

A.I. Schreuder

Noot

Introductie

1. Art. 7:658 lid 4 BW heeft de afgelopen jaren in de nodige belangstelling gestaan. Bij de invoering in 1999 had de wetgever, zoals bekend, met name codificatie van de jurisprudentie van de Hoge Raad over de zogeheten “driehoeksverhoudingen” zoals uitzendarbeid en uitlening voor ogen (*Kamerstukken II* 1997-98, 25263, nr. 14, p. 6). Ook voor andersoortige verhoudingen waaraan geen arbeidsovereenkomst ten grondslag ligt, is het artikellid van belang gebleken. Zo komt ook stagiaires en vrijwilligers onder omstandigheden een beroep toe op art. 7:658 lid 4 BW. Tot 2012 reesteerde in dit verband de vraag of dit ook gold voor de zelfstandige arbeidskracht (vanwege de overzichtelijkheid veelal kortweg aangeduid als “zzp’er”). In het *Davelaar/Allspan*-arrest (HR 23 maart 2012, «JA» 2012/110, m.nt. D.M. Gouweloos) oordeelde de Hoge Raad dat dit het geval kan zijn, en formuleerde hij, zoals bekend, een tweetal vereisten voor de toepasselijkheid van art. 7:658 lid 4 BW. Bij deze beoordeling komt veel aan op de omstandigheden van het geval. De voor de hand liggende (vervolg)vraag is dan ook hoe de enigszins *in abstracto* geformuleerde uitgangspunten uit *Davelaar/Allspan* in een concrete verhouding (dienen te) worden toegepast.

2. Sinds maart 2012 is er betrekkelijk weinig (gepubliceerde) jurisprudentie verschenen over de “feitelijke” reikwijdte van art. 7:658 lid 4 BW. Naast het verwijzingsarrest (Hof 's-Hertogenbosch 16 april 2013, «JA» 2013/88, m.nt. R.K.R. Zwols) kan worden gewezen op een uitspraak van de Rechtbank Oost-Nederland (28 maart 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ5803) en de Rechtbank Gelderland (12 februari 2014, «JA» 2014/71, m.nt. V. Oskam en S.C. van Dijke). De onderhavige uitspraak kan in dit “rijtje” worden geplaatst. Kernvraag is of de zelfstandige arbeidskracht X zich jegens Waal Bouw met succes op art. 7:658 lid 4 BW kan beroepen. Daarnaast is ook het oordeel van de rechtbank over hetgeen van Waal Bouw kan worden gevegd wat betreft de situatie op de bouwplaats, noemenswaardig. Op dit laatste aspect ligt in het navolgende niet de nadruk, wel zal hier afsluitend nog even kort bij worden stilgestaan.

Nog even kort: Davelaar/Allspan

3. Volgens de Hoge Raad kan uit de wetsgeschiedenis van art. 7:658 lid 4 BW worden afgeleid dat deze bepaling ertoe strekt bescherming te bieden aan personen die zich, wat betreft de door de werkgever in acht te nemen zorgplicht, in een met een werknemer vergelijkbare positie bevinden (*Davelaar/Allspan*, r.o. 3.6.2). De Hoge Raad leidt hieruit als eerste “vereiste” voor toepassing van art. 7:658 lid 4 BW af dat de arbeidskracht *voor de zorg van zijn veiligheid (mede) afhankelijk* is van degene voor wie hij de werkzaamheden verricht (i). Het komt bij deze beoordeling aan op de omstandigheden van het geval. Onder meer van belang zijn a. de feitelijke verhouding; b. de aard van de verrichte werkzaamheden en c. de invloed van de “opdrachtgever” op de werkomstandigheden. Voor toepassing van art. 7:658 lid 4 BW is daarnaast vereist dat de werkzaamheden hebben plaatsgevonden in de *uitoefening van het bedrijf* van degene in wiens opdracht de werkzaamheden zijn verricht (ii). In dit verband is bepalend of de werkzaamheden *feitelijk* tot diens bedrijfsuitoefening behoorden, en niet (alleen) of deze objectief gezien tot de “kern” van zijn beroeps- of bedrijfsuitoefening (“core business”) behoren.

“Zzp’er”: een kwestie van kwalificatie(?)

4. In de onderhavige uitspraak komt als eerste twistpunt aan de orde of X als zzp’er kan worden aangemerkt. Volgens de rechtbank is deze vraag van belang voor de beoordeling van de toepasselijkheid van art. 7:658 lid 4 BW, maar zij merkt op dat er geen juridische definitie van “de zzp’er” bestaat. Niettemin is een kenmerkend element in de visie van de rechtbank het zelfstandig inrichten en kunnen uitvoeren van de werkzaamheden (dit lijkt te zijn ontleend aan de criteria die de Belastingdienst hanteert om te bepalen of een zzp’er voor de inkomstenbelasting als ondernemer kan worden aangemerkt). Waal Bouw stelt zich in dit verband op het (enigszins beledigende) standpunt dat het IQ van X met zich brengt dat van een dergelijke zelfstandigheid geen sprake was. Mede gelet op de aard van de werkzaamheden, volgt de rechtbank dit standpunt niet. Ook de omstandigheid dat X met een andere venoot (zijn stiefvader A) verenigd was in een vof, laat naar het oordeel van de rechtbank onverlet dat X in de verhouding tot Waal Bouw als zzp’er kan worden aangemerkt.

6. De rechtbank lijkt de kwalificatie als zzp’er hier op te vatten als een soort “ingangseis” die dient te worden vervuld voordat kan worden toegekomen aan een beoordeling op basis van *Davelaar/Allspan*. Dat vind ik wel opmerkelijk. Ik zie niet direct in waarom een zodanige kwalificatie voor de toepasselijkheid van art. 7:658 lid 4 BW nu van (beslissend) belang is. Het ontbreken of een beperkte mate van zelfstandigheid in het verrichten van de werkzaamheden lijkt mij bovendien eerder in de richting van toepasselijkheid van art. 7:658 lid 4 BW te wijzen,

dan dat een eventuele toepassing hierop afstuit. De relevante “voorraag” lijkt mij veeleer of sprake is van een arbeidsverhouding waaraan geen arbeidsovereenkomst ten grondslag ligt.

Afhankelijkheid en de feitelijke bedrijfsuitoefening

6. De kern van de zaak betreft de uit *Davelaar/Allspan* voortvloeiende vraag of (i) X voor zijn veiligheid afhankelijk was van Waal Bouw en of (ii) de opruim- en schoonmaakwerkzaamheden in de uitoefening van het bedrijf van Waal Bouw plaatsvonden. De rechtbank beantwoordt beide vragen bevestigend. Bij de eerste vraag maakt zij een onderscheid tussen de veiligheid met betrekking tot het verrichten van de werkzaamheden en de hier in het geding zijnde veiligheid op de bouwplaats. Naar het oordeel van de rechtbank was Waal Bouw voor dit tweede aspect verantwoordelijk, en was zij degene die veiligheidsmaatregelen kon nemen. Nu Waal Bouw X had toegelaten om werkzaamheden op de onder haar verantwoordelijkheid vallende bouwplaats te verrichten, diende zij er zorg voor te dragen dat X dit in een veilige omgeving kon doen. Ook een eventuele door Waal Bouw gestelde (maar niet bewezen) afspraak dat de andere vennoot van Bouwsupport, A (de stiefvader van X), de verantwoordelijkheid zou dragen voor de veiligheid van X, laat onverlet dat op Waal Bouw in dit verband een zorgplicht rustte, aldus de rechtbank.

7. Wat betreft de tweede vraag overweegt de rechtbank dat Waal Bouw erkend heeft dat de opruim- en schoonmaakwerkzaamheden plaatsvonden in het kader van de oplevering van het door haar aangenomen werk. Ook van belang acht de rechtbank dat in de interne regels van Waal Bouw wordt gewezen op het belang van een opgeruimde werkplaats. Hieruit volgt dat iedereen op de bouwplaats in zekere zin opruimwerkzaamheden diende uit te voeren. Voorts heeft Waal Bouw erkend dat ook het eigen personeel deze werkzaamheden zou kunnen uitvoeren, maar dat deze uit kostenoverwegingen zijn uitbesteed. Aangezien naar het oordeel van de rechtbank dus aan beide “vereisten” uit *Davelaar/Allspan* is voldaan, acht zij art. 7:658 lid 4 BW in het onderhavige geval van toepassing.

Toepasselijkheid lijkt wel in de rede te liggen

8. De rechtbank volgt zo op het eerste gezicht – afgezien van de door haar van belang geachte kwalificatievraag – “keurig” de uitgangspunten uit *Davelaar/Allspan*. In haar beoordeling kan ik mij grotendeels ook wel vinden. De overwegingen over de feitelijke bedrijfsuitoefening van Waal Bouw lijken mij wel redelijk voor zich spreken, en laat ik hier verder rusten. Wat betreft de “afhankelijkheid” lijkt mij (inderdaad) van belang dat de veiligheid van X, niet anders dan de veiligheid van de eigen werknemers van Waal Bouw, werd bepaald door de inrichting die Waal Bouw aan de bouwplaats gaf. Het door de rechtbank gemaakte onderscheid tussen de veiligheid met betrekking tot het verrichten van de werkzaamheden en “de situatie op de bouwplaats” (in navolging van Rb. Oost-Nederland 28 maart 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ5803) betekent wel dat in dit type gevallen dan al snel tot (mede) afhankelijkheid wordt geconcludeerd. Het ligt immers wel voor de hand dat een (hoofd)aannemer verantwoordelijk wordt gehouden voor de inrichting van de bouwplaats. Dit impliceert eigenlijk ook al dat de op het (bouw)terrein werkzame personen voor hun veiligheid mede afhankelijk van hem zijn.

9. Ik vraag mij wel af of de rechtbank niet ook andere omstandigheden bij deze beoordeling had kunnen (moeten?) betrekken. De rechtbank beziet eigenlijk alleen of Waal Bouw invloed had op, en verantwoordelijkheid droeg voor de omstandigheden op de bouwplaats. De andere door de Hoge Raad geformuleerde gezichtspunten komen niet (expliciet) aan de orde (en bovendien geeft de Hoge Raad geen limitatieve opsomming). Dit heeft er wellicht mede mee te maken dat niet geheel duidelijk is hoe de andere gezichtspunten (de “feitelijke verhouding” en de “aard van de werkzaamheden”) moeten worden opgevat, en welke andere omstandigheden ook van belang zouden kunnen zijn.

10. Ten eerste de “feitelijke verhouding tussen betrokkenen”. Hof 's-Hertogenbosch 16 april 2013, «JA» 2013/88, m.nt. R.K.R. Zwols, overwoog in dit verband dat (bijvoorbeeld) de professionaliteit van partijen kan worden meegewogen. Rechtbank Gelderland 12 februari 2014, «JA» 2014/71, m.nt. V. Oskam en S.C. van Dijke, vulde dit gezichtspunt in door te bezien of sprake was van *zeggenschap*. De relatie tussen “zeggenschap” en de beoordeling van de *afhankelijkheid* lijkt mij in algemene zin nog wel een aspect dat nadere aandacht vergt. Met *Davelaar/Allspan* lijkt de Hoge Raad tot uitdrukking te hebben willen brengen dat het gaat om de invloed op de werkomstandigheden, en niet zozeer om de invloed op de persoon. Ik zou echter wel denken dat zeggenschap of een zekere gezagsverhouding een (steun)argument kan opleveren voor het oordeel dat men voor zijn veiligheid van een ander afhankelijk was. In de onderhavige zaak zou bijvoorbeeld van belang kunnen zijn dat er een introductiegesprek heeft plaatsgevonden tussen X en Waal Bouw, en bijvoorbeeld ook in welke mate Waal Bouw X instrueerde. Wat betreft de “aard van de werkzaamheden” werd in bovengenoemde uitspraken met name van belang geacht hoe *risicovol* de werkzaamheden waren. De gedachte lijkt dan te zijn dat naarmate de verrichte werkzaamheden gevaarlijker zijn, men eerder (mede) afhankelijk van zijn opdrachtgever is voor zijn veiligheid.

De op een bouwplaats vereiste veiligheid

11. Zoals bekend, is met een bevestigend oordeel over de toepasselijkheid van art. 7:658 lid 4 BW, de aansprakelijkheidsvraag nog niet beantwoord. De rechtbank verwijst in dit verband onder meer naar de in

Bayar/Wijnen (HR 11 april 2008, «JA» 2006/11, m.nt. W.H. van Boom) genoemde “Kelderluikachtige” gezichtspunten die bij deze beoordeling betrokken dienen te worden. In het onderhavige geval lijkt zij van beslissende betekenis te achten dat een ongeval als dat van X in deze omstandigheden niet onvoorzienbaar was, mede gelet op het te verwachten gebruik van de opening en ogenschijnlijke stevigheid van de plaat, die zonder hulpmiddelen te bereiken viel. Waal Bouw had de opening moeten afsluiten, hiervoor moeten waarschuwen, of de plaat moeten verstevigen. Mede gelet op de kans op een ongeval en de ernstige gevolgen hiervan, zijn dit weinig bezwaarlijke maatregelen, aldus de rechtbank. Dat er geen schending van de arbeidsomstandighedenregelgeving was geconstateerd, laat dit onverlet.

12. Het oordeel van de rechtbank sluit aan bij eerdere jurisprudentie waarin ook betrekkelijk vergaande verplichtingen van de werkgever ten aanzien van de omstandigheden op de bouwplaats werden aangenomen (zie bijv. HR 13 juli 2007, «JA»2007/173, m.nt. J. Quakkelaar over de te verwachten onvoorzichtigheid, ook van werknemers die bekend zijn met de “gewoonlijke” omstandigheden op een bouwplaats). De onderhavige uitspraak roept wel de vraag op hoever de verplichtingen van de “werkgever” dan reiken met betrekking tot de inrichting van de bouwplaats. Hoeveel “meer” eist art. 7:658 lid 1 BW in een zodanige context nu dan de “ondergrens” van de in arbeidsomstandighedenregelgeving neergelegde normen? Ik denk dat best betoogd zou kunnen worden dat hier enigszins andere eisen gelden dan in “normale” werkomstandigheden, omdat het nu eenmaal gaat om gebouwen/werken in aan- en/of opbouw, en de omstandigheden zelf (dus) ook veranderlijk zijn. Gevaarlijke situaties zullen daarom, denk ik, in mindere mate voorkomen kunnen worden. Het komt wellicht vaker aan op de mate waarin de werkgever hiervoor voldoende heeft gewaarschuwd, zoals de rechtbank ook in dit geval lijkt te indiceren (r.o. 4.13-14).

Conclusie

13. De onderhavige uitspraak laat (eens te meer) zien hoever de zorgplicht van art. 7:658 lid 1 BW kan strekken, ook voor zover het gaat om de aan een bouwterrein te stellen veiligheidseisen. Zij laat ook en met name zien dat aan art. 7:658 lid 4 BW best een ruim beschermingsbereik wordt gegeven, en – in ieder geval – in het onderhavige geval kan ik mij daar wel in vinden. Als gezegd zie ik alleen niet in waarom voor de toepasselijkheid van dit artikellid de kwalificatie als zzp’er nu zo van belang is. Het voorliggende geval komt mij niet voor als een echt “grensgeval” en lijkt dan ook niet direct een “nieuw licht” op de grenzen van art. 7:658 lid 4 BW te werpen. De relevantie lijkt mij er met name in gelegen dat het een van de vooralsnog betrekkelijk schaarse feitelijke oordelen over de reikwijdte van art. 7:658 lid 4 BW vormt die sinds 2012 zijn verschenen.

mr. A.I. Schreuder, wetenschappelijk docent Burgerlijk Recht, Erasmus Universiteit Rotterdam