

## ARTIKEL

# Werkgeversaansprakelijkheid: ligt de oplossing in Amerika?\*

*L.B. de Graaf*

## 1 Inleiding

Risicoaansprakelijkheid voor werkgerelateerde schade lijkt weer een stap dichterbij. In het recente Maatzorg-arrest accepteerde de Hoge Raad een verzekeringsplicht voor werkgevers jegens hun werknemers als dezen door hun werkzaamheden een verkeersongeval kan overkomen, ook als dit een eenzijdig ongeval op de fiets betreft.<sup>1</sup> Een gelijksoortige verzekeringsplicht was begin 2008 al aangenomen voor zich motorisch voortbewegende werknemers.<sup>2</sup> De Hoge Raad baseert deze verzekeringsplicht – en daarmee de uitbreiding van werkgeversaansprakelijkheid – op de flexibele norm van artikel 7:611 BW. De Hoge Raad kan deze verzekeringsplicht niet op het eigenlijke artikel voor werkgeversaansprakelijkheid – artikel 7:658 BW – baseren, omdat aansprakelijkheid op die grond pas kan worden aangenomen als een werkgever zijn zorgplicht heeft geschonden. Deze zorgplicht limiteert het bereik van artikel 7:658 BW. Artikel 7:611 BW is niet op deze wijze gelimiteerd en kan derhalve een basis bieden voor de uitbreiding van werkgeversaansprakelijkheid.

Deze opzet van werkgeversaansprakelijkheid is naar mijn mening niet ideaal. Tal van gebreken zijn te noemen, maar bij mij springt het meest in het oog de discrepantie tussen de groep ‘geluksvogels’<sup>3</sup> die op grond van artikel 7:611 BW hun schade (deels) vergoed krijgen en de groep ‘pechvogels’ die op grond van artikel 7:658 BW hun schade in het geheel niet vergoed krijgen omdat de werkgever aan zijn zorgplicht heeft voldaan. Er kan ten opzichte van de laatste groep een zeker gevoel van onrechtvaardigheid bestaan. Immers, de licht roekeloos handelende heer Maasman uit een van de 1 februari-arresten (hij droeg bewust zijn gordel niet ten tijde van het ongeval) moest wel worden gecompenseerd (althans, behoorlijk verzekerd) op grond van artikel 7:611 BW, terwijl er werknemers bestaan die minder verwijt treft, maar die in het geheel niet gecompenseerd behoeven te worden omdat hun onge-

\* Dit artikel is een bewerking van zijn onlangs gepubliceerde onderzoek: *Damaged at work: Is the Dutch system of employers' liability perfectly healthy or in need of American treatment?*, Kennispunt Rechten Universiteit Utrecht: 2009, ISBN 978-90-5213-168-9.

1 HR 12 december 2008, JAR 2009/15 en JIN 2009/82 m.nt. Houweling (Maatzorg).

2 HR 1 februari 2008, JAR 2008/56 (Maasman/Akzo Nobel) en HR 1 februari 2008, JAR 2008/57 (Kooiker/Taxicentrale).

3 Ik bedoel geluksvogels in juridische zin, gezien de extra mogelijkheden die artikel 7:611 BW soms biedt tot vergoeding van schade. Uiteraard is de situatie van de werknemers in deze groep vaak ook beklagenswaardig.

L.B. de Graaf

vallen of ziekten binnen artikel 7:658 BW vallen en hun werkgever aan de zorgplicht heeft voldaan.<sup>4</sup>

A-G Spier heeft oog voor de zojuist beschreven discrepantie in zijn uitgebreide conclusie bij het Maatzorg-arrest. Daar merkte hij op dat naar zijn mening met de bestaande rechtspraak en met het wettelijk stelsel het aannemen van een verzekeringsplicht voor werkgevers voor alle ongevallen in werkverband op grond van artikel 7:611 BW niet onverenigbaar hoeft te zijn. Er zou dan volgens hem kunnen worden gedacht aan een minimumdekking van 1 miljoen euro, wat niet meer dan enkele honderden euro's per jaar per werknemer aan premie zou kosten.<sup>5</sup> Ik neem de vrijheid te stellen dat de A-G impliciet pleit voor de invoering van een (gelimiteerde) risicoaansprakelijkheid voor werkgerelateerde ongevallen.<sup>6</sup> De Hoge Raad stelt in zoverre teleur dat hij de voorzet van de A-G niet inkopt en tevens weer zwijgt over wat nu een 'behoorlijke verzekering' is.<sup>7</sup> Toch verdient de opmerking van de A-G meer aandacht. De Hoge Raad heeft immers thans een (vrijwel) risicoaansprakelijkheid op het gebied van werkgerelateerde verkeersongevallen aangenomen. Rechtvaardiging voor het niet aannemen van een risicoaansprakelijkheid voor andersoortige arbeidsongevallen en beroepsziekten<sup>8</sup> is moeilijk te vinden. Een nadere blik op een systeem van risicoaansprakelijkheid voor arbeidsongevallen en beroepsziekten is hierom gewenst.

In de Verenigde Staten hanteert men een dergelijk systeem al sinds het begin van de twintigste eeuw. Het systeem bestaat in haast ongewijzigde vorm nog steeds en vormt een belangrijk onderdeel van de Amerikaanse sociale zekerheid. Hierna zal het Amerikaanse systeem – Workers' Compensation – worden beschouwd om inzicht te verschaffen in de werking van een systeem van risicoaansprakelijkheid voor werkgerelateerde schade. In dat kader zullen de positieve en negatieve elementen van het Amerikaanse systeem worden besproken, waarna de vraag zal worden beantwoord of de Nederlandse wetgever het Amerikaanse voorbeeld zou moeten volgen.

- 4 Zie voor een schrijnend voorbeeld Ktr. Sittard-Geleen 9 april 2008, JAR 2008/136. (De werknemer wil een mankement aan een machine handmatig verhelpen, zijn arm wordt daarbij afgerukt. De werkgever heeft aan zijn zorgplicht voldaan en is dus niet aansprakelijk. Overigens bespreekt de kantonrechter het beroep van werknemer op artikel 7:611 BW in het geheel niet.)
- 5 Beroepsziekten lenen zich volgens de A-G (nog) niet voor een dergelijke verzekeringsplicht vanwege de volgens hem terechte vrees bij verzekeraars voor nog niet ontdekte beroepsziekten. Conclusie A-G Spier bij het Maatzorg-arrest, par. 8.7.2 en par. 8.3.1-8.3.2. A-G Spier herhaalde deze opmerking onlangs in zijn conclusie bij HR 20 februari 2009, JAR 2009/76, par. 4.18.
- 6 Zie in dat kader tevens T. Hartlief, Vonk/Van der Hoeven, het einde van artikel 7:658 BW en een terugkeer naar de Ongevallenwet, AV&S 2003, nr. 1.
- 7 Zie hierover W.H. van Boom, G.N. van Kooten & P.L.M. Schneider, Compensatie van verkeersletsel van werknemers: wat is een behoorlijke verzekering, ArA 2008/2, p. 43-60; A.R. Houweling, Verzekeringsplicht ook bij niet-gemotoriseerde werkgerelateerde verkeersongevallen?, TAP 2008/1, p. 2-4.
- 8 Uiteraard afgezien van de door A-G Spier aangehaalde moeilijke verzekerbaarheid van schade voortvloeiend uit beroepsziekten.

## 2 Workers' Compensation in een notendop

Elk van de vijftig staten in de Verenigde Staten heeft een vorm van Workers' Compensation-wetgeving.<sup>9</sup> Workers' Compensation houdt – kort gezegd – in dat werkgevers een risicoaansprakelijkheid hebben voor financiële schade die werknemers oplopen door een ongeval of ziekte *arising out of and in the course of employment*. Als een ongeval of ziekte onder deze definitie valt, kan de werkgever niets doen tegen aansprakelijkheid. Er bestaat dus niet zoals in Nederland de mogelijkheid om onder aansprakelijkheid uit te komen door aan te tonen dat de werkgever niets valt te verwijten inzake het plaatsvinden van het ongeval of de ziekte. Workers' Compensation betreft een risicoaansprakelijkheid, en aansprakelijkheid is daarom niet afhankelijk van enige schuld.

Werkgevers dienen zich tegen deze aansprakelijkheid verplicht te verzekeren. Zij mogen deze verzekering zelf vormgeven, zolang doorbetaling van een percentage van het laatstverdiende loon – gemiddeld zo'n 55-60%, met diverse maxima – is gegarandeerd. Tevens moeten zowel medische kosten in relatie tot de (het) aan de arbeid gerelateerde ziekte (ongeval) als eventuele kosten voor weduwen en kinderen bij het overlijden van de werknemer door de ziekte of het ongeval worden vergoed.

Hier staat tegenover dat werknemers hun werkgevers niet meer in een civiele procedure aansprakelijk kunnen stellen voor hun volledige schade zodra de schade onder de 'dekkingsformule' (zie hierna, paragraaf 4) van Workers' Compensation valt. Dit betreft voor werknemers geen keuze: als Workers' Compensation in een bepaalde casus toepassing heeft, dan is een civiele *tort* (onrechtmatige daad) procedure (met veelal hoge(re) schadevergoedingen) uitgesloten.<sup>10</sup> Workers' Compensation is met andere woorden de exclusieve remedie die werknemers ter beschikking staat in het geval zij door hun arbeid (tijdelijk) schade lijden. Workers' Compensation wordt dan ook gekenmerkt door *quid pro quo*: zowel werkgevers als werknemers leveren iets in en krijgen daar iets voor terug. Het Supreme Court van Vermont vatte het als volgt samen:<sup>11</sup>

'The purpose of the workman's compensation law is to provide, not only for the employees a remedy which is both expeditious and independent of proof of fault, but also for employers, a liability which is limited and determinate.'

De achterliggende gedachte van dit systeem is dat werknemers die door hun arbeid schade oplopen, in bijna alle gevallen automatisch aanspraak hebben op een snelle, maar gelimiteerde vergoeding van hun schade en dat werkgevers niet hoeven te vrezen voor hoge schadevergoedingen. Voor een uitkering op grond van Workers' Compensation hoeft dus in beginsel niet te worden geprocedeerd. Eventuele pro-

9 Arthur Larson & Lex K. Larson, *Larson's Workers' Compensation Law – Desk Edition*, § 2.08, New York (N.Y.): LexisNexis 2007. Workers' Compensation is *state legislation*, geen federal legislation.

10 Larson's *Workers' Compensation Law – Desk Edition*, § 1.02 – 1.04 (2007).

11 *Morrisseau versus Legac*, 181 A.2d 53, 57 (Vt. 1962).

L.B. de Graaf

cedures beginnen in het administratieve circuit, met het oog op het voorkomen van langdurige procedures.

Ik zal in het navolgende eerst de ontstaansgeschiedenis van het Amerikaanse systeem beschrijven en vervolgens de mijns inziens positieve elementen van het systeem belichten. Daarna volgt een tussenconclusie om te bezien in hoeverre deze elementen bruikbaar zijn voor het Nederlandse systeem van werkgeversaansprakelijkheid. De naar mijn mening negatieve elementen van Workers' Compensation komen vervolgens ook aan bod, waarna ik zal concluderen welke lessen Nederland kan trekken uit het Amerikaanse systeem van werkgeversaansprakelijkheid.

### 3 Het ontstaan van Workers' Compensation

Voordat de diverse Workers' Compensation-wetten in het eerste deel van de twintigste eeuw werden aangenomen, hadden werknemers die door een arbeidsongeval of arbeidsziekte schade hadden opgelopen de mogelijkheid hun werkgevers aan te klagen op diverse civiele gronden. Het probleem voor werknemers in die tijd was dat werkgevers drie sterke verdedigingsgronden tot hun beschikking hadden. In de eerste plaats kon een werkgever de *assumption of risk*-doctrine invoeren. Dit hield in dat een werknemer die vrijwillig werkte in – blijkbaar – gevaarlijke werkomstandigheden, hier achteraf niet over kon klagen. Hij had hierover vooraf moeten klagen. Dat de werknemer door het systeem van *at will employment*<sup>12</sup> vrijwel zeker werd ontslagen indien hij over de arbeidsomstandigheden klaagde, deed hieraan niet af. In de tweede plaats kon de werkgever in veel gevallen *contributory negligence* van de werknemer invoeren. Dit hield in dat iedere nalatigheid van de werknemer in relatie tot de oorzaak van het ongeval of de ziekte volledig in de weg stond aan aansprakelijkheid van de werkgever. In de derde en laatste plaats kon de werkgever de *fellow servant*-uitzondering op de *respondeat superior*-doctrine invoeren.<sup>13</sup> De *respondeat superior*-doctrine hield in principe hetzelfde in als het Nederlandse artikel 6:170 BW; de werkgever draagt de schade die een werknemer tijdens de uitoefening van de overeenkomst aan de werkgever of aan een derde toebrengt. De *fellow servant*-uitzondering hield in dat deze regel niet opging indien een werknemer door nalatigheid van zijn collega schade opliep tijdens de uitoefening van zijn werkzaamheden. Hij kon dan slechts deze collega aanspreken, niet zijn werkgever.

Er bestaan diverse theoretische onderbouwingen voor dit 'harde' systeem. Naast bijvoorbeeld de theorie dat een werknemer die in gevaarlijke arbeidsomstandigheden werkte vaak een hoger loon kreeg dan bij relatief veilig werk – wat in de praktijk bijna nooit zo was –, bestaat er ook een interessante uitleg die teruggaat naar de uitkomst van Amerikaanse Burgeroorlog van 1861 tot 1865. De belangrijkste uitkomst van deze burgeroorlog was de afschaffing van de slavernij en in het verlengde

12 De *at will employment* houdt kortweg het volgende in: 'If the service is terminable at the option of either party, it is plain no action would lie even to the employee; for either party may terminate the service, for any cause, good or bad, or without cause, and the other cannot complain in law.' Citaat uit: *Payne v. The Western & Atlantic Railroad Co.*, 81 Tenn. 507 (1884).

13 Zie voor een fraai voorbeeld: *Farwell v. Boston and Worcester Rail Road Corp.*, 45 Mass. 49 (1842).

daarvan *free labor*. Als gevolg hiervan werd iedere arbeider zelf verantwoordelijk geacht voor de consequenties van de arbeid. Men was immers vrij en moest daarom voor zichzelf opkomen. Opmerkelijk is daarbij dat slaveneigenaren onder het slavenrecht vaak slechter af waren in gevallen waarbij hun slaven gewond of ziek raakten door hun werk, dan werkgevers in vergelijkbare gevallen in de periode na afschaffing van de slavernij. In het slavernijtijdperk was de eigendom van de slaveneigenaren immers beschadigd en dus droeg de eigenaar de schade. In het aansluitende tijdperk van *free labor* moesten werknemers echter zelf hun schade dragen.<sup>14</sup>

Uiteindelijk drong aan het eind van de negentiende eeuw bij de diverse statelijke wetgevers het besef door dat verandering was geboden. Mede door de angst voor een socialistische revolutie werd Workers' Compensation-wetgeving aangenomen.<sup>15</sup> De totstandkoming van Workers' Compensation ging echter – net als in Nederland bij de totstandkoming van de Ongevallenwet 1901<sup>16</sup> – niet zonder slag of stoot. Workers' Compensation hield namelijk een *fundamental bargain* in: werkgevers zouden een risicoaansprakelijkheid accepteren en werknemers gaven voor die risicoaansprakelijkheid hun recht om een civiele procedure (met mogelijk *tort damages*) te starten op. Deze wetgeving werd echter geacht een inbreuk op het 14e Amendement van de Amerikaanse grondwet te zijn. Het 14e Amendement houdt onder andere in dat een staat een burger niet zonder *due process of law* het leven, vrijheid of bezit mag afnemen. Het aannemen van een risicoaansprakelijkheid voor werkgevers was volgens Judge Werner echter:

'a liability unknown to the common law [which] plainly constitutes a deprivation of liberty and property under the Federal and State Constitutions'.<sup>17</sup>

In 1917 werd de grondwettelijkheid van Workers' Compensation door het U.S. Supreme Court toch aangenomen. De reden hiervoor was dat het algemeen belang was gemoeid met de invoering van deze wetgeving en om die reden mocht – in dit geval – de staat New York Workers' Compensation invoeren. Het Supreme Court achtte het tevens redelijk dat werkgevers zich verplicht dienden te verzekeren, omdat de schade die een werknemer door zijn arbeid opliep geacht werd een '*loss arising out of business*' te zijn.<sup>18</sup> Workers' Compensation is daarom gebaseerd op het *risque professionnel*, niet op het *risque social*.

14 Zie het zeer lezenswaardige boek van John Fabian Witt, *The Accidental Republic: Crippled Workers, Destitute Widows, and the Remaking of American Law*, Cambridge (Mass.) en London: Harvard University Press 2004, p. 26.

15 Arthur Larson, *The Wage-Loss Principle in Workers' Compensation*, 6 *William Mitchell Law Review* 1980, 501, 504.

16 Zie S. Klosse, *Menselijke schade: vergoeden of herstellen?* (Reeks Menselijke Schade deel 17), Antwerpen: Maklu 1990, p. 63, en L. Bier, *Aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten*, Deventer: Kluwer 1988, p. 140.

17 *Ives v. South Buffalo Railway Co.*, 201 N.Y. 271 (1911).

18 *New York Central Railroad Co. v. White*, 243 U.S. 188 (1917).

L.B. de Graaf

Workers' Compensation is unieke wetgeving geworden. Het is niet gebaseerd op het *torts system*, omdat het niet bedoeld is om schade uit onrechtmatige daad te vergoeden en omdat de schade van de werknemer niet geheel wordt vergoed. Daarentegen is het ook geen sociale verzekering, omdat de kosten van de verzekering indirect worden betaald door de consument van het betreffende product en niet door de samenleving als geheel. De werkgever berekent immers de kosten van de verzekering door in zijn prijs.

## 4 Positieve elementen van Workers' Compensation

### 4.1 Dekking onder Workers' Compensation

Zoals eerder aangegeven, gaat het er in het systeem van Workers' Compensation om of het ongeval dat of de ziekte die de werknemer is overkomen valt te definiëren als *arising out of and in the course of employment*. Aan de vraag of de werkgever er alles aan heeft gedaan de schade bij de werknemer te voorkomen, komt men niet toe. Dit is de kern van de risicoaansprakelijkheid; schuld is geen vereiste. Hierom is het van het grootste belang correct vast te stellen of een ongeval of ziekte onder Workers' Compensation valt. De Amerikanen hebben hiertoe een naar mijn mening goed ontwikkelde 'dekkingsformule' gecreëerd.

Bij de bespreking van de dekking onder Workers' Compensation moet voor ogen worden gehouden dat Workers' Compensation heeft beoogd partijen zo veel mogelijk uit de civiele rechtbanken te houden. In het geval twijfel bestaat omtrent de dekking onder Workers' Compensation, dient de rechter in de Verenigde Staten daarom de dekking ruim toe te passen. De rechter dient, met andere woorden, niet lichtvaardig te beslissen dat een ongeval of ziekte niet onder Workers' Compensation valt. De individuele elementen van de 'dekkingsformule' dienen dan ook ruim te worden geïnterpreteerd.

De algemene lijn in de diverse staten is dat de 'dekkingsformule' bestaat uit een *employee's personal injury by accident, arising out of and in the course of the employment*. Deze test valt mijns inziens uiteen in drie onderdelen: (1) *an employee's*; (2) *personal injury by accident*; en (3) *arising out of and in the course of employment*.

#### 4.1.1 Employee

Rechters in de Verenigde Staten kunnen testen hanteren ter beoordeling of sprake is van een *employee*, in tegenstelling tot bijvoorbeeld een opdrachtnemer. In de eerste plaats wordt de *right to control*-test gehanteerd.<sup>19</sup> Deze test kan het best worden samengevat als het recht van de werkgever:

19 Larson's Workers' Compensation Law – Desk Edition, § 60.04 (2007).

‘to control the means and manner of the service, as distinguished from controlling the ultimate result of the service’.<sup>20</sup>

Voldoet een arbeidsverhouding hieraan, dan is sprake van een *employee*. Echter, niet iedere arbeidsverhouding kan aan deze test voldoen. Gezien de bedoeling van Workers’ Compensation om partijen van een civiele procedure te weerhouden, bestaat er nog een andere grond waarop geoordeeld kan worden dat sprake is van een arbeidsrelatie. Dit is de *relative nature of the work*-test. Deze beziet met name of het werk dat de (vermeende) werknemer verricht onderdeel uitmaakt van het uiteindelijke product van de (tevens vermeende) werkgever. Hiermee wordt geacht uiting te geven aan het doel van Workers’ Compensation om de consumenten van het uiteindelijke product de kosten van de verzekering te laten betalen. Indien degene die de arbeid heeft verricht geen eigen kanaal heeft waardoor deze kosten uiteindelijk door een consument worden betaald, dan is tevens sprake van een arbeidsrelatie in de zin van Workers’ Compensation. Daarom kon het gebeuren dat een verzekeringsagente, die op provisiebasis werd betaald, die haar eigen auto gebruikte en ten aanzien van wie de opdrachtgever geen ontslagrecht had (in de zin van een arbeidsverhouding), geacht werd een *employee* te zijn. Zij werkte namelijk enkel voor één opdrachtgever en er bestond daarom geen separaat kanaal om de consument te laten betalen voor haar Workers’ Compensation-verzekering.<sup>21</sup>

#### 4.1.2 *Personal injury by accident*

De oplettende lezer zal reeds onder 4.1 hebben opgemerkt dat beroepsziekten niet onder de dekking lijken te vallen. Een beroepsziekte is immers geen *accident*. Toch dekken inmiddels bijna alle Amerikaanse staten tevens (bepaalde) beroepsziekten. De meeste moeite lijken Amerikaanse rechters te hebben met het onderscheid tussen alledaagse ziekten en beroepsziekten. De meest gehanteerde test is of bij de uitoefening van de werkzaamheden de blootstelling aan ziekteveroorzakende elementen – die tevens in het dagelijks leven voorkomen – ongebruikelijk hoog was.<sup>22</sup> Hier kan bijvoorbeeld worden gedacht aan rsi veroorzakende bewegingen en bepaalde weersomstandigheden. Let wel, indien een werknemer in de Verenigde Staten (korte tijd) ziek is, heeft hij in de regel geen recht op loondoorbetaling.<sup>23</sup> Een werknemer die een griep heeft opgelopen doordat hij langdurig in de kou heeft moeten werken, kan daarom een beroep doen op doorbetaling van een gedeelte van zijn loon op grond van Workers’ Compensation.

Psychische ziekten verdienen hierbij nog aparte vermelding. Schade volgend uit deze ziekten wordt altijd gedekt als er een fysiek element aan de psychische ziekte kleeft. Dit zal bijvoorbeeld het geval zijn indien een werknemer van een steiger is gevallen en als gevolg daarvan niet meer op een steiger durft te werken. Klassieke

20 *Chouteau v. Netco Construction*, 132 S.W. 3d 328, 332 (Mo. Ct. App. 2004), geciteerd in Marion G. Crain, Pauline T. Kim & Michael Selmi, *Work Law: Cases, Materials and Text*, New York (N.Y.): LexisNexis 2005, p. 884.

21 *Gordon v. New York Life Ins. Co.*, 90 N.E.2d 898 (1950).

22 *Larson’s Workers’ Compensation Law – Desk Edition*, § 52.03 (2007).

23 A.T.J.M. Jacobs, *Sociale rechten in Amerika*, Utrecht: Lemma 2003, p. 271.

stressgevallen worden echter in de regel alleen gedekt als de psychische ziekte is veroorzaakt door stress 'greater than the day-to-day emotional strain and tension which all employees must experience'.<sup>24</sup>

#### 4.1.3 *Arising out of and in the course of employment*

Dit is het kernelement uit de dekkingsformule van Workers' Compensation. Als de oorzaak van het ongeval of de ziekte aan dit vereiste voldoet, is er sprake van dekking onder Workers' Compensation.

Het *arising out of*-criterium houdt in dat er een causaal verband dient te bestaan tussen de omstandigheden waaronder het werk moest worden uitgevoerd en de uiteindelijke ziekte of het ongeval.<sup>25</sup> Met andere woorden: kwam de omstandigheid die uiteindelijk het ongeval of de ziekte heeft veroorzaakt voort uit de arbeid? In de meeste Amerikaanse staten maakt het daarbij voor de dekking geen verschil of een ongevalveroorzakende of ziekmakende omstandigheid voortvloeit uit de reguliere, overeengekomen *job duties* van de werknemer, of dat deze voortvloeit uit een incidentele plicht van de werknemer.<sup>26</sup>

Het komt voor dat Amerikaanse rechters het *arising out of*-criterium eng interpreteren. Men dient evenwel te beseffen dat hoe enger men dit criterium interpreteert, hoe meer aan het bereik van Workers' Compensation wordt afgedaan. Het is immers de bedoeling de kosten van Workers' Compensation uiteindelijk door de consument van het betreffende product te laten betalen. Daarom dient de oorzaak van de ongeschiktheid tot werken 'productgerelateerd' te zijn. Of de ongevalveroorzakende of ziekmakende omstandigheid nu tot de kernactiviteiten van de werknemer behoorde of slechts een incidentele activiteit was, doet daarbij volgens de pure Workers' Compensation-theorie niet ter zake. Het moet er om gaan of deze omstandigheid uiteindelijk heeft bijgedragen aan het uiteindelijke product.

Het *in the course of*-criterium vereist een verband tussen de arbeidstijd en -plaats en de oorzaak van het ongeval of de ziekte.<sup>27</sup> Niet ieder werkgerelateerd ongeval of ziekte wordt immers opgelopen *in the course of the employment*. Door de dubbele toets lijkt het mogelijk dat werknemers weliswaar schade oplopen door een omstandigheid *arising out of the employment*, maar dat deze schade toch niet wordt gedekt door Workers' Compensation omdat de omstandigheid zich niet *in the course of the employment* voordeed. Deze mogelijkheid kan zich inderdaad verwezenlijken.

Dit was bijvoorbeeld het geval toen een opzichter van een drankenfabriek op een koude zondagavond met veel sneeuw naar de fabriek ging om de leidingen leeg te laten lopen, zodat de leidingen niet zouden bevriezen. Deze activiteit werd geacht *arising out of the employment* te zijn. Op weg naar huis gleed de opzichter echter uit

24 *School Dist. No. 1 v. Department of Indus. Health & Labor Relations*, 215 N.W.2d 373, 378 (Wis. 1974).

25 *Fink v. Caudle*, 856 S.W.2d 952, 958 (Tenn. 1993).

26 Jack B. Hood, Benjamin A. Hardy Jr. & Harold S. Lewis Jr., *Workers' Compensation and Employee Protection Laws*, 3<sup>rd</sup> edition, St. Paul (Minn.): Thomson West 1999, p. 62-63.

27 Peter M. Lencsis, *Workers' Compensation: A Reference and Guide*, Westport (Conn.): Greenwood 1998, p. 37.



in de sneeuw en liep daardoor verwondingen op. De rechter oordeelde dat er geen verband bestond tussen de tijd en plaats van de arbeid en de ongevalveroorzakende omstandigheid.<sup>28</sup>

Een gelijksoortig oordeel werd gegeven in *Stroka versus United Airlines*.<sup>29</sup> Een stewardess was ingeroosterd om op een van de gekeerde vliegtuigen van 9/11 te vliegen. Zij had echter die dag vrij gevraagd en gekregen. Toen zij hoorde dat zij op een van die gekeerde vliegtuigen zou hebben gevlogen, stortte zij mentaal in. De rechter oordeelde dat de emotionele schade als *arising out of the employment* werd geacht. Maar omdat de werknemster op het moment van het horen van het nieuws – en dus het moment waarop de ziekte een aanvang nam – niet aan het werk was, werd de schade niet geacht *in the course of the employment* te zijn opgelopen.

Dit betreffen echter uitzonderingen. Over het algemeen zullen de twee vereisten niet zozeer met elkaar conflicteren, maar elkaar aanvullen. De toepassing van het criterium *arising out of and in the course of the employment* dient immers te resulteren in een brede dekking voor werkgerelateerde ongevallen en ziekten. Hiervoor is nodig dat de twee vereisten niet strikt gescheiden worden gehanteerd (zoals in de twee hiervoor beschreven gevallen duidelijk wel gebeurde). Er dient een vloeiende overgang tussen deze vereisten te zijn. Dit is geconcretiseerd in de zogenoemde *quantum theory of work connection*.<sup>30</sup> De meeste staten volgen deze theorie. Zij hanteren de twee elementen als een weegschaal: indien het *arising out of*-gehalte laag maar het *in the course of*-gehalte hoog is, dan is er sprake van dekking onder Workers' Compensation en vice versa. Er moet echter wel een 'minimumgewicht' behaald worden.

De toepassing van deze theorie werkt als volgt uit. De schade opgelopen door een werknemer die privé veel stress ondervindt door een scheiding en vervolgens op zijn werk in een rustige werkweek een herseninfarct krijgt, zal niet gedekt zijn. Hoewel het herseninfarct *in the course of the employment* is opgelopen, kan het niet geacht worden *arising out of the employment* te zijn. Indien het herseninfarct echter – met dezelfde privésituatie – plaatsheeft op het werk tijdens een zeer drukke werkweek, zal de schade waarschijnlijk wel gedekt zijn. In dat laatste geval kan er immers tevens gewicht worden toegekend aan het *arising out of*-criterium en wordt het 'minimumgewicht' behaald.

Een praktijkvoorbeeld van de uitwerking van deze theorie is te vinden in *Schneider versus United Whelan Drug Stores*. Deze zaak vertoont opvallend veel gelijkenissen met het bekende en veelbesproken Nederlandse arrest KLM/De Kuijer.<sup>31</sup> Sommige banen vereisen nu eenmaal dat een werknemer zich voor zijn werk buiten de gezags-sfeer van de werkgever bevindt. Dergelijke gevallen kenmerken zich door 'veel' *arising out of* en 'weinig' *in the course of*. De rechter in New York oordeelde reeds in

28 *Rankin v. Garvin*, 231 S.W.2d 242 (Mo. Ct. App. 1950).

29 *Stroka v. United Airlines*, 835 A.2d 1247 (N.J. Super. Ct. App. Div. 2003).

30 Arthur Larson, *Workers' Compensation Law: Cases, Materials and Text*, New York (N.Y.) 1984, p. 199.

31 HR 18 maart 2005, JAR 2005/100 (KLM/De Kuijer).

L.B. de Graaf

1954 dat werknemers in die situaties ook dekking onder Workers' Compensation konden krijgen:<sup>32</sup>

'When an employee is required to travel to a distant place on the business of his employer and is directed to remain at that place for a specified length of time, his status as an employee continues during the entire trip, and any injury occurring during such period is compensable, so long as the employee at the time of injury was engaged in a reasonable activity.'

In *Schneider versus United Whelan Drug Stores* was de werknemer op zakenreis en was hij tijdens een middagje vissen gewond geraakt. Blijkbaar was dit nog steeds een *reasonable activity*.

Het mag duidelijk zijn dat onder deze dekkingsformule ook de meeste werknemers vallen aan wie zakelijke verkeersongevallen zijn overkomen. Woon-werkverkeer wordt echter ook in de Verenigde Staten niet gedekt, tenzij sprake is van bijzondere omstandigheden. Hiervan was bijvoorbeeld sprake in de casus van een werknemer die met gevaarlijke stoffen werkte. Deze werknemer werd geacht regelmatig zijn werkkleding te laten stomen. Toen hij op een avond zijn werkkleding vanuit huis naar de stomerij bracht, overkwam hem een verkeersongeval. Deze werknemer viel toch onder de dekkingsformule van Workers' Compensation, conform het doel van Workers' Compensation.<sup>33</sup>

#### 4.2 Administratieve procedure

Een ander goed werkend onderdeel van het Amerikaanse systeem van werkgevers-aansprakelijkheid betreft de daarin gehanteerde procedure. Hoewel werknemers die door hun arbeid schade hebben geleden in beginsel voor een automatische Workers' Compensation-uitkering in aanmerking komen, kan het gebeuren dat een uitkering wordt geweigerd. In die gevallen moet een werknemer een informele en snelle procedure kunnen voeren teneinde alsnog een uitkering te krijgen. Zoals gezegd, een wettelijke loondoorbetalingsverplichting voor de werkgever bij arbeidsongeschiktheid door ziekte bestaat in de Verenigde Staten immers – buiten Workers' Compensation – niet.

De betreffende procedure is daarom ingericht naar deze specifieke eisen. In de eerste plaats betreft het een administratieve procedure. Deze is voor dergelijke disputen – ook in de Verenigde Staten – beter ingericht dan het civielrechtelijke systeem. Werknemers dienen zich eerst te wenden tot een Workers' Compensation Board. Dit is een administratieve instantie waar in een informele procedure een oplossing wordt gezocht – een soort mediation.<sup>34</sup> Mislukt dit, dan wordt de zaak doorgestuurd naar een *hearing officer*, meestal een administratieve rechter. Deze stelt de relevante feiten vast en geeft een beslissing. Beroep daartegen staat open bij de *appellate board* van de Workers' Compensation Board. Nadat deze een beslissing heeft gege-

32 *Schneider v. United Whelan Drug Stores*, 135 N.Y.S.2d 875, 876 (N.Y. App. Div. 1954).

33 *Lemon v. New York City Transit Authority*, 528 N.E.2d 1205 (N.Y. 1988).

34 Jack B. Hood, Benjamin A. Hardy Jr. & Harold S. Lewis Jr., a.w., 1999, p. 108-109.

ven, is het administratieve traject uitgeput. De zaak kan vervolgens echter doorvloeien in het civielrechtelijke systeem, meestal op *Appeals Court*-niveau. Vanaf dat moment worden enkel rechtsvragen beantwoord en wordt aan de feiten niet meer getornd.<sup>35</sup>

In de hiervoor genoemde procedures hebben werknemers een relatief lichte stelplecht en bewijslast met betrekking tot het plaatsvinden van het ongeval of de ziekte. Sommige staten hanteren een wettelijk vastgelegd rechtsvermoeden dat een ongeval heeft plaatsgevonden of dat een beroepsziekte is opgelopen.<sup>36</sup> Overigens is het aardig te vermelden dat de meerderheid van de Amerikaanse staten geen proportionele aansprakelijkheid accepteert, zoals de Hoge Raad dit in 2006 wel (zij het bij uitzondering) deed.<sup>37</sup> In die staten valt de werkgever volledig onder *Workers' Compensation*, zolang vaststaat dat werkgerelateerde factoren substantieel hebben kunnen bijdragen aan de beroepsziekte.<sup>38</sup>

## 5 Tussenconclusie

De voor *Workers' Compensation* gehanteerde dekkingsformule zorgt voor een brede dekking van werkgerelateerde ongevallen en beroepsziekten. In deze dekkingsformule wordt werkgerelateerdheid tot uitgangspunt genomen. Hierdoor kunnen extreme gevallen ook worden gedekt, zonder af te hoeven wijken van de eigenlijke dekkingsformule. In Nederland kunnen deze gevallen veelal via artikel 7:611 BW vergoeding van schade krijgen; artikel 7:658 BW is hiertoe niet uitgerust. Bovendien vallen in de Amerikaanse dekkingsformule geen werknemers buiten de boot die duidelijk werkgerelateerde schade hebben opgelopen, maar wier werkgever niets valt te verwijten. In Nederland blijft deze categorie beklagenswaardigen echter bestaan, zoals A-G Spier onlangs tevens aangaf. Als voorbeeld kan in dit kader nog worden genoemd de werkneemster die tijdens werktijd werd aangevallen door een klant en daardoor gewond raakte.<sup>39</sup> Haar schade zou in de Verenigde Staten wel zijn gedekt.

*Workers' Compensation* is bovendien duidelijk. Iedere werkgever weet dat hij zijn werknemers moet verzekeren. Helaas bestaan in Nederland nog steeds veel (met name kleine) werkgevers die hun eigen aansprakelijkheid niet hebben verzekerd. Zij zijn hiertoe ook niet wettelijk verplicht. Voorts kunnen werknemers eenvoudig een *Workers' Compensation*-uitkering ontvangen. Zij hoeven in beginsel niet te procederen. Moeten zij toch procederen, dan komen zij terecht in een informele en relatief eenvoudige procedure. In de meeste Amerikaanse staten worden daarbij

35 Peter M. Lencsis, a.w., 1998, p. 61.

36 Zie bijv. *N.Y. Workers Comp. Law* § 21 (1,5) (McKinney 2008), waaruit blijkt dat wordt voorondersteld dat een werknemer zijn *Workers' Compensation*-claim binnen de 'dekkingsformule' valt, behoudens substantieel bewijs van het tegenovergestelde. Voor beroepsziekten gelden nog specifiekere rechtsvermoedens (*N.Y. Workers Comp. Law* § 47 (McKinney 2008)).

37 HR 31 maart 2006, JAR 2006/100 (Nefalit/Karamus).

38 Mark A. Rothstein e.a., *Employment Law*, 2<sup>nd</sup> ed., St. Paul (Minn.): West 1999, p. 605.

39 Hof Den Haag 27 april 2007, JAR 2007/208.

tevens bewijsvermoedens gehanteerd, met name bij beroepsziekten. Dat hieraan in Nederland behoefte bestaat, bleek onlangs nog maar eens toen een ex-werknemer van BAM met rugklachten – na jarenlang (veel te) zware arbeid te hebben verricht – niet slaagde in het aantonen van een causaal verband tussen de arbeid en zijn ziekte.<sup>40</sup> Een bewijsvermoeden had de werknemer behulpzaam kunnen zijn bij het aantonen van een causaal verband tussen zijn schade en zijn werkzaamheden.

## 6 Negatieve elementen van Workers' Compensation

### 6.1 Veiligheid

Het hanteren van een schuldaansprakelijkheid heeft voor de werkgever als voordeel dat hij een mogelijkheid heeft onder aansprakelijkheid uit te komen. Als hij immers geen schuld heeft, kan hij ook niet aansprakelijk zijn. In Nederland kan een werkgever onder aansprakelijkheid uit komen als hij kan aantonen aan zijn zorgplicht te hebben voldaan. Hoewel dit werkgevers niet snel lukt, komt het zeker voor.<sup>41</sup> Het investeren in veilige werkomstandigheden kan voor werkgevers in Nederland dus lonen.

Bij het hanteren van een risicoaansprakelijkheid bestaat minder prikkel te investeren in veiligheid. De werkgever is immers toch aansprakelijk, ook al heeft hij nog zo goed zijn best gedaan. Hoewel empirisch onderzoek moeilijk is – er moet immers sprake zijn van gelijke omstandigheden in een systeem van zowel schuld- als risicoaansprakelijkheid –, is dit vermoeden bevestigd in een recent Amerikaans onderzoek.<sup>42</sup> Uit het onderzoek bleek dat werkgevers die via het *torts*-systeem aansprakelijk konden zijn voor ongevallen, veiliger werkplekken creëerden dan werkgevers die hun reeds vaststaande aansprakelijkheid hadden 'afgekocht' door Workers' Compensation. Dit verklaart wellicht ook waarom Amerikaanse vakbonden rond 1900 tegen een systeem van Workers' Compensation waren. Volgens hen zou de angst voor aansprakelijkheid via het *torts*-systeem werkgevers meer doen investeren in veiligheid.<sup>43</sup>

Bovendien is maatwerk qua verzekeringspremies niet goed mogelijk onder Workers' Compensation. Bij het vaststellen van de hoogte van de verzekeringspremie wordt gebruikgemaakt van *experience rating*. Daartoe worden werknemers eerst ingedeeld in arbeidersgroepen, bijvoorbeeld kantoorphoneel of houthakker. Na bestudering

40 HR 9 januari 2009, JAR 2009/38 (BAM).

41 Zie Hof Den Bosch 15 januari 2008, JAR 2008/91; Ktr. Sittard-Geleen 9 april 2008, JAR 2008/136; Ktr. Emmen 10 september 2008, JAR 2009/28.

42 Richard J. Butler & John D. Worrall, Wage and Injury Response to Shifts in Workplace Liability, 61 *Industrial & Labor Relations Review* 2008, 181. Het onderzoek richtte zich op groepen spoorwerkers in New Jersey rond 1909. Een groep was destijds gedekt onder een voorloper van Workers' Compensation en de andere groep viel onder het normale *torts*-systeem, met wat processuele ruggeleuning voor werknemers. Later onderzoek is lastig te vinden, omdat op een gegeven moment iedere werker onder Workers' Compensation moest vallen.

43 Kenneth S. Abraham, Calabresi's The Costs of Accidents: A Generation of Impact on Law and Scholarship: Liability Insurance and Accident Prevention: The Evolution of an Idea (symposium), 64 *Maryland Law Review* 2005, 573, 586.

van in het verleden betaalde uitkeringen aan de betreffende groep, wordt voor die groep een *premium rate* vastgesteld.<sup>44</sup> Het maakt voor een individuele werkgever echter weinig verschil of bij hem veel of weinig ongevallen plaatsvinden. Zolang de werknemer in de categorie (dus branchebreed) houthakker zit, dient de algemene premie voor houthakkers te worden betaald.<sup>45</sup> Maatwerk is dus niet goed mogelijk.

## 6.2 Kosten

De kosten van Workers' Compensation kunnen voor bepaalde werkgevers flink oplopen. In 2008 is in Californië naar schatting voor \$ 11 miljard aan Workers' Compensation-premies betaald. Voorts staat vast dat in dezelfde staat in 2007 voor \$ 7 miljard aan uitkeringen is gedaan.<sup>46</sup> Het probleem voor werkgevers is dat zij niet kunnen bezuinigen op deze premies, omdat zij wettelijk verplicht zijn hun werknemers te verzekeren. De enige manier om hierop te bezuinigen is daarom door te snijden in het personeel, hetgeen in de Verenigde Staten blijkt voor te komen.<sup>47</sup> Dit is niet bepaald in het voordeel van werknemers.

De eerder door mij als positief bestempelde procedure in het Workers' Compensation-systeem kan ook veel kosten met zich brengen. Weliswaar is de toegang tot het recht relatief eenvoudig, dit heeft tot gevolg dat in sommige staten veel procedures worden gevoerd. Zo zijn in Californië in 2007 bijna 140.000 Workers' Compensation administratieve beslissingen gegeven.<sup>48</sup> Het blijkt echter dat deze kosten drastisch kunnen worden gereduceerd als de mogelijkheden tot beroep en bewijslevering worden beperkt. In staten met veel *litigation* is het fenomeen *dueling doctors* berucht: beide partijen schakelen dure experts in die elkaars bevindingen blijven aanvallen. Wisconsin is een voorbeeld van een staat waar de kosten van *litigation* laag zijn, omdat de procedures eenvoudig en beperkt zijn. Ook controleert de *Workers' Compensation Board* proactief of een Workers' Compensation-claim correct is beslist door de verzekeraar.<sup>49</sup> Op die wijze kunnen de kosten worden beperkt.

## 6.3 Roekeloos handelende werknemers en werkgevers

Bij de totstandkoming van Workers' Compensation meenden critici dat werknemers door deze verzekering onveilig(er) zouden gaan werken, omdat zij wisten toch een uitkering te krijgen als hun een ongeval overkwam. Men noemt dit wel het *moral*

44 Voor kantoorpersoneel betaalt een werkgever in Californië momenteel \$ 0,44 Workers' Compensation-premie per \$ 100 die dat personeel verdient. Voor een houthakker – een uiteraard veel gevaarlijker beroep – bedraagt dit \$ 18,80 per \$ 100 die de houthakker verdient (bron: Workers' Compensation Insurance Rating Bureau of California (WCIRB): WCIRB 2009, January 1, Pure Premium Rate Filing).

45 Sidney A. Shapiro, Economic Analysis of State Employment Law Issues Symposium: The Necessity of OSHA, Kansas Journal of Law & Public Policy 1999, 22, 29.

46 Rapport WCIRB 30 september 2008: [https://wcirbonline.org/wcirb/resources/data\\_reports/pdf/093008\\_insurer\\_exp\\_report.pdf](https://wcirbonline.org/wcirb/resources/data_reports/pdf/093008_insurer_exp_report.pdf).

47 Joseph B. Treaster, Cost of Insurance for Work Injuries Soars Across U.S., N.Y. Times 23 juni 2003.

48 Department of Industrial Relations (California): Division of Workers' Compensation: Claims adjudication activity 2004-2007. <http://www.dir.ca.gov/dwc/clmsadj.html>.

49 Zie hierover: B. Barentsen, Procederen over uitkeringen: Het litigation-probleem in de Workers' Compensation, AA 47 1997, nr. 5.

L.B. de Graaf

*hazard*-probleem.<sup>50</sup> Nu blijkt deze angst ongegrond te zijn geweest, maar toch speelt de discussie soms weer op. Ook de schade van onverstandig handelende werknemers is immers bijna altijd gedekt onder Workers' Compensation. In de meeste staten verspelen werknemers alleen het recht op schadedekking als zij zich opzettelijk hebben verwond of onder invloed verkeerden ten tijde van het ongeval. Gevolg hiervan is dat de schade van verwijtbaar handelende werknemers toch gedekt kan zijn. Zo kreeg een werknemer toch een Workers' Compensation-uitkering nadat hij tijdens zijn werkzaamheden even met een spelletje meedeed (het met een elastiek wegschieten van stukken hout) en door dat spelletje gewond raakte.<sup>51</sup> In Nederland zou de werkgever waarschijnlijk niet aansprakelijk zijn geweest op grond van artikel 7:658 BW, omdat de werknemer bewust roekeloos handelde.<sup>52</sup> Ik kan mij een gevoel van onrechtvaardigheid voorstellen als een werknemer bewust roekeloos handelt en zijn werkgever (of diens verzekeraar) voor de gevolgen moet opdraaien. Dit is echter een onvermijdbaar gevolg van het toepassen van een systeem als Workers' Compensation.

Aan de andere zijde van het spectrum bestaan uiteraard ook verwijtbaar handelende werkgevers. In dit opzicht zijn de Amerikanen zeer consequent. Als de schade van een roekeloos handelende werknemer wordt gedekt door Workers' Compensation, speelt eventueel roekeloos gedrag van de werkgever geen rol. Workers' Compensation is immers een risicoaansprakelijkheid. Dit heeft tot gevolg dat voor een werknemer geen *tort action* openstaat, ook al heeft een werkgever zeer verwijtbaar gehandeld. Om te bepalen wanneer een werkgever dermate verwijtbaar heeft gehandeld dat hij geen immuniteit onder Workers' Compensation meer krijgt, hanteren de meeste staten de *substantial certainty*-test. Het Supreme Court van North Carolina heeft deze test als volgt omschreven:<sup>53</sup>

'[...]simply having knowledge of some possibility, or even probability, of injury or death is not the same as knowledge of a substantial certainty of injury or death'.

Deze harde lijn wordt onderbouwd door de vermeende gelijkheid van partijen in de arbeidsrelatie. Als de werknemer enkel door opzet buiten Workers' Compensation valt, dan ook de werkgever. Er zijn zeer weinig zaken bekend waarin werd aangenomen dat een werkgever *substantially certain* moest zijn geweest dat zijn werknemer een ongeval zou overkomen, zodat een *tort action* voor de werknemer open lag. Als werknemers overigens om andere redenen niet binnen de dekkingsformule vallen – bijvoorbeeld doordat zij geen arbeidsrelatie hebben met de vermeende aansprakelijke – kunnen zij wel een *tort action* instellen.<sup>54</sup>

50 Martha T. McCluskey, *The Illusion of Efficiency in Workers' Compensation 'Reform'*, 50 Rutgers Law Review 1998, 657, 817.

51 *Prows v. Industrial Commission of Utah*, 610 P.2d 1364 (Ut. 1980).

52 Hof Den Haag 17 juli 2008, JA 2008/125.

53 *Whitaker v. Town of Scotland Neck*, 597 S.E.2d 665, 669 (N.C. 2003).

54 *Urban v. Dollar Bank*, 725 A.2d 815 (Pa. Super. Ct. 1999).

## 7 De toekomst van werkgeversaansprakelijkheid in Nederland

A-G Spier merkte op dat niet met de bestaande rechtspraak, noch met het wettelijk stelsel onverenigbaar hoeft te zijn een algemene verzekeringsplicht voor werkge-relateerde ongevallen aan te nemen. Deze verzekeringsplicht zou volgens hem kun-nen wortelen in artikel 7:611 BW en in beginsel een minimumdekking van 1 miljoen euro per werknemer kunnen bieden. Artikel 7:658 BW zou dan blijven bestaan als complementaire schuld aansprakelijkheid voor de schade die niet is gedekt door de 1 miljoen euro.<sup>55</sup>

Hoewel ik zijn voorstel zeker het overwegen waard vind, pleit ik voor een meer rigoureuze verandering. Het huidige Nederlandse systeem van werkgeversaanspra-kelijkheid voldoet naar mijn mening niet. Het systeem kan ook eigenlijk niet vol-doen. De vroegste voorganger van artikel 7:658 BW, artikel 1638x BW, was namelijk bedoeld om de werkplek veiliger te maken. Het artikel was niet zozeer bedoeld om werknemers een mogelijkheid te geven hun geleden schade vergoed te krijgen.<sup>56</sup> De totstandkoming van de Ongevallenwet (1901 en) 1921 bevestigt dit ook. Deze wet was immers wél bedoeld om die schade te vergoeden. Ook de recente overweging van de Hoge Raad in het Maatzorg-arrest, waarin hij een zeker vergelijk trekt tussen de zorgplicht van artikel 7:658 BW en die van artikel 3 lid 1 Arbowet,<sup>57</sup> wijst er mijns inziens op dat de nadruk in artikel 7:658 BW met name ligt op het creëren van veilige arbeidsomstandigheden en in mindere mate op compensatie voor werknemers die schade hebben geleden door hun arbeid. Nadat de Ongevallenwet 1921 in 1967 door de WAO werd vervangen, kreeg het huidige artikel 7:658 BW echter langzaam een andere betekenis.

Het werd meer en meer een mogelijkheid voor werknemers hun niet door de sociale zekerheid gedekte schade vergoed te krijgen. De nadruk kwam daarmee dus te liggen op compensatie van werknemers, en niet meer op het creëren van veilige werkom-standigheden. Artikel 7:658 BW is echter niet voor het (mijns inziens nieuwe) doel van compensatie voor werknemers ingericht. Dit blijkt tevens uit het feit dat som-mige werknemers die werkgerelateerde schade hebben opgelopen, niet worden gecompenseerd omdat de werkgever aan de zorgplicht heeft voldaan.

Deze lacune wordt deels opgevuld door artikel 7:611 BW. Dit duidt er tevens op dat artikel 7:658 BW niet voldoet. Bovendien zorgt artikel 7:611 BW voor onzekerheid. Welke ongevallen vallen bijvoorbeeld nu wel of niet onder de verzekeringsplicht en wat is een 'behoorlijke verzekering'? Veel werkgevers zullen hun werknemers die niet dagelijks in de auto (of op de fiets) werkzaamheden verrichten, niet verzekeren.

55 Conclusie A-G Spier bij het Maatzorg-arrest, par. 8.

56 A.E. Bles, De wet op de arbeidsovereenkomst, deel III, Den Haag: Belifante 1908, p. 300-301.

57 HR 12 december 2008, JAR 2009/15 en JIN 2009/82 m.nt. Houweling, r.o. 3.5.2 (Maatzorg): 'Bij de beantwoording van de vraag of de werkgever in de gegeven omstandigheden aan deze zorgplicht heeft voldaan, geldt als uitgangspunt dat de omvang van deze zorgplicht in de eerste plaats en in elk geval wordt bepaald door hetgeen op grond van de regelgeving op het terrein van de arbeids-omstandigheden van de werkgever gevegd wordt. De wetgever heeft immers voor ogen gestaan dat er materieel geen onderscheid bestaat tussen enerzijds de zorgplicht van de werkgever die in art. 3 lid 1 van de Arbeidsomstandighedenwet is omschreven [...].'

Het lijkt immers ietwat overdreven een secretaresse te verzekeren omdat zij eens in het jaar een taart moet halen voor haar baas.

Hierom ben ik het eens met A-G Spier, die meermaals heeft gezegd dat het niet goed mogelijk is op het gebied van werkgeversaansprakelijkheid *hard and fast rules* te geven. De Hoge Raad valt naar mijn mening dan ook op zich niet te verwijten dat zijn rechtspraak op dit punt soms ietwat gecompliceerd aandoet. De Hoge Raad moet immers roeien met de wettelijke riemen die hij heeft en wil toch een rechtvaardige uitkomst bieden.<sup>58</sup>

Een systeem van risicoaansprakelijkheid biedt de mogelijkheid tot het bieden van *hard and fast rules* wel, althans in hogere mate. In de eerste plaats zou een systeem van risicoaansprakelijkheid als Workers' Compensation de onzekerheid voor werkgevers wegnemen. Hoewel het aanbevelenswaardig is voor werkgevers in Nederland zich te verzekeren tegen aansprakelijkheid voor ongevallen en beroepsziekten van werknemers, zijn zij momenteel niet wettelijk verplicht dit te doen. Bovendien zou het importeren van het Amerikaanse criterium *arising out of and in the course of the employment* (met ruime uitleg) de nadruk leggen op het ongeval of de ziekte zelf, en niet op wat de werkgever wel of niet te verwijten valt. Het hanteren van dit criterium laat tevens geen 'pechvogels' achter, zoals tragischerwijs nog steeds voorkomt in bepaalde artikel 7:658 BW-zaken. In een systeem van risicoaansprakelijkheid zouden werknemers zonder veel moeite (lees: procederen) hun schade vergoed moeten krijgen. Het hanteren van een informele, eenvoudige en administratieve procedure zou in het verlengde hiervan werknemers erg behulpzaam zijn. Aangezien het door mij voorgestelde systeem tamelijk werknemersvriendelijk is, meen ik dat het niet meer dan billijk is dat werknemers aan de premie van deze verzekering bijdragen. Het is zeer waarschijnlijk dat de werknemers hierdoor hogere lonen bedingen, en deze kosten worden uiteindelijk doorberekend in de prijs van het product. De consument betaalt derhalve uiteindelijk de kosten van de verzekering.

Er kleven echter ook nadelen aan een systeem als Workers' Compensation. Zo zal de uitkering die Workers' Compensation in de Verenigde Staten biedt, in Nederland niet voldoen. Het systeem van risicoaansprakelijkheid zou derhalve moeten zien op de schade die de werknemer lijdt, na aftrek van uitkeringen van de sociale zekerheid. In dit kader denk ik aan een verzekering die dekking biedt tot 2 miljoen euro. De prikkel tot investeren in veiligheid kan wellicht wegvallen voor werkgevers in een systeem van risicoaansprakelijkheid. Daarom denk ik aan een systeem waarin de premie wordt vastgesteld aan de hand van het claimverleden van de werkgever. Een verhoging van de premie zou dermate ingrijpend moeten zijn dat werkgevers worden geacht te investeren in veiligheid, en werknemers extra op hun eigen veiligheid zullen letten. Zij zouden deze verhoging immers ook in hun portemonnee voelen.

58 Het is uiteraard wel de Hoge Raad zelf geweest die de weg van verzekeringsplichten is ingeslagen. Met name het aannemen van een verzekeringsplicht in KLM/De Kuijer (HR 18 maart 2005, JAR 2005/100) – een typisch geval van *hard cases make bad law* – heeft er mijns inziens voor gezorgd dat de Hoge Raad in 2008 tevens de algehele verzekeringsplicht voor schade opgelopen bij verkeerge-relateerde ongevallen heeft moeten aannemen.



De overheid kan hier tevens toe bijdragen door bijvoorbeeld belastingaftrek mogelijk te maken voor veiligheidsinvesteringen. De kosten van een dergelijk systeem zullen hoog zijn. Hierom pleit ik – gezien de ervaringen in de Verenigde Staten – voor een proceduresysteem waarin beroep en bewijsmogelijkheden beperkt zijn. Hoewel hiermee de grenzen van artikel 6 EVRM worden opgezocht, zal een dergelijke procedure noodzakelijk zijn de kosten van een dergelijk systeem binnen de perken te houden.

## 8 Conclusie

Workers' Compensation biedt ten dele oplossingen voor de problemen die uit het huidige Nederlandse systeem van werkgeversaansprakelijkheid voortvloeien. Door het aannemen van een systeem van risicoaansprakelijkheid kan de onzekerheid voor werkgevers en werknemers grotendeels worden weggenomen. Ook zal een dergelijk systeem ervoor kunnen zorgen dat nauwelijks onrechtvaardigheid meer bestaat tussen werknemers die verschillende soorten werkgerelateerde schade hebben opgelopen.

Nederland zou Amerika's Workers' Compensation echter niet een-op-een kunnen overnemen. Daar zijn de socialezekerheidsstelsels van beide landen te verschillend voor. De basisgedachte van Workers' Compensation – werkgerelateerde schade is een *risk arising out of business* en de consument dient daarom uiteindelijk de verzekering van de risico's van de arbeid te betalen – kan echter wel een-op-een worden overgenomen. Vanuit die gedachte zou de Nederlandse wetgever een risicoaansprakelijkheid kunnen aannemen. Dit vergt echter een nauwkeurig voorbereidingstraject, waarin onder andere reeds duidelijk moet worden waar de grens wordt gelegd van de werkgeversaansprakelijkheid, welke schade wordt vergoed, of voor beroepsziekten ook een risicoaansprakelijkheid geldt, of de risico's goed verzekeraar zijn, wie de verzekeringspremies moet(en) betalen, hoe geschillen moeten worden beslecht, hoe werkgevers en werknemers een prikkel kunnen behouden om zo veilig mogelijk te blijven werken en hoe de kosten van het systeem binnen de perken kunnen blijven. Alleen als de Nederlandse wetgever deze vragen reeds heeft beantwoord vóórdat een systeem van risicoaansprakelijkheid wordt aangenomen, zullen er meer *hard and fast rules* op het gebied van werkgeversaansprakelijkheid kunnen gaan gelden. Workers' Compensation laat zien dat een systeem van risicoaansprakelijkheid goed kan werken, mits het speelveld voor werkgevers en werknemers op voorhand zo duidelijk mogelijk is.