

**JA 2015/154 Gerechtshof Amsterdam, 11-08-2015, 200.117.248/01,
200.117.501/01, ECLI:NL:GHAMS:2015:3301**

**Mishandeling door collega-leidinggevende na werktijd,
Werkgeversaansprakelijkheid, Aansprakelijkheid voor ondergeschikte**

Publicatie	JA 2015 afl. 9
Publicatiedatum	11 november 2015
College	Gerechtshof Amsterdam
Uitspraakdatum	11 augustus 2015
Rolnummer	200.117.248/01 LJN ECLI:NL:GHAMS:2015:3301
Rechter(s)	mr. Molenaar mr. Van der Kwaak mr. Beltzer
Partijen	In de hoofdzaak met nummer 200.117.248/01 tussen: [Naam x] te [a], appellant, advocaat: mr. G. Beydals te Amsterdam, tegen de commanditaire vennootschap [naam y] te [b], geïntimeerde, advocaat: mr. J. Langerhuizen te Zevenaar, alsmede in de vrijwaringszaak met nummer 200.117.501/01 tussen: de commanditaire vennootschap [naam y] te [b], appellante, advocaat: mr. J. Langerhuizen te Zevenaar, tegen [naam z] te [c], geïntimeerde, advocaat: mr. A. Rijkelijhuizen. Partijen zullen hierna respectievelijk [x], [y] en [z] worden genoemd.
Noot	D.M. Gouweloos
Trefwoorden	Mishandeling door collega-leidinggevende na werktijd, Werkgeversaansprakelijkheid, Aansprakelijkheid voor ondergeschikte,
Regelgeving	BW Boek 6 - 170 BW Boek 7 - 611 BW Boek 7 - 658

» **Samenvatting**

Appellant heeft in dienst van een schoonmaakbedrijf gewerkt bij de Bloemenveiling Aalsmeer. Na afloop van de werkzaamheden heeft zich een ruzie voorgedaan tussen appellant en een leidinggevende, eveneens in dienst van het schoonmaakbedrijf. Appellant is daarbij door zijn leidinggevende tweemaal op het hoofd geslagen. De leidinggevende is ter zake van dit incident strafrechtelijk veroordeeld voor mishandeling. Appellant vordert in deze procedure een verklaring voor recht dat de werkgever van de leidinggevende aansprakelijk is voor de schade van appellant als gevolg van de mishandeling (op grond van art. 7:658 BW respectievelijk art. 6:170 BW).

Zowel kantonrechter als hof wijzen de vorderingen af. Art. 7:658 BW scheidt geen aansprakelijkheid voor door collega-werknemers gepleegde onrechtmatige daden als de

onderhavige, waarvan gesteld noch gebleken is dat het schoonmaakbedrijf deze als werkgeefster had kunnen voorzien en ter voorkoming waarvan zij maatregelen had kunnen treffen. Evenmin kan worden geconcludeerd dat het schoonmaakbedrijf is tekortgeschoten in haar verplichting zich als goed werkgever te gedragen in de zin van art. 7:611 BW. Ten slotte is er onvoldoende aangevoerd om te kunnen zeggen dat er functioneel verband bestond tussen de aan de leidinggevende opgedragen werkzaamheden en de mishandeling. Daarmee strandt ook de vordering op grond van art. 6:170 BW.

» Uitspraak

1. Het verloop van het geding in hoger beroep

(...; red.)

2. De feiten

De kantonrechter heeft in het vonnis in de hoofdzaak onder 1.1 tot en met 1.12 een aantal feiten vastgesteld. Tegen de feitenvaststelling onder 1.2, 1.3, 1.4, 1.5 en 1.8 heeft [x] bezwaar gemaakt in de grieven 1, 2 en 3. Daarop zal het hof voor zover nodig hierna nog terugkomen. Voor het overige zijn de door de kantonrechter vastgestelde feiten niet in geschil, zodat ook het hof daarvan zal uitgaan.

3. Beoordeling

3.1. De onderhavige zaken betreffen, kort gezegd, het volgende.

a. [y] exploiteert een schoonmaakbedrijf. [x] heeft bij [y] op basis van een arbeidsovereenkomst als schoonmaker op het project Bloemenveiling Aalsmeer gewerkt van oktober 2006 tot oktober 2010. [z] was in die periode als assistent-regiomanager bij [y] in dienst en eveneens werkzaam op voornoemd project en als zodanig (mede-)leidinggevende van [x].

b. Op 29 april 2008 heeft zich na afloop van de werkzaamheden tussen [x] en [z] een ruzie voorgedaan. De lezingen over de gang van zaken bij die ruzie lopen uiteen. Volgens [x] heeft [z] hem tweemaal op het rechteroor geslagen. [z] betwist dat hij [x] heeft geslagen. Volgens [z] is (slechts) sprake geweest van trekken en duwen tussen hem en [x].

c. Bij onherroepelijk geworden vonnis van 2 november 2010 heeft de politierechter [z] wegens mishandeling veroordeeld tot een geldboete van € 350,= subsidiair zeven dagen hechtenis en tot betaling aan [x] van schadevergoeding van in totaal € 389,06, waarvan € 300,= voor immateriële schade en € 89,06 voor materiële schade. Voor zover [x] meer had gevorderd heeft de politierechter hem niet ontvankelijk verklaard omdat zijn vordering in zoverre niet eenvoudig van aard was. [z] heeft de schadevergoeding waartoe hij door de politierechter is veroordeeld aan [x] voldaan.

d. [x] heeft na de strafrechtelijke procedure tegen [z] [y] gedagvaard en gevorderd dat zij zal worden veroordeeld om aan hem alle schade te vergoeden die voortvloeit uit de mishandeling op 29 april 2008 door [z], alsmede alle schade, waaronder schade door stress, die het gevolg is van slecht werkgeverschap ten opzichte van hem, nader op te maken bij staat, tot betaling van een voorschot op de schadevergoeding van € 25.000,=, althans een in goede justitie te bepalen bedrag, en een bedrag van € 11.224,60 aan gemaakte "kosten van pre-processuele rechtsbijstand". [y] heeft incidenteel gevorderd [z] in vrijwaring te mogen oproepen. De kantonrechter heeft de incidentele vordering toegewezen, waarna [y] [z] in vrijwaring heeft gedagvaard met vordering dat [z] zal worden veroordeeld om aan haar te betalen datgene waartoe zij als gedaagde in de hoofdzaak jegens [x] mocht worden veroordeeld.

e. Bij vonnis in de hoofdzaak heeft de kantonrechter de vorderingen van [x] afgewezen, met veroordeling van [x] in de proceskosten aan de zijde van [y]. Op dezelfde datum heeft de kantonrechter bij vonnis in de vrijwaringszaak overwogen dat, nu de vorderingen van [x] in de hoofdzaak waren afgewezen, ook de vrijwaring zal worden afgewezen en dienovereenkomstig beslist, onder compensatie van proceskosten.

3.2. Het hof zal eerst de grieven van [x], gericht tegen het vonnis van de kantonrechter in de hoofdzaak, bespreken.

3.3. Met de kantonrechter stelt het hof vast dat de vordering tot schadevergoeding van [x] in twee delen uiteenvalt. Ten eerste stelt [x] schade te hebben geleden als gevolg van de mishandeling door [z] op 29 april 2008. Ten gevolge van die mishandeling heeft [x] naar zijn stelling letsel, in de vorm van pijn aan het oor en de kaak, minder goed horen, oorsuizen en hoofdpijn, opgelopen en is hij nog steeds onder behandeling voor dit letsel. [x] heeft voor de gehoudenheid van [y] tot vergoeding van deze schade een aantal rechtsgronden aangedragen, die hierna zullen worden besproken. Ten tweede stelt [x] schade te hebben geleden door de opstelling van [y] en de opstelling van [z] gedurende de gehele periode dat hij bij [y] heeft gewerkt. Ook al vóór het incident op 29 april 2008, zo stelt [x], werd hij door [z] niet alleen geslagen maar ook getreiterd. Van [y] heeft [x] volgens zijn zeggen geen enkele steun gekregen, ook niet na de mishandeling door [z] op 29 april 2008 toen hij zich daarover tot de regiomanager van [y], [naam leidinggevende], had gewend. Integendeel, hij werd toen in reactie op die melding geschorst en hij heeft na die schorsing met [z] moeten doorwerken tot het einde van het dienstverband. [x] verwijt [y] voorts hem geen steun te hebben gegeven toen hij door [z] onder druk werd gezet om zijn aangifte bij de politie in te trekken. [y] reageerde, integendeel, met onterechte en misplaatste verwijten aan zijn adres, inhoudende dat hij zijn werk niet correct zou uitvoeren. [x] stelt gedurende de gehele periode van zijn dienstverband, maar in ieder geval na de datum van mishandeling op 29 april 2008, onder grote druk en stress te hebben moeten werken. Het hof zal, evenals de kantonrechter, de beide hiervoor genoemde onderdelen van de vordering van [x] tot schadevergoeding afzonderlijk bespreken.

3.4. De vordering tot schadevergoeding wegens de door [z] op 29 april 2008 gepleegde mishandeling baseert [x] in de eerste plaats op artikel 7:658 BW. Het hof oordeelt hierover als volgt. Tussen partijen staat vast dat de mishandeling door [z] van [x] na afloop van het werk plaatsvond toen een aantal werknemers van [y], onder wie [x], met een bedrijfsbusje naar huis teruggebracht moesten worden. [x] bevond zich in het bedrijfsbusje en heeft een aantal keer op de claxon gedrukt omdat hij vond dat het vertrek van het busje te lang op zich liet wachten. Daarop is, aldus een aantal getuigen waarop [x] zich ook beroept, [z] naar [x] toegelopen en heeft hij [x] twee maal op het hoofd/rechteroor geslagen. Artikel 7:658 BW ziet op de verplichting van de werkgever een veilige werkomgeving te creëren. Dit artikel scheidt echter geen aansprakelijkheid voor door collega-werknemers gepleegde onrechtmatige daden als de onderhavige, waarvan gesteld noch gebleken is dat [y] deze als werkgeefster had kunnen voorzien en ter voorkoming waarvan zij maatregelen had kunnen treffen. Artikel 7:658 BW biedt dus geen grondslag voor aansprakelijkheid van [y] voor het incident op 29 april 2008.

3.5. [x] heeft als tweede grondslag voor de aansprakelijkheid van [y] voor de mishandeling door [z] op 29 april 2008 artikel 7:611 BW genoemd. Uit de omschrijving door [x] van de aanleiding en toedracht van de mishandeling kan echter niet worden geconcludeerd dat [y] tekort is geschoten in haar verplichting zich als goed werkgever te gedragen in de zin van dit artikel. [x] heeft ook op dit punt onvoldoende toegelicht waarom [y] verweten zou kunnen worden dat [z] [x] heeft geslagen of onvoldoende heeft ingegrepen. [x] stelt nog dat mishandeling door [z] is gelijk te stellen met mishandeling door [y] zelf, maar hierin wordt [x] niet gevolgd. De enkele omstandigheid dat [z] leidinggevende was van [x] brengt nog niet mee dat zijn handelen aan [y] kan worden toegerekend.

3.6. Als derde grondslag voor aansprakelijkheid van [y] voor de door [z] op 29 april 2008 gepleegde mishandeling heeft [x] zich beroepen op artikel 6:170 BW. Lid 1 van dit artikel bepaalt dat voor schade aan een derde toegebracht door een fout van een ondergeschikte degene in wiens dienst de ondergeschikte zijn taak vervult aansprakelijk, indien de kans op de fout door de opdracht tot het verrichten van deze taak is vergroot en degene in wiens dienst hij stond, uit hoofde van hun desbetreffende rechtsbetrekking zeggenschap had over de gedragingen waarin de fout was gelegen. Er moet met andere woorden sprake zijn van een voldoende verband tussen de fout van de ondergeschikte en de aan hem opgedragen taak dan wel zijn werk. Alle terzake

dienende omstandigheden van het geval in de beoordeling betreffend, onder andere de aard van de misdraging van [z], het tijdstip waarop en de plaats waar die plaatsvond, is het hof van oordeel dat onvoldoende is aangevoerd om te kunnen zeggen dat dit functioneel verband bestond. Gesteld noch gebleken is dat [z] [x] heeft mishandeld om redenen die verband hielden met of inherent waren aan de uitvoering van de door [y] aan hen opgedragen werkzaamheden of daarin hun aanleiding vonden. Zoals hierna onder 3.9 nog zal overwogen, zijn er geen aanwijzingen dat tussen [x] en [z] reeds op dat moment een slechte verstandhouding bestond. Zulks heeft [x] overigens ook niet te bewijzen aangeboden. Het incident heeft zich buiten werktijd en niet op de werkvloer voorgedaan. Dat door of ingevolge zijn dienstbetrekking aan [z] gelegenheid is geschapen tot de fout (de mishandeling van [x]), kan naar het oordeel van het hof niet worden gezegd en dat [z] daarbij gebruik heeft gemaakt van hem door de werkgever ter beschikking staande middelen evenmin. Naar het oordeel van het hof kan de vordering van [x] ook niet op de aansprakelijkheid van [y] voor ondergeschikten worden gebaseerd.

3.7. Het hof is op grond van het bovenstaande van oordeel dat geen van de door [x] aangevoerde rechtsgronden de vordering jegens [y] tot vergoeding van schade die hij stelt te hebben geleden als gevolg van de mishandeling door [z] op 29 april 2008, kunnen dragen. Het hof komt met de kantonrechter tot de slotsom dat die vordering moet worden afgewezen.

3.8. Met betrekking tot de stelling van [x] dat hij schade heeft geleden door de opstelling van [y] als werkgever in de gehele periode dat hij bij haar heeft gewerkt, overweegt het hof als volgt. Op dit punt vordert [x] immateriële schade ten bedrage van in totaal € 20.000,=, € 10.000,= omdat hij gedurende vier jaren “onder uiterst onaangename omstandigheden” heeft moeten werken onder een leidinggevende die hem mishandelde, en € 10.000,= omdat sprake is van “negatieve dossiervorming waarbij valse beschuldigingen aan het adres van [x] zijn gedaan”.

3.9. [y] heeft expliciet betwist dat [z] [x] ook al vóór het incident op 29 april 2008 zou hebben mishandeld of onheus bejegend en/of dat zij wetenschap had van door deze gepleegde mishandelingen en dat zij die desondanks liet voortduren. Ook in hoger beroep heeft [x] niet concreet vermeld wanneer hij voorafgaande aan het gebeuren op 29 april 2008 door [z] is mishandeld/getreiterd en heeft hij evenmin gesteld dat en wanneer hij [y] daarvan op de hoogte heeft gesteld of dat [y] daarvan op andere wijze diende te weten.

Met betrekking tot de periode na 29 april 2008 wordt het volgende overwogen. Volgens [x] is hij door zijn leidinggevende, [naam leidinggevende], na het incident voor drie dagen geschorst, nadat hij zich op 1 mei 2008 over de handelwijze van [z] had beklaagd. Omdat [x] niet weerspreekt dat hij, zoals genoemde Bergvelt in zijn brief van 25 augustus 2008 aan [x] (prod. 4 bij inl.dagv.) stelt en is vastgelegd in het rapport van de bloemenveiling (prod. 9 bij conclusie van repliek), doodsbedreigingen (aan het adres van [z]) heeft geuit, is deze aan [x] opgelegde sanctie (schorsing met behoud van loon) naar het oordeel van het hof te billijken. Voor de juistheid van de stelling van [x] dat [y] tegen hem maatregelen nam bij “iedere klacht van hem” is geen aanwijzing in het dossier gevonden. De klacht van [x] dat sprake is geweest van voor hem nadelige dossiervorming is naar het oordeel van het hof ongegrond. Op grond van de enkele melding door [y] van het gebeuren aan de bloemenveiling, opdrachtgever van [y], op 1 mei 2008, kan daarvan niet worden gesproken. De omstandigheid dat [y] later in de brief van 25 augustus 2008 klachten over [x] heeft geuit, onderbouwt de stelling van [x] niet. Leidinggevende Bergvelt van [y] maakt in die brief melding van concrete gebeurtenissen op het werk waarover hij niet tevreden was. [x] is in de gelegenheid geweest te reageren en heeft dat ook gedaan. Onvoldoende blijkt dat [x] onheus bejegend is. [x] verwijt [y] ten slotte dat hij na de schorsing met [z] als zijn directe leidinggevende heeft moeten doorwerken. Als door [x] niet voldoende weersproken staat vast staat dat [y] hem al in een brief van 8 mei 2008 heeft gewezen op de mogelijkheid haar vertrouwenspersoon in te schakelen wanneer hij zich bedreigd en niet veilig zou voelen op de werkplek. In de brief van [y] aan de advocaat van [x] van 18 september 2008 is dit herhaald. Onbestreden staat vast dat [x] zich niet tot die

vertrouwenspersoon heeft gewend. De klacht van [x] dat [y] “maatregelen” had moeten nemen acht het hof, tegen deze achtergrond, ongefundeerd. Het hof neemt daarbij in aanmerking dat niet blijkt dat [x] [y] heeft verzocht bepaalde concrete maatregelen te nemen om hem tegen [z] te beschermen. Na de brief van 18 september 2008 waarin [y] de advocaat van [x] meedeelde erop te mogen vertrouwen dat zij als goed werkgever ernaar streefde iedere werknemer een veilige werkomgeving te bieden, is [x] daarop niet meer ingegaan, maar heeft hij nog slechts aandacht gevraagd voor zijn letselschade. Eerst weer bij brief van 16 september 2010 is hij daarop teruggekomen. De vordering tot vergoeding van de gevorderde immateriële schade van € 20.000,= is tegen de hiervoor weergegeven achtergrond niet toewijsbaar.

3.10. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de door [x] tegen het vonnis in de hoofdzaak aangevoerde grieven tevergeefs zijn voorgesteld. De kantonrechter heeft de vorderingen van [x] tegen [y], wat verder zij van de daartoe gebezigde gronden, terecht afgewezen. Het vonnis in de hoofdzaak dient te worden bekrachtigd.

3.11. Voor de vrijwaringszaak heeft dit de volgende consequenties. [y] heeft voorwaardelijk, te weten voor het geval de vorderingen van [x] tegen haar in hoger beroep tegen het vonnis in de hoofdzaak mochten worden toegewezen, gevorderd het vonnis van de kantonrechter in de vrijwaringszaak te vernietigen. Die voorwaarde is, gezien het bovenstaande, niet vervuld, zodat tot verwerping van het door haar ingestelde beroep moet worden geconcludeerd en tot bekrachtiging van het bestreden vonnis.

4. Slotsom en proceskosten

De grieven in de hoofdzaak met nummer 200.117.248/01 falen. Het bestreden vonnis in de hoofdzaak zal worden bekrachtigd. [x] zal als de in het ongelijk gestelde partij worden verwezen in de kosten van het hoger beroep, voor zover aan de zijde van [y] gevallen. De grieven in de vrijwaringszaak met nummer 200.117.501/01 zijn eveneens tevergeefs voorgesteld. [y] dient als de in het ongelijk gestelde partij te worden verwezen in de kosten van het hoger beroep in de vrijwaringszaak, inclusief de kosten van het incident.

5. Beslissing

Het hof:

in de hoofdzaak met nummer 200.117.248/01:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;

veroordeelt [x] in de kosten van het geding in hoger beroep, tot op heden aan de zijde van [y] begroot op € 1.815,= aan griffierecht en € 1.158,= voor salaris;

de vrijwaringszaak met nummer 200.117.501/01:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;

veroordeelt [y] in de kosten van het geding in hoger beroep, waaronder die van het incident, tot op heden aan de zijde van [z] begroot op € 291,= aan griffierecht en € 1.788,= voor salaris;

in beide zaken:

verklaart de proceskostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

» Noot

Appellant wordt na zijn werk op zijn hoofd geslagen door zijn leidinggevende terwijl zij samen staan te wachten op het bedrijfsbusje dat hen naar huis brengt. Hij kiest er in deze procedure voor om zijn werkgever ter zake van het ontstane letsel aansprakelijk te stellen – en niet de leidinggevende persoonlijk. Hij vangt in beide instanties bot. Ik zal de diverse grondslagen achtereenvolgens bespreken aan de hand van eerdere

jurisprudentie. Voorts ga ik in op de vraag of het voor de werknemer uitmaakt op welke grondslag hij zijn vordering baseert. Vervolgens ga ik in op de vraag of een werkgever in het geval hij wel aansprakelijk wordt geacht, regres kan nemen op de werknemer en ten slotte beantwoord ik de vraag of de aansprakelijkheidsverzekeraar van de werknemer dan dekking biedt.

Art. 7:658 BW

In een uitspraak van 13 juni 2012 heeft de Rechtbank Rotterdam een werkgever op grond van 7:658 lid 4 BW aansprakelijk geacht voor een speelse duw tijdens de lunchpauze waarbij een collega letsel opliep. Volgens de rechtbank was niet gebleken dat de werkgever maatregelen had getroffen ter voorkoming van schade als gevolg van collegiaal dollen (zoals het verstrekken van aanwijzingen en het houden van toezicht).

In mijn noot onder de uitspraak heb ik verdedigd dat fout gedrag van een werknemer zoals het bij wijze van grap geven van een duw aan een collega eerder thuis lijkt te horen onder het bereik van art. 6:170 BW dan onder dat van art. 7:658 BW. [noot:1] Deze lijn is ook te lezen in een zaak waarin een assistent-bedrijfsleider zijn collega die in een doos stond omduwde. [noot:2] Er werd geen zorgplichtschending van de werkgever in de zin van art. 7:658 BW aangenomen. Naar het oordeel van de kantonrechter ging het om een “dusdanig van de normale werkzaamheden afwijkende gedraging, dat de werkgever niet had behoren te weten dan wel had kunnen voorzien dat haar werknemers deze gedragingen zouden verrichten”. De assistent-bedrijfsleider had volgens de rechter moeten volstaan met een verbale correctie en niet de doos om moeten gooien. Hierom achtte de rechter art. 6:170 BW wel van toepassing.

In de onderhavige zaak is kennelijk niet gebleken dat er vaker wat speelde tussen de betreffende werknemers. In ieder geval kan niet gezegd worden “dat de werkgever had behoren te weten dan wel had kunnen voorzien dat de werknemers deze gedragingen zouden verrichten” (zoals in de hiervoor aangehaalde uitspraak van de omgeduwde collega in de doos). Indien er eerder al sprake was van ruzie of onderlinge twist tussen de werknemers, zou dit door een rechter zo kunnen worden uitgelegd, dat de werkgever daartegen maatregelen had moeten nemen.

Hoewel ik van mening ben dat art. 7:658 BW niet is geschreven voor situaties als de onderhavige, wordt hierover door (lagere) rechters soms anders gedacht. Een werkgever die wordt aangesproken voor incidenten tussen werknemers tijdens het werk, doet er dan ook goed aan inzicht te verschaffen in haar interne regels met betrekking tot de intercollegiale omgang en de wijze waarop zij toezicht houdt op het naleven van deze regels.

Art. 6:170 BW?

Art. 6:170 BW legt op de werkgever een risicoaansprakelijkheid voor de schade die door zijn werknemer aan een derde wordt toegebracht. Daarbij is niet relevant of de werkgever enig verwijt kan worden gemaakt. Waarop het aankomt is of de werknemer een fout heeft gemaakt (ofwel: aansprakelijk is op grond van art. 6:162 BW) [noot:3] waarbij er voldoende verband moet bestaan tussen de opgedragen taak en de fout (er moet een “functioneel verband” zijn). Ter beoordeling daarvan moeten alle ter zake dienende omstandigheden worden betrokken, waaronder het tijdstip en de plaats waar de gedraging is verricht, de aard van de gedraging en de eventueel door de dienstbetrekking voor het maken van de fout geschapen gelegenheid, dan wel aan de werknemer ter beschikking staande middelen. Ook andere omstandigheden kunnen van belang zijn.

Het vereiste functioneel verband wordt in de rechtspraak spoedig aangenomen. [noot:4] Voor het aannemen van functioneel verband is niet altijd nodig dat de kans op de fout door de opgedragen taak is vergroot. [noot:5]

Illustratief voor de ruime uitleg van het begrip functioneel verband is het arrest van de Hoge Raad waarin een werknemer terwijl hij op een stoel zat in de wurggreep werd gehouden tijdens de lunch. [noot:6] Het hof had in die zaak aansprakelijkheid afgewezen, omdat er geen sprake is geweest van een opdracht tot het verrichten van een

bepaalde taak, die de kans op de hier aan de orde zijnde fout heeft vergroot. De HR casseerde en overwoog: “Dit oordeel geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting van het voor (risico)aansprakelijkheid ex art. 6:170 BW vereiste ‘functionele verband’ tussen de fout van de ondergeschikte en de hem opgedragen werkzaamheden. De aansprakelijkheid van art. 6:170 BW ziet immers niet alleen op fouten die zijn begaan in de strikte uitoefening van de aan de ondergeschikte opgedragen taak, maar strekt zich ook uit tot daden die weliswaar buiten de opgedragen taak vallen, maar daartoe in zodanig verband staan dat zij te beschouwen zijn als verricht in het kader van de werkzaamheden waartoe de ondergeschikte werd gebruikt. (...) Het gaat er immers niet om dat de opgedragen werkzaamheden de kans hebben vergroot dat Van Baggem juist deze specifieke fout zou begaan, maar dat deze werkzaamheden, althans de werksfeer waarbinnen deze verricht moesten worden, de kans op incidenten als de onderhavige (onrechtmatig stoeigedrag) heeft vergroot.”

De Hoge Raad vervolgt:

“De door het Hof vastgestelde omstandigheden laten voorts, althans niet zonder nadere motivering, geen andere conclusie toe dan dat de gelegenheid voor het maken van de fout slechts (althans in overwegende mate, althans mede) werd geschapen door de dienstbetrekking tussen zowel Blomaard als Van Baggem. Het incident vond immers plaats

- i) tussen collega’s
- ii) tijdens werktijd
- iii) in een door de werkgever ter beschikking gestelde pauzeruimte

Bovendien, zo heeft het Hof vastgesteld, had de werkgever

- iv) juridische zeggenschap over de desbetreffende gedragingen en
- v) maakte zij daar ook gebruik van

Dat onder deze omstandigheden niet gesproken zou kunnen worden van voldoende functioneel verband tussen de fout en de dienstbetrekking valt – zonder nadere motivering, die evenwel ontbreekt – niet in te zien. Derhalve geeft ’s Hof’s oordeel blijk van een onjuiste rechtsopvatting, dan wel is dit ontoereikend gemotiveerd.”

Spier wijst er in zijn conclusie voor het arrest op dat wanneer schade wordt opgelopen tijdens schaft- of rusttijd, al gauw een voldoende verband wordt aangenomen. In elk geval hoeft de werkgever geen verwijt te kunnen worden gemaakt om toch aansprakelijk te zijn voor onrechtmatig handelen van de werknemer. Art. 6:170 BW behelst immers een risicoaansprakelijkheid en geen schuldaansprakelijkheid.

Dit zien we in de lagere rechtspraak dan ook terug, bijvoorbeeld in de door mij eerder geannoteerde uitspraak van de Rechtbank Rotterdam, waarin tijdens de pauze een (ingeleende) werknemer een duw gaf waardoor een collega met stoel en al omviel. [noot:7] In een zaak waarin een collega een karatetrap uitdeelde in de kantine, en de werkgever aanvoerde dat zij geen “zeggenschap” over de daad van de werknemer had, oordeelde het hof dat deze stelling miskent “dat het gaat om haar zeggenschap in het algemeen over de gedragingen van het personeel in de kantine, van welke gedragingen de fout deel uitmaakte”. [noot:8] De Rechtbank Rotterdam achtte ten slotte functioneel verband aanwezig in een zaak waarin tijdens een woordenwisseling in de kantine de ene collega de stoel van de andere collega wegtrok. [noot:9]

Hoewel het functioneel verband derhalve snel wordt aangenomen voor schade toegebracht door de ene werknemer aan de andere – terwijl zij op dat moment niet daadwerkelijk aan het werk zijn –, lijkt er in de aangehaalde uitspraken dikwijls sprake te zijn van aanvullende omstandigheden die de zaak kleuren, zoals:

- a. de “dader” bevond zich in een leidinggevende positie van het slachtoffer; [noot:10]

b. er was sprake van een bepaalde “werksfeer” waarin vaker conflicten voorkwamen [noot: 11] of waarin een collegiale stoeipartij als normaal werd beschouwd. [noot: 12]

Het enkele feit dat de schade in de lunchpauze (of op de werkplek) is opgelopen is dan ook niet zonder meer voldoende voor het aannemen van functioneel verband.

Het is de vraag hoe het onderhavige arrest van het hof zich verhoudt tot het hiervoor aangehaalde arrest van de Hoge Raad waarin een ruim functioneel verband werd aangenomen. Had het oordeel in de onderhavige zaak anders geluid indien dezelfde leidinggevende tijdens de lunchpauze een klap aan appellant had uitgedeeld? Of spelen hier meer omstandigheden een rol die de conclusie rechtvaardigen dat er geen functioneel verband aanwezig is?

Het onderhavige incident vond (net) na werktijd plaats. De omstandigheid dat de daad werd gepleegd buiten diensttijd, zal meestal wel de conclusie wettigen dat de werkgever bij gebreke van zeggenschap over de gedragingen van de ondergeschikte, niet aansprakelijk is. Maar dit behoeft niet altijd het geval te zijn, zodat het beter is niet als zelfstandig vereiste te stellen dat de onrechtmatige daad gedurende de diensttijd werd gepleegd. [noot: 13] Illustratief is in dit verband het arrest van de Hoge Raad waarin aansprakelijkheid van de werkgever voor de gevolgen van een ongeval tijdens een bedrijfsuitje werd aangenomen. [noot: 14] Het hof had de aansprakelijkheid gebaseerd op de omstandigheden dat het om een door de werkgever georganiseerd, gefaciliteerd en betaald feest (bedrijfsuitje) ging, waarbij de werknemers louter aanwezig waren omdat zij werknemers waren van het bedrijf in kwestie, dat de werknemers als een zekere eenheid naar buiten traden en door de eigenaren/exploitanten van het partycentrum ook als zodanig mochten worden beschouwd, dat een dergelijk feest kan worden geacht mede in het belang te zijn van de saamhorigheid in het bedrijf en de motivatie van de daar werkzame personen, en dat de aanwezige grootaandeelhouder/directeur, die in feite de leiding had over het bedrijf, niet heeft getracht te voorkomen dat olie op de barbecue werd gegooid, maar door zijn gedrag juist de kans op schade heeft vergroot. De Hoge Raad verwierp alle motiveringsklachten tegen dit oordeel.

In dit geval werd het woon-werk vervoer kennelijk geregeld door de werkgever (uit het arrest maak ik op dat de werknemers samen met de bedrijfsbus naar huis gingen). Enig verband met de werkzaamheden is daarmee wel degelijk aanwezig. Bovendien was het in casu de leidinggevende die letsel toebreacht aan de ondergeschikte. Gelet op deze omstandigheden ben ik er niet zeker van of het onderhavige arrest bij de Hoge Raad stand zal houden.

De nuance ligt mogelijk in het aspect “werksfeer”. In de zaak die leidde tot het arrest van de Hoge Raad bestond er een zeker verband tussen de werksfeer en de reden waarom de leidinggevende de houdgreep toepaste. [noot: 15] Daarvan is in casu niet gebleken. Voorts lijkt bij intercollegiaal dollen eerder functioneel verband aan te worden genomen dan bij serieuze en volledig los van het werk staande mishandeling. Vergelijk Asser: de werkgever zal in het algemeen niet aansprakelijk zijn, indien een arbeider gedurende zijn diensttijd iemand vermoordt of mishandelt. [noot: 16] Opzettelijk toebrengen van lichamelijk letsel behoeft er echter niet steeds toe te leiden dat het functioneel verband in de zin van art. 6:170 BW ontbreekt. [noot: 17]

Maakt de grondslag voor de werknemer verschil?

Zoals bekend, kent art. 7:658 BW een voor de werknemer gunstig bewijsregime. In het kort komt het erop neer dat de werknemer ermee kan volstaan aan te tonen dat hij schade heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden. Daarbij hoeft hij niet de precieze toedracht van het ongeval te bewijzen. [noot: 18] Slaagt hij erin aan te tonen dat hij letsel heeft opgelopen tijdens het werk, dan kan de werkgever alleen dan aan aansprakelijkheid ontkomen indien hij (1) aantoonde dat hij aan zijn zorgverplichting heeft voldaan of (2) dat er geen causaal verband bestaat tussen een eventueel door hem geschonden zorgplicht en de schade van de werknemer of (3) dat de schade het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer. Voor zover de werkgever zich wil beperken tot het bewijs van het nakomen van op de aard toegespitste zorgverplichtingen, rust op de werkgever de bewijslast van de toedracht van het

ongeval. Zonder de toedracht te kennen, is het immers lastig om te beoordelen of de getroffen maatregelen toereikend zijn.

Bij een succesvolle vordering gebaseerd op art. 6:170 BW zal de werknemer zowel de toedracht als ook de normschending (de onrechtmatigheid van de gedraging) moeten aantonen.

Kortom, met name in die gevallen waarin de toedracht niet vaststaat, heeft de werknemer een voordeliger positie indien hij zijn vordering kan baseren op art. 7:658 BW (hiervoor heb ik reeds aangegeven dat ik van mening ben dat deze situaties niet thuishoren onder het bereik van art. 7:658 BW).

Regres van de werkgever op de werknemer

Op grond van art. 6:170 lid 3 BW kan de werkgever de schade slechts verhalen op de werknemer indien de schuldgraad van de werknemer dusdanig is dat sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid. De werknemer geniet daarmee een vergaande bescherming tegen (persoonlijke) aansprakelijkheid.

De Hoge Raad heeft in het arrest van 14 oktober 2005 [noot:19] overwogen dat het begrip “opzet of bewuste roekeloosheid” in art. 7:658 BW en art. 6:661 BW op dezelfde wijze moet worden uitgelegd. Eenzelfde uitleg lijkt te gelden voor art. 6:170 lid 3 BW. [noot:20] Voor bewust roekeloos handelen is dan vereist dat de werknemer zich onmiddellijk voorafgaand aan het incident daadwerkelijk bewust was van het roekeloze karakter van zijn gedraging. In de rechtspraak die ziet op art. 7:658 BW wordt zelden aangenomen dat sprake is van bewuste roekeloosheid aan de zijde van de werknemer. [noot:21] In de (lagere) rechtspraak met betrekking tot art. 7:661 BW zien we soms dat een beroep op opzet of bewuste roekeloosheid door de werkgever slaagt. Het gaat dan bijvoorbeeld om gevallen van fraude, [noot:22] forse snelheidsovertredingen [noot:23] en diefstal. [noot:24] Schouten leidt hieruit af dat de strenge doctrine van de Hoge Raad in de lagere rechtspraak niet wordt gevolgd. [noot:25] Volgens Laagland laten de uitspraken slechts zien dat een tekortkoming van de werkgever een element is in de beoordeling of sprake is van opzettelijk of bewust roekeloos gedrag. [noot:26]

Ik meen dat in die gevallen waarin de werkgever geen enkel verwijt treft en de werknemer daarentegen een ernstig verwijt kan worden gemaakt – in casu lijkt mij dat evident het geval –, het kan lonen de werknemer aan te spreken voor de door hem veroorzaakte schade op grond van art. 6:170 lid 3 BW.

Bij het antwoord op de vraag of de schade op de werknemer kan worden verhaald, kan meewegen of hij verzekerd is of niet. Daarom ga ik hierna in de op de vraag of de AvP-verzekeraar dekking biedt in gevallen als de onderhavige.

Vordering op de werknemer en diens AvP-verzekeraar

Een particulier zal niet steeds voldoende verhaal bieden. Een interessante vraag is daarom of een dergelijke aansprakelijkheid is gedekt onder een Aansprakelijkheidsverzekering voor Personen (“AvP”). Bij mishandeling zoals in casu zal de opzetclausule in een AvP doorgaans aan dekking in de weg staan. Bij intercollegiaal dollen – zoals het geven van een duw, het wegtrekken van een stoel, het geven van een knietje – is minder snel sprake van opzet. De gedachte achter de opzetclausule is immers het uitsluiten van strafbare feiten. [noot:27]

Een AvP kent doorgaans een uitsluiting voor schade die verband houdt met de uitoefening van een beroep of bedrijf. In de rechtspraak wordt deze uitsluiting restrictief uitgelegd en dus een beroep van de verzekeraar daarop niet snel aanvaard. [noot:28]

De AvP-verzekeraar zal in situaties waarin sprake is van schade door intercollegiaal dollen in beginsel dekking moeten verlenen en de benadeelde kan deze verzekeraar rechtstreeks aanspreken op grond van art. 7:954 BW. Indien er echter voldoende functioneel verband met de opgedragen werkzaamheden is, zal het beroep op de AvP falen wegens de hiervoor genoemde uitsluiting en is de werknemer aangewezen op de werkgever/diens aansprakelijkheidsverzekering voor bedrijven.

Het is goed om te beseffen dat de aansprakelijkheidsverzekeraar van de werkgever zelf niet de schade op de werknemer kan verhalen krachtens het subrogatieverbod van art. 7:962 lid 3 BW (behoudens de daarin genoemde uitzondering, te weten het geval waarin de verzekerde zelf in de situatie waarin de werknemer aansprakelijk is jegens de verzekerde, zijn recht op uitkering zou hebben verspeeld). Dit kan ook niet via een omweg, door bijvoorbeeld de verzekerde de schade volledig te laten verhalen. Het subrogatieverbod staat hieraan in de weg.

D.M. Gouweloos, advocaat bij WIJ advocaten

» **Voetnoten**

[1]

Rb. Rotterdam 13 juni 2012, «JA» 2012/155.

[2]

Rb. Leeuwarden 7 september 2010, «JA» 2010/42.

[3]

Het behoeft in casu geen betoog dat de mishandeling door de leidinggevende tevens een onrechtmatige daad als bedoeld in art. 6:162 BW oplevert jegens appellant.

[4]

Zie in dit verband HR 30 oktober 2009, «JA» 2010/14 (in die zaak werd een werknemer terwijl hij op een stoel zat in de wurggreep gehouden tijdens de lunch) en Hof Amsterdam 15 januari 1998, *NJKort* 1999, 26; *A&V* 2000, p. 110 e.v., m.nt. Oldenhuis (in die zaak werd een karatetrap uitgedeeld op de werkvloer aan een collega).

[5]

Zie in dit verband mr. Miranda: 'Vaststelling van het functionele verband bij opzettelijk onrechtmatig gedrag: een heikele taak voor de rechter' (*SR* 2007, 3).

[6]

HR 30 oktober 2009, «JA» 2010/14.

[7]

Rb. Rotterdam 13 juni 2012, «JA» 2012/155.

[8]

Hof Amsterdam 15 januari 1998, *NJK* 1999, 26.

[9]

Rb. Rotterdam 5 augustus 2005, «JA» 2005/6.

[10]

Rb. Rotterdam 4 augustus 2005, «JA» 2005/66. Het ging in die zaak om het wegtrekken van een stoel in de kantine. De rechtbank laat expliciet meewegen "de omstandigheid dat het slachtoffer zich in een problematische arbeidsrelatie bevond, onder meer vanwege omvangrijk ziekteverzuim". Zie ook Rb. Leeuwarden 7 september 2010, «JA» 2010/142. In die zaak ging een werknemer in een doos staan die ter correctie van de werknemer door de assistent bedrijfsleider omver werd geduwd.

[11]

Hof Amsterdam 15 januari 1998, *NJKort* 1999, *A&V* 2000, p. 110.

[12]

HR 30 oktober 2009, «JA» 2010/14.

[13]

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/187.

[14]

HR 9 november 2007, «JA» 2008/25.

[15]

De leidinggevende zei op het moment dat hij de greep toepaste: “Als pa zegt dat je blijft zitten, doe dit ook” alsmede “Heb jij een andere baas ofzo”.

[16]

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/187 met een verwijzing naar HR 30 december 1977, *NJ* 1978, 332, waarin een bewaker van een hotel een college ernstig mishandelde onder werktijd. De Hoge Raad overwoog: “Het Hof heeft blijkbaar aangenomen dat het volgens art. 1394 lid 3 vereiste verband niet aanwezig was omdat de mishandeling en de daaraan voorafgaande woordenwisseling geheel los stonden van Paulina’s taakvervulling. Daarbij is het Hof, mede gezien de vaststelling van de feiten door de eerste rechter, waarnaar het Hof verwijst, er kennelijk van uitgegaan dat de mishandeling voortvloeide uit een woordenwisseling over eerder voorgevallen feiten, welke alleen als gevolg van toevallige omstandigheden plaats had in de werktijd van Paulina, en op de plaats waar deze werkte.

Onder punt d van het middel betoogt Soemers dat het in de risicosfeer van de werkgever ligt of kan liggen dat een woordenwisseling tussen twee werknemers als in het middel onder b en c omschreven leidt tot een mishandeling zoals in dit geval heeft plaatsgehad, en dat reeds hierom art. 1384 lid 3 toepasselijk was. Deze stelling vindt echter geen steun in die bepaling.” Zie ook Rb. ’s-Hertogenbosch 23 juni 2004, «JA» 2004/11, waarin een werkgever niet aansprakelijk werd geacht voor een mishandeling tijdens de koffiepauze.

[17]

Groene Serie Onrechtmatige daad, aant. 38 Ruime toepassing van vereist verband: element der kansvergroting bij: Burgerlijk Wetboek Boek 6, art. 170 (prof. mr. F.T. Oldenhuis) met daarin ook een verwijzing naar Hof Amsterdam 15 januari 1998, *NJkort* 1999; *A&V* 2000, p. 110, Rb. Arnhem 6 april 2005, *NJF* 2005, 389 (waarin een discotheek aansprakelijk werd geacht voor de mishandeling van een bezoeker door een portier op grond van art. 6:170 BW) en Rb. Groningen 29 oktober 2003, *VR* 2004, 165 (waarin een taxicentrale aansprakelijk werd geacht voor de mishandeling van een fietser door een taxichauffeur).

[18]

HR 1 juli 1993, *NJ* 1993, 687 (*Power/Ardross*).

[19]

HR 14 oktober 2005, «JAR» 2005/271 (*City Tax/De Boer*).

[20]

Groene Serie Onrechtmatige daad, art. 170 Boek 6 BW, aant. 74.

[21]

HR 20 september 1996, «JAR» 1996/203 (*Pollemans/Hoondert*).

[22]

Hof Leeuwarden 5 juni 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW8369.

[23]

Hof Leeuwarden 16 oktober 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BY3850, *VR* 2014, 68.

[24]

Rb. Rotterdam 28 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2863.

[25]

Schouten, 'De systematiek van bewuste roekeloosheid als schuld criterium bij arbeidsrechtelijke aansprakelijkheidskwesties', *Ara* 2014 (8) 3.

[26]

Zie hierover ook F.G. Laagland, 'Opzet en bewuste roekeloosheid als begrenzing voor werknemersaansprakelijkheid', *NTBR* 2015, 6.

[27]

Voor een uitvoerig overzicht van rechtspraak over de opzetclausule verwijs ik naar Frenk, 'Verkeersrecht ANWB, Strafbare feiten en de reikwijdte van de opzetclausule in aansprakelijkheidsverzekeringen', *VR* 2015, 36.

[28]

Rb. 's-Hertogenbosch 23 juni 2004, «JA» 2004/11 (*mishandeling tijdens koffiepauze*).