

*Rotterdam Institute of Private Law
Accepted Paper Series*

Olie op het vuur

S.D. Lindenbergh

*Published in
Ars Aequi, 2008, 358*

Olie op het vuur

Functioneel verband bij art. 6:170 BW

Hoge Raad 9 november 2007, RvdW 2007, 960 (Groot Kievitsdal)

Prof. mr S.D. Lindenbergh (EUR)

1. Aansprakelijkheid voor andermans gedrag

De hierna te bespreken zaak betreft het toepassingsbereik van art. 6:170 BW. Dat artikel bevat een zuivere vorm van kwalitatieve risicoaansprakelijkheid. Dat wil zeggen dat de werkgever in zijn kwaliteit van werkgever op deze grond aansprakelijk is voor het risico van fouten (toerekenbare onrechtmatige gedragingen) van zijn werknemers, ongeacht of hem zelf een verwijt treft. Art. 6:170 moet worden onderscheiden van art. 6:76 BW, dat aan de debiteur die bij de *uitvoering van een verbintenis* een hulppersoon inschakelt het gedrag van de hulppersoon in het kader van de uitvoering van de verbintenis als eigen gedrag aanrekent.¹ Art. 6:170 en 6:76 BW moeten bovendien worden onderscheiden van art. 7:658 BW, dat de aansprakelijkheid van de werkgever regelt voor *schade die de werknemer oploopt* in de uitoefening van de werkzaamheden, en van art. 7:661 BW, dat de *aansprakelijkheid van de werknemer jegens de werkgever* behoudens opzet of roekeloosheid van de werknemer uitsluit. Deze laatste twee bepalingen betreffen derhalve aansprakelijkheid voor *eigen gedrag*. Art. 6:171 BW ten slotte, regelt de aansprakelijkheid voor gedragingen van de niet-ondergeschikte. Al deze bepalingen moeten bovendien worden onderscheiden van de verzeenzelvigingsleer, die vooral is ontwikkeld met het oog op rechtspersonen en die inhoudt dat gedragingen van bepaalde personen worden *verzeenzelvigd* met en worden aangemerkt als gedragingen van de rechtspersoon.²

Artikel 6:170 BW heeft voorts als bijzonderheid dat het niet alleen de *externe aansprakelijkheid* regelt (wie kan door het slachtoffer naast de werknemer worden aangesproken?), maar ook de *interne draagplicht* (wie draagt in de verhouding tussen werkgever en werknemer uiteindelijk de schade?). Het derde lid van art. 6:170 BW bepaalt immers, in afwijking van art. 6:102 BW ('tenzij uit... de wet een andere verdeling voortvloeit'), dat de werknemer *in hun onderlinge verhouding* alleen in de schade hoeft bij te dragen wanneer deze het gevolg is van zijn opzet of bewuste roekeloosheid. Toepasselijkheid van art. 6:170 BW is dus niet alleen van belang voor de aansprakelijkheid van de werkgever (er komt voor de gelaedeerde een 'loket' bij), maar ook voor de draagplicht van de werknemer. De werknemer die een fout heeft gemaakt waardoor een derde schade heeft opgelopen kan er dus belang bij hebben zijn werkgever naar voren te schuiven. De werknemer ontkomt dan weliswaar zelf niet aan aansprakelijkheid (hij blijft dat jegens de derde voor zijn eigen fouten op grond van art. 6:162 BW), maar hij kan dan de schade uiteindelijk laten dragen door zijn werkgever (behoudens opzet of bewuste roekeloosheid en uiteraard voorzover de werkgever solvabel is). In de hier te bespreken zaak zal deze achtergrond een rol hebben gespeeld.

¹ Aldus HR 14 juni 2002, NJ 2002, 495 m.nt. K.F. Haak (Geldnet/Kwantum).

² Zie voor onrechtmatige daad het criterium ontwikkeld in HR 6 april 1979, NJ 1980, 34 m.nt. C.J.H. Brunner (Knabbel & Babbel). Zie over overeenkomsten en verschillen tussen beide wijzen van toerekening uitvoerig J.W. Hoekzema, *Kwalitatieve aansprakelijkheid voor ondergeschikten en aansprakelijkheid voor eigen onrechtmatige daad*, diss. Groningen, Den Haag 2000.

2. Olie op het vuur

Op 28 februari 1998 vond in partycentrum Groot Kievitsdal een bedrijfsfeestje plaats. Bij het feestje waren aanwezig werknemers van twee bedrijven, Cultuurtechniek en Workshop, hun directeur en hun (levens)partners, 21 personen in totaal. Nadat het gezelschap had gebowld werd er in één van de zalen van Groot Kievitsdal gebarbecued. Het gezelschap was verdeeld over vijf tafels, geplaatst in de nabijheid van een gasbarbecue met daarboven een afzuigkap, en op iedere tafel stond een olielampje met lamoplie. Er werd flink gedronken. Na de maaltijd hebben twee of meer werknemers, die bij de directeur aan tafel zaten, lampolie op het nog hete barbecuerooster gegooid, hetgeen vlammen veroorzaakte. Vervolgens is brand ontstaan waardoor het restaurant is afgebrand. De schade liep in de miljoenen.

Nadat de brandverzekeraars van het restaurant bijna 6 miljoen gulden hebben uitgekeerd, zoeken de eigenaren verhaal voor de resterende (niet door verzekering gedekte) schade. Zij stellen daartoe de directeur, de vennootschappen (een beheersvennootschap en Workshop en Cultuurtechniek) en drie werknemers aansprakelijk. Vervolgens ontstaat een waar *lawyer's paradise* aan vrijwaringsprocedures, en besluit de rechtbank om eerst de vraag te beantwoorden of de werkgevers op grond van art. 6:170 BW aansprakelijk zijn voor de schade aan Groot Kievitsdal.

De rechtbank acht de werkgevers niet aansprakelijk voor de schade, omdat volgens haar onvoldoende verband bestond tussen de werkzaamheden die de werknemers in het kader van hun functie verrichtten en hun aanwezigheid bij het personeelsfeest om art. 6:170 BW toepasselijk te achten.

3. Hof en Hoge Raad

Het hof begint met de vaststelling dat het geschil beperkt is tot de vraag of de werkgevers in dit geval aansprakelijk zijn op grond van art. 6:170 BW voor de gedragingen van hun werknemers.³ Daarbij stelt het hof voorop dat nog niet vast staat dat de werknemers een fout in de zin van art. 6:170 lid 1 BW (toerekenbare onrechtmatige daad) hebben begaan en dat deze beslissing dus alleen van belang is voorzover dat later komt vast te staan.

Het hof vervolgt dan met een beschrijving van de omstandigheden. Het ging om een jaarlijks bedrijfsfeest dat was georganiseerd door Cultuurtechniek, mede namens Workshop. De reservering was gedaan op naam van de directeur, alle werknemers waren uitgenodigd (al waren zij niet allemaal gekomen) en de kosten (inclusief drank) waren voor rekening van de organisator. De groep had meer dan gemiddeld alcoholhoudende dranken gedronken en was luidruchtig. De directeur had bovendien verklaard dat hij aangeschoten was en dat degenen aan de middelste tafel, waaronder hijzelf, elkaar opjuinden om olie op de barbecue te gooien.

³ Hof Amsterdam 21 juli 2005, JA 2005, 88 m.nt. F.T. Oldenhuis.

Dan beschrijft het hof de relatie met het werk. De aangesproken werknemers vervulden functies als bedrijfsleider, hovenier, stratenmaker of shovelmachinist. Hun aanwezigheid bij het personeelsfeest behoorde dus zeker niet tot de taak waarvoor zij waren aangenomen en evenmin hadden zij een opdracht of morele plicht om bij het feest aanwezig te zijn. Dat neemt niet weg dat het vooral ging om onderlinge gezelligheid en dat het een door de werkgever georganiseerd en betaald feest was, dat de werknemers er alleen aanwezig waren omdat zij werknemer waren en dat het feest kan worden geacht mede in het belang te zijn van de saamhorigheid in het bedrijf en de motivatie van de werknemers, zodat desondanks een voldoende nauwe band met hun taak als bedoeld in art. 6:170 BW is komen vast te staan. Voorts is volgens het hof van belang dat de directeur door de werknemers werd gezien als hun baas en ook tijdens die avond in hun beleving een zekere zeggenschap over hen had. De werknemers en hun baas traden tijdens die avond ook als een zekere eenheid naar buiten, zodat de eigenaar van Groot Kievitsdal hen ook als zodanig mocht beschouwen. Ten slotte is volgens het hof nog van belang dat niet is gebleken dat de directeur heeft getracht te verhinderen dat olie op de barbecue werd gegooid, maar dat – integendeel – aannemelijk is dat hij juist daartoe heeft aangezet en daarmee de kans op schade heeft vergroot. Op grond van deze gegevens oordeelt het hof dat de vennootschappen bij wie de werknemers in dienst zijn (Workshop en Cultuurtechniek) aansprakelijk zijn voor de door de werknemers toegebrachte schade, mits komt vast te staan dat de schade het gevolg is van een fout van hen.

In cassatie komen de vennootschappen, hun directeur en een verzekeraar op tegen het oordeel van het hof.⁴ De Hoge Raad zet eerst (rov. 4.3.2) het kader neer:

Ingevolge art. 6:170 lid 1 BW is degene in wiens dienst de ondergeschikte zijn taak vervult aansprakelijk voor de schade, aan een derde toegebracht door een fout van de ondergeschikte, indien de kans op de fout door de opdracht tot het verrichten van deze taak is vergroot en degene in wiens dienst de ondergeschikte stond, uit hoofde van hun desbetreffende rechtsbetrekking zeggenschap had over de gedragingen waarin de fout was gelegen.

Vervolgens (rov. 4.2.2) geeft hij aan welke omstandigheden daarbij relevant zijn:

Ter beantwoording van de vraag of tussen de fout van de werknemer en de dienstbetrekking een zodanige functionele samenhang bestaat dat de werkgever voor de daardoor veroorzaakte schade aansprakelijk is, moeten alle terzake dienende omstandigheden van het geval in de beoordeling worden betrokken. In dat verband kunnen van belang zijn het tijdstip waarop en de plaats waar de desbetreffende gedraging is verricht, alsmede de aard van die gedraging en de eventueel door of ingevolge de dienstbetrekking voor het maken van de fout geschapen gelegenheid, dan wel aan de werknemer ter beschikking staande middelen. Maar ook andere omstandigheden kunnen in dit verband van belang zijn.

Van die overige omstandigheden is in dit geval het gedrag van de directeur van belang (rov. 4.2.3):

⁴ Ik laat hier rusten dat tevens een incidenteel cassatieberoep werd ingesteld op een procestechnisch punt.

Zo is weliswaar geen noodzakelijke voorwaarde voor aansprakelijkheid ingevolge de onderhavige wetsbepaling dat aan degene die namens de werkgever zeggenschap had over de desbetreffende gedragingen, een verwijt valt te maken van de fout van de ondergeschikte, maar indien de leidinggevende daarvan wél een verwijt valt te maken, is dat van belang bij de beoordeling van de onderhavige aansprakelijkheidsvraag. Als leidinggevende valt, al naar gelang de omstandigheden van het geval, in dit verband aan te merken degene die formeel of materieel bevoegd was namens de werkgever de vorenbedoelde zeggenschap uit te oefenen.

Ook het optreden als 'eenheid' draagt een steentje bij (rov. 4.2.4):

Voorts kan ook de omstandigheid dat de werknemers en de werkgever(s), ten tijde dat en ter plaatse waar de schade door een of meer van de werknemers is veroorzaakt, als een zekere eenheid naar buiten traden, namelijk als behorend tot één bedrijf, in dit verband van belang zijn, ook al trad die "eenheid" op dat moment niet naar buiten in het kader van de uitoefening van dat bedrijf.

Na deze uiteenzetting behandelt de Hoge Raad de tegen het oordeel van het hof gerichte cassatieklachten. Zij treffen geen van alle doel. Dat geldt ook voor de klacht dat het hof zijn beslissing onvoldoende gemotiveerd zou hebben (rov. 4.5):

Het hof heeft zijn oordeel gebaseerd op de omstandigheden dat het om een door de werkgever georganiseerd, gefaciliteerd en betaald feest (bedrijfsuitje) ging, waarbij de werknemers louter aanwezig waren omdat zij werknemers waren van Cultuurtechniek of Workshop, dat de werknemers, Cultuurtechniek en Workshop als een zekere eenheid naar buiten traden en door de eigenaren/exploitanten van Groot Kievitsdal ook als zodanig mochten worden beschouwd, dat een dergelijk feest kan worden geacht mede in het belang te zijn van de saamhorigheid in het bedrijf en de motivatie van de daar werkzame personen, en dat de directeur, die in feite de leiding had over de bedrijven van Cultuurtechniek en Workshop, niet heeft getracht te voorkomen dat olie op de barbecue werd gegooid, maar door zijn gedrag juist de kans op schade heeft vergroot. Aldus heeft het hof op goede gronden geoordeeld dat de voor toepassing van art. 6:170 lid 1 noodzakelijke functionele samenhang bestond tussen de dienstbetrekking waarin de werknemers tot hun werkgever(s) stonden en de door hen gemaakte fout, en dat oordeel toereikend gemotiveerd. Dit wordt niet anders doordat

- de onderhavige fout buiten werktijd werd gemaakt op een andere plaats dan waar de werknemers hun taak plachten te verrichten,
- die fout geen verband hield met de bedrijfsuitoefening van de werkgever(s) en
- deze ook niet werd gemaakt met gebruikmaking van zaken of middelen die aan de werknemers uit hoofde van de vervulling van hun taak ter beschikking waren gesteld.

De Hoge Raad verwerpt dan ook het cassatieberoep.

4. Kwalitatieve aansprakelijkheid van de 'meester'

De regeling van art. 6:170 BW heeft, via art. 1403 BW(oud), haar oorsprong in het Franse recht (art. 1384 Cc).⁵ Aanvankelijk en elders (bijv. in het Duitse recht, par. 831 BGB) is de grondslag voor de aansprakelijkheid van de werkgever voor gedrag van zijn werknemers gezocht in een fout van de werkgever zelf, bijvoorbeeld doordat hij een slechte keuze had gemaakt bij het aanstellen van zijn werknemers ('culpa in eligendo') of bij het toezicht op hun gedrag ('culpa in custodiendo'). Om aan het schuldprincipe vast te houden werd uitgegaan van een onweerlegbaar vermoeden van schuld van de werkgever. De zwakte van deze constructie was dat zij in feite uitging van een fictie: als er geen schuld was, kon de werkgever dat niet weerleggen, maar dan werd uiteindelijk toch het schuldprincipe geweld aangedaan. In Nederland is met art. 6:170 BW uitdrukkelijk gekozen voor een zuivere vorm van risicoaansprakelijkheid, maar de onderhavige beslissing laat zien dat voor de interpretatie van die bepaling de schuld van de werkgever nog wel degelijk van belang kan zijn.⁶

Nederland staat met deze risicoaansprakelijkheid in Europa overigens niet alleen.⁷ Art. 6:102 van de Principles of European Tort Law, de grootste gemene deler van het Europese onrechtmatige daadsrecht⁸, bepaalt:

Art. 6:102. Liability for auxiliaries

1. A person is liable for damage caused by his auxiliaries acting within the scope of their functions provided that they violated the required standard of conduct.
2. An independent contractor is not regarded as an auxiliary for the purpose of this Article.

In de bepaling is uitdrukkelijk gekozen voor de term auxiliary (helper) in plaats van employee, om tot uitdrukking te brengen dat zij ook andere verhoudingen dan de arbeidsovereenkomst beheerst.⁹ Dat het gaat om een zuivere vorm van risicoaansprakelijkheid voor andermans fouten staat buiten kijf.¹⁰ Op het punt van het verband tussen functie en fout is de toelichting weinig richtinggevend: 'It is commonly agreed that the auxiliary's act must fall within the scope of his functions, again a very broad concept which could be illustrated by hundreds of examples. There must be a linkage between the employment and the action in question, a point to be decided on a case by case basis.' Wel wordt nog opgemerkt dat misbruik van de functie niet zonder meer betekent dat de activiteit buiten het functioneel verband valt en dat zelfs wanneer een activiteit buiten de 'scope of employment' valt niet is uitgesloten dat aansprakelijkheid 'may be triggered by an authorisation on the side of the employer'. Het ruime bereik van deze aansprakelijkheid, maar ook de wat diffuse omschrijving

⁵ Zie voor een overzicht van de historische ontwikkeling J.W. Hoekzema, diss. 2000, p. 7 e.v.

⁶ Zie in deze zin reeds voor het oude recht HR 10 juni 1955, *NJ* 1955, 552 m.nt. L.E.H. Rutten (Het Noorden/NHL).

⁷ Dat is anders m.b.t. art. 6:171 BW (aansprakelijkheid voor niet-ondergeschikten), hetgeen aanleiding geeft om die bepaling juist restrictief te interpreteren. Zie HR 21 december 2001, *NJ* 2002, 75, AA 2002, p. 886-896 m.nt. T. Hartlief (Delfland/Stoeterij de Kraal) en voor de positie van Nederland ten opzichte van de rest van Europa de conclusie van A-G Spier voor het arrest.

⁸ Zie daarover I. Giesen & S.D. Lindenbergh, Europese beginselen als bron van inspiratie, *AV&S* 2007, p. 47 en de daaropvolgende reeks in dat tijdschrift.

⁹ Olivier Moréteau in: *Principles of European Tort Law, Text and Commentary*, Wenen: Springer 2005, p. 115.

¹⁰ *Text and Commentary*, p. 116 (2)

ervan komt in het Nederlandse recht eveneens naar voren waar het de uitleg van het functioneel verband betreft.

5. Functioneel verband

De onderhavige uitspraak vormt een sprekend voorbeeld van de royale reikwijdte die in Nederland aan art. 6:170 BW wordt toegedicht. Volgens de tekst van art. 6:170 BW dient het vereiste verband tussen functie en schade te worden vastgesteld aan de hand van twee elementen: het moet gaan om (1) een vergroting van de kans op een fout door de opgedragen taak en (2) om zeggenschap over de gedragingen waarin de fout was gelegen. In de literatuur bestaat kritiek op deze tweedeling en het onderhavige arrest laat zien dat de bewoordingen van de bepaling ook maar in beperkte mate beslissend zijn.

Met betrekking tot het element 'zeggenschap' is aangevoerd dat dit al besloten ligt in de ondergeschiktheid, maar ook dat het eigenlijk op gespannen voet staat met het idee van een zuivere risicoaansprakelijkheid, omdat zeggenschap juist herinnert aan de eigen rol en verantwoordelijkheid van de werkgever.¹¹ Voorts is er kritiek omdat wordt aangenomen dat ook aansprakelijkheid kan bestaan voor gedragingen die niet door de werkgever zijn opgedragen of zelfs met zijn opdracht in strijd zijn, maar die wel degelijk op enigerlei wijze met het werk verband houden.¹² Van de laatste categorie is de onderhavige zaak een voorbeeld.

De reikwijdte van art. 6:170 BW laat zich niet zo eenvoudig in algemene bewoordingen afbakenen en moet in ieder concreet geval worden beoordeeld. Dat komt mede doordat aan de bepaling verschillende rationes worden toegedacht die voor uitleg van de bepaling niet steeds in dezelfde richting wijzen.¹³ Plaatst men het profijtbeginsel centraal (de werkgever heeft het profijt van de activiteiten van zijn werknemers en moet dus ook de risico's daarvan dragen)¹⁴, dan ligt een koppeling aan bedrijfsactiviteiten voor de hand. Legt men de nadruk op solventie en slachtofferbescherming¹⁵, dan is een lossere verband met het werk ook goed denkbaar.¹⁶ De Hoge Raad laat zich over de ratio van de bepaling niet uit en kiest voor een afweging van alle omstandigheden van het geval. In de literatuur zijn als relevante omstandigheden genoemd de aard van de activiteit waarin de fout was gelegen ('werk'), de plaats ('werkplek'), het tijdstip ('werktijd') van de fout en het middel waarmee de fout werd begaan ('werktuig').¹⁷ Deze elementen keren in dit arrest terug, maar zijn voor het onderhavige geval niet erg richtinggevend, en zij blijken ook niet doorslaggevend te zijn. Het ging hier immers om een activiteit (olie op een barbecue gooien) die met het reguliere werk weinig van doen had (geen werk,

¹¹ Mon. Nieuw BW B46 (Oldenhuis), nr. 48.

¹² Zie met verdere bronvermelding *Onrechtmatige Daad* (Oldenhuis), art. 170, aant. 38.

¹³ Zie over de grondslagenstrijd J.W. Hoekzema, diss. 2000, p. 43 e.v.

¹⁴ De literatuur tendeert naar het profijtbeginsel als grondslag. Zie *Onrechtmatige Daad* (Oldenhuis), art. 170, aant. 4 en voor de Principles of European Tort Law uitdrukkelijk *Text and Commentary* p. 118.

¹⁵ Asser/Hartkamp III, nr. 148.

¹⁶ Zie daarover de conclusie van A-G Huydecoper, onder 16 e.v., die ook bescherming van de werknemer tegen aansprakelijkheidsrisico's als relevant element noemt.

¹⁷ Zie m.n. G.H.A. Schut, *Rechtelijke verantwoordelijkheid en wettelijke aansprakelijkheid*, diss. Amsterdam, 1963, p. 286-290 en voorts – met verdere verwijzingen – *Onrechtmatige Daad* (Oldenhuis), art. 170, aant. 38. Zie ook J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer 2006, nr. 90.

werkplek, werktijd of werktuig). Niettemin is er in dit geval wel een band met het werk: zonder hun arbeidsverhouding waren de werknemers hier niet aanwezig geweest en de sfeer zal mede zijn bepaald doordat het ging om collega's bij elkaar (de Hoge Raad hecht ook betekenis aan de eenheid in het gezelschap). Men kan onder deze omstandigheden in elk geval zeggen dat de arbeidsverhouding de gelegenheid tot het ontstaan van de schade heeft geschapen. Doorslaggevend lijkt in dit geval evenwel het gedrag van de directeur zelf. Deze had immers niet preventief opgetreden, maar juist een 'duit in het zakje' gedaan door deel te nemen aan het elkaar 'opjuinen' om olie op de barbecue te gooien. Dat gedrag kan op verschillende manieren relevant zijn. In de eerste plaats kan het gedrag van de directeur leiden tot aansprakelijkheid voor zijn eigen handelen ('opjuinen') op grond van art. 6:166 BW (groepsaansprakelijkheid) jo 6:162 BW (onrechtmatige daad), omdat aannemelijk is dat zijn gedrag de kans op het aldus ontstaan van de schade heeft vergroot. In de tweede plaats kan het meewegen als omstandigheid om een brug te slaan naar de werkgever via art. 6:170 BW. Het eerste zou weliswaar de directeur zelf als aansprakelijke persoon in beeld brengen, maar – waarschijnlijk¹⁸ – nog niet de vennootschappen, omdat het opjuinen vermoedelijk niet als vennootschapshandeling zal kunnen worden aangemerkt.¹⁹ De brug naar art. 6:170 BW heeft bovendien als belangrijk voordeel dat art. 6:170 lid 3 BW uiteindelijk de draagplicht van de werknemer verlicht.

6. Nog te beantwoorden vragen

In het onderhavige arrest is – tien jaar na de brand – pas op één punt beslist, maar de casus geeft aanleiding tot nog (veel) meer vragen: is het gedrag van de werknemers aan te merken als een 'fout' (toerekenbare onrechtmatige daad)? Is hun opzet of bewuste roekeloosheid te verwijten (relevant voor het onderlinge verhaal op grond van art. 6:170 lid 3 BW)? Is wellicht aan Groot Kievitsdal eigen schuld (art. 6:101 BW) toe te rekenen (barbecuen in een gebouw met een rieten dak, olie op tafels naast een barbecue, waren er adequate blusmogelijkheden?) en wat is de (resterende) schade? Wie weet komt de zaak in de rechtspraak nog eens voorbij.

¹⁸ Zie ook in deze zin E.M. Tjon-En-Fa, *MvV* 2007, p. 260.

¹⁹ Vgl. Het vereenzelvigingscriterium in HR 6 april 1979, *NJ* 1980, 34 m.nt. C.J.H. Brunner (Knabbel & Babel).