

LJN: BV0616, Hoge Raad , 10/05217

Datum 23-03-2012

uitspraak:

Datum 23-03-2012

publicatie:

Rechtsgebied: Civiel overig

Soort procedure: Cassatie

Inhoudsindicatie: Werkgeversaansprakelijkheid voor personen die buiten dienstbetrekking voor opdrachtgever werkzaamheden verrichten in uitoefening van diens beroep of bedrijf? Art. 7:658 lid 4 BW. Zorgplicht opdrachtgever voor persoon die voor zijn veiligheid afhankelijk is van degene voor wie hij de werkzaamheden verricht. Beroeps- of bedrijfsuitoefening van opdrachtgever.

Vindplaats(en): Rechtspraak.nl

Uitspraak

23 maart 2012

Eerste Kamer

10/05217

EV/AK

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest

in de zaak van:

[Eiser],
wonende te [woonplaats],
EISER tot cassatie,
advocaat: aanvankelijk mr. R.A.A. Duk, thans mr. P.A. Ruig,

t e g e n

ALLSPAN BARNEVELD B.V. (voorheen genaamd: Vezelverwerking Barneveld B.V.),
gevestigd te Barneveld,
VERWEERSTER in cassatie,
advocaat: mr. G.R. den Dekker en mr. L.B. de Graaf.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als [eiser] en Allspan.

1. Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

a. de vonnissen in de zaak 163089/HA ZA 07-1841 van de rechtbank Arnhem van 12 maart 2008, 7 mei 2008 en 10 september 2008;

b. de arresten in de zaak 200.026.238 van het gerechtshof te Arnhem van 17 november 2009 (tussenarrest) en 17 augustus 2010 (eindarrest).

De arresten van het hof zijn aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen het eindarrest van het hof heeft [eiser] beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

Allspan heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor Allspan toegelicht door haar advocaten en voor [eiser] door mr. S.F. Sagel, advocaat te Amsterdam.

De conclusie van de waarnemend Advocaat-Generaal A. Hammerstein strekt tot vernietiging en

verwijzing.

De advocaten van Allspan hebben bij brief van 20 januari 2012 op die conclusie gereageerd.

3. Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) [Eiser] heeft een eenmanszaak en maakt - in opdracht - staalconstructies en machines. Verder verricht hij revisies en reparaties aan machines. Hij had eind 2004/begin 2005 één werknemer in dienst.

(ii) Allspan (die tot een fusie met drie andere vennootschappen op 6 september 2006 Vezelverwerking Barneveld B.V. was genaamd) houdt zich volgens de bedrijfsomschrijving in het uittreksel van de Kamer van Koophandel van 18 april 2006 bezig met "de exploitatie van een vezelverwerkingsbedrijf; het deelnemen in-, en directie voeren over- of zich op andere wijze interesseren bij andere ondernemingen met een gelijk of aanverwant doel". Zij verwerkt resthout uit de houtindustrie tot houtkrullen en houtkorrels.

(iii) Enig bestuurder van Allspan (zowel voor als na de fusie) is [betrokkene 1].

Enig aandeelhouder van Allspan was en is Allspan Holding B.V. (hierna: Allspan Holding). Allspan Holding had begin 2005 zowel direct als indirect, via haar dochterondernemingen, belangen in verschillende Nederlandse, Duitse en Belgische vennootschappen.

(iv) Sinds 3 september 2004 bestond een joint venture tussen Allspan Vezelverwerking B.V. (een van de vennootschappen waarmee Allspan in 2006 is gefuseerd) en de Belgische vennootschap N.V. Forallspan, thans genaamd N.V. Royalspan (hierna: Royalspan). Op 18 maart 2005 is deze joint venture beëindigd. Allspan Holding hield een deel van de aandelen in Royalspan.

(v) Eind 2004/begin 2005 heeft [eiser] in het bedrijf van Royalspan in Wielsbeke, België, gedurende een aantal weken werkzaamheden verricht aan een vezelverwerkingsmachine. In de uitoefening van die werkzaamheden is [eiser] op 8 februari 2005 een ernstig ongeval overkomen als gevolg waarvan zijn rechterbeen boven de knie is geamputeerd. Hij kan geen beroep doen op een arbeidsongeschiktheidsverzekering, omdat hij een dergelijke verzekering niet heeft afgesloten.

3.2 In dit geding vordert [eiser] een verklaring voor recht dat Allspan aansprakelijk is voor de door hem geleden en nog te lijden schade als gevolg van het in 3.1 onder (v) bedoelde ongeval, en veroordeling van Allspan tot vergoeding van de schade, nader op te maken bij staat. [Eiser] heeft hieraan ten grondslag gelegd, voor zover in cassatie nog van belang, dat Allspan op grond van art. 7:658 lid 4 BW aansprakelijk is voor de schade, nu [eiser] de werkzaamheden bij Royalspan als onderaannemer van Allspan heeft verricht en Allspan zeggenschap over die werkzaamheden had. Allspan heeft de vorderingen betwist.

3.3 De rechtbank oordeelde in haar eindvonnis dat tussen [eiser] en Allspan een overeenkomst van (onder)aanneming van werk is tot stand gekomen die ertoe strekte dat [eiser] voor rekening en risico van Allspan in het bedrijf van Royalspan (reparatie)werkzaamheden zou verrichten aan de vezelverwerkingsmachine (rov. 7). Vervolgens heeft de rechtbank beoordeeld of de werkzaamheden van [eiser] zijn verricht in de uitoefening van het bedrijf van Allspan als bedoeld in art. 7:658 lid 4 BW. Volgens de rechtbank was hiervan geen sprake, nu niet kan worden aangenomen dat het (laten) uitvoeren van (reparatie)werkzaamheden aan machines bij derden tot de normale bedrijfsuitoefening van Allspan behoorde (rov. 8-9). De rechtbank heeft de vorderingen afgewezen.

3.4 Het hof heeft het vonnis van de rechtbank bekrachtigd. Het is bij zijn beoordeling ervan uitgegaan dat [eiser] de werkzaamheden als (onder)aannemer in opdracht van Allspan, dus niet als werknemer van Allspan, heeft verricht (rov. 3.8). Het hof oordeelde dat [eiser] zich niet kan beroepen op art. 7:658 lid 4 BW en overwoog daartoe als volgt.

Het is de vraag of een zelfstandig ondernemer als [eiser] kan worden aangemerkt als "een persoon" als bedoeld in art. 7:658 lid 4 BW. Uit de wetsgeschiedenis alsmede uit de plaatsing van de bepaling in titel 10 van boek 7 lijkt te volgen dat de wetgever bescherming heeft willen bieden aan werknemers, niet ook aan zelfstandigen. Verdedigd kan worden dat van zelfstandigen (zoals eenmanszaken, zzp'ers) mag worden verwacht dat zij zichzelf naar behoren verzekeren tegen de gevolgen van arbeidsongevallen. Men kan echter tegenwerpen dat er geen goede grond is kleine zelfstandigen een beroep op de bepaling te onthouden, temeer nu zij (zoals in dit geval voor [eiser] geldt) niet altijd over een behoorlijke verzekering tegen risico's van arbeidsongevallen beschikken. (rov. 3.8 - 3.10) Hoe dat zij, doorslaggevend is dat in dit geval niet is voldaan aan het vereiste dat de door [eiser] bij Royalspan verrichte werkzaamheden zijn verricht in de uitoefening van het bedrijf van Allspan. De bedrijfsuitoefening van Allspan bestaat uit het verwerken van resthout uit de houtindustrie tot

houtkrullen en houtkorrels. Daarbij gebruikt Allspan vezelverwerkingsmachines. Het ligt in de rede om regulier onderhoudswerk aan zulke machines nog aan te merken als werk dat wordt verricht in de uitoefening van dat bedrijf, nu onderhoudswerk aan de vezelverwerkingsmachines in het verlengde ligt van de verwerking van resthout. Dat ligt echter anders met reparatie- of revisiewerkzaamheden van zulke machines. Die werkzaamheden kunnen bezwaarlijk worden gerekend tot het verwerken van resthout in houtkrullen en houtkorrels en dus tot de bedrijfsuitoefening van Allspan. Daarop wijst ook de omstandigheid dat Allspan die werkzaamheden niet zelf verricht, maar juist uitbesteedt aan derden, zoals [eiser]. Bovendien gaat het niet om reparatie- of revisiewerkzaamheden aan machines van Allspan zelf, maar van een derde, waaraan niet kan afdoen dat die derde (Royalspan) een vennootschap is waarmee de holdingmaatschappij van Allspan destijds een joint venture vormde. (rov. 3.11)

3.5 Het middel keert zich in de onderdelen 1 en 2 tegen het oordeel dat [eiser] geen beroep toekomt op art. 7:658 lid 4 BW.

Onderdeel 1 is voorgedragen voor zover het hof heeft geoordeeld dat [eiser] niet kan worden aangemerkt als "een persoon" als bedoeld in art. 7:658 lid 4.

Deze lezing mist feitelijke grondslag, omdat het hof blijkens de eerste volzin van rov. 3.11 in het midden heeft gelaten of [eiser] als "een persoon" in vorenbedoelde zin kan worden aangemerkt. Het onderdeel kan derhalve niet tot cassatie leiden. Niettemin zal in het hiernavolgende volledigheidshalve worden ingegaan op de vraag of de bepaling ook toepassing kan vinden in het geval dat de arbeid door een zelfstandig ondernemer op grond van een overeenkomst van aanneming van werk wordt verricht.

Onderdeel 2 stelt de vraag aan de orde wanneer de werkzaamheden geacht kunnen worden te hebben plaatsgevonden "in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf" als bedoeld in art. 7:658 lid 4.

Bij de beoordeling dient het volgende tot uitgangspunt.

Reikwijdte van art. 7:658 lid 4 BW

3.6.1 Het gaat in deze zaak om de reikwijdte van art. 7:658 lid 4 BW. Hierin is, voor zover thans van belang, bepaald:

"Hij die in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf arbeid laat verrichten door een persoon met wie hij geen arbeidsovereenkomst heeft, is overeenkomstig de leden 1 tot en met 3 aansprakelijk voor de schade die deze persoon in de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt".

De bepaling is aan art. 7:658 BW toegevoegd bij gelegenheid van de Wet flexibiliteit en zekerheid (Stb. 1998, 300). Uit de Tweede Nota van Wijziging, waarbij de bepaling werd geïntroduceerd, volgt dat de regering in eerste instantie vooral het oog heeft gehad op situaties waarin een werknemer door zijn werkgever bij een derde is tewerkgesteld:

"Tussen de werknemer en deze derde bestaat dan geen arbeidsovereenkomst. Schiet deze derde verwijtbaar tekort in het treffen van veiligheidsmaatregelen en lijdt de werknemer daardoor schade, dan kan de werknemer, omdat hij niet in dienst is van de derde, deze niet ingevolge artikel 658 BW aansprakelijk stellen."

(Kamerstukken II, 1997-1998, 25 263, nr. 14, p. 6)

Met lid 4 is beoogd een grondslag voor aansprakelijkheid te bieden indien de derde tekortschiet in het treffen van veiligheidsmaatregelen en degene die de arbeid verricht daardoor schade lijdt. Als voorbeelden van een tewerkstelling bij derden, waarbij tussen de werknemer en de derde geen arbeidsovereenkomst bestaat, worden in de Tweede Nota van Wijziging (t.a.p.) genoemd uitzendarbeid, uitlening en aanneming van werk.

Opgemerkt wordt dat het ook mogelijk is dat tussen degene die de arbeid verricht en degene voor wie hij de arbeid verricht wel een overeenkomst is gesloten, zij het geen arbeidsovereenkomst. De minister noemt in dit verband als voorbeeld bepaalde stageovereenkomsten. Uit een en ander blijkt dat de bepaling niet beperkt is tot gevallen waarin een werknemer door zijn werkgever bij een derde is tewerkgesteld.

3.6.2 De vraag is welke verhoudingen nog meer door art. 7:658 lid 4 BW worden bestreken.

Voor de beantwoording van deze vraag is van belang de toelichting die de minister, toegespitst op inlenersaansprakelijkheid, bij de introductie van de bepaling omtrent de strekking van de bepaling heeft gegeven:

"De aansprakelijkheid van de inlener is wenselijk omdat de vrijheid van degene die een bedrijf uitoefent om te kiezen voor het laten verrichten van het werk door werknemers of door anderen, niet van invloed behoort te zijn op de rechtspositie van degene die het werk verricht en betrokken raakt bij een bedrijfsongeval of anderszins schade oploopt. Anders gezegd: een werkgever die zijn zorgverplichtingen niet nakomt dient op gelijke voet aansprakelijk te zijn voor de schade van werknemers en anderen die bij hem werkzaam zijn. Daarom dient de aansprakelijkheid van de inlener voor bedrijfsongevallen waarbij (ook) andere dan eigen werknemers betrokken zijn, een specifieke wettelijke grondslag te krijgen. De hier voorgestelde bepaling biedt deze grondslag."
(Kamerstukken II, 1997-1998, 25 263, nr. 14, p. 6)

Ook in latere opmerkingen van de minister, gemaakt in het kader van de behandeling van het wetsvoorstel tot wijziging van het Burgerlijk Wetboek, het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 en van enige andere wetten (Wet van 24 december 1998, Stb. 1998, 741), ligt het accent op de aan de bepaling van lid 4 ten grondslag liggende beschermingsgedachte, en wordt niet nader ingegaan op het soort rechtsverhoudingen dat door de bepaling wordt bestreken:

"Achtergrond van het nieuwe lid 4 is dat de vrijheid van degene die een beroep of bedrijf uitoefent om te kiezen voor het laten verrichten van het werk door werknemers of door anderen niet van invloed behoort te zijn op de rechtspositie van degene die het werk verricht en betrokken raakt bij een bedrijfsongeval of anderszins schade oploopt. Met andere woorden: Een werkgever die zijn zorgverplichtingen niet nakomt dient op gelijke voet aansprakelijk te zijn voor de schade van werknemers en anderen die bij hem werkzaam zijn."
(Kamerstukken I, 1998-1999, 26 257, nr. 110b, p. 7)

Uit deze passages, in het bijzonder uit de bewoordingen "op gelijke voet", kan als bedoeling van de wetgever worden afgeleid dat de bepaling ertoe strekt bescherming te bieden aan personen die zich, wat betreft de door de werkgever in acht te nemen zorgverplichtingen, in een met een werknemer vergelijkbare positie bevinden. Dit brengt mee dat art. 7:658 lid 4 zich voor toepassing leent indien de persoon die buiten dienstbetrekking werkzaamheden verricht, voor de zorg voor zijn veiligheid (mede) afhankelijk is van degene voor wie hij die werkzaamheden verricht. Of dit het geval is, zal aan de hand van de omstandigheden van het geval bepaald moeten worden, waarbij onder meer van belang zijn de feitelijke verhouding tussen betrokkenen en de aard van de verrichte werkzaamheden, alsmede de mate waarin de "werkgever", al dan niet door middel van hulppersonen, invloed heeft op de werkomstandigheden van degene die de werkzaamheden verricht en op de daarmee verband houdende veiligheidsrisico's.

3.6.3 Voor toepassing van art. 7:658 lid 4 is tevens vereist dat de werkzaamheden hebben plaatsgevonden "in de uitoefening van het beroep of bedrijf" van degene in wiens opdracht de arbeid is verricht. Door de minister is in dit verband opgemerkt dat het moet gaan om "werkzaamheden die de derde in het kader van de uitoefening van zijn beroep of bedrijf ook door eigen werknemers had kunnen laten verrichten" (Kamerstukken II, 1998-1999, 26 257, nr. 7, p. 15). In de wetsgeschiedenis zijn verder geen criteria geformuleerd aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of sprake is geweest van werkzaamheden "in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf" als bedoeld in art. 7:658 lid 4.

Aangenomen moet worden dat de reikwijdte van de bepaling niet beperkt is tot werkzaamheden die tot het wezen van de beroeps- of bedrijfsuitoefening van de desbetreffende opdrachtgever kunnen worden gerekend of normaal gesproken in het verlengde daarvan liggen. Mede gelet op het beschermingskarakter van art. 7:658 lid 4 kunnen daaronder ook andere werkzaamheden vallen, waarbij bepalend is of de verrichte werkzaamheden, gelet op de wijze waarop de desbetreffende opdrachtgever aan zijn beroep of bedrijf invulling pleegt te geven, feitelijk tot zijn beroeps- of bedrijfsuitoefening behoren. Dit zal aan de hand van de omstandigheden van het geval beoordeeld moeten worden.

Toepassing van art. 7:658 lid 4 BW op het onderhavige geval

3.7 Blijkens de hiervoor in 3.1 weergegeven vaststaande feiten heeft [eiser] in opdracht van Allspan technische (reparatie)werkzaamheden verricht in het bedrijf van Royalspan. De omstandigheid dat [eiser], een kleine zelfstandige, bedoelde werkzaamheden als (onder)aannemer heeft verricht, staat, zo volgt uit het hiervoor in 3.6.2 overwogene, op zichzelf niet aan een beroep op art. 7:658 lid 4 BW in de weg. Aan de hand van de aan het slot van 3.6.2 vermelde maatstaven dient te worden beoordeeld of [eiser] binnen het beschermingsbereik van die bepaling valt.

3.8.1 Het hof heeft geoordeeld dat de bedrijfsuitoefening van Allspan bestaat in het verwerken van resthout uit de houtindustrie tot houtkrullen en houtkorrels en dat zij daarbij gebruik maakt van vezelverwerkingsmachines, dat het in de rede ligt regulier onderhoudswerk aan die machines nog aan te merken als werk dat wordt verricht in de uitoefening van het bedrijf van Allspan nu dergelijk onderhoudswerk "in het verlengde ligt van de verwerking van resthout", maar dat reparatie- of revisiewerkzaamheden van zulke machines "bezwaarlijk kunnen worden gerekend tot het verwerken van resthout tot houtkrullen en houtkorrels en dus tot de bedrijfsuitoefening van Allspan". Onderdeel 2a klaagt terecht dat het hof daarmee blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Dat de onderhavige reparatie- of revisiewerkzaamheden in het algemeen niet behoren tot de werkzaamheden die in het verlengde liggen van de verwerking van resthout, sluit op zichzelf niet uit dat sprake is geweest van werkzaamheden "in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf" als bedoeld in art. 7:658 lid 4 BW. Van zodanige werkzaamheden is immers ook sprake indien die reparatie- of revisiewerkzaamheden, gelet op de wijze waarop Allspan invulling placht te geven aan haar bedrijf, feitelijk tot haar bedrijfsuitoefening behoorden (zie hetgeen hiervoor aan het slot van 3.6.3 is overwogen).

3.8.2 In de onderdelen 2b en 2c, die rechts- en motiveringsklachten bevatten, wordt verwezen naar de door [eiser] in hoger beroep aangevoerde stelling dat één van de bedrijfsactiviteiten van Allspan nu juist bestond in het voor derden op locatie verrichten van reparatiewerkzaamheden. In de memorie van grieven, onder 41 en 43, heeft [eiser] onder meer gesteld dat de feitelijke activiteiten van Allspan meer inhielden dan alleen de exploitatie van een vezelverwerkingsbedrijf en dat Allspan binnen haar eigen organisatie maar ook bij andere ondernemingen met een gelijk en aanverwant doel voor revisies van vezelverwerkingsmachines zorgde.

Onder 39 en 40 van de memorie van grieven worden enkele voorbeelden genoemd van eerdere projecten bij andere bedrijven (in Duitsland en Polen) waaraan [eiser] in opdracht van Allspan heeft gewerkt. De achtergrond en wijze van samenwerking is tijdens de pleitzitting namens [eiser] nog verder toegelicht. Zo is opgemerkt (pleitnota mr. Van Schoonhoven onder 2.9): "[eiser] werkte veel voor Vezelverwerking. [Betrokkene 1] belde hem dan weer op en zei: we gaan morgen naar Zweden, of naar Rusland etc. Er was dan een probleem aan een machine om dat dan samen op te knappen. [Eiser] verrichtte een groot deel van het jaar allerlei klussen via [betrokkene 1], bij aan Vezelverwerking Barneveld gelieerde bedrijven [...], maar [ook] zo nu en dan bij derden. Altijd bracht hij deze werkzaamheden dan in rekening bij Vezelverwerking Barneveld (...)". Ter onderbouwing wordt verwezen naar door [eiser] aan Allspan in rekening gebrachte nota's, die als productie 14 ter gelegenheid van de zitting in het geding zijn gebracht. De nota's dateren van 1996 tot en met 2005. In onderdeel 2b wordt voorts gewezen op stellingen van [eiser] die erop neerkomen dat technische kennis ook bij Allspan zelf aanwezig was in de persoon van [betrokkene 1], dat [betrokkene 1] vaak, en zo ook bij de reparatie bij Royalspan, betrokken was bij de uitvoering van de reparatiewerkzaamheden waarvoor [eiser] was ingeschakeld, en dat [betrokkene 1] zelf ook wel dergelijke werkzaamheden in concernverband of bij derden verrichtte. Hiertoe wordt onder meer verwezen naar de memorie van grieven, waarin onder 37 en 38 hierop betrokken stellingen zijn te vinden, alsmede naar de pleitnota in hoger beroep, waarin onder 3.9 wordt opgemerkt: "Ook tijdens de klus bij Royalspan was [betrokkene 1] meerdere keren aanwezig. Hij gaf [eiser] instructie over de te behalen productiecapaciteit, hij heeft de eerste week intensief meegewerkt en is ook daarna nog verschillende keren bij Royalspan geweest om te kijken hoe het vorderde. Zo heeft [betrokkene 1] ervoor gezorgd dat er een nieuwe aanvoerlijn werd aangeschaft. Zo heeft [betrokkene 1] nog samen met [eiser] boven op de machine gestaan om de problemen met de motor in de kop van de transportschroef te beoordelen en een oplossing te verzinnen. Daarna is er een nieuwe motor aangeschaft en heeft [betrokkene 1] nog geholpen deze te helpen monteren".

Deze stellingen kunnen op zichzelf de conclusie dragen dat de door [eiser] bij Royalspan verrichte werkzaamheden in de uitoefening van het bedrijf van Allspan hebben plaatsgevonden in de zin van art. 7:658 lid 4 BW. Nu het hof de juistheid van deze stellingen niet (kenbaar) heeft beoordeeld, is zijn oordeel dat de door [eiser] verrichte werkzaamheden niet tot de bedrijfsuitoefening van Allspan behoorden, zonder nadere motivering dan ook onbegrijpelijk. Voor zover het hof heeft geoordeeld dat de omstandigheden dat de werkzaamheden door Allspan waren uitbesteed aan [eiser] en dat de werkzaamheden zijn verricht bij een derde (Royalspan), eraan in de weg staan aan te nemen dat de door [eiser] verrichte werkzaamheden in de uitoefening van het bedrijf van Allspan hebben plaatsgevonden, geeft dat oordeel blijk van een onjuiste rechtsopvatting. De op het bovenstaande betrekking hebbende klachten van onderdelen 2b en 2c treffen mitsdien eveneens doel.

Het slagen van deze klachten brengt mee dat ook onderdeel 3, dat is gericht tegen het passeren door het hof in rov. 3.15 van het door [eiser] gedane bewijsaanbod, slaagt.

3.9 Onderdeel 4 heeft geen zelfstandige betekenis en behoeft derhalve geen behandeling. Uit hetgeen hiervoor is overwogen, volgt dat het bestreden arrest niet in stand kan blijven en dat na verwijzing opnieuw zal moeten worden beoordeeld of de vorderingen van [eiser] op de grondslag van art. 7:658 lid 4 BW toewijsbaar zijn.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het gerechtshof te Arnhem van 17 augustus 2010;
verwijst het geding naar het gerechtshof te 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing;
veroordeelt Allspan in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [eiser] begroot op € 459,11 aan verschotten en € 2.600,-- voor salaris.

Dit arrest is gewezen door de vice-president J.B. Fleers als voorzitter en de raadsheren C.A. Streefkerk, W.D.H. Asser, M.A. Loth en G. Sniijders, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer F.B. Bakels op 23 maart 2012.

Conclusie

10/05217

mr. Hammerstein

Zitting van 6 januari 2011

Conclusie inzake:

[Eiser],
eiser tot cassatie,
adv.: mr. R.A.A. Duk
(hierna: [eiser])

tegen:

Allspan Barneveld B.V.
verweerster in cassatie
adv.: G.R. den Dekker en L.B. de Graaf
(hierna: Allspan)

Het gaat in deze zaak om de vraag of Allspan op de voet van art. 7:658 lid 4 BW aansprakelijk is voor de door [eiser] geleden schade als gevolg van een bedrijfsongeval bij een derde.

1. Feiten

1.1 In cassatie kan worden uitgegaan van de navolgende feiten zoals de rechtbank Arnhem deze heeft vastgesteld in rov. 1.1 t/m 1.5 van haar vonnis van 10 september 2008. Het hof Arnhem is blijkens rov. 2 van zijn arrest van 17 augustus 2010 eveneens van die feiten uitgegaan.

1.2 [Eiser] heeft een eenmanszaak en maakt - in opdracht - staalconstructies en machines. Verder verricht hij revisies en reparaties aan machines.

1.3 Tot een fusie op 6 september 2006 met Allspan Moerdijk B.V., Fibra Engineering B.V. en Allspan Vezelverwerking B.V., was Allspan genaamd Vezelverwerking Barneveld. Volgens de bedrijfsomschrijving in het uittreksel van de Kamer van Koophandel van 18 april 2006 houdt Allspan zich bezig met "de exploitatie van een vezelverwerkingsbedrijf; het deelnemen in-, en directie voeren over- of zich op andere wijze interesseren bij andere ondernemingen met een gelijk of aanverwant doel". Enig bestuurder van Vezelverwerking Barneveld was [betrokkene 1]. Na de fusie is [betrokkene 1] bestuurder geworden van Allspan. Enig aandeelhouder van Vezelverwerking Barneveld/Allspan was en is Allspan Holding B.V. Zij had begin 2005 zowel direct als indirect, via haar dochterondernemingen, belangen in verscheidene Nederlandse, Duitse en Belgische vennootschappen.

1.4 Sinds 3 september 2004 bestond een joint venture tussen Allspan Vezelverwerking en de Belgische vennootschap N.V. Forallspan, thans genaamd N.V. Royalspan (hierna: Royalspan). Op 18 maart 2005 is deze joint venture beëindigd.

1.5 Eind 2004 en begin 2005 heeft [eiser] in het bedrijf van Royalspan in Wielsbeke, België, gedurende een aantal weken werkzaamheden verricht aan een vezelverwerkingsmachine. Daarbij is [eiser] op 8 februari 2005 een ernstig ongeval overkomen als gevolg waarvan zijn rechterbeen boven de knie is geamputeerd.

1.6 Naar aanleiding van het ongeval heeft op 15 april 2005 een veiligheidsonderzoek plaatsgevonden door AIB-Vincote N.V. Van dat onderzoek is een rapport opgemaakt. Daarin is onder meer het volgende opgenomen:

Beknopte beschrijving van het ongeval:

Volgens bekomen info ter plaatse is een Lysair werknemer (08/02/05) samen met een zelfstandig onderaannemer tot bij de aanvoer van de ongezeefde houtkrullen (...) gegaan, om ter plaatse uitleg te geven aangaande bepaalde ingrepen op de installatie (...)

Hierbij is men vanaf het tussenplatform (te bereiken met een vaste verticale ladder) via de 'zeven' op de 'schroefvoeding zeven' geklommen (deze laatste zijn niet voorzien van trappen en/of leuning).

Tijdens het lopen op de schroef heeft het slachtoffer doorheen een breekplaat van een explosieluik getrapt en is hierdoor in de betreffende draaiende schroef terecht gekomen, met ernstige verwondingen als gevolg.

Visuele vaststellingen:

1. (...) De machinerichtlijn (...) schrijft voor dat: De delen van de machine waarop zich naar verwachting personen zouden kunnen verplaatsen of bevinden, moeten zodanig zijn ontworpen en uitgevoerd dat er geen personen op deze delen kunnen uitglijden, struikelen dan wel eruit of eraf kunnen vallen (...). De fabrikant moet voorzien in middelen (...) om op veilige wijze alle plaatsen voor productie, afstellings- en onderhoudswerkzaamheden te kunnen bereiken.

2. Op de breekplaat (...) is een aanduiding voorzien waaruit blijkt dat men niet op de breekplaat mag lopen/staan. Vermoedelijk tengevolge van de stofferige omgeving was de plaat en ook de veiligheidsaanduiding niet meer zichtbaar (...).

Naar onze mening was het redelijkerwijs te verwachten (machinerichtlijn: bijlage 1 punt 1.1.2. c) dat gezien de stofferige omstandigheden in een dergelijke ruimte er een laag houtstof zou ontstaan en aldus de veiligheidssignalisatie van de breekplaat zou doen verdwijnen.

Bijkomende maatregelen dienen bijgevolg genomen zodat blootgestelde personen en/of bedieners op een voldoende afstand worden gehouden t. o. v. deze explosieluiken. We denken hierbij vooral aan een technische constructie die de toegang belet, een zodanige plaatsing van de veiligheidssignalisatie dat deze steeds zichtbaar blijft, een regelmatig reinigen op een veilige wijze enz.

3. De constructeur van de installatie had de gebruikers (o.a. blootgestelde personen, bedieners, medewerkers, derden, onderaannemers e.d.) minstens onmiddellijk moeten inlichten, mondeling en schriftelijk omtrent het aanwezige gevaar voortkomende uit de plaatsing van de breekplaten, o.a. bij het betreden van de schroef. Het voorzien van een tijdelijke fysieke afbakening was minimum nodig i.f.v een definitieve oplossing. Volgens bekomen info werd deze informatie ter plaatse niet gegeven (...)."

2. Procesverloop

2.1 Bij inleidende dagvaarding van 12 november 2007 heeft [eiser] Allspan gedagvaard voor de rechtbank Arnhem. Hij heeft gevorderd voor recht te verklaren dat Allspan aansprakelijk is voor de schade als gevolg van het onder 1.5 bedoelde ongeval en Allspan te veroordelen tot het vergoeden van de schade, nader op te maken bij staat. [Eiser] heeft zich daartoe primair beroepen op art. 7:658 lid 4 BW. De subsidiaire en meer subsidiaire grondslagen spelen in cassatie geen rol meer. Allspan heeft zich tegen de vordering verweerd.

2. 2 In haar vonnis van 10 september 2008 heeft de rechtbank de vordering afgewezen. Wat betreft

de primaire grondslag heeft de rechtbank geoordeeld dat het (laten) uitvoeren van (reparatie)werkzaamheden aan machines van een derde niet tot de normale bedrijfsuitoefening van Allspan behoort, zodat de vordering niet op de voet van art. 7:658 lid 4 BW toewijsbaar is.

2.3 [Eiser] is van het vonnis in beroep gekomen bij het hof Arnhem. Allspan heeft het beroep weersproken. In zijn arrest van 17 augustus 2010 heeft het hof het vonnis van de rechtbank bekrachtigd.(1)

2.4 [Eiser] heeft tijdig(2) beroep in cassatie ingesteld. Allspan heeft geconcludeerd tot verwerping. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk toegelicht, alsmede gerepliceerd en gedupliceerd.

3. Bespreking van het cassatiemiddel

Inleiding

3.1 Het cassatiemiddel valt uiteen in vier onderdelen, met daarin verschillende klachten. Het stelt aan de orde de reikwijdte van art. 7:658 lid 4 BW. Daarin is bepaald dat hij die in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf arbeid laat verrichten, door een persoon met wie hij geen arbeidsovereenkomst heeft, overeenkomstig de leden 1 tot en met 3 aansprakelijk is voor de schade die deze persoon in de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt. Onderdeel 1 ziet op het begrip "een persoon" in de zin van het wetsartikel. Onderdeel 2 heeft betrekking op de vraag wanneer sprake is van "in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf", als bedoeld in de wetsbepaling.

3.2 Omdat de in de onderdelen 1 en 2 naar voren gebrachte vraagstukken onderling verband houden, zal ik hieronder eerst in meer algemene zin ingegaan op het toepassingsgebied van art. 7:658 lid 4 BW. Er kan een onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds de situatie dat de gelaedeerde een werknemer is, die letsel oploopt terwijl hij werkzaam is bij een derde en anderzijds de situatie dat de gelaedeerde niet een werknemer is, maar op grond van een andere rechtsverhouding werkzaamheden verricht en daarbij een ongeval overkomt. Het gaat in deze zaak om de tweede situatie; in cassatie is namelijk niet bestreden dat [eiser] de werkzaamheden heeft verricht als (onder)aannemer in opdracht van Allspan en dus niet als werknemer van Allspan.(3) De bespreking zal dan ook met name betrekking hebben op de situatie dat tussen degene die de arbeid verricht en zijn contractuele wederpartij wel een overeenkomst is gesloten, zij het geen arbeidsovereenkomst.

Parlementaire geschiedenis

3.3 Art. 7:658 lid 1 en 2 BW bevat de zorgplicht van de werkgever voor de veiligheid van de werkomgeving van de werknemer. Bij gelegenheid van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid (Stb. 1998, 300) is lid 4 toegevoegd. Daarin is bepaald dat hij die in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf arbeid laat verrichten door een persoon met wie hij geen arbeidsovereenkomst heeft, overeenkomstig de leden 1 tot en met 3 aansprakelijk is voor de schade die deze persoon in de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt.

3.4 In de parlementaire geschiedenis van lid 4 van art. 7:658 BW is verwezen naar het arrest van Uw Raad van 15 juni 1990 (LJN AC4217, NJ 1990/716 m.nt. PAS).(4) In dat arrest - dat is gewezen onder de vigeur van art. 7A:1638x BW (oud), de "voorloper" van het huidige art. 7:658 BW - heeft Uw Raad in rov. 3.3 geoordeeld, dat wanneer een werkgever zijn werknemer te werk stelt bij een derde teneinde werkzaamheden ter uitvoering van diens bedrijf te verrichten en daarbij in die voege gebruik maakt van de hulp van de derde dat hij de zorg voor de veiligheid van de werknemer geheel of gedeeltelijk aan de derde overlaat, hij voor een tekortschieten van de derde in die zorg als voor eigen tekortschieten aansprakelijk is. Onverschillig is daarbij of de tewerkstelling plaats vindt in het kader van een "uitlening" of terbeschikkingstelling van de werknemer aan de derde dan wel in het kader van een aanneming van werk. En onverschillig is ook in hoeverre de werkgever zeggenschap over de werknemer heeft behouden. De tewerkgestelde werknemer kan naast zijn werkgever ook de derde uit onrechtmatige daad aanspreken ter zake van fouten van hemzelf of zijn ondergeschikten. In zulk een geding zal hetgeen in de rechtspraak is aanvaard ter zake van stelplicht en bewijslast in een geding op de voet van art. 1638x (oud) overeenkomstige toepassing kunnen vinden, aldus Uw Raad.

3.5 In de parlementaire geschiedenis is vermeld dat het gewenst is deze rechtspraak te codificeren. Daarbij is het volgende opgemerkt:(5)

"(...) De aansprakelijkheid van de inlener is wenselijk omdat de vrijheid van degene die een bedrijf uitoefent om te kiezen voor het laten verrichten van het werk door werknemers of door anderen, niet van invloed behoort te zijn op de rechtspositie van degene die het werk verricht en betrokken raakt bij

een bedrijfsongeval of anderszins schade oploopt. Anders gezegd: een werkgever die zijn zorgverplichtingen niet nakomt dient op gelijke voet aansprakelijk te zijn voor de schade van werknemers en anderen die bij hem werkzaam zijn. Daarom dient de aansprakelijkheid van de inlener voor bedrijfsongevallen waarbij (ook) andere dan eigen werknemers betrokken zijn, een specifieke wettelijke grondslag te krijgen. De hier voorgestelde bepaling biedt deze grondslag. Deze bepaling is met name van belang voor uitzendarbeid, uitlening en aanneming van werk, waarbij tussen de werknemer en de derde (inlener) geen overeenkomst bestaat. Het is echter ook mogelijk dat tussen degene die de arbeid verricht en degene voor wie hij de arbeid verricht wel een overeenkomst is gesloten, zij het geen arbeidsovereenkomst. Men denke bijvoorbeeld aan bepaalde stageovereenkomsten. Vgl. Hof Arnhem 7 mei 1996, JAR 1996, 127. (...)"

3.6 Naar aanleiding van vragen van leden van de VVD-fractie over de reikwijdte van art. 7:658 lid 4 BW(6), heeft de minister als volgt gereageerd(7):

"De leden van de VVD-fractie vroegen naar aanleiding van artikel 658 lid 4 wat de positie is van een schilder die in dienst van een schildersbedrijf schilderwerk verricht bij een ondernemer die opdrachtgever is van het schildersbedrijf.

Lid 4 van artikel 658 creëert een aansprakelijkheid voor degene die in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf arbeid laat verrichten door een persoon met wie hij geen arbeidsovereenkomst heeft, indien deze persoon in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt doordat de derde zijn zorgverplichtingen niet nakomt. Uit de toelichting bij dit artikellid (Kamerstukken II, 1997/98, 25 263 nr. 14) blijkt duidelijk dat het hier moet gaan om werkzaamheden die de derde in het kader van de uitoefening van zijn beroep of bedrijf ook door eigen werknemers had kunnen laten verrichten. In het door de VVD-fractie genoemde geval is hiervan geen sprake."

3.7 Tot slot kan worden gewezen op de navolgende opmerking van de minister wat betreft het artikel van I.P. Asscher-Vonk in het NJB van 4 december 1998:(8)

"Schrijfster stelt dat het nieuwe vierde lid van artikel 658 niet van toepassing is op de persoon die arbeid laat verrichten in het kader van zijn persoonlijke huishouding. Zij wijst daarbij op de gezinsverzorgster in dienst van een thuiszorgorganisatie, die anders dan op basis van een arbeidsovereenkomst in een particulier huishouden arbeid laat verrichten.

Deze conclusie van schrijfster is juist, aangezien artikel 658 lid 4 Boek 7 BW beperkt is tot degene die in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf arbeid laat verrichten door een persoon met wie hij geen arbeidsovereenkomst heeft. Achtergrond van het nieuwe lid 4 is dat de vrijheid van degene die een beroep of bedrijf uitoefent om te kiezen voor het laten verrichten van het werk door werknemers of door anderen niet van invloed behoort te zijn op de rechtspositie van degene die het werk verricht en betrokken raakt bij een bedrijfsongeval of anderszins schade oploopt. Met andere woorden: Een werkgever die zijn zorgverplichtingen niet nakomt dient op gelijke voet aansprakelijk te zijn voor de schade van werknemers en anderen die bij hem werkzaam zijn. Hiervan is geen sprake in geval van het verrichten van arbeid in het kader van de persoonlijke huishouding. Dit laat echter onverlet dat de derde, in wiens persoonlijke huishouding arbeid wordt verricht, aansprakelijk kan zijn voor schade van de arbeidskracht op grond van onrechtmatige daad (artikel 162 Boek 6 BW)."

3.8.1 Het in de parlementaire geschiedenis, zoals hiervoor geciteerd onder 3.5, aangehaalde arrest van het hof Arnhem van 7 mei 1996, betrof de situatie waarin een stagiair tijdens werkzaamheden in het kader van een stage in de bouw letsel had opgelopen. Het hof oordeelde dat de positie van de stagiair en de aard van zijn werkzaamheden materieel gelijk zijn aan die van een werknemer in dienstverband, zodat art. 7A:6138x (oud) BW van overeenkomstige toepassing is.(9)

3.8.2 Nadien heeft het hof Arnhem in zijn arrest van 11 februari 2005 geoordeeld dat art. 7:658 lid 4 BW ook van toepassing is op een overeenkomst tussen het dierenasiel en een daar werkzame vrijwilligster, die gewond was geraakt door een beet van een hond.(10) Op vragen van een tweetal Tweede Kamerleden naar aanleiding van dit arrest van het hof Arnhem heeft de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid geantwoord: "Hoewel bij de invoering van de hiervoor besproken uitbreiding van de wettelijke aansprakelijkheid voor werknemers tot ook anderen dan werknemers mogelijk niet onmiddellijk werd gedacht aan vrijwilligers, kan ik mij geheel verenigen met de uitspraak van het Gerechtshof Arnhem, dat de zorg van de werkgever voor de veiligheid van de voor hem werkzame personen ingevolge artikel 7:658 BW zich ook tot vrijwilligers uitstrekt."(11)

Literatuur

3.9 In de literatuur is veelvuldig de vraag gesteld wat de reikwijdte is van het vierde lid van art. 7:658 BW. Er is op gewezen dat de tekst van de bepaling niet eenduidig is. Door verschillende schrijvers is

de vraag gesteld aan welke andere arbeidsverhoudingen kan worden gedacht, waar de wetgever stelt dat art. 7:658 lid 4 BW ook van belang kan zijn voor de situatie dat tussen degene die de arbeid verricht en degene voor wie hij de arbeid verricht wel een overeenkomst is gesloten, zij het geen arbeidsovereenkomst. De communis opinio lijkt te zijn dat het artikellid in ieder geval ziet op stagiairs en vrijwilligers.(12) De vraag of het artikellid ook toepasselijk is op andere overeenkomsten, is aan meer discussie onderhevig. Recentelijk is in de literatuur met name aandacht besteed aan de vraag of een zzp-er (een zelfstandige zonder personeel) een persoon is in de zin van art. 7:658 lid 4 BW.

3.10 Volgens Frenk kan gedacht worden aan een overeenkomst van opdracht die moet worden uitgevoerd op de terreinen van de opdrachtgever en waarbij de opdrachtnemer zelf een ongeval overkomt door onvoldoende veiligheidsmaatregelen van de kant van de opdrachtgever. Hij betoogt dat het vierde lid van art. 7:658 BW niet van toepassing is in dat geval, omdat art. 7:406 lid 2 BW een speciale regeling geeft voor het geval dat de opdrachtnemer schade lijdt doordat een aan de opdracht verbonden bijzonder gevaar zich verwezenlijkt. De bepaling heeft zijns inziens exclusieve werking. Deze opvatting is bestreden door Hartlief en Loos.(13) Het vierde lid is naar de mening van Frenk waarschijnlijk wel van toepassing indien een aannemer een ongeval overkomt. Hij merkt echter op dat in de praktijk de aannemer vrijwel altijd een rechtspersoon is en dat de situatie dat de aannemer een ongeval overkomt daarbij niet speelt. Het vierde lid van het artikel zal in de praktijk zijns inziens hooguit toepassing vinden in de situatie waarin de aannemer een kleine zelfstandige is. Frenk is van mening dat in dat geval de aannemer een gelijke bescherming verdient als een werknemer die krachtens een arbeidsovereenkomst werkzaam is.(14)

3.11 Hartlief heeft opgemerkt dat de reikwijdte van het vierde lid sterk afhankelijk is van de uitleg van het "in beroep of bedrijf" laten verrichten van arbeid. De ratio van art. 7:658 lid 4 BW lijkt hem te zijn dat de "werkgever" art. 7:658 BW niet moet kunnen ontwijken door arbeid niet op basis van een arbeidsovereenkomst maar op basis van een andere overeenkomst te laten verrichten. Hartlief heeft - met als voorbeeld dat een advocatenkantoor een schilder inschakelt - opgemerkt dat een overeenkomst van opdracht of aanneming van werk niet een arbeidsovereenkomst is, terwijl de opdrachtgever/aanbesteder evenmin een werkgever is. Art. 7:658 lid 4 BW kan niet de bedoeling hebben om de door hem bedoelde gevallen onder het bereik van art. 7:658 BW te brengen. Dit zou anders een ingrijpende wijziging zijn waarop opdrachtgevers/aanbesteders niet hebben gerekend en waarvoor zij evenmin zullen zijn verzekerd. Nu de formulering "in beroep of bedrijf" een te ruim bereik met zich brengt, dat niet kan worden opgelost door middel van interpretatie, dient zijn inziens een beroep te worden gedaan op de ratio van het vierde lid. Hij acht het "uiteindelijk niet eens zo'n gekke gedachte" om in het kader van art. 7:658 lid 4 BW aansluiting te zoeken bij ondergeschiktheid in de zin van art. 6:170 BW.(15)

3.12 Hartlief schreef dit voordat de minister de toelichting had gegeven als vermeld onder 3.6. In reactie op die toelichting heeft Hartlief opgemerkt dat zijns inziens uit de toelichting niet kan worden afgeleid dat lid 4 beperkt is tot de "core business" van de opdrachtgever. De vraag is hoe het zit met werkzaamheden die duidelijk in het verlengde liggen van de "core business" van de opdrachtgever. Kan een aannemer die om hem moverende redenen werkzaamheden uitbesteedt, zich beroepen op niet-toepasselijkheid van art. 7:658 BW omdat hij meent dat zijn eigen werknemers wellicht minder deskundig zijn of minder goed toegerust dan de speciaal ingehuurde persoon? Hartlief maakt zich sterk dat in de praktijk een meer objectieve benadering (kan de betrokken activiteit in objectieve zin tot het terrein van de opdrachtgever worden gerekend?) ten gunste van de gelaedeerde zal worden gekozen.(16)

Hartlief heeft nadien nog opgemerkt dat het ervan afhangt wat de opdrachtgever "zelf in huis heeft". De werkgever dient jegens deze interne mensen de zorgplicht van art. 7:658 BW en de arboregelgeving na te komen, ook al zijn de taken van die werknemers ver verwijderd van de "core business". In een dergelijk geval kan de werkgever in staat worden geacht eenzelfde zorgplicht jegens "ingehuurde" personen na te komen. Uiteindelijk zal de reikwijdte afhankelijk zijn van het concrete interne service- en dienstenpakket. Het gaat erom dat de werkgever invloed heeft op de veiligheid en dus ook een zorgplicht kan, althans zou moeten kunnen waarmaken. Aan de orde kan nog zijn hoe moet worden bepaald of de opdrachtgever de werkzaamheden ook door eigen werknemers had kunnen laten verrichten. Dit is volgens Hartlief met name van belang indien de werkzaamheden in het verlengde liggen van de "core business" van de opdrachtgever. In dat geval is art. 7:658 lid 4 BW volgens Hartlief van toepassing.(17)

3.13 Dammingh heeft - onder verwijzing naar onder 3.6 bedoelde opmerkingen van de minister - opgemerkt dat deze interpretatie volgens haar enger is dan hetgeen reeds in de wetsgeschiedenis is

vermeld. Daarin is immers vermeld dat de bepaling van belang is voor onder meer aanneming van werk, terwijl met name bij aanneming van werk het veelvuldig voorkomt dat de bedongen arbeid niet wordt verricht door eigen werknemers omdat het bedrijf de benodigde expertise niet in huis heeft. Toch lijkt het haar redelijk dat de arbeid die is verricht op basis van de overeenkomst tot aanneming van werk niet onder de reikwijdte van art. 7:658 BW valt, juist vanwege de afwezigheid van de expertise. Het is voor het bedrijf dan moeilijk, zo niet onmogelijk om te bepalen welke veiligheidsmaatregelen - naast de voor het bedrijf geldende reguliere maatregelen - getroffen moeten worden. Daar komt bij dat de aannemer normaliter naar eigen inzicht de opdracht kan uitvoeren en dat de aanbesteder geen zeggenschap heeft over de uitvoering van de opdracht. Damingh is wel van mening dat niet te snel moet worden geoordeeld dat de arbeid niet wordt verricht in de uitoefening van het beroep of bedrijf van de derde. Wanneer de bedongen werkzaamheden niet door eigen werknemers verricht kunnen worden, maar wel in het verlengde liggen van de normale werkzaamheden van het bedrijf, kan de feitelijke werkgever niet zonder meer onder de aansprakelijkheid uitkomen. Het is voor Damingh kennelijk een belangrijk gezichtspunt of het bedrijf voldoende inzicht heeft in de omstandigheden waarin de arbeid wordt verricht en weet welke veiligheidsmaatregelen moeten worden getroffen.(18)

3.14 Loos merkt op dat art. 7:658 lid 4 BW door de wetgever bewust ruim is geformuleerd. De bepaling impliceert dat de vergaande werkgeversaansprakelijkheid ook van toepassing is geworden op die opdrachtverhoudingen waarin de opdrachtgever in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf handelt en de opdrachtnemer in dat verband voor hem werkzaamheden verricht.(19)

3.15 Van Dam meent dat van belang kan zijn of de "werkgever" zeggenschap heeft over de werkzaamheden. Het ligt volgens hem minder voor de hand dat de freelancer die in een volledig zelfstandige en economisch onafhankelijke positie verkeert ten opzichte van de "werkgever", aan art. 7:658 lid 4 BW rechten kan ontleen. Hij merkt daarbij op dat in een dergelijk geval veelal ook geen sprake zal zijn van werkzaamheden ter uitoefening van het beroep of bedrijf van de "werkgever". Volgens hem heeft de invoering van het artikellid weinig veranderingen met zich gebracht gelet op de reeds bestaande jurisprudentie van de Hoge Raad, de arbovoorschriften die strekken tot bescherming van anderen dan de eigen werknemers, mede gelet op de analogische toepassing van arbeidsrechtelijke veiligheidsvoorschriften buiten het terrein van de arbeidsovereenkomst.(20)

3.16 Ook Bouwens is van mening dat de aansprakelijkheid van de opdrachtgever niet beperkt is tot zijn "core business". Werkzaamheden die in objectieve zin moeten worden gerekend tot het terrein waarop de onderneming van degene die de arbeid laat verrichten zich beweegt of in het verlengde liggen van de normale werkzaamheden van de betreffende onderneming, vallen naar zijn mening onder het bereik van art. 7:658 lid 4 BW. Ook werkzaamheden die een onderdeel vormen van een in de hoedanigheid van ondernemer aanvaarde opdracht waarvoor, bijvoorbeeld in verband met het ontbreken van specifieke kennis, anderen dan eigen werknemers worden ingeschakeld, worden volgens hem door het artikellid bestreken. Ook werkzaamheden die niet tot het wezen van de bedrijfsvoering kunnen worden gerekend, maar wel behoren tot de werkzaamheden die normaal gesproken in een onderneming als die van de opdrachtgever worden verricht (zoals schoonmaak- en automatiseringswerkzaamheden), zou hij tot werkzaamheden "in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf" willen rekenen. Hij pleit ervoor om in de bepaling op te nemen dat zij slechts van toepassing is op degene die een ander met wie hij geen arbeidsovereenkomst heeft onder zijn gezag arbeid laat verrichten. Hiermee wordt beter aansluiting gezocht bij de ratio van art. 7:658 BW, alsmede bij de Arbeidsomstandighedenwet.(21) In reactie hierop heeft Boot gesteld dat hij het met Bouwens' conclusie omtrent het opheffen van de verschillen in rechtspositie eens is, maar daartoe niet komt via de weg van "een zekere zeggenschap", maar omdat de argumenten voor de 658-werkgeversaansprakelijkheid (economische afhankelijkheid, het niet zelf kunnen bepalen van arbeidsomstandigheden, het routinematig worden van werkzaamheden) ook van toepassing zijn op de met de werknemers vergelijkbare categorie afhankelijke opdrachtnemers.(22)

3.17 Voor Fickers is van belang of sprake is van een vorm van functionele ondergeschiktheid (als bedoeld in art. 6:170 BW). Volgens haar wordt de discussie vertroebeld door het begrip "hulppersoon" dat hier en daar opduikt. Zij verwijst hierbij naar Hartlief en Van der Grinten.(23) Bosscher is het met Hartlief eens dat wat betreft de toepasselijkheid van art. 7:658 lid 4 BW niet beslissend lijkt te zijn of sprake is van core business-activiteiten van het bedrijf. Er zal objectief moeten worden gekeken of de betrokken activiteit tot het terrein van de opdrachtgever moet worden gerekend.(24) Maada is op basis van de tekst van het artikellid en de wetsgeschiedenis de opvatting toegedaan dat een zzp-er meestal een persoon is als bedoeld in art. 6:758 lid 4 BW.(25) Waterman gaat in haar dissertatie

ervan uit dat zzp-ers onder het bereik van het artikellid vallen, maar werkt dit niet nader uit.(26)

3.18 Vegter acht het verdedigbaar als art. 7:658 lid 4 BW ook van toepassing wordt geacht in situaties, waarin een persoon werkzaamheden die hij ook zelf had kunnen doen door een ander laat uitvoeren en deze instructies geeft over de wijze waarop het werk gedaan moet worden dan wel hierop toezicht houdt. Zeggenschap impliceert verantwoordelijkheid. De door Boot(27) in de rechtspraak aangetroffen criteria om te bepalen of art. 7:658 lid 4 BW van toepassing is, lijken Vegter tamelijk eenduidig. Het gaat erom dat: 1) degene aan wie een ongeval is overkomen arbeid verrichtte in de onderneming van de andere partij (de "werkgever"); 2) instructies van de "werkgever" moest opvolgen; 3) gebruik maakte van de materialen van de "werkgever" en 4) zijn bezigheden niet wezenlijk verschilden van die van de reguliere medewerkers van de "werkgever".(28)

3.19 Bouwens en Duk achten de gelijkstelling ingevolge art. 7:658 lid 4 BW gerechtvaardigd als het gaat om situaties, waarin de derde als het ware de plaats inneemt van de werkgever. Het gaat derhalve om uitzendkrachten, uitgeleende arbeidskrachten en anderen die door de derde worden ingeschakeld om onder zijn leiding en toezicht arbeid te verrichten, die valt onder de normale bedrijfsuitoefening van de derde. Het artikellid is niet van toepassing op situaties waarin een ondernemer een andere ondernemer inschakelt, die in het kader van diens eigen bedrijfsuitoefening werkzaamheden verricht ten behoeve van de derde. Zo zal de derde niet aansprakelijk zijn voor bedrijfsongevallen die een werknemer van een aannemer overkomen door gebreken in het materiaal van de aannemer of door diens onjuist instructies. Lijdt in een dergelijk geval een werknemer van een aannemer schade ten gevolge van het feit dat de derde de veiligheid binnen zijn eigen bedrijf onvoldoende bewaakt, dan is de derde tegenover hem aansprakelijk zoals hij tegenover elke willekeurige bezoeker van zijn bedrijf aansprakelijk zou zijn.(29)

3.20 Lebbing en Van der Veen vinden dat het vierde lid vooral is bedoeld ter bescherming van "de werkende" met wie de inlener weliswaar zelf geen arbeidsovereenkomst heeft gesloten, maar in feitelijke zin wel een arbeidsrelatie onderhoudt, zoals uitzendkrachten, vrijwilligers of stagiairs. "Dezen bevinden zich net als een gewone werknemer in een ondergeschikte positie, waarbij de zorg voor hun veiligheid wordt 'overgelaten' aan een derde (de inlener)." Hierbij merken zij op dat, hoewel de tekst van art. 7:658 lid 4 BW die eis niet stelt, dit wel aansluit bij het arrest van de Hoge Raad van 15 juni 1990 (Stormer/Vedox). Art. 7:658 BW dient vooral "ter juridische compensatie van deze ondergeschiktheid". De ongelijkheidscompensatie waartoe art. 7:658 BW dient, heeft de opdrachtnemer geleed op zijn onafhankelijke status niet nodig. Zij merken echter op dat voor beantwoording van de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst niet de aanwezigheid van een gezagsverhouding, maar de initiële partijbedoeling doorslaggevend is. Wat betreft de zzp-er merken zij op dat hij in beginsel niet alleen voor eigen rekening, maar ook voor eigen risico werkt. In de praktijk kan het echter zo zijn dat partijen aan hun initiële bedoeling geen (volledige) uitvoering hebben gegeven en dat de zzp-er niet zozeer als economisch onafhankelijk en zelfstandig opdrachtnemer opereert, maar eerder als "gewone" werknemer. De feitelijke uitvoering van de overeenkomst kan alsnog leiden tot de conclusie dat voor de opdrachtnemer een beroep op lid 4 openstaat omdat in feite (toch) sprake blijkt te zijn van een arbeidsovereenkomst, althans van een daarmee vergelijkbare arbeidsverhouding.(30)

Feitenrechtspraak

3.21 Enkele auteurs vermelden hoe de feitenrechtspraak art. 7:658 lid 4 BW toepast. Bergwerff, Van Dijk en Houweling hebben in het kader van het tienjarig bestaan de Wet Flexibiliteit en zekerheid opgemerkt dat rechters, wat betreft het toepassingsbereik van art. 7:658 lid 4 BW, vooral waarde hechten aan de omstandigheden dat de activiteiten ook door de eigen werknemer zouden kunnen worden verricht en of sprake is van zeggenschap over het verrichten van de werkzaamheden. In de 27 gepubliceerde uitspraken zijn niet alleen uitzendkrachten onder het bereik van art. 7:658 lid 4 BW geschaard, maar ook stagiairs, een vrijwilliger, een gedetacheerde werknemer, een ZZP-er en ingeleende krachten. Ten aanzien van de overeenkomst van opdracht en (onder)aanneming wordt verschillend geoordeeld. In drie uitspraken is geoordeeld dat het artikellid niet van toepassing is op een opdrachtnemer, terwijl in twee uitspraken het artikellid wel werd toegepast op een ongeval van een opdrachtnemer.(31)

3.22 Ook Lindenbergh heeft opgemerkt dat de toepasselijkheid van art. 7:658 lid 4 BW in de rechtspraak wordt getoetst aan de maatstaf of de activiteiten ook door eigen werknemers zouden kunnen worden verricht, alsmede of sprake is van zeggenschap over de te verrichten werkzaamheden. Hoewel dat laatste niet met zoveel woorden in het artikellid staat, acht Lindenbergh het wel een

logische voorwaarde, omdat de toepasselijkheid van het aansprakelijkheidsregime van art. 7:658 BW ook in andere zin aan het bestaan van zeggenschap en de bevoegdheid tot het geven van instructies is gebonden. De vraag welke mate van zeggenschap nodig is, is moeilijk te beantwoorden. Het hoeft niet steeds om ondergeschiktheid te gaan in de zin van de arbeidsovereenkomst, maar de gevallen moeten wel passen bij de ratio van de toepasselijkheid van art. 7:658 BW. In gevallen van opdracht of aanneming van werk door een (kleine) zelfstandige zal het van de omstandigheden afhangen of dat het geval is. Deze kwestie is met name van belang voor zzp-ers. De rechtspraak daarover is verdeeld, aldus Lindenbergh.(32)

3.23 Lindenbergh en Schneider concluderen dat uit de door hen aangehaalde rechtspraak kan worden afgeleid dat voor het antwoord op de vraag of in een geval van een opdracht aan een zelfstandige art. 7:658 lid 4 BW van toepassing is, "vooral relevant is of de aard van de door de zelfstandige te verrichten werkzaamheden in het verlengde liggen van die van de opdrachtgever en tevens of de opdrachtgever zelf ook feitelijk betrokken was bij de uitvoering en daarbij zeggenschap had over de werkzaamheden van degene die de schade heeft opgelopen".(33)

3.24 Boot heeft, zoals eerder opgemerkt, in de rechtspraak een aantal criteria gevonden die ertoe leiden dat het in die gevallen niet aanvaardbaar zou zijn dat een verschil in rechtspositie zou bestaan tussen de reguliere medewerkers (van gedaagde) en (een stagiair of andere werker, zoals) het slachtoffer.(34)

3.25 Toegesplitst op zzp-ers heeft Schneider recentelijk elf uitspraken sinds de totstandkoming van de Wet Flexibliteit en Zekerheid besproken.(35) Vier keer overwoog de rechter dat een zzp-er niet werkzaam is op basis van een arbeidsrelatie in de zin van art. 7:658 lid 4 BW.(36) In de overige zeven uitspraken werd zesmaal aangenomen dat de zzp-er wel een beroep toekomt op het vierde lid(37), terwijl eenmaal werd overwogen dat geen sprake was van werkzaamheden in de uitoefening van het beroep op bedrijf van de werkverschaffer(38). Drie van die zeven uitspraken zijn geweest door het hof Amsterdam. Het hof heeft overwogen dat voor toepassing van lid 4 op zzp-ers is vereist 1) dat de door de zzp-er verrichte werkzaamheden vallen onder de normale bedrijfsuitoefening van de werkverschaffer en 2) dat sprake is van enige gezagsverhouding in die zin dat de werkverschaffer zeggenschap had over de wijze van uitvoering van de werkzaamheden. Schneider is zelf van oordeel dat een zzp-er steeds als een persoon in de zin van art. 7:658 lid 4 BW dient te worden beschouwd. Hiertoe wijst hij in de eerste plaats op de duidelijkheid en eenvoud van die opvatting. Voorts lijkt het hem niet gerechtvaardigd een zzp-er anders te behandelen dan een ingeleende werknemer, de uitzendkracht, de vrijwilliger of de stagiair. Hoewel een zzp-er op grond van zijn zelfstandigheid wellicht niet helemaal of niet altijd is te vergelijken met die werknemers, lijkt de ratio achter het vierde lid wel in alle gevallen van toepassing op de zzp-er. De werkverschaffer heeft immers de keuzemogelijkheid om het werk door een zzp-er (en niet een werknemer) te laten doen. Ook laat de wetsgeschiedenis voldoende ruimte voor deze opvatting. Hij merkt wel op dat zijn opvatting verstrekkende gevolgen kan hebben in concrete gevallen; de in de praktijk gangbare exoneration van opdrachtgevers en aanbesteders ten opzichte van hun opdrachtnemers en (onder)aannemers zou in strijd zijn met de dwingendrechtelijke bepaling van art. 7:658 lid 4 BW.

Arbeidsomstandighedenwetgeving

3.26 Een element wat mogelijk van belang is voor het afbakenen van het toepassingsbereik van art. 7:658 lid 4 BW is de arbeidsomstandighedenwetgeving (Arbowet). De Arbowet kent een eigen begrippenkader om te bepalen wie de betreffende regelgeving in acht dient te nemen. Er kan in de Arbowet een tweedeling worden gemaakt met enerzijds de relatie werknemer-werkgever en anderzijds de positie van een zelfstandige.

3.27 Artikel 1 lid 1 Arbowet bepaalt dat een werkgever is (i) degene jegens wie een ander krachtens arbeidsovereenkomst of publiekrechtelijke aanstelling gehouden is tot het verrichten van arbeid, behalve indien die ander aan een derde ter beschikking wordt gesteld voor het verrichten van arbeid, welke die derde gewoonlijk doet verrichten, en (ii) degene aan wie een ander ter beschikking wordt gesteld voor het verrichten van arbeid als bedoeld onder (i). Artikel 1 lid 2 bepaalt dat onder werkgever mede wordt verstaan degene die zonder werkgever of werknemer in de zin van het eerste lid te zijn, een ander onder zijn gezag arbeid doet verrichten en degene die zonder werkgever of werknemer in de zin van het eerste lid te zijn, een ander niet onder zijn gezag arbeid in een woning doet verrichten, in bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen gevallen. Dit brengt met zich dat een werknemer volgens de Arbowet degene is die werkt op basis van een arbeidsovereenkomst of publiekrechtelijke aanstelling, dan wel door een werkgever is ingeleend of werkt onder gezag van de

werkgever. De werkgever is in zoverre verantwoordelijk voor de veiligheid en gezondheid van de werknemers, dat hij het bepaalde in de arboregeling in acht dient te nemen.

3.28 Tegenover dit werkgeversbegrip kan worden geplaatst het in de Arbowet opgenomen begrip "zelfstandige", zijnde degene die zonder werkgever of werknemer te zijn in de zin van de Arbowet arbeid verricht. Bepaalde verplichtingen uit de Arbowet zijn ook van toepassing op de zelfstandige. Art. 16 lid 7 Arbowet biedt de mogelijkheid om bij AMvB vast te stellen welke verplichtingen uit de arboregeling eveneens van toepassing zijn op zelfstandigen. Deze verplichtingen moeten betrekking hebben op "arbeid waaraan bijzondere gevaren voor de veiligheid of de gezondheid zijn verbonden". In de Arbowet worden daarnaast enkele voorschriften van toepassing verklaard op zelfstandigen. Dit betreft het voorkomen van gevaar voor derden (art. 10 Arbowet); het zorgen voor de eigen veiligheid en die van andere betrokken personen door zich veilig en verantwoord te gedragen (art. 11 Arbowet) en het vermijden van levensgevaar of ernstige schade aan de gezondheid (art. 32 Arbowet). In het Arbobesluit worden de verplichtingen voor de zelfstandigen nader geconcretiseerd. Grosso modo gaat het daarbij om bepalingen ter voorkoming van en/of beheersing van ernstige (levensbedreigende) risico's voor zichzelf en voor derden.

3.29 Onlangs heeft de SER een advies uitgebracht aan de staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid ter zake van zelfstandigen en arbeidsomstandigheden.(39) Daarin is opgemerkt dat de Arbeidsomstandighedenwet het begrip "zzp-er" niet kent. De SER hanteert een definitie die met zich brengt dat een zzp-er een zelfstandige (en dus niet een werknemer) in de zin van de Arbowet is. De SER merkt op dat degenen die zich als zzp-er laten inhuren, in de termen van de Arbowet echter regelmatig worden beschouwd als werknemers, en dat vaak voldoende duidelijk is wanneer een betrokkene niet als werknemer maar als zelfstandige in de zin van de Arbowet moet worden beschouwd. Dit is veelal het geval bij zelfstandige werkzaamheden die geen relatie hebben met de werkzaamheden ervoor of erna.(40) De SER heeft overigens geadviseerd om meer onderdelen van de arbeidsomstandighedenregeling op zelfstandigen van toepassing te verklaren. De zelfstandigen zouden zich daarmee moeten houden aan die bepalingen en in dat opzicht maatregelen moeten treffen. Daarmee ontstaat, aldus de SER, een gelijk beschermingsniveau tussen werknemers en zzp-ers en wordt concurrentie op arbeidsomstandigheden voorkomen.

Conclusie

3.30 Bij de beantwoording van de vraag of, en zo ja, onder welke omstandigheden art. 7:658 lid 4 BW van toepassing is, komen in de literatuur en in de feitenrechtspraak twee elementen duidelijk naar voren: (i) er moet sprake zijn van een zekere zeggenschap over de uitvoering van de werkzaamheden en (ii) het moet gaan om werkzaamheden die ook (hadden) kunnen worden verricht door eigen werknemers. Dit tweede element is met zoveel woorden genoemd door de minister in het kader van de vraag of de werkzaamheden worden verricht in de uitoefening van het beroep of bedrijf van degene die de werkzaamheden laat verrichten. Met het eerste element wordt, denk ik, aansluiting gezocht bij de gelijkschakeling door de minister tussen werknemers en anderen die voor de werkgever werkzaamheden verrichten. Hoewel de persoon de werkzaamheden niet verricht op grond van een arbeidsovereenkomst, dient die persoon voor toepassing van art. 7:658 lid 4 BW wel in grote mate overeen te stemmen met een werknemer, zo lijkt de gedachte.

3.31 Dit past m.i. binnen de ratio van art. 7:658 BW, ook wat betreft de toevoeging van het vierde lid. Lindenbergh heeft in dit verband opgemerkt dat de zorgplicht van de werkgever voor de veiligheid van zijn werknemer gezien moet worden tegen de achtergrond van de bijzondere verhouding tussen de werknemer en de werkgever. Daarbij geldt in het algemeen dat de werknemer, vanwege de ongelijke positie van de werkgever en de werknemer met betrekking tot zeggenschap en in financieel economische zin, een zekere bescherming verdient en dat het redelijk is dat de werkgever de aan de arbeid verbonden risico's draagt, omdat hij er ook het profijt van heeft. De ratio van de zorgplicht wordt gevonden in het feit dat de werknemer doorgaans verkeert in een afhankelijke positie, mede omdat de werkgever over het algemeen beslissende invloed heeft op de arbeidsomstandigheden.(41) Ook Tjong Tjin Tai benadrukt dit laatste aspect. Hij heeft opgemerkt dat de ratio van de zorgplicht van de werkgevers voor de veiligheid van zijn werknemers, de afhankelijke positie van de werknemer is. De werkgever is immers degene die de inrichting van de werkomgeving in de hand heeft. Dit verklaart zijns inziens ook waarom de werkgever eveneens aansprakelijk kan zijn in gevallen waar de werknemer bij een derde is tewerkgesteld: de werknemer is dan nog steeds afhankelijk, terwijl de werkgever zich in de positie bevindt de derde tot voldoende zorg te verplichten.(42)

3.32 Deze zorgplicht wordt ingekleurd door de feitelijke afhankelijkheid van de werknemer van de

werkgever voor de veiligheid; in veel situaties heeft (alleen) de werkgever het in de hand om veiligheidsmaatregelen te treffen en kan de werknemer dit niet zelfstandig, buiten de werkgever om, doen. De werkgever is meestal deskundiger en beter geïnformeerd dan de werknemer wat betreft de te nemen veiligheidsmaatregelen. Een tweede aspect van deze zorgplicht is dat de aard van de verhouding tussen de werknemer en de werkgever meebrengt dat de laatstgenoemde veiligheidsmaatregelen treft om te voorkomen dat de werknemer risico's loopt. Ook als de werknemer redelijkerwijs feitelijk zelf maatregelen had kunnen treffen of daartoe voldoende kundig was, kan het toch op de weg van de werkgever liggen om deze te treffen. Ik noem als voorbeeld het dragen van een veiligheidshelm op de bouwplaats: een werknemer kan deze ook zelf kopen en vervolgens gebruiken, maar het ligt meer in de rede dat de werkgever deze verschaft. In dit verband kan de zeggenschap of de gezagsverhouding een rol spelen: indien de werkgever instructies geeft ten aanzien van de werkzaamheden, dan brengt dit met zich dat hij ook zorg draagt voor de veiligheid en daartoe de nodige middelen te verschaft.

3.33 Voor het antwoord op de vraag of een zorgplicht bestaat tussen de werkende en degene die de werkzaamheden laat verrichten moet in de eerste plaats vaststaan dat de werkzaamheden zijn verricht in de uitoefening van het beroep of bedrijf van degene die de werkzaamheden laat verrichten. Dit is immers een vereiste voor toepasselijkheid van art. 7:658 lid 4 BW. Indien degene die de werkzaamheden laat verrichten geen bedrijf uitoefent, is duidelijk dat de bepaling niet van toepassing is. Indien wel een bedrijf wordt uitgeoefend, maar de werkzaamheden in geen enkel verband staan met de bedrijfsactiviteiten, zal de bepaling evenmin toepasselijk zijn.⁽⁴³⁾ In de parlementaire geschiedenis is opgemerkt dat het moet gaan om werkzaamheden die de derde in het kader van de uitoefening van zijn beroep of bedrijf ook door eigen werknemers had kunnen laten verrichten. Hieruit volgt dat art. 7:658 lid 4 BW in beginsel van toepassing zal zijn, indien werknemers van de opdrachtgever de werkzaamheden hadden kunnen verrichten. De enkele omstandigheid dat een werknemer toevalligerwijs bepaalde werkzaamheden kan verrichten, betekent niet zonder meer dat die werkzaamheden tot de beroeps- of bedrijfsuitoefening van zijn werkgever behoren. Het moet met name ook gaan om werkzaamheden die worden opgedragen in de uitoefening van het beroep of bedrijf als zodanig.

3.34 Indien de werkzaamheden niet door eigen werknemers hadden kunnen worden verricht, betekent dit niet noodzakelijkerwijs dat de werkzaamheden niet zijn gedaan in de uitoefening van het beroep of bedrijf van degene die de werkzaamheden laat verrichten. Er zijn tal van gevallen denkbaar waarin de desbetreffende werkzaamheden niet door werknemers (kunnen) worden gedaan, maar welke werkzaamheden wel in meer of mindere mate de bedrijfsvoering dienen van degene die de werkzaamheden laat verrichten en aldus mogelijk worden verricht in zijn of haar beroeps- of bedrijfsuitoefening. In dit kader is in de literatuur gepleit voor een meer objectieve benadering: kan de betrokken activiteit in objectieve zin tot het terrein van de opdrachtgever worden gerekend? Ik ben geen voorstander van deze objectieve benadering. Ik deel de mening dat uit de parlementaire geschiedenis niet volgt dat art. 7:658 lid 4 BW beperkt is tot de "core business"/de hoofdactiviteit van een onderneming. Beslissend is welke werkzaamheden tot de beroeps- of bedrijfsuitoefening kunnen worden gerekend van de specifieke onderneming van de "werkgever". Dit is iets anders dan beoordelen wat objectief tot de werkzaamheden van de beroeps- of bedrijfsuitoefening van die onderneming kan worden gerekend. Zo is bijvoorbeeld de aard of omvang van de onderneming van de ene aannemer niet noodzakelijkerwijs gelijk aan de onderneming van de ander. De aan art. 7:658 lid 4 BW te ontleen bescherming moet worden gerelateerd aan de uitoefening van het beroep of bedrijf van degene die de werkzaamheden laat verrichten. Het ligt niet voor de hand daarbij uit te gaan van een objectieve vaststelling van werkzaamheden die daartoe kunnen worden gerekend, omdat die bescherming dan niet verleend wordt op grond van de werkelijke omstandigheden, maar op grond van een oordeel over de vraag welke activiteiten wel of niet tot een bepaald beroep of bedrijf (kunnen) behoren. Ik betwijfel ook of een dergelijk oordeel steeds mogelijk is. Er zijn talrijke activiteiten die soms wel en soms niet door een bepaald bedrijf zelf worden uitgevoerd, zoals catering en technische diensten. Het gaat m.i. niet om de werkzaamheden die in het algemeen bij een beroep of bedrijf behoren, maar om de werkzaamheden die feitelijk in de uitoefening van het beroep of bedrijf door 'eigen werknemers' plegen te worden uitgevoerd. De kern van de bepaling bestaat hierin dat de bescherming die "eigen" werknemers genieten, toekomt aan een persoon als bedoeld in lid 4 juist omdat deze hetzelfde soort van werk doet onder omstandigheden die ook zouden gelden voor die werknemers.

De vraag of de werkzaamheden al dan niet door eigen werknemers hadden kunnen worden verricht, is in deze dus een belangrijke omstandigheid. Uiteindelijk is m.i. bepalend of de werkzaamheden feitelijk - waarbij dus niet doorslaggevend is de formeel juridische vraag of de werkzaamheden worden

verricht op basis van een arbeidsovereenkomst of op een andere basis - behoren tot de activiteiten van het beroep of bedrijf. Hetgeen hieronder wordt uiteengezet over de vraag of sprake is van enige vorm van gezag of zeggenschap zou daarbij een rol kunnen spelen. Activiteiten die zijn uitbesteed zullen daar in bepaalde gevallen wel en in andere gevallen niet toebehoren. Het is lastig de precieze grens te bepalen van het begrip "in de uitoefening van het beroep of bedrijf". In dit kader kan worden verwezen naar art. 6:171 BW, betreffende de risicoansprakelijkheid van de opdrachtgever voor een fout van een niet-ondergeschikte, die in opdracht van de opdrachtgever werkzaamheden ter uitoefening van diens bedrijf verricht. Sommigen pleiten voor een vergelijking tussen art. 6:171 BW en art. 7:658 lid 4 BW.(44) Onomstreden is die opvatting niet.(45) Wat deze wettelijke bepalingen te dezer zake in ieder geval gemeen hebben, is dat er een schermerzone is waarin in het specifieke geval een knoop zal dienen te worden doorgehakt.(46)

3.35 Indien blijkt dat de werkzaamheden zijn verricht in de uitoefening van het beroep of bedrijf van degene die de werkzaamheden laat verrichten, brengt dat nog niet zonder meer met zich dat sprake is van een zorgplicht ex art. 7:658 lid 4 BW. Uit de rechtsverhouding tussen partijen zal moeten volgen dat een dergelijke zorgplicht er is.

Een belangrijk element zou daarbij kunnen zijn of sprake is van enige vorm van gezag of zeggenschap. Dit sluit ook aan bij de arbeidsomstandighedenwetgeving. Uw Raad heeft het verband al gelegd tussen werkgeversaansprakelijkheid op de voet van art. 7:658 BW en de arbeidsomstandighedenwetgeving. In het arrest van 12 december 2008 (Maatzorg) heeft Uw Raad overwogen dat bij de beantwoording van de vraag of de werkgever in de gegeven omstandigheden aan de zorgplicht ex art. 7:658 BW heeft voldaan, als uitgangspunt geldt dat de omvang van deze zorgplicht in de eerste plaats en in elk geval wordt bepaald door hetgeen op grond van de regelgeving op het terrein van de arbeidsomstandigheden van de werkgever gevegd wordt. De wetgever heeft immers voor ogen gestaan dat er materieel geen onderscheid bestaat tussen enerzijds de zorgplicht van de werkgever die in art. 3 lid 1 van de Arbeidsomstandighedenwet is omschreven als de zorg "voor de veiligheid en de gezondheid van de werknemers inzake alle met het werk verbonden aspecten" - welke omschrijving aansluit bij art. 5 lid 1 van de Kaderrichtlijn Veiligheid en Gezondheid, 89/391/EEG van de Raad van 12 juni 1989 - en anderzijds de civielrechtelijke zorgplicht (zie de memorie van toelichting bij de Wet van 30 november 2006, houdende wijziging van de Arbeidsomstandighedenwet en enige andere wetten in verband met het vergroten van de verantwoordelijkheid van werkgevers en werknemers voor het arbeidsomstandighedenbeleid, Stb. 2006, 673, Kamerstukken II 2005/2006, 30 552, nr. 3, p. 30).(47) In zijn conclusie vóór HR 18 november 2005 heeft mijn ambtgenoot Spier ook opgemerkt dat het hof in de desbetreffende zaak terecht de koppeling had gelegd tussen het niet-nakomen van in de Arbeidsomstandighedenwet verankerde verplichtingen en de aansprakelijkheid op de voet van art. 7:658 lid 4 BW.(48)

3.36 Indien sprake is van een beperkte zeggenschap, kán art. 7:658 lid 4 BW van toepassing kan zijn. Het gaat dan erom of de onderlinge verhouding tussen de werkende en degene die de werkzaamheden laat verrichten, met zich brengt dat op de laatste een zorgplicht rust in die voege dat deze bepaalde veiligheidsmaatregelen moet treffen, mede omdat degene die de werkzaamheden verricht voor het treffen daarvan afhankelijk is van de "opdrachtgever". Ik noem als voorbeeld een metselbedrijf dat een zzp-er/metselaar opdracht geeft zelfstandig metselwerkzaamheden te verrichten ten behoeve van een door het bedrijf aangenomen werk, zonder dat sprake is van een gezagsverhouding. Als de zzp-metselaar gereedschappen gebruikt van het metselbedrijf die gebrekkig blijken te zijn, of gebruik dient te maken van een door het metselbedrijf opgebouwde steiger die niet goed is geplaatst, en daardoor schade ondervindt, acht ik het mogelijk dat hij dan met succes een beroep doet op art. 7:658 lid 4 BW.

3.37 Het zal dus uiteindelijk toch van de omstandigheden van het geval afhangen of degene die werkzaamheden laat verrichten, dit laat doen in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf. Indien dit het geval is, zal tevens dienen te worden bepaald of in de onderlinge verhouding een zorgplicht als bedoeld in art. 7:658 BW rust op degene die de werkzaamheden laat verrichten, waarbij vooral een rol zal spelen of sprake is van een zekere mate van zeggenschap over de uitvoering van de werkzaamheden, in het bijzonder of de "persoon" voor zijn veiligheid afhankelijk was van degene die de werkzaamheden laat verrichten. Hierbij kan worden verwezen naar het gestelde door Tjong Tjin Tai in zijn dissertatie, dat ofschoon de grondslag van de zorgplicht van de werkgever thans is gelegen in een aparte wetsbepaling, zij een normale aanvullende verplichting in een overeenkomst is, die uiteindelijk is terug te voeren op de tussen partijen geldende verplichting te handelen conform de eisen van de redelijkheid en billijkheid.(49) In de verhouding tussen werknemers en werkgevers geldt deze zorgplicht ingevolge art. 7:658 lid 1 en 2 BW zonder meer. Indien op een andere basis dan een

arbeidsovereenkomst werkzaamheden worden verricht, hangt het m.i. dus af van de omstandigheden van het geval of deze zorgplicht ook in die verhouding geldt.

3.38 Ik merk hierbij ten overvloede op dat zelfs indien (in beginsel) een zorgverplichting wordt aangenomen bij de beoordeling of de "werkgever" is tekortgeschoten is zijn zorgplicht, . kan worden meegenomen de van de werkende te verwachten deskundigheid en oplettendheid. Hiervoor kan steun worden gevonden in de jurisprudentie van Uw Raad omtrent werkgeversaansprakelijkheid op grond van artikel 7:658 lid 1 en 2 BW. Uw Raad heeft in het arrest van 16 mei 2003 (Dusarduyn) overwogen dat de rechtbank geen blijk had gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door op grond van enerzijds de aard van de betrokken werkzaamheden en anderzijds de werkervaring van de werknemer en diens uit het bezit van een veiligheidsdiploma blijken kennis te oordelen dat de werkgever niet in zijn zorgplicht is tekortgeschoten.(50) Ook kan worden verwezen naar het recente arrest van Uw Raad van 24 juni 2011, waarin aan de orde was in hoeverre de werknemer zelf dient bij te dragen aan zijn veiligheid. Uw Raad heeft overwogen dat ook in gevallen waarin het gaat om veiligheidsvoorzieningen die de werknemer zelf moet toepassen, de werkgever aan aansprakelijkheid kan ontkomen door aan te tonen dat hij de veiligheidsmaatregelen heeft genomen en de veiligheidsinstructies heeft gegeven die van hem geveerd konden worden. Indien hij dat aantoonst is hij van aansprakelijkheid bevrijd, ook indien niet kan worden aangenomen dat de schade te wijten is aan opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer.(51) De werknemer heeft een eigen verantwoordelijkheid, hetgeen past bij de omstandigheid dat art. 7:658 BW een schuldaansprakelijkheid en niet een risico-aansprakelijkheid behelst.

Onderdeel 1: "een persoon" als bedoeld in art. 7:658 lid 4 BW

3.39 Onderdeel 1 klaagt over het navolgende oordeel van het hof in rov. 3.10:

"3.10 Uit deze toelichting komt het beeld naar voren dat de wetgever het oog heeft op de situatie waarin een werknemer van de uitlener of de aannemer bij een derde wordt tewerkgesteld, dus op driehoeksverhoudingen waarbij een werknemer betrokken is. Het hof merkt verder op dat in de toelichting te lezen is dat het wenselijk is "deze rechtspraak" (waarmee bedoeld is het arrest van de Hoge Raad van 15 juni 1990, NJ 1990,716) te codificeren. In dat arrest ging het om de juridische positie van een werknemer die door zijn werkgever bij een ander bedrijf was tewerkgesteld op basis van "uitlening" of aanneming van werk. Uit de plaatsing van de bepaling in titel 10 van boek 7, welke titel betrekking heeft op de arbeidsovereenkomst, lijkt te volgen dat de wetgever met de bepaling bescherming heeft willen bieden aan werknemers, niet ook aan zelfstandigen. Verder kan verdedigd worden dat van zelfstandigen (zoals eenmanszaken, zzp'ers) mag worden verwacht dat zij zichzelf naar behoren verzekeren tegen de gevolgen van arbeidsongevallen. Men kan echter tegenwerpen dat er geen goede grond is kleine zelfstandigen een aanspraak op de bepaling te onthouden, temeer nu zij (zoals in dit geval voor [eiser] geldt) niet altijd over een behoorlijke verzekering tegen de risico's van arbeidsongevallen beschikken."

3.40 Bij de bespreking van de klachten stel ik voorop dat het hof in rov. 3.11 heeft geoordeeld: "Hoe dat zij, ook als aangenomen zou moeten worden dat een zelfstandig ondernemer als [eiser] kan worden aangemerkt als "een persoon" als in artikel 7:658 lid 4 BW genoemd, acht het hof doorslaggevend dat in dit geval niet voldaan is aan het vereiste dat de door hem bij Royalspan in Wielsbeke verrichte werkzaamheden zijn verricht in de uitoefening van het bedrijf van Allspan". De opsteller van het middel heeft zelf al opgemerkt dat het er de schijn van heeft dat het hof het antwoord op de vraag of een natuurlijk persoon die handelt als (kleine) zelfstandige in de rechtsvorm van een eenmanszaak en die door een ander, anders dan op basis van een arbeidsovereenkomst met die ander in de zin van art. 7:610 BW, wordt ingeschakeld om in de uitoefening van het beroep of bedrijf van laatstgenoemde arbeid te verrichten, kan worden aangemerkt als "een persoon" in de zin van art. 7:658 lid 4 BW - in rov. 3.10 daarmee in het midden heeft gelaten. M.i. is dit een juiste lezing van 's hofs arrest.(52) De klacht in onderdeel 1 - die is ontwikkeld voor het geval dat deze overweging anders dient te worden verstaan - kan derhalve bij gebrek aan feitelijke grondslag niet tot cassatie leiden.

3.41 Ik zal het onderdeel niettemin (ten overvloede) inhoudelijk beoordelen. Het onderdeel klaagt dat indien het hof de hiervoor bedoelde vraag ontkennend heeft beantwoord en heeft beslist dat alleen een beroep kan worden gedaan op art. 7:658 lid 4 BW door een werknemer in dienst van een uitlener of aannemer die bij een derde wordt tewerkgesteld en aan wie daar een ongeval overkomt, het hof dan is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting. De bescherming van art. 7:658 lid 4 BW kan zich

naar blijkt uit de wetsgeschiedenis namelijk ook uitstrekken tot personen die op basis van een rechtstreekse contractuele band met een ander, zij het geen arbeidsovereenkomst, werkzaamheden verrichten in de uitoefening van het beroep of bedrijf van die ander, zoals het geval kan zijn bij aanneming van werk of een overeenkomst van opdracht.

3.42 Het onderdeel stelt terecht (zie hiervoor mijn algemene beschouwingen) dat niet alleen een beroep kan worden op art. 7:658 lid 4 BW door een werknemer in dienst van een uitlener of aannemer die bij een derde wordt tewerkgesteld en aan wie daar een ongeval overkomt. De bescherming kan zich inderdaad ook uitstrekken tot personen met een rechtstreekse contractuele band met een ander, zij het geen arbeidsovereenkomst. Dit volgt met zoveel woorden uit de parlementaire geschiedenis. De wetgever heeft daarbij in ieder geval het oog gehad op de stagiair en de vrijwilliger. M.i. kan art. 7:658 lid 4 BW ook van toepassing zijn indien de werkzaamheden worden verricht op basis van een overeenkomst tot aanneming van werk of van opdracht, maar dat is niet zonder meer het geval. Dat is kennelijk ook het oordeel van het hof, zodat het onderdeel geen doel treft.

Onderdeel 2: "in de uitoefening van beroep of bedrijf"

3.43 Onderdeel 2 klaagt over 's hofs navolgende oordeel in rov. 3.11:

"3.11 Hoe dat zij, ook als aangenomen zou moeten worden dat een zelfstandig ondernemer als [eiser] kan worden aangemerkt als "een persoon" als in artikel 7:658 lid 4 BW genoemd, acht het hof doorslaggevend dat in dit geval niet voldaan is aan het vereiste dat de door hem bij Royalspan in Wielsbeke verrichte werkzaamheden zijn verricht in de uitoefening van het bedrijf van Allspan. De bedrijfsuitoefening van Allspan bestaat zoals gezegd uit het verwerken van resthout uit de houtindustrie tot houtkrullen en houtkorrels. Daarbij gebruikt Allspan vezelverwerkingsmachines. Het ligt in de rede om regulier onderhoudswerk aan zulke machines nog aan te merken als werk dat wordt verricht in de uitoefening van dat bedrijf, nu onderhoudswerk aan de vezelverwerkingsmachines in het verlengde ligt van de verwerking van resthout. Dat ligt naar het oordeel van het hof echter anders met reparatie- of revisiewerkzaamheden van zulke machines. Die werkzaamheden kunnen bezwaarlijk worden gerekend tot het verwerken van resthout in houtkrullen en houtkorrels en dus tot de bedrijfsuitoefening van Allspan. Daarop wijst ook de omstandigheid dat Allspan die werkzaamheden niet zelf verricht, maar juist uitbesteedt aan derden, zoals [eiser]. Bovendien gaat het hier niet om reparatie- of revisiewerkzaamheden aan machines van Allspan zelf, maar van een derde, waaraan niet kan afdoen dat die derde (Royalspan) een vennootschap is waarmee de holdingmaatschappij van Allspan destijds een joint venture vormde. De conclusie van het voorgaande is dat [eiser] zich niet kan beroepen op artikel 7:658 lid 4 BW en dat de tweede grief eveneens faalt."

3.44 Onderdeel 2a veronderstelt dat het hof is uitgegaan van de rechtsopvatting dat slechts sprake kan zijn van toepasselijkheid van art. 7:658 lid 4 BW wanneer door een persoon arbeid wordt verricht in de onderneming van een ander die is aan te merken als arbeid die behoort tot het primaire productieproces van de onderneming van die ander, althans die op zijn minst in het direct verlengde daarvan ligt. Het hof heeft blijk gegeven van een te beperkte opvatting van het begrip "in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf" als bedoeld in art. 7:658 lid 4 BW. De benadering van het hof is volgens het onderdeel onjuist omdat daarmee zonder goede grond de bescherming van het bepaalde in art. 7:658 lid 4 BW wordt onthouden aan personen die werk verrichten dat onderdeel uitmaakt of kan uitmaken van een bepaald (soort) beroep of bedrijf, maar dat geen betrekking heeft op het directe productieproces, zoals werkzaamheden op het gebied van catering, bedrijfsbeveiliging, administratie of een technische (reparatie)dienst.

3.45 Bij de beoordeling van dit onderdeel moet worden vooropgesteld dat het oordeel van het hof op dit punt nauw verweven is met waarderingen van feitelijke aard, waarover in cassatie nauwelijks met succes kan worden geklaagd. Voorts zie ik geen feitelijke grondslag voor de klacht dat het hof heeft geoordeeld dat de arbeid moet worden verricht ten behoeve van het primaire productieproces of het directe verlengde daarvan. Het hof heeft immers erop gewezen dat de onderhavige werkzaamheden juist door Allspan worden uitbesteed en daarmee tot uitdrukking gebracht dat zij niet behoren tot de bedrijfsactiviteiten van Allspan zonder dat daarbij onderscheid gemaakt wordt tussen primaire en andere activiteiten. Het onderdeel kan dus niet slagen. Iets anders is of het oordeel van het hof ook begrijpelijk is, zoals hierna zal blijken. Ten slotte volgt het hof de hiervoor ook door mij onderschreven rechtsopvatting dat de wettelijke maatstaf "in de uitoefening van het bedrijf" inhoudt dat naar de feitelijke situatie moet worden gekeken.

3.46 Onderdeel 2b stelt voorop dat het hof blijkens zijn overweging in rov. 3.11 zevende volzin, voor zijn oordeel dat [eiser] de bij Royalspan verrichte werkzaamheden niet heeft verricht in de uitoefening van het bedrijf van Allspan, in de tweede plaats mede redengevend heeft geacht dat Allspan de door [eiser] verrichte werkzaamheden niet zelf heeft verricht maar deze werkzaamheden heeft uitbesteed aan derden, zoals [eiser]. Het subonderdeel valt uiteen in een rechtsklacht en een motiveringsklacht.

3.47 Het onderdeel klaagt dat het hof aldus heeft miskend dat de subjectieve omstandigheid dat een onderneming ervoor heeft gekozen bepaalde werkzaamheden uit te besteden, niet (mede) redengevend behoort te zijn voor het oordeel dat die werkzaamheden niet tot de uitoefening van het bedrijf van die onderneming behoren als bedoeld in art. 7:658 lid 4 BW. De desbetreffende afweging dient veeleer te geschieden naar objectieve maatstaven, in die zin dat moet worden beoordeeld of de verrichte arbeid, objectief beschouwd, behoort tot die arbeid die normaliter binnen een dergelijk beroep of bedrijf wordt verricht. Het onderdeel stelt daartoe dat art. 7:658 lid 4 BW zich juist richt op bescherming van arbeidskrachten die in het kader van werkzaamheden door een bedrijf, bij dat bedrijf worden ingeleend. Als het outsourcen van bepaalde activiteiten zou worden aangemerkt als een omstandigheid die erop wijst dat de werkzaamheden niet (langer) behoren tot de scope van het bedrijf, doet dat in verregaande mate afbreuk aan de beschermingsgedachte van art. 7:658 lid 4 BW. Die beschermingsgedachte brengt mee dat de vrijheid van degene die een bedrijf uitoefent om te kiezen voor het laten verrichten van werk door eigen werknemers of door andere arbeidskrachten, niet van invloed behoort te zijn op de rechtspositie van degene die het werk verricht en in de uitoefening daarvan betrokken raakt bij een ongeval.

3.48 Naar mijn oordeel kan de rechtsopvatting van het onderdeel niet worden gevolgd. Ik verwijs naar hetgeen hiervoor is uiteengezet onder 3.34. Ik kan het onderdeel ook niet volgen in de kwalificatie van "subjectieve omstandigheid" omdat daarmee een zekere mate van willekeur wordt gesuggereerd. Het is geen kwestie van objectieve of subjectieve omstandigheden, maar van abstracte tegenover concrete omstandigheden. Om die laatste gaat het bij art. 7:658 lid 4 BW.

3.49 Het onderdeel klaagt voorts dat 's hofs oordeel onbegrijpelijk is, althans onvoldoende is gemotiveerd, omdat het hof niet is ingegaan op de essentiële stelling dat de statutair directeur van Allspan, [betrokkene 1], zelf ook de reparatiewerkzaamheden als waarvoor [eiser] werd ingeschakeld, uitvoerde. [Betrokkene 1] heeft zelfs actief deelgenomen aan de reparatiewerkzaamheden. Het oordeel van het hof in de zevende volzin van rov. 3.11 - dat [eiser] de bij Royalspan verrichte werkzaamheden niet heeft verricht in de uitoefening van het bedrijf van Allspan als bedoeld in art. 7:658 lid 4 BW, omdat Allspan dergelijke reparatiewerkzaamheden niet zelf verricht maar uitbesteedt - is volgens het onderdeel dan ook onbegrijpelijk gemotiveerd. In het licht van de in het onderdeel bedoelde stellingen - waarvan in cassatie bij wege van hypothetisch feitelijke grondslag zal moeten worden uitgegaan - valt niet in te zien hoe het hof tot het oordeel is gekomen dat Allspan de door [eiser] verrichte werkzaamheden heeft uitbesteed en niet (ook) zelf verricht. Het onderdeel wijst in dit kader op de opmerking in de wetsgeschiedenis, dat een aanwijzing voor de toepasselijkheid van die bepaling is dat degene die een arbeidskracht anders dan op basis van een met hem gesloten arbeidsovereenkomst arbeid laat verrichten, die arbeid ook door "eigen" arbeidskrachten had kunnen laten verrichten.(53)

3.50 Het gaat hier om een omstandigheid die door de rechter tamelijk eenvoudig en nauwkeurig kan worden vastgesteld en waaruit kan volgen dat het opgedragen werk "inwisselbaar" is. Dat is de reden waarom de motiveringsklacht van het onderdeel naar mijn mening slaagt. [Eiser] heeft immers erop gewezen dat de statutair directeur van Allspan, [betrokkene 1], zelf ook de reparatiewerkzaamheden waarvoor [eiser] werd ingeschakeld, uitvoerde. Volgens [eiser] was dat niet een incidentele werkzaamheid van [betrokkene 1], maar zijn er meerdere projecten uitgevoerd. Als de stellingen van [eiser] juist zijn, (i) dat [betrokkene 1], zoals hij ook bij Allspan of haar voorgangster had gedaan, naar Royalspan is gegaan om daar "orde op zaken te stellen" en daarbij de hulp van [eiser] heeft ingeroepen, en (ii) "het verrichten van revisies van aanvoer/productielijnen binnen haar eigen organisatie dan wel voor organisaties met een gelijk of aanverwant doel ook tot de feitelijke werkzaamheden van Vezelverwerking Barneveld behoorde en [betrokkene 1] de daaraan verbonden technische werkzaamheden ook zelf uitvoerde", dan is niet ondenkbaar dat deze revisie- en reparatiewerkzaamheden in de uitoefening van het bedrijf van Allspan zijn uitgevoerd, zodat het hof aan deze stellingen aandacht had behoren te besteden. Het kan zijn dat het hof de activiteiten van [betrokkene 1] niet tot de bedrijfsactiviteiten van Allspan heeft gerekend, maar dat blijkt niet uit de door het hof gegeven motivering.

3.51 Onderdeel 2c klaagt over 's hofs overweging in de achtste volzin van rov. 3.11, waarin het hof voor zijn oordeel dat [eiser] de bij Royalspan verrichte werkzaamheden niet heeft verricht in de uitoefening van het bedrijf van Allspan mede van gewicht heeft geacht dat het niet gaat om reparatie- of revisiewerkzaamheden aan machines van Allspan zelf, maar van een derde. Het onderdeel bevat een rechtsklacht en een motiveringsklacht.

3.52 Het bestreden oordeel is volgens het onderdeel onjuist, nu het hof heeft miskend dat ook arbeidskrachten die - anders dan op basis van een arbeidsovereenkomst met die onderneming - arbeid verrichten voor een onderneming die zich (mede) toelegt op het (op locatie) verrichten van werkzaamheden voor derden, wel degelijk onder het bereik van art. 7:658 lid 4 BW kunnen vallen. In dat geval bestaat het "bedrijf" in de uitoefening waarvan de betreffende arbeidskracht is ingeschakeld, mede uit het op locatie verrichten van werkzaamheden. Zo zal bijvoorbeeld een schilder die door een uitzendbureau wordt uitgezonden naar een schildersbedrijf dat hem bij een van zijn opdrachtgevers schilderwerkzaamheden laat verrichten, zich zonder meer jegens het schildersbedrijf kunnen beroepen op art. 7:658 lid 4 BW, wanneer hem tijdens het werk een ongeval overkomt. Indien het hof dit niet heeft miskend is zijn oordeel volgens het onderdeel onvoldoende gemotiveerd, nu het hof geen kenbare aandacht heeft besteed aan de stelling dat één van de bedrijfsactiviteiten van Allspan nu juist bestond uit het voor derden op locatie verrichten van reparatiewerkzaamheden.

3.53 Het komt mij voor dat ook deze klachten in het voetspoor van onderdeel 2b doel treffen. Het enkele feit dat de reparatiewerkzaamheden niet aan de machines van Allspan werden verricht, is niet een reden om aan te nemen dat zij niet tot de bedrijfsuitoefening van Allspan behoorden. Volgens [eiser] behoorden deze werkzaamheden tot de activiteiten van Allspan, ook in de vorm van werk voor derden. Het enkele feit dat de bedrijfsuitoefening in hoofdzaak andere activiteiten betreft en in de eigen fabriek worden uitgeoefend, behoeft niet noodzakelijkerwijs in te houden dat werkzaamheden elders voor derden daarbuiten vallen. Bij een bedrijf als dat van Allspan ligt dit misschien niet onmiddellijk voor de hand, maar uitgesloten is het niet. Het hof heeft kennelijk aangenomen dat alleen werkzaamheden op de locatie van Allspan in aanmerking komen. Dit oordeel getuigt van een onjuiste - immers te beperkte - rechtsopvatting indien het hof heeft aangenomen dat dit een noodzakelijke voorwaarde is, en is, als het hof wel van een juiste rechtsopvatting is uitgegaan, niet voldoende begrijpelijk gemotiveerd.

Onderdeel 3: bewijsaanbod

3.54 Onderdeel 3 klaagt over het oordeel van het hof in rov. 3.15, dat het hof aan het algemene bewijsaanbod van [eiser] voorbij gaat, nu [eiser] geen feiten heeft gesteld, die, indien bewezen, tot een ander oordeel kunnen leiden dan hiervoor is gegeven. Dit oordeel is volgens het onderdeel onjuist, althans onbegrijpelijk en/of onvoldoende gemotiveerd. Het onderdeel verwijst naar de in onderdeel 2b gestelde feiten en omstandigheden. Het oordeel in rov. 3.15 dat ook deze feiten, indien bewezen, niet tot een ander oordeel kunnen leiden getuigt van een onjuiste rechtsopvatting, althans is onvoldoende gemotiveerd. Het bewijsaanbod betrof ook de feiten en omstandigheden genoemd in onderdeel 2c. Het oordeel dat ook deze feiten, indien bewezen, niet tot een ander oordeel kunnen leiden, getuigt eveneens van een onjuiste rechtsopvatting, althans is onvoldoende gemotiveerd.

3.55 Indien een of meer klachten van onderdeel 2 slagen, treft ook onderdeel 3 doel. In dat geval had het hof [eiser] in beginsel moeten toelaten tot het bewijs van zijn stellingen met betrekking tot de werkzaamheden van [betrokkene 1]. Als deze actief was op het gebied van reparaties (als die) waarbij [eiser] werd betrokken, en deze ook uitvoerde bij derden, dan lijkt me het bewijsaanbod terzake dienend. Door het bewijsaanbod zonder meer te passeren, heeft het hof van een onjuiste rechtsopvatting blijk gegeven dan wel zijn oordeel ontoereikend gemotiveerd.

Onderdeel 4: voortbouwende klacht

3.56 's Hofs voortbouwende oordeel in rov. 4 kan bij deze stand van zaken evenmin standhouden, zodat de daarop gerichte klacht in onderdeel 4 eveneens doel treft.

4. Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging en verwijzing.

De Procureur-Generaal bij de

- 1 Hof Arnhem 17 augustus 2010, LJN BN3781, JAR 2010/247.
- 2 De cassatiedagvaarding is op 17 november 2010 uitgebracht.
- 3 Rov. 3.8 van het arrest van het hof van 17 augustus 2010.
- 4 Kamerstukken II 1997/98, 25 263, nr. 14, p. 6.
- 5 Kamerstukken II 1997/98, 25 263, nr. 14, p. 6.
- 6 Kamerstukken II 1998/99, 26 257, nr. 5, p. 7.
- 7 Kamerstukken II, 1988/99, 26 257, nr. 7, p. 15.
- 8 Kamerstukken I, 1998/99, 26 257, nr. 110b, p. 6-7. Zie daarover kritisch: W.H.A.C.M. Bouwens, Het bereik van artikel 7:658, vierde lid BW, in: C.J.M. Klaassen e.a. (red.), Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt, 2003, p. 85.
- 9 Vgl. Ktr. Amsterdam 20 juli 2001, LJN AG2850, JAR 2001/222.
- 10 Hof Arnhem 11 januari 2005, LJN AS2588, JAR 2005/47. Zie wat betreft vrijwilligers in het kader van art. 7:658 lid 4 BW voorts: Rb. Haarlem 28 april 2010, LJN BM6402 en Hof Amsterdam 29 maart 2011, LJN BQ2718 in het hoger beroep.
- 11 Aanhangsel van de Handelingen II 2004/05, nr. 1651. Aan deze beantwoording door de minister komt voor de uitleg van art. 7:658 lid 4 BW overigens geen bijzondere betekenis toe aangezien deze uitlating van de minister geen onderdeel heeft uitgemaakt van de totstandkomingsgeschiedenis van de wettelijke bepaling (vgl. HR 9 december 2011, LJN BU7412 rov. 3.6.3).
- 12 Zie onder meer: T. Hartlief, Werkgeversaansprakelijkheid: het bereik van en de verhouding tussen art. 7:658 en 7:611 BW, RMThemis, 2002, p. 72-75; C.C. van Dam, De reikwijdte van de nieuwe werkgeversaansprakelijkheid, VR 2000, p. 41-44; Asser/Heerma van Voss 7-V* 2008, nr. 260; W.H. van Boom, Aansprakelijkheid van, voor en jegens vrijwilligers, AV&S 2004, 36; H. Lebbing en A. van der Veen, Aansprakelijkheid voor (letsel)schade van een zzp-er, TVP 2011, p. 91 i.k.; W.H.A.C.M. Bouwens, Het bereik van artikel 7:658, vierde lid BW, in: C.J.M. Klaassen e.a. (red.), Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt, 2003, p. 79-80.
- 13 T. Hartlief, De reikwijdte van de aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen mede in het licht van recente wetgeving, SR 1998, p. 223; M.B.M. Loos, Schadevergoeding voor een onvoorzichtige opdrachtnemer, NTBR 1999, p. 261-264. Zie overigens Rb. Zwolle 28 november 2001, LJN AE5257, NJ 2002/253, waarin de rechtbank overeenkomstig deze opvatting van Frenk heeft geoordeeld.
- 14 N. Frenk, Aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen in driehoeksverhoudingen en buiten arbeidsovereenkomst, NTBR 1998, p. 35-36. Zie instemmend: W.H.A.C.M. Bouwens, Het bereik van artikel 7:658, vierde lid BW, in: C.J.M. Klaassen e.a. (red.), Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt, 2003, p. 82.
- 15 T. Hartlief, De reikwijdte van de aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen mede in het licht van recente wetgeving, SR 1998, p. 223.
- 16 T. Hartlief, Het bereik van de werkgeversaansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen: de betekenis van art. 7:658 lid 4 BW, WPNR 99/6379, p. 851-852.
- 17 T. Hartlief, Werkgeversaansprakelijkheid: het bereik van en de verhouding tussen art. 7:658 en 7:611 BW, RM Themis, 2002, p. 67-83.
- 18 H. Dammingh, De aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten in driehoeksverhoudingen, SMA, 1999, p. 191-192.
- 19 M.B.M. Loos, Schadevergoeding voor de onvoorzichtige opdrachtnemer, NTBR, 1999, p. 261-264.
- 20 C.C. van Dam, De reikwijdte van de nieuwe werkgeversaansprakelijkheid. Meer zekerheid over het flexibele artikel 7:658 lid 4 BW, VRA 2000/41.
- 21 W.H.A.C.M. Bouwens, Het bereik van artikel 7:658, vierde lid BW, in: C.J.M. Klaassen e.a. (red.), Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt, 2003, p. 86-87. Zie in gelijke zin het commentaar van de Werkgroep Ontslagrecht van 29 oktober 1998, weergegeven in: S.W. Kuip en C.G. Scholtens, Flexibiliteit en zekerheid. Parlementaire geschiedenis van de Wet flexibiliteit en zekerheid, 1999, p. 972.
- 22 G.C. Boot, Arbeidsrechtelijke bescherming (diss. Leiden), 2005, p. 312.
- 23 M.E.L. Fikkers, Van meelopers, hulppersonen, materiële en formele werkgevers, SR, 2003 p. 162-163.
- 24 D.M. Bosscher, Werkgeversaansprakelijkheid, TVP, 2005, p. 65-66.
- 25 F. Maada, De positie van de zzp, PIV-Bulletin 2007/4.
- 26 Y.R.K. Waterman, De aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen en beroepsziekten (diss. Rotterdam), 2009, p. 86-87.
- 27 G.C. Boot, Niet-werknemers en arbeidsongevallen; het bereik van art. 7:658 lid 4 BW,

- Arbeidsrecht, 2005, p. 29-33.
- 28 M.S.A. Vegter, Reikwijdte van artikel 7:658 lid 4 BW, JAR Verklaard, 2005/8, p. 3-5.
- 29 W.H.A.C.M. Bouwens en R.A.A. Duk, Arbeidsovereenkomstenrecht, 2011, p. 242-243.
- 30 H. Lebbing en A. van der Veen, Aansprakelijkheid voor (letsel)schade van een zzp-er, TVP 2011, p. 89-96.
- 31 V.G.G. Bergwerf, W.F. van Dijk en A.R. Houweling, Tien jaar Wet Flexibiliteit en Zekerheid: reden voor een feestje? Een analyse van tien jaar 'flexrechtspraak', TAP, 2009, special 3, p. 13.
- 32 S.D. Linderbergh, Arbeidsongevallen en beroepsziekten, 2009, p. 85-86.
- 33 S.D. Lindenbergh en P.L.M. Schneider, De reikwijdte van de werkgeversaansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen van ingeleend personeel. Over de grenzen van.... Artikel 7:658 lid 4 BW, TAP 2009, p. 28.
- 34 G.C. Boot, Niet-werknemers en arbeidsongevallen; het bereik van art. 7:658 lid 4 BW, Arbeidsrecht, 2005, p. 29-33.
- 35 P.L.M. Schneider, Is de zzp'er 'een persoon' in de zin van art. 7:658 lid 4 BW?, TAP, 2011, p. 272-280.
- 36 Rb. Zwolle 28 november 2001, LJN AE5257, NJ 2002/253; Rb. Rotterdam 4 februari 2009, LJN BI7365; Hof Arnhem 17 augustus 2010, LJN BN3781 (de onderhavige zaak); Rb. 's-Hertogenbosch 13 juli 2011, LJN BR1652.
- 37 Hof Amsterdam 22 februari 2011, LJN BP8948; Hof Amsterdam 22 februari 2011, LJN BP6622, Hof Amsterdam 22 februari 2011; LJN BP6445; Hof 's-Hertogenbosch 2 november 2010, LJN BP8468; Ktr. Utrecht 4 februari 2009, LJN BN3781; Rb. Den Bosch 9 juli 2007, LJN BA9363.
- 38 Ktr. Assen 22 maart 2011, LJN BP8948.
- 39 SER Advies 11/02, Zelfstandigen en arbeidsomstandigheden, maart 2011, te raadplegen via http://www.ser.nl/~media/DB_Advies/2010_2019/2011/b29288.ashx
- 40 SER Advies 11/02, Zelfstandigen en arbeidsomstandigheden, maart 2011, p. 18, met verwijzing naar de brochure van de Arbeidsinspectie "Zelfstandigen en de Arboret (oktober 2008), te raadplegen via de internetpagina van de Arbeidsinspectie (www.arbeidsinspectie.nl).
- 41 S.D. Lindenbergh, Arbeidsongevallen en beroepsziekten, 2009, p. 42.
- 42 T.F.E. Tjong Tjin Tai, Zorgplichten en zorgethiek (diss. UvA), 2007, p. 134.
- 43 Vgl. Losbl. Onrechtmatige Daad (Oldenhuis), art. 171, aant. 4.
- 44 Zie het commentaar van de Werkgroep Ontslagrecht van 29 oktober 1998, weergegeven in: S.W. Kuip en C.G. Scholtens, Flexibiliteit en zekerheid. Parlementaire geschiedenis van de Wet flexibiliteit en zekerheid, 1999, p. 972; T. Hartlief, Delfland/De Stoeterij: de (beperkte) betekenis van artikel 6:171 BW, AA, 2002, p. 886-896.
- 45 R.D. Lubach, Aansprakelijkheid voor zelfstandige hulppersonen. Over de achtergrond, reikwijdte en toepassing van art. 6:171 BW (diss. Groningen), 2005, p. 265-270.
- 46 Vgl. de conclusie van A-G Spier vóór HR 18 juni 2010, LJN BL9596, NJ 2010/389.
- 47 HR 12 december 2008, LJN BD3129, NJ 2009/332 m.nt. T. Hartlief onder NJ 2009/335. Zie ook: HR 13 juni 2007, LJN BA7355, NJ 2008/464.
- 48 Zie 3.19 van de conclusie van A-G Spier vóór HR 18 november 2005, LJN AU3259, JAR 2005/288.
- 49 T.F.E. Tjong Tjin Tai, Zorgplichten en zorgethiek (diss. UvA), 2007, p. 133-134.
- 50 HR 16 mei 2003, LJN AF7000, NJ 2004/176.
- 51 HR 24 juni 2011, LJN BP9897, NJ 2011/281 en JAR 2011/192 m.nt. B. Barentsen.
- 52 Zie aldus ook: H. Lebbing en A. van der Veen, Aansprakelijkheid voor (letsel)schade van een zzp-er, TVP 2011, p. 92 r.k.
- 53 Bijl. Hand. II 1998/99, 26 257, nr. 7, p. 15.