

*Rotterdam Institute of Private Law
Accepted Paper Series*

***Schending van een verzeke-
ringsplicht als grond voor aan-
sprakelijkheid***

*HR 1 februari 2008, RvdW 2008, 178 (Kooiker /
Taxicentrale Nijverdal)*

S.D. Lindenberg

AA 2008, p. 735-742

De werknemer onderweg

Werknemers die schade oplopen door een arbeidsongeval of door een andere aantasting van hun gezondheid die het gevolg is van de arbeidsomstandigheden ('beroepsziekte') genieten een bijzondere bescherming. De werkgever is op grond van art. 7:658 lid 1 BW verplicht zorg te dragen voor de veiligheid van zijn werknemers en is, wanneer hij op dat punt tekortschiet, aansprakelijk voor de schade die daarvan het gevolg is. Hoewel art. 7:658 BW geen absolute waarborg biedt voor de veiligheid van de werknemer – de werkgever moet datgene doen wat *redelijkerwijs nodig* is om de werknemer te beschermen – worden hoge eisen gesteld aan de zorgplicht van de werkgever.¹ Anders dan bij andere aansprakelijkheidsgronden (art. 6:74, 6:162 BW, etc.) rusten bovendien de stelplicht en bewijslast ter zake van nakoming van de zorgplicht op de aansprakelijk gestelde (werkgever) en is een beroep op eigen schuld van de benadeelde (werknemer) beperkt tot gevallen waarin sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid (art. 7:658 lid 2 BW).² De ratio van de strenge zorgplicht en het ook verder strenge aansprakelijkheidsregime ligt in het verschil in de sociaal-economische positie van werknemer en werkgever en in de zeggenschap die de werkgever heeft over de werkplek en de bevoegdheid die hij heeft om zijn werknemers aanwijzingen te geven ter zake van de wijze van uitoefening van hun werkzaamheden.³ Vermoedelijk speelt ook het profijtbeginsel een rol: de werkgever geniet de voordelen van de activiteiten van de werknemer en dient daarvan dan ook de lasten te dragen.⁴

Het beeld dat werknemers onder toezicht oog van hun werkgever werken op een vaste werkplek doet intussen bijna ouderwets aan: werknemers werken veelvuldig elders en zijn bovendien vaak onderweg. Juist dan lopen zij als verkeersdeelnemer het risico op ernstige ongevallen met grote schade tot gevolg. De werkgever zal in die gevallen doorgaans niet op grond van art. 7:658 lid 2 BW voor die schade aansprakelijk zijn, omdat niet kan worden gezegd dat de werknemer de schade heeft opgelopen 'in de uitoefening van de werkzaamheden' (voor beroepschauffeurs zal dat anders kunnen zijn), omdat de werkgever nauwelijks of geen zeggenschap en controlemogelijkheden heeft over de wijze waarop de werknemer aan het verkeer deelneemt, of omdat de werkgever in het geheel niet in enige zorg is tekortgeschoten en het ongeval te wijten is aan een fout van een derde of aan onzorgvuldigheid van de werknemer zelf. Niettemin is er ook dan (enig) verband met het werk: zonder het werk zou de schade immers niet zijn geleden.

Kan de werknemer zijn schade niet op zijn werkgever of op een derde verhalen, dan zal hij die in beginsel zelf moeten dragen.⁵ Het 'klassieke' aansprakelijkheidsrecht laat de werknemer in deze gevallen dus met zijn schade zitten. Dat geldt overigens ook voor

¹ Zelfs hoger dan de eisen van art. 6:162 BW, aldus HR 17 december 2004, *NJ* 2006, 147 m.nt. C.J.H. Brunner (Hertel/Van der Lugt).

² En dat wordt slechts bij hoge uitzondering aangenomen. Zie HR 20 september 1996, *NJ* 1997, 198 m.nt. P.A. Stein (Pollemans/Hoondert) en HR 11 september 1998, *NJ* 1998, 870 (Van der Wiel/Philips)

³ Aldus HR 22 januari 1999, *NJ* 1999, 543 m.nt. P.A. Stein; *AA* 1999, p. 275 e.v. m.nt. T. Hartlief (Stichting Reclassering/S).

⁴ Zie daarover bijv. T. Hartlief, 'Werkgeversaansprakelijkheid: het bereik van en de verhouding tussen art. 7:658 en 7:611 BW', *RM Themis* 2002, p. 71 en G. Boot, *Arbeidsrechtelijke bescherming*, diss. Leiden, Amsterdam 2004, p. 315.

⁵ Vgl. over dit vertrekpunt van het aansprakelijkheidsrecht T. Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade*, Oratie Leiden, Deventer 1997.

werknemers die gewoon in het kader van hun werkzaamheden schade hebben opgelopen als gevolg van een oorzaak die niet aan enig tekortschieten van de werkgever kan worden toegeschreven.⁶ Zij zijn aangewezen op het – steeds verder krimpende – vangnet van de sociale zekerheid.

Waar het gaat om schade die werknemers lijden door verkeersongevallen die met het werk verband houden is niettemin in de rechtspraak – in de loop der jaren en niet zonder slag of stoot – aanvaard dat het redelijk is dat de werkgever, ook als de schade niet is te wijten aan een tekortschieten in zijn zorg, onder omstandigheden de schade draagt. Nadat dit eerst was aanvaard voor zaakschade die de werknemer lijdt aan zijn auto door een ongeval dat plaatsvond terwijl de werknemer voor de werkgever een pakje wegbracht⁷, is de werkgever vervolgens onder omstandigheden ook aansprakelijk geoordeeld voor personenschade van werknemers die als bestuurder door een eigen fout bij een verkeersongeval betrokken raakten.⁸ Aansprakelijkheid van de werkgever werd bovendien aangenomen in een geval waarin een werknemer (piloot) voor zijn werk in Ivoorkust was en ernstig letsel opliep toen hij op weg naar een restaurant in een taxi betrokken raakte bij een verkeersongeval.⁹

De gedachte achter deze aansprakelijkheden is dat het verkeer bijzondere risico's met zich meebrengt en dat werknemers die daaraan in het kader van hun werk worden blootgesteld daarvan de lasten niet zelf behoren te dragen, maar dat deze in verband met het eerdergenoemde profijtbeginsel voor rekening van de werkgever behoren te komen.¹⁰ Die gedachte lag althans ten grondslag aan het wetsvoorstel inzake aansprakelijkheid van de werkgever voor schade door verkeersongevallen.¹¹ Dat voorstel – dat deel uitmaakte van een voorstel voor een algemene wettelijke regeling inzake verkeersaansprakelijkheid – heeft het weliswaar nooit tot wet gebracht, maar dat heeft de Hoge Raad er niet van weerhouden in zijn rechtspraak de verkeersaansprakelijkheid vorm te geven¹² en evenmin om aansprakelijkheid van de werkgever voor schade door verkeersongevallen te aanvaarden.

Een belangrijke stimulans voor de rechterlijke ontwikkeling van de algemene aansprakelijkheid voor schade door motorvoertuigen was het bestaan van een verplichte aansprakelijkheidsverzekering aan de zijde van de aansprakelijke bestuurder, eigenaar of houder van het motorrijtuig.¹³ De gedachte dat het risico van verkeersongevallen met motor-

⁶ Vgl. bijv. HR 4 oktober 2004, *NJ* 2004, 175 (Laudy/Fair Play), dat een werknemer betrof die zich bij het smeren van broodjes met een broodmes sneed en HR 8 februari 2008, *NJ* 2008, 93 (Lagraauw/Van Schie), dat een werknemer betrof die een door de wind bewogen laaddeur van een vrachtwagen tegen zijn hoofd kreeg.

⁷ HR 16 oktober 1992, *NJ* 1993, 264 m.nt. P.A. Stein (Bruinsma/Schuitmaker).

⁸ HR 12 januari 2001, *NJ* 2001, 253 m.nt. P.A. Stein (Vonk/Van der Hoeven) en HR 9 augustus 2002, *NJ* 2004, 235 m.nt. G.J.J. Heerman van Voss (De Bont/Oudenallen).

⁹ HR 18 maart 2005, *JAR* 2005, 100 (KLM/De Kuijer).

¹⁰ De Hoge Raad spreekt in het hier te bespreken arrest van 'de aan het gemotoriseerde verkeer verbonden, door velen met grote regelmaat gelopen, risico's van ongevallen'. Of dit ook de achtergrond is geweest van het KLM-arrest is overigens de vraag. Het betrof daar wel een verkeersongeval.

¹¹ MvT, TK 1997/98 25 759, nr. 3.

¹² Vgl. bijv. voor een overzicht dat de Hoge Raad zelf geeft op dit punt HR 4 mei 2001, *NJ* 2002, 214 m.nt. C.J.H. Brunner (Chan-a-Hung/Maalsté).

¹³ Vgl. bijv. expliciet over de relevantie van verzekering in het kader van (verkeers)aansprakelijkheid HR 1 juni 1990, *NJ* 1991, 720 m.nt. C.J.H. Brunner (Ingrid Kolkman); HR 31 mei 1991, *NJ* 1991, 721 m.nt. C.J.H. Brunner (Marbeth van Uitregt) en HR 28 februari 1992, *NJ* 1993, 566 m.nt. C.J.H. Brunner (IZA/Vrerink).

rijtuigen goed is te verzekeren vormt kennelijk opnieuw een belangrijke stimulans bij het aanvaarden van aansprakelijkheid van de werkgever voor schade door verkeersongevallen van zijn werknemers. De verhouding tussen werkgever en werknemer is evenwel een andere dan die tussen de bestuurder van een motorrijtuig en het slachtoffer van een ongeval en dat heeft, zoals hierna zal blijken, belangrijke consequenties voor de vormgeving en de omvang van de aansprakelijkheid. Het hierna te bespreken arrest heeft daarop betrekking.

Een onfortuinlijke taxichauffeur

De aanleiding voor de procedure die tot het arrest heeft geleid is een ongeval met een taxi. Op 7 oktober 1994 om 20.00 uur werd Kooiker, die op basis van een arbeidsovereenkomst als chauffeur in dienst was van Taxicentrale Nijverdal, op een onbewaakte spoorwegovergang geschept door een trein. Als gevolg van de aanrijding heeft Kooiker ernstig letsel opgelopen dat hem blijvend ongeschikt maakte om als taxichauffeur arbeid te verrichten. Volgens de op de arbeidsovereenkomst toepasselijke CAO was Taxicentrale Nijverdal verplicht om ten behoeve van haar chauffeurs een ongevallenverzekering af te sluiten, die onder meer bij blijvende invaliditeit als gevolg van een ongeval binnen werktijd een uitkering van maximaal een jaarsalaris tot ten hoogste f 75.000 diende te doen. De verzekeraar bij wie Taxicentrale Nijverdal de verzekering had afgesloten heeft aan Kooiker bij wijze van voorschot een bedrag van f 50.000 betaald. Daarnaast had Taxicentrale Nijverdal een inzittendenverzekering afgesloten, op grond waarvan Kooiker een uitkering van f 7.838,64 ontving. Omdat deze bedragen ontoereikend waren om de totale schade van Kooiker te dekken heeft hij Taxicentrale Nijverdal aansprakelijk gesteld voor de schade die het gevolg is van het ongeval. Rechtbank en Hof hebben de vorderingen van Kooiker afgewezen, in essentie omdat Taxicentrale Nijverdal niet was tekortgeschoten in de volgens art. 7:658 BW op haar rustende zorgplicht voor de veiligheid van haar werknemer en omdat er geen bijzondere omstandigheden waren die op grond van art. 7:611 BW (goed werkgeverschap) een vergoeding rechtvaardigden van meer dan hetgeen reeds aan de werkgever was uitgekeerd.

Hoge Raad

Kooiker betreft in het eerste onderdeel van het cassatiemiddel de stelling dat de werkgever in beginsel (behoudens indien de schade het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer) aansprakelijk is voor de letselschade die de werknemer lijdt doordat deze in de uitoefening van zijn werkzaamheden een motorvoertuig bestuurt dat betrokken is bij een verkeersongeval. Die stelling gaat de Hoge Raad te ver:

'3.3.2 (...) De wetgever heeft in art. 7:658 BW een regeling gegeven met betrekking tot de aansprakelijkheid van de werkgever jegens de werknemer voor de schade die de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt. Met deze regeling is niet beoogd een absolute waarborg te scheppen voor de bescherming van de werknemer tegen het gevaar van arbeidsongevallen. Het in lid 1 bepaalde heeft tot strekking een zorgplicht in het leven te roepen en verplicht de werkgever voor het verrichten van arbeid zodanige maatregelen te treffen en aanwijzingen te geven als redelijkerwijs nodig zijn om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt (...). Deze regeling geldt ook voor werknemers wier werkzaamheden bijzondere risico's voor ongevallen meebrengen. Het hof heeft dan ook terecht geoordeeld dat op art. 7:611

BW niet zonder meer een onbeperkte aansprakelijkheid voor de schade van Kooiker kan worden gegrond, nu dit niet in overeenstemming is met het stelsel van de wet, in het bijzonder art. 7:658 BW. Er zijn geen andere wettelijke bepalingen die voor zo'n onbeperkte aansprakelijkheid wel een grondslag bieden.'

Vervolgens legt de Hoge Raad uit dat zijn eerdere rechtspraak inzake verkeersongevallen van werknemers ook niet tot een dergelijke onbeperkte aansprakelijkheid leidt. Hij zet daartoe de betekenis van zijn arresten van 16 oktober 1992 (*NJ* 1992, 263; Bruinsma/Schuitmaker), 12 januari 2001 (*NJ* 2001, 253; Vonk/Van der Hoeven) en 9 augustus 2002 (*NJ* 2004, 235; De Bont/Oudenallen) uiteen, door daarin de volgens hem relevante accenten aan te geven en soms uit te leggen wat hij heeft bedoeld ('Deze overweging moet aldus worden verstaan...'). Deze uiteenzetting vormt de opmaat voor de kern van het arrest, waarin de Hoge Raad aangeeft wat in dergelijke gevallen de betekenis is van art. 7:611 BW inzake 'goed werkgeverschap':

'3.4.1 Art. 7:611 BW is nochtans niet zonder belang voor het onderhavige geval. De aan het gemotoriseerde 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, in het verlengde van hetgeen is overwogen in de arresten van 2001 en 2002, 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.

De omvang van deze verplichting zal van geval tot geval nader vastgesteld moeten worden met inachtneming van alle bijzondere 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. De verzekering behoeft in elk geval geen dekking te verlenen voor schade die het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer.

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.

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

Hoewel op de werkgever in dergelijke gevallen dus geen onbeperkte aansprakelijkheid rust, biedt art. 7:611 BW de werknemer wel een aanspraak op dekking door een 'be-

hoorlijke verzekering'. Dat heeft het hof volgens de Hoge Raad 'miskend'.¹⁴ Hij voegt daaraan nog toe:

'In het onderhavige geval was de door Kooiker geleden schade in beperkte mate door verzekeringen gedekt. Het hof heeft niet vastgesteld dat deze verzekeringen in het licht van het zojuist overwogene tezamen genomen een behoorlijke verzekering opleverden. Het enkele feit dat de hiervoor (...) vermelde verzekering voldeed aan de door de CAO gestelde eis, biedt voor dat oordeel onvoldoende grond.'

De Hoge Raad vernietigt daarom het arrest van het hof en verwijst de zaak naar het hof 's-Hertogenbosch, dat alsnog moet onderzoeken of de in dit geval bestaande verzekeringen tezamen genomen een behoorlijke verzekering opleverden.

Noot

Relevantie van de uitspraak

De uitspraak is van belang omdat de Hoge Raad de verhouding tussen art. 7:658 en 7:611 BW (iets) nader uitwerkt, maar vooral omdat hij nu onomwonden aangeeft dat de grondslag voor de onderhavige aansprakelijkheid ligt in art. 7:611 BW (goed werkgeverschap) en dat deze grondslag meebrengt dat de aansprakelijkheid in dergelijke gevallen niet verder reikt dan de schade die de werknemer lijdt doordat geen behoorlijke verzekering was afgesloten. De uitspraak is markant, omdat de constructie van de aansprakelijkheid (niet wegens tekortschieten dat leidt tot een ongeval, maar wegens het niet bieden van dekking voor bepaalde gevolgen daarvan) een bijzondere is, die zo haar eigen problemen meebrengt. De uitspraak is ten slotte problematisch, omdat niet duidelijk is wat een behoorlijke verzekering is en in welke gevallen een dergelijke verplichting precies bestaat, maar vooral omdat moeilijk is te rechtvaardigen waarom in gevallen waarin zij niet geldt en de werkgever evenmin is tekortgeschoten, de werknemer met de in de uitoefening van zijn werkzaamheden geleden schade blijft zitten. Deze aspecten werk ik hierna uit.¹⁵

Verhouding tussen art. 7:658 en 7:611 BW

Zoals in de inleiding al is aangegeven, behelst art. 7:658 BW een zorgplicht voor de veiligheid van de werknemer. Het gaat hier om een gedragsnorm voor de werkgever met het oog op het voorkomen van ongevallen, waarvan schending leidt tot aansprakelijkheid voor schade die uit een dergelijk ongeval voortvloeit. Hoewel de zorgplicht (zeer) streng is en de bewijslast ten aanzien van de nakoming van die verplichting op de werk-

¹⁴ Dat is – in het licht van het feit dat de nu door de Hoge Raad geformuleerde lijn uit de bestaande rechtspraak niet zo eenvoudig viel te 'kennen' – wel een wat ongelukkig verwijt.

¹⁵ Zie over het arrest onder meer reeds J.J. van der Helm, 'Een behoorlijke verzekering voor verkeersongevallen van werknemers', *VR* 2008, p. 97-101; A. Kolder, 'De aansprakelijkheid van de werkgever voor verkeersongevallen', *MvV* 2008, p. 66-76; T. van Nieuwstadt, 'Werkgeversaansprakelijkheid voor ongevallen in het schermgebied tussen werk en privé: licht aan het einde van de (verkeers)tunnel', *ArbeidsRecht* 2008/4, p. 8-14; J. Sap, 'Art. 7:611 BW als bron voor aansprakelijkheid', *L&S* 2008/2, p. 5-10; W.H. van Boom, G.N. van Kooten en P.L.M. Schneider, 'Compensatie van verkeersletsel van werknemers: wat is een behoorlijke first party-verzekering?', *ArA* 2008 (nog te verschijnen).

gever rust, gaat het hier in essentie toch om een aansprakelijkheid wegens tekortschieten waardoor een ongeval (of beroepsziekte) is veroorzaakt. Had de werkgever geen zeggenschap over de gedraging waardoor het ongeval is ontstaan¹⁶, of kan hij aantonen dat hij niet is tekortgeschoten, dan is hij niet aansprakelijk op grond van art. 7:658 BW en draagt de werknemer zijn eigen schade. Ondanks de betrekkelijk lage drempels (strengere zorgplicht, bewijslast nakoming zorgplicht bij werkgever, tegenwerping van eigen schuld bijna onmogelijk) voor aansprakelijkheid van de werkgever op grond van art. 7:658 BW, komt dat in de praktijk nogal eens voor.¹⁷

Naast art. 7:658 BW verplicht art. 7:611 BW de werkgever zich als een 'goed werkgever' te gedragen. Het gaat hier om de 'arbeidsrechtelijke redelijkheid en billijkheid' die een aanvullende werking kan hebben op de verplichtingen die overigens uit de arbeidsovereenkomst voortvloeien. Het artikel functioneert in de praktijk als restbepaling en als handvat voor rechtsontwikkeling.¹⁸ Dat roept de vraag op wat de betekenis is van art. 7:611 BW voor de 'resten' van schade die art. 7:658 BW 'laat liggen'. Als uitgangspunt heeft hier te gelden dat art. 7:658 BW op het punt van de veiligheidsverplichtingen van de werkgever als *lex specialis* van art. 7:611 BW moet worden gezien: goed werkgeverschap brengt meer specifiek volgens art. 7:658 BW mee dat de werkgever zorg betracht voor de veiligheid van zijn werknemers en bij tekortschieten in de nakoming van die verplichting de schade vergoedt. Het is om die reden dat de Hoge Raad naast de aansprakelijkheid op grond van art. 7:658 BW geen onbeperkte aansprakelijkheid op grond van art. 7:611 BW (ook niet voor bijzondere risico's, waarover nader hierna) aanvaardt.¹⁹ Zou hij dat wel doen, dan zou het hele debat rondom de tekortkoming in art. 7:658 BW zinloos worden en zou in feite een algemene risicoaansprakelijkheid van de werkgever (en dus toch een 'absolute waarborg voor de bescherming van de werknemer'²⁰) in het leven zijn geroepen. Dat is in strijd met het wettelijk systeem en de wens van de wetgever. Buiten art. 7:658 BW dus geen onbeperkte aansprakelijkheid,... maar toch wel een beperkte.

De gekozen constructie: aansprakelijkheid wegens schending van een verzekeringsplicht

Hoewel de Hoge Raad dus naast art. 7:658 BW geen algemene en onbeperkte aansprakelijkheid van de werkgever aanvaardt voor schade die de werknemer oploopt in de uitoefening van zijn werkzaamheden, construeert hij voor bepaalde gevallen (zie nader hierna) wel een bepaalde arbeidsrechtelijke voorziening (zie nader hierna). De constructie die de Hoge Raad kiest, is een verplichting van de werkgever om te voorzien in een 'behoorlijke verzekering'. Het gaat hier in feite om een aanvullende contractuele verplichting op grond van redelijkheid en billijkheid²¹ die, nu deze in de arbeidsovereenkomst vorm krijgt, wordt gestoeld op goed werkgeverschap (art. 7:611 BW). De gekozen constructie is dan ook niet die van aansprakelijkheid voor het ontstaan van het ongeval,

¹⁶ Zie m.b.t. een verkeersongeval in deze zin het op dezelfde dag gewezen HR 1 februari 2008, *RvdW* 2008, 176 (Maasman/Akzo), rov. 5.1.

¹⁷ Zie bijv. recent in de rechtspraak van de Hoge Raad: HR 7 december 2007, *NJ* 2007, 643 (Tahmasebi/Shell Solar Energy) en HR 8 februari 2008, *NJ* 2008, 93 (Lagraauw/Van Schie).

¹⁸ Zie daarover bijv. G.J.J. Heerma van Voss, *Goed werkgeverschap als bron van vernieuwing in het arbeidsrecht*, Geschriften van de Vereniging voor Arbeidsrecht 1993, nr. 17.

¹⁹ Reeds in deze zin HR 17 november 1989, *NJ* 1990, 572 (De Kok/Jansen's Schoonmaakbedrijven).

²⁰ Althans in financiële zin; de schade is dan immers al geleden.

²¹ Vgl. voor het gemene overeenkomstenrecht art. 6:248 lid 2 BW.

maar een van een bijzondere arbeidsvoorwaarde: een behoorlijke voorziening voor geleden schade. Anders dan art. 7:658 lid 1 BW, dat een zorgplicht voor de veiligheid van de werknemer en daarmee een veiligheidsnorm behelst, bevat de verplichting op grond van art. 7:611 BW in essentie een (financiële) arbeidsvoorwaarde. Hoewel de Hoge Raad ook in het kader van art. 7:611 BW spreekt van een verplichting 'zorg te dragen' voor een behoorlijke verzekering, moet dus worden bedacht dat het daarbij niet gaat om een zorgplicht voor veiligheid, maar om een 'zorgplicht' met betrekking tot de financiële afdekking van een risico. Dat verschil in fundament en constructie 'tikt door' in de uitwerking en omvang van de aanspraak.

Wanneer, zoals de Hoge Raad aangeeft, de werkgever verplicht is zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering, dan zal hij bij tekortschieten in de nakoming van die verplichting aansprakelijk zijn voor de schade die daarvan het gevolg is. Dat betekent dat de werkgever niet aansprakelijk is voor (alle) schade als gevolg van het ongeval, maar slechts voor de schade die het gevolg is van een niet behoorlijke dekking.²² De grondslag van de aansprakelijkheid (geen schending van zorgplicht voor veiligheid, maar schending van 'dekkingsplicht') bepaalt dus het perspectief voor de omvang: geen volledige vergoeding, maar (alsnog) behoorlijke dekking (en eventuele wettelijke rente wegens vertraagde betaling, art. 6:119 BW). Wat precies de omvang van de verplichting tot behoorlijke verzekering is, is onzeker. Dat zij (aanzienlijk) geringer is dan volledige vergoeding, is aannemelijk, alleen al omdat de Hoge Raad de verplichting tot afsluiten van een behoorlijke verzekering zelf kwalificeert als een niet 'onbeperkte aansprakelijkheid'. Ik kom daarop hierna terug.

Wie moet de verzekering afsluiten?

Aan zijn bijzondere verplichting om met het oog op bepaalde risico's zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering kan de werkgever volgens de Hoge Raad op twee manieren voldoen: hij kan zelf ten behoeve van zijn werknemer een verzekering afsluiten of hij kan de werknemer daartoe financieel in de gelegenheid stellen. Dat laatste geldt volgens de Hoge Raad met name wanneer de werknemer voor de werkzaamheden gebruik maakt van zijn eigen auto. In het laatste geval moet 'hierover in de verhouding tussen de werkgever en de werknemer voldoende duidelijkheid [worden] verschaft', aldus de Hoge Raad. Maar is dat wel een reële en redelijke voorstelling van zaken? Eerlijk gezegd lijkt het me praktisch niet goed werkbaar en dus ook niet redelijk om de werknemer zelf voor een verzekering te laten zorgen: de problematiek (welke verzekering is adequaat, wat moet zijn gedekt? hoe werkt dat bij deeltijders?) is veel te complex (het verschil tussen een aansprakelijkheidsverzekering en een schadeverzekering is voor veel juristen al ingewikkeld en dat verzekering tegen 'all risks' geen eigen letsel omvat is voor een leek evenmin eenvoudig te doorgronden), het leidt tot onzekerheid (is de werknemer nu daadwerkelijk behoorlijk verzekerd?) en ik vermoed dat er voor werkgevers veel betere verzekeringsproducten voorhanden zijn of komen dan voor individuele werknemers. Ik vind

²² Voorheen was onduidelijk waartoe schending van de verplichting om te voorzien in verzekering verplichtte. Zie W.H. van Boom, 'Oublié d'assurer, obligé de compenser?', in: N. van Tiggele-van der Velde e.a. (red.), *Van draden en daden*, Wansink-bundel, Deventer 2006, p. 64, die bij schending van die verplichting – in het licht van HR 9 augustus 2002, *NJ* 2004, 235 (De Bont/Oudenallen) en HR 18 maart 2005, *JAR* 2005, 100 begrijpelijkerwijs – uitging van vergoeding van de volledige schade. Vgl. S.D. Lindenbergh, *Alles is betrekkelijk*, Oratie EUR 2006, Den Haag 2007, p. 17-18, die een vergoeding van schade als gevolg van het niet bieden van een adequate voorziening bepleit. Een beperkt(er dan volledig) vergoedingsregiem was eerder gesuggereerd door Hartlief, *RM Themis* 2002, p. 77.

het toezien door de werkgever op het afsluiten van een eigen verzekering door de werknemer dus eigenlijk geen reële optie. In elk geval moeten wat mij betreft hoge eisen worden gesteld aan de 'duidelijkheid' in de verhouding tussen werkgever en werknemer. De werkgever zal toch niet aan aansprakelijkheid kunnen ontkomen door te stellen dat in de arbeidsovereenkomst staat dat de werknemer met een door de werkgever te verstrekken kilometervergoeding moet voorzien in een behoorlijke verzekering? Hij zal er in elk geval voor moeten waken dat de werknemer een ter zake bedoelde vergoeding gewoon als algemene onkostenvergoeding beschouwt en in zijn zak steekt zonder zich te realiseren wat de consequenties zijn als hij zich niet zelf verzekert tegen schade als gevolg van letsel.

Wat is een behoorlijke verzekering?

In het door de Hoge Raad gekozen model komt het dus aan op de vraag wat moet worden verstaan onder een 'behoorlijke verzekering'. Daarbij moet worden bedacht dat het bij een dergelijke verzekering – anders dan in de 'gewone' gevallen van verkeersaansprakelijkheid – niet gaat om een aansprakelijkheidsverzekering van de veroorzaker (third-partyverzekering), maar om een ongevallen- of schadeverzekering ('schadeverzekering inzittenden, svi') ten behoeve van werknemers (first-partyverzekering). Dat is een relevant verschil en het is de vraag of de Hoge Raad zich daarvan voldoende rekenschap heeft gegeven bij zijn opmerking over de verzekeringsmogelijkheden voor schade in het verkeer.

Een aansprakelijkheidsverzekering dekt de *aansprakelijkheid*, bij schade door motorvoertuigen wettelijk verplicht tot (thans) minimaal 5.000.000 euro.²³ De schade wordt dan vastgesteld volgens de regels van het aansprakelijkheidsrecht (art. 6:95 BW e.v.), dat uitgaat van een recht op volledige vergoeding en van de (royale) causaliteitsmaatstaven van art. 6:98 BW, en dat geringe eisen stelt aan het bewijs van schade. Een ongevallenverzekering of directe schadeverzekering heeft een geheel andere structuur en dekt de schade die *in de polis is aangegeven* op de wijze zoals *door de polis* bepaald. Dat betekent in de praktijk dat de dekking doorgaans is gemaximeerd en dat de polis eigen causaliteitsmaatstaven, eigen schuld- en bewijsregels kent, die veelal voor de benadeelde veel minder gunstig zijn.²⁴ Nu bestaan er inmiddels wel verschillende verzekeringen voor bestuurders of inzittenden van auto's, maar deze hebben meestal een geheel andere dekkingsstructuur en een ander dekkingsniveau dan het gemene aansprakelijkheidsrecht zou bieden. Zo wordt doorgaans schade als gevolg van 'vage klachten' zoals 'whiplash' door dergelijke verzekeringen niet gedekt en is de maximaal verzekerde som bescheiden. Een relevant verschil is ook dat de kaders bij aansprakelijkheid – en dus bij dekking onder een aansprakelijkheidsverzekering – worden bepaald door de wet en de rechter en bij de ongevallen- of schadeverzekering in beginsel door de verzekeraar.²⁵

²³ Zie Besluit 4 juni 2007 tot wijziging van het Besluit bedragen aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen, Stb. 2007, 196, art. 2: 5.000.000 euro per gebeurtenis voor personenschade en 1.000.000 euro per gebeurtenis voor zaakschade.

²⁴ Zie over deze aspecten W.H. van Boom, Wansink-bundel 2006, p. 71.

²⁵ Zie over deze aspecten bij (thans) bestaande verzekeringsproducten, die overigens nogal variëren in kenmerken W.H. van Boom, G.N. van Kooten en P.L.M. Schneider, *ArA 2008* (nog te verschijnen), alsmede W.J. Hengeveld en Y.M.M. van Eck, 'Verzekeringsplicht krachtens art. 7:611 BW?', *AV&S 2008*, p. 202 e.v.

Wat in dit verband precies een ‘behoorlijke verzekering’ is (welke schade moet worden gedekt?, in welke gevallen?, en met welk maximum?)²⁶, laat de Hoge Raad over aan de feitenrechter. Dat is wel begrijpelijk, omdat het een kwestie is die nauw met de feiten is verweven, maar het is ook lastig en laat zien dat rechterlijke rechtsvorming op dit punt beperkingen kent en ook nadelen heeft. De Hoge Raad roept immers zelf een aansprakelijkheid in het leven, maar laat de omvang ervan over aan de feitenrechter. De aanwijzingen die hij aan de feitenrechter meegeeft (van geval tot geval beoordelen, rekening houden met bestaande verzekeringsmogelijkheden, een redelijke premie, de heersende maatschappelijke opvattingen over welke schade naar welke omvang moet worden gedekt) zijn rijkelijk abstract en het zal nog veel procedures vergen voordat zij meer zijn geconcretiseerd. Evident is hun betekenis immers niet steeds. Waarom moet bijvoorbeeld ‘van geval tot geval’ worden beslist? Men kan zich toch voorstellen dat voor dit risico voor alle werkgevers eenzelfde dekkingplicht geldt? Het lijkt in elk geval niet aanvaardbaar dat verzekeraars voor iedere werkgever een afzonderlijk product zullen creëren. Of zou de Hoge Raad bedoelen dat telkens pas achteraf, als de schadeomvang vaststaat, kan worden vastgesteld of er in het concrete geval een behoorlijke dekking is? De ‘in de betrokken tijd bestaande verzekeringsmogelijkheden’ vormt evenzeer een lastige factor: wat thans wordt aangeboden op dit gebied bestond bijvoorbeeld nog (lang) niet ten tijde van het ongeval van Kooiker (1994), maar het is bovendien de vraag of het feitelijke aanbod beslissend moet zijn voor wat behoorlijk is. En wat ‘de heersende maatschappelijke opvattingen omtrent de vraag voor welke schade (zowel naar aard als naar omvang) een behoorlijke verzekering dekking dient te verlenen’ inhouden, zal evenmin eenvoudig zijn vast te stellen. Het lijkt me zelfs de vraag of dergelijke heersende opvattingen bestonden of bestaan; het gaat veeleer om de vraag wat *de rechter vindt* dat in dit verband een behoorlijke verzekering is. Daarbij moet worden bedacht dat het criterium ‘behoorlijk’ normatief van aard is en dat rechterlijke oordelen daarover in beginsel gemengde beslissingen zijn die met goede wil in cassatie toetsbaar zijn. Ook de Hoge Raad zal er dus het laatste woord nog niet over gezegd hebben.

In de onderhavige uitspraak heeft de Hoge Raad nog aangegeven dat het enkele feit dat de in dit geval door de werkgever afgesloten verzekering voldeed aan de door de CAO gestelde eis onvoldoende is om deze als ‘behoorlijk’ aan te merken.²⁷ Dat lijkt misschien wonderlijk (‘zo hadden partijen het toch afgesproken’), maar is het bij nader inzien niet, omdat het zeer de vraag is of bij de totstandkoming van de CAO voldoende besef heeft bestaan van het belang van een dergelijke verzekering. Denkbaar is immers dat de verzekering een sluitpost in de onderhandelingen is geweest, waarbij onvoldoende aandacht is besteed aan het belang van dekking van het onderhavige risico.²⁸ Overigens heeft de Hoge Raad niet gezegd dat de in casu afgesloten verzekeringen onvoldoende waren. Dat moet het verwijzingshof nog onderzoeken en daarbij kan mijns inziens wel *een rol spelen* dat de verzekeringen voldeden aan de destijds geldende CAO. Ook zal daarbij aandacht moeten worden besteed aan de destijds (1994) beschikbare verzekeringsproducten en heersende maatschappelijke opvattingen over wat een behoorlijke

²⁶ Zie voor voorbeelden van andere meer technische kwesties die kunnen rijzen op dit punt Van der Helm, *VR* 2008, p. 101, voetnoot 33.

²⁷ In HR 18 maart 2005, *JAR* 2005, 100 (KLM/De Kuijer), rov. 3.6.2 had de Hoge Raad ook reeds geoordeeld dat de CAO-verplichtingen niet beslissend waren voor hetgeen van een goed werkgever ten aanzien van de dekking van bijzondere risico’s mag worden verwacht.

²⁸ Zie ook in deze zin A-G Spier in zijn conclusie voor het arrest onder 3.7.1, alsmede Van Boom, Van Kooten en Schneider, *ArA* 2008 (nog te verschijnen).

verzekering zou moeten dekken. Het is aannemelijk dat die anders waren dan vandaag de dag, bijvoorbeeld in het licht van een toen nog heel ander palet aan voorzieningen in het kader van sociale zekerheid.

Hetzelfde hof zal overigens in een andere zaak, waarin de Hoge Raad op dezelfde dag arrest wees²⁹, moeten onderzoeken of een behoorlijke verzekering dekking zou hebben geboden tegen de 'restschade' (25% van de totale schade) die bij een auto-ongeval wegens eigen schuld van de werknemer-bestuurder (het niet dragen van een veiligheids-gordel) voor diens rekening was gebeven. Dat geval roept de interessante vraag op wat de verhouding is tussen de verplichting van de werkgever om zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering en de verplichtingen van een aansprakelijke derde. Met name nu in de laatstgenoemde verhouding het eigenschuldverweer kan worden gevoerd en in de eerstgenoemde verhouding vrijwel niet (behoudens opzet of bewuste roekeloosheid)³⁰, lopen de regiems hier immers uiteen. Wat een behoorlijke verzekering hier moet dekken is al evenmin helder, mede omdat bestaande verzekeringen vaak wel een aftrek wegens eigen schuld van de bestuurder toepassen.³¹

Een andere kwestie die in verband met de bijzondere aansprakelijkheid van de werkgever voor verkeersongevallen is opgeworpen, is of de werkgever in dergelijke gevallen ook zou moeten opkomen voor immateriële schade van de werknemer.³² In het door de Hoge Raad gekozen model gaat het dan om de vraag of een verzekering nog 'behoorlijk' is wanneer zij geen dekking biedt voor ander nadeel dan vermogensschade (art. 6:106 BW). Hier spelen verschillende gezichtspunten een rol. Weliswaar bieden sommige first-partyverzekeringen dekking voor immateriële schade en geniet vergoeding van immateriële schade als vorm van personenschade een hoge prioriteit, zeker in verhouding tot zaakschade die in dergelijke gevallen steeds moet worden vergoed³³, maar daar staat tegenover dat het bij aansprakelijkheid op grond van art. 7:611 BW gaat om ongevallen waarvan het ontstaan niet aan de werkgever, maar veelal juist aan de werknemer zelf zal zijn toe te schrijven.³⁴ Gelet op het bijzondere karakter van de grondslag van deze aansprakelijkheid (geen aansprakelijkheid wegens het niet voorkomen van het ongeval, maar wegens het niet voorzien in een rechtspositionele voorziening om schade te dekken) acht ik de dekking van immateriële schade in dit verband van minder groot gewicht.

Geen Amerikaanse toestanden maar een poldermodel?

Intussen is wel duidelijk dat de Hoge Raad niet kiest voor een reguliere vorm van aansprakelijkheid die leidt tot volledige vergoeding als gevolg van het ongeval volgens de regels van het aansprakelijkheidsrecht. Geen 'Amerikaanse toestanden' dus op dit

²⁹ HR 1 februari 2008, *RvdW* 2008, 176 (Maasman/Akzo).

³⁰ Ook voor verkeersongevallen heeft de Hoge Raad dat in het verleden aangenomen in HR 9 augustus 2002, *NJ* 2004, 235 (De Bont/Oudenallen).

³¹ Zie over dit aspect Kolder, *MvV* 2008, p. 72.

³² Zie Hartlief, *AV&S* 2003, p. 11.

³³ Zie m.b.t. zaakschade HR 16 oktober 1992, *NJ* 1993, 264 m.nt. P.A. Stein (Bruinsma/Schuitmaker). Ook A-G Spier (Conclusie voor HR 1 februari 2008, *RvdW* 2008, 176; Kooiker/Taxicentrale Nijverdal, onder 4.23 e.v.) wijst op deze gezichtspunten en acht een vergoeding voor immateriële schade wel op haar plaats (althans zou voor het tegendeel 'niet willen pleiten').

³⁴ Is het ongeval aan een derde te wijten, dan zal de werknemer zich doorgaans tot die derde wenden omdat diens aansprakelijkheid het regiem van art. 6:95 e.v. volgt en doorgaans door (WAM)verzekering zal zijn gedekt.

punt.³⁵ Waartoe de werkgever wel verplicht is, is – zoals hiervoor werd aangegeven – vooralsnog niet duidelijk en kan aanleiding zijn voor langdurige en kostbare procedures. In het Nederlandse poldermodel ligt het evenwel voor de hand dat werknemers- en werkgeversorganisaties in Nederland op dit punt de handen ineenslaan en in overleg treden met verzekeraars om tot adequate verzekeringsproducten en afspraken te komen.³⁶ Dat is nog wel een complexe route, omdat het ‘polderen’ hier met drie partijen zal moeten gebeuren en de materie technisch ook nogal complex is, maar denkbaar is dat een groep van ‘wijze mensen’ wordt benaderd om de mogelijkheden en knelpunten te verkennen en de beslispunten in kaart te brengen. Dat heeft in elk geval verre de voorkeur boven het ‘uitprocederen’ van de vraag wat een ‘behoorlijke verzekering’ in ieder concreet geval inhoudt. Voor gevallen uit het verleden lijkt dat laatste niettemin onvermijdelijk.

Voor welke gevallen geldt de plicht?

De uitspraak van de Hoge Raad laat niet alleen onduidelijkheid bestaan over de omvang van de verplichting tot dekking, maar ook over de vraag in welke gevallen zij geldt. De Hoge Raad spreekt van ‘werknemers wier werkzaamheden ertoe kunnen leiden dat zij als bestuurder van een motorvoertuig betrokken raken bij een verkeersongeval’. Met name de woorden ‘wier werkzaamheden ertoe kunnen leiden’ laten nogal wat ruimte voor debat. Stellig vallen hieronder de werknemers die beroepsmatig aan het verkeer deelnemen, zoals taxi-, vrachtwagen- en andersoortige chauffeurs, en ook degenen die meer incidenteel voor hun werk aan het verkeer deelnemen, bijvoorbeeld door voor hun baas een pakketje weg te brengen.³⁷ In het verleden heeft de Hoge Raad geoordeeld dat ‘gewoon woon-werk-verkeer’ niet valt onder de bescherming van art. 7:658 BW³⁸, maar tussenvormen – onder omstandigheden³⁹ – wel onder de bescherming van ‘goed werkgeverschap’.⁴⁰ Het ligt voor de hand dat werknemers hier door middel van procedures de grenzen verder zullen verkennen.

Opmerkelijk is dat de Hoge Raad in zijn ‘uitleg’ van eerdere rechtspraak geen melding maakt van het arrest KLM/De Kuijer, dat een piloot betrof die tijdens een verplichte ‘overblijfsperiode’ in Ivoorkust een taxi nam naar een restaurant en betrokken raakte bij

³⁵ Men zij er overigens op bedacht dat het Amerikaanse recht op het punt van de werkgeversaansprakelijkheid een eigensoortig (en sterk beperkt) regiem kent. Zie voor een Nederlands overzicht daarvan M.S.A. Vegter, *Vergoeding van psychisch letsel door de werkgever*, diss Amsterdam (VU), Den Haag 2005, p. 291 e.v.

³⁶ Zie voor deze suggestie ook Van Boom, Van Kooten en Schneider, *ArA* 2008 (nog te verschijnen).

³⁷ Vgl. HR 16 oktober 1992, *NJ* 1993, 264 m.nt. P.A. Stein (Bruinsma/Schuitmaker).

³⁸ HR 16 november 2001, *NJ* 2002, 71 (Quant/Stichting Volkshogeschool Bergen).

³⁹ Dat dit een weinig heldere afbakening blijkt, laat HR 30 november 2007, *RvdW* 2007, 1030 (NCM Eurocollect) zien. Dat betrof een werknemster die met een leaseauto van een werkbespreking op weg naar huis een ongeval overkwam door toedoen van een onbekend gebleven derde. De Hoge Raad vindt dat dit vervoer niet op één lijn kan worden gesteld met vervoer krachtens de verplichtingen uit arbeidsovereenkomst. Het feitelijke verschil met de casus in *NJ* 2004, 235 (De Bont/Oudenallen) en die in *RvdW* 2008, 176 (Maasman/Akzo) is m.i. maar zeer dun. Van deze werknemster kon in elk geval worden gezegd dat haar ‘werkzaamheden ertoe kunnen leiden dat zij als bestuurder van een motorvoertuig betrokken raakt’ bij een verkeersongeval. Dat zij in dit geval (toevallig) op weg was naar huis (waarschijnlijk om – naar zij had gesteld – daar nog verder te werken) lijkt een zwakke basis om de aansprakelijkheid af te wijzen. Zie ook kritisch over dit geval Kolder, *MvV* 2008, p. 73.

⁴⁰ Zie HR 12 januari 2001, *NJ* 2001, 253 (Vonk/Van der Hoeven) en HR 9 augustus 2002, *NJ* 2004, 235 m.nt. G.J.J. Heerma van Voss (De Bont/Oudenallen).

een verkeersongeval waardoor hij ernstig letsel opliep.⁴¹ In dat geval raakte de werknemer niet 'als bestuurder van een motorrijtuig betrokken bij een verkeersongeval', maar werd de werkgever niettemin aansprakelijk gehouden. Het lijkt me aannemelijk dat ook die aansprakelijkheid (al dan niet bij nader inzien) berust op schending van de verplichting tot het bieden van een behoorlijke verzekering, zodat de door de Hoge Raad in het onderhavige arrest (Kooiker/Taxicentrale Nijverdal) gegeven aansprakelijkheidsvorm niet strikt tot werknemer-bestuurders van motorvoertuigen beperkt is.

Voor welke gevallen geldt de plicht niet?

Nu de Hoge Raad spreekt van 'werknemers wier werkzaamheden ertoe kunnen leiden dat zij als bestuurder van een motorvoertuig betrokken raken bij een verkeersongeval' lijkt de verzekeringsplicht niet te gelden voor werknemers die in verband met hun werk als voetganger of fietser betrokken raken bij een verkeersongeval.⁴² Nu lijkt lopen of fietsen minder gevaarlijk dan het besturen van een motorrijtuig, maar *als* een voetganger of fietser betrokken raakt bij een verkeersongeval, dan is de schade doorgaans groot. Om die reden hebben voetgangers en fietsers juist in het verkeersaansprakelijkheidsrecht een bijzondere bescherming gekregen.⁴³ Waarom zij dat dan in het kader van het arbeidsrecht – in tegenstelling tot bestuurders van motorvoertuigen – niet krijgen, is niet duidelijk. Wellicht heeft de Hoge Raad gedacht dat zij minder bescherming van de werkgever nodig hebben omdat zij reeds een royale bescherming in het verkeersaansprakelijkheidsrecht genieten, maar voor eenzijdige ongevallen (fietser komt ten val, voetganger struikelt) geldt dat in elk geval niet.⁴⁴ Het lijkt me dan ook redelijk de verzekeringsplicht (en daarmee samenhangende aansprakelijkheid) op grond van art. 7:611 BW ook aan te nemen voor werknemers die 'ongemotoriseerd' aan het verkeer deelnemen. Daar pleit ook voor dat zij zich voor hun schade zelf vrijwel niet kunnen verzekeren.

Van (naar omvang) grotere betekenis is dat de door de Hoge Raad in het leven geroepen dekkingsplicht niet geldt voor de 'gewone arbeidsongevallen'. De Hoge Raad heeft opnieuw benadrukt dat art. 7:658 BW geen 'absolute waarborg' biedt voor de veiligheid van de werknemer en dat deze regeling (alleen aansprakelijkheid bij tekortkoming) ook geldt voor werknemers die bijzondere risico's lopen. Hij heeft alleen voor de werknemer-bestuurders onder omstandigheden een bijzondere dekkingsplicht aanvaard. Dat betekent dat werknemers die in de uitoefening van hun werkzaamheden letsel oplopen maar met succes tegengeworpen krijgen dat de werkgever niet is tekortgeschoten in de nakoming van zijn zorgplicht, met lege handen achterblijven.

Het systeem onder druk, maar ook een nieuwe kans

De wetgever heeft er met art. 7:658 BW voor gekozen de aansprakelijkheid van de werkgever te beperken tot gevallen van tekortschieten in de nakoming van een zorgplicht voor de veiligheid van de werknemer. De Hoge Raad heeft met het onderhavige

⁴¹ HR 18 maart 2005, *JAR* 2005, 100 (KLM/De Kuijer).

⁴² Strikt genomen is nog verdedigbaar dat zij vallen onder de formulering, omdat zij wellicht bestuurder van een motorvoertuig hadden *kunnen* zijn (als zij niet waren gaan lopen of fietsen, maar een auto hadden gekozen), maar dat zal wel niet bedoeld zijn. Overigens moet worden bedacht dat de Hoge Raad in dit geval oordeelde over een bestuurder, zodat er uit het arrest geen regel over niet-bestuurders valt af te leiden.

⁴³ Zie over deze incongruentie reeds Hartlief, *AV&S* 2003, p. 7 e.v.

⁴⁴ Zie over deze kwestie ook Kolder, *MvV* 2008, p. 74 e.v.

arrest daarnaast een aansprakelijkheid van de werkgever in het leven geroepen voor schade van werknemers die in verband met het werk als bestuurder van een motorvoertuig betrokken raken bij een verkeersongeval, ongeacht of het ongeval is te wijten aan enig tekortschieten van de werkgever. Dat is een uitgesproken voorbeeld van rechterlijke rechtsvorming, die het model van het aansprakelijkheidsrecht onder druk zet. Het uitgangspunt 'alleen aansprakelijkheid bij tekortschieten' wordt immers voor bepaalde gevallen verlaten. Dat roept onvermijdelijk niet alleen de vraag op waarom dat voor die gevallen mag gelden, maar evenzeer waarom dan in andere gevallen van 'niet tekortschieten' geen aansprakelijkheid wordt aangenomen. Nu aansprakelijkheid voor schade van werknemer-bestuurders van motorvoertuigen zonder tekortschieten van de werkgever is aanvaard, valt het immers moeilijk uit te leggen waarom werknemers die in de uitoefening van hun werkzaamheden letsel oplopen doordat zij van een dak vallen, zich met een mes snijden, een laaddeur van een vrachtwagen in hun gezicht krijgen, et cetera, in het aansprakelijkheidsrecht met lege handen naar huis gaan en zijn aangewezen op de – steeds verder afnemende – sociale voorzieningen. Met de keuze voor een bijzondere bescherming van een beperkte groep van werknemers zet de Hoge Raad dus het stelsel van het aansprakelijkheidsrecht onder druk. Dat pleit wellicht tegen de gemaakte keuze, maar men kan het ook anders zien.

De keuze van de Hoge Raad moet worden gezien tegen de achtergrond van het stelsel van het arbeidsrecht, waarin – vermoedelijk op grond van het profijtbeginsel – in veel gevallen schade die in het kader van de werkzaamheden ontstaat voor rekening van de werkgever komt, behoudens in gevallen van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer.⁴⁵ De nu gekozen variant is weliswaar in die zin nieuw, dat de aansprakelijkheid beperkt is tot hetgeen een 'behoorlijke verzekering' zou hebben gedekt; geen volledige vergoeding dus, maar een 'behoorlijke', maar dat schade ontstaan buiten schuld/tekortschieten van de werkgever voor diens rekening komt is in het arbeidsrecht dus niet uitzonderlijk. Men kan in dat licht de in de vorige alinea gesignaleerde vraag (waarom buiten schuld van de werkgever dekking voor bepaalde risico's?) ook omkeren: waarom geen verplichting tot behoorlijke verzekering van alle aan de arbeid verbonden risico's. Wanneer werknemers en werkgevers er in overleg met verzekeringsmaatschappijen in slagen om voor bijzondere risico's adequate voorzieningen in het leven te roepen, dan is een logische volgende stap dat dergelijke voorzieningen als norm gaan gelden voor alle voor werknemers aan ongevallen verbonden risico's (behoudens opzet of bewuste roekeloosheid). Denkbaar is dan tevens dat voor beroepsziekten in verband met de daarbij spelende bijzondere (causaliteits)kwesties een ander regiem zal gelden. De wetgever was bij invoering van art. 7:658 BW aan een dergelijke aansprakelijkheid (nog) niet toe⁴⁶, maar de Hoge Raad heeft op dit gebied (en ook elders in het aansprakelijkheidsrecht) wel vaker het voortouw genomen.

Het is natuurlijk gissen of de Hoge Raad ook iets dergelijks voor ogen heeft gestaan bij de onderhavige uitspraak. In de literatuur is er al eerder op gezinspeeld dat de door de Hoge Raad gekozen koers onvermijdelijk in een dergelijke richting leidt.⁴⁷ De keuze van

⁴⁵ Vgl. art. 7:661 en 6:170 lid 3 BW. Eerder (bijv. *NJ* 1993, 264) heeft de Hoge Raad ook wel naar dit (element van het) stelsel van het arbeidsrecht verwezen.

⁴⁶ Ook in 2003, toen een Extra Garantieregeling Beroepsrisico's in de lucht hing, was het Kabinet, na een negatief advies van de SER, daar niet aan toe.

⁴⁷ Zie T. Hartlief, 'Vonk/Van der Hoeven, het einde van art. 7:658 BW en een terugkeer naar de Ongevalwet', *AV&S* 2003, p. 2-13.

de Hoge Raad om de aansprakelijkheid te beperken tot de schade die het gevolg is van het niet voorzien in een 'behoorlijke verzekering' en de uitdrukkelijke relatering aan wat redelijkerwijs op de verzekeringsmarkt beschikbaar is, biedt in elk geval de *mogelijkheid* om deze voorziening in het aansprakelijkheidsrecht via de private markt vorm te geven en uit te werken. Ik denk dus dat het hier gaat om een – zeker in potentie – baanbrekend arrest, ook al is het vervolg van de route nog niet goed te overzien. Dat is een risico van rechterlijke rechtsvorming, maar het getuigt beslist van – wat mij betreft maatschappelijk wenselijke – durf.