespitst op schadevergoeding op grond van schending van de norm van goed werkgeverschap.⁴

— Schadevergoeding en goed werkgeverschap

Schadevergoeding na onzorgvuldig handelen als werkgever

Een zelfstandige vordering tot schadevergoeding na schending van de norm van goed werkgeverschap door de werkgever is in beginsel geen probleem. Zo'n schending vormt een tekortkoming van de werkgever ten aanzien van de verplichtingen uit de arbeidsover-

1. Prof. mr. G.J.J. Heerma van Voss is hoogleraar sociaal recht aan de Universiteit Leiden.

2. G.J.J. Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing van het arbeidsrecht* (Geschriften van de Vereniging voor Arbeidsrecht nr. 17), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1993. De herziene tweede druk verscheen in de Reeks Vereniging voor Arbeidsrecht als nr. 29, Deventer: Kluwer 1999.

3. Zie voor een recente beschouwing hierover E.G. Hoorn & A. Turgut, 'Beginselen van goed werkgeverschap', *Arbeid Integraal* 2008, 1, p. 23-36.

4. In 1997 is titel 7.10 NBW ingevoerd. Het betoog handelt ten dele over de daaraan voorafgaande periode. Ten behoeve van het gemak van de lezer worden steeds de huidige wetsartikelen genoemd, ook al speelt de zaak nog onder het oude BW. Waar oude uitspraken letterlijk worden aangehaald, wordt het huidige artikelnummer tussen vierkante haken toegevoegd.

eenkomst. Daarbij moet in de eerste plaats de schending van de norm aannemelijk worden gemaakt. Daarnaast is soms de schade niet gemakkelijk te berekenen. Veelal betreft het immaterieel leed.⁵ Ingewikkelder ligt het echter bij schadeclaims die samenvallen met andere procedures en met tekortkomingen bij de werkgever die ook in andere bepalingen zijn geregeld.

Goed werkgeverschap en ontslagrecht

Voor een vordering tot schadevergoeding uit goed werkgeverschap in het ontslagrecht biedt de rechtspraak niet veel ruimte. In 1979 overwoog de Hoge Raad in het arrest *HAL/Van Werkhoven* dat de regeling van de kennelijke onredelijke beëindiging van de arbeidsovereenkomst (art. 7:681 BW) uitputtend is in die zin dat naast deze regeling voor een toetsing aan de eisen van redelijkheid en billijkheid geen plaats is.⁶ Dat geldt dus ook voor de eis van goed werkgeverschap, die een verbijzondering is van de redelijkheid en billijkheid.⁷ Aanvankelijk werd dit oordeel door sommigen heel absoluut uitgelegd in de zin dat ieder beroep op redelijkheid en billijkheid in het ontslagrecht was uitgesloten. Bij nadere bestudering bleek dat echter een veel te vergaande conclusie. Ondanks de onmogelijkheid om bijvoorbeeld een herstel van de dienstbetrekking te verkrijgen op grond van redelijkheid en billijkheid, worden er nog tal van beslissingen in het kader van het ontslagrecht genomen die wel onderhevig kunnen zijn aan een toetsing aan de norm van goed werkgeverschap en die dus ook kunnen leiden tot schadevergoeding, hetzij op grond van kennelijk onredelijk ontslag, hetzij op grond van tekortkoming.⁸

In 1997 ging de Hoge Raad zelfs nog verder door te stellen:

‘(...) de bijzondere aard van de wettelijke regeling betreffende de arbeidsovereenkomst die zich kenmerkt door een stelsel van regels strekkende tot bescherming van de positie van de werknemer ten opzichte van diens wederpartij, brengt mee dat voor een toetsing, buiten die regels om, aan de eisen van re-

delijkheid en billijkheid slechts bij uitzondering en in beperkte mate ruimte bestaat.’⁹

Ook hier wordt de soep heter opgediend dan gegeten. Kennelijk bedoelt de Hoge Raad hier dat er geen plaats is voor toetsing aan redelijkheid en billijkheid ingeval dezelfde materie wettelijk geregeld is. Dat er in het algemeen voor toetsing aan redelijkheid en billijkheid in het arbeidsrecht slechts beperkte ruimte zou bestaan, zou mijns inziens veel te ver gaan. In de gevallen waarin de wet geen regeling heeft getroffen, bieden goed werkgeverschap en redelijkheid en billijkheid nu juist de mogelijkheid om in leemtes te voorzien.

Het citaat kwam uit het *Baijings*-arrest, dat handelde over ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen. In dit arrest werd uitgemaakt dat bij ontbinding in beginsel ook de eventuele claim uit goed werkgeverschap moet worden verdisconteerd en men niet achteraf nog een nieuwe schadevordering kan indienen:

‘Voor wat betreft de – thans in art. 7:685 BW neergelegde – regeling betreffende de ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens verandering in de omstandigheden, betekent dit dat het resultaat van de rechterlijke toetsing aan de eisen van redelijkheid en billijkheid in beginsel ten volle tot uitdrukking dient te komen in de hoogte van de vergoeding die de rechter, op de voet van het achtste lid van het artikel, met het oog op de omstandigheden van het geval naar billijkheid aan een der partijen ten laste van de wederpartij toekent, zodat er daarnaast voor zodanige toetsing geen plaats is.’¹⁰

Later werd echter ook deze rechtspraak genuanceerd. Gedragingen van de werkgever in strijd met de eis van goed werkgeverschap konden wel apart tot schadevergoeding leiden indien deze de periode betroffen die aan het ontslag voorafging en daarmee niets te maken had. Zo is het denkbaar dat een werkgever die een arbeidsongeschikte werknemer onvoldoende heeft begeleid, daarvoor apart een schadevergoeding moet betalen over de aan ontbinding voorafgaande periode, ook al was ook al bij de

5. Vgl. HR 1 juli 1993, NJ 1993, 667, JAR 1993/195 (*Haaglanden Nuts/Hofman*).

6. HR 11 mei 1979, NJ 1979, 441 (*HAL/Van Werkhoven*).

7. HR 8 april 1994, NJ 1994, 704, JAR 1994/94 (*Agfa-Gevaert/Schoolderman*).

8. Vgl. M.G. Rood, ‘Over de goede trouw in het ontslagrecht’, in: L. Bots e.a. (red.), *Blinde vlekken in het sociaal recht* (Frenkelbundel), Deventer: Kluwer 1986, p. 131-144; G.J.J. Heerma van Voss, *Ontslagrecht in Nederland en Japan*, Deventer: Kluwer 1992, par. 4.3, i.h.b. p. 306.

9. HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 257, JAR 1997/248 (*Baijings*).

10. Aantekening verdient dat indien de ontbinding plaatsvindt op grond van een dringende reden, art. 7:685 BW aan de rechter geen ruimte biedt voor toekenning van een vergoeding. In dat geval kan wel op grond van art. 7:677 lid 3 BW schadevergoeding van de wederpartij worden gevorderd indien door zijn opzet of schuld de dringende reden is veroorzaakt. Daarbij kan niet alleen de in lid 4 van dat artikel genoemde gefixeerde of volledige schadevergoeding worden gevorderd, maar ook de uit de beëindiging als zodanig voortvloeiende schade, HR 1 december 1989, NJ 1990, 451 (*Deuss/Holland*).

ontbinding met deze tekortkoming rekening gehouden.¹¹

— Ongevallen in verband met het werk

We komen nu op de momenteel actuele materie van vorderingen tot schadevergoeding op grond van goed werkgeverschap bij ongevallen in verband met het werk.¹²

Ik neem u om te beginnen mee terug naar 19 december 1983. Op deze dag was werknemer De Kok (samen met enige collega's) tewerkgesteld in een kantoorgebouw te Breda en was hem door schoonmaakbedrijf Jansen's BV opgedragen de dubbele beglazing van dat kantoor te reinigen.

Daartoe diende hij de binnenruiten uit de sponning te verwijderen. Dit was mogelijk dankzij een verende constructie van de bovendorpel, waardoor de uit te nemen binnenruit uit de (vaste) onderdorpel kon worden gelicht, waarna men die binnenruit uit de bovendorpel kon laten zakken; vervolgens diende de binnenruit in verticale stand te worden weggezet.

Terwijl De Kok een van die binnenruiten uit de sponning nam en wegzette, brak de ruit en viel een deel met het breukvlak op de binnenkant van De Koks rechterarm, waardoor hij gewond raakte.

De Kok daagde Jansen's BV voor de Kantonrechter Breda met een vordering tot schadevergoeding omdat Jansen's BV aansprakelijk zou zijn op grond van het bepaalde in art. 7:658 én art. 7:611 BW. De werkgever had speciale zuignappen ter beschikking moeten stellen om het gevaar te verkleinen. De kantonrechter wees de vordering af, omdat het werk dat De Kok op 19 december 1983 moest doen behoorde tot de voor een glazenwasser gewone werkzaamheden, omdat het raam niet te groot was om door één persoon te worden verwijderd, omdat glazenwassers voor dat soort werk nimmer gebruikmaken van zuignappen, omdat de situatie waarin De Kok moest werken niet als een bijzonder gevaarlijke moest worden bestempeld, en omdat ook overigens niet was gebleken dat Jansen's BV op enigerlei wijze tekortgeschoten is.

Ook de rechtbank oordeelde in deze richting.

De Hoge Raad besliste ogenschijnlijk duidelijk:

'Wanneer de werkgever niet is tekortgeschoten in de nakoming van de in art. 1638x [art. 7:658] lid 1 ge-

noemde 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 [art. 7:658], op de werkgever een aansprakelijkheid zou worden gelegd zonder dat er sprake is van een tekortkoming aan zijn kant.'¹³

De vraag die ik vandaag met u nader wil verkennen, is of deze uitspraak ruim 20 jaar later nog overeind staat. We zien immers met enige regelmaat uitspraken waarin op basis van goed werkgeverschap wél vergoedingen worden toegekend in verband met letsel ontstaan rond het werk. Ik zal dit bespreken aan de hand van een schets van de ontwikkeling van dit terrein, waarbij ik verschillende situaties bespreek die in toenemende mate op het werk zelf betrekking hebben: schade thuis, schade tijdens een wachttijd, schade tijdens personeelsactiviteiten buiten het normale werk, schade tijdens woon-werkverkeer en ten slotte schade in het verkeer tijdens het werk.

Steeds zal daarbij de vraag zijn: is er sprake van een incidentele, bijzondere uitspraak of van een algemeen toepasbare regel? Met andere woorden: worden schadevergoedingen op grond van goed werkgeverschap toegekend om zeer onbillijke gevallen recht te trekken, als een soort hardheidsclausule? Of zijn er wel degelijk algemene criteria te geven en treedt de rechter meer op als plaatsvervangende wetgever, die de zorgplicht van art. 7:658 BW aanvult?

Schade thuis

De eerste situatie is die van de werknemer die thuis letsel oploopt in verband met het werk. Daar kennen we het geval van S., de sociaalpsychiatrisch werker van de Stichting Reclustering Nederland. Op vrijdagavond 14 december 1990 werd door een reclaseringscliënt op S. bij hem thuis een aanslag gepleegd, waarbij hij ongeveer 40 keer met een ijzeren hamer op het hoofd is geslagen. De aanslag vond plaats in de deuropening van de woning van S. S. werd arbeidsongeschikt en vorderde vergoeding van zowel vermogensschade als van immateriële schade. De Hoge Raad oordeelde dat het in art. 7:658 BW gaat om een zorgplicht van de werkgever voor de veiligheid van de werkomgeving en de gebruikte werktuigen. Er bestaat

11. HR 1 maart 2002, NJ 2003, 211, JAR 2002/67 (*Guérand/PTT Post*). Ook andere aparte vorderingen, zoals een vergoeding voor een uitvinding kunnen zelfstandig worden geclaimd: HR 1 maart 2002, NJ 2003, 210, JAR 2002/66 (*TNO/Ter Meulen*).

12. Zie voor een oud vonnis van de Kantonrechter Rotterdam waarin aansprakelijkheid van de werkgever uit art. 7:658 BW werd afgewezen en anderzijds die uit art. 7:611 en 6:248 BW werd gehonoreerd: Ktr. Rotterdam 10 januari 1984, *Prg.* 1985, 2314.

13. HR 17 november 1989, NJ 1990, 572 (*De Kok/Jansen's schoonmaakbedrijf BV*).

geen grond de werkgever ook aansprakelijk te stellen voor ongevallen die de werknemer in de privé-situatie overkomen:

‘De (...) verplichting van de werkgever de werkzaamheden zodanig te organiseren dat de werknemer is beschermd tegen aan zijn arbeid verbonden veiligheidsrisico’s, vloeit niet slechts voort uit de sociaal-economische positie van de werkgever ten opzichte van zijn werknemer, maar houdt volgens de Hoge Raad ook nauw verband met zijn zeggenschap over de werkplek en zijn bevoegdheid zijn werknemer aanwijzingen te geven ter zake van de (wijze van) uitoefening van diens werkzaamheden. In de regel ontbreken deze zeggenschap en bevoegdheid als het gaat om de privé-situatie van de werknemer. Dit brengt mee dat de vraag of de werkgever aansprakelijk is voor ongevallen die de werknemer, ofschoon samenhangend met zijn werkzaamheden, in zijn privé-situatie zijn overkomen, niet wordt beheerst door de bijzondere regeling van artikel 7A:1638x [art. 7:658 BW], maar telkens naar de omstandigheden van het gegeven geval moet worden beantwoord aan de hand van wat voor dat geval de eis zich als een goed werkgever te gedragen meebrengt. Daarbij verdient opmerking dat voor een bevestigende beantwoording van deze vraag slechts plaats is onder bijzondere omstandigheden, waarbij voor gevallen als de onderhavige kan worden gedacht aan een, ook aan de werkgever bekend, specifiek en ernstig gevaar.’¹⁴ De Hoge Raad laat hier duidelijk zien dat de werkgever voor aansprakelijkheid op grond van art. 7:658 BW de zeggenschap moet hebben over de gevaarlijke situatie. De mogelijkheid van schadevergoeding op grond van goed werkgeverschap betreft *bijzondere omstandigheden*, maar dan moet wel het gevaar *te voren aan de werkgever bekend* zijn. We kunnen denken aan een werknemer die door een cliënt van het werk wordt bedreigd op zijn huisadres. Indien de werknemer de werkgever hierover informeert, zou de werkgever hem – indien dit redelijkerwijs kan worden gevergd – kunnen helpen met beveiliging van het huis of het inschakelen van ‘beveiligers’, zoals lijfwachten tegenwoordig heten. Laat de werkgever dit na, dan moet hij de thuis opgelopen schade van de werknemer vergoeden. Met andere woorden: ook voor de aansprakelijkheid op grond van goed werkgeverschap moet sprake zijn van een tekortkoming in een verplichting van de werkgever. Ook hier moet de werkgever tevoren iets hebben kunnen doen om de schade te voorkomen, zelfs al gaat de eis om dit te

doen verder dan de zorgplicht van art. 7:658 BW meebrengt.

Schade tijdens wachttijd

Is de werkgever aansprakelijk voor schade opgelopen tijdens het wachten tussen twee periodes van werken indien dit wachten niet thuis kan gebeuren?

Indien dit wachten gebeurt op het terrein van de werkgever en in opdracht van de werkgever, kunnen we wellicht spreken van een zorgplicht die nog onder art. 7:658 BW valt, zelfs al gebeurt het ongeval niet tijdens de werkzaamheden. In elk geval zal de werkgever dan op basis van goed werkgeverschap al snel aansprakelijk kunnen worden gesteld indien het ongeval het gevolg is van een gebrekkige inrichting van de werkomgeving. Maar hoe zit het met het wachten op een terrein buiten de directe invloed van de werkgever?

We spreken nu over 10 juli 1998. Piloot De Kuijer heeft een KLM-vlucht naar Abidjan (Ivoorkust) uitgevoerd. Hij zou enige dagen later terugvliegen. Tijdens de wachttijd tussen de heen- en terugvlucht is hij in Abidjan bij een verkeersongeval betrokken geraakt. Dit ongeval vond plaats toen De Kuijer met een taxi onderweg was vanuit het hotel waar hij verbleef naar een restaurant. Bij het ongeval heeft De Kuijer een hoge dwarslaesie opgelopen. Daardoor is De Kuijer volledig arbeidsongeschikt geraakt. Zijn schade bestaat uit inkomensverlies, de kosten van wijkverpleging, de kosten van noodzakelijke aanpassingen aan zijn handicap, taxikosten en immateriële schade. De Kuijer ontvangt van KLM een invaliditeitspensioen. De mogelijkheden voor De Kuijer om zijn schade in Ivoorkust te verhalen, zijn zeer beperkt. Anders dan de piloot behoorde KLM als werkgever volgens het hof op de hoogte te zijn van de telkens wisselende bijzondere risico’s in de plaatsen van bestemming, met het oog waarop hij als goed werkgever maatregelen moest nemen, namelijk het tot een minimum terugbrengen van de risico’s en vervolgens, voor het geval dat een risico zich nochtans verwezenlijkt, het voor zijn rekening nemen daarvan, en ten slotte, kennelijk teneinde de medewerkers ertoe te brengen de risico’s te mijden, het effectief waarschuwen voor de bijzondere risico’s en de mogelijke gevolgen daarvan. De Hoge Raad liet dit oordeel in stand.¹⁵ Interessant voor het vervolg van dit verhaal is nog dat sprake moest zijn van een adequate verzekering en dus ook dat de eventueel maximaal toe te kennen bijdragen in een verzekering konden worden getoetst aan het criterium van de adequaatheid.

14. HR 22 januari 1999, *NJ* 1999, 534, *JAR* 1999/44 (*S./Reclassering*).

15. HR 18 maart 2005, *RvdW* 2005, 46, *JAR* 2005/100 (*KLM/De Kuijer*).

Ook deze uitspraak riep onmiddellijk de vraag op of hieruit een algemene regel viel af te leiden. Immers, men zou bij deze casus ook kunnen denken dat de rechter vooral een praktische oplossing heeft gezocht om een zeer triest voorval van een oplossing te voorzien. We zien echter dat het hof zich wel heeft beijverd om een tekortschieten te omschrijven, dat de werkgever van tevoren had kunnen voorkomen. De werkgever die mensen uitzendt naar gevaarlijke oorden moet zich oriënteren op de risico's en passende maatregelen nemen, zoals voldoende indringende waarschuwingen en het sluiten of vergoeden van een verzekering. Ook al kan men zich indenken dat deze regel er min of meer is bijgezocht om het hoofd te kunnen bieden aan de trieste situatie, blijft het hof, en daarmee de Hoge Raad, in lijn met de gedachte dat er sprake moet zijn van een aanwijsbare tekortkoming van de werkgever wil hij – ook op grond van goed werkgeverschap – gehouden zijn tot vergoeding van schade, ook wanneer deze buiten de eigenlijke werkzaamheden wordt opgelopen.¹⁶

Personeelsuitjes

Een soortgelijke problematiek zien wij bij de met enige regelmaat voorkomende procedures over de aansprakelijkheid voor ongevallen tijdens personeelsuitjes. We hebben het dan niet over verplichte personeelsactiviteiten, want die behoren tot het werk en kunnen met de regeling van art. 7:658 BW worden afgedaan. Maar wat als de werknemer niet – ook niet moreel of informeel – tot deelname verplicht is? Zo oordeelde het Hof Amsterdam dat de werkgeefster die een workshop rolschaatsen had georganiseerd in de hal van haar kantoor aansprakelijk was voor de gevolgen van een val van een werkneemster, niet op grond van art. 7:658 BW, maar op grond van art. 7:611 BW. Het hof oordeelde het van algemene bekendheid dat het rolschaatsen op een marmeren vloer zonder beschermingsmiddelen en instructie een risicovolle bezigheid is. Dat risico is ook naar algemene bekendheid aanzienlijker voor mensen op middelbare leeftijd die in geen jaren aan rolschaatsen hebben gedaan. De werkgever had onvoldoende gedaan om bescherming te bieden tegen het gevaar, maar ook om dekking te bieden tegen eventuele schade.¹⁷

Ook hier zien we dat getoetst wordt aan het van tevoren bekend zijn van het gevaar, zodat de werkgever maatregelen had kunnen nemen en dus de situatie in de greep had. Ook hier zien we het verzekeringselement om de hoek kijken. Om tegemoet te komen aan het feit dat in sommige situaties het gevaar moeilijk valt uit te sluiten, wordt de verantwoordelijkheid van de werkgever vertaald in een verzekeringsplicht.

In het arrest over de aansprakelijkheid van de werkgever voor een door de werknemers tijdens het personeelsuitje veroorzaakte brand door het gooien van te veel olie op de barbecue, geeft de Hoge Raad een aantal criteria voor de vraag wanneer de risicoaansprakelijkheid van de werkgever tegenover derden voor de fouten van zijn ondergeschikten (art. 6:170 BW) op dit soort situaties van toepassing kan zijn.¹⁸ Deze criteria zijn mijns inziens ook relevant voor de vraag of een werkgever tegenover werknemers die tijdens een dergelijk uitje zelf letselschade oplopen, aansprakelijk is op grond van goed werkgeverschap. Wel zal dan de tekortkoming van de werkgever moeten worden aangewezen, hetgeen bij een risicoaansprakelijkheid niet noodzakelijk is.

Woon-werkverkeer

We komen weer een stapje dicht bij het werk als we gaan spreken over ongevallen bij het woon-werkverkeer. Eerder werd al uitgemaakt dat de werkgever hiervoor niet aansprakelijk is op grond van art. 7:658 BW, zelfs niet als het gaat om een ongeval als gevolg van gladheid op een fietspad vlakbij het terrein van de werkgever.¹⁹

Vervolgens is in een aantal arresten de werkgever veroordeeld tot vergoeding van schade tijdens het woon-werkverkeer op grond van goed werkgeverschap. Hier betrof het echter situaties die wel dicht tegen de uitoefening van het werk aanlagen. Bekend is bijvoorbeeld de zaak *De Bont/Oudenallen* waarin een auto-ongeluk plaatsvond tijdens het gezamenlijk vervoer van een paar werknemers naar een verder weg gelegen bouwplaats. De chauffeur bleek als enige niet verzekerd en dreigde de schade niet vergoed te krijgen. De Hoge Raad deed deze zaak met name af met een verwijzing naar de nauwe band met het werk. Daarbij was van belang dat de cao voorzag in een

16. In Rb. Alkmaar 25 januari 2006, *JAR* 2006/43 werd de werkgever ook aansprakelijk gehouden voor een ongeluk dat werknemers tijdens een wachttijd op Cuba op de golfbaan overkwam. Het komt mij voor dat deze uitspraak een toepassing vormt van het arrest *KLM/De Kuiper*, die te ver gaat, omdat hier door de werknemers zelf bijzondere risico's in het leven waren geroepen.

17. Hof Amsterdam 30 oktober 2007, *JAR* 2008/11.

18. HR 9 november 2007, *RvdW* 2007, 960, *JAR* 2007/305, AA 2008, p. 358, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Groot Kievitsdal*).

19. HR 16 november 2001, *NJ* 2002, 71 (*Quant/Volkshogeschool*). Als uitgangspunt door de Hoge Raad bevestigd in HR 30 november 2007, *RvdW* 2007, 1030, *JAR* 2008/14 (*Knopen/NCM*).

extra vergoeding voor de tijd die dit soort woon-werkverkeer vraagt.²⁰

Dit is een situatie waarin men bij uitstek kan denken dat het oordeel niet zozeer een algemene regel formuleert, maar meer individuele rechtvaardigheid beoogt. Immers, de drie andere werknemers waren verzekerd, dus het zou onbillijk zijn als juist de chauffeur zonder schadevergoeding bleef. Die nadruk op individuele rechtvaardigheid zou men ook kunnen lezen in het recentere arrest *Knoppen/NCM* waarin is overwogen dat de opvatting, dat de schade die een werknemer tijdens het woon-werkverkeer ten gevolge van een verkeersongeval lijdt, in ieder geval geacht moet worden te zijn geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden indien de desbetreffende reistijd als overuren bij de werkgever mocht worden gedeclareerd, in haar algemeenheid niet juist is.²¹

Men kan het echter ook anders zien. De Hoge Raad oordeelde in het eerste geval dat de werknemer nog min of meer voor zijn werk actief was door enkele collega's te vervoeren. De cao-beloning vormde een ondersteuning voor die gedachte. De grens tussen wel en niet werken is in zulk soort gevallen een vloeiende. In het tweede geval (een werkneemster die in feite na overwerk naar huis reed en deze tijd als overwerk vergoed kreeg vanwege de afstand tussen haar woon- en werkplaats tijdens een periode van detachering) vond de Hoge Raad de balans overhellen naar het woon-werkverkeer, dat in beginsel niet onder de aansprakelijkheid van de werkgever valt.

Verkeersdeelname voor het werk

Nu komen we dan op de vraag wat het deelnemen aan het verkeer door de werknemer *tijdens* het werk betekent voor de aansprakelijkheid van de werkgever voor letselschade bij de werknemer zelf.²² Heeft art. 7:658 BW daarop betrekking? We zien dat de rechtspraak in toenemende mate is gaan benadrukken dat art. 7:658 BW betrekking heeft op gevallen waarin de werkgever zeggenschap heeft over de situatie. Als een werknemer in de auto onderweg is, heeft de werkgever daarover echter in principe feitelijk geen zeggenschap.

Een uitzondering vormt de situatie waarin een werknemer rijdt in een bedrijfsauto die niet veilig is, bijvoorbeeld omdat er geen autogordels in zijn aangebracht. Indien de werknemer daardoor schade lijdt, is de aansprakelijkheid van art. 7:658 BW wel aan de orde. De werkgever had het dan immers in zijn macht om de auto in goede en veilige staat te houden.²³ Hetzelfde geldt indien de werkgever de werknemer opdracht geeft om bij het rijden bijzondere risico's te nemen, bijvoorbeeld in verband met het spoedkarakter van de opdracht. Immers, dan had de werkgever het ongeval kunnen voorkomen door een andere opdracht te geven.

Maar art. 7:658 BW brengt naarmate het artikel enger wordt uitgelegd ook het gat in onze aansprakelijkheidsregeling steeds sterker naar voren: wat als de werkgever het niet kan helpen, maar de werknemer wel schade lijdt als gevolg van zijn werk? De werknemer moet dan terugvallen op de sociale zekerheid, maar ziet niet al zijn schade gedekt.

Daarom rijst ook hier de vraag: is de werkgever dan niet verplicht tot vergoeding van schade op grond van goed werkgeverschap en, zo ja, waarom?

We komen al wat dichterbij de eeuwwisseling als ik u meeneem naar 30 september 1996. Op die dag is werknemer Maasman van Akzo, onderweg naar Le-verkussen, als hij als bestuurder van zijn personen-auto betrokken raakt bij een verkeersongeval te Huissen. Als gevolg van het ongeval loopt Maasman een whiplash trauma op. Maasman heeft de andere bij het ongeval betrokken partij, alsmede zijn WAM-verzekeraars, aangesproken tot vergoeding van zijn schade. Bij vonnis van 15 juni 2000 heeft de Rechtbank Arnhem onder meer voor recht verklaard dat dezen aansprakelijk zijn voor 75% van de door Maasman ten gevolge van het ongeval geleden en nog te lijden materiële en immateriële schade. Het resterende kwart van de schade heeft de rechtbank voor rekening van Maasman gelaten op de grond dat hij ten tijde van de aanrijding zijn gordel niet droeg. Maasman claimde dit bedrag van zijn werkgever Akzo. Het hof oordeelde dat de werkgever niet aansprakelijk was op grond van art. 7:658 BW, maar had ook geoordeeld dat de werkgever in gevallen als het onderhavige, in beginsel steeds de gehele (resterende) schade van de werknemer moet dragen (in dit geval ruim € 33 000). Dat laatste oordeel nu, kan volgens de

20. HR 9 augustus 2002, NJ 2004, 235 JAR 2002/205 (*De Bont/Oudenallen*). Zie ook HR 12 januari 2001, NJ 2001, 253, JAR 2001/24 (*Vonk/Van der Hoeven*).

21. HR 30 november 2007, RvdW 2007, 1030, JAR 2008/14 (*Knoppen/NCM*).

22. Voor schade toegebracht door de werknemer in het verkeer aan derden blijft de werkgever aansprakelijk op grond van art. 6:170 BW en kan hij slechts beperkt regres nemen op de werknemer; vgl. reeds HR 26 juni 1959, NJ 1959, 551 (*De Bont/Zuid Ooster*).

23. Indien de bedrijfsauto ook wordt gebruikt voor het woon-werkverkeer kan, indien het ongeval gebeurt in deze hoedanigheid, de werkgever aansprakelijk worden geacht op grond van art. 7:611 BW, Hof 's-Hertogenbosch 17 april 2007, JAR 2007/209.

Hoge Raad in zijn algemeenheid niet als juist worden aanvaard.

Maar wel grijpt de Hoge Raad deze zaak aan om een oplossing te zoeken voor het gat in de arbeidsrechtelijke aansprakelijkheidsregeling. Hij overweegt immers:

‘De aan het gemotoriseerd verkeer verbonden, door velen met grote regelmaat gelopen, risico’s van ongevallen hebben mettertijd geleid tot een goede verzekeraarbaarheid van deze risico’s tegen betaalbare premies. In het licht hiervan moet worden geoordeeld dat de werkgever uit hoofde van zijn verplichting zich als een goed werkgever te gedragen, gehouden is zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering van werknemers wier werkzaamheden ertoe kunnen leiden dat zij als bestuurder van een motorvoertuig betrokken raken bij een verkeersongeval.’²⁴

Hiermee heeft de Hoge Raad op grond van goed werkgeverschap een verzekeringsplicht in het leven geroepen.

De nieuwe vragen rond de verzekeringsplicht

Omvang en reikwijdte van de verzekeringsplicht
Natuurlijk roept de recente rechtspraak over schadevergoeding voor ongevallen in het verkeer nieuwe vragen op. De werkgever is verplicht om de werknemer te verzekeren. Hoe ver moet de verzekering gaan? Daarover zegt de Hoge Raad:

‘De omvang van deze verplichting zal van geval tot geval nader vastgesteld moeten worden met inachtneming van alle omstandigheden, waarbij in het bijzonder betekenis toekomt aan de in de betrokken tijd bestaande verzekeringsmogelijkheden – waarbij mede van belang is of verzekering kan worden verkregen tegen een premie waarvan betaling in redelijkheid van de werkgever kan worden gevergd – en de heersende maatschappelijke opvattingen omtrent de vraag voor welke schade (zowel naar aard als naar omvang) een behoorlijke verzekering dekking dient te verlenen.’ Van belang is hierbij dat indien een cao voorziet in een vergoeding bij schade, niet zonder meer kan worden aangenomen dat deze een adequate voorziening biedt. Dit blijkt uit het parallel gewezen arrest in de zaak *Kooiker/Taxicentrale Nijverdal*.²⁵

Een tweede vraag is: kan de werknemer zich niet zelf verzekeren? Ja, oordeelt de Hoge Raad:

‘In het bijzonder wanneer voor de werkzaamheden gebruik wordt gemaakt van een eigen auto van de

werknemer, kan aan de verplichting ook voldaan worden door de werknemer financieel in staat te stellen om voor een behoorlijke verzekering zorg te dragen, mits hierover in de verhouding tussen de werkgever en de werknemer voldoende duidelijkheid wordt verschaft.’

Dit roept de vraag op of de werkgever kan volstaan met een advies aan de werknemer om zich te verzekeren en de mededeling dat zijn loon voldoende is om zich dit te kunnen veroorloven. Uit de laatste zin blijkt mijns inziens dat dit niet kan. De wat cryptische woorden ‘mits hierover in de verhouding tussen de werkgever en de werknemer voldoende duidelijkheid wordt verschaft’ moeten mijns inziens zo worden uitgelegd, dat de werkgever moet kunnen uitleggen welk deel van de kostenvergoeding die de werknemer krijgt, bestemd is voor verzekering en dat hij aanneemelijk moet kunnen maken dat dit een reëel bedrag is. Hij moet de werknemer daarover ook voldoende voorlichten.

En wat zijn de gevolgen van een tekortschieten ten aanzien van deze plicht?

‘Indien de werkgever is tekortgeschoten in zijn verplichting zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering als hiervoor bedoeld, is hij jegens de werknemer aansprakelijk voor zover deze door die tekortkoming schade heeft geleden.’

Over de consequenties van dit arrest valt ongetwijfeld nog veel te zeggen en de verzekeringsmaatschappijen en werkgevers zullen hard aan de slag moeten om de norm in te vullen. Zo moet onder meer worden bezien tot welke bedragen een adequate verzekering dekking moet verlenen.

De grootste nieuwe onzekerheid is voor welke gevallen je een verzekering moet afsluiten. Zoals we hierboven zagen, beperkt de plicht daartoe zich immers niet tot werknemers die deelnemen aan het gemotoriseerd verkeer, maar kan deze zich ook uitstrekken tot deelneming aan gevaarlijke personeelactiviteiten als rolschaatsen of activiteiten in verre landen gedurende de wachttijd tussen twee vluchten. En wat al niet meer? Moet de werkgever nu ook werknemers verzekeren die zich op de fiets tussen het gemotoriseerde verkeer begeven? Dit kan nog veel gevaarlijker zijn! Hoe ver moet de verzekering gaan voor mensen die in het buitenland opdrachten vervullen? Welke personeelsactiviteiten vallen wel en welke niet onder een verzekeringsplicht? En zo zullen zich nog veel meer vragen voordoen. Het taxeren van de risico’s wordt voor de werkgever een lastige activiteit. En een uitdaging voor de verzekeringsmaatschappijen, die de Hoge Raad wel dankbaar mogen zijn. Vooralsnog kan worden aangenomen dat de werkgever niet als ‘goede werkgever’ verplichtingen

24. HR 1 februari 2008, *JAR* 2008/56 (*Maasman/Akzo Nobel*).

25. HR 1 februari 2008, *JAR* 2008/57 (*Kooiker/Taxicentrale Nijverdal*).

heeft tegenover uitzendkrachten. Daarvoor is de uitzendwerkgever aansprakelijk.²⁶

Eigen schuld werknemer

Het *Maasman*-arrest is ook vernieuwend in de zin dat de Hoge Raad voor het eerst het criterium 'opzet of bewuste roekeloosheid' als maatstaf voor de eigen schuld van de werknemer in een zaak over art. 7:611 BW heeft gehanteerd.²⁷ Het hof had dit criterium volgens de Hoge Raad terecht meegewogen:

'De verzekering behoeft in elk geval geen dekking te verlenen voor schade die het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer.'

Het hof had in aanmerking genomen dat Maasman, hoewel hij op de hoogte was van de daaraan verbonden risico's, 'een bewuste keuze heeft gemaakt voor het niet dragen van een gordel'. Daarmee heeft het hof volgens de Hoge Raad echter miskend, dat dit:

'(...) niet zonder meer de conclusie rechtvaardigt dat sprake is geweest van een zodanig gevaarlijke gedraging dat Maasman onmiddellijk voorafgaand aan het ongeval daadwerkelijk beseftte dat hij zich daarvan in verband met de aanmerkelijke kans op verwezenlijking van het daardoor in het leven geroepen gevaar (van het oplopen van letsel bij een aanrijding) had behoren te onthouden.'

Dit is de bekende terughoudende rechtspraak van de Hoge Raad: opzet of bewuste roekeloosheid wordt niet te snel aangenomen. Daarmee sluit de toepassing van deze begrippen aan op de betekenis die zij elders hebben gekregen (bij de uitleg van dezelfde begrippen in de art. 7:658, 7:661 en 6:170 BW).

De Hoge Raad als plaatsvervangend wetgever

Interessant is ook de vraag of de Hoge Raad met de invoering van een verzekeringsplicht op grond van goed werkgeverschap de taak van de rechter niet overschrijdt. Begeeft hij zich daarmee niet eigenlijk op het terrein van de wetgever? Dit is des te meer opvallend omdat de Hoge Raad zich in het verleden meermalen schroomvallig heeft betoond met het vastleggen van duidelijke rechtsnormen en expliciet overwoog dat dit behoorde tot de rechtsvormende taak van de wetgever. Ten aanzien van de norm van goed werkgeverschap is de Hoge Raad bijvoorbeeld nog steeds niet overgegaan tot het erkennen van de in de lagere rechtspraak en de praktijk algemeen aan-

vaarde norm dat een schorsing een redelijke grond moet hebben. Op dat terrein houdt de Hoge Raad vast aan een omstreden uitleg van de wetsgeschiedenis van 1907 die al lang niet meer aansluit bij de rechtsontwikkeling op het gebied van de redelijkheid en billijkheid.

Het nu aan de orde zijnde arrest staat daarmee wel in scherp contrast. Nu wordt een verzekeringsplicht aangenomen ten behoeve van alle werknemers die deelnemen aan het gemotoriseerde verkeer. Een uitspraak die direct ingrijpende financiële consequenties heeft voor veel werkgevers. De uitspraak heeft bovendien terugwerkende kracht, zodat werkgevers aansprakelijk kunnen worden gesteld voor overtreding van een norm waarbij de vraag kan worden gesteld of zij het bestaan ervan moesten beseffen. Mijns inziens is het bij de norm van goed werkgeverschap niet de taak van de rechter om maatschappijhervormend recht te introduceren dat niet aansluit op een in de samenleving levende rechtsovertuiging. Wel kan worden aangesloten bij de gewijzigde ontwikkelingen in de maatschappij. Naar mijn smaak kun je iets als een verzekeringsplicht eigenlijk pas aannemen op basis van goed werkgeverschap als dat in het bedrijfsleven in het algemeen als behoorlijk wordt gezien. Of dat in deze kwestie al zo ver is, lijkt mij de vraag. Anderzijds is er wel een wetsontwerp geweest waarmee de regering een dergelijke aansprakelijkheid wilde invoeren, maar dat is – overigens om andere redenen – weer ingetrokken.

Mijn twijfel over de vraag of de Hoge Raad hier niet te veel in de verantwoordelijkheid van de wetgever treedt, neemt niet weg dat de norm naar mijn mening inhoudelijk ondersteuning verdient. Op deze wijze dicht de Hoge Raad het gat in de aansprakelijkheidsregeling van het arbeidsrecht, op een ook voor de praktijk duidelijke en hanteerbare wijze. De beperkte toepassingsfeer van art. 7:658 BW wordt gecompenseerd. Daarnaast is het instrument van de verzekering een fraaie oplossing voor het wegnemen van onzekerheden bij de werkgever over wat hij moet doen in situaties waar hij weinig greep op heeft. Ook gezien de toenemende gevaren van deelneming aan het verkeer, houdt de Hoge Raad met dit arrest het arbeidsrecht bij de tijd.²⁸ Dat neemt niet weg, dat het

26. Hof Amsterdam 24 augustus 2006, *JAR* 2006/28.

27. HR 16 oktober 1992, *NJ* 1993, 264, *JAR* 1992/115 (*Bruinsma/Schuitmaker*) komt wel in de buurt, waar de Hoge Raad deze criteria meeneemt bij een vordering op basis van redelijkheid en billijkheid.

28. Ik heb horen betwisten dat het verkeer gevaarlijker wordt, omdat het aantal verkeersdoden de laatste jaren niet stijgt. Men moet dit mijns inziens echter bezien op basis van de ontwikkeling over decennia. Het argument van de Hoge Raad dat hiervoor pas mettertijd goede verzekeringen zijn gekomen, komt op mij minder overtuigend over. Die verzekeringen zijn er toch ook al decennia? Is dit niet een wat gewrongen rechtvaardiging voor het feit dat de uitspraak nu en niet eerder is gekomen?

mijns inziens wenselijk is dat deze rechtspraak wordt gecodificeerd. Dat hoeft zich dan niet te beperken tot een verzekeringsplicht voor deelneming in het gemotoriseerd verkeer, maar zou zich kunnen uitstrekken tot alle situaties waarin een werknemer in opdracht van de werkgever zich in een situatie begeeft waaraan bijzondere risico's zijn verbonden.

Conclusie

De vraag die ik hierboven heb gesteld, is of als gevolg van de rechtsontwikkeling met betrekking tot de schadevergoeding op grond van goed werkgeverschap voor letselschade, de leer van het arrest *De Kok/Jansen's schoonmaakbedrijf* uit 1989 nog steeds staande is te houden. Ik ben geneigd die vraag bevestigend te beantwoorden. De hierboven aangehaalde relevante overweging was destijds:

'Wanneer de werkgever niet is tekortgeschoten in de nakoming van de in art. 1638x [art. 7:658] 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 [art. 7:658], op de werkgever een aansprakelijkheid zou worden gelegd zonder dat er sprake is van een tekortkoming aan zijn kant.'²⁹

We zien nu dat enerzijds de zorgplicht uit art. 7:658 BW is beperkt tot gevallen waarover de werkgever zeggenschap heeft. Dat leidt tot een gat in de aansprakelijkheidsregeling, omdat de werknemer ook allerlei risico's loopt, door zich in verband met het werk te begeven in situaties waarover de werkgever geen zeggenschap heeft. Die situaties nemen toe in aantal, omdat veel werknemers ambulante functies hebben, waarbij zij veelvuldig buiten de onderneming zelf actief zijn. Dat gat wordt door de Hoge Raad nu gedicht over de band van het goed werkgeverschap. In zoverre is er mogelijk strijd met de eerste zin van de geciteerde overweging, afhankelijk van hoe we de woorden 'en hij ook overigens niet te kort is geschoten in de naleving van zijn verplichtingen' interpreteren.

Maar de tweede zin vormt in wezen de kern. Hierin wordt immers de reden gegeven voor de overweging van de Hoge Raad. Het gaat erom dat de werkgever

een tekortkoming moet kunnen worden verweten. In alle hierboven genoemde gevallen kon uit het arrest een tekortkoming van de werkgever worden gedis-tilleerd, hoe creatief ook gevonden en hoe zeer wel-licht toch ook geïnspireerd door de trieste afloop van de casus. Het goed werkgeverschap is derhalve geen hardheidsclausule voor zielige gevallen. Men zal er slechts een beroep op kunnen doen indien men een concrete tekortkoming van de werkgever kan vast-stellen, die te baseren is op een verplichting die verder reikt dan het concrete geval. Het is niet voldoende om te stellen dat de werkgever meer had *kunnen* doen om de schade te voorkomen, het gaat erom dat de werkgever dit als goede werkgever in het algemeen ook had *moeten* doen. Het arrest roept ook geen ri-sicoaansprakelijkheid in het leven. Al komt de ver-zekeringsplicht daar dichtbij, juridisch is toch sprake van een andere figuur.³⁰

De eis van goed werkgeverschap speelt nu een vol-waardige en tamelijk uitgekristalliseerde rol in het arbeidsrechtelijke aansprakelijkheidsrecht naast de zorgplicht van de werkgever voor veilige arbeidsom-standigheden. Een rol die dankzij de gedurfde recht-spraak van de Hoge Raad blijft meegroeien met de ontwikkeling van de samenleving.

29. HR 17 november 1989, NJ 1990, 572 (*De Kok/Jansen's schoonmaakbedrijf*).

30. C.J. Herman de Groot, 'Aansprakelijkheid van de werkgever voor schade van de werknemer op grond van artikel 7:611 BW', *Arbeid Integraal* 2008, 12, p. 111-124, gebruikt voor dit type gevallen mijns inziens ten onrechte de term 'risicoaansprakelijkheid'.