

ANNOTATIE

# Aansprakelijkheid voor ondergeschikten in in- en uitleensituaties.

**mr. Y. Bosschaart**

*Annotatie bij Hoge Raad, 14-07-2017, ECLI:NL:HR:2017:1345 (PS-2017-0597, AR-2017-0892)*

*In de uitspraak van de Hoge Raad van 14 juli 2017 stond de aansprakelijkheid voor ondergeschikten in in- en uitleensituaties centraal. In deze annotatie wordt achtereenvolgens ingegaan op het oordeel van de Hoge Raad omtrent de te hanteren maatstaf bij het beoordelen van de aansprakelijkheid van de ondergeschikte, de elementen aan de hand waarvan de aansprakelijkheid ex artikel 6:170 BW dient te worden beoordeeld en de invloed van het feit dat sprake is van een in- en uitleensituatie op de beoordeling van de aansprakelijkheid ex artikel 6:170 BW.*

## **1. Het geschil**

De Hoge Raad heeft onlangs een interessant arrest gewezen met betrekking tot aansprakelijkheid voor een ondergeschikte in geval van een in- en weer uitgeleende werknemer. De feiten waren als volgt. Aannemingsbedrijf BAM Rail B.V. (hierna: BAM) heeft in opdracht van Prorail onderhoudswerkzaamheden verricht aan het spoor op het baanvak Boxtel-Eindhoven en heeft daarbij gebruikgemaakt van veiligheidsdiensten van JMV. In dit kader heeft JMV aan BAM werknemers ter beschikking gesteld, onder wie een werkterreinbegeleider (WTB'er) die in dienst was bij bedrijf A. Een van de taken van de WTB'er is te controleren of de wissels in de juiste stand staan. In de nacht van 19 op 20 februari 2009 heeft de WTB'er de machinist opgedragen stapvoets te rijden, zodat hij de wissels kon controleren. De WTB'er is bij de controle niet uitgestapt. Vervolgens heeft hij de

machinist opgedragen door te rijden. Uiteindelijk heeft de trein een wissel beschadigd, doordat de wissel niet in de juiste stand stond. BAM was verzekerd bij Zürich. Zürich heeft aan ProRail de toegebrachte schade vergoed.

In deze procedure vordert Zürich van JMV betaling van het door Zürich betaalde bedrag aan schadevergoeding, stellende dat JMV aansprakelijk is voor de geleden schade. Het hof heeft geoordeeld dat de schade aan de wissel is ontstaan door een fout van de WTB'er en dat JMV ex artikel 6:170 BW voor die schade aansprakelijk is. In cassatie wordt opgekomen tegen dit oordeel van het hof.

In deze annotatie zal ik achtereenvolgens ingaan op de te hanteren maatstaf voor het beoordelen van de onrechtmatigheid van de gedraging van de ondergeschikte, de elementen aan de hand waarvan de aansprakelijkheid ex artikel 6:170 BW wordt beoordeeld en de invloed van het feit dat sprake is van een in- en uitleensituatie op de beoordeling van de aansprakelijkheid ex artikel 6:170 BW

## **2. Onrechtmatigheid van het handelen van de ondergeschikte**

In de onderhavige zaak heeft het hof geoordeeld dat de WTB'er onrechtmatig heeft gehandeld door af te gaan op zijn (onjuiste) visuele oordeel en niet af te stappen van de trein om de wissel te controleren. Daarbij heeft het hof gewezen op de afwijkende weersomstandigheden, te weten vorst en veel vocht in de lucht. In cassatie wordt geklaagd over dit oordeel van het hof.

De Hoge Raad stelt voorop dat de onrechtmatigheid van het handelen van de werknemer in een procedure op basis van artikel 6:170 BW, waarin de werknemer geen partij is, niet anders dient te worden beoordeeld dan in een procedure waarin de aansprakelijkheid van de werknemer zelf in het geding is (r.o. 3.3.3). Dit volgt uit het feit dat bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van de werkgever wordt gekeken naar de onrechtmatigheid van het handelen van de werknemer. De onrechtmatigheid van het handelen van de werknemer in een gevaarzettingsituatie (zoals in de onderhavige zaak) wordt beoordeeld aan de hand van een afweging van de *Kelderluik*-criteria (r.o. 3.3.2). Waar het bij andere aansprakelijkheden, zoals aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken (Rb. 's-Hertogenbosch 5 oktober 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BT6597, r.o. 4.4; Hof 's-Hertogenbosch 10 september 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:4196, r.o. 4.3.2), opstalaansprakelijkheid (HR 17 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6236, *NJ* 2012/155, m.nt. T. Hartlief (*Wilnis*)), productaansprakelijkheid (Hof 's-Hertogenbosch 15 mei 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BA6838) en werkgeversaansprakelijkheid (HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3313, r.o. 3.3.2, *NJ* 2008/460, *JA* 2006/11, m.nt. W.H. van Boom (*Bayar/Wijnen*)), wellicht minder

vanzelfsprekend is dat de *Kelderluik*-criteria een rol (kunnen) spelen bij de beoordeling van de aansprakelijkheid, ligt dat bij aansprakelijkheid voor personen voor de hand. Immers, bij deze vorm van aansprakelijkheid vormt de schuldaansprakelijkheid van de werknemer een vereiste voor de aansprakelijkheid van de werkgever. Daarnaast benadrukt de Hoge Raad nogmaals dat de enkele mogelijkheid van verwezenlijking van een aan bepaald gedrag verbonden gevaar niet voldoende is om het gedrag als onrechtmatig te bestempelen (r.o. 3.3.2). Zodanig gevaarscheppend gedrag is slechts onrechtmatig als de mate van waarschijnlijkheid van die verwezenlijking zo groot is, dat de laedens zich naar maatstaven van zorgvuldigheid van dit gedrag had behoren te onthouden (HR 9 december 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1576, *NJ* 1996/403).

Ten aanzien van het oordeel van het hof omtrent de onrechtmatigheid van het gedrag van de WTB'er wijst de Hoge Raad op vier omstandigheden die niet kenbaar in het oordeel van het hof zijn betrokken: '(i) dat het zicht tijdens de onderhoudsnacht 50-100 meter was, (ii) dat het zicht (daarom) goed was en de betrokken WTB'er het wissel goed kon zien, (iii) dat ook de genoemde machinisten [Y] en [Z] op de werktrein hadden gezegd dat het wissel volgens hen goed lag, en (iv) dat het destijds gebruikelijk was om de stand van het wissel – behoudens bij slecht zicht – vanuit de trein te beoordelen' en oordeelt dat het oordeel van het hof zonder nadere motivering onbegrijpelijk is (r.o. 3.3.4). Het hof heeft namelijk niet duidelijk gemaakt waarom het zicht op de wissel ontoereikend was en waarom de betrokken WTB'er onrechtmatig zou hebben gehandeld door te menen dat hij de wisselstand correct kon waarnemen (r.o. 3.3.4). Ook wijst de Hoge Raad op het feit dat voor het oordeel dat de WTB'er onrechtmatig heeft gehandeld niet redengevend kan zijn dat de inschatting van de WTB'er uiteindelijk onjuist is gebleken en dat deze verkeerde inschatting grote schade tot gevolg heeft gehad (r.o. 3.3.4). Het handelen van de WTB'er dient immers *ex ante* te worden beoordeeld en niet met wijsheid achteraf (zie ook W.H. van Boom, *Structurele fouten in het aansprakelijkheidsrecht* (oratie UvT), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 14). Ten aanzien van het beoordelen van de onrechtmatigheid van het handelen van de werknemer is nog relevant dat het feit dat hierbij de *Kelderluik*-gezichtspunten als toetsingskader moeten worden gehanteerd, invloed heeft op de eisen die worden gesteld aan de motivering van het aansprakelijkheidsoordeel aan de hand van alle relevante omstandigheden van het geval. De feitenrechter dient alle omstandigheden die binnen het kader van de *Kelderluik*-criteria relevant zijn voor de beoordeling van de aansprakelijkheid, in het oordeel te betrekken, zo volgt ook uit de onderhavige uitspraak.

### **3. Aansprakelijkheid ex artikel 6:170 BW**

Voor aansprakelijkheid ex artikel 6:170 BW is vereist dat sprake is van een werkgever en een ondergeschikte, een fout van de ondergeschikte met schade tot gevolg en een functioneel

verband tussen de fout van de ondergeschikte en zijn werk. Het functioneel verband valt uiteen in twee elementen: het zeggenschapsvereiste en het kansvereiste (E.M. Tjon En Fa, 'Het functioneel verband van art. 6:170 BW wordt losjes aangelegd. HR 9 november 2007, LJN BA7557 (Groot Kievietdal)', *MvV* 2007, afl. 12; F.T. Oldenhuis, *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:170 BW, aant. 5.1.1). In de wettekst is dit als volgt verwoord: de kans op de fout is door de opdracht tot het verrichten van de taak vergroot en degene in wiens dienst de ondergeschikte stond had uit hoofde van hun rechtsbetrekking zeggenschap over de gedragingen waarin de fout was gelegen. Zowel het begrip 'ondergeschikte' als het begrip 'zeggenschap' wordt ruim uitgelegd. Zo brengt het bestaan van een arbeidsovereenkomst wel mee dat sprake is van ondergeschiktheid, maar is voor ondergeschiktheid niet steeds een arbeidsovereenkomst vereist (*Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV\** 2015/183; F.T. Oldenhuis, *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:170 BW, aant. 3.2). Voldoende is dat sprake is van feitelijke ondergeschiktheid en deze ondergeschiktheid kan zelfs van incidentele aard zijn (*Parl. Gesch. BW Boek 6 1981*, p. 714). Voor zeggenschap is voldoende dat de werkgever in theorie bevoegd is zeggenschap over het gedrag van de ondergeschikte uit te oefenen. Niet van belang is of de werkgever ook daadwerkelijk instructies heeft gegeven (E.M. Tjon En Fa, 'Het functioneel verband van art. 6:170 BW wordt losjes aangelegd. HR 9 november 2007, LJN BA7557 (Groot Kievietdal)', *MvV* 2007, afl. 12; *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV\** 2015/183). Ook het vereiste van de kansvergroting dient ruim te worden uitgelegd. Het gaat er daarbij niet om of de kans op de fout is vergroot door een opdracht aan de werknemer tot het verrichten van een 'bepaalde taak'. Getoetst moet worden of tussen de fout van de betrokken werknemer en diens werk in dienstbetrekking een zodanig verband bestaat dat zijn werkgever voor de daardoor veroorzaakte schade aansprakelijk is (HR 30 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ6020, r.o. 4.1-4.2.2, *NJ* 2010/52, m.nt. M.R. Mok).

In de onderhavige zaak wordt in cassatie geklaagd dat geen sprake is van ondergeschiktheid, omdat het feit dat JMV de bevoegdheid had de betrokken WTB'er al dan niet uit te lenen, nog niet mee zou brengen dat sprake is van een instructiebevoegdheid. Daarnaast wordt in cassatie geklaagd dat geen sprake zou zijn van een functioneel verband, omdat de algemene oproep- en uitleenbevoegdheid niets zou zeggen over de kansvergroting en de vraag of JMV zeggenschap had over het gedrag van de betrokken WTB'er. De Hoge Raad legt de vereisten voor aansprakelijkheid ex artikel 6:170 BW ook in de onderhavige zaak ruim uit. Zo overweegt de Hoge Raad met betrekking tot de vereiste zeggenschap dat voldoende is dat JMV zeggenschap heeft over de vraag of en wanneer de WTB'er werkzaamheden voor BAM dient uit te voeren (vgl. HR 13 mei 1988, ECLI:NL:HR:1988:AC3070, *NJ* 1989/896) en met betrekking tot de vereiste kansvergroting dat het ter beschikking stellen van de betrokken WTB'er kan worden aangemerkt als opdracht in de zin van artikel 6:170 BW en dat die opdracht de kans op de fout van de WTB'er heeft vergroot.

#### **4. Aansprakelijkheid ex artikel 6:170 BW in in- en uitleensituaties**

In de onderhavige zaak is sprake van een in- en uitleensituatie. De vraag rijst dan welke werkgever aansprakelijk is ex artikel 6:170 BW: de formele of de materiële werkgever of beide werkgevers? Wanneer de materiële werkgever bevoegd is instructies te geven en de werknemer deze instructies dient op te volgen, kan de materiële werkgever ex artikel 6:170 BW aansprakelijk zijn voor de door een fout van deze werknemer veroorzaakte schade (HR 31 mei 1968, ECLI:NL:HR:1968:AC4869, *NJ* 1968/323 (*Aarts/Nuboer*)). De formele werkgever wordt echter in beginsel niet van aansprakelijkheid ontheven doordat de materiële werkgever tijdelijk beschikt over de arbeid van de ondergeschikte en in dat kader aanwijzingen kan geven ten aanzien van de werkzaamheden van de ondergeschikte (HR 17 januari 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4517, *NJ* 1984/607, m.nt. C.J.H. Brunner). Uitgangspunt is dus dat naast de materiële werkgever ook de formele werkgever aansprakelijk is. Slechts wanneer de formele werkgever alle zeggenschap heeft verloren, is deze niet ex artikel 6:170 BW aansprakelijk voor de door een fout van een ondergeschikte veroorzaakte schade (HR 17 januari 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4517, *NJ* 1984/607).

Dat de formele werkgever alle zeggenschap heeft verloren zou moeten volgen uit de overeenkomst tussen de formele en de materiële werkgever en de wijze waarop daaraan uitvoering wordt gegeven (*Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV\** 2015/185). De kritiek op deze mogelijkheid voor de formele werkgever om aan aansprakelijkheid te ontsnappen is door A-G Hartlief uitvoerig besproken in de conclusie voor het onderhavige arrest (onder 3.21 en 3.22). Het zou namelijk onwenselijk zijn dat de verhaalsmogelijkheden van de benadeelde afhankelijk zijn van afspraken tussen de formele en materiële werkgever waar deze benadeelde geen kennis van heeft. De vraag is dan of het beter zou zijn geweest indien de formele werkgever deze eerdergenoemde ontsnappingsmogelijkheid niet zou hebben gekregen. Mijns inziens dient die vraag bevestigend te worden beantwoord. De benadeelde wordt dan namelijk niet beperkt in zijn verhaalsmogelijkheden en de formele en materiële werkgever kunnen ten aanzien van de interne draagplicht onderling afspraken maken. De interne draagplicht wordt, zoals ook aangestipt door A-G Hartlief, beheerst door het regime van artikel 6:102 BW jo. 6:101 BW jo. 6:10 BW, dat van regelend recht is. Indien de formele werkgever dus jegens de benadeelde niet de mogelijkheid zou hebben het verweer te voeren dat zeggenschap ontbreekt, zou deze werkgever wel kunnen ontkomen aan de vergoedingsplicht door dit overeen te komen met de materiële werkgever. Daarnaast meen ik dat de eerdergenoemde ontsnappingsmogelijkheid van de formele werkgever niet goed valt te rijmen met de bescherming van de benadeelde die ten grondslag ligt aan de risicoaansprakelijkheid van artikel 6:170 BW.

In de onderhavige zaak onderkent de Hoge Raad het belang van de bescherming van de

benadeelde tegen onbekendheid met afspraken tussen de werkgevers in de overweging omtrent het zeggenschapsvereiste:

*‘Een andere opvatting, die zou meebrengen dat de benadeelde voor het antwoord op de vraag wie ingevolge art. 6:170 BW jegens hem aansprakelijk is, bekend moet zijn met de afspraken die tussen de verschillende in aanmerking komende “werkgevers” met betrekking tot de instructiebevoegdheid van de ondergeschikte zijn gemaakt, zou afbreuk doen aan de door die bepaling beoogde bescherming van de benadeelde’ (r.o 3.4.2).*

Echter, zolang de formele werkgever jegens de benadeelde het verweer kan voeren dat zeggenschap ontbreekt, wordt de benadeelde nog steeds niet optimaal beschermd tegen deze onbekendheid met afspraken tussen de werkgevers. Mijns inziens zou dan ook nog meer recht worden gedaan aan de ratio van artikel 6:170 BW wanneer voor de formele werkgever het gebrek aan zeggenschap geen mogelijkheid was om aan aansprakelijkheid te ontkomen. De vraag is echter hoe vaak deze ontsnappingsmogelijkheid van de formele werkgever er daadwerkelijk toe zal leiden dat de formele werkgever aan aansprakelijkheid kan ontkomen. Zo staat in de onderhavige zaak het feit dat JMV de formele werkgever is, vanwege de ruime uitleg van het zeggenschapsvereiste, niet aan aansprakelijkheid van JMV in de weg. In veel situaties, waaronder ook de onderhavige in- en uitleensituatie, zal een ruime uitleg van de vereisten van het functioneel verband mijns inziens dan ook voldoende zijn om tot aansprakelijkheid van de formele werkgever te kunnen komen.