

# Hoe bewust en hoe roekeloos handelt de bewust roekeloze werknemer?

Bespreking van twee recente arresten over 'bewuste roekeloosheid' in de zin van de artikelen 7:658, 7:661 en 6:170 BW

Mr. P. van den Broek

## Inleiding

Medeschuld van de werknemer aan tijdens de uitoefening van zijn werkzaamheden door hem opgelopen schade ontslaat de – in zijn zorgplicht tekortschietende – werkgever slechts van aansprakelijkheid indien de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer, zo bepaalt artikel 7:658 lid 2 BW.<sup>1</sup> Voorts is de werknemer voor door hem tijdens de uitvoering van zijn werk aan de werkgever (of aan een derde) toegebrachte schade jegens de werkgever slechts aansprakelijk wanneer die schade een gevolg is van zijn opzet of bewuste roekeloosheid. Dit laatste is geregeld in artikel 7:661 lid 1 BW.<sup>2</sup> In beide gevallen rust de stelplicht en bewijslast van de vermeende 'opzet' of 'bewuste roekeloosheid' volgens de wettekst op de werkgever. Beide artikelen zijn een uitwerking van de beschermingsgedachte dat de – ten opzichte van de werkgever sociaal zwakkere – werknemer slechts in bijzondere gevallen het risico dient te dragen van de onzorgvuldige uitoefening van zijn werkzaamheden, temeer nu het een ervaringsfeit is dat de dagelijkse omgang met machines, werktuigen en gereedschappen de werknemer er licht toe zal brengen niet alle voorzichtigheid in acht te nemen die ter voorkoming van ongelukken raadzaam is.<sup>3</sup>

In dit artikel bespreek ik twee recente arresten waarin de Hoge Raad zich heeft gebogen over de vraag of sprake was van 'bewuste roekeloosheid' in de zin van voornoemde artikelen. Eerst zal ik echter kort stilstaan bij de stand van de jurisprudentie en literatuur ten aanzien van dit begrip, voordat deze twee arresten werden gewezen.

In het standaardarrest Pollemans/Hoondert<sup>4</sup> heeft de Hoge Raad bepaald dat van 'bewuste roekeloosheid' in de zin van (thans) artikel 7:658 lid 2 BW pas sprake is wanneer de werknemer zich tijdens het verrichten van zijn onmiddellijk aan het ongeval voorafgaande gedraging daadwerkelijk bewust was van het roekeloze karakter van die gedraging. Pollemans, die werkzaamheden op een dak moest verrichten, was uitdrukkelijk gewaarschuwd om (voorafgaand en tijdens zijn werkzaamheden) niet buiten de beveiliging op het dak te lopen. Pollemans deed dat toch en zakte door het dak, met letsel tot gevolg. Kantonrechter en rechtbank (in hoger beroep) achtten de 'bewuste roekeloosheid' van Pollemans bewezen, maar de Hoge Raad oordeelde dat met het enkele negeren van de dringende waarschuwingen nog niet was bewezen dat Pollemans zich

bij het onmiddellijk voorafgaand aan het ongeval lopen op het buiten de beveiliging gelegen deel van het dak, daadwerkelijk bewust was geweest van het roekeloze karakter van die gedraging.<sup>5</sup>

## Bewijs bewustheid

Deze door de Hoge Raad aangelegde maatstaf leek te impliceren dat de werkgever de subjectieve bewustheid bij de werknemer van diens roekeloosheid, dus zijn innerlijke gesteldheid, diende te bewijzen voor een geslaagd beroep op verval van vergoedingsplicht. De praktische onhaalbaarheid van die aan de werkgever opgedragen taak zorgde voor kritiek op dit arrest. Die kritiek kwam er in de kern op neer dat van de vereiste subjectieve bewustheid in zekere zin geabstraheerd zou moeten kunnen worden, in die zin dat deze innerlijke gesteldheid onder omstandigheden uit de gedragingen van de werknemer zou moeten kunnen worden afgeleid. Hoewel de Hoge Raad deze gedachtegang op andere civielrechtelijke terreinen eerder al had aanvaard,<sup>6</sup> was deze tot voor kort ten aanzien van de 'bewuste roekeloosheid' in de hier aan de orde zijnde zin, nog niet (expliciet) door de Hoge Raad aangenomen.

De vraag of de bewustheid bij de werknemer van het roekeloze karakter van zijn gedraging uit uiterlijkheden kan worden afge-

1. Wordt de aansprakelijkheid van de werkgever niet gestoeld op art. 7:658 BW, maar op art. 7:611 BW (goed werkgeverschap), dan geldt eveneens dat de vergoedingsplicht van de werkgever vervalt wanneer sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer, zo volgt uit HR 9 augustus 2002, NJ 2004, 235 (De Bont/Oudenallen).
2. Vgl. ook art. 6:170 lid 3 BW, waarin is bepaald dat wanneer de werkgever en de werknemer beiden tegenover een derde aansprakelijk zijn, de werknemer behoudens opzet of bewuste roekeloosheid in hun onderlinge verhouding niet hoeft bij te dragen in de schadevergoeding.
3. HR 27 juni 1975, NJ 1976, 81 en HR 9 januari 1987, NJ 1987, 948.
4. HR 20 september 1996, NJ 1997, 198.
5. Welke maatstaf de Hoge Raad bevestigde in het arrest Van der Wiel/Philips Lighting (HR 11 september 1998, NJ 1998, 870).
6. Men vergelijk de bestaande jurisprudentie over de voor het aanvangen van de verjaringsstermijn ex art. 3:310 BW vereiste subjectieve bekendheid bij de schuldeiser met de schade en de aansprakelijke persoon, waarbij is aangenomen dat deze bekendheid onder omstandigheden kan worden afgeleid uit uiterlijkheden (HR 6 april 2001, NJ 2002, 383 en HR 20 april 2001, NJ 2002, 384). Op eenzelfde wijze werd in het IJzeren staaf-arrest het voor een beroep op de 'oude' opzetclausule in de AVP-polis vereiste, op de schade gerichte zekerheidsbewustzijn van de mishandelende verzekerde afgeleid uit de uiterlijke kenmerken van diens gedragingen (HR 27 juni 2003, JOL 2003/356).

leid, lag derhalve nog min of meer open. Meer specifiek kan de vraag worden gesteld of, wanneer de subjectieve bewustheid aan- nemelijk lijkt op grond van het enkele feit dat van het door de werknemer vertoonde gedrag algemeen bekend is dat dit een gevaar oplevert, de 'bewuste roekeloosheid' van dat gedrag daar- mee voorshands kan worden aangenomen (en de werknemer tegenbewijs van het ontbreken van die subjectieve bewustheid zal moeten leveren), of dat voor het feitelijk vermoeden van de 'be- wuste roekeloosheid' pas plaats is nadat de werkgever, naast de – objectief vastgestelde – roekeloosheid van het gedrag, aanvul- lende omstandigheden heeft aangedragen waaruit de subjectieve bewustheid bij de werknemer van die roekeloosheid kan worden afgeleid. Anders verwoord kan de vraag worden gesteld:

*Wie draagt uiteindelijk het bewijsrisico<sup>7</sup> van de vraag of de werknemer zich wel of niet van de – objectief vaststelbare – roekeloosheid van zijn gedraging 'bewust' was?*

#### **Intermezzo; het begrip 'bewuste roekeloosheid' in verschillende bepalingen**

Overigens bestond in de literatuur verschil van mening over de vraag of de door de Hoge Raad in Pollemans/Hoondert ontwikkel- de maatstaf, aan te leggen bij de beoordeling van een beroep op 'bewuste roekeloosheid' ex artikel 7:658 BW, ook moet worden toegepast op het begrip 'bewuste roekeloosheid' in artikel 7:661 BW.<sup>8</sup> Hoewel zowel de wetsgeschiedenis als oudere arresten van de Hoge Raad lijken te pleiten voor een eenduidige uitleg van het begrip in de verschillende artikelen van titel 7.10 BW, hebben enkele schrijvers betoogd dat de term 'bewuste roekeloosheid' in het – op door de werknemer aan de werkgever toegebrachte scha- de gerichte – artikel 7:661 BW minder eng zou moeten worden geïnterpreteerd dan in artikel 7:658 BW.<sup>9</sup> In het hierna te bespre- ken arrest van de Hoge Raad van 14 oktober 2005 is echter (nog eens) duidelijk gemaakt dat in beide gevallen dezelfde maatstaf geldt (dat wil zeggen: die van Pollemans/Hoondert).

#### **Roekeloosheid**

Uit Pollemans/Hoondert volgt dat voor een geslaagd beroep van de werkgever op bewuste roekeloosheid de werknemer zich bewust diende te zijn van 'het roekeloze karakter' van zijn – onmiddellijk aan het ongeval voorafgaande – gedraging. Over de vraag naar de *mate van roekeloosheid* (of anders: de mate van 'gevaarscheppendheid') van het gedrag waarop het bewustzijn van de werknemer gericht diende te zijn, wordt verschillend gedacht. In ieder geval is vereist dat de werknemer wist dat zijn gedraging de kans c.q. het risico op een ongeval met zich bracht. Dit laat echter nog de vraag open of voor een beroep op 'bewuste roekeloosheid' voldoende is dat de werknemer *een* – aan zijn gedraging verbonden – kans/risico op een ongeval heeft aanvaard, of dat die door de werknemer aanvaarde kans (c.q. dat aanvaarde risico) een bepaalde minimale omvang moet hebben (bijvoorbeeld een 'niet te verwaarlozen kans', een 'aanzienlijke kans' of een 'aanmerkelijke kans'<sup>10</sup>). De vraag is dan: 'Hoe groot moet de door de werknemer aanvaarde – aan zijn gedraging verbonden – kans op een ongeval zijn voordat sprake is van 'roekeloosheid' in de zin van artikel 7:658 en 7:661 BW?' Of, anders:

*Hoe 'roekeloos' moet de bewust roekeloze werknemer zich hebben gedragen?*

Ten aanzien van beide hiervoor cursief afgedrukte vragen zijn recentelijk interessante arresten verschenen van de Hoge Raad. Ik zal beide arresten hierna bespreken en van enig commentaar voor- zien. Ik zal beginnen met het arrest dat verband houdt met de laatstgenoemde vraag naar de vereiste mate van roekeloosheid van het gedrag waarvan de werknemer zich bewust moet zijn geweest (of: de omvang van de door de werknemer aanvaarde kans op een ongeval).

#### **HR 14 oktober 2005, JA 2006/10 (City Tax)**

In dit arrest ging het om een werknemer die schade had toege- bracht aan zijn werkgever, waarbij volgens de werkgever sprake was van bewuste roekeloosheid. Het betrof derhalve een artikel 7:661 BW-situatie. Zoals hiervoor al is aangegeven, ligt het belang van dit arrest mede in de duidelijkheid die de Hoge Raad heeft gegeven ten aanzien van de uitleg van het begrip 'bewuste roekeloosheid' in artikel 7:661 BW enerzijds, en in artikel 7:658 BW anderzijds. Deze is identiek, aldus de Raad. Het arrest is ech- ter ook interessant vanwege de nadere invulling van de Polle- mans/Hoondert-maatstaf, zoals die in het in cassatie aangevocht- ten arrest van het Hof Den Bosch van 20 april 2004 was gegeven (waaruit een welhaast *nog* engere uitleg van het begrip 'bewuste roekeloosheid' voortvloeit), welke invulling de Hoge Raad in stand liet. Wat was het geval?

7. Voor de goede orde: met het begrip 'bewijsrisico' is hier niet bedoeld de (forme- le) bewijslast. Deze zal ook na aanname van een feitelijk vermoeden van de sub- jectieve bewustheid bij de werkgever blijven liggen. Het 'bewijsrisico' ligt mijns inziens echter bij de partij die krijgt opgedragen om (aanvullend) bewijs of tegen- bewijs te leveren, bij gebreke waarvan de wederpartij in het gelijk wordt gesteld (ongeacht op wie de formele bewijslast rust). Dat 'bewijsrisico', zijnde het risico om iets niet bewezen te krijgen en daardoor de zaak te verliezen, verschuift na aanname van een feitelijk vermoeden in mijn optiek van de werkgever naar de werknemer. In de literatuur wordt het begrip 'bewijsrisico' echter ook gebruikt als synoniem voor de figuur van de formele bewijslast. Zie onder meer: W.D.H. Asser, Bewijslastverdeling, serie Burgerlijk Proces & Praktijk, Deventer: Kluwer 2004 (p. 89) en voorts ook I. Giesen in zijn dissertatie 'Bewijs en aansprakelijk- heid' (Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 66). Mij spreekt dat weinig aan, nu ik niet goed zie waarom – na aanname van een feitelijk vermoeden – het 'risico' van de bewijsvoering nog bij de drager van de bewijslast zou liggen (en niet bij degene die tegenbewijs moet gaan leveren). Voor datgene waarvoor ik het begrip 'bewijsrisico' gebruik, gebruiken Asser en Giesen respectievelijk de begrippen 'bewijsleveringslast' en 'bewijsvoeringslast'. Deze begrippen acht ik echter enigszins verwarrend, nu zij veel lijken op het begrip 'bewijslast', terwijl zij voor iets anders staan.
8. En bijvoorbeeld op het begrip 'bewuste roekeloosheid' in art. 6:170 lid 3 BW.
9. Zie bijvoorbeeld C.J.M. Klaassen, Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt, Deventer: Kluwer 2003 p. 35. Zie verder ook C.J. Loonstra en W.A. Zondag in hun bijdrage in: K.F. Haak & F.L. Koot (red.), Bewuste roekeloosheid in het pri- vaatrecht, SI-EUR-reeks, Deventer: Kluwer 2004, p. 71 e.v., die bepleiten dat onder 'bewuste roekeloosheid' in art. 7:661 – slechts – 'ernstige verwijtbaarheid' moet worden verstaan.
10. Voor welk laatste criterium aansluiting kan worden gevonden bij de met de 'bewuste roekeloosheid' vergelijkbare figuur van de 'voorwaardelijk opzet' in het strafrecht, die wordt gedefinieerd als 'het zich wilfens en wetens blootstellen aan de aanmerkelijke kans dat het gevolg zal intreden'.

Een taxichauffeur was om 01.00 uur 's nachts, ter verkorting van zijn route, een weg ingereeden die was afgesloten door een wegafzetting die was voorzien van het verkeersbord 'afgesloten voor alle verkeer', met de vermelding 'uitgezonderd bestemmingsverkeer'. De taxichauffeur was deze afgezette weg een dag eerder zonder problemen door gereden. Nu kwam hij echter in een inmiddels uitgefreesd deel van het wegdek terecht, waardoor de – aan zijn werkgever toebehorende – taxi voor enkele duizenden euro's werd beschadigd. Zijn werkgever heeft de chauffeur aansprakelijk gesteld, stellende dat de schade een gevolg was van zijn bewuste roekeloosheid, nu hij bewust het verkeersbord en de wegafzetting had genegeerd en een weg was ingereeden waar werkzaamheden werden uitgevoerd. Het hof oordeelde in appèl dat voor het aannemen van bewuste roekeloosheid van de chauffeur is vereist dat hij zich ten tijde van het ongeval<sup>11</sup> daadwerkelijk bewust was van het roekeloze karakter van zijn gedraging. Deze Pollemans/Hoondert-maatstaf vulde het hof vervolgens als volgt nader in:

'Daarvan is eerst sprake indien X hoewel hij zich er van bewust is dat door het nemen van de afgezette, kortere, route de kans dat het ongeval zich zal verwezenlijken aanzienlijk groter is dan de kans dat dit niet zal gebeuren, maar X zich daardoor niet heeft laten weerhouden. Omstandigheden waaruit blijkt dat X deze kans heeft aanvaard zijn niet gebleken.'

Op grond van de overweging dat het hof terecht de Pollemans/Hoondert-maatstaf heeft toegepast, wijst de Hoge Raad de daartegen gerichte rechtsklacht af. Of die maatstaf door het hof ook juist is ingevuld door – kortweg – te stellen dat de door de werknemer aanvaarde kans op een aan zijn gedraging verbonden ongeval aanzienlijk groter dan 50% moet zijn, maakt de Hoge Raad niet echt duidelijk.<sup>12</sup> Tegen die invulling was geen zelfstandig cassatiemiddel gericht, waardoor de Raad zich niet over de juistheid daarvan hoefde uit te laten. Opvallend is wel dat de Raad het blijkbaar niet nodig heeft gevonden om op eigen initiatief aan te geven dat deze invulling onjuist is. Daarbij is relevant dat A-G Hartkamp onder nummer 18 van zijn Conclusie heeft aangegeven dat de door het hof gegeven nadere invulling zijns inziens juist is. Een en ander zal wellicht aanleiding zijn voor – voor werknemers optredende – rechtsbeoefenaars om te bepleiten dat van 'bewuste roekeloosheid' slechts sprake is, indien door de werknemer een kans op schade van aanzienlijk meer dan 50% is aanvaard (en dus aanvaarding van een 'aanmerkelijke' of 'aanzienlijke' kans niet voldoende is).

Het lijkt goed om hier even de vermoedelijke achtergrond van de door het Hof Den Bosch toegepaste (strengere) eis toe te lichten. Deze lijkt gebaseerd op de jurisprudentie over bijzondere bepalingen in het vervoersrecht, die weliswaar eveneens handelen over opzet en bewuste roekeloosheid, maar die wat betreft de in de wettekst gebruikte bewoordingen verschillen van artikel 7:658 en 7:661 BW. Zo bepaalt artikel 8:1108 BW bijvoorbeeld dat de vervoerder zich niet op enige beperking van aansprakelijkheid kan beroepen, voorzover de schade is ontstaan uit zijn eigen handeling of nalaten, 'geschied hetzij met het opzet (...) hetzij roekeloos en met de wetenschap dat die schade er waarschijnlijk uit zou voort-

vloeien'. De laatste zin van deze bepaling is in het arrest Overbeek/Cigna<sup>13</sup> door de Hoge Raad aldus uitgelegd dat daarvan pas sprake is, wanneer degene die zich roekeloos gedraagt, het aan die gedraging verbonden gevaar kent en zich ervan bewust is dat de kans dat het gevaar zich zal verwezenlijken, *aanzienlijk groter* is dan de kans dat dit niet zal gebeuren. Het lijkt er sterk op dat het Hof Den Bosch deze uitleg van artikel 8:1108 BW één op één heeft toegepast op de 'bewuste roekeloosheid' van de artikelen 7:658, 7:661 en artikel 6:170 BW.

Gezien reeds het enkele ontbreken van het criterium 'en met de wetenschap dat die schade er waarschijnlijk uit zou voortvloeien' in de tekst van de artikelen 7:658, 7:661 en artikel 6:170 BW, is naar mijn mening tegen deze één-op-één-toepassing wel het nodige in te brengen.<sup>14</sup> Daarbij komt dat het doorvoeren van de eis dat de aanvaarde kans op een ongeval aanzienlijk groter dan 50% moet zijn, ertoe zou kunnen leiden dat bepaald bijzonder gevaarzettend (en bijzonder afkeurenswaardig) gedrag van een werknemer niet als 'bewust roekeloos' kan worden aangemerkt, om de enkele reden dat de ervaring leert dat het in (meer dan) de helft van de gevallen – toch wel – goed afloopt. Ik zou mij kunnen voorstellen dat dit in bepaalde situaties tot een rechtens onwenselijk resultaat leidt. Ik verwijs daarbij naar het voorbeeld van de stelselmatig bumperklevende werknemer dat Van Boom heeft gegeven in zijn noot onder dit arrest in JA 2006/10. Ook hem komt de aan het vervoersrecht ontleende maatstaf voor de uitleg van het begrip 'bewuste roekeloosheid' in het arbeidsrecht weinig aantrekkelijk voor. Ik zou daarom willen betogen dat de door het Hof Den Bosch gegeven invulling van de Pollemans/Hoondert-maatstaf, voor wat betreft het arbeidsrecht, niet de juiste is. Voor dit standpunt kan wellicht steun worden gevonden in het feit dat de Hoge Raad niet op deze invulling is teruggekomen in het hierna te bespreken arrest van 2 december 2005.<sup>15</sup>

Dit betekent overigens niet dat ik van mening ben dat aan het aannemen van 'bewuste roekeloosheid' bij de werknemer geen strenge eisen moeten worden gesteld. Ik deel de mening van A-G Spier in zijn Conclusie bij het hierna te bespreken arrest, dat daadwerkelijke bekendheid van de werknemer met het roekeloze karakter van zijn handelen niet spoedig kan worden aangenomen, nu reke-

11. Bedoeld zal zijn: 'onmiddellijk voorafgaand aan het ongeval'.

12. Hoewel hij dat niet met zoveel woorden stelt, lijkt Hartlief, die vanuit het oogpunt van rechtszekerheid pleit voor één betekenis van het begrip 'bewuste roekeloosheid' in het privaatrecht, van mening dat uit het arrest zou kunnen worden afgeleid dat – ook – de Hoge Raad een eenduidige uitleg van het begrip 'bewuste roekeloosheid' binnen het bredere systeem van het privaatrecht voorstaat (en de door het Hof Den Bosch aan het vervoersrecht ontleende invulling van dat begrip wel de juiste heeft geacht). Zie: WPNR (2005) 6646, p. 953-954, voetnoot 10.

13. HR 5 januari 2001, NJ 2001, 391.

14. Wat dat aangaat, is er dus strikt genomen ook geen sprake van hetzelfde begrip 'bewuste roekeloosheid' in de bepalingen van Boek 8, zoals dit begrip is terug te vinden in titel 7.10 en in art. 6:170 BW. Het rechtszekerheidsargument van Hartlief bij één betekenis voor dit begrip in het privaatrecht (zie hiervoor voetnoot 12) gaat daarom niet zonder meer op. Immers, de wet zelf differentieert al.

15. Welke zaak m.i. overigens een – op de door Van Boom genoemde bumperklever gelijkend – voorbeeld is van een situatie waarin toepassing van de 'meer dan 50%-kans'-regel tot een onwenselijk resultaat had kunnen leiden (waarop ik nog zal terugkomen).

ning moet worden gehouden met – onder meer – (1) de beschermingsgedachte die ten grondslag ligt aan bepalingen als artikel 7:658 BW, (2) het ervaringsfeit van de vermindering van de voorzichtigheid van de werknemer die zich dagelijks in dezelfde werksituatie bevindt, (3) het feit dat bij bewuste roekeloosheid het risico steeds geheel voor rekening van de werknemer komt, aan welke omstandigheden temeer gewicht toekomt in (4) een tijd waarin de sociale verzekeringen achteruitgaan.<sup>16</sup> Ten aanzien van de uitleg van de term ‘roekeloosheid’ in het begrip ‘bewuste roekeloosheid’ meen ik echter dat de aan het vervoersrecht ontleende maatstaf van ‘aanzienlijk meer dan 50% kans op schade’ voor wat betreft het arbeidsrecht een te strenge eis is aan de mate waarin het de werknemer verweten gedrag gevaarzettend moet zijn geweest om het risico op het uit dat gedrag voortvloeiende schade (gerechtvaardigd) van de werkgever naar de werknemer te verplaatsen. Bewuste aanvaarding door de werknemer van de ‘aanzienlijke kans’ op een ongeval lijkt mij voor een dergelijke risicoverplaatsing voldoende.<sup>17</sup> De ‘subjectieve bewustheid’ van die aanzienlijke kans bij de werknemer zal mijns inziens echter niet licht moeten worden aangenomen, in die zin dat deze, op grond van de beschermingsgedachte van – bijvoorbeeld – artikel 7:658 BW, naar mijn oordeel niet reeds uit de enkele – objectief vaststelbare – roekeloosheid van de gedraging van de werknemer zou mogen worden afgeleid (en het bewijsrisico van de ‘bewustheid’ niet te snel van de werkgever naar de werknemer zou mogen worden verplaatst). Hierop zal ik hierna verder ingaan aan de hand van het arrest Diabetische koerier.

#### HR 2 december 2005, JA 2006/12 (Diabetische koerier)

In dit arrest heeft de Hoge Raad – kort gezegd – aanvaard dat de rechter het bewijs van subjectieve bewustheid bij de werknemer van het roekeloze karakter van zijn – direct aan het ongeval voorafgaande – gedraging kan aannemen, als deze gedraging daar de uiterlijke kenmerken van vertoont en de werknemer het bestaan van die subjectieve bewustheid onvoldoende gemotiveerd heeft betwist. Het ging in die zaak om een koerier die leed aan diabetes mellitus en die op 4 september 1998 tijdens een koeriersrit met de aan zijn werkgever toebehorende bestelbus met hoge snelheid tegen een pilaar van het ter hoogte van Weert aan de A2 gelegen Esso-tankstation was aangereden, met ernstig letsel tot gevolg. De aansprakelijkheid van de werkgever werd, om redenen waarop ik hier verder niet zal ingaan, in beginsel aangenomen, maar de werkgever deed een beroep op ‘bewuste roekeloosheid’. Uit verschillende getuigenverklaringen kon namelijk worden afgeleid dat de koerier voorafgaand aan het ongeval agressief rijgedrag had vertoond. Zo had de koerier met hoge snelheid andere auto’s ingehaald, had hij ‘gebumperkleefd’ en had hij op de vluchtstrook vlak achter en soms ook rechts van een andere auto gereden.

De koerier had gesteld dat hij zich van de dag van het ongeval niets meer kon herinneren, maar had wel de mogelijkheid geopperd dat de oorzaak van zijn rijgedrag gelegen zou kunnen zijn in een verminderd bewustzijn als gevolg van een zogeheten ‘hypo’, een plotseling optredende (te) lage bloedsuikerspiegel. Op grond van het uit de getuigenverklaringen voortvloeiende agressieve rijgedrag, dat volgens het Hof Den Bosch niet duidde op een verminderd bewustzijn, werd deze ‘hypo’ door het hof niet aanneme-

lijk geacht. Daarbij zal voor het hof (voor wat betreft de beeldvorming van de persoon van de koerier) vermoedelijk ook hebben meegepeeld dat de koerier in de drie jaren dat hij in dienst was bij het koeriersbedrijf, naar eigen zeggen acht tot tien bekeuringen had gekregen (vermoedelijk onder meer voor snelheidsovertredingen) en al zes keer blikshade had veroorzaakt. Relevant is verder dat de koerier in feitelijke instanties niet meer had gedaan dan het opperen van de *mogelijkheid* van een ‘hypo’, zonder te stellen dat van een ‘hypo’ sprake moest zijn geweest en zonder een uitgebreide toelichting te geven op de wijze waarop een ‘hypo’ het agressieve rijgedrag kan verklaren. Pas in cassatie heeft de koerier aangevoerd dat een ‘hypo’ gepaard kan gaan met een toestand van bewustzijnsvernauwing waardoor men (aanvankelijk) niet belemmerd wordt in zijn fysieke functioneren, maar ten gevolge waarvan men niet langer in staat is tot een reële inschatting en onderkenning van de aan zijn gedrag verbonden gevaren.<sup>18</sup> Op dit feitelijke novum kon de Hoge Raad niet ingaan, nu die beoordeling aan de feitenrechter is voorbehouden.<sup>19</sup> Had de koerier deze stelling eerder ingenomen, dan was het oordeel van het hof (en de Hoge Raad) wellicht anders geweest.

Het Hof Den Bosch oordeelde dat de werkgever aan zijn stelplicht en bewijslast aangaande de bewuste roekeloosheid had voldaan, overwegende:

‘Indien immers de gedragingen van X op zichzelf beschouwd een aanmerkelijke kans in zich dragen dat een (ernstig) ongeval wordt veroorzaakt, en een min of meer ervaren verkeersdeelnemer – en dat is X zonder enige twijfel – dat ook weet of redelijkerwijs dient te weten, terwijl dat ongeval zich ook feitelijk verwezenlijkt, dient naar het oordeel van het hof degene die zich op de afwezigheid van die bewustheid beroept op grond van een hem persoonlijk betreffende omstandigheid, feiten en omstandigheden aan te dragen die een dergelijke afwezigheid van bewustheid minst genomen aannemelijk doen zijn.’<sup>20</sup>

Nu de koerier niet meer had gesteld dan een – door het hof onaanvaardbaar – theoretische mogelijkheid dat sprake zou zijn geweest van verminderde bewustheid door een ‘hypo’, was de koerier volgens het hof in dat laatste niet geslaagd. Naar het oordeel van het hof gaat de op de werkgever rustende bewijslast niet

16. Vgl. Conclusie A-G Spier bij HR 2 december 2005, JA 2006/12, punt 3.7.

17. Mijn keuze voor ‘aanzienlijke kans’ in plaats van – bijvoorbeeld – ‘aanmerkelijke kans’ is hier overigens niet gebaseerd op een uitvoerig onderzoek naar het verschil tussen de twee begrippen en de daarover bestaande literatuur en jurisprudentie (en derhalve enigszins arbitrair). Op het eerste gezicht ben ik echter van mening dat met het begrip ‘aanzienlijke kans’ iets beter tot uitdrukking wordt gebracht dat de door de werknemer aanvaarde kans op een ongeval van wezenlijke omvang moet zijn, wil het gerechtvaardigd zijn dat de gevolgen van dat ongeval – in relatie tot zijn werkgever – voor zijn risico komen.

18. Voor de vraag naar de juistheid van deze stelling zij overigens verwezen naar de heldere uiteenzetting over de gedragsbeïnvloeding van een ‘hypo’ in de noot van Van Boom onder dit arrest in JA 2006/12, p. 132. Volgens Van Boom is heel wel mogelijk dat een ‘hypo’ gepaard gaat met agressief gedrag.

19. Zie daarvoor eveneens Van Boom in de hiervoor genoemde noot.

20. R.o. 4.4. van het arrest van het hof, zoals geciteerd onder 2.12.2 in de Conclusie van A-G Spier.

zover dat hij ook zou moeten bewijzen dat die theoretische mogelijkheid zich niet heeft voorgedaan.

In cassatie heeft de koerier onder meer aangevoerd dat het hof de – reikwijdte van de – op de werkgever rustende stelplicht en bewijslast van de ‘bewuste roekeloosheid’ heeft miskend, door te oordelen dat de bewustheid bij de koerier van het roekeloze karakter van zijn rijgedrag aangenomen diende te worden op de enkele grond dat dit rijgedrag objectief beschouwd roekeloos was en de koerier voor dat gedrag geen concrete verklaring kon geven. De Hoge Raad volgt de koerier daarin niet. De Raad stelt dat in de overweging van het hof het oordeel ligt besloten

‘dat, nu X de stelling van A. c.s. dat hij op 4 september 1998 in bewuste roekeloosheid had gehandeld in feite slechts bestreed met het opperen van de voorshands niet meer dan theoretische mogelijkheid dat zijn rijgedrag was veroorzaakt door onwel worden achter het stuur (...), A. c.s. wat betreft het element “bewust” aan haar stelplicht heeft voldaan, in aanmerking genomen dat uit het door haar gestelde (en bewezen) agressieve rijgedrag van X naar objectieve maatstaven kon worden afgeleid dat deze zich onmiddellijk voorafgaand aan het ongeval daadwerkelijk bewust was van het roekeloze karakter van dat gedrag.’<sup>21</sup>

Dit oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting, aldus de Hoge Raad. Het is daarom ook volgens de Raad aan de koerier om feiten en omstandigheden aan te dragen die kunnen ontzenuwen dat hij zich ervan bewust was dat hij roekeloos handelde.<sup>22</sup>

Voordat ik zal ingaan op de mogelijke consequenties van dit arrest omtrent de stelplicht en bewijslast van de subjectieve bewustheid bij de werknemer van het roekeloze karakter van zijn handelen, wil ik hier eerst even terugkoppelen naar hetgeen ik hiervoor bij de bespreking van het arrest City Tax heb opgemerkt over de mate van ‘roekeloosheid’ van het handelen van de werknemer. In het arrest Diabetische koerier is de in het City Tax-arrest geaccordeerde invulling van de term ‘roekeloosheid’, kortweg inhoudende dat aan de – de werknemer verweten – gedraging een kans van (aanzienlijk) meer dan 50% op een ongeval moest zijn verbonden, niet terug te vinden (niet in de overwegingen van de Hoge Raad en evenmin in de conclusie van A-G Spier). Het hof had overwogen dat van roekeloosheid in de hier bedoelde zin sprake was, nu de gedragingen van X op zichzelf beschouwd een ‘aanzienlijke kans’ in zich dragen dat een (ernstig) ongeval wordt veroorzaakt. Tegen dit oordeel van het hof was door de koerier geen zelfstandig middel gericht, zodat de Hoge Raad zich over de juistheid daarvan niet heeft hoeven uitlaten. Kortom: de vraag hoe groot de kans op een ongeval moet zijn voor het aannemen van ‘roekeloosheid’ in de hier bedoelde zin, blijft onbeantwoord. Ik merk daarbij overigens op dat niet ondenkbaar is dat wanneer in deze zaak de ‘aanzienlijk meer dan 50% kans’-maatstaf was toegepast, geen (bewuste) roekeloosheid aangenomen had kunnen worden. Te betwijfelen valt immers of bij het door de koerier vertoonde agressieve rijgedrag (het bumperkleven en op de rijstrook rijden) de kans dat een ongeval zich voordoet, (aanzienlijk) groter is dan de kans dat dit niet gebeurt. Dergelijk verkeersgedrag kom ik zelf regelmatig tegen op

mijn route van mijn woonplaats naar kantoor, maar – gelukkig – loopt dat in de meeste gevallen toch goed af. Dit zou aan het aannemen van bewuste roekeloosheid van de koerier in de weg staan. Wanneer de koerier in deze zaak inderdaad geen ‘hypo’ heeft gehad, en wanneer we er hier even van uit zouden gaan dat hij zich ook los daarvan werkelijk van de aanzienlijke kans op een ongeval bewust is geweest, meen ik dat die uitkomst niet wenselijk zou zijn geweest. Die zou wat mij betreft de beschermingsgedachte van artikel 7:658 BW voorbijschieten.

Dan terug naar de stelplicht en bewijslast van de ‘bewustheid’. Het hof had de ‘bewustheid’ bij de koerier van het roekeloze karakter van zijn rijgedrag afgeleid uit de omstandigheid dat een min of meer ervaren verkeersdeelnemer zoals de koerier (volgens het hof) ‘weet of redelijkerwijs dient te weten’ dat dit rijgedrag op zichzelf beschouwd een aanzienlijke kans op een (ernstig) ongeval in zich draagt. Op grond van deze uit de uiterlijke kenmerken van het gedrag afgeleide ‘bewustheid’ van het roekeloze handelen, en in het licht van de summere betwisting van die ‘bewustheid’ door de koerier, lijkt het hof een feitelijk vermoeden aan te nemen, in die zin dat het aan de werknemer was om het vermoeden van ‘bewustheid’ te ontzenuwen (en het bewijsrisico dus bij hem kwam te liggen).<sup>23</sup> De Hoge Raad gaat in deze redenering mee. Hoewel deze uitspraak op het eerste gezicht in lijn lijkt met de hiervoor onder het kopje ‘Bewijs bewustheid’ aangehaalde jurisprudentie op andere civielrechtelijke terreinen, zoals het in voetnoot 6 genoemde IJzeren staaf-arrest (waarin eveneens de – voor een beroep op de opzetclausule vereiste – innerlijke gesteldheid van de verzekerde werd afgeleid uit de uiterlijke kenmerken van diens gedragingen), zou men zich kunnen afvragen of met de maatstaf zoals die door het hof is aangelegd, niet tekort wordt gedaan (of in potentie tekort zou kunnen worden gedaan) aan de beschermingsgedachte die ten grondslag ligt aan de artikelen 7:658 en 7:661 BW.

In dat kader acht ik het niet bijzonder vreemd dat de koerier in cassatie had gesteld dat de redenering van het hof er (althans in veel gevallen) op neer zou komen dat zodra de roekeloosheid van het – de werknemer verweten – gedrag objectief is vastgesteld, ook aangenomen zal worden dat de werknemer zich van dat roekeloze karakter bewust is geweest. Immers, wanneer objectief wordt vastgesteld dat bepaald gedrag een aanzienlijke kans op een (ern-

21. R.o. 3.4.2.

22. Zie r.o. 3.5.2. Dat de koerier wegens geheugenverlies niet in staat is dergelijke feiten en omstandigheden te stellen, maakt dit volgens de Hoge Raad niet anders, nu dit niet een omstandigheid is die voor rekening van de werkgever komt.

23. Met name de keuze van de Hoge Raad voor het woord ‘ontzenuwen’, waar hij stelt dat het aan de werknemer is om te ‘ontzenuwen dat van een zodanig bewustzijn sprake is geweest’ (r.o. 3.5.2) maakt waarschijnlijk dat door het hof een feitelijk vermoeden van de ‘bewustheid’ was aangenomen. Voor de goede orde merk ik daarbij nogmaals op dat daarmee de bewijslast niet op de werknemer komt te liggen. Deze rust nog steeds op de werkgever. De werkgever wordt echter *voorschands* in dat bewijs geslaagd geacht en het is aan de werknemer om *tegenbewijs* te leveren (welke bewijsopdracht lichter is dan de opdracht tot het leveren van *tegendeelbewijs*: de werknemer hoeft niet te bewijzen dat hij zich *niet* bewust was van de roekeloosheid, hij hoeft slechts te ontzenuwen dat hij zich *daarvan wel* bewust was). Het bewijsrisico komt mijns inziens echter wel bij de werknemer te liggen.

stig) ongeval in zich draagt, zal in veel gevallen ook wel kunnen worden aangenomen dat deze – aan dat gedrag verbonden – kans op een ongeval van algemene bekendheid is (of binnen de beroepsgroep van de werknemer algemeen bekend is) en dat dus ook de werknemer van die kans steeds ‘weet of redelijkerwijs dient te weten’. Volgen we de redenering van het hof, dan zou dit betekenen dat de werkgever in die gevallen enkel nog maar de (objectieve) roekeloosheid van het gedrag van de werknemer hoeft aan te tonen en dat vervolgens het bewijsrisico van (het ontbreken van) de ‘bewustheid’ van die roekeloosheid steeds bij de werknemer komt te liggen. Aannemende dat het (ook) voor de werknemer niet eenvoudig zal zijn om het (tegen)bewijs te leveren van zijn innerlijke gesteldheid, zou dit impliceren dat in veel gevallen de enkele vaststelling dat de werknemer roekeloos heeft gehandeld, leidt tot een geslaagd beroep van de werkgever op ‘bewuste roekeloosheid’. Dit zou naar mijn mening geen wenselijke ontwikkeling zijn.

Deze bewijsrechtelijke consequentie van het arrest Diabetische koerier, die zou betekenen dat de werkgever in zijn stellingen (en de rechter in zijn oordeel) in ruime mate van de subjectieve bewustheid van de werknemer kan abstraheren, lijkt ook te worden aangenomen door Van Boom in zijn noot onder het arrest in JA 2006/12. Hij stelt: ‘Het zou ook betekenen dat in zaken als Pollemans/Hoondert de werknemer voortaan gemotiveerd moet ontkennen dat van bewustheid sprake is als de werkgever eenmaal de roekeloosheid van de gedraging heeft gesubstantieerd.’ Ik meen dat die consequentie niet strookt met de gedachte dat de werknemer slechts in bijzondere gevallen het risico dient te dragen van de onzorgvuldige uitoefening van zijn werkzaamheden, omdat als gevolg van die consequentie – zagezegd – de bewijsbal te veel aan de voet van de werknemer komt te liggen. De in de artikelen 7:658 en 7:661 BW neergelegde hoofdregel is dat het de werkgever is die de (subjectieve) bewustheid bij de werknemer van het roekeloze karakter van zijn verwijtbare gedraging dient te bewijzen. Naar mijn oordeel spoort het met de aan deze bepalingen ten grondslag liggende beschermingsgedachte (inclusief het daarbij behorende ervaringsfeit dat de zich dagelijks in dezelfde situatie bevindende werknemer soms minder voorzichtig zal zijn) dat het bewijsrisico ter zake van de ‘bewustheid’ niet snel van de werkgever naar de werknemer mag worden verplaatst.

Als de door het Hof Den Bosch in het arrest Diabetische koerier gehanteerde maatstaf niet de juiste is, dan rijst de vraag: ‘Hoe dan wel?’ Op zichzelf lijkt mij de basisgedachte van het arrest Diabetische koerier, namelijk dat onder omstandigheden uit de gedragingen van de werknemer naar objectieve maatstaven moet kunnen worden afgeleid dat hij zich onmiddellijk voorafgaand aan het ongeval van het roekeloze karakter van zijn gedraging bewust was, wel juist. Ik meen alleen dat voor het afleiden van die ‘bewustheid’ het enkele feit dat algemeen bekend is dat de gedraging een aanzienlijke kans op een ongeval in zich draagt, onvoldoende is. Mijns inziens zal sprake moeten zijn van concrete gedragingen van de werknemer (of zagezegd: aanvullende omstandigheden) waaruit kan worden afgeleid<sup>24</sup> dat ook hij zich van het roekeloze karakter van zijn gedraging daadwerkelijk bewust moet zijn geweest.<sup>25</sup>

Dit zou naar mijn oordeel ook beter aansluiten bij eerdergenoemde jurisprudentie aangaande de ‘oude’ opzetclausule in de AVB-polis. In het meergenoemde IJzeren staaf-arrest werd niet zozeer geoordeeld dat voor het aannemen van het bij de verzekerde, op de ingetreden schade gerichte zekerheidsbewustzijn steeds voldoende is dat het van algemene bekendheid is dat de – de verzekerde verweten – gedraging kan leiden tot deze schade. Het zekerheidsbewustzijn werd veeleer afgeleid uit de concrete omstandigheden dat (1) de door verzekerde gemaakte keuze om met groot geweld met een ijzeren staaf met twee handen tegen het been van zijn buurman te slaan, wat typisch het ‘geëigende middel’ is om dat been te doen breken, aannemelijk maakt dat hij had aanvaard dat het zeker was dat het been zou breken, en (2) de verzekerde tegenover de politie had verklaard dat hij zich realiseerde wat hij had gedaan. Relevant is hier dat de te bewijzen innerlijke gesteldheid bij een beroep op de opzetclausule (bewustheid van de zekerheid van de schade) enigszins verschilt van de voor het aannemen van ‘bewuste roekeloosheid’ vereiste geestestoestand (bewustheid van de aanzienlijke kans op schade). Niettemin ben ik van mening dat ook voor het aannemen van een feitelijk vermoeden van ‘bewuste roekeloosheid’ is vereist dat sprake is van – vergelijkbare – concrete gedragingen van de werknemer waaruit moet worden afgeleid dat deze daadwerkelijk de aanzienlijke kans op een ongeval heeft aanvaard.

Voorts kan voor de vraag op welke wijze de innerlijke gesteldheid van een persoon kan worden afgeleid uit de uiterlijke kenmerken van diens gedraging, ook aansluiting worden gezocht bij strafrechtelijke jurisprudentie over ‘voorwaardelijk opzet’ (zoals ook Van Boom aangeeft in zijn vaker genoemde noot bij het arrest Diabetische koerier). In het arrest HIV-besmetting<sup>26</sup> bepaalde de Hoge Raad dat of in een concreet geval moet worden aangenomen dat sprake is van voorwaardelijk opzet, wanneer omtrent hetgeen ten tijde van de gedraging in de verdachte is omgegaan geen inzicht bestaat op basis van zijn verklaringen, zal afhangen van de feitelijke omstandigheden van het geval, waarbij de aard van de gedraging en de omstandigheden waaronder deze is verricht, van belang zijn. De Hoge Raad overweegt: ‘Bepaalde gedragingen kunnen naar hun uiterlijke verschijningsvorm worden aangemerkt als zo zeer gericht op een bepaald gevolg dat het – behoudens contra-indicaties – niet anders kan zijn dan dat de verdachte de aanmerkelijke kans op het desbetreffende gevolg heeft aanvaard.’ Deze overweging, die enige gelijkenis vertoont met de in het IJzeren staaf-arrest gebruikte figuur van het ‘geëigende middel’, lijkt er eveneens van uit te gaan dat sprake moet zijn van concrete gedragingen van de persoon in kwestie, die zo sterk met het gevolg zijn verbonden dat deze persoon de aanzienlijke kans op dat gevolg wel moet hebben aanvaard. Dit uitgangspunt geldt mijns inziens ook bij de beoordeling van een beroep op ‘bewuste roekeloosheid’ in de zin van – bijvoorbeeld – artikel 7:658 BW.

24. In die zin dat op grond daarvan een feitelijk vermoeden kan worden aangenomen (en het vervolgens aan de werknemer is om dat vermoeden te ontzenuwen).

25. Dat bewuste roekeloosheid niet te licht mag worden aangenomen, wordt ook bepleit door A. Kolder in zijn artikel in AV&S 2006/2, waarin hij stelt dat door werknemers in de uitoefening van hun werkzaamheden veroorzaakte verkeersboetes in beginsel voor rekening van de werkgever dienen te komen.

26. HR 25 maart 2003, NJ 2003, 552.

Overigens ziet mijn kritiek op de in het arrest Diabetische koerier aangelegde maatstaf voor het begrip 'bewuste roekeloosheid' niet op het feit dat van de strikte leer van Pollemans/Hoondert wordt afgestapt. Daarbij doel ik niet alleen op de geïntroduceerde mogelijkheid dat de 'subjectieve bewustheid' van het roekeloze gedrag onder omstandigheden uit de gedragingen van de werknemer kan worden afgeleid, maar tevens op de – bijkomende – consequentie dat van de werknemer in grotere mate mag worden verwacht dat hij gemotiveerd betwist dat van die 'bewustheid' sprake was (in die zin dat hij feiten en omstandigheden moet aandragen die deze 'bewustheid' onaannemelijk maken). Hoewel ik – zoals hiervoor besproken – van mening ben dat de werknemer niet snel het bewijsrisico mag krijgen op het punt van die 'bewustheid', zal het de rechter mijns inziens beter in staat stellen om te oordelen of er ruimte is voor het aannemen van een vermoeden van deze 'bewustheid', wanneer ook van de werknemer in sterkere mate wordt verlangd dat deze zijn stellingen deugdelijk onderbouwt.

#### Andere recente uitspraken

Een voorbeeld van een uitspraak waarin mijns inziens te licht bewuste roekeloosheid werd aangenomen, betreft het arrest van het Hof Arnhem van 18 oktober 2005.<sup>27</sup> Daarin was een werknemer een verkeersongeval overkomen terwijl hij op weg was naar een werkgerelateerde bijeenkomst. Op het moment van het ongeval droeg hij welbewust geen gordel, omdat hij op een polderweg reed en dan, anders dan op de snelweg, zijn gordel niet omdeed in verband met een eerdere traumatische ervaring met een te water geraakte auto. De werknemer was bang dat hij door de gordel in het water klem zou komen te zitten. Het hof aanvaardde het beroep van de werkgever op bewuste roekeloosheid, omdat het volgens het hof een feit van algemene bekendheid is dat het dragen van een gordel tijdens het autorijden het ontstaan van letsel kan voorkomen of in ieder geval het letsel kan verminderen (waarvan ook de werknemer, zoals blijkt uit zijn eigen stellingen, op de hoogte was). Mijns inziens kon hier niet worden volgehouden dat de werknemer zich daadwerkelijk bewust was van het roekeloze karakter van het niet dragen van de gordel. De werknemer had juist bewust de – in zijn beleving – veiligste optie gekozen. Mijns inziens zit het probleem hier met name in de vereiste mate van 'roekeloosheid' waarvan de werknemer zich bewust moest zijn. Naar mijn mening is (zeker onder deze omstandigheden) de enkele wetenschap van het feit dat het dragen van een gordel het ontstaan van letsel kan voorkomen, niet voldoende om aan te nemen dat de werknemer ook een 'aanzienlijke kans' op letsel had aanvaard.

Ten slotte wil ik nog kort ingaan op de uitspraak van de Kantonrechter Dordrecht van 27 oktober 2005,<sup>28</sup> waarover zou kunnen worden gezegd dat daarin de door het Hof Den Bosch in de zaak Diabetische koerier aangelegde maatstaf ter zake van de vereiste 'bewustheid' bij de werknemer van het roekeloze karakter van zijn handelen, is toegepast. In die zaak had een steigerbouwer met twee collega's op het bedrijfsterrein van Corus met een hoge kraan steigermateriaal verplaatst vanuit de derde verdieping van een fabrieksgebouw naar de begane grond buiten. Nadat de kraanhaak van het op de begane grond geplaatste steigermateriaal was losgemaakt, was aan de kraanbestuurder het signaal

gegeven dat de kraanhaak weer naar boven kon worden gehaald. Terwijl de takel omhoogging, heeft de werknemer voor zijn plezier de aan de takel vastgemaakte stropen gegrepen om zich een stukje mee omhoog te laten hijsen en vervolgens de takel los te laten en naar beneden te springen. Door een krachtige wind werd de werknemer echter boven het op de grond liggende steigermateriaal geblazen, waardoor hij de takel niet meer los durfde te laten. Toen zijn armen zijn gewicht op een hoogte van 13 à 18 meter niet meer konden houden, heeft hij losgelaten. Door zijn val heeft hij ernstig letsel opgelopen.

De kantonrechter bestempelde dit gedrag als gevaarlijke spelletjes en oordeelde dat deze niet deel uitmaken van de 'uitoefening van zijn werkzaamheden' in de zin van artikel 7:658 BW.<sup>29</sup> Ten overvloede merkt de kantonrechter echter nog op dat aansprakelijkheid van de werkgever ook ontbreekt omdat sprake is van bewuste roekeloosheid. Het oordeel van de kantonrechter komt er kortweg op neer dat het volstrekt onaannemelijk is dat de werknemer zich niet bewust was van de roekeloosheid van zijn handelen. Volgens de Kantonrechter is het een feit van algemene bekendheid dat het vastgrijpen van een takel die wordt opgehaald om zich daaraan een stukje te laten ophalen en om deze vervolgens los te laten om naar beneden te springen, grote risico's met zich brengt en mitsdien een roekeloze gedraging is. Niet valt vol te houden, aldus de kantonrechter, dat de werknemer toen hij de takel vastgreep om zich op te laten hijsen, zich niet bewust was van het roekeloze karakter van zijn handelen. De werknemer moest zich er volgens de kantonrechter volledig bewust van zijn geweest dat hij aanzienlijke risico's nam.

De kantonrechter lijkt te hebben aangenomen dat voor het afleiden van de 'bewustheid' bij de werknemer van het roekeloze karakter van zijn gedraging, het enkele feit dat algemeen bekend is dat die gedraging een aanzienlijke kans op een ongeval in zich draagt, voldoende is. Er is veel voor te zeggen dat de kantonrechter hier de maatstaf uit het arrest Diabetische koerier heeft toegepast. Zoals hiervoor uitgebreid is besproken, kan ik mij in deze maatstaf niet vinden. Concrete gedragingen van de steigerbouwer waaruit zou kunnen worden afgeleid dat *ook hij* zich van het roekeloze karakter van zijn gedraging daadwerkelijk bewust *moet* zijn geweest, blijken uit de uitspraak niet. Anders dan de kantonrechter acht ik het ook zeker niet 'volstrekt onaannemelijk' dat de werknemer zich niet bewust was van de roekeloosheid van zijn handelen (in die zin dat hij niet bewust de aanzienlijke kans op een ongeval had aanvaard). Zo evident gevaarlijk komt mij het spelletje ook weer niet voor. Mijns inziens had dan ook niet mogen wor-

27. JA 2006/13.

28. JA 2006/17.

29. Het gaat het bestek van dit artikel te buiten om hier uitvoerig op de juistheid van dit oordeel van de kantonrechter in te gaan. Wel wil ik hier kort opmerken dat het oordeel m.i. onjuist is, onder meer gezien de ruime uitleg die door de Hoge Raad is gegeven aan het begrip 'in de uitoefening van zijn werkzaamheden' in art. 7:658 BW. Zie onder meer het arrest Van Uiter/Jalas BV (HR 15 december 2000, NJ 2001, 198), waarin werd geoordeeld dat aan het aannemen van het functioneel verband niet in de weg staat dat de werknemer afweek van de hem gegeven opdracht.

den aangenomen dat het bewijs van 'bewuste roekeloosheid' met de enkele vaststelling van de 'roekeloosheid' was geleverd. Dit wordt mijns inziens ook niet anders op de door de kantonrechter genoemde grond dat de werknemer 'niet expliciet' had betwist dat hij zich ervan bewust was dat zijn handelen roekeloos was. Deels omdat die betwisting wel degelijk uit de stellingen van de werknemer kon worden afgeleid en deels omdat het bewijsrisico in mijn ogen nog bij de werkgever had moeten liggen. ☺

### Conclusie

Of de rechtspraak de 'zachte lijn' die volgt uit het arrest Diabetische koerier (alsmede uit de hiervoor besproken uitspraken van het Hof Arnhem en de kantonrechter te Dordrecht) zal overnemen, kan slechts worden afgewacht. Het moge duidelijk zijn dat ik een lijn voorsta die voor wat betreft de 'bewustheid' ergens tussen Pollemans/Hoondert en Diabetische koerier in ligt. Naar mijn mening dient het wel mogelijk te zijn om de subjectieve bewustheid bij de werknemer van het roekeloze karakter van zijn gedraging af te leiden uit de uiterlijke kenmerken van die gedraging, maar is de enkele – objectief vaststelbare – roekeloosheid van die gedraging daarvoor onvoldoende. Naar mijn oordeel zal steeds sprake moeten zijn van aanvullende (concrete) omstandigheden.

Voor wat betreft het onderdeel 'roekeloosheid' acht ik het niet wenselijk dat de door het Hof Den Bosch in het City Tax-arrest gegeven invulling (kortweg: de 'aanzienlijk meer dan 50% kans op schade'-regel) navolging krijgt. Mijns inziens is voor het aannemen van roekeloosheid voldoende dat aan het gedrag 'een aanzienlijke kans op schade' (in plaats van 'aanzienlijk meer dan 50% kans op schade') was verbonden.

*Mr. P. van den Broek, advocaat te Amsterdam*