

ANNOTATIE

Wie a zegt, hoeft niet altijd b te zeggen: over het bereik van de verzekeringsplicht ex artikel 7:611 BW voor arbeidsongevallen

A.R. Houweling

Inleiding

Met zijn arresten van 11 november 2011 – HR 11 november 2011, AR 2011-0923, LJN BR5215 (TNT) en HR 11 november 2011, AR 2011-0922, LJN BR5223, (De Rooyse Wissel) – heeft de Hoge Raad een (voorlopig) einde gemaakt aan de steeds verdergaande uitbreiding van aansprakelijkheid van werkgevers voor schade die werknemers in de uitoefening van hun werkzaamheden hebben opgelopen wegens het ontbreken van een ‘behoorlijke verzekering’. Deze zogenoemde ‘verzekeringsplicht’ is het resultaat van fraai stukje rechtsvorming van ons hoogste rechtscollege. Deze vorming heeft een aanvang genomen in het arrest Bruinsma/Schuitmaker (HR 16 oktober 1992, *NJ* 1993, 264 m.nt. PAS), werd vervolgens bevestigd in de arresten Vonk/Van der Hoeven en De Bont/Oudenallen (HR 12 januari 2001, *NJ* 2001, 253, *JAR* 2001/24 en HR 9 augustus 2002, *NJ* 2004, 235 (m.nt. GHvV), *JAR* 2002/205) en uitdrukkelijk benoemd in de zogenoemde februari-arresten uit 2008: HR 1 februari 2008, *JAR* 2008/56 (Maasman/Akzo Nobel) en HR 1 februari 2008, *JAR* 2008/57 (Kooiker/Taxi Nijverdal). Met deze februari-arresten werd een ‘verzekeringsplicht’ aanvaard in geval van arbeidsongevallen waarbij bestuurders van motorvoertuigen betrokken waren. Dit oordeel van de Hoge Raad deed de vraag rijzen of ook niet-gemotoriseerde verkeersdeelnemers een beroep op deze ‘verzekeringsplicht’ zou toekomen. In zijn arrest Maatzorg de Werven/Van der Graaf (HR 12 december 2008, *JAR* 2009/16) beantwoordde de Hoge Raad deze vraag bevestigend. De Hoge Raad hield evenwel ‘het eenzijdig ongeval te voet’ buiten het geëxpliciteerde toepassingsbereik van de verzekeringsplicht. Een vergissing, zo werd in de literatuur wel verdedigd. Immers, als (niet-)gemotoriseerde meerzijdige verkeersongevallen en eenzijdige ongevallen te fiets allemaal onder het bereik van de verzekeringsplicht ex artikel 7:611 BW vallen, dan is het toch niet verdedigbaar dat een voetganger – wellicht de meest kwetsbare verkeersdeelnemer – bij een eenzijdig verkeersongeval niet onder het bereik van deze verzekeringsplicht valt (zie o.a.: S.D. Lindenbergh, ‘Schending van een verzekeringsplicht als grond voor aansprakelijkheid’, *Ars Aequi* 2008, p. 107-114 en A.R. Houweling, ‘Verzekeringsplicht ook bij niet-gemotoriseerde werkgerelateerde verkeersongevallen?’, *TAP*

2008/1, p. 2-4)? Wie a zegt, moet ook b zeggen, toch?

De Hoge Raad lijkt zich in de onderhavige zaak niet aan die regel te houden: een TNT-er die tijdens de postbezorging uitglijdt wegens gladheid en daardoor ernstige schade oploopt, kan zich niet met succes op de ‘verzekeringsplicht’ van de werkgever beroepen (TNT). Evenmin kan de werknemer van een TBS-instelling zich op de verzekeringsplicht beroepen ter vergoeding van schade die niet op grond van artikel 7:658 BW voor vergoeding in aanmerking komt (De Rooyse Wissel). Welke argumenten gebruikt de Hoge Raad voor deze (plotselinge) koerswijziging? En wat leren ons de ‘11 november-arresten’ over het werkgeversaansprakelijkheidsrecht in titel 7.10 BW?

Ongewenste samenloop van artikel 7:658 BW met artikel 7:611 BW

Als eerste argument treffen we ‘het primaat van artikel 7:658 BW’ aan. Volgens de Hoge Raad dient een werknemer die in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt, zijn werkgever op grond van artikel 7:658 BW aan te spreken. Daarbuiten en daarnaast is er in beginsel geen mogelijkheid meer voor aansprakelijkheid op grond van artikel 7:611 BW. Daarmee revitaliseert de Hoge Raad zijn (oude) rechtspraak De Kok/Jansen’s Schoonmaakbedrijven (HR 17 november 1989, NJ 1990, 572). In dit arrest werd geoordeeld dat indien een feitencomplex onder het bereik van artikel 7:658 BW als *lex specialis* valt en wordt vastgesteld dat de werkgever zijn zorgplicht niet heeft geschonden, hij daarna niet alsnog op grond van de *lex generalis*-bepaling van artikel 7:611 BW aansprakelijk kan worden gehouden voor de geleden schade van de werknemer. Alleen in die gevallen waarin de zorgplicht van artikel 7:658 BW geen of nauwelijks betekenis heeft – zoals bij verkeersongevallen – of de schade niet in de uitoefening van de werkzaamheden heeft plaatsgevonden maar er wel sprake is van een functionele band (HR 17 april 2009, LJN BH1996), kan een werknemer alsnog een beroep doen op artikel 7:611 BW. Het zou in strijd zijn met de rechtszekerheid als de werkgever – ondanks het feit dat hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan – alsnog op grond van ‘het goed werkgeverschap’, dan wel de ‘redelijkheid en billijkheid’ aansprakelijk kan zijn (zie r.o. 3.4 – 3.5).

In zijn arrest Maatzorg de Werven/Van der Graaf overwoog de Hoge Raad nog dat: ‘(...) de vraag is gerezen of er voor de werkgever, naast zijn uit artikel 7:658 lid 1 BW voortvloeiende zorgplicht, een aanvullende verplichting bestaat.’ Met andere woorden, in Maatzorg de Werven/Van der Graaf leek de Hoge Raad cumulatie van aansprakelijkheid op grond van artikel 7:658 BW en artikel 7:611 BW toe te staan (zie r.o. 3.6.1 van dat arrest). Daar zijn overigens ook inhoudelijke gronden voor aan te voeren. Moet immers niet geoordeeld worden dat als het gaat om het ontbreken van een verzekering een totaal ander verwijt aan het adres van de werkgever wordt gemaakt, dan als het gaat om een schending van de zorgplicht? De zorgplicht ex artikel 7:658 BW ziet ten slotte op het voorkomen van ongevallen (zie lid 1 van artikel 7:658 BW waarin uitdrukkelijk een preventieplicht staat voorgeschreven). Een verzekering voorkomt geen ongevallen, maar ziet enkel op het vergoeden van de schade nadat een ongeval heeft plaatsgevonden. Indien men dit onderscheid hanteert, is heel goed verdedigbaar dat een werkgever aansprakelijk kan zijn op grond van zowel artikel 7:658 BW

(schending zorgplicht) als artikel 7:611 BW (schending verzekeringsplicht). Een parallel met de bekende Baijingsleer (samenloop van vergoeding op grond van artikel 7:685 BW met vergoeding op grond van artikel 7:611 BW) dringt zich op (zie uitvoerig: C.J. Loonstra, 'De Hoge Raad en de problematiek van de samenloop in het licht van art. 7:611 BW (het goed werkgeverschap)', *ArA* 2002/1, p. 15-18). Ik zie in ieder geval geen reden om exclusiviteit te verlenen aan de 658-procedure.

Ik begrijp de Utrechtse kantonrechter dan ook heel goed, die in zijn gecasseerde vonnis overwoog:

'(...) [h]et feit dat de werkgever voldoende maatregelen heeft getroffen ter voorkoming van schade, betekent nog niet dat er geen risico op schade bestaat bij de uitvoering van de werkzaamheden. Het feit dat dat risico buiten de zorgplicht van de werkgever ligt, betekent niet dat op de werkgever ten aanzien van dat risico geen verantwoordelijkheid rust'. (Ktr. Utrecht 16 juni 2010, LJN BM9357, *AR* 2010-525, r.o. 3.6).

De kantonrechter zegt in feite dat we een werkgever meer kunnen verwijten dan enkel het schenden van de zorgplicht. Maar waarin zit dat 'meer' dan? Welnu, dat is terug te voeren op het zogenoemde 'least cost insurer-principe'. Op grond van dit principe dient degene die de risico's het meest voordelig kan afdekken (de zogenoemde least cost insurer), daartoe ook verplicht te zijn (zie in algemene zin W.H. van Boom, 'Wie verre reizen maakt kan veel verhalen. Over het spreiden van het letselschaderisico bij arbeidsgelerateerde verkeersbewegingen', in: T. Hartlief & S.D. Lindenbergh (red.), *Tien pennenstreken over personenschade*, Den Haag: Sdu 2009, p. 44-45). Of dat verwijt terecht is, hangt vervolgens af van het al dan niet bestaan van een 'behoorlijke verzekering' (zie daarover nader onder 4).

Het argument dat het systeem van werkgeversaansprakelijkheid in titel 7.10 BW zich tegen een algemene verzekeringsplicht ex artikel 7:611 BW verzet, komt mij derhalve niet sterk voor. Daar komt nog eens bij dat werknemers er doorgaans meer belang bij zullen hebben hun vordering op grond van artikel 7:658 BW toegewezen te krijgen. Artikel 7:658 BW geeft de werknemer immers een processueel gunstigere positie (gezien de stelplicht en bewijslastverdeling en het beperkt eigenschuldverweer), alsmede een vergoeding van alle geleden schade. Artikel 7:611 BW geeft de werknemer slechts recht op een vergoeding van de schade wegens het ontbreken van een behoorlijke verzekering (welk bedrag aanmerkelijk lager kan zijn, dan een volledige schadevergoeding). Het primaat zal ook in die gevallen bij artikel 7:658 BW blijven liggen. Het grote verschil bij aanvaarding van een verzekeringsplicht voor alle gevallen, is dat een bepaalde categorie werknemers – vooral die categorie werknemers die dagelijks wel bepaalde risico's lopen en minder goed in staat zijn zich voor de gevolgen van het intreden van deze risico's in te dekken – naast een beroep op artikel 7:658 BW, dan ook nog eens een beroep zouden kunnen doen op de verzekeringsplicht ex artikel 7:611 BW (zie uitvoerig: A.R. Houweling, 'Werkgeversaansprakelijkheid in geval van werkgerelateerde verkeersongevallen', *ArA* 2009-1, p. 20-37). Welke risico's dat zijn en wie daarvoor bescherming dient te genieten, zouden we aan de specifieke beroepsgroepen (cao-overleg) kunnen overlaten. Een vergelijking met het zogenoemde 'dienstongeval' in het

ambtenarenrecht dringt zich op. Zoals gezegd, de Hoge Raad wil hier niet aan.

Grenzen aan de rechtsvormende taak van de Hoge Raad

Naast het primaat van artikel 7:658 BW, voert de Hoge Raad aan zich genoodzaakt te voelen de eigen ingezette rechtsontwikkeling te staken, omdat het de ‘rechtsvormende taak’ te buiten zou gaan. Ik kan mij niet aan de indruk onttrekken dat de Hoge Raad zich ten aanzien van dit tweede argument sterk heeft laten leiden door de conclusie van A-G Spier. Spier zet op voortreffelijke wijze uiteen voor welk – door de Hoge Raad zelf gecreëerde – probleem hij thans is gesteld. Na de vergoeding van zaakschade bij Bruinsma, konden we de personenschade toch niet onvergoed laten? En daarmee was het hek van de dam (zie conclusie onder 4.17).

Volgens Spier zijn er – naast het aannemen van een algehele verzekeringsplicht waar de Hoge Raad geen weet van wilde hebben – twee oplossingen denkbaar: (1) een reeks ‘noodsprongen vooruit richting het ravijn van de rechtsontwikkeling’, of (2) voor alle oude zaken ‘hard op de rem gaan staan’. Dat laatste betekent concreet: duidelijk maken dat in elk geval voor het verleden de grens van hetgeen op basis van de bestaande rechtspraak is bereikt, niet verder zal worden opgeschoven. Dat zou betekenen dat ook gevallen die dicht aanliggen tegen die waarvoor eerder aansprakelijkheid is aanvaard het antwoord op nieuwe pogingen hen onder artikel 7:611 BW te brengen een onverzettelijk ‘nee’ zou moeten zijn. De Hoge Raad heeft voor de tweede optie van Spier gekozen. In zijn arrest overweegt de Hoge Raad dat op zichzelf goede argumenten bestaan om werknemers een verdergaande, algemene bescherming tegen het risico van ongevallen in verband met hun werkzaamheden te bieden dan de bescherming ex artikel 7:658 BW, maar het ligt op de weg van de wetgever om een regeling daarvoor te maken; een dergelijke algemene regeling gaat de rechtsvormende taak van de rechter te buiten. Bij de huidige stand van de wetgeving dient, aldus de Hoge Raad, mede met het oog op de vereiste rechtszekerheid en de hanteerbaarheid van het recht, de in de rechtspraak aanvaarde en uit goed werkgeverschap voortvloeiende verzekeringsverplichting van de werkgever beperkt te blijven tot de bepaalde, afgebakende categorie van gevallen zoals hiervoor omschreven (r.o. 3.5).

Deze overweging van de Hoge Raad sluit aan bij kritiek van diverse auteurs in de literatuur (zie voor een prachtig overzicht: S.D. Lindenbergh, *Arbeidsongevallen en beroepsziekten*, Deventer: Kluwer 2009, p. 129-138; T. Hartlief, ‘Rechtsvorming door de Hoge Raad: het dossier werkgeversaansprakelijkheid’, *AV&S* 2009, 29, p. 219 e.v.). Veelal werd de Hoge Raad geprezen voor het oprekken van de aansprakelijkheidsregels ten gunste van de persoon die letsel had opgelopen. Tegelijkertijd werd dan opgemerkt dat het toch opmerkelijk is dat de Hoge Raad een aansprakelijkheidsregime creëert, terwijl de democratisch gekozen wetgever daartoe kennelijk niet in staat is (verwezen werd dan naar het gesneuveld wetsvoorstel 25 759 en de in 2003 mislukte Extra Garantieregeling Beroepsrisico’s). Uiteraard kan men zich afvragen waarom de Hoge Raad zich nu opeens wel ‘de grenzen van de rechtsvormende taak’ aantrekt en eerder niet. Waarschijnlijk omdat de raad simpelweg de gevolgen van de ingeslagen koers niet meer kan overzien. In zekere zin is het dan ook te prijzen dat de Hoge Raad zichzelf

corrigeert. Wie misschien eigenlijk überhaupt geen a had moeten zeggen, kan er verstandig aan doen niet tevens b te zeggen.

Het is te meer te prijzen dat de Hoge Raad zichzelf corrigeert, omdat de als het gevolg hiervan ontstane ongelijkheid tussen werkers mogelijk wel zal leiden tot een politieke reactie. Want laten we eerlijk zijn, waarom zou de politiek tot handelen overgaan als de rechtspraak haar taken zeer goed waarneemt? En dat is precies wat de Hoge Raad de laatste jaren op het terrein van werkgeversaansprakelijkheid bij uitstek heeft gedaan. Het werk van een nalatige wetgever opknappen. Door dit arrest wordt de wetgever uitgedaagd (eindelijk dan toch) zijn verantwoordelijkheid te nemen voor deze kwestie.

Geen verzekeringen voorhanden

In de staart van het arrest lijkt nog een laatste argument verscholen te zitten. De Hoge Raad overweegt daar namelijk, dat ‘voorts ook bezwaarlijk kan worden gezegd dat de mettertijd gegroeide goede verzekeraarbaarheid van het risico van verkeersongevallen tegen betaalbare premies betrekking heeft op het risico van struikelen of uitglijden’. Deze overweging lijkt te suggereren dat er voor dit soort risico’s geen verzekeringen voorhanden zijn en derhalve de werkgever ook niet aansprakelijk kan worden gesteld voor het intreden van de schade. Het oprekken van de verzekeringsplicht zou dan onwenselijk zijn. Men zou evenwel ook anders kunnen redeneren. Zodra duidelijkheid bestaat over de reikwijdte van de verzekeringsplicht, ontstaan vanzelf verzekeringen. In zekere zin is het dan een kip-of-ei-discussie. Omdat deze verzekeringen in het verleden nog niet bestonden, kan de werkgever zijn verzekeringsplicht niet hebben geschonden. Voor de toekomst ligt dat dan anders, hetgeen recht doet aan de rechtszekerheid.

Deze argumenten leggen eigenlijk het risico van, of – beter gezegd – het bezwaar tegen een private verzekeringsplicht bloot. Of een bepaald risico verzekeraar is, is uiteindelijk afhankelijk van de markt. Faure noemt dit het gevaar van de afhankelijkheid van de verzekeringsmarkt. De verzekeringsmarkt zal uiteindelijk bepalen of voor een bepaald risico ook daadwerkelijk dekking zal worden geboden. Zo is het denkbaar dat de wetgever (of zoals in casu de hoogste rechter) een verzekeringsplicht invoert, terwijl vervolgens de verzekeringsmarkt zou weigeren een verzekeringsdekking aan te bieden. Ten aanzien van milieuschade heeft zich een dergelijke situatie voorgedaan in Duitsland, zo meldt Faure. Een exploitant van een installatie die aanmerkelijke milieuschade zou kunnen aanbrengen, werd verplicht een milieuaansprakelijkheidsverzekering af te sluiten. In de praktijk bleek het onmogelijk om aan deze verzekeringsplicht ook daadwerkelijk invulling te geven. Volgens Faure is het van groot belang dat indien een wetgever overgaat tot invoering van een verzekeringsplicht, er een goed overleg en een goede samenwerking hebben plaatsgevonden met de verzekeringsmarkt. Alleen indien bepaalde verzekeringen kunnen en ook daadwerkelijk worden aangeboden, heeft invoering van een verzekeringsplicht zin (M. Faure, ‘De meerwaarde van het aansprakelijkheidsrecht voor het milieu’, in: T. Hartlief & S. Klosse (red.), *Einde van het aansprakelijkheidsrecht?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 281-282). In dat kader stelde Spier in zijn conclusie onder het arrest Maatzorg de Werven voor

om een periode van rechterlijk overgangsrecht te introduceren waarin verzekeraars kunnen inspelen op de eerdergenoemde verzekeringsplicht, maar daarna de koppeling aan de voor redelijke premies verkrijgbare verzekeringen los te laten. De Hoge Raad lijkt hier pas op de plaats te nemen, omdat 'de markt' simpelweg nog niet zover is. Hoewel dat enerzijds valt te begrijpen en zelfs valt te prijzen, is het anderzijds opmerkelijk dat kennelijk de markt de vergoeding van schade ten gevolge van een arbeidsongeval dicteert.

De wetgever is dus aan zet ...en ondertussen?

De Hoge Raad geeft met het TNT- en De Rooyse Wissel-arrest een duidelijk signaal af aan de wetgever. De wetgever zal moeten beslissen of, en zo ja hoe, een gewijzigd stelsel van werkgeversaansprakelijkheid ingevoerd moet worden. Een 'workers compensation'-regeling met een 'no fault'-model lijkt voor de hand te liggen (zie de interessante bijdrage van L.B. de Graaf, 'Werkgeversaansprakelijkheid: ligt de oplossing in Amerika?', *ArA* 2009-1, p. 3 e.v.). En in de tussenliggende periode gewoon accepteren dat TNT'ers (of moet ik zeggen: PostNL'ers?) met schade blijven zitten, terwijl hun werkverschaffer wel van de arbeid profiteert en beter in staat is de financiële gevolgen van het verwezenlijken van de schade af te dekken? Op deze vraag lijkt de Hoge Raad in het TNT-arrest ook een antwoord te geven. In rechtsoverweging 3.5 overweegt het college namelijk, dat: '(...) het ook denkbaar is dat werkgevers en werknemers voor de hen betreffende onderneming of voor de hen betreffende bedrijfstakken, al dan niet in het kader van af te sluiten CAO's, specifieke voorzieningen ter zake van arbeidsongevallen treffen'. Daarmee zegt de Hoge Raad in feite: 'Wat wij achteraf niet meer kunnen realiseren, kunt u vooraf wel realiseren.' Als werknemers(verenigingen) een eigen gecreëerde verzekeringsplicht met werkgevers(vertegenwoordigers) zijn overeengekomen, dan zal de Hoge Raad een vordering tot nakoming van een dergelijke verzekeringsplicht uiteraard honoreren. Immers, zo zal de Hoge Raad redeneren: wie a zegt, moet ook b zeggen!