

Plaatsbepaling

Letsel- en en zaakschade van de werknemer, opgelopen bij de uitoefening van de beroepswerkzaamheden, kunnen op de werkgever worden verhaald, tenzij de werkgever kan aantonen geen zorgplicht te hebben geschonden of de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer (art. 7:658 BW). Bij verkeersongevallen waarbij de werknemer betrokken is, speelt de complicatie dat de werkgever veelal geen invloed op de verkeerssituatie kan uitoefenen en dus geen zeggenschap heeft over de 'werkplek'. Dat brengt met zich dat de zorgplicht van de werkgever uit artikel 7:658 BW veelal niet de verkeersbewegingen van de werknemer bestrijkt. Een werknemer die zelf een auto bestuurt en letsel oploopt waar geen andere weggebruiker voor aansprakelijk kan worden gesteld, zal daarom niet met een beroep op art. 7:658 BW de werkgever tot vergoeding kunnen aanspreken.¹ Zie in deze zin ook Hof Arnhem 18-10-2005, JA 2006, nr. 13, elders in dit nummer opgenomen.

Werknemers die voor hun werkgever veel op de weg zitten, vielen dus in een groot financieel gat als zij blijvend arbeidsongeschikt raakten door een verkeersongeval waar niemand verantwoordelijk voor kon worden gehouden. Dat financiële gat is door de Hoge Raad min of meer gedicht met het arrest *Vonk Montage/Van der Hoeven* (HR 12 januari 2001, NJ 2001, 253, JAR 2001,24), door aan te nemen dat onder omstandigheden het goed werkgeverschap uit artikel 7:611 BW tóch tot vergoeding verplicht. Die plicht bestaat dus ook als de werkgever geen fout heeft begaan.

Als de werkgever aan de werknemer een onkostenvergoeding heeft gegeven met de duidelijke afspraak dat de werknemer daarmee voor zichzelf een first-party verzekering tegen letselschade aanschaft, kan de vergoedingsplicht ex artikel 7:611 BW mogelijk vervallen. Veel zekerheid over onder welke omstandigheden dat verval plaatsvindt, bestaat nog niet (simpele vragen zijn nog onbeantwoord, zoals: Moet de verzekering daadwerkelijk zijn aangeschaft? Hoe hoog moet de dekking zijn? Moet de dekking ook niet-objectiveerbaar letsel en psychische klachten dekken? Moet immateriële schade gedekt zijn? Mag de dekking alleen totale arbeidsongeschiktheid betreffen, of moet ook gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid in de polis zijn opgenomen?). Dat hindert de Hoge Raad niet om de met *Vonk Montage* ingeslagen koers voort te zetten en uit te breiden. De zaak van de KLM-piloot die bij een ongeval met een taxi in Ivoorkust een dwarslaesie oploopt (HR 18 maart 2005, JA 2005, 53), is de laatste uitbreiding (alhoewel mij nog niet duidelijk is wat de reikwijdte van dat arrest is). Voor woon/werk-verkeer is het gat niet gedicht,² maar wie weet komt dat nog.

¹ Behoudens gebrekkig onderhoud van de bedrijfswagen en dergelijke gevallen meer, of aansprakelijkheid op grond van art. 7:611 BW wegens het nalaten te waarschuwen voor ernstige en onmiddellijke gevaren die de werkgever bekend zijn (zoals gladheid) (vgl. HR 22 januari 1999, NJ 1999, 534 Reclasseringsambtenaar).

² Het 'gat' bestaat vanwege de beslissing in HR 16 november 2001, NJ 2002, 71, JAR 2001, 260 (Quant / Stichting Volkshogeschool Bergen) dat de werkgever niet op grond van art. 7:658 BW aansprakelijk kan worden gehouden voor verkeersongevallen tijdens woon/werk-verkeer.

In de zaak van de diabetische koerier wás sprake van een collectieve ongevallenverzekering ten behoeve van de werknemer, die hier tot uitkering was gekomen van (in ieder geval [131] ongeveer) hfl. 30.000 (€ 13.600). Het debat van partijen in cassatie betrof niet de vraag of dit een adequate verzekering was, dus daar heeft de Hoge Raad zich niet over uitgelaten.

Vergoeding tenzij opzet of bewuste roekeloosheid

De vergoedingsplicht van de werkgever op grond van art. 7:611 BW komt geheel te vervallen indien de werknemer opzet of bewuste roekeloosheid te verwijten valt. Deze uitzondering, die in *De Bont / Oudenallen Betonbouw* (HR 9 augustus 2002, NJ 2004, 235) voor het eerst werd genoemd, is uiteraard geënt op de artikelen 7:658 BW en 7:661 BW. De begrippen ‘opzet en bewuste roekeloosheid’ in die artikelen moeten, zo volgt uit het arrest *City Tax* (HR 14 oktober 2005, JA 2006, nr. 10) op gelijke wijze worden uitgelegd en toegepast. Dat zal dus ook gelden voor de vergoeding van verkeersongevallen op grond van artikel 7:611 BW.

Voor een geslaagd beroep op ‘bewuste roekeloosheid’ is in elk geval “persoonlijk handelen of bewust nalaten” van de werknemer nodig, aldus de Hoge Raad in *Van de Ven Automobielbedrijf* (HR 10 mei 1996, NJ 1996, 669). Maar genoeg is dat uiteraard niet. In *Pollemans - Hoondert* (HR 20 september 1996, NJ 1997, 198) werd een hoge drempel aangebracht. In die zaak moest werknemer Pollemans dakwerkzaamheden verrichten. Hij was expliciet gewaarschuwd om niet buiten de beveiliging op het dak te lopen, zowel vóór de werkzaamheden als ten tijde van de werkzaamheden, toen bleek dat hij de instructies negeerde. Pollemans zakte door het dak en raakte gewond. Kantonrechter en rechtbank achtten bewuste roekeloosheid bewezen, maar de Hoge Raad casseerde. Van bewust roekeloos handelen door de werknemer zou pas sprake zijn indien deze zich tijdens het verrichten van zijn onmiddellijk aan het ongeval voorafgaande gedraging, te weten het naast de aanwezige beveiliging lopen, van het roekeloze karakter van die gedraging daadwerkelijk bewust zou zijn geweest. Het enkele bewijs van het negeren van instructies en (met ‘krachtige termen’ geuite) waarschuwingen was onvoldoende om van *bewuste* roekeloosheid te kunnen spreken.

Op deze uitspraak is als kritiek geformuleerd dat de Hoge Raad zodanig hoge eisen stelt aan het bewijs dat het welhaast onmogelijk is om tot verval van aansprakelijkheid te komen. Hoe bewijst men immers een innerlijke gesteldheid zoals bewustheid van de eigen roekeloosheid? Welnu, daar lijkt een mouw aan te zijn gepast. Als de innerlijke gesteldheid van de werknemer niet kan worden gemeten (lees: als de werknemer deze bewustheid betwist), dan moet de rechter roeien met de riemen die hij heeft: hij moet afgaan op uiterlijke kenmerken. Er zijn voorbeelden in de rechtspraak waarbij de rechter innerlijke kenmerken zoals kennis en geestesgesteldheid, bij gebrek aan betere aanwijzingen, afmeet aan uiterlijke kenmerken. Zo kan een crediteur die tegenover een verjaringsverweer ontkent dat van subjectieve bekendheid als bedoeld in art. 3:310 of 311 BW sprake was, worden gehouden aan uiterlijkheden die het tegendeel plausibel maken (HR 20 april 2001, NJ 2002, 384; HR 6 april 2001, NJ 2002, 383). Ook is relevant de strafrechtelijke uitspraak *HIV-besmetting* (HR 25 maart 2003, NJ 2003, 552). Daarin besliste de Hoge Raad (r.ov. 3.6) ten aanzien van voorwaardelijk opzet (het zich willens en wetens blootstellen aan de aanmerkelijke kans dat het gevolg zal intreden):

“Of in een concreet geval moet worden aangenomen dat sprake is van bewuste schuld dan wel van voorwaardelijk opzet zal, indien de verklaringen van de verdachte en/of bijvoorbeeld eventuele getuigenverklaringen geen inzicht geven omtrent hetgeen ten tijde van de gedraging in de verdachte is omgegaan, afhangen van de feitelijke omstandigheden van het geval. Daarbij zijn de aard van de gedraging en de omstandigheden waaronder deze is verricht, van belang. Bepaalde gedragingen kunnen naar hun uiterlijke verschijningsvorm worden aangemerkt als zo zeer gericht op een bepaald gevolg dat het - behoudens contra-indicaties - niet anders kan zijn dan dat de verdachte de aanmerkelijke kans op het desbetreffende gevolg heeft aanvaard.” Deze uitspraken geven de rechter in elk geval houvast waar hij innerlijke gesteldheid moet vaststellen. Hij kan aan de hand van uiterlijke kenmerken ‘behoudens contra-indicaties’ of ‘voorshands, dat wil zeggen behoudens door de benadeelde te leveren tegenbewijs’ tot bewezenverklaring van de innerlijke gesteldheid overgaan. Dat aan het bewijs van innerlijke gesteldheid [132] een mouw is gepast, betekent overigens niet dat de rechter zich niet meer hoeft te buigen over die innerlijke gesteldheid. Het arrest van Hof Arnhem 18-10-2005, JA 2006, nr. 13, elders in dit nummer opgenomen, is wat dit betreft minder juist. Een werknemer die op polderwegen bewust geen autogordel droeg, werd bewuste roekeloosheid verweten. Immers, aldus het hof, “het (is) een feit van algemene bekendheid is dat het dragen van een gordel tijdens het autorijden het ontstaan van letsel kan voorkomen of in ieder geval het letsel kan verminderen.” De werknemer was hiervan op de hoogte, maar hij had desondanks een bewuste keuze gemaakt voor het niet dragen van een gordel. Deze keuze is volgens het hof te begrijpen, maar zij mag niet voor rekening van de werkgever komen. Die conclusie klinkt sympathiek, maar lijkt mij niet te zijn gebaseerd op bewuste roekeloosheid van de werknemer: die had hier namelijk geen gordel om uit angst voor beklemming in het geval de auto te water zou geraken. Hij had dus bewust een afweging van risico’s gemaakt en kennelijk het risico van te water raken groter ingeschat dan dat van botsing; daarmee lijkt mij plausibel dat hij zich juist níet van het roekeloze karakter van zijn gedraging bewust was.

Hoe moeten we het arrest van de diabetische koerier plaatsen?

Diabetici (ik beperk me tot diabetes mellitus type I, waar het hier naar ik aanneem om ging) kunnen door tal van onderling samenhangende factoren een te hoge (hyperglykemie) of een te lage (hypoglykemie) bloedsuikerspiegel hebben. Vanuit een normale suikerspiegel kan heel snel een sterke stijging of daling optreden. Ook bij goed ingestelde patiënten is een dergelijk incident niet altijd te voorkomen. Diabetici voelen dergelijke sterke dalingen en stijgingen niet altijd goed aankomen, en dat kan ernstige gevolgen hebben. Een hypo of hyper kan tijdelijk een ingrijpende gedragsverandering teweegbrengen die in bepaalde opzichten met dronkenschap is te vergelijken. Dat maakt diabetici een groter verkeersrisico dan ‘gezonde’ weggebruikers.³ Als het waar is dat de koerier een hypo (of hyper) had, dan is zeker niet ondenkbaar dat het rijgedrag dat hij vertoonde, daardoor werd veroorzaakt. Een hypo kan bijvoorbeeld gepaard gaan met bewustzijnsvernaauwing en een trance-achtige toestand. Agressie komt ook voor bij

³ Over de implicaties van diabetes voor het verlenen van een rijbewijs zie men recentelijk A.R.A.L. Norenburg en A.D.M. Stork, VR 2005/11.

hypo's, hoewel het vaker met hyper's wordt geassocieerd. Kortom: de stelling van de werknemer kán juist zijn. Waarom werd dan toch bewuste roekeloosheid aangenomen? Het hof oordeelde dat de koerier te weinig had gesteld; hij had immers aangegeven zich niets van de ongevalsdag te kunnen herinneren, en hij opperde de hypo als *mogelijke* oorzaak. Dat was een onvoldoende gemotiveerde stelling tegenover hetgeen de werkgever wél gemotiveerd had gesteld, aldus het hof. Het bewijsaanbod werd vervolgens als onvoldoende specifiek gepasseerd. De Hoge Raad akkordeert deze gang van zaken.

Hoe hier over te denken? Ik geef een persoonlijke inschatting en een juridische kanttekening. Mijn persoonlijke inschatting is dat het hof de stellingen van de werknemer niet geloofwaardig achtte. Het ging om een 22- of 23-jarige koerier die naar eigen zeggen 8 tot 10 bekeuringen in de voorafgaande drie jaren op zak had en al zes maal casco'schade had veroorzaakt. Die gegevens zullen ongetwijfeld hebben meegespeeld.⁴ Het hof achtte bovendien in het licht van de diverse getuigenverklaringen niet aannemelijk dat van een beperkt bewustzijn sprake was (r.ov. 4.4, aangehaald in concl. OM 2.12.2). Ik ken die getuigenverklaringen niet, en het hof geeft niet concreet aan in welk opzicht de verklaringen dat niet aannemelijk maken. Als het hof doelt op de verklaringen over het rijgedrag van de koerier (bumperkleven, etc.), kan daartegenover [133] worden gesteld dat een diabetische bewustzijnsvernauwing niet per se met verslachte concentratie gepaard hoeft te gaan. Die getuigenverklaringen wijzen dan dus de ene noch de andere richting uit. Het hof had dus ook een andere kant op kunnen gaan.

Mijn juridische kanttekening zou deze zijn. Als men de beoordeling van de diabetische koerier in de sleutel zou zetten van het afmeten van innerlijke motieven aan uiterlijke verschijning, zou het rechterlijk oordeel hier op neerkomen: 'we weten niet hoe uw bewustzijn was vlak voor het ongeval, maar de uiterlijke kenmerken – het roekeloze rijgedrag – maken het plausibel dat u zich er van bewust was. U mag feiten en omstandigheden stellen die dit ontzenuwen.'

Zo beschouwd staat het arrest van de Hoge Raad meer in lijn met de genoemde rechtspraak over het bewijs van innerlijke gesteldheid. Daarmee haalt de Hoge Raad ook de scherpe kanten van de op het eerste gezicht harde lijn uit *Pollemans/Hoondert* en *Van der Wiel / Philips Lighting* (HR 20 september 1996, NJ 1997, 198 respectievelijk HR 11 september 1998, NJ 1998, 870). In die arresten werd feitenrechtters in elk geval voorgehouden dat zij expliciet de bewustheidsis moesten toetsen. Nu weten we dat die toetsing niet zo heet wordt gegeten als zij wordt opgediend. Van de werknemer kan kennelijk worden gevraagd dat hij feiten en omstandigheden stelt die kunnen *ontzenuwen* dat sprake was van bewustheid terzake van de roekeloosheid. Die nuance werpt overigens een geheel ander licht op *Pollemans/Hoondert*. Wat had *Pollemans* eigenlijk aan feiten en omstandigheden aangevoerd die konden ontzenuwen dat hij zich bewust was van zijn roekeloosheid? In de gepubliceerde stukken vind ik daar niets over terug.

⁴ In dit verband is nog relevant dat in de conclusie OM waar het om roekeloos rijgedrag zonder nadere toelichting wordt gewezen op 'het fenomeen pizzakoeriers' (conclusie nr. 3.11.2), kennelijk ter adstructie van het betoog dat bepaalde groepen weggebruikers sneller tot roekeloosheid zijn geneigd dan andere. Mij is onduidelijk wat hiermee precies gezegd wil zijn, maar gezien de context sluit ik niet uit dat ook met deze opmerking de geloofwaardigheid van de stellingen van de werknemer – immers behorend tot de 'unfallgeneigte' referentiegroep van 'koeriers' – in twijfel wordt getrokken.

Het onderhavige arrest zou dus kunnen impliceren dat de Hoge Raad zich de kritiek op *Pollemans/Hoondert* aangetrokken heeft. Het zou ook betekenen dat in zaken als *Pollemans/Hoondert* de werknemer voortaan gemotiveerd moet ontkennen dat van bewustheid sprake is als de werkgever eenmaal de roekeloosheid van de gedraging heeft gesubstantieerd. In dat opzicht kan de elders in dit nummer opgenomen uitspraak Rechtbank Dordrecht sector kanton 27-10-2005, 154435 CV expl 05-668, JA 2006, 17 (r.ov. 8) de toets der kritiek dus doorstaan.

Intussen ben ik met het resultaat in de zaak van de diabetische koerier toch minder gelukkig. De werkgever dient bewustheid van de roekeloosheid te bewijzen. Als de koerier in feitelijke instanties zich niet had beperkt tot het aanvoeren van een *mogelijke* verklaring, maar integendeel had gesteld dat hij vlak voor het ongeval een hypoglykemie *moet* hebben gehad gegeven de uitzonderlijke agressiviteit van zijn rijgedrag, die door bewustzijnsvernauwing teweeg gebracht *moet* zijn, en gegeven dat hij zich niets meer van het ongeval herinnert (hypoglykemie kan bewustzijnsverlies en black-out veroorzaken), dan zou een feitenrechter minder eenvoudig kunnen oordelen dat de werknemer te weinig heeft gesteld. Het komt dus aan op de kracht waarmee de werknemer de bewustheid van zijn roekeloosheid ontkent.

W. H. van Boom