

## Schade door fouten van ingeleend en weer doorgeleend personeel; welke ‘werkgevers’ zijn aansprakelijk en wie betaalt uiteindelijk?

Bb 2018/9

*De Hoge Raad heeft afgelopen zomer een interessant arrest gewezen over de aansprakelijkheid van verschillende partijen voor ondergeschikten die zij onderling uitlenen voor de uitvoering van overeenkomsten. Het arrest illustreert waartoe de (geldende) ruime interpretatie van het criterium van ‘ondergeschiktheid’ in art. 6:170 BW kan leiden; meerdere ‘werkgevers’ die allemaal aansprakelijk zijn voor de fout van de uitgeleende en doorgeleende werknemer, waardoor het aankomt op wat zij onderling contractueel hebben afgesproken. In deze bijdrage sta ik stil bij de inhoud van dit arrest en komt ook ter sprake hoe voor deze wettelijke aansprakelijkheid contractueel voorzieningen kunnen worden getroffen.*

### Feiten

Voor een goed begrip van de uitspraak is eerst van belang om de feiten te schetsen, waarbij met name de verschillende partijen en hun onderlinge verhoudingen centraal zullen staan. De kwestie draait om schade die is ontstaan aan wissels op het spoor. Tijdens werkzaamheden aan het spoor, uitgevoerd door BAM in opdracht van spoorbeheerder ProRail, is er een wissel beschadigd geraakt doordat een rijdende trein een wissel heeft “open gereden”. ProRail spreekt BAM aan om haar schade vergoed te krijgen. De aansprakelijkheidsverzekeraar van BAM, Zurich, gaat over tot schadevergoeding aan ProRail.

De schade aan de wissel is ontstaan doordat een werktreinbegeleider (hierna: WTB'er) over de wissel reed en daarbij niet had gezien dat die wissel niet goed stond. Het is juist één van de kerntaken van een WTB'er om te controleren of de wissels na werkzaamheden aan het spoor weer in de juiste stand staan, voordat daar met treinen overheen wordt gereden. De hier ingeschakelde WTB'er was geen werknemer van BAM. BAM had hem ingeleend van JMV. JMV had hem op haar beurt weer van een ander bedrijf ingeleend om te werk te (laten) stellen voor dit project.

Zurich wenst als gesubrogeerd verzekeraar van BAM de schade vergoed te krijgen die zij aan ProRail heeft voldaan. Zij spreekt daartoe JMV aan. Aan haar vorderingen legt zij ten grondslag dat de schade is veroorzaakt door een fout van de WTB'er, als ondergeschikte van JMV. Op grond van art. 6:170 BW kan een derde die schade lijdt ook degene aansprakelijk houden in wiens dienst een ondergeschikte zijn taak vervult, mits is voldaan aan een aantal voorwaarden: i) de persoon moet een fout hebben begaan waarvoor hij zelf ook rechtstreeks aansprakelijk is richting de benadeelde derde, ii) de persoon moet een ondergeschikte zijn

van de aangesproken ‘werkgever’ in de zin van dit artikel en iii) er moet een functioneel verband zijn tussen de fout en de opgedragen taak. Op deze voorwaarden en de invulling daarvan in het arrest dat uiteindelijk wordt gewezen, kom ik later nog terug. Er speelt overigens ook nog een contractuele vordering, maar daar zal ik bij gebrek aan relevantie voor deze bijdrage niet bij stilstaan.

### Procedure

JMV wijst aansprakelijkheid op grond van art. 6:170 BW van de hand. Zij voert allereerst verweer tegen de stelling dat de WTB'er een fout zou hebben gemaakt. Verder betwist zij dat de WTB'er zou kwalificeren als haar ondergeschikte, zodat zij niet op grond van art. 6:170 BW aansprakelijk zou zijn voor zijn eventuele fouten.

Het eerste verweer is al voldoende om de rechtbank ervan te overtuigen de vorderingen van Zurich af te wijzen. Bij het hof heeft Zurich echter wel succes. Het hof heeft in uitvoerige overwegingen uiteengezet dat de WTB'er wel een fout heeft gemaakt ten opzichte van ProRail. Het hof wijst daartoe onder meer op de expliciete taak die de WTB'er in dezen had (juist het controleren van wissels, zodat daaraan geen schade ontstaat na afronding van de werkzaamheden aan het spoornetwerk). Ook zouden de omstandigheden van het geval – nacht, mist en vorst – de WTB'er moeten nopen tot voorzichtiger handelen, aldus het hof.

Voor deze bijdrage is vooral relevant hoe het hof vervolgens omgaat met de vraag of de WTB'er kwalificeert als ondergeschikte van JMV en of er een functioneel verband is tussen de opgedragen taak en de gemaakte fout. Het hof beantwoordt deze vragen bevestigend en kort. JMV had zeggenschap over de WTB'er, omdat JMV kon bepalen of zij deze WTB'er wel of niet zou inzetten ter uitvoering van de aan haar door BAM verstrekte opdracht, zodat de WTB'er een ondergeschikte is. Ook is er een functioneel verband, omdat het inzetten van deze werknemer de kans vergrootte dat hij schade zou veroorzaken. Daarmee staat voor het hof vast dat JMV aansprakelijk kan worden gehouden voor de fout die de WTB'er jegens ProRail heeft gemaakt. En bovendien rust de onderlinge draagplicht volgens het hof volledig bij JMV, zelfs al zou ook BAM jegens ProRail aansprakelijk zijn voor de fout van de WTB'er. Het hof overweegt daartoe onder meer dat JMV voor deze specifieke taak aan BAM een daartoe (volgens JMV voldoende) gekwalificeerde werknemer had uitgeleend die deze taak vervolgens (in beginsel) zelfstandig uitoefende. JMV kon zich niet met dat oordeel verenigen en stapte naar de Hoge Raad.

De Hoge Raad heeft op 14 juli 2017 zijn arrest gewezen, dat is gepubliceerd met vindplaats ECLI:NL:HR:2017:1345. De Hoge Raad casseert het arrest van het hof en verwijst de

<sup>1</sup> Michiel Lubbers is advocaat bij Kennedy Van der Laan te Amsterdam.

procedure naar een ander hof ter verdere afwikkeling, omdat hij vindt dat het oordeel van het hof over de fout van de WTB'er ontoereikend gemotiveerd is. Juridisch interessant is echter ook zijn opvatting over de vraag of de WTB'er wel als ondergeschikte kwalificeert. De Hoge Raad laat het oordeel van het hof in stand dat de WTB'er kan worden gezien als een ondergeschikte van JMV. Ook de overwegingen van de Hoge Raad over dit onderwerp zijn betrekkelijk kort en eenvoudig: voor toepassing van art. 6:170 BW is voldoende dat de aansprakelijk gestelde partij zeggenschap heeft over de vraag of en op welke momenten de persoon die de fout begaat werkzaamheden verricht voor een derde. Die overweging betreft hij ook bij de vraag naar het functioneel verband, waarvoor zeggenschap eveneens is vereist.

### Analyse en commentaar

Ik open mijn analyse van dit arrest met een drietal constatering:

- i. ondergeschiktheid in de zin van art. 6:170 BW wordt snel aangenomen;
- ii. of JMV tijdens het werk instructies kon geven aan de WTB'er of anderszins invloed had op zijn gedragingen, is kennelijk niet relevant.
- iii. art. 6:170 BW strekt zich hier dus uit tot zowel BAM, als JMV als de formele werkgever;

Tegen deze achtergrond wil ik verder stilstaan bij het oordeel van de Hoge Raad over de relevantie van zeggenschap voor het ondergeschiktheids criterium en het functioneel verband. Ik zal eerst nader ingaan op de bepaling van art. 6:170 BW en haar doel en strekking. Erna volgt een analyse over de invloed van dit arrest op de reikwijdte van de aansprakelijkheid op grond van deze bepaling. Tot slot zal ik ingaan op de wijze waarop de eventuele gevolgen van dit arrest in de praktijk beheersbaar kunnen worden gehouden.

#### Art. 6:170 BW: doel en strekking

Ik stond al eerder stil bij de voorwaarden waaronder iemand aansprakelijk kan worden gehouden jegens een derde voor fouten die een ondergeschikte maakt (art. 6:170 BW). Aan deze bepaling liggen verschillende beginselen ten grondslag. Eén ervan is het profijtbeginnsel. De achterliggende gedachte is dat degene namens wie de ondergeschikte werkzaamheden uitvoert, in beginsel zal profiteren van diens werkzaamheden. De wetgever heeft bedacht dat wie de lusten draagt van inschakeling van ondergeschikten, ook de lasten ervan moet dragen. Kortom: begaat de ondergeschikte een fout, dan moet de werkgever of inlener daar ook voor opkomen. Dit wordt wel beperkt doordat de wet enerzijds vereist dat de fout in functioneel verband moet staan tot de opgedragen taak, en anderzijds dat degene in wiens opdracht de ondergeschikte zijn werkzaamheden uitvoerde ook juridische zeggenschap had over de gedragingen waarin de fout is gelegen.

Een ander beginsel is dat deze bepaling de derde die schade lijdt beoogt te beschermen. De achterliggende gedachte achter het beschermingsbeginnsel is tweeledig. Aan de ene

kant wordt de derde beschermd doordat hij voor verhaal voor door haar geleden schade iedere partij kan aanspreken tot wie degene die een fout maakte in een ondergeschiktheidsverhouding stond (en zij dus meerdere partijen kan aanspreken). En aan de andere kant biedt de werkgever of inlener vaak meer verhaal dan het individu dat de fout begaat ("diep pocket").

De Hoge Raad heeft de beschermingsgedachte uitdrukkelijk betrokken in zijn oordeel over de vraag of de WTB'er als ondergeschikte van JMV kwalificeert. In zijn oordeel dat voor invulling van het criterium voldoende is dat de werkgever of inlener zeggenschap had over het wel of niet inzetten van de persoon die de fout maakte (in plaats van verdergaande zeggenschap over de feitelijke gedragingen te eisen), benadrukt hij dat een andere opvatting in strijd zou zijn met het beschermingsbeginnsel dat aan art. 6:170 BW ten grondslag ligt. Dat zou dan immers meebrengen dat de benadeelde de afspraken tussen alle verschillende partijen ('werkgevers') moet kennen om te weten tot wie de WTB'er *daadwerkelijk* in een ondergeschikte verhouding staat. Dit is temeer bezwaarlijk, nu er bij in- en uitleensituaties vaak meerdere partijen zijn betrokken. En dat kan en hoeft niet van de benadeelde te worden verwacht. Eenzelfde soort gedachte zagen wij al eerder bij de invulling van aansprakelijkheid in andere in- en uitleensituaties (bijvoorbeeld bij art. 7:658 lid 4 BW, zie ook HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0616). Tegen die achtergrond vind ik de overwegingen van de Hoge Raad goed te volgen. Met name in geschillen waarbij veel verschillende partijen een rol spelen en niet altijd duidelijk is op welke partij welke verantwoordelijkheid rust, vind ik niet voor de hand liggen dat het dan aan de schadelijde partij is om gedetailleerd onderzoek te doen naar de achterliggende verhoudingen voordat zij haar schade bij een andere partij kan neerleggen. Dat strookt ook niet met het beschermingsbeginnsel. Consequentie is dat de benadeelde soms uit meerdere partijen kan kiezen voor zijn vordering op basis van art. 6:170 BW. De verschillende contracterende partijen kennen zelf echter wel hun onderlinge verhoudingen. En in hun contracten kunnen zij vanzelfsprekend afspreken wie waarvoor uiteindelijk verantwoordelijk is. Ik kom daar verderop op terug.

Het is bestendige rechtspraak dat het zeggenschaps criterium ruim wordt uitgelegd (zie onder meer het arrest waar de Hoge Raad zelf ook naar verwijst: HR 13 mei 1988, ECLI:NL:HR:1988:AC3070). Hoe ver de zeggenschap over de ondergeschikte zich dan uitstrekt, doet in beginsel niet ter zake. Toch kent de uitkomst van het arrest op heteerste gezicht nog een merkwaardig randje. In deze kwestie staat vast dat JMV feitelijk niet meer heeft gedaan dan het ter beschikking stellen van de – door haar ook weer ingeleende – WTB'er, terwijl het juist BAM was – wiens verzekeraar JMV in deze procedure aanspreekt tot schadevergoeding – die hier *wel* tijdens het werk inhoudelijke instructies kon geven aan de WTB'er. Kortom: juist de partij die de instructies kon geven en die fouten mogelijk eerder had kunnen voorkomen, kan toch een aanspraak instellen tegen een partij die materieel niet tot nauwelijks betrokken is bij de fout. Dat lijkt op het eerste gezicht vreemd, maar feit blijft echter dat BAM

zelf ook op grond van art. 6:170 BW aansprakelijk was jegens ProRail. Bij een dergelijke situatie met meerdere aansprakelijke partijen zal vervolgens – op grond van art. 6:102 jo. art. 6:101 BW – moeten worden bekeken wie in welke mate (feitelijk) heeft bijgedragen aan het ontstaan van de schade voor de derde.

Voor de beoordeling van die onderlinge draagplicht ligt wel voor de hand dat gewicht toekomt aan de aard en inhoud van de instructiebevoegdheden van de uitlener respectievelijk de inlener). Vaak zijn dit echter lastige en kostbare discussies. En belangrijker nog: de uitkomst daarvan is zeer sterk afhankelijk van de specifieke feiten en omstandigheden van het geval (dus sterk casuïstisch). Of misschien beter gezegd: afhankelijk van de perceptie van die feiten en omstandigheden van de betreffende rechter (en dus slecht voorspelbaar). Illustratief hiervoor is wel het contrast tussen de uitspraak van het hof in deze zaak tussen Zurich en JMV enerzijds en de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 27 december 2017 anderzijds (ECLI:NL:RBROT:2017:10304). In die zaak ging om de situatie dat de ene onderaannemer die betrokken was bij werkzaamheden aan een brug over de A44, om praktische redenen aan een andere onderaannemer had gevraagd om (even) een hijskraan en machinist ter beschikking te stellen voor bepaalde hijswerkzaamheden. Waar het hof, zoals hiervoor besproken, in de relatie tussen JMV en BAM de onderlinge draagplicht bij de uitlener (JMV) neerlegde omdat deze voor een specifieke taak een gekwalificeerde werknemer had uitgeleend die zelfstandig werkte, legt de rechtbank Rotterdam de onderlinge draagplicht juist bij de inlener. Daarbij overweegt de rechtbank onder meer (i) dat het de normale praktijk is dat de inlenende opdrachtgever rechtstreeks uitvoerende opdrachten aan de machinist geeft en verantwoordelijk is voor een veilige werkopdracht en –instructies; (ii) dat kenmerkend voor inlening is dat de ingeleende werknemer onder toezicht of leiding van de inlenende opdrachtgever staat, en; (iii) dat daarom onjuist is dat de veiligheidsverplichtingen vanwege de specialistische kennis van de machinist bij de uitlener zouden liggen (wat de inlener had gesteld). Dit verschil in benaderingswijze is wellicht verklaarbaar, maar lijkt op het eerste gezicht niet goed te begrijpen. Maar het kan makkelijker.

Het staat de schadelijdende partij vrij om te bepalen wie zij aanspreekt. Het staat de contracterende partijen op hun beurt weer vrij om af te spreken wie uiteindelijk voor eventuele schade van derden zal moeten opkomen. Gelet op de inhoud en gevolgen van het hier besproken arrest, alsmede de hiervoor genoemde afhankelijkheid van de perceptie van de betreffende rechter, is sterk aan te bevelen om hierover heldere afspraken te maken (Nb. uit de conclusie van A-G Hartlief leid ik af dat BAM en JMV dit ook hebben gedaan). Die afspraken kunnen op verschillende manieren worden gemaakt. De partij die rechtstreeks contracteert met de opdrachtgever kan bijvoorbeeld met hem overeenkomen dat hij geheel niet aansprakelijk is, of slechts voor zover het eigen fouten van hem betreft. Dat kan worden gekoppeld aan een expliciete uitsluiting voor schade die wordt veroorzaakt door ingeleende werknemers.

Maar de uitlenende en inlenende partijen kunnen natuurlijk – zowel voor claims van de opdrachtgever als voor claims van derden – ook onderling afspreken bij wie de aansprakelijkheid (uiteindelijk) rust. Wie dat uiteindelijk zal moeten zijn, staat ter vrije bepaling van partijen. Bij in- en uitleensituaties kan bijvoorbeeld gewicht worden toegekend aan de mate van (uiteindelijk) zeggenschap over de gedragingen van de ondergeschikte. Ook kan, gelet op het profijtbeginsel dat ten grondslag ligt aan art. 6:170 BW, worden gekeken welke partij het meest profiteert van inschakeling van de ondergeschikte.

In ieder geval kan ik mij voorstellen dat voor JMV onbevredigend voelt dat zij uiteindelijk mogelijk deels zou moeten instaan voor de schade van ProRail, terwijl de feitelijke zeggenschap over de gedragingen niet bij haar lag (en de WTB'er uiteindelijk ook niet haar eigen werknemer was). Dit zou zich wel kunnen voordoen, indien komt vast te staan dat de WTB'er een fout heeft begaan en het hof oordeelt dat de draagplicht deels bij JMV ligt. De kans lijkt overigens niet groot dat de fout zal komen vast te staan, omdat de Hoge Raad juist op dat onderdeel het arrest van het hof casseert. Daarmee lijkt de schade voor JMV beperkt te blijven.

Uit het arrest volgt overigens niet hoe de contractuele verhoudingen tussen JMV en de feitelijke werkgever van de WTB'er liggen. Maar eens te meer zal duidelijk worden dat het van groot belang is om hiervoor contractuele voorzieningen te treffen, gelet op het grote risico op aansprakelijkheid in in- en uitleensituaties. Dat voorkomt niet alleen langdurig gesteggel tussen allerlei partijen, maar zorgt er ook voor dat alle betrokken partijen direct weten waar ze aan toe zijn.