

RAV 2010/91: Werkgeversaansprakelijkheid. Is de materiële werkgever (inlener) aansprakelijk voor de door de werknemer geleden, niet door een verzek...

Essentie

Werkgeversaansprakelijkheid.

Is de materiële werkgever (inlener) aansprakelijk voor de door de werknemer geleden, niet door een verzekering gedekte, schade die deze ten gevolge van een verkeersongeval lijdt?

Samenvatting

Werknemer is in dienst bij Vonk Montage B.V.. Vonk Montage heeft werknemer in augustus 1995 uitgeleend aan Licotec Daklicht B.V. om montagewerkzaamheden te verrichten in de Amsterdam Arena. Werknemer rijdt met een collega en twee werknemers van Licotec dagelijks van Didam, waar Licotec gevestigd is, naar Amsterdam en terug. Daarbij wordt gebruik gemaakt van een door Licotec ter beschikking gesteld busje dat door deze vier personen bij toerbeurt wordt bestuurd. Op de terugweg van Amsterdam naar Didam vindt een eenzijdig ongeval met het busje plaats, dat op dat moment door werknemer wordt bestuurd. Zowel werknemer als de drie andere inzittenden raken daarbij gewond. De schade van werknemer is, anders dan die van de andere inzittenden, niet gedekt door de WAM-verzekering van het busje. Werknemer spreekt Licotec als materiële werkgever in rechte aan tot vergoeding van zijn schade. De rechtbank houdt Licotec aansprakelijk voor de door werknemer geleden schade. Het hof verwerpt het door Licotec ingestelde hoger beroep. De schending van de zorgplicht door Licotec is niet uitsluitend gelegen in de overschrijding van de maximaal toegestane arbeidsduur maar mede en vooral in de omstandigheid dat Licotec, na een zodanig — ontoelaatbaar — lange werkdag, werknemer terug heeft laten rijden van Amsterdam naar haar vestiging in Didam, waardoor werknemer een lange en intensieve autorit moest maken, met alle risico's op ongevallen en schade van dien. Licotec heeft door aldus te handelen zowel haar eigen werknemers als de door haar ingeleende krachten aan die risico's blootgesteld zonder voor de bestuurder van het busje, in dit geval werknemer, een passende verzekering af te sluiten.

HR: De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep van Licotec. Het hof heeft niet miskend dat tussen Licotec en werknemer geen arbeidsovereenkomst bestond. De beslissing van het hof berust uitsluitend op zijn oordeel omtrent hetgeen voor Licotec in een geval van het onderhavige uit art. 6:162 BW in verbinding met de regels inzake stelplicht en bewijslast van art. 7A:1638x BW (oud) voortvloeit.

Zie ook

Zie ook:

- HR 19 december 2008, *RAR* 2009/27, *NJ* 2009, 334 (*Autoster Bergen/Gemeente Cuyck*);
- HR 12 december 2008, *RAR* 2009/25, *NJ* 2009, 332 (*Maatzorg de Werven/Van der Graaf*);
- HR 1 februari 2008, *RAV* 2008/35, *RAR* 2008/37, *NJ* 2009/331 (*Kooiker/Taxicentrale Nijverdal*);
- HR 1 februari 2008, *RAV* 2008/34, *RAR* 2008/38, *NJ* 2009/330 (*Maasman/AKZO*);
- HR 12 januari 2001, *NJ* 2001/253 (*Vonk/Van der Hoeven*): betreft de parallelzaak waarbij uitspraak is gedaan over aansprakelijkheid van de formele werkgever (uitlener);
- HR 15 juni 1990, *NJ* 1990/716 (*Stormer/Vedox*).

Wenk

Wenk:

Deze zaak kent een lange historie. Het verkeersongeval vond plaats in 1995. Dit was voor het op 1 januari 1999 in werking treden van art. 7:658 lid 4 BW, dat art. 7:658 lid 1 tot en met 3 BW van toepassing verklaart op de aansprakelijkheid van de inlener voor bedrijfsongevallen van uitzendkrachten en ingeleend personeel. Het ongeval vond ook plaats voor 1 januari 1997, de datum van inwerkingtreding van titel 10 van Boek 7 BW. Dit betekende dat in deze zaak het oude recht van toepassing was en dat werknemer zijn vordering tegen Licotec als inlener moest baseren op onrechtmatige daad (art. 6:162 BW). Op grond van HR 15 juni 1990, *NJ* 1990/716 waren hierbij de regels van stelplicht en bewijslast zoals bepaald in art. 1638x BW (oud) van overeenkomstige toepassing.

De Hoge Raad is werknemer, die als uitgeleende werknemer tijdens de uitvoering van de hem opgedragen werkzaamheden als niet verzekerde bestuurder van een busje tussen wal en schip dreigde te vallen, nu voor de tweede maal te hulp geschoten. In zijn arrest van 12 januari 2001 (*NJ* 2001, 253) oordeelde de Hoge Raad allereerst dat Vonk Montage B.V. als formele werkgever aansprakelijk is voor de door werknemer geleden, niet door een verzekering gedekte schade die het gevolg is van een door hem veroorzaakt eenzijdig verkeersongeval tijdens de terugreis van de werkplek bij de inlener naar het bedrijf van de inlener. In vervolg op dit arrest had (de verzekeraar van) Vonk Montage een vaststellingsovereenkomst met werknemer gesloten waarin ondermeer was opgenomen dat (de verzekeraar van) Vonk Montage werd gemachtigd op naam van werknemer voort te procederen tegen Licotec, de materiële werkgever. Hierna werd op naam van werknemer de procedure tegen Licotec voortgezet. Deze procedure leidde uiteindelijk tot het hier besproken arrest. De rechtbank hield Licotec aansprakelijk voor de door werknemer geleden schade. Het hof verwierp het beroep van Licotec. Naar het oordeel van het hof had Licotec werknemer als ingeleende kracht aan bepaalde (verkeers-)risico's blootgesteld zonder daarbij voor een passende verzekering zorg te dragen (zie rov. 2.13 van het arrest van het hof). Licotec werd op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk gehouden. Uiteindelijk waren zowel Vonk Montage als formele werkgever als Licotec als materiële werkgever ieder voor 50% van de door werknemer geleden schade aansprakelijk, nu niet kon worden gezegd dat de aansprakelijkheid van Vonk Montage zwaarder weegt dan die van Licotec. In cassatie

werd door Licotec onder meer betoogd dat de door het hof aangenomen schending van de zorgplicht door geen passende verzekering voor werknemer af te sluiten was gebaseerd op art. 7:611 BW, maar dat iedere basis ontbreekt voor aansprakelijkheid op grond van goed werkgeverschap omdat tussen Licotec en werknemer geen arbeidsovereenkomst bestond en Licotec slechts als inlener kon worden aangemerkt. Dit betoog is door de Hoge Raad verworpen omdat het hof niet heeft miskend dat tussen Licotec en werknemer geen arbeidsovereenkomst bestond. Voor het overige had het hof, aldus de Hoge Raad, onbestreden zowel het juiste toetsingskader (art. 6:162 BW) als de juiste regels inzake stelplicht en bewijslastverdeling (art. 7A:1638x BW (oud)) gehanteerd. Voor verdere beschouwingen omtrent deze zaak wordt verwezen naar de lezenswaardige conclusie en nadere conclusie van A-G Spier.

Partij(en)

Licotec Daklicht B.V. (voorheen geheten Vink Daklicht B.V.), te Duiven, eiseres tot cassatie, adv. mr. J. van Duijvendijk-Brand,
tegen
A.G.P. van der Hoeven, te Duitsland, verweerder in cassatie, hierna te noemen: werknemer, adv. mr. N.T. Dempsey.

Uitspraak

Hoge Raad:

(...)

3. Beoordeling van het middel

- 3.1** In cassatie kan worden uitgegaan van de feiten die zijn vermeld in de (eerste) conclusie van de Advocaat-Generaal onder 1. Kort samengevat gaat het om het volgende.
- (i) Werknemer, die in dienst was van Vonk, is in augustus 1995 door Vonk uitgeleend aan Licotec om montagewerkzaamheden te verrichten in Amsterdam.
 - (ii) Werknemer reed met een collega en twee werknemers van Licotec dagelijks van Didam, waar Licotec gevestigd was, naar Amsterdam en terug. Daarbij werd gebruik gemaakt van een door Licotec ter beschikking gesteld busje dat door deze vier personen bij toerbeurt werd bestuurd.
 - (iii) Op 23 augustus 1995, op de terugweg van Amsterdam naar Didam, heeft een ongeval plaatsgevonden met het busje, dat op dat moment werd bestuurd door werknemer.
 - (iv) Zowel werknemer als de drie andere inzittenden zijn als gevolg van het ongeval gewond geraakt. De schade van werknemer was, anders dan die van de andere inzittenden, niet gedekt door de WAM-verzekering van het busje.
 - (v) Werknemer heeft zowel Vonk als Licotec in rechte aangesproken tot vergoeding van zijn schade. In de zaak tegen Vonk heeft dat geleid tot het arrest HR 12 januari 2001, C99/125HR, *LJN AA9434*, *NJ 2001/253*, waarin, kort gezegd, is geoordeeld dat Vonk

aansprakelijk is voor de door werknemer geleden, niet door een verzekering gedekte, schade.

3.2 In dit geding gaat het om de vordering van werknemer jegens Licotec. Aan die vordering heeft werknemer kort gezegd ten grondslag gelegd dat Licotec als 'materiële werkgever' aansprakelijk is aangezien zij niet heeft voldaan aan de op haar rustende zorgplicht. In dat kader heeft hij aangevoerd dat Licotec is tekortgeschoten door hem na een vermoeiende werkdag, waarbij de maximaal toegestane arbeidsduur werd overschreden, het bestelbusje te laten besturen van Amsterdam naar Didam, en wel in het bijzonder gelet op de risico's in het verkeer waaraan hij is blootgesteld. Voorts heeft hij aangevoerd dat onderdeel van de zorgplicht van de (materiële) werkgever is dat een passende schadeverzekering wordt afgesloten voor de werknemers die zich ten behoeve van de uitoefening van hun functie in het gemotoriseerd verkeer begeven.

De rechtbank heeft in haar eindvonnis de vordering toegewezen en Licotec veroordeeld tot betaling aan werknemer van 50% van de door hem geleden schade.

Het hof was evenals de rechtbank van oordeel dat de aansprakelijkheid van Licotec niet zwaarder of minder zwaar moet wegen dan die van Vonk en heeft het eindvonnis bekrachtigd. Het heeft daartoe in zijn eindarrest onder meer het volgende overwogen.

'2.13(...) Aan het verweer [van Licotec] ligt de onjuiste veronderstelling ten grondslag dat de schending van de zorgplicht uitsluitend is gelegen in de overschrijding van de maximaal toegelaten arbeidsduur. Zoals hiervoor echter is overwogen was naar het oordeel van het hof die schending niet alleen daarin gelegen, maar mede en vooral in de omstandigheid dat Licotec, na een zodanig — ontoelaatbaar — lange werkdag, werknemer terug heeft laten rijden van Amsterdam naar haar vestiging in Didam, waardoor werknemer een lange en intensieve autorit moest maken, met alle risico's op ongevallen en schade van dien. Licotec heeft door aldus te handelen zowel haar eigen werknemers als de door haar ingeleende krachten aan die risico's blootgesteld zonder voor de bestuurder van het busje (ten tijde van het ongeval was dat werknemer, omdat het toevalligerwijs op dat moment zijn beurt was om te besturen) een passende verzekering af te sluiten. Onder die omstandigheden is Licotec naar het oordeel van het hof gehouden de door werknemer tengevolge van het ongeval geleden schade te vergoeden.'

3.3.1 Het middel komt met vier onderdelen op tegen het oordeel van het hof.

De in de onderdelen 1, 2 en 4 aangevoerde klachten kunnen niet tot cassatie leiden. Zulks behoeft, gezien art. 81 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

3.3.2 Onderdeel 3, dat opkomt tegen rov. 2.13, klaagt in de eerste plaats over de overweging van het hof dat Licotec haar zorgplicht mede heeft geschonden door geen passende verzekering af te sluiten voor werknemer in verband met diens deelname aan het verkeer. Volgens de klacht is een dergelijke verzekeringsplicht uit haar aard gebaseerd op art. 7:611 BW, maar in het onderhavige geval ontbreekt voor aansprakelijkheid op grond van goed werkgeverschap iedere basis omdat tussen Licotec en werknemer geen arbeidsovereenkomst bestond en Licotec slechts als inlener kan worden aangemerkt. Dit brengt volgens de klacht mee dat art. 7:611 niet van toepassing is.

De klacht faalt omdat zij feitelijke grondslag mist. Het hof heeft niet miskend dat tussen

Licotec en werknemer geen arbeidsovereenkomst bestond.

Het heeft in rov. 2.6 van zijn eindarrest — in cassatie terecht niet bestreden — overwogen dat art. 7:658 lid 4 BW niet van toepassing is omdat het ongeval zich heeft voorgedaan voor 1 januari 1999. Het hof heeft voorts de aansprakelijkheid van Licotec niet (mede) gebaseerd op art. 7:611 BW, nu het blijkt rov. 2.14 en 2.15 het beroep van werknemer op genoemde bepaling juist bij gebrek aan belang buiten behandeling heeft gelaten. De beslissing van het hof berust uitsluitend op zijn oordeel omtrent hetgeen voor Licotec in een geval als het onderhavige uit art. 6:162 BW in verbinding met de regels inzake stelplicht en bewijslast van art. 7A:1638x BW (oud) voortvloeit, waartegen het onderdeel evenwel geen klacht richt. Voor zover het onderdeel voorts nog met motiveringsklachten opkomt tegen het oordeel van het hof over de omvang van de aansprakelijkheid van Licotec, en klaagt dat het hof daarbij bepaalde (essentiële) stellingen van Licotec heeft miskend, kan het evenmin tot cassatie leiden. Het hof heeft die stellingen niet miskend, maar kennelijk geoordeeld dat die stellingen niet afdoen aan zijn oordeel over de omvang van de aansprakelijkheid van Licotec. Dat oordeel behoefde geen nadere motivering.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt Licotec in de kosten van het geding in cassatie, (...).

Conclusie

Conclusie A-G mr. Spier:

1. Inleiding

Deze zaak hangt nauw samen met de procedure die heeft geleid tot het arrest Vonk/Van der Hoeven.^[1] In die procedure is — kort samengevat — geoordeeld dat Vonk, de 'formele' werkgever van werknemer, aansprakelijk is voor de door laatstgenoemde geleden, niet door een verzekering gedekte, schade die het gevolg is van een door hem veroorzaakt eenzijdig verkeersongeval tijdens de terugreis van de werkplek bij de inlener (de materiële werkgever) naar het bedrijf van de inlener.

2. Feiten

2.1 In cassatie kan worden uitgegaan van de volgende feiten.^[2]

2.2 Werknemer is in oktober 1992 in dienst getreden van A.J. Vonk Montage B.V. (hierna: Vonk). In augustus 1995 was werknemer door Vonk uitgeleend aan Licotec (toen nog Vink Daklicht B.V.^[3]) voor het verrichten van montagewerkzaamheden aan de Amsterdam Arena.

2.3 Om de werkzaamheden in Amsterdam te kunnen verrichten, reed werknemer dagelijks met een collega en twee andere werknemers van Licotec van Didam, de vestigingsplaats van Licotec, naar Amsterdam en terug. Daarvoor maakten deze vier personen gebruik van een door Licotec ter beschikking gesteld bestelbusje dat zij bij toerbeurt bestuurden.

2.4 Op 23 augustus 1995 om 16.35 uur, op de terugweg van Amsterdam naar Didam, heeft een

ongeval plaatsgevonden waarbij het bestelbusje, dat op dat moment werd bestuurd door werknemer, in een slip is geraakt en meermalen over de kop is geslagen.

- 2.5 Zowel werknemer als de andere drie inzittenden zijn als gevolg van dit ongeval gewond geraakt.
- 2.6 De schade van werknemer was, anders dan die van de andere inzittenden van de bestelbus, niet gedekt onder de WAM-verzekering van het busje.
- 2.7 Werknemer heeft zowel Vonk als Licotec aansprakelijk gesteld en vervolgens in rechte betrokken teneinde de door hem geleden schade vergoed te krijgen. De procedure tegen Vonk heeft geleid tot het onder 1 genoemde arrest.
- 2.8 In augustus 2005 hebben werknemer en ABN AMRO, de aansprakelijkheidsverzekeraar van Vonk, een vaststellingsovereenkomst tevens cessie gesloten. Daarin is onder meer opgenomen:^[4]

(...)

In aanmerking nemende:

(...)

- dat partijen ABN AMRO, namens haar verzekerde Vonk Montage, en werknemer termen aanwezig achten de tussen hen bestaande geschillen te beëindigen en zij mitsdien te rade zijn gegaan hun geschillen met inachtneming van de navolgende bepalingen te beëindigen. Deze regeling heeft geen betrekking op de verhouding tussen werknemer en [Licotec]. Werknemer wenst al zijn vorderingsrechten op [Licotec] over te dragen aan ABN AMRO en verleent ABN AMRO volmacht om op zijn naam voort te procederen in de procedure tegen [Licotec].

Komen overeen als volgt:

1. ABN AMRO betaalt aan werknemer een vergoeding groot € 97.920,10.
(...)
3. De procedure bij de Rechtbank Arnhem (...) tussen partijen Vonk Montage en werknemer zal (...) geroyeerd worden.
4. Werknemer cedeert zijn vordering op [Licotec] aan ABN AMRO en verleent ABN AMRO volmacht om op zijn naam de procedure die tussen werknemer en [Licotec] bij de Rechtbank Arnhem (...) aanhangig is op zijn naam voort te zetten. De bedragen die werknemer van ABN AMRO ontvangt, moeten beschouwd worden als een voorlopige betaling. Werknemer is gehouden datgene wat hij als schadevergoeding van [Licotec] ontvangt aan ABN AMRO af te dragen c.q. verleent hij ABN AMRO toestemming om de bedragen die zij op naam van werknemer kan incasseren te verrekenen met de voorlopige betaling die aan werknemer is gedaan op basis van deze vaststellingsovereenkomst.
5. Werknemer verklaart door ondertekening van deze vaststellingsovereenkomst reeds nu voor alsdan na de uitvoering van de in artikel 2 genoemde voorwaardelijke betaling, afstand te doen van alle aanspraken welke hij terzake van voormeld voorval jegens ABN AMRO, A.J. Vonk Montage B.V. en/of enige andere bij ABN AMRO voor dit voorval aansprakelijke verzekerde derde(n) mocht hebben en/of verkrijgen, verlenende hij aan ABN AMRO, A.J. Vonk Montage B.V. en voornoemde derde(n), waaronder uitdrukkelijk niet begrepen [Licotec] definitieve en finale kwijting terzake vermeld.'

3. Procesverloop

- 3.1.1** Op 9 december 1996 heeft werknemer zowel Vonk als Licotec gedagvaard voor de (toen nog) Kantonrechter Groenlo; hij heeft gevorderd hen te veroordelen om aan hem te voldoen de door hem geleden en nog te lijden schade als gevolg van het ongeval van 23 augustus 1995, nader op te maken bij staat.
- 3.1.2** Aan zijn vordering heeft werknemer ten grondslag gelegd dat Vonk als ‘formele werkgever’ en Licotec als ‘materiële werkgever’ aansprakelijk zijn aangezien zij niet hebben voldaan aan de op ieder van hen rustende zorgplicht. In dat kader heeft hij aangevoerd dat Vonk en Licotec hem na een vermoeiende en zware werkdag, waarbij de maximum toegestane arbeidsduur werd overschreden, het busje hebben laten besturen van Amsterdam Arena naar huis en wel in het bijzonder gelet op de risico's in het verkeer, waaraan werknemer is blootgesteld en het ervaringsfeit dat de dagelijkse omgang met gemotoriseerd vervoer de gebruiker ervan licht ertoe zal brengen niet steeds alle voorzichtigheid in acht te nemen die ter voorkoming van ongevallen geraden is. Werknemer heeft verder aangevoerd dat onderdeel van de zorgplicht van de werkgever is, althans dat het naar de aard van de arbeidsovereenkomst uit de eisen van de redelijkheid en billijkheid voortvloeit, dat de werkgever van wie de werknemers zich ten behoeve van de uitoefening van hun functie in het gemotoriseerd verkeer begeven, een schadeverzekering inzittenden (waarbij de schade wordt uitgekeerd ongeacht de schuldvraag) afsluit wat Vonk en Licotec hebben nagelaten.^[5]
- 3.2** De procedure tegen Licotec is in onderling overleg voor onbepaalde tijd aangehouden.^[6] In de tussentijd is voortgeprocedeerd in de zaak tegen Vonk. Die zaak is geëindigd met het onder 1 genoemde arrest. Daarin heeft Uw Raad het cassatieberoep van Vonk tegen het oordeel van de Rechtbank dat zij aansprakelijk is voor de door werknemer geleden schade, verworpen. Voor zover van belang werd overwogen:
- ‘3.2.** Werknemer heeft (...) Vonk aansprakelijk gesteld, primair op de grond dat zij niet (in voldoende mate) voldaan zou hebben aan de op haar rustende zorgplicht van art. 7A:1638x (oud) BW respectievelijk art. 7:658 BW, en subsidiair aangezien het zou stroken met het stelsel van het arbeidsrecht en in verband daarmee naar de aard van de arbeidsovereenkomst zou voortvloeien uit de eisen van redelijkheid en billijkheid dat zij de schade van werknemer zou dragen.
- De Kantonrechter heeft in zijn vonnis van 25 augustus 1997 — onder voorbehoud van door werknemer te leveren bewijs van restschade — Vonk aansprakelijk geoordeeld op basis van de primaire vorderingsgrondslag (art. 7A:1638x (oud) BW).
- 3.3.** Vonk is van dit vonnis in hoger beroep gekomen. De Rechtbank oordeelde in haar vonnis van 10 december 1998 dat Vonk geen belang had bij behandeling van de grieven, aangezien de vordering van werknemer naar haar oordeel op de subsidiaire grondslag slaagt (rov. 5.1). De Rechtbank heeft in rov. 5.2 in combinatie met rov. 3 de volgens haar in dezen relevante omstandigheden vermeld:
- (I) werknemer was in de uitoefening van zijn werkzaamheden verplicht zich (dagelijks) per auto van Didam naar Amsterdam en terug te begeven;
 - (II) hij was daarbij verplicht bij toerbeurt te chaufferen;
 - (III) de financiële gevolgen van een eventueel ongeval waren voor alle inzittenden van het busje door een WA-verzekering gedekt, behalve voor werknemer als de chaufferende werknemer;
 - (IV) er was geen sprake van opzet dan wel bewuste roekeloosheid aan de zijde

- van werknemer bij het ontstaan van het ongeval;
- (V) het 'ervaringsfeit' dat de dagelijkse omgang met auto's de gebruiker daarvan licht ertoe zal brengen niet steeds alle voorzichtigheid in acht te nemen die ter voorkoming van ongevallen geraden is.

Onder deze omstandigheden oordeelde de Rechtbank het onaanvaardbaar dat werknemer vanwege de omstandigheid dat hij toevallig ten tijde van het ongeval het busje bestuurde als enige inzittende van vergoeding van schade verstoken zou blijven.

- 3.4. Het middel (...), klaagt over het oordeel van de Rechtbank dat Vonk, ongeacht de vraag of zij de op haar rustende zorgplicht van art. 7:658 BW heeft geschonden, aansprakelijk is voor de schade van werknemer.
- 3.5. Met onderdeel a klaagt Vonk dat de Rechtbank heeft miskend dat voor letsel- en zaakschade, aan werknemers overkomen door een ongeval gedurende hun werktijd, geen risico-aansprakelijkheid van de werkgever bestaat. De klacht kan wegens gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden nu de Rechtbank, oordelende dat Vonk onder de omstandigheden waaronder de schade is ingetreden voor de schade van werknemer aansprakelijk is, zulks niet heeft miskend.
- 3.6. Met onderdeel b klaagt Vonk dat het onverenigbaar is met de slechts op een tekortkoming in de zorgplicht gebaseerde aansprakelijkheid van art. 7A:1638x (oud) BW respectievelijk art. 7:658 BW om de werkgever ook zonder zo'n tekortkoming voor dergelijke ongevalsschade van zijn werknemers aansprakelijk te houden, louter op grond van de eisen van redelijkheid en billijkheid en/of de verplichtingen voortvloeiend uit goed werkgeverschap. De klacht faalt omdat een werkgever onder omstandigheden jegens zijn werknemer aansprakelijk kan zijn voor diens schade, ook al is aan de vereisten van art. 7A:1638x (oud) BW respectievelijk art. 7:658 niet voldaan (HR 16 oktober 1992, (...), *NJ* 1993, 264 en HR 22 januari 1999, (...), *NJ* 1999/534).
- 3.7. De klachten c en d keren zich tegen het oordeel van de Rechtbank dat de werkgever in het onderhavige geval aansprakelijk is.
- De Rechtbank heeft verwezen naar voormeld arrest van de Hoge Raad van 16 oktober 1992, waarin werd beslist dat de werkgever in beginsel aansprakelijk is voor schade aan de door de werknemer in het kader van de dienstbetrekking gebruikte eigen auto, en heeft vervolgens bij wijze van analogie, gelet op de omstandigheden waaronder de onderhavige schade is ingetreden, Vonk aansprakelijk geacht voor de niet door een verzekering gedekte, door werknemer ten gevolge van het ongeval geleden schade. De door de Rechtbank in dezen relevant geachte omstandigheden zijn hiervoor in 3.3, onder I tot en met V, vermeld. Dit oordeel van de Rechtbank geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting; verweven als het is met waarderingen van feitelijke aard kan het voor het overige niet op juistheid worden getoetst. Het is niet onbegrijpelijk, ook niet in het licht van hetgeen Vonk in haar grieven heeft gesteld omtrent de toedracht van het ongeval en het ontbreken van een rechtsplicht voor Vonk om een 'schadeverzekering inzittenden' ten behoeve van haar werknemers te sluiten. De klachten falen.'

- 3.3 Na het onder 3.2 genoemde arrest heeft werknemer de procedure hervat bij conclusie (in het incident) van 8 juli 2002. [\[7\]](#) Licotec heeft verzocht haar aansprakelijkheidsverzekeraar,

die dekking weigerde, in vrijwaring te mogen oproepen.⁸ De door de Rechtbank Zutphen bij vonnis van 13 januari 2003 toegestane oproeping in vrijwaring heeft uiteindelijk tot niets geleid omdat de vrijwaringsprocedure later ter rolle is doorgehaald.⁹

3.4.1 In haar tussenvonnissen van 22 september 2003 nam de Rechtbank Zutphen tot uitgangspunt dat het oude recht van toepassing is en dat de vordering tegen Licotec moet worden gebaseerd op onrechtmatige daad, waarbij ingevolge HR 15 juni 1990, *NJ* 1990/716 ter zake van stelplicht en bewijslast het bepaalde in art. 1638x BW (oud) overeenkomstige toepassing vinden (rov. 5.1 en 5.2). Zij vervolgt dan aldus:

'5.3. Nu tussen partijen ten tijde van het ongeval geen arbeidsovereenkomst van toepassing was, kan de (eventuele) aansprakelijkheid van Vink niet rechtstreeks worden gebaseerd op de eisen van redelijkheid en billijkheid en/of verplichtingen voortvloeiend uit goed werkgeverschap. Evenmin zijn er in de wet of de rechtspraak aanknopingspunten te vinden om deze normen in het onderhavige geval tot richtsnoer te nemen. Zelfs indien artikel 7:658 lid 4 BW in dit geval van toepassing zou zijn, zouden voornoemde maatstaven niet zonder meer rechtstreeks een plaats kunnen hebben in de relatie tussen een werknemer en de inlenende werkgever als Vink. Dit brengt met zich dat de maatstaven van HR 12 januari 2001 inzake Vonk/Van der Hoeven niet zonder meer naar analogie toepasbaar zijn in de verhouding tussen werknemer en Vink. (...).

'5.4. (...) Met de tussen Vonk en werknemer geldende CAO zijn de arbeidsovereenkomst en daarmee de grenzen waarbinnen Vink arbeidsinstructies aan werknemer kan geven bepaald. Op werknemer zijn niet meer of andere verplichtingen komen te rusten. Zulks is niet gesteld of gebleken. Ook voor Vink heeft te gelden dat de bij CAO, dan wel de Arbeidstijdenwet (zoals deze gold tot 1 juni 1996) voorgeschreven maximale dagelijkse arbeidsduur werd overschreden en dat er evenmin van haar kant een genoegzame verzekering was afgesloten die — anders dan bij de overige inzittenden van het busje — de door werknemer geleden schade dekte. Juist ook gelden die overwegingen ten aanzien van Vink als materiële werkgever, omdat zij degene was die feitelijk aan werknemer leiding en instructies gaf met betrekking tot de te verrichten werkzaamheden, werktijden en reizen van en naar het werk met het daartoe door Vink ter beschikking gestelde busje. Bij het ontbreken van een (rechtstreekse) arbeidsovereenkomst wordt de voor Vink geldende maatstaf aangetroffen in artikel 6:162 BW, namelijk de — mogelijke — strijd met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt, met toerekening aan Vink van die risico's, welke krachtens de in het maatschappelijk verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening dienen te komen.

5.5. De vraag die vervolgens voorligt, is of de door Vink gevoerde verweren niettemin aanleiding geven om aansprakelijkheid van Vink jegens werknemer geheel of gedeeltelijk af te wijzen. Daaromtrent wordt het navolgende overwogen.

5.6. De stelling van Vink dat zij heeft voldaan aan haar zorgplicht wordt in de eerste plaats (ten dele) reeds in het hiervoor genoemde vonnis van de kantonrechter behandeld. Gebleken is — en dat is in de zaak tegen Vink niet anders — dat in dit geval de maximaal toegestane arbeidsduur is overschreden en daarmee is gegeven dat de zorgplicht jegens werknemer met betrekking tot die arbeidstijden niet, althans niet voldoende, in acht is genomen, ook al controleerde Vink de naleving van Arbo-

voorschriften. Kennelijk ziet het betoog van Vink met name op veiligheidsmaatregelen op de werkplek, welke echter in deze zaak niet aan de orde zijn. Dat Vink Vonk schriftelijk op de naleving van de veiligheidsvoorschriften zou hebben gewezen maakt dit voor werknemer niet anders en is daarom niet relevant in de relatie tussen Vink en werknemer.

- 5.7. Het betoog van Vink, inhoudende dat dergelijke langere werkdagen in de branche gebruikelijk zijn, is voor de beoordeling in het kader van de (ook) op de (feitelijke) werkgever rustende zorgverplichtingen niet van belang vanwege het dwingendrechtelijk kader waarin deze in de wet (artikel 1638x lid 4 BW oud) zijn neergelegd en de vaste rechtspraak, inhoudende dat het algemeen niet naleven van de veiligheidsregels door de werknemers geen wegvallen van de aansprakelijkheid van de werkgever met zich brengt.
- 5.8. Ook het verweer dat een goed en veilig busje door Vink ter beschikking is gesteld doet aan de aansprakelijkheid van Vink jegens werknemer niet af. In dit geval heeft Vink zich daarmee niet van zijn verplichtingen gekweten, want het gaat er juist om dat Vink dit busje voor het vervoer ter beschikking heeft gesteld, zonder daarvoor een passende verzekering te sluiten die ook voor de (toevallige) bestuurder (werknemer) — en niet alleen voor de schade voor de inzittenden (de drie meerijsende collega's) — soelaas bood. Met name Vink had als verschaffer van het vervoermiddel, waarmee dagelijks voor het werk een grote afstand werd afgelegd jegens de roulerende chauffeurs waaronder werknemer, krachtens de in het maatschappelijk verkeer geldende opvattingen, de verplichting om bij dit risico stil te staan en hiervoor afdoende voorzieningen te treffen. Nu zij dit niet heeft gedaan, komt de schade die werknemer als gevolg van het ongeval heeft geleden voor haar risico.
- 5.9. Het voorgaande leidt tot de slotsom dat Vink aansprakelijk is voor de door werknemer als gevolg van het ongeval geleden schade. (...)
- 3.4.2 De Rechtbank heeft werknemer opgedragen om bewijs te leveren van de door hem geleden schade.
- 3.5 Bij akte van 5 december 2005 heeft werknemer aangevoerd dat tussen hem en de aansprakelijkheidsverzekeraar van Vonk een regeling is getroffen; zie hiervoor onder 2.8. In de akte heeft werknemer tevens zijn eis gewijzigd, des dat hij thans vordert dat Licotec wordt veroordeeld tot betaling van € 88.844,50. Licotec heeft vervolgens aangevoerd dat werknemer geen vordering en daarmee geen belang meer heeft.
- 3.6 In haar vonnis van 23 januari 2006 heeft de Rechtbank over de gewijzigde vordering overwogen:
- '2.10(...) Voorshands kan niet worden gezegd dat werknemer geen enkel zelfstandig belang heeft bij het voortzetten van de procedure, mede omdat hij in de vaststellingsovereenkomst zijn vordering op Vink aan ABN AMRO heeft gecedeerd en haar volmacht heeft gegeven om op zijn naam deze procedure tegen Vink voort te zetten, terwijl bovendien de uitkering aan hem in de overeenkomst als respectievelijk een 'voorlopige betaling' en 'voorwaardelijke betaling' wordt aangeduid. Er is daarmee geen grond om reeds thans te beslissen dat de vordering dient te worden afgewezen. De omstandigheid dat werknemer een volledige schadevergoeding heeft ontvangen doet daaraan niet af. Er kan als gevolg van hetgeen in de vaststellingsovereenkomst is bepaald over de betalingsverplichting van werknemer aan ABN AMRO ook geen sprake

zijn van dubbele betaling.

Dat Vink ook aansprakelijk dient te worden geacht is reeds beslist in het tussenvonnissen. Het gaat in deze zaak nog om de vraag tot welk bedrag Vink gehouden is bij te dragen in de schadevergoeding. De kwestie is dan nog of en op welke wijze eventueel de inhoudelijke beoordeling van (met name) het onderlinge regresrecht tussen Vonk en Vink dient plaats te vinden: in deze procedure dan wel in afzonderlijk overleg en eventueel in een afzonderlijke door ABN AMRO/Vonk tegen Vink te starten procedure.'

- 3.7** De Rechtbank heeft Licotec bij eindvonnis van 26 juni 2006 veroordeeld aan werknemer € 39.888,45 te voldoen. Zij heeft daartoe overwogen:
- '2.3.** In de kwestie rond het zelfstandig belang van werknemer bij zijn huidige (gewijzigde) vordering tegen Vink, zijn onvoldoende aanknopingspunten gesteld of gebleken om terug te keren van het in het tussenvonnissen daarover voorshands gegeven oordeel. Er zijn geen feiten of omstandigheden en evenmin voldoende steekhoudende juridische argumenten naar voren gekomen die tot een andersluidend definitief oordeel kunnen leiden. Ten slotte vindt dit definitief oordeel steun in HR 20 januari 2006 (*RvdW* 2006/104 (*RAR* 2006/49; *red.*)). Werknemer is daarom in zoverre ontvankelijk in zijn vordering jegens Vink.
 - 2.4.** De vraag welke thans nog voorligt is of, en in hoeverre, de vordering toewijsbaar is. Naar het oordeel van de kantonrechter dient in deze procedure thans als uitgangspunt te gelden de aansprakelijkheid van zowel Vonk (als vastgesteld door de rechtbank en de Hoge Raad) als Vink, zoals neergelegd in de bindende eindoordelen in het tussenvonnissen van 22 september 2003. Vervolgens vertaalt de genoemde vraag zich naar de vraag in welke mate Vonk en Vink over en weer jegens werknemer aansprakelijk worden geacht.
 - 2.5.** Onder verwijzing naar hetgeen hiervoor in deze zaak met betrekking tot beide oorspronkelijk gedaagden in de genoemde instanties is overwogen en beslist ten aanzien van ieders aansprakelijkheid, die van Vonk als formeel werkgever en Vink als materieel werkgever, kan niet gezegd worden dat de aansprakelijkheid van de een zwaarder weegt dan die van de ander. Dit betekent dat naar het oordeel van de kantonrechter Vink de door werknemer geleden schade voor 50% behoort te dragen.
 - 2.6.** De hoogte van het toe te wijzen bedrag zal de kantonrechter afleiden uit de huidige vordering. De hoogte van het door Vonk (dan wel haar verzekeraar) als definitieve schadevergoeding aan werknemer betaalde bedrag is weliswaar door Vink bestreden, maar zij heeft deze summier betwisting, hoewel dat in dit stadium op haar weg lag, niet, althans niet voldoende, nader onderbouwd.
 - 2.7.** Het voorgaande leidt er toe dat Vink aan werknemer ter zake van schadevergoeding dient te voldoen een bedrag gelijk aan 50% van € 97.920,10, zijnde € 48.960,05, minus het door Vink betaald voorschot van € 9.075,50. (...)
- 3.8** Licotec heeft beroep ingesteld tegen de vonnissen van 13 januari 2003, 22 september 2003, 23 januari 2006 en 26 juni 2006. Werknemer heeft verweer gevoerd en incidenteel beroep ingesteld tegen de vonnissen van 22 september 2003 en 26 juni 2006.
- 3.9** In zijn tussenarrest van 22 april 2008 heeft het Hof Arnhem Licotec in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over de stelling van werknemer dat bij brief van 1 september 2005 van de advocaat van werknemer aan de advocaat van Licotec mededeling is gedaan van de cessie van zijn vordering aan ABN AMRO. Daaraan voorafgaand, heeft het Hof overwogen

dat uit de bewoordingen van de vaststellingsovereenkomst tussen de verzekeraar van Vonk en werknemer valt af te leiden dat de betaling 'niet een definitieve betaling is waarmee volledige kwijting is beoogd'. Immers moet werknemer hetgeen zij van Licotec zal ontvangen aan bedoelde verzekeraar terugbetalen. Volgens het Hof heeft werknemer 'ook na betaling, een vordering op Licotec, die hij op rechtsgeldige wijze kon cederen' (rov. 4.4). Alleen als werknemer in het geheel geen mededeling als bedoeld in art. 3:94 lid 1 BW heeft gedaan, is geen sprake van een geldige cessie (rov. 4.5).

3.10.1 Het Hof heeft in zijn eindarrest Licotec niet-ontvankelijk verklaard in haar hoger beroep tegen het vonnis van 13 januari 2003 en de vonnissen van 22 september 2003, 23 januari 2006 en 26 juni 2006 bekrachtigd. Het Hof is eerst ingegaan op de vraag of werknemer belang heeft bij voortzetting van de procedure. Het beantwoordde deze vraag bevestigend:

- '2.2.** In het tussenarrest was Licotec in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over de stelling van werknemer dat van de cessie van zijn vordering aan ABN Amro mededeling is gedaan bij brief van 1 september 2005 van de raadsman van werknemer aan de raadsman van Licotec. Bij akte heeft Licotec aangegeven dat de brief van 1 september 2005 een brief betreft van de raadsman van ABN Amro (de aansprakelijkheidsverzekeraar van Vonk) aan de raadsman van de aansprakelijkheidsverzekeraar van Licotec. Licotec zelf heeft nimmer mededeling van de cessie ontvangen, ook niet via haar raadvrouw, zodat volgens Licotec niet is voldaan aan de vereisten die artikel 3:94 lid 1 BW aan een rechtsgeldige cessie stelt.
- 2.3.** Daargelaten de vraag naar de juistheid van de stelling van Licotec dat aan haar geen mededeling van de cessie is gedaan (de brief van 1 september 2005 is niet in het geding gebracht, zodat niet bekeken kan worden aan wie die brief was gericht en aan wie deze eventueel in afschrift is toegestuurd), is de vraag of een rechtsgeldige cessie tot stand is gekomen voor de vraag of werknemer voldoende belang heeft bij zijn vordering tegen Licotec, niet relevant. In zijn tussenarrest heeft het hof reeds overwogen dat werknemer zelf — gezien het feit dat het door ABN Amro aan hem betaalde bedrag slechts een voorlopige en voorwaardelijke betaling betreft, welke hij (deels) moet terugbetalen wanneer in deze procedure komt vast te staan dat Licotec (deels) jegens hem aansprakelijk is — nog steeds een vorderingsrecht heeft op Licotec zodat hij nog steeds belang heeft bij (voortzetting van) deze procedure, die hij op eigen naam voert. De omstandigheid dat hij zijn vordering niet rechtsgeldig heeft gecedeerd aan ABN Amro omdat geen mededeling van de cessie is gedaan aan Licotec, voor zover al juist, doet daaraan niet af.'

3.10.2 Vervolgens is het Hof ingegaan op de vraag of Licotec als materiële werkgever aansprakelijk is:

- '2.6.** (...) Tussen werknemer en Licotec bestond geen arbeidsovereenkomst. Licotec maakte gebruik van de arbeidskracht van werknemer, die formeel in dienst was van Vonk. Het huidige artikel 7:658 lid 4 van het Burgerlijk Wetboek (BW) verklaart de regeling van aansprakelijkheid van de (formele) werkgever ook van toepassing op de inlener. Omdat het onderhavige ongeval echter heeft plaatsgehad vóór 1 januari 1999 en ook vóór 1 januari 1997 (de datum van inwerkingtreding van titel 10 van boek 7 BW), is artikel 1638x BW (oud) van toepassing, dat een dergelijke uitbreiding van de werkingssfeer miste. Werknemer baseert zijn vordering tegen Licotec op artikel 6:162

BW. De vraag of sprake is van onrechtmatig handelen als in dat artikel bedoeld, moet worden beantwoord in het licht van de in artikel 1638x BW (oud) neergelegde norm. De regels inzake stelplicht en bewijslastverdeling die bij een procedure ex artikel 1638x (oud) toepassing vinden, dienen daarbij toegepast te worden (HR 15 juni 1990, NJ 1990/716).

- 2.7. Werknemer heeft — samengevat — aan zijn vordering ten grondslag gelegd dat Licotec niet, althans niet voldoende heeft voldaan aan de op haar rustende zorgplicht, door werknemer na een lichamelijk vermoeiende en zware werkdag, waarbij de maximum toegestane arbeidsduur werd overschreden, het bestelbusje, waarin nog drie anderen hadden plaatsgenomen, te laten besturen van Amsterdam naar huis en wel in het bijzonder gelet op de risico's in het verkeer, waaraan werknemer is blootgesteld en het ervaringsfeit dat de dagelijkse omgang met gemotoriseerd vervoer, de gebruiker ervan licht ertoe zal brengen niet steeds alle voorzichtigheid in acht te nemen, die ter voorkoming van ongevallen geraden is. Voorts is het volgens werknemer onderdeel van de zorgplicht van de (materiële) werkgever, van wie de werknemer(s) zich ten behoeve van de uitoefening van hun functie in het gemotoriseerd verkeer begeeft of begeven, dat deze een passende schadeverzekering moet hebben afgesloten, althans vloeit dit uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voort, hetgeen Licotec heeft nagelaten.
- 2.8. Licotec heeft daartegen ingebracht — samengevat — dat van schending van enige zorgplicht door haar jegens werknemer geen sprake is. Volgens Licotec was zij bij de tewerkstelling van werknemer niet gebonden aan bepalingen van de CAO dan wel de Arbeidstijdenwet, nu die slechts golden tussen werknemer en Vonk als formele werkgever. Bovendien was de arbeidsduur niet zodanig lang dat dat op zichzelf een handelen in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid opleverde; de reistijd moet niet als volledige arbeidstijd worden aangemerkt en — voor zover dat wel zo zou zijn — stelt Licotec zich op het standpunt dat het in de desbetreffende branche gebruikelijk is om lange afstanden af te leggen om de feitelijke werkplek te bereiken. Voor zover wel zal worden aangenomen dat sprake is van een zodanige overschrijding van de arbeidstijd dat sprake is van schending van enige zorgplicht, ontbreekt het causale verband tussen de schending en het ongeval, daar het risico op een verkeersongeval als het onderhavige nooit had kunnen worden voorkomen. Het niet afsluiten van een verzekering kan niet worden aangemerkt als een tekortkoming in de zorgplicht van de werkgever als bedoeld in artikel 7:658 BW en artikel 1638x BW (oud).
- 2.9. Het hof stelt voorop dat Licotec van werknemer verlangde dat hij dagelijks van Didam (de vestigingsplaats van de rechtsvoorgangster van Licotec) naar de feitelijke werkplek te Amsterdam en vice versa reisde. Daartoe heeft Licotec een aan haar in eigendom toebehorend busje ter beschikking gesteld, waarin behalve werknemer en een collega van hem — eveneens in dienst van Vonk — ook twee werknemers van Licotec meereden. Alle vier deze personen hebben bij toerbeurt het busje bestuurd.
- 2.10. Omdat Licotec feitelijk toezicht hield op de werkzaamheden in de Arena en in dat kader opdrachten en instructies gaf zowel aan haar eigen werknemers als aan de door haar ingeleende krachten, lag het op haar weg erop toe te zien dat al deze personen niet langer werkten dan de maximum toegestane arbeidsduur. Waarom die

zorgplicht van Licotec alleen zou gelden voor de eigen werknemers en niet voor de door haar ingeleende krachten zoals werknemer, heeft Licotec niet duidelijk kunnen maken. Niet valt in te zien waarom in dit opzicht onderscheid zou moeten worden gemaakt tussen werknemers en ingeleende krachten.

- 2.11. Dat de maximum toegestane arbeidsduur is overschreden staat naar het oordeel van het hof vast. De reistijd moet als volledige werktijd worden aangemerkt, nu vast staat dat deze uren ook (als overuren) worden uitbetaald. De stelling van Licotec dat werknemer 's ochtends op de heenweg het busje niet heeft bestuurd en toen heeft kunnen slapen — wat daarvan verder ook zij — maakt dat niet anders evenmin als de stelling van Licotec dat dergelijke lange dagen in de bouwwereld gebruikelijk zijn, nog daargelaten de juistheid daarvan. Door van werknemer te verlangen dat hij samen met zijn naaste collega alsmede de twee werknemers van Licotec, na afloop van een werkdag, waarbij het aantal gewerkte uren de maximumduur hadden overschreden, in het door Licotec ter beschikking gestelde busje in het drukke gemotoriseerde verkeer met alle risico's van dien naar Didam zou rijden, is Licotec tekortgeschoten in haar zorgplicht. Dit geldt temeer nu zij heeft nagelaten ten behoeve van werknemer als bestuurder een deugdelijke verzekering af te sluiten.
- 2.12. Licotec heeft ter afwering van haar aansprakelijkheid subsidiair — wanneer het hof tot het oordeel komt dat zij tekortgeschoten is in haar zorgplicht — nog aangevoerd dat er geen causaal verband is tussen het ongeval en het tekortschieten in de zorgplicht. Het ongeval had ook bij voldoende zorg niet kunnen worden voorkomen; een verkeersongeval is nu eenmaal nooit uit te sluiten, aldus Licotec.
- 2.13. Hoewel dat laatste op zichzelf juist is slaagt dit verweer van Licotec niet. Aan het verweer ligt de onjuiste veronderstelling ten grondslag dat de schending van de zorgplicht uitsluitend is gelegen in de overschrijding van de maximaal toegestane arbeidsduur. Zoals hiervoor echter is overwogen was naar het oordeel van het hof die schending niet alleen daarin gelegen, maar mede en vooral in de omstandigheid dat Licotec, na een zodanig — ontoelaatbaar — lange werkdag, werknemer terug heeft laten rijden van Amsterdam naar haar vestiging in Didam, waardoor werknemer een lange en intensieve autorit moest maken, met alle risico's op ongevallen en schade van dien. Licotec heeft door aldus te handelen zowel haar eigen werknemers als de door haar ingeleende krachten aan die risico's blootgesteld zonder voor de bestuurder van het busje (ten tijde van het ongeval was dat werknemer, omdat het toevalligerwijs op dat moment zijn beurt was om te besturen) een passende verzekering af te sluiten. Onder die omstandigheden is Licotec naar het oordeel van het hof gehouden de door werknemer tengevolge van het ongeval geleden schade te vergoeden.
- 2.14. Met grief 1 in het incidenteel appel en de toelichting daarop betoogt werknemer dat, indien Licotec geen verwijt zou kunnen worden gemaakt van enig tekortschieten in haar zorgplicht, Licotec toch aansprakelijk is voor de door werknemer geleden schade via analoge toepassing van de in artikel 7:611 BW in verband met artikel 6:248 BW vervatte normen.
- 2.15. Nu het hof zoals uit het voorgaande blijkt, tot het oordeel komt dat Licotec wel een verwijt valt te maken op grond waarvan zij is gehouden tot schadevergoeding aan werknemer, heeft werknemer bij bespreking van deze grief thans geen belang.'

3.10.3 Met betrekking tot de grieven gericht tegen de beslissing dat zowel Vonk als Licotec ieder

voor 50% aansprakelijk zijn voor de door werknemer geleden schade overwoog het Hof:

2.16. (...) Licotec stelt zich op het standpunt dat Vonk als formele werkgever volledig of in ieder geval voor een groter deel dan Licotec als inlenende werkgever aansprakelijk dient te zijn, terwijl werknemer meent dat Licotec de door werknemer geleden schade in zijn geheel, althans een groter deel dan 50%, dient te dragen.

2.17. Licotec stelt dat haar aansprakelijkheid — voor zover al van enige aansprakelijkheid sprake zou zijn — van een geheel andere orde is dan de op artikel 7:611 BW gegronde aansprakelijkheid van de formele werkgever (Vonc) en dat daarom de draagplicht (in zijn geheel) bij de formele werkgever moet blijven. Dat betoog volgt het hof niet. Uit hetgeen hiervoor is overwogen volgt dat naar het oordeel van het hof Licotec als inlenende werkgever verwijtbaar tekortgeschoten is jegens werknemer in de op haar rustende zorgplicht alsmede dat zij heeft gehandeld in strijd met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt.

Anderzijds is Vonk als uitlenende werkgever evenzeer aansprakelijk. Ook haar valt een verwijt te maken, nu zij wist dat werknemer dagelijks in de auto van Didam naar Amsterdam moest rijden, zonder dat er een deugdelijke verzekering voor hem was afgesloten. Van dat feit had Vonk zich, voor zover zij daarvan niet op de hoogte was, als formele werkgever op de hoogte moeten laten stellen, zodat zij met Licotec afspraken had kunnen maken over een af te sluiten verzekering.

Alles overziende komt het hof tot de conclusie dat niet gezegd kan worden dat de aansprakelijkheid van Licotec zwaarder of minder zwaar moet wegen dan die van Vonk, zodat de grieven falen.'

3.11 Licotec heeft tijdig cassatieberoep ingesteld tegen de arresten van 22 april 2008 en 23 september 2008. Werknemer heeft geconcludeerd tot verwerping. Vervolgens hebben partijen hun standpunten schriftelijk toegelicht, waarna is gere- en gedupliceerd.

4. Inleiding

4.1 Dit is een ingewikkelde en juridisch hoogst interessante zaak. Werknemer, maar in werkelijkheid uiteraard de verzekeraar die zijn schade reeds heeft betaald (hierna ook: ABN AMRO), doet zijn uiterste best om de aansprakelijkheid van (quasi)-werkgevers aanzienlijk op te rekken. Op zich is dat uiteraard zijn goed recht. Maar verstandig is het niet. Het past wél in een rijtje zaken waarin verzekeraars (of hun advocaten) zich kennelijk blindstaren op een beperkt financieel belang van de zaak en waarin zij zich niet lijken te bekreunen om de mogelijk kostbare gevolgen van het standpunt dat zij met zoveel vuur verdedigen.

4.2 Voor de bedenkingen die (de verzekeraar van) Licotec aanvoert tegen de poging van de verzekeraar van Vonk om een (potentieel) kostbare nieuwe dimensie toe te voegen aan deze tak van het aansprakelijkheidsrecht heb ik alle begrip. Zoals hierna zal worden uiteengezet, past grote voorzichtigheid het mijnveld, dat de (in feite) ABN AMRO tot ontploffing wil laten komen, te betreden.

5. Bespreking van het cassatieberoep

5.1 Het cassatiemiddel valt uiteen in vier onderdelen. Als onderdeel 1 faalt, komen de onderdelen 2 – 4 in beeld. De onderdelen 3 en 4 behoeven geen bespreking als onderdeel 2 faalt.

5.2.1 Onderdeel 1 is gericht tegen rov. 4.4 van het tussenarrest en de rov. 2.3 en 2.4 van het

eindarrest. Het stelt voorop dat het Hof in rov. 4.4 van het tussenarrest terecht constateert dat vaststaat dat ABN AMRO als verzekeraar van Vonk aan werknemer diens volledige schade heeft vergoed en dat de termen 'voorlopige betaling' en 'voorwaardelijke betaling' in de tussen ABN AMRO en werknemer gesloten vaststellingsovereenkomst, gelet op de inhoud en strekking daarvan, aldus moeten worden uitgelegd dat, indien in de procedure zou komen vast te staan dat Licotec mede aansprakelijk is voor de door werknemer geleden schade en uit dien hoofde wordt veroordeeld tot betaling van een bedrag aan werknemer, dat bedrag door werknemer aan ABN AMRO moet worden terugbetaald.

- 5.2.2** Volgens het onderdeel is evenwel onjuist, althans onbegrijpelijk het oordeel in diezelfde rechtsoverweging dat uit de termen 'voorlopige betaling' en 'voorwaardelijke betaling' in de vaststellingsovereenkomst moet worden afgeleid dat die betaling niet een definitieve betaling is waarmee volledige kwijting is beoogd en dat werknemer derhalve ook na de betaling door ABN AMRO een vordering had en heeft op Licotec die hij op rechtsgeldige wijze kon cederen. Het onderdeel klaagt vervolgens dat het Hof in rov. 2.3 en 2.4 van het eindarrest hierop voortbouwt — daarbij uitdrukkelijk de vraag naar (de rechtsgeldigheid van) de beweerdelijke cessie door werknemer aan ABN AMRO als irrelevant in het midden latend — door onder verwijzing naar het tussenarrest te oordelen dat het voorlopige en voorwaardelijke karakter van de betaling door ABN AMRO maakt dat werknemer nog steeds een vorderingsrecht heeft op Licotec, zodat hij nog steeds belang heeft bij (voortzetting van) de onderhavige procedure.
- 5.2.3** Ter stoffering van de klacht dat 's Hofs oordeel onbegrijpelijk is, wordt aangevoerd dat het Hof zich bezondigt aan een zuivere cirkelredenering. Het voorwaardelijke, zo men wil voorlopige, van de betaling door ABN AMRO aan werknemer is uitsluitend gelegen in het verkrijgen van een veroordeling van Licotec. Volgens het onderdeel kon (en kan) het voortzetten van de procedure tegen Licotec werknemer dus niets meer opleveren dan dat nu juist de voorwaarde waaronder de uitkering is gedaan in vervulling gaat, hetgeen bezwaarlijk in zijn belang kan worden genoemd, *terwijl daarentegen het staken van de procedure tegen Licotec de door werknemer van ABN AMRO ontvangen betaling direct onvoorwaardelijk zou hebben gemaakt*. Het oordeel dat werknemer enig eigen belang had bij voortzetting van de procedure acht het onderdeel gezien het bovenstaande onbegrijpelijk (cursivering toegevoegd).
- 5.3** Deze klacht faalt. Het Hof heeft inderdaad in het midden gelaten of sprake is van een geldige cessie en (zo voeg ik toe) of de juridische vormgeving van de regeling tussen werknemer en de verzekeraar van Vonk een juridische schoonheidsprijs verdient.
- 5.4.1** 's Hofs oordeel komt op het volgende neer. Genoemde verzekeraar (ABN AMRO) was bereid de schade te vergoeden onder de volgende voorwaarden:
- werknemer zou de procedure, die reeds een eindje op weg was, op zijn eigen naam voortzetten. Hij kreeg daartoe een volmacht van deze verzekeraar;
 - werknemer zou hetgeen hij in deze procedure (eventueel) zou ontvangen doorbetalen aan ABN AMRO.
- 5.4.2** Het is volstrekt duidelijk — en dat ligt ook in 's Hofs oordeel besloten — dat ABN AMRO niet zou hebben betaald wanneer werknemer niet aan de onder 5.4.1 genoemde voorwaarden zou hebben voldaan. In andere bewoordingen wijst mr. Dempsey daarop in haar s.t. onder 2.3 e.v. Reeds daarin ligt een rechtens te respecteren belang van werknemer besloten. Alleen als werknemer de door ABN AMRO voorgestelde 'constructie' zou aanvaarden, zou

zij uitbetalen.

- 5.5.1** Van algemene bekendheid is dat dit soort transacties niet ongebruikelijk is. Zij zijn ook praktisch omdat anders de procedure, die reeds een eindje was gevorderd, zou hebben moeten worden geroyeerd, waarna de betalende verzekeraar (ABN AMRO) op eigen naam opnieuw zou hebben moeten beginnen. Dat zou alleen maar onnodige rompslomp, kosten en belasting van het rechterlijk apparaat hebben opgeleverd. Het zou bovendien — en dat alleen al zou beslissend kunnen zijn, maar is niet dragend voor mijn oordeel — in de weg staan aan een efficiënte afwikkeling van schadezaken van particulieren die niet zelden toch al erg veel tijd in beslag neemt.
- 5.5.2** Bij deze stand van zaken is het veeleer (de verzekeraar van) Licotec die belang mist bij *haar verweer*. Haar enige in rechte te respecteren belang zou m.i. kunnen zijn gelegen in de omstandigheid dat zij het risico zou kunnen lopen dat werknemer ná betaling op grond van een rechterlijke uitspraak het bedrag niet zou doorbetalen aan ABN AMRO. Alleen als deze verzekeraar onder die omstandigheden nog een vordering zou hebben op Licotec zou laatstgenoemde *belang bij haar verweer* hebben (gehad). Iets dergelijks is evenwel niet aangevoerd (laat staan dat het onderdeel daarvan gewaagt), allicht omdat in de verzekeringswereld bekend is dat de verzekeraar die betaald heeft in een dergelijk geval geen regres neemt. [\[10.\]](#)
- 5.6.1** Hoe dit zij, 's Hofs oordeel, als weergegeven onder 5.4, is geenszins onbegrijpelijk (maar getuigt integendeel van praktisch inzicht). Het berust niet op een cirkelredenering en geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. [\[11.\]](#) De in 5.2.3 gecursiveerde, uit het onderdeel overgenomen, passage miskent 's Hofs gedachtegang. Zou zijn gebeurd hetgeen daar staat, dan had werknemer, naar ook voor de hand ligt, het betaalde moeten terugstorten.
- 5.6.2** Mij moet overigens van het hart dat (de advocaat van) de verzekeraar van Vonk het verweer van werknemer wél enigszins in de hand heeft gewerkt door een weinig heldere standpuntbepaling. Mr. Van Duijvendijk-Brand wijst daar niet ten terechte op (s.t. onder 3.4 e.v.).
- 5.7.1** Onderdeel 2 is gericht tegen het oordeel in rov. 2.11 van het eindarrest dat vaststaat dat de maximum toegestane arbeidsduur is overschreden. Volgens het Hof moet de reistijd in deze zaak als volledige werktijd worden aangemerkt, aangezien vast staat dat deze uren ook (als overuren) worden uitbetaald. Het onderdeel klaagt dat dit oordeel blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting ten aanzien van het begrip 'arbeid' in het kader van de wetgeving inzake de arbeidstijden, althans zonder nadere motivering, die ontbreekt, onbegrijpelijk is.
- 5.7.2** Ter toelichting wijst het onderdeel er op dat het ongeval dateert van 23 augustus 1995, zodat op de vraag of sprake is geweest van overschrijding van de maximum toegestane arbeidsduur nog de Arbeidswet 1919 van toepassing is. [\[12.\]](#) Volgens het onderdeel is slechts sprake van arbeid in de hier bedoelde zin als de werkgever van een werknemer verlangt dat hij op de werkplek aanwezig moet zijn. [\[13.\]](#) Volgens het onderdeel kan de reistijd gemoeid met woon-werkverkeer reeds daarom niet als arbeid in de zin van de Arbeidswet 1919 en de Arbeidstijdenwet worden aangemerkt en is ook niet (zonder meer) aan de in die wetten besloten liggende voorwaarde van het gezagsvereiste voldaan. Het feit dat de reistijd in de vorm van overuren wordt uitbetaald, maakt dit niet anders; toekenning van een dergelijke vergoeding kan als zodanig niet beslissend worden geacht voor de vraag of de reistijd als arbeid in de zin van de arbeidstijdenwetgeving dient te worden aangemerkt, dat wil zeggen voor de vraag of deze tijd meetelt voor de berekening van de maximum

toegestane arbeidsduur. Een andere opvatting zou ertoe leiden dat ten aanzien van iedere werknemer die een vergoeding in verband met de reistijd ontvangt, dus bijvoorbeeld ook voor degenen die per trein naar hun werk reizen, zou gelden dat de reistijd meetelt voor de berekening van de maximale arbeidstijd in de zin van de Arbeidswet 1919 en de Arbeidstijdenwet. Een dergelijk resultaat zou niet stroken met doel en strekking van de arbeidstijdenwetgeving en is voorts gelet op de vergaande (onoverzienbare) consequenties daarvan voor de werkgever onaanvaardbaar, aldus nog steeds het onderdeel.

- 5.7.3** Het onderdeel klaagt tot slot dat het oordeel met betrekking tot de overschrijding van de maximum arbeidstijd en het daarop voortbouwende oordeel over schending van de zorgplicht des te opmerkelijker en daarmee ook des te onbegrijpelijker is nu de Kantonrechter in rov. 4.2 van zijn (tussen)vonnis van 25 augustus 1997 met betrekking tot de aansprakelijkheid van (formele werkgever) Vonk weliswaar nog van eenzelfde gedachte uitging, maar deze gedachte al in hoger beroep door de Rechtbank te Zutphen uitdrukkelijk is losgelaten en derhalve in het arrest van 12 januari 2001 tussen Vonk en werknemer geen rol meer speelde. Daarin was nog slechts de vraag naar de subsidiaire grondslag voor de aansprakelijkheid van Vonk aan de orde en niet meer schending van de zorgplicht als bedoeld in art. 7A:1638x (oud) BW respectievelijk art. 7:658 BW. Mede gelet daarop en gegeven de betwisting door Licotec van het standpunt dat de reistijd (volledig) meetelde voor de berekening van de maximum arbeidstijd, is het oordeel van het Hof volgens het onderdeel ook ontoereikend gemotiveerd.
- 5.7.4** In de s.t. wijst mr. Van Duijvendijk-Brand onder 3.19 nog op het arrest van Uw Raad van 30 november 2007, *NJ* 2009/329.^[14] Daarin werd onder andere overwogen dat de opvatting dat de schade die een werknemer tijdens het woon-werkverkeer lijdt, in ieder geval geacht moet worden te zijn geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden indien de desbetreffende reistijd als uren bij de werkgever mocht worden gedeclareerd, in haar algemeenheid niet juist is.
- 5.8** Voor zover het onderdeel zo zou moeten worden begrepen dat het een klacht postuleert tegen 's Hof's oordeel dat bij het terugrijden van de Amsterdamse Arena naar Didam sprake was van arbeid die tot de werktijd behoort — wat m.i. niet het geval is^[15] —, gaat het er klaarblijkelijk van uit dat het Hof dat oordeel *uitsluitend* stoelt op de overweging dat Licotec voor deze uren loon betaalde.^[16] Dat is evenwel niet juist. Immers baseert het Hof zijn oordeel mede hierop dat Licotec voor dat vervoer een busje ter beschikking stelde en dat zij verkangde dat hij dagelijks van de werkplek naar Didam op en neer reisde (rov. 2.11 in samenhang met rov. 2.9).^[17]
- 5.9.1** Bij de beoordeling van het onderdeel zal er daarom van moeten worden uitgegaan dat — in de zin van art. 7:658 BW en het voor zaken als de onderhavige daarmee in een aantal relevante opzichten gelijkelijk 'in te kleuren' art. 6:162 BW — de reizen — kort gezegd — behoorden tot het werk van werknemer.
- 5.9.2** Deze kwestie is intussen zonder belang. Immers heeft het Hof — in cassatie niet bestreden — geoordeeld de toegestane werktijd reeds was overschreden voordat werknemer de terugreis aanvaardde; zie hierna onder 5.11.1 en 5.12. Dat brengt mee dat, als we de reis aanmerken als werktijd, de toegestane arbeidstijd 'slechts' verder zou worden overschreden. Kortheidshalve zal ik deze omstandigheid hierna niet telkens opnieuw vermelden.
- 5.10.1** De invalshoek van het onderdeel is slechts dat geen sprake was van arbeid *in de zin van de Arbeidstijdenwet en de Arbeidswet 1919*. De relevantie daarvan springt niet in het oog.

Weliswaar heeft het Hof melding gemaakt van het verweer van Licotec dat zij niet was gebonden aan (uitsluitend) de Arbeidstijdenwet, het Hof heeft zijn oordeel niet kenbaar op (schending van) deze wet gebaseerd.

5.10.2 Weliswaar spreekt het Hof in rov. 2.11 van het eindarrest over overschrijding van de maximaal toegestane arbeidsduur, maar het geeft niet aan waarop het daarbij het oog heeft. In het licht van de tweede volzin van rov. 2.8, waar wordt gerept van zowel de CAO als de Arbeidstijdenwet, ligt het meest voor de hand dat het Hof op beide het oog heeft. Voor zover het gaat om de CAO is dat oordeel — dat in cassatie (dan ook) niet wordt bestreden — juist, zoals reeds verwoord in rov. 2.1 van het vonnis van de Kantonrechter Groenlo van 25 augustus 1997. Het kan 's Hofs oordeel zelfstandig dragen zodat zonder gewicht is of ook nog sprake is van strijd met de Arbeidstijdenwet. Hierbij verdient nog opmerking dat het Hof klaarblijkelijk — en in cassatie niet bestreden — heeft aangenomen dat deze CAO ten opzichte van de inlener Licotec (in elk geval) reflexwerking had, zo deze al niet rechtstreeks gold. Dat oordeel is juist, zeker nu de inlener in de Arbeidsomstandighedenwet (art. 1 lid 1 of lid 2) en in de Arbeidstijdenwet (art. 1:1 lid 1 of lid 2) als werkgever van de ingeleende werknemer wordt beschouwd.^[18.]

5.10.3 Er is geen grond om aan te nemen dat het Hof zich mede heeft gebaseerd op de Arbeidswet 1919, zodat ik daarop niet behoef in te gaan.

5.11.1 Er is nog een zelfstandige reden waarom het onderdeel belang mist of in elk geval 's Hofs gedachtegang miskent. Het Hof heeft geoordeeld dat Licotec van (onder meer) werknemer *verlangde* dat hij

‘na afloop van een werkdag, waarbij het aantal gewerkte uren de maximumduur hadden overschreden’

- a) in het ter beschikking gestelde busje,
- b) in het drukke verkeer naar huis zou rijden,
- c) met alle risico's van dien, waarmee het Hof tot uitdrukking brengt dat die risico's in de onderhavige setting relevant waren (rov. 2.11).

Het Hof scherpt dat oordeel in rov. 2.13 nog wat aan door het verwijt ‘mede en vooral’ te zoeken in de omstandigheid dat Licotec werknemer ‘na een zodanig — ontoelaatbaar — lange werkdag’ *terug heeft laten rijden* naar Didam.

5.11.2 Het onrechtmatige is dus gelegen in een samenstel van op elkaar inwerkende en elkaar beïnvloedende omstandigheden. Daarbij ligt het zwaartepunt *niet* in een formeel criterium (de Arbeidstijdenwet of de cao), maar in de omstandigheid dat het onder de zojuist geschetste omstandigheden van een (quasi-)werknemer *verlangden* dat hij van de Amsterdamse Arena terug naar Didam rijdt (het Hof bedoelt: omdat Licotec ervoor heeft gekozen om ‘werknemers’ aan te trekken die ver weg woonden zonder dezen ter plaatse rust te gunnen of overnachting aan te bieden) betekent dat deze ‘werknemers’ welbewust worden blootgesteld aan relevante risico's voor hun gezondheid. Dat oordeel wordt niet bestreden. *Ten overvloede*: het is niet onbegrijpelijk en zou zich, verweven als het is met een waardering van feitelijke aard, ook niet goed lenen voor toetsing in cassatie.

5.12 Ten slotte: het onderdeel bestrijdt niet dat door de *werkzaamheden zelf* (geabstraheerd van het van en naar de werkplek rijden) de maximale arbeidstijd al was overschreden; zie de onder 5.11.1 geciteerde passage.

5.13 Met dit alles valt het doek voor onderdeel 2. Ik hecht eraan daarbij nog enkele kanttekeningen te plaatsen:

- a. ik begrijp en deel de zorg van (de verzekeraar van) Licotec dat iedere overschrijding van de toegestane werktijd *ipso iure* zou leiden tot aansprakelijkheid. Voor zover in dat verband aansprakelijkheid (alleen) zou worden gebaseerd op de arbeidswetgeving zou de relativiteit in voorkomende gevallen mogelijk goede diensten kunnen bewijzen die aansprakelijkheid binnen redelijke perken te houden. Ik ga daarop thans niet nader in, alleen al niet omdat de relativiteit niet ter discussie is gesteld;
 - b. ook is denkbaar dat in een concreet geval het *condicio sine qua non*-verband ontbreekt;
 - c. het lijkt aangewezen om, bij de huidige stand van de rechtsontwikkeling en met name bij gebreke van een op dit punt enigszins uitgekristalliseerd debat in rechtspraak en doctrine, een erg voorzichtige koers te varen.^[19.] Daarvan uitgaande is een op de omstandigheden van het geval toegespitste aanpak (zoals die van het Hof) voorlopig de meest bevredigende.
- 5.14.1** Ik kom niet toe aan de vraag wat in de door het onderdeel genoemde wetgeving al dan niet valt onder werk. Zoveel lijkt mij duidelijk: daaronder valt niet slechts werk op de werkplek. Dat is geheel in overeenstemming met de parlementaire geschiedenis van de Arbeidstijdenwet.^[20.] M.i. ligt een meer flexibele benadering voor de hand waarmee in voorkomende gevallen een mouw kan worden gepast aan het voorbeeld dat de werknemer tijdens de doorbetaalde reistijd van of naar zijn werk per trein een ongeval overkomt.
- 5.14.2** De door het onderdeel vertolkte opvatting dat het (steeds) moet gaan om werk op de werkplek lijkt me niet goed verdedigbaar, zeker niet in een tijd waarin veel werknemers een deel van de werktijd elders doorbrengen.
- 5.15** Bij deze stand van zaken kom ik niet toe aan de onderdelen 3 en 4. Onderdeel 3 richt zich immers tegen 's Hofs oordeel waarin de aansprakelijkheid mede wordt gegrond op het niet afsluiten van een passende verzekering. Wat er van dat oordeel ook zij, het is niet dragend voor 's Hofs beslissing. De hiervoor besproken grond waarop het Hof aansprakelijkheid ('mede en vooral') heeft gebaseerd, kan deze — als gezegd — dragen. Daarom mist werknemer belang bij onderdeel 3.
- 5.16.1** Ook hier geef ik er de voorkeur aan om niet onnodig op deze heikele problematiek in te gaan.^[21.] De art. 7:611-rechtspraak van Uw Raad heeft onmiskenbaar zegenrijke effecten gehad voor talloze werknemers. Maar er kleven ook nadelen aan. Deze nieuwe leer is telkens toegepast op 'oude gevallen'. In een aantal daarvan kan men aarzelen over de vraag of de werkgever (in casu: de inlener) destijds had moeten weten of begrijpen dat hij een verzekering had moeten afsluiten. Zeker nu, naar het lijkt, voor het verleden een aantal verzekeraars in de gordijnen is geklommen en dekking buiten gevallen waarin aansprakelijkheid op — kort gezegd — een verwijt wordt gebaseerd te vuur en te zwaard bestrijdt,^[22.] zou de schaduwzijde kunnen zijn dat vooral kleinere bedrijven onder het aannemen van aansprakelijkheid bezwijken. Nuttige informatie over deze problematiek is in deze zaak niet voorhanden, maar een beslissing op dit punt zou de betekenis van deze ene zaak allicht verre overstijgen met consequenties die ik niet kan overzien.
- 5.16.2** Het verdient daarom m.i. aanbeveling om art. 7:611 BW (en voor inleensituaties de niet arbeidsrechtelijke pendant daarvan) te reserveren voor gevallen waarin aansprakelijkheid niet op — kort gezegd — een verwijt kan worden gebaseerd.
- 5.17** Voor zover men zou willen aannemen (ik spreek daarover, als gezegd, geen oordeel uit) dat op Licotec een verzekeringsplicht rustte, zou ik niet licht willen aannemen dat een dekking van (zoals volgens het onderdeel voorhanden) van minder dan € 10.000 toereikend was.

- 5.18 Wél deel ik de mening van Licotec^[23] dat — in mijn parafrase — rechtseconomisch gezien goede zin mist dat uit- en inlener beide een verzekering zouden moeten afsluiten. De enkele omstandigheid dat de uitlener (volgens Licotec) zo'n verzekering zou moeten hebben afgesloten, zou ik evenwel niet steeds en zonder meer doorslaggevend willen achten, al was het maar omdat niet iedere deelnemer aan het rechtsverkeer zich aan rechtsplichten houdt.
- 5.19 Onderdeel 4 bouwt expliciet voort op en gaat uit van het slagen van onderdeel 2. Nu dat faalt, mislukt ook deze klacht.

Conclusie

Deze conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

Nadere conclusie A-G mr. Spier:

6. Behandeling van onderdeel 3

- 6.1 In mijn vorige conclusie kwam ik tot de slotsom dat het Hof Licotec aansprakelijk achtte op grond van een verwijtbaar handelen. Dat verwijt zocht het Hof in overtreding van de CAO en de Arbeidstijdenwet (onder 5.10 en 5.11). Daarom kwam ik niet toe aan bespreking van onderdeel 3. Uw Raad heeft gevraagd om dit onderdeel alsnog te behandelen.
- 6.2.1 Het onderdeel kant zich, naar ik begrijp, tegen rov. 2.13, meer in het bijzonder de omstandigheid dat het Hof mede in aanmerking heeft genomen dat geen 'passende verzekering' was afgesloten.
- 6.2.2 Het veronderstelt dat het Hof zulks heeft geoordeeld in het kader van art. 7:611 BW. Dit valt af te leiden uit het onderdeel, in zijn geheel gelezen, met name ook uit de tweede en de vierde alinea. Waar in de derde alinea ook andere artikelen ter sprake worden gebracht, wordt uitdrukkelijk vermeld dat, naar de steller van het onderdeel (klaarblijkelijk) aanneemt, het Hof art. 7:611 BW 'indirect' 'via' deze bepalingen zou hebben toegepast, wat daarmee ook precies bedoeld moge zijn. Ook uit de s.t. onder 3.21 e.v. en eveneens uit het kopje boven 3.21 blijkt zonneklaar dat de steller ervan uitgaat dat het Hof zijn oordeel in dit opzicht grondt op art. 7:611 BW. Het is, ten slotte, ook heel expliciet te lezen in de s.t. van mr. Van Duijvendijk-Brand onder 3.22 eerste volzin.
- 6.3.1 De onder 6.2.2 genoemde veronderstelling is onjuist op (ten minste) de volgende gronden:
- het Hof baseert zijn oordeel één en andermaal op een aan Licotec gemaakt verwijt, daarin bestaande dat werknemer na een ontoelaatbaar lange werkdag van Licotec terug moest rijden van Amsterdam naar haar vestiging in Didam, welke rit het Hof kwalificeert als 'een lange en intensieve autorit' waaraan (het Hof bedoelt) in de gegeven omstandigheden relevante risico's waren verbonden (rov. 2.13). Waar het Hof in rov. 2.17 opnieuw spreekt van 'verwijtbaar tekortgeschoten' heeft het klaarblijkelijk dit feitencomplex op het oog;
 - uit rov. 2.14 en 2.15, in onderlinge samenhang gelezen, blijkt dat het Hof niet het oog had op art. 7:611 BW. Ook niet waar het, in mijn lezing als obiter dictum, de passende verzekering ter sprake brengt.
- 6.3.2 Bovendien — maar dat ten overvloede — gold art. 7:611 BW nog niet ten tijde van het litigieuze ongeval. Het is immers eerst op 1 april 1997 inwerking getreden. Ik denk dat mr. Van Duijvendijk-Brand daaraan voorbijziet wanneer zij schrijft dat de 'rechtspraak' behoefte heeft aan een bespreking van haar derde onderdeel (s.t. onder 4).

- 6.3.3** De steller van het onderdeel miskent bovendien dat die behoefte heel sterk zal afhangen van het antwoord dat Uw Raad zou (willen) geven. Zo zouden verzekeraars gebaat kunnen zijn bij een aansprakelijkheid waarvan zij vervolgens (kunnen) gaan beweren dat deze niet is gedekt door door hen verstrekte verzekeringen, terwijl een dergelijke aansprakelijkheid vele kleine werkgevers daarom het faillissement in zou kunnen drijven. Benadeelden en werkgevers hebben op hun beurt veeleer baat bij een aansprakelijkheid die wordt gegrond op een wél door gangbare verzekeringen gedekte juridische basis voor aansprakelijkheid.
- 6.3.4** In het zojuist besproken verband wreekt zich, naar het lijkt, dat het in casu materieel gesproken allicht gaat om een strijd tussen twee verzekeraars, wier belangen geenszins steeds parallel lopen met die van (hun) verzekerden en slachtoffers.
- 6.4** Uit hetgeen werd vermeld onder 6.3.1 moge volgen dat het onderdeel feitelijke grondslag ontbeert.
- 6.5** Ten overvloede: het verzaken een passende verzekering af te sluiten kan niet onder art. 6:162 BW worden gerubriceerd, zoals het Hof heeft geoordeeld.^[1] Licotec spint daarbij evenwel geen garen omdat het middel geen hierop toegespitste klacht behelst. Het zet immers geheel — en ten onrechte — in op de gedachte dat het Hof de verzekeringskwestie behandelt in het kader van art. 7:611 BW.
- 6.6.1** Dat het niet afsluiten van een passende verzekering niet valt onder art. 7:658 BW en de destijds voor inlenersaansprakelijkheid geldende pendant daarvan art. 6:162 BW^[2] volgt m.i. uit de (recentere) rechtspraak van Uw Raad waarin zodanige aansprakelijkheid is verankerd in art. 7:611 BW.^[3]
- 6.6.2** In het algemeen kan m.i. niet worden aanvaard dat aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, waarop het Hof het oog heeft, louter zou worden gebaseerd op het niet afsluiten van een (passende) verzekering omdat aldus een nieuwe, in de wet niet te vinden en door de wetgever niet beoogde, aansprakelijkheidsgrond zou worden geïntroduceerd. In het wettelijk stelsel is aansprakelijkheid immers gekoppeld aan een — kort gezegd^[4] — verwijtbaar handelen of nalaten. Mijn ambtgenoot Strikwerda heeft het treffend aldus verwoord: verzekering scheidt geen aansprakelijkheid, maar dekt haar.^[5]
- 6.6.3** Hier komt bij dat het aanvaarden van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, louter gebaseerd op het niet afsluiten van een passende verzekering, onvermijdelijk zou leiden tot aanzienlijke problemen. In mijn ogen valt zelfs niet bij benadering aan te geven in welke gevallen zo'n innovatie aangewezen zou zijn. Zou zij voor een situatie als de onderhavige worden aanvaard, dan zouden de contouren of reikwijdte daarvan, naar ik vrees, zelfs niet globaal kunnen worden afgebakend.
- 6.6.4** In een al wat ouder arrest heeft Uw Raad een dergelijke gedachte al eens afgewezen.^[6] Een tegengestelde opvatting zou een hoog Von Münchhausen-gehalte hebben.
- 6.7** A la barbe van het onderdeel sta ik volledigheidshalve nog kort stil bij de vraag of op inleners anno 1995 de verplichting rustte zich te verzekeren voor schade opgelopen door door hen ingeleende werknemers. Daarbij ga ik er aan voorbij dat, als gezegd, geenszins duidelijk is voor welke situaties zo'n verplichting zou (hebben moeten) bestaan, wat in mijn ogen al aanstonds een onoverkomelijke complicatie is.^[7]
- 6.8.1** In mijn eerdere conclusie onder 5.16 werd reeds aangegeven waarom de sub 6.7 genoemde problematiek een mijnenveld is.^[8] Ten gronde voeg ik daaraan nog het volgende toe. Ook wanneer men in beginsel zou menen dat een verzekeringsverplichting (daargelaten waarvoor precies) in 1995 op inleners rustte, zou ik geenszins willen uitsluiten dat zo'n

verplichting niet of niet (zonder meer) zou bestaan in gevallen waarin

- a. inlener en uitlener hebben afgesproken dat eventuele schade zal worden vergoed door de uitlener en a fortiori wanneer
- b. inlener en uitlener zijn overeengekomen dat de uitlener, voor zover nodig mede ten behoeve van (de aansprakelijkheid van) de inlener, een passende verzekering (wat dat ook moge zijn) zal afsluiten of
- c. de uitlener (mede) ten behoeve van de werknemer een verzekering heeft afgesloten die laatstgenoemde aanspraak op een uitkering geeft ongeacht de vraag of sprake is van een verwijt van in- of uitlener.

6.8.2 Voorts lijkt mij niet zonder belang:

- a. welke verzekeringen destijds voor situaties als de onderhavige voorhanden waren;
- b. of deze gangbaar waren;
- c. of destijds in de 'uitzendwereld' afspraken werden gemaakt of plachten te worden gemaakt als kort geschetst onder 6.8.1.

6.8.3 Ik vrees dat het bijkans onmogelijk zal blijken om de zojuist genoemde informatie over 1995 (en daar gaat het in casu om) boven water te krijgen. Voor zover een te formuleren regel zou luiden dat aansprakelijkheid in feite (mede) wordt gebaseerd op verzaking van een verzekeringsverplichting omdat — nemen we veronderstellenderwijs even aan — inleners zich destijds gemeenlijk verzekerden, blijft overeind dat dit voor de werkgevers die dat niet deden (omdat zij niet wisten, noch behoefden te weten dat dit 'nodig' was) minst genomen een onaangename verrassing is. Rechtstheoretisch kan men met enige moeite wellicht nog met droge ogen beweren dat de werkgever destijds van een en ander op de hoogte had moeten zijn (vanwege de, naar vaak wordt aangenomen, fictie van de declaratoire werking van rechtspraak) de werkelijkheid is anders.^[9.] Dat betekent een inbreuk op één van de hoofdregels van overgangsrecht (art. 69 aanhef en onder d Ow. NBW).^[10.]

6.8.4 Wanneer we de rechtspraak van Uw Raad op een tijdbalk plaatsen, blijkt hetgeen onder 6.8.3 werd opgemerkt heel duidelijk. Blijkens de (nadere) uitleg van eerdere arresten is in de rechtspraak van vóór 1 februari 2008 geen steun te putten voor — kort gezegd — een algemene verzekeringsverplichting van een werkgever voor schade die valt te herleiden tot arbeidsgerelateerde verkeersongevallen.^[11.] Zo'n verzekeringsplicht werd (voor het eerst onomwonden) geïntroduceerd in de arresten van 1 februari 2008 die betrekking hadden op ongevallen van respectievelijk 30 september 1996 en 7 oktober 1994. De in genoemde arresten besproken anterieure arresten hadden onder meer betrekking op het onderhavige ongeval dat plaatsvond op 23 augustus 1995. Mij lijkt, met alle respect, duidelijk dat justitiabelen (werkgevers, benadeelden en verzekeraars) bezwaarlijk op de hoogte konden zijn van de juridische inzichten die later aantoonbaar^[12.] met terugwerkende kracht (ten minste eenmaal) zijn gewijzigd. Zéér grote voorzichtigheid past m.i. om dit toch al wat onscherpe juridische plaatje nog verder te vertroebelen.

6.8.5 Het had m.i. in elk geval primair op de weg van de eisende partij (formeel werknemer; materieel de achtergelegen verzekeraar) gelegen om informatie als bedoeld onder 6.8.1 en 6.8.2 aan te dragen. Dat is niet gebeurd.

6.9.1 Zeker — maar niet alleen — in het aansprakelijkheidsrecht worden de cassatierechter in toenemende mate vragen voorgelegd die potentieel verstreckende gevolgen hebben. In de eerste plaats voor (één der) partijen. Maar niet zelden ook voor een (soms aanzienlijk) grote(re) groep andere partijen.

- 6.9.2** Inventiviteit en creativiteit kunnen partijen en hun advocaten vaak niet worden ontzegd. Vanuit wetenschappelijk oogpunt valt niet zelden bewondering op te brengen voor hun pogingen om het recht nieuwe richtingen in te laten slaan of zich in rap tempo te laten ontwikkelen. Maar daarmee is nog niet gezegd dat al deze pogingen maatschappelijk steeds nuttig zijn, zeker wanneer dat op een wat abstracter niveau — dus los van de concrete zaak — wordt gezien.
- 6.10.1** Voor een deel gaat de beoogde stoot tot rechtsontwikkeling veelvuldig (ook in casu) uit van repeatplayers, zoals verzekeraars, overheidslichamen en — in mindere mate — grote ondernemingen. In vrijwel al die zaken lijkt één constante te ontwaren: men staart zich, voor zover uit de stukken valt op te maken, blind op de voorliggende zaak. Belangstelling of oog voor eventuele consequenties van het verdedigde standpunt is een witte raaf.
- 6.10.2** In de niet zelden kritische reacties op sommige arresten in de doctrine blijft, naar mijn gevoel, vaak wat onderbelicht dat het partijen waren die zich geroepen hebben gevoeld om een bepaalde rechtsvraag ter beslissing voor te leggen en dat zij ervoor hebben gekozen om geen relevante informatie te verstrekken over mogelijke gevolgen van een uitspraak. Het verwijt dat de rechter later wordt gemaakt, hoort waar het het gebrek aan relevante informatie betreft in die gevallen eigenlijk thuis bij (de advocaten van) partijen.^[13.]
- 6.11** Meer toegespitst op de onderhavige zaak: in casu wordt de cassatierechter gevraagd om een oordeel te geven over het in vermoedelijk veel voorkomende situaties al dan niet bestaan van een verzekeringsplicht in 1995. Het is ongetwijfeld juist dat beantwoording van die vraag uiteindelijk behoort tot de taak van de rechter. Maar het antwoord op dit soort vragen — en op zoveel andere — kan m.i. moeilijk worden gegeven zonder inzicht in de feitelijke achtergrond als kort geschetst onder 6.8.1 en 6.8.2.
- 6.12** Partijen hebben ervoor gekozen om de discussie te beperken tot algemeenheden. Over de zojuist genoemde kwesties bevatten de stukken geen nuttige gegevens, laat staan dat daarop door (een der) partijen in cassatie beroep op wordt gedaan. Bij deze stand van zaken rijst de vraag wat de taak en mogelijkheden van de cassatierechter zijn. M.i. zijn deze héél beperkt en is dat maar goed ook. Ik werk dat kort uit.
- 6.13** In het huidige wettelijke stelsel is de Hoge Raad gebonden aan hetgeen in de bestreden uitspraak omtrent de feiten is vastgesteld (art. 419 lid 3 Rv). Volgens vaste rechtspraak is voor nova in cassatie geen plaats.
- 6.14** De Hoge Raad is geen feitenrechter, moet dat niet willen zijn en ook niet willen worden. Een debat over feiten vergt adequaat hoor- en wederhoor. Op basis daarvan moet een feitenrechter een oordeel vellen dat op zijn juridische juistheid in cassatie kan worden getoetst. Zou een voor de beslissing wezenlijk deel van de feitenvergaring worden overgeheveld naar cassatie, dan zou dat niet alleen in strijd met de wet zijn, het zou m.i. ook op zéér gespannen voet staan met art. 6 EVRM.
- 6.15.1** Dat laatste is prohibitief. Praktisch gesproken zijn er geen werkelijk effectieve mogelijkheden om die strijd weg te nemen. In de gevallen waarin aan deze feitengaring (theoretisch) behoefte zou bestaan, gaat het (vrijwel) steeds om lastige kwesties die geenszins zwart-wit liggen. Alleen al vanwege de potentieel verstrekkende consequenties van oordelen, gebaseerd op onverhoopt verkeerde feitengaring, past zéér grote voorzichtigheid. Papier is geduldig en wij allen weten dat neutrale en echt onpartijdige deskundigen dun gezaaid zijn. Ook voor schriftelijke informatie (in boeken, tijdschriften, op internet etq) geldt dat de auteurs daarvan niet zelden belangen hebben

die voor derden en de rechter niet kenbaar zijn^[14.], terwijl de juistheid van de opvattingen niet kan worden beoordeeld.^[15.]

- 6.15.2** Voor vrijwel ieder standpunt is wel een deskundige te vinden die, al dan niet tegen een riante vergoeding, bereid is dat te omarmen. Het komt dus aan op het vinden van de 'juiste' deskundige. Daarin schuilt een te grote toevalsfactor. Alleen al dat brengt mee dat cassatie zich niet leent voor het in geding brengen — of suo sponte verzamelen — van geheel nieuwe en voor de uitspraak uiterst relevante gegevens.^[16.]
- 6.16** Daar komt bij — een m.i. zwaarwegend argument — dat de mogelijkheden voor effectief hoor- en wederhoor in cassatie te beperkt zijn, ook wanneer — in strijd met het wettelijk stelsel — reacties buiten eventuele Borgers-brieven om zouden worden toegelaten.^[17.]
- 6.17** Velen zullen mij allicht tegenwerpen dat dit een verouderd standpunt is. Ik bestrijd dat. Vooreerst: het benadrukken van de mensenrechtelijke optiek is niet verouderd. Het negeren daarvan wél.
- 6.18.1** Bovendien is er een voor de hand liggend alternatief waarin de hiervoor geschetste nadelen afwezig zijn. In voorkomende gevallen kan van partijen (of de meest gerede partij) worden gevergd dat ze de voor hun (haar) standpunt relevante gegevens in geding brengen (brengt). Dat geldt zeker voor repeatplayers.
- 6.18.2** In een zaak als de onderhavige gaat het dan om gegevens als hiervoor genoemd onder 6.8.1 en 6.8.2. Hoe eerder in de procedure deze in geding worden gebracht, hoe groter de mogelijkheid zal zijn om daarover een inhoudelijk debat te voeren. Dat brengt mee dat m.i. zeker niet valt uit te sluiten dat het voor het eerst aan het einde van de appèlprocedure in geding brengen van dit soort gegevens in een concreet geval in strijd is met een goede procesorde.
- 6.18.3** Het zo-even verdedigde standpunt vindt steun in art. 21 Rv.
- 6.18.4** Men zou een ogenblik kunnen menen dat de panacee is dat partijen ná verwijzing de gelegenheid krijgen om hun stellingen aan te vullen en dat in dat verband voldoende gelegenheid bestaat of in elk geval moet worden geboden om ampel op elkaars stellingen en eventuele deskundigenrapportages te reageren. Bij nadere beschouwing is dat m.i. schone schijn. Immers veronderstelt deze benadering dat 's Hofs arrest wordt vernietigd. Dat kan alleen wanneer reeds thans een uitspraak wordt gedaan die nu juist bij gebreke van relevante feitelijke gegevens m.i. niet verantwoord kán worden gegeven. Daar komt nog het volgende bij. Een algemene uitspraak op dit punt zou bijvoorbeeld kunnen inhouden dat in beginsel een verzekeringsplicht voor inleners bestond; ook al anno 1995, zij dat de omvang daarvan slechts kan worden bepaald aan de hand van nader (na verwijzing) te verstrekken gegevens. Zo'n regel zou kunnen leiden tot talloze faillissementen van vooral kleinere bedrijven die — anders dan bij wege van rechtstheoretische fictie — niet op de hoogte waren en realiter ook niet konden zijn van een verzekeringsplicht en die (daarom) destijds geen passende verzekering hebben afgesloten. Tegen die achtergrond is weliswaar juist, maar niet heel eenvoudig uit te leggen dat advocaten dit alles niet — ook niet bij wijze van fictie — behoeften te weten en dat zij daarom de gelegenheid krijgen om nadere stukken te produceren.
- 6.19** Wanneer partijen (of de meest gerede partij) nalaten (nalaat) om voor de beoordeling van hun geschil essentiële gegevens te produceren, dan zullen zij daarvan de consequenties moeten dragen. Voor zover thans van belang betekent dat het volgende:
1. wanneer de eisende partij voor de beoordeling van haar vordering of een deel daarvan

- essentiële gegevens, die zich niet lenen voor getuigenbewijs, niet in geding brengt, moet de rechter bij betwisting de vordering afwijzen, tenzij hij zich geroepen voelt om een deskundigenbericht te bevelen waartoe hij volgens vaste rechtspraak niet gehouden is. Wordt de vordering in zo'n geval niet afgewezen dan kan daarover in cassatie worden geklaagd. Het middel in de onderhavige zaak behelst een dergelijke klacht evenwel niet;
2. wanneer de eisende partij voor de beoordeling van een bepaalde vordering of een deel daarvan essentiële gegevens, die zich niet lenen voor getuigenbewijs, niet in geding heeft gebracht, dan kan zij in cassatie niet met vrucht klagen over afwijzing van haar vordering op die grond. Een cassatieklacht op dit punt zal immers ipso iure niet aan de daaraan te stellen eisen voldoen omdat niet kan worden verwezen naar in feitelijke aanleg betrokken stellingen die nodig zijn voor een beoordeling van de juistheid van de klacht. Deze benadering sluit aan bij recente rechtspraak waaraan ook aan rechtsklachten bepaalde eisen worden gesteld. Onvolkomenheden als zo-even genoemd in feitelijke aanleg lenen zich niet voor reparatie in cassatie omdat het steeds (mede) zou gaan om nova.
- 6.20** Ter afronding veroorloof ik me nog de opmerking dat Raad en Parket in het verleden, retrospectief bezien, soms wellicht niet voldoende oog hebben getoond voor de hiervoor genoemde problematiek.^[18.] De wel gehoorde wens om feitengaring in cassatie mogelijk te maken, is m.i. dus een sirenenroep.
- 6.21** Dit alles is geen pleidooi voor stilstand. Ik pleit 'slechts' voor een ordelijke rechtsontwikkeling op basis van argumenten en gegevens die niet aan het einde van de rit uit de lucht komen vallen, waarover geen behoorlijke discussie heeft plaatsgevonden en waarvan de juistheid (een feitelijke kwestie) door de cassatierechter gemeenlijk niet valt te beoordelen.
- 6.22** Te allen overvloede sta ik nog stil bij enkele door het onderdeel aan de orde gestelde kwesties.
- 6.23.1** Ik deel de mening van mr. Van Duijvendijk-Brand (derde alinea van onderdeel 3) dat onder het hier toepasselijke oude recht art. 7:611 BW niet rechtstreeks van toepassing was ten aanzien van inleners, nog daargelaten dat die bepaling toen nog niet inwerking was getreden. Of een vergelijkbare verplichting op andere wijze zou kunnen worden geconstrueerd, lijkt mij slechts van rechtshistorische betekenis.^[19.]
- 6.23.2** Ten overvloede: ook art. 7:658 lid 4 BW mist hier toepassing; dit artikellid is pas ingevoerd per 1 januari 1999. Deze bepaling laat ik daarom thans rusten.^[20.]
- 6.24** De laatste alinea van onderdeel 3 verwijt het Hof te hebben miskend dat de aansprakelijkheid wegens het niet afsluiten van een passende verzekering niet is beperkt tot het bedrag waarvoor deze dekking zou hebben moeten bestaan.
- 6.25** Deze klacht is tot mislukken gedoemd op een aantal zelfstandige gronden:
- a. als 's Hofs oordeel zo moet worden begrepen dat de aansprakelijkheid van Licotec naast de onder 6.3.1 genoemde onzorgvuldigheid tevens berust op verzaking van een verzekeringsplicht, dan is dat oordeel onjuist. Het wordt evenwel niet (in het juiste kader) bestreden. Inhoudelijke behandeling van de klacht zou ertoe leiden dat Uw Raad zou worden genoopt iets te bepalen over de omvang van een verzekeringsplicht die — bij een juiste rechtstoepassing — niet bestaat. Hiervoor werd ampel uiteengezet waarom aansprakelijkheid krachtens art. 6:162 BW niet uitsluitend kan worden gegrond op verzaking van een verzekeringsplicht. Daarom is zinledig om een oordeel te vellen over de vraag wat de omvang zou hebben moeten zijn van een verplichting waarvoor

rechtens geen ruimte bestaat. Voor dat soort spiegelgevechten is in cassatie m.i. geen plaats;

- b. bovendien ziet Licotec eraan voorbij dat, in haar — m.i., als gezegd, onjuiste — lezing van 's Hofs arrest, de aansprakelijkheid is gebaseerd op twee pijlers die alleen gezamenlijk deze aansprakelijkheid kunnen dragen. Volstrekt onduidelijk is evenwel — al wordt daar in cassatie niet over geklaagd — hoe het Hof de verhouding ziet tussen beide pijlers. Zolang dat onduidelijk is, is volstrekt ongewis welke rol bedoelde verzekering heeft gespeeld. Zonder dat te weten, is iedere uitspraak over de omvang van een beperking een slag in de lucht;
- c. in casu is de inzet van de rechtsstrijd (nog slechts) ruim € 88.000. [\[21\]](#) Als een redelijke verzekering al een beperking zou inhouden, dan toch — in elk geval zonder gedegen nadere toelichting, die geheel ontbreekt — zeker niet voor een lager bedrag. Dat brengt mee dat de klacht belang mist;
- d. in een aantal verkeerssituaties, waarin de werkgever niets te verwijten viel, is Uw Raad de werknemer te hulp geschoten door aansprakelijkheid op grond van art. 7:611 BW aan te nemen. In dat verband is de redelijke verzekering een aantal malen ten tonele gevoerd. In casu gaat het niet om een situatie waarin de werkgever/inlener niets valt te verwijten. Integendeel, het Hof legt vrij uitvoerig uit waarom wel degelijk sprake is van een verwijt. Daarom wijst het Hof aansprakelijkheid op grond van art. 7:611 BW ook van de hand, daargelaten dat die bepaling in casu sowieso toepassing mist omdat zij ten tijde van het ongeval nog niet was ingevoerd.

6.26.1 Ik sta nog wat langer stil bij de onder 6.25 sub d aangeroerde problematiek.

Bij een aansprakelijkheid die wordt gebaseerd op onrechtmatige daad past geen beperking tot hetgeen onder een hypothetische 'redelijke verzekering' zou zijn gedekt.

6.26.2 Dat is ongetwijfeld ook de reden geweest waarom in het arrest M/V Communicatie [\[22\]](#) een dergelijke beperking niet voorkomt. Weliswaar gaat het in dat arrest om een aansprakelijkheid krachtens art. 7:611 BW, maar dat heeft twee met elkaar verband houdende redenen: een cassatietechnische en een inhoudelijke. Immers moest worden aangenomen dat het ongeval had plaatsgevonden buiten de sfeer van de werkzaamheden. Nochtans werd M/V Communicatie verwijtbaar handelen aangewreven. Buiten een contractuele relatie, die er tussen M/V Communicatie en haar werknemer bestond, zou dat verwijt het stempel onrechtmatig hebben gekregen. Klaarblijkelijk in verband met de samenloop-doctrine werd het verwijt door Uw Raad onder art. 7:611 BW gebracht.

6.26.3 Gezien de in het oog springende parallel in die zaak met aansprakelijkheid krachtens art. 6:162 BW lag om de onder 6.26.1 genoemde reden een beperking tot de minimumdekking van de hypothetische verzekering geenszins voor de hand. Dat is in de onderhavige zaak niet anders.

6.27 Hartlief heeft er, bij verschillende gelegenheden, op gewezen dat er grenzen zijn aan de rechtsvormende taak van de rechter. [\[23\]](#) Op zich heeft hij daar gelijk in. Uit talloze arresten van Uw Raad blijkt dat hij zich daarvan terdege bewust is.

6.28.1 Maar dit caveat mag, noch behoeft te ontaarden in stilstand. Binnen zekere grenzen — die in abstracto niet kunnen worden gemarkeerd — bestaat behoefte aan innovatie, die in juridicis vaak neerkomt op moedige en baanbrekende rechtspraak. Daarvoor bestaat, naar mijn gevoelen, vooral goede grond wanneer de bestaande wetgeving niet meer geheel past bij de noden van de tijd, de maatschappelijke opvattingen sedert de invoering van de wettelijke

regeling zijn veranderd of het juridisch bouwwerk in zijn voegen kraakt, hetgeen doorgaans het geval zal zijn wanneer strikte toepassing van de bestaande (wettelijke of jurisprudentiële) regels leidt tot een volstrekt 'ongelijke behandeling' van in essentie gelijke of in relevante opzichten vergelijkbare gevallen. De roep om een grensverleggende rechter zal in dergelijke gevallen vooral bestaan wanneer er geen of heel weinig reden bestaat om aan te nemen dat de wetgever op de betrokken terreinen activiteiten zal gaan ontplooiën. Dat laatste doet zich op talloze terreinen voor, mogelijk omdat de wetgever er de voorkeur aan geeft dat de rechter het voortouw neemt.

6.28.2 De Australische opperrechter French heeft dat treffend onder woorden gebracht voor de Australische Supreme Court

'not a museum of the law (...). It is a living, working and inescapably human institution. It has to engage with important questions, some larger than others, the answers of which can affect the lives and liberties of all of us.'^[24.]

6.29.1 De zojuist genoemde grenzen aan de rechtsontwikkeling door de rechter brengen mee dat in onze samenleving allicht minder ruimte bestaat voor rechtsontwikkeling dan in landen met een wezenlijk ander niveau van welvaart en sociale rechtvaardigheid. In de weergave van de President van de Indiase Supreme Court streeft deze rechter naar 'a social revolution'.^[25.]

6.29.2 Deze welbewuste koers is voor ons land in het algemeen allicht een brug te ver. Niet alleen omdat de sociale revolutie zich langs de weg der geleidelijkheid al in belangrijke mate heeft voltrokken (al drijft de samenleving daarvan in toenemende mate weer af), maar ook omdat zelfs de noden van slachtoffers hiertelande veel minder groot zijn dan in landen zoals India.

6.30 Hoe dat ook zij, in voorkomende gevallen kan m.i. wel degelijk enige inspiratie worden geput uit de rechtspraak van dergelijke landen. In gevallen als de onderhavige, waarin het in feite gaat om de bescherming van slachtoffers — beide partijen lijken dat enigszins uit het oog te verliezen — zou m.i. (enige) betekenis toe kunnen komen aan de omstandigheid dat aan twijfel onderhevig is of de huidige WIA in overeenstemming is met IAO-Verdrag 121.^[26.]

6.31 Ook — misschien zelfs wel: juist — voor stoutmoedige rechtsontwikkeling geldt dat zicht moet bestaan op de maatschappelijke context en de gevolgen van een mogelijk nieuwe koers.^[27.] Als gezegd, weten we daar in casu vrijwel niets over, mede omdat partijen (en vooral verweerster in cassatie) zich niet geroepen hebben gevoeld daarover een betekenisvol debat te voeren. Daarom en om de overigens hiervoor vermelde — in de eerdere conclusie reeds summierlijk aangestipte — redenen acht ik afdoening op de eerder aangegeven gronden nog immer het meest aangewezen. Als Uw Raad daarover anders mocht oordelen, spint Licotec daarbij geen garen omdat haar thans besproken onderdeel feitelijke grondslag ontbeert.

(Nadere) Conclusie

Ik heb andermaal de eer te concluderen tot verwerping van het beroep.

Voetnoten

^[1.] HR 12 januari 2001, *NJ* 2001/253 PAS.

^[2.] Zie de rov. 3.2–3.10 van het bestreden tussenarrest van 22 april 2008.

- [3.] Hierna zal ik ook Vink gemakshalve aanduiden als: Licotec.
- [4.] Ik heb het in het arrest weergegeven citaat aangevuld met de laatste overweging die staat onder het kopje 'IN AANMERKING NEMENDE'.
- [5.] Inleidende dagvaarding onder 5.
- [6.] Zie rov. 1.2 van het vonnis van de Ktr. Groenlo van 25 augustus 1997.
- [7.] Alleen te vinden in het B-dossier.
- [8.] Ik vermeld dit omdat het de gevaren illustreert van aansprakelijkheid op grond van art. 7:611 BW.
- [9.] Zie rov. 1.2 van het vonnis van de Rechtbank Zutphen van 22 september 2003.
- [10.] Ook als dit laatste anders zou zijn, kan dat Licotec niet baten omdat bedoeld verweer niet is gevoerd. De voor de hand liggende oplossing voor dit soort kwesties is m.i. een eenvoudig briefje.
- [11.] Zie HR 21 oktober 1983, *NJ* 1984/254; HR 28 oktober 1988, *NJ* 1989/83 en HR 15 december 2006, *RvdW* 2007/10.
- [12.] Zie voetnoot 3 op blz. 6 van de cassatiedagvaarding.
- [13.] *MvT, Kamerstukken II* 1993/94, 23 646, nr. 3, blz. 118.
- [14.] *LJN* BB6178. De annotatie van T. Hartlief staat onder *NJ* 2009/335.
- [15.] Dat blijkt ook uit de s.t. van mr. Van Duijvendijk-Brand onder 3.18 waar terecht wordt aangegeven dat de invalshoek is de arbeidstijdenwetgeving.
- [16.] Aldus ook s.t. mr. Van Duijvendijk-Brand onder 3.19 en repliek onder 4.
- [17.] Een dergelijk oordeel is in overwegende mate van feitelijke aard: HR 19 december 2008, *NJ* 2009/333 rov. 3.3.3.
- [18.] Twijfel is mogelijk of deze situatie valt onder het eerste of het tweede lid van de zojuist genoemde wetten. Ik heb dat verder niet uitgezocht omdat duidelijk is dat deze (in elk geval) onder één van de twee leden valt.
- [19.] Ik heb geen enkel inzicht in het aantal ongevallen waar het in dit soort situaties — die zich, naar van algemene bekendheid is, veelvuldig voordoen — om gaat.
- [20.] Wet van 23 november 1995 houdende bepalingen inzake de arbeids- en rusttijden (*Stb.* 1995, 598), inwerkinggetreden op 1 januari 1996 (*Stb.* 1995, 600), met name *Kamerstukken II* 1993/94, 23 646, nr. 3, blz. 68. De wet is nadien meer malen gewijzigd.
- [21.] Zie nader S.D. Lindenbergh en P.L.M. Schneider, *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk* 2009/3 blz. 22 e.v. en M.S.A. Vegter onder Hof Amsterdam 24 augustus 2006, *SR* 2006/11, blz. 330 e.v.
- [22.] Zie over deze problematiek uitvoerig J.H. Wansink, *AV&S* 2009, blz. 235–245 en T. Hartlief, *AV&S* 2009, blz. 221 e.v. en in Anno 2010 blz. 37 e.v. Tegen deze achtergrond bezien, heb ik wel met lichte verbazing kennis genomen van het standpunt van de verzekeraar van Vonk die wél geen ziet in een aansprakelijkheid van de inlener op deze grond (s.t. 4.5–4.8); zie hiervoor onder 4.
- [23.] S.t. onder 3.22 en 3.29/3.30.
- [1.] In die zin ook (...), onder het arrest a quo, *JA* 2009/74.
- [2.] HR 15 juni 1990, *NJ* 1990/716 PAS; zie voor de overgangsrechtelijke problematiek HR 30 januari 2004, *NJ* 2005/235 HJS.
- [3.] Zie o.m. HR 30 november 2007, *NJ* 2009/329 en HR 1 februari 2008, *NJ* 2009/330 en 331 met noot T. Hartlief onder *NJ* 2009/335.
- [4.] Zie evenwel art. 6:162 lid 3 BW.
- [5.] Voor HR 29 november 1991, *NJ* 1992/808 CJHB. Dat zou anders kunnen zijn wanneer de wet, zoals in Duitsland — overigens in een beperkt aantal gevallen — een basis voor een louter op de billijkheid gebaseerde aansprakelijkheid zou bieden, maar dat is te onzent in de niet-contractuele sfeer niet het geval; zie over Duitsland C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht* nr. 415. Zie voorts over de vergelijkbare — maar zeker niet identieke — problematiek van de rol die het al dan niet voorhanden zijn van een aansprakelijkheidsverzekering mag spelen C.H. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad*, blz. 227 e.v.; A.T. Bolt en J. Spier, *preadvies NJV* 1996, blz. 381/2; T. Hartlief en R.P.J.L. Tjittes, *Verzekering en aansprakelijkheid* (2e dr.), blz. 21 e.v. en Asser-Hartkamp III (2006) nr. 24.
- [6.] HR 14 februari 1969, *NJ* 1969/189 GJS. Deze opvatting is in overeenstemming met de in internationaal verband gangbare; zie Gerhard Wagner, in dezelfde (ed.), *Tort Law and Liability Insurance* blz. 327. In vergelijkbare zin ook HR 29 oktober 1991, *NJ* 1992/808 CJHB rov. 3.5, de aan het arrest voorafgaande conclusie van A-G Strikwerda onder 20 zomede HR 7 november 1975, *NJ* 1976/332 ARB.
- [7.] Ook T. Hartlief wijst hierop: *AV&S* 2009, blz. 221 en 222.
- [8.] Zie daarover nader onder meer T. Hartlief, *AV&S* 2009, blz. 219 en J.H. Wansink, *AV&S* 2009, blz. 235 e.v.
- [9.] Hartlief, t.a.p. blz. 224.
- [10.] Zie nader andermaal Hartlief, t.a.p. blz. 223.
- [11.] HR 1 februari 2008, *NJ* 2009/330 en 331.
- [12.] Het aantal gevallen waarin dat aantoonbaar gebeurt, is schaars; de verkeersrechtspraak lijkt er een patent op te hebben; zie

nader mijn bijdrage aan het NJV-pleidvies 1996, blz. 227 e.v.

- [13.] Vgl. Floris Bakels, *NJB* 2010, blz. 543 e.v. Ik haast me hieraan toe te voegen dat advocaten allicht niet zelden weinig valt 'te verwijten' omdat hun cliënten in voorkomende gevallen vermoedelijk niet bereid zijn om de rekening te betalen voor verdergaand onderzoek. Ook kan men zich niet steeds aan de indruk onttrekken dat een (subalterne) zaakbehandelaar zich in een zaak heeft vastgebeten en dat hij slechts één ding wil: alsnog gelijk krijgen in 'zijn' zaak.
- [14.] Ik bedoel zeker niet dat dit geldt voor alle auteurs. Een deel schrijft zonder de minste twijfel zonder enige vorm van eigen belang (daaronder begrepen kwesties waarover is geadviseerd). Mijn punt is evenwel dat de rechter doorgaans niet weet en ook niet kan weten voor welke auteurs en welke kwesties dit geldt.
- [15.] Als de rechter dat wel zou kunnen, dan had hij deze geschriften niet nodig.
- [16.] In vergelijkbare zin N. Frenk, *AV&S* 2009, blz. 214 (waar ook kritiek op een eerder door mij gedane suggestie).
- [17.] De door mij verdedigde opvatting is niet dwingend. Zo is onder meer de regeling inzake deskundigen op grond van art. 418a Rv van overeenkomstige toepassing in cassatie voorzover uit de regeling omtrent cassatie niet anders voortvloeit. Zelf zou ik denken dat dit laatste het geval is, maar die gedachte is evenmin als de tegenovergestelde visie gemakkelijk te funderen. Zie nader F.F. Langemeijer, J.E. van de Bunt en S. Sierksma, *Trema* 2009, blz. 129 e.v. De auteurs onderkennen intussen dat (in elk geval) art. 419 Rv een complicatie is (blz. 131). Anders dan de auteurs lijken te menen (blz. 131), heb ik er weinig twijfel over dat alleen een Borgers-brief, die geen ruimte biedt om op het standpunt van de wederpartij in te gaan, in voorkomende gevallen onvoldoende is om de spanning met art. 6 EVRM geheel weg te nemen.
- [18.] Dat is, heel anders benaderd en met een andere uitwerking, ook de kernstelling van het belangrijke proefschrift van O.A. Haazen, Algemeen deel van het rechterlijk overgangsrecht.
- [19.] Zie voor het thans geldende recht Hof Amsterdam 24 augustus 2006 en de noot onder dat arrest van M.S.A. Vegter, *Sociaal Recht* 2006, nr. 68 en S.D. Lindenbergh en P.L.M. Schneider, *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk* 2009 met name blz. 32.
- [20.] Zie daarover nader Lindenbergh/Schneider, a.w. blz. 22 e.v.
- [21.] Zie onder 3.5 van mijn eerdere conclusie.
- [22.] HR 17 april 2009, *RvdW* 2009/552 (*RAR* 2009/86; *red.*).
- [23.] Zie onder veel meer in Anno 2010, blz. 119.
- [24.] The Human Dimension of the Law, Speech voor de Isaacs Law Society in Canberra op 3 april 2009; te vinden op de website van de Supreme Court.
- [25.] Judicial Activism under the Indian Constitution, rede van Chief Justice Balakrishan op Trinity College, Dublin op 14 oktober 2009, blz. 14; te vinden op de website van de Supreme Court. Zie, ook voor verdere bronnen, mijn bijdrage in *Festschrift für Helmut Koziol* (2010), blz. 1481–1494.
- [26.] Zie daarover M.S.A. Vegter, *TRA* 2009, blz. 9.
- [27.] Zie daarover onder veel meer de belangwekkende bijdrage van Stan A. du Plessis, *New Tools for the Constitutional Bench*, in A.J. van der Walt (ed.), *Theories of Social and Economic Justice* (2004), blz. 37 e.v.