

Inhoud, stelplicht en bewijslast bewuste roekeloosheid

HR 14 oktober 2005, JAR 2005/271; JIN 2005/407 (m.nt. Loonstra) (City Tax BV/De Boer); HR 2 december 2005, JAR 2006/15 (Bestelautokoerier)

Bewuste roekeloosheid werknemer, artikel 7:661 lid 1 BW, artikel 7:658 lid 2 BW, artikel 7:611 BW, ernstige verwijtbaarheid.

1 City Tax/De Boer

1.1 Feiten

De Boer was parttime als taxichauffeur in dienst van City Tax BV. Op 24 juni 1999, omstreeks 1 uur 's nachts, reed hij tijdens de uitoefening van zijn werk een weg in die was afgesloten door een wegafzetting voorzien van het verkeersbord 'afgesloten voor alle verkeer', met de vermelding 'uitgezonderd bestemmingsverkeer'. De Boer kwam met zijn taxi, een Mercedes 200 D, terecht in een stuk uitgefreesd wegdek. De totale schade aan de auto bedroeg f 8.085,11 exclusief BTW. City Tax vorderde op grond van artikel 7:661 lid 1 BW vergoeding van deze schade van De Boer, omdat deze door bewust het genoemde verkeersbord en de genoemde wegafzetting te negeren en een weg in te rijden waar werkzaamheden werden uitgevoerd en waar hij obstakels kon verwachten, een onaanvaardbaar risico heeft genomen en bewust roekeloos heeft gehandeld.

1.2 Oordeel Hoge Raad

De Hoge Raad overweegt – voorzover relevant voor deze annotatie – dat het hof terecht de maatstaf heeft toegepast die de Hoge Raad heeft geformuleerd in zijn rechtspraak met betrekking tot artikel 7:658 lid 2 BW. Voor een bewust roekeloos handelen in de zin van artikel 7:661 lid 1 BW is vereist dat De Boer ten tijde van het ongeval – waarmee het hof, aldus de Hoge Raad, kennelijk bedoelt onmiddellijk voorafgaand aan het ongeval – zich daadwerkelijk bewust was van het roekeloze karakter van zijn gedraging. Naar het oordeel van het hof is daarvan eerst sprake, indien De Boer zich ervan bewust was dat door het nemen van de afgezette, kortere, route de kans dat het ongeval zich zou verwezenlijken aanzienlijk groter was dan de kans dat dit niet zou gebeuren, maar hij zich daardoor niet heeft laten weerhouden. P-G Hartkamp acht

deze nadere invulling juist (conclusie nr. 18). De Hoge Raad heeft zich niet (specifiek) uitgelaten over dit deel van het oordeel van het hof.

Volgens de Hoge Raad ligt het in de rede dat beide bepalingen, artikel 7:661 lid 1 BW en artikel 7:658 lid 2 BW, op gelijke wijze worden uitgelegd. Het gaat om wetbepalingen die zijn opgenomen in een en dezelfde titel en die beide ertoe strekken de werknemer te beschermen door bij de aan zijn schuld te stellen eisen rekening te houden met het ervaringsfeit dat de dagelijkse omgang met machines, werktuigen en gereedschappen de werknemer, die deze gebruikt, er licht toe zal brengen niet alle voorzichtigheid in acht te nemen die ter voorkoming van ongelukken is geraten.

2 Bestelautokoerier

2.1 Feiten

De werknemer was als bestelautokoerier in dienst van werkgever. Op 4 september 1998 reed hij tijdens zijn werk 's middags met grote snelheid met een aan zijn werkgever in eigendom toebehorende bestelauto tegen een pilaar van een onder Weert aan de A2 gelegen Esso-tankstation, nadat hij zeer agressief rijgedrag had vertoond. Dat agressieve gedrag bestond uit bumperkleven en het op de vluchtstrook vlak achter en soms ook naast een auto rijden. Het hof sprak in dit verband van kamikazeachtige escapades. De bestelautokoerier is ten gevolge van de botsing ernstig gewond geraakt, waardoor hij gedurende lange tijd arbeidsongeschikt is geweest. Hij leed tijdens het ongeval aan diabetes mellitus. Dit was volgens hem de reden waardoor hij vermoedelijk onwel is geworden en hij de controle over het stuur is kwijtgeraakt. Van opzet of bewuste roekeloosheid zou daarom geen sprake zijn. Het hof stelde in hoger beroep evenwel vast dat de koerier twee keer per dag zijn bloedsuikerspiegel controleerde en voorts dat hij regelmatig insuline inspoot. Op grond van deze vaststelling ging het hof ervan uit dat in rechte niet was gesteld of gebleken dat de bestelautokoerier zich eerder die dag onwel had gevoeld; een eventueel onwel worden kon daarmee in ieder geval redelijkerwijs niet zijn veroorzaakt door (het roekeloos omgaan met) diens suikerziekte. De koerier sprak zijn werkgeefster aan voor de geleden en nog te lijden materiële en immateriële schade. De rechtsgrond die hij aan zijn vordering ten grondslag legde, was – althans in hoger beroep bij het hof – niet artikel 7:658 BW, maar artikel 7:611 BW.¹

1 Zie conclusie A-G Spier bij het arrest, onder 3.3: "s Hofs oordeel is ingebed in de setting van art. 7:611 BW'.

2.2 Oordeel Hoge Raad

Het hof had geoordeeld dat het rijgedrag van de bestelautokoerier objectief beschouwd bewust roekeloos was en dat daarom, indien hij voor dit gedrag geen concrete verklaring kon geven, aangenomen moet worden dat hij zich het roekeloze karakter daarvan bewust is geweest. Het lag dan ook op de weg van de werknemer, aldus het hof, feiten en omstandigheden te stellen die minst genomen aannemelijk doen zijn dat hij, zoals hij stelt, ten tijde van het ongeval in een toestand van verminderd bewustzijn verkeerde. De werknemer heeft echter niet meer gesteld dan de mogelijkheid dat hij onwel is geworden achter het stuur. De op de werkgeefster rustende bewijslast ten aanzien van de bewuste roekeloosheid gaat dan niet zover dat zij ook zou moeten bewijzen dat die voorshands theoretisch gebleken mogelijkheid zich niet heeft voorgedaan.

De Hoge Raad overweegt – voorzover relevant voor deze annotatie – dat de werkgeefster aan haar stelplicht heeft voldaan wat betreft het element ‘bewust’, in aanmerking genomen dat uit het door haar gestelde (en bewezen) agressieve rijgedrag van werknemer naar objectieve maatstaven kon worden afgeleid dat deze zich onmiddellijk voorafgaand aan het ongeval daadwerkelijk bewust was van het roekeloze karakter van dat gedrag. Bij dit uitgangspunt ligt het, naar het hof terecht heeft geoordeeld, op de weg van de bestelautokoerier om feiten en omstandigheden te stellen die, indien nodig, zouden kunnen ontzenuwen dat van een zodanig bewustzijn sprake is geweest.

3 Annotatie

3.1 De Hoge Raad had zich tot zijn uitspraak in *City Tax* nog niet *expressis verbis* uitgelaten over de betekenis van het begrip bewuste roekeloosheid in artikel 7:661 BW. Hij had de vraag of bewuste roekeloosheid in artikel 7:661 lid 1 jo. artikel 6:170 lid 3 BW eenzelfde betekenis heeft als bewuste roekeloosheid in artikel 7:658 lid 2 BW al bijna tien jaar eerder kunnen beantwoorden in een zaak die heeft geleid tot zijn arrest van 10 mei 1996.² De rechtbank had namelijk in haar vonnis overwogen dat de betrokken werknemer aansprakelijk was ex artikel 7A:1639da oud BW (thans artikel 7:661 BW), indien hem betreffende het toebrengen van de schade een ernstig verwijt kon worden gemaakt. Nadat in cassatiemiddel IV onder meer daarover was geklaagd, overwoog de Hoge Raad echter met betrekking tot dit aspect: ‘In het midden kan blijven of de Rechtbank hier-

² NJ 1996, 669 (m.nt. PAS).

bij heeft bedoeld – overeenkomstig de parlementaire geschiedenis van artikel 7A:1639da (Parl. Gesch. Aanpassing BW, Inv. 3, 5 en 6, p. 416, tweede alinea) – dezelfde maatstaf aan te leggen als de hiervoor vermelde maatstaf opzet of bewuste roekeloosheid.’

Het oordeel van de Hoge Raad in *City Tax* komt niet zonder meer als een verrassing. In de rechtspraak over in het bijzonder artikel 7A:1638x oud BW (thans 7:658 BW) legde de Hoge Raad sedert 1992 (in het hierna nog te bespreken arrest-Morsink/Nebem) een verband tussen enerzijds dit wetartikel en anderzijds artikel 7A:1639da oud BW (zoals vermeld: artikel 7:661 BW) en artikel 6:170 lid 3 BW met betrekking tot de uitleg van bewuste roekeloosheid (zie uitvoerig P-G Hartkamp in zijn conclusie, nr. 16). Ook uit de wetgeschiedenis kwam naar voren dat de wetgever eenzelfde uitleg voor de begrippen opzet of bewuste roekeloosheid in de artikelen 7:658 lid 2, 7:661 lid 1 en 6:170 lid 3 BW voorstond (zie opnieuw uitvoerig P-G Hartkamp in zijn conclusie, nr. 15). Wij tekenen overigens daarbij ten eerste wel aan dat de minister (zoals blijkt uit de parlementaire geschiedenis) uitging van een minder enge betekenis van het begrip bewuste roekeloosheid dan die de Hoge Raad later heeft aangenomen in zijn arresten Pollemans/Hoondert en Van der Wiel/Philips.³ De minister sprak namelijk over ernstige verwijtbaarheid.⁴ In de tweede plaats kenden de beide bepalingen ondanks het scharnier van artikel 6:170 lid 3 BW toch ook hun eigen, gescheiden ontwikkeling (zie hierna, 3.3-4). Wat daarvan ook zij, een gelijklopende uitleg ligt vanuit wetssystematisch oogpunt min of meer voor de hand. De artikelen hangen nauw met elkaar samen en zij hebben dezelfde strekking: de bescherming van de werknemer in zijn dagelijkse werk. Hartlief acht het daarom ook niet zinvol een wisselende inhoud te geven aan een en dezelfde term in het BW of zelfs op het terrein van het privaatrecht. ‘Uiteindelijk gaat het om de interne consistentie, om de eenheid van ons recht, om rechtszekerheid.’ De rechtzoekende verwacht dat en de rechtspraak gaat er in beginsel van uit.⁵ De woorden van Hartlief spreken onmiskenbaar aan.

3.2 Daarmee is echter de kous niet af. In de literatuur is enig onbehagen gerezen. Dit heeft alles te maken met het feit dat gelet op de rechtspraak van de Hoge Raad bewust roekeloos gedrag van een werknemer nauwelijks aannemelijk valt te maken. De Hoge Raad heeft namelijk in zijn

3 HR 20 september 1996, JAR 1996/203; NJ 1997, 198 (m.nt. PAS) respectievelijk HR 11 september 1998, JAR 1998/212; NJ 1998, 870; JOR 1999/25 (m.nt. Jansen/Loonstra).

4 Parl. Gesch. Aanpassing BW (Inv. 3, 5 en 6), p. 416.

5 T. Hartlief, *Bewuste roekeloosheid: consistentie bij begrenzing in het privaatrecht*, in: WPNR 2005/6646, p. 953-954.

in 3.1 genoemde arresten Pollemans/Hoondert en Van der Wiel/Philips geoordeeld dat een werknemer uitsluitend dan bewust roekeloos heeft gehandeld ex artikel 7:658 lid 2 BW, indien hij zich onmiddellijk voorafgaand aan het ongeval daadwerkelijk bewust is geweest van het roekeloze karakter van zijn gedraging. De Hoge Raad leek met deze formulering voor een subjectieve uitleg te kiezen: het gaat om het bewustzijn van *deze* werknemer in *deze* omstandigheden. Volkomen zeker was deze keuze echter niet. Het was niet uitgesloten dat de Hoge Raad dit bewustzijn van het roekeloze karakter van de betreffende gedraging (mede) zou willen afleiden uit objectieve feiten en omstandigheden van de casus in kwestie. Uit Pollemans/Hoondert moest de conclusie worden getrokken dat eerder gegeven instructies niet tot dergelijke objectieve feiten en omstandigheden behoorden, maar hoe zou de situatie zijn geweest als op de afgrenzing tussen steiger en dak bijvoorbeeld knipperlichten indringend op de gevaarssituatie hadden gewezen en er ook nog eens duidelijke borden met het woord 'gevaar' te zien waren geweest? Mocht dan uit deze omstandigheden worden afgeleid dat de werknemer zich onmiddellijk voorafgaande aan het ongeval wel bewust moest zijn geweest van het roekeloze van zijn gedraging? Het arrest-City Tax heeft de werkgever alle hoop uit handen geslagen. De Hoge Raad wil van geen objectivering weten. De tweede klacht in cassatie van City Tax luidde dat het hof ten onrechte van een subjectieve beoordeling van het bewustzijn van De Boer is uitgegaan in plaats van een objectieve maatstaf aan te leggen. Negeert iemand een inrijverbod, dan handelt hij bewust roekeloos en is er voor hem rechtens geen ruimte voor een eigen, subjectieve risicoafweging, aldus de klacht. Leest men op basis van deze klacht rechtsoverweging 3.4.2 in het arrest van de Hoge Raad, dan wordt hierin veel betoogd, maar wordt niet echt (direct) op de tweede klacht gereageerd. Die reactie vindt eigenlijk pas in rechtsoverweging 3.4.3 plaats, op grond van de derde klacht. Aldaar bepaalt de Hoge Raad:

'Het hof heeft overwogen dat geen omstandigheden zijn gebleken waaruit blijkt dat De Boer zich bewust was van de kans op ongelukken bij het inrijden van de afgezette weg, en heeft in dat verband verwezen naar de onweersproken stelling van De Boer dat hij de dag voor het ongeval zonder problemen dezelfde route had gereden. Mede in aanmerking genomen het vaststaande feit dat op de waarschuwborden een uitzondering werd gemaakt voor het bestemmingsverkeer, en de stelling van De Boer dat hij daaruit heeft afgeleid dat hij de weg zonder kans op een ongeval als het onderhavige kon inrijden, is het oordeel van het hof niet onbegrijpelijk.'

Het recht lijkt degene die zich van de domme houdt te belonen.

De conclusie op grond van het voorafgaande is helder: eerder gegeven instructies, aanwezige waarschuwingsborden of knipperende gevaarlichten brengen niet mee dat de werknemer op het moment van het ongeval zich bewust moet zijn geweest van het roekeloze van zijn gedrag. Zoals gezegd: de bewijslast van de aanwezigheid van bewuste roekeloosheid berust bij de werkgever. Hij zal echter nauwelijks in staat zijn deze psychische gesteldheid bij de werknemer op genoemd moment aan te tonen. Van der Grinten schrijft dan ook – zelfs nog vóór City Tax – dat bij deze interpretatie de wettelijke uitzondering in feite een dode letter is.⁶ Hartlief had zich al eerder kritisch uitgelaten over de uitleg van bewuste roekeloosheid in Pollemans/Hoondert. Hij onderschrijft de gedachte van een vergaande bescherming van werknemers, omdat rekening moet worden gehouden met hun mogelijke onvoorzichtigheid in een dagelijkse werksituatie. Maar er zijn volgens hem grenzen, bijvoorbeeld wanneer werknemers herhaaldelijk instructies in de wind slaan of zich begeven naar gevaarlijke plaatsen waar zij voor hun werkzaamheden niet behoeven te zijn.⁷ Ook Klaassen ziet graag dat de Hoge Raad op zijn schreden zou terugkeren ten aanzien van de in het kader van artikel 7:658 lid 2 BW aan het begrip bewuste roekeloosheid toegekende betekenis. Volgens haar wordt de beschermingsgedachte voldoende recht gedaan door aan bewuste roekeloosheid de betekenis toe te kennen van ernstige verwijtbaarheid.⁸ Loonstra en Zondag merken ten slotte op dat men zich terecht kan afvragen of de werknemersbescherming hier niet te ver is doorgeschoten. De benadering van de Hoge Raad doet naar hun opvatting geen recht aan de eigen verantwoordelijkheid van een werknemer: indien hij onverantwoorde risico's neemt, moet hij op de een of andere manier met de financiële gevolgen van zijn handelen worden geconfronteerd. Zij zijn voorstander van een uniforme interpretatie van bewuste roekeloosheid in titel 7.10 BW en kiezen voor aansprakelijkheid van de werknemer in het geval hem een ernstig verwijt kan worden gemaakt van het feit dat de schade is ontstaan.⁹

6 W.C.L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, bewerkt door J.W.M. van der Grinten en W.H.A.C.M. Bouwens, 21e druk, Deventer: Kluwer 2005, p. 239.

7 T. Hartlief, Van art. 7A:1638x naar art. 7:658 BW. Beantwoordt de regeling van de aansprakelijkheid van de werkgever nog aan de noden van deze tijd?, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 5 jaar Nieuw Burgerlijk Recht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 497-500.

8 C.J.M. Klaassen, *Schadeveroorzakend handelen in functie*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 104.

9 C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke thema's*, Den Haag: BJu 2004, p. 246; C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Bewuste roekeloosheid in het arbeidsrecht*, in: K.F. Haak en F.L. Koot (red.), *Bewuste roekeloosheid in het privaatrecht*, Rotterdam/Deventer: Sanders-Instituut/Kluwer 2004, p. 66-67.

3.3 Het in de literatuur gerezen onbehagen had daarnaast op een ander aspect betrekking. Hoewel de term 'bewuste roekeloosheid' met ingang van 1 april 1997 voorkomt in twee wettelijke bepalingen die bijna 'gezusterlijk' naast elkaar staan (artikelen 7:658 en 661 BW), kennen zij een geheel eigen, los van elkaar staande geschiedenis. Deze ziet in hoofdlijnen er als volgt uit.

De tekst van het tweede lid van artikel 7:658 BW (voorheen: (7A:)1638x BW) luidde tot 1 april 1997:

'Zijn die verplichtingen niet nagekomen, dan is de werkgever gehouden tot vergoeding der schade aan den arbeider dientengevolge in de uitoefening zijner dienstbetrekking overkomen, tenzij door hem het bewijs wordt geleverd, dat die niet-nakoming aan overmacht, of die schade in belangrijke mate mede aan grove schuld van den arbeider is te wijten.'

De term 'grove schuld' stond al sinds 1907 (het jaar van aanvaarding van de Wet op de arbeidsovereenkomst) in de wet.¹⁰ Wat werd onder 'grove schuld' verstaan? Tot het bekende arrest-Morsink/Nebem¹¹ werd deze term geplaatst in de sleutel van een vergelijking van de over en weer gemaakte fouten. Van 'grove schuld' was namelijk sprake als – rekening houdend met alle omstandigheden van het geval – de schuld van de werknemer zo ernstig was dat daartegenover de tekortkoming van de werkgever in de nakoming van zijn verplichtingen als bedoeld in artikel 1638x lid 1 in het niet viel.¹² De op grond van dit criterium noodzakelijk te maken vergelijking heeft in deze uitleg een min of meer 'natuurlijke' band met de woorden 'in belangrijke mate mede aan grove schuld van den arbeider te wijten'. 'In belangrijke mate' doelt op een te maken afweging die in de toets aan 'grove schuld' terugkeert. In de jurisprudentie kwam die afweging mede tot uiting in het verweer van de werkgever dat de werknemer eveneens schuld had aan het ontstaan van het bedrijfsongeval. Van betekenis vond de Hoge Raad het gegeven dat de dagelijkse omgang met machines, werktuigen of gereedschappen de werknemer die deze gebruikt, er licht toe zal brengen niet alle voorzichtigheid in acht te nemen die ter voorkoming van ongevallen geraden is. Hiermee strookt niet, aldus de Hoge Raad, dat de werkgever die wanprestatie jegens zijn werknemer heeft gepleegd door het onvoldoende waarborgen van de veiligheid, de schade niet volledig zou moeten

10 Vergelijk E.M. Meijers, *De Arbeidsovereenkomst*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1912, p. 174 e.v.

11 HR 27 maart 1992, NJ 1992, 496 (m.nt. PAS).

12 Zie onder meer HR 27 juni 1975, NJ 1976, 81 en HR 9 januari 1987, NJ 1987, 948. Het laatste arrest is de 'lievelingsuitspraak' van Geers, zie A.J.C.M. Geers, *De bescherming van de Hoge Raad*, in: SMA 2003/9, p. 396-400.

dragen op de grond dat de werknemer schuld – niet zijnde grove schuld – treft. De algemene regeling van de eigen schuld in (thans) artikel 6:101 BW is dan ook niet op artikel (7A:)1638x/7:658 BW van toepassing.¹³ Zolang dus geen sprake is van ‘in belangrijke mate aan grove schuld van den arbeider te wijten’, valt de afweging zodanig in het voordeel van de werknemer uit, dat de algemene regeling inzake eigen schuld uit het BW niet van toepassing is.¹⁴ Het eerdergenoemde arrest-Morsink/Nebem leek een kentering in te luiden, een kentering die mede terug te voeren was op de invoering van de Boeken 3, 5 en 6 BW op 1 januari 1992. De Hoge Raad oordeelde dat van een rechtsontwikkeling kan worden gesproken die aanleiding geeft ‘tot een scherpere begrenzing van het begrip grove schuld in art. 1638x lid 2.’ Later in het arrest wordt bij wijze van conclusie gesteld: ‘Het strookt met de aan deze ontwikkelingen ten grondslag liggende beschermingsgedachte, ook in art. 1638x lid 2 onder grove schuld te verstaan: opzet of bewuste roekeloosheid.’ Iets eerder (een na laatste alinea van rechtsoverweging 3.3) wordt gesteld dat het van belang is dat ten aanzien van de verplichting van een ondergeschikte om bij te dragen in de vergoeding van schade die door zijn fout aan een derde is toegebracht, de door de rechtbank aanvaarde eis dat aan de ondergeschikte een ernstig verwijt moet zijn te maken, in artikel 6:170 lid 3 BW is verscherpt tot de eis van opzet of bewuste roekeloosheid, een eis die ook – zo vervolgt de Hoge Raad – is opgenomen in artikel 7A:1639da BW, het latere artikel 7:661 BW. Twee dingen vallen op. De Hoge Raad spreekt tot tweemaal toe van ‘scherp’, eerst als ‘scherpere begrenzing’, later als ‘verscherpt’. Wij kunnen dit niet anders uitleggen dan dat de ontwikkeling van grove schuld naar opzet of bewuste roekeloosheid ertoe heeft geleid dat een werkgever nog minder snel kan realiseren dat de schade voor rekening van de werknemer komt. Maar wat onder (vooral) bewuste roekeloosheid moet worden verstaan, concretiseert de Hoge Raad niet in Morsink/Nebem. Dat gebeurt pas in 1996 in het arrest-Polle-mans/Hoondert, gevolgd door Van der Wiel/Philips.

- 13 Zie HR 9 januari 1987, NJ 1987, 948. In het Van Doesburg/Tan-arrest van 9 november 2001, JAR 2001/256 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat artikel 6:101 BW ook niet van toepassing is, wanneer een werknemer die schade heeft geleden ten gevolge van een onrechtmatige daad van een collega-werknemer, de schade ex artikel 6:170 BW op de werkgever verhaalt.
- 14 Het alles-of-niets-karakter dat met betrekking tot de werkgeversaansprakelijkheid ex artikel 7:658 BW geldt, heeft een Romeinsrechtelijke oorsprong. De toepasselijke Digestenteksten gaven echter geen uitsluitel over het antwoord op de vraag wanneer aansprakelijkheid van de dader onder dit regime verviel. Kritiek op deze benadering is vanuit natuurrechtelijke hoek gekomen. In een arrest uit 1916 (HR 4 februari 1916, NJ 1916, p. 450) heeft de Hoge Raad zich bij deze kritiek aangesloten. Zie C.J.H. Jansen, Eigen schuld van de benadeelde: historische wortels en toepassingsbereik van art. 6:101 BW naar aanleiding van D. 9,2,11,pr, in: RM Themis 2002/4, p. 204-209.

3.4 Een concrete wettelijke civielrechtelijke bepaling die, zoals artikel 7:661 BW, antwoord geeft op de vraag wie aansprakelijk is voor de schade die de werknemer zijn werkgever toebrengt, hebben wij hier te lande gedurende lange tijd niet gekend. Zij kreeg eerst vanaf 1 januari 1992 een plaats in Boek 7 titel 10 BW. Vóór deze datum werd de vraag beantwoord op grond van de ‘algemene’ regel dat de arbeider verplicht is de arbeid naar beste vermogen te verrichten (artikelen 1639 en 1639d (oud) BW). Op grond van deze wetsartikelen oordeelde de Hoge Raad in 1959 dat een arbeider niet aansprakelijk is voor aan zijn werkgever toegebrachte schade, wanneer slechts sprake is van een geringe fout. Alleen schade voortvloeiend uit een ernstige fout leidt tot werknemersaansprakelijkheid.¹⁵ In 1983 herformuleerde de Hoge Raad dit criterium, vermoedelijk niet met de bedoeling inhoudelijk een wijziging te willen doorvoeren. In algemene zin werd namelijk geoordeeld dat een werknemer voor door hem in de vervulling van zijn dienstbetrekking aan de werkgever toegebrachte schade aansprakelijk is, indien hem terzake, alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, een ernstig verwijt valt te maken.¹⁶ Ieder verband met artikel 1638x BW was tot op dat moment afwezig. Met ingang van 1 januari 1992 werd het nieuwe wetsartikel 1639da ingevoerd, een wetsartikel dat qua inhoud (voor het eerst) aansluiting zocht bij het op diezelfde datum ingevoerde artikel 6:170 BW, betrekking hebbend op de aansprakelijkheid van de werkgever voor de schade die is ontstaan ten gevolge van fouten welke de werknemer jegens derden heeft begaan.¹⁷ Sindsdien is de term ‘ernstige verwijtbaarheid’ ingeruild voor ‘opzet of bewuste roekeloosheid’. Is daarmee ook inhoudelijk een ander criterium geïntroduceerd? De memoerie van toelichting bij de Invoeringswet NBW waarvan Boek 7 titel 10 onderdeel vormde, maakt duidelijk dat er ‘in wezen geen verschil’ tussen de beide criteria is. Maar moet dit worden uitgelegd als geen verschil? Deze vraag werd de Hoge Raad in 1993 voorgelegd. Hij oordeelde dat de werknemer:

15 HR 26 juni 1959, NJ 1959, 551. Zie voor een historisch perspectief met literatuurverwijzingen de oratie van C.J.H. Jansen, Rechtshistorische beschouwingen omtrent het moderne arbeidsvereenkomstenrecht, Den Haag: BJu 2003, p. 22-24.

16 HR 4 februari 1983, NJ 1983, 543 (m.nt. PAS).

17 Zie J.M. van Dunné, Bewuste roekeloosheid en het beroep op exoneratieclausules in het algemene contractenrecht, in: Haak en Koot (red.), Bewuste roekeloosheid in het privaatrecht, p. 165. Hij merkte op: ‘De wetgever heeft de term “bewuste roekeloosheid” ontleend aan de ontwerp-artikelen van hetgeen thans zijn de artikelen 7:658 en 661, waarmee tegelijkertijd aansluiting gezocht werd op de jurisprudentie op die gebieden, respectievelijk bij art. 7:658 de oude art. 1638x-zaken over letsel van werknemers op het werk opgelopen, en voor art. 7:661 de “De Bont-Zuid-Ooster”-zaken.’ Naar onze mening is het gebruik van de term ‘bewuste roekeloosheid’ in de artikelen 7:658 en 661 BW ontleend aan de (parlementaire) discussies rondom het per 1 januari 1992 ingevoerde artikel 6:170 BW en niet andersom, zoals Van Dunné lijkt te betogen. De term werd in ieder geval vóór 1 januari 1992 noch in arbeidsrechtelijke jurisprudentie noch in arbeidsrechtelijke regelgeving gebruikt of toegepast.

‘[...] te dier zake in beginsel niet jegens de werkgever aansprakelijk is dan in geval van ernstige verwijtbaarheid (HR 4 februari 1983, NJ 1983, 543) of – in de bewoordingen van art. 1639da – van opzet of bewuste roekeloosheid.’¹⁸

In 1996 werd de aansprakelijkheidsvraag voor schade aan de werkgever door de werknemer opnieuw aan de Hoge Raad voorgelegd.¹⁹ De Hoge Raad omzeilde de kwestie en bleef het antwoord schuldig (zie hiervoor, 3.1). A-G Koopmans roerde de vraag inhoudelijk wel aan. Hij was van mening dat uit de overwegingen van de Hoge Raad in voornoemd arrest uit 1993 valt af te leiden ‘dat de ernstige verwijtbaarheid uit de rechtspraak over het oude recht en de opzet of bewuste roekeloosheid uit de nieuwe wetsbepalingen niet ver uit elkaar liggen’. Hij concludeerde dan ook: ‘Op het voetspoor van het arrest van 1993 zou ik menen dat er geen beduidend verschil is tussen de beide uitdrukkingen.’ Het lijkt dus niet zonder meer om begrippen met dezelfde inhoud te gaan. Immers: ‘in wezen geen verschil’, ‘niet ver uit elkaar liggen’ en ‘geen beduidend verschil’ geven aan dat er wel verschil is, doch geen cruciaal verschil. Betekent dit dat er – naar analogie van artikel (7A):1638x/(7:):658 BW – van een ‘verscherping’ kan worden gesproken? Annotator Stein leek die richting niet in te willen slaan, toen hij onder het arrest van de Hoge Raad uit 1996 schreef:

‘Hij [werkgever – CJHJ/CJL] moet aantonen hetzij dat gedaagde het geld heeft verduisterd (opzet) of dat het aan diens grove nalatigheid valt toe te schrijven dat het geld door derden heeft kunnen worden verduisterd (bewuste roekeloosheid). Zo althans laat zich het vorenstaande arrest van de Hoge Raad in het kort weergeven.’

‘Grove nalatigheid’ lijkt meer aan ernstige verwijtbaarheid verwant dan aan het zich mentaal bewust zijn van het roekeloze van de handeling onmiddellijk voordat deze wordt verricht. De Hoge Raad zelf leek vooralsnog ook die mening toegedaan te zijn, gelet althans op een arrest dat begin 1998 werd gewezen.²⁰ In dit arrest oordeelde hij:

‘Daarbij is mede van belang dat ingevolge de regel die sinds 1 januari 1992 in artikel 7A:1639da BW en sinds 1 april 1997 in artikel 7:661 BW is neergelegd, maar voordien reeds als geldend kon worden beschouwd, de werknemer die bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst aan de

18 HR 22 januari 1993, NJ 1993, 665.

19 HR 10 mei 1996, NJ 1996, 669 (m.nt. PAS).

20 HR 9 januari 1998, NJ 1998, 440.

werkgever schade toebrengt [...] te dier zake in beginsel niet jegens de werkgever aansprakelijk is dan in geval van ernstige verwijtbaarheid of – in de bewoordingen van art. 1639da – van opzet of bewuste roekeloosheid.’

Het Schwartz/SUSH- of het Kastekort-arrest²¹ gaf reden aan te nemen dat er naar het oordeel van de Hoge Raad in het licht van artikel 7:661 BW geen (enkel) verschil is tussen ernstige verwijtbaarheid en bewuste roekeloosheid. Volgens hem diende het voor 1 januari 1992 geldende recht te worden toegepast. Dit impliceert dat een werknemer voor door hem in de vervulling van zijn dienstbetrekking aan de werkgever toegebrachte schade alleen aansprakelijk is, indien hem terzake, alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, een *ernstig verwijt* kan worden gemaakt. Welnu, dit criterium zou – aldus nog steeds de Hoge Raad – thans in artikel 7:661 BW zijn neergelegd: de werknemer die bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst aan de werkgever schade toebrengt is te dier zake in beginsel niet jegens de werkgever aansprakelijk, tenzij opzet of bewuste roekeloosheid aan de orde is. Van een inhoudelijke wijziging ten opzichte van het oude recht zou dus geen sprake zijn. Voornoemde ‘ernstige verwijtbaarheid’ – dan wel opzet of bewuste roekeloosheid – mag, ook als het gaat om tekortkomingen als door de stichting aan werknemer verweten, daarom niet voorshands worden aangenomen dan op goede, in de motivering tot uiting gebrachte gronden. Naar het oordeel van de Hoge Raad had de rechtbank evenwel terecht kunnen aannemen dat de werknemer ernstig verwijtbaar was geweest. Gelet op diens taak, directeur van de stichting en bij uitstek verantwoordelijk voor een behoorlijke administratieve verslaglegging en dus ook voor de verantwoording van de door hemzelf bij de bank opgenomen bedragen, kon de afwezigheid van behoorlijke financiële verslaglegging in deze omstandigheden als ‘ernstig verwijtbaar’ worden aangemerkt.

Vanwege de bij voortdoring bestaande en genoemde band ex artikel 7:661 BW tussen bewuste roekeloosheid en ernstige verwijtbaarheid kan – ook na wijziging van het arrest-Pollemans/Hoondert – worden geconcludeerd dat de relatie tussen artikel 7:658 BW en artikel 7:661 BW toch altijd een oppervlakkige is geweest.

21 HR 30 maart 2001, JAR 2001/127. Zie over de eerder gewezen kasgeldarresten: H.E. Meerman, De bewijslastverdeling bij afdracht van voor de werkgever ontvangen gelden, *ArbeidsRecht* 1998/5, p. 10-12 en J.W.M. Pothof en C.H.J. van Leeuwen, *Kastekorten*, *ArbeidsRecht* 1996/12, p. 23-25. Zie recent nog over een kastekort in relatie tot een ontslag op staande voet HR 27 juni 2003, JAR 2003/180.

3.5 Wij hebben in het verleden ervoor gepleit om aan het begrip bewuste roekeloosheid in artikel 7:661 BW de betekenis van ernstige verwijtbaarheid te geven, ons ten volle realiserend dat deze uitleg uit wetsstelsystematisch oogpunt niet de schoonheidsprijs verdient.²² Ons belangrijkste argument voor dit pleidooi was dat de verantwoordelijkheid van de hedendaagse werknemer voor zijn handelen met deze uitleg zinvoller en reëler tot uitdrukking werd gebracht dan aan de hand van het criterium uit de arresten Pollemans/Hoondert en Van der Wiel/Philips. Onder anderen Loonstra en Zondag, Klaassen en Orsel hebben voorts beargumenteerd betoogd, dat er naar het oordeel van de Hoge Raad in het licht van artikel 7:661 lid 1 BW geen of nauwelijks verschil in betekenis lijkt te bestaan tussen ernstige verwijtbaarheid en bewuste roekeloosheid. Ook al komen beide artikelen in dezelfde titel voor en is een verschillende interpretatie uit systematisch oogpunt stellig niet fraai, zij staan blijkbaar voor onderscheiden leerstukken, die een geheel eigen ontwikkeling hebben doorgemaakt (zie hiervoor).²³ Wij constateren dat de Hoge Raad in *City Tax* heeft gebroken met de lijn van redeneren die hij volgens een grote meerderheid van schrijvers leek te volgen in het *Schwartz/SUSH-* of *Kastekort*-arrest. De Hoge Raad heeft nu – in navolging van P-G Hartkamp – expliciet aangegeven dat het begrip bewuste roekeloosheid in artikel 7:658 lid 2 BW en artikel 7:661 lid 1 BW op gelijke wijze moet worden uitgelegd.

3.6 Een ander, bijkomend argument voor onze uitleg van bewuste roekeloosheid als ernstige verwijtbaarheid in artikel 7:661 lid 1 BW vonden wij in de vreemde situatie die ontstaat wanneer een statutair directeur als werknemer schade toebrengt aan de vennootschap. Als bestuurder is hij op grond van artikel 2:9 BW aansprakelijk, indien hij ernstig verwijtbaar heeft gehandeld;²⁴ als werknemer is hij op grond van artikel 7:661 lid 1 BW aansprakelijk, indien hij zich onmiddellijk voorafgaande aan de betreffende gebeurtenis bewust is geweest van het roekeloze karakter van zijn gedraging.

22 Noot Jansen/Loonstra bij HR 10 december 1999, JOR 2000/11, p. 58.

23 C.J.M. Klaassen, *Persoonlijke aansprakelijkheid van werknemers: verandering gewenst?*, in: C.J.M. Klaassen e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt*, Deventer: Kluwer 2003, p. 35; Loonstra en Zondag, *Bewuste roekeloosheid in het arbeidsrecht*, p. 71 e.v.; R.A. Orsel, *De reikwijdte van de interne aansprakelijkheid van bestuurders*. Enkele kritische kanttekeningen, in: *NJB* 2005, p. 2137.

24 Zie bijvoorbeeld HR 10 januari 1997, NJ 1997, 360 (m.nt. Ma) (Staleman/Van de Ven) en HR 4 april 2003, NJ 2003, 538 (m.nt. Ma); JOR 2003/134 (Skipper Club).

Over de reikwijdte van het begrip ernstige verwijtbaarheid is veel geschreven.²⁵ Wij geven de recente omschrijving van Grapperhaus: er is sprake van ernstige verwijtbaarheid, indien een op zijn taak berekende bestuurder zijn werkzaamheden niet nauwgezet vervult. Dat wil zeggen dat hij niet heeft gehandeld overeenkomstig hetgeen de redelijk bekwame en redelijk handelende maatman-bestuurder zou doen. Hoe deze maatman-bestuurder moet handelen, hangt af van de omstandigheden van het geval (zoals de aard van de activiteiten, het daaruit voortvloeiende risico, de taakverdeling binnen het bestuur, enzovoort).²⁶ Wat ook van deze omschrijving zij, het is *communis opinio* dat ernstige verwijtbaarheid een minder streng criterium inhoudt dan bewuste roekeloosheid in de uitleg van Pollemans/Hoondert en Philips/Van der Wiel, met als gevolg dat aansprakelijkheid op grond van artikel 2:9 BW eerder aanwezig zal zijn dan op grond van artikel 7:661 BW. Grapperhaus acht het te billijken dat de norm van artikel 2:9 BW verder gaat dan die van artikel 7:661 lid 1 BW. Hij verwijst daarvoor naar de bijzondere verantwoordelijkheid die de bestuurder juist in die hoedanigheid heeft.²⁷ Wezeman is voorstander van een invulling van ernstige verwijtbaarheid die zo dicht mogelijk aanligt tegen de voor gewone werknemers vereiste opzet of bewuste roekeloosheid, maar hij sluit niet uit dat de Hoge Raad voor de rechter enige ruimte heeft willen creëren om de aansprakelijkheid van bestuurders zo nodig iets genuanceerder te kunnen beoordelen dan die van werknemers in het algemeen. Volgens hem speelt bovendien de beschermingsgedachte minder bij de doorgaans autonomere bestuurders van een vennootschap dan bij gewone werknemers.²⁸ Orsel acht de gelijkschakeling van de maatstaf opzet of bewuste roekeloosheid met ernstige verwijtbaarheid onwenselijk en onjuist. Ernstige verwijtbaarheid is een ruimer begrip, waardoor de toepassing van artikel 2:9 BW sneller tot aansprakelijkheid leidt dan toepassing van artikel 7:661 lid 1 BW. Zij vindt afwijking van de hoofdregels van aansprakelijkheid ten nadele van bestuurders-werknemers alleen gerechtvaardigd als het bestuur de facto geen enkele instructie en invloed van de AVA krijgt/ondervindt en het beleid van de vennootschap volledig autonoom bepaalt.²⁹

25 Wij verwijzen slechts naar enkele recente bijdragen: J.B. Wezeman, Ernstig verwijtbaar handelende bestuurders van NV's en BV's, in: Haak en Koot (red.), *Bewuste roekeloosheid in het privaatrecht*, p. 83 e.v.; Orsel, *De reikwijdte van de interne aansprakelijkheid van bestuurders*, p. 2134 e.v. en F.B.J. Grapperhaus, *Over bestuursbeleid, aansprakelijkheid en afrekening van bestuurders*, in: *ArA 2005/3*, p. 4 e.v. In deze bijdragen is een overvloed aan literatuur en rechtspraak verwerkt.

26 Grapperhaus, *Over bestuursbeleid, aansprakelijkheid en afrekening van bestuurders*, p. 18-19.

27 Grapperhaus, *Over bestuursbeleid, aansprakelijkheid en afrekening van bestuurders*, p. 13.

28 Wezeman, *Ernstig verwijtbaar handelende bestuurders van NV's en BV's*, p. 89-92.

29 Orsel, *De reikwijdte van de interne aansprakelijkheid van bestuurders*, p. 2138.

Wij constateren dat de Hoge Raad door zijn uitleg van bewuste roekeloosheid in *City Tax* inderdaad de vreemde situatie in het leven heeft geroepen, dat een bestuurder-werknemer ex artikel 2:9 BW aansprakelijk is jegens de vennootschap wegens ernstig verwijtbaar handelen, maar dat de vennootschap de uit die aansprakelijkheid voortvloeiende schade moet dragen ex artikel 7:661 lid 1 BW, indien het handelen van de werknemer niet als bewust roekeloos kan worden gekwalificeerd.³⁰ De Hoge Raad heeft de praktijk met deze oplossing geen dienst bewezen: onduidelijkheid over wie wanneer welke schade moet dragen, zal ongetwijfeld tot nieuwe procedures aanleiding geven. Ernstig verwijtbaar handelen is immers niet altijd bewust roekeloos handelen.

De vraag rijst of een begrenzing van de interne aansprakelijkheid van de werknemer tegenover zijn werkgever tot opzet of bewuste roekeloosheid in de uitleg van *City Tax* recht doet aan de hedendaagse arbeidsverhoudingen. De beschermingsgedachte van de werknemer, het compenseren van zijn juridische ongelijkheid ten opzichte van de werkgever, heeft onder de huidige arbeidsomstandigheden nog steeds grote waarde. Ook heden ten dage brengt de dagelijkse routine vaak met zich dat een werknemer niet altijd de vereiste zorgvuldigheid in acht neemt. Daar staat tegenover dat een werknemer dankzij opleiding en scholing steeds beter geïnformeerd is over zijn werkomgeving en beter voor zichzelf kan en moet opkomen en dat een werkgever een steeds grotere verantwoordelijkheid draagt voor het wel en wee van zijn werknemers én de buitenwereld en ook eerder aansprakelijk wordt gehouden, indien schade ontstaat. Van der Heijden en Noordam hebben in hun NJV-preadvies uit 2001 op een groot aantal maatschappelijke veranderingen gewezen, zoals individualisering, flexibilisering, decentralisering, horizontalisering en informalisering.³¹ In dit licht vinden wij de beperking van de aansprakelijkheid van de werknemer als gevolg van de restrictieve uitleg van bewuste roekeloosheid door de Hoge Raad in *City Tax* te ver gaan. Als een werkgever door de werknemer veroorzaakte schade pas op laatstgenoemde mag verhalen, indien deze zich op het tijdstip onmiddellijk voorafgaande aan het ongeval daadwerkelijk bewust is geweest van het roekeloze karakter van zijn gedraging, is artikel 7:661 lid 1 BW eigenlijk verworpen tot een fopspeen voor de werkgever, of anders gezegd – zoals Van der Grinten stelt – een dode letter. Artikel 7:661

30 Vergelijk ook M. van Olffen, *Vrijwaring van bestuurders en commissarissen van een NV of BV*, in: G. van Solinge en M. Holtzer (red.), *Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2003-2004*, Deventer: Kluwer 2004, p. 474.

31 P.F. van der Heijden en F.M. Noordam, *De waarde(n) van het sociaal recht. Over beginselen van sociale rechtsvorming en hun werking*, HNJV 2001-I, p. 7 e.v. Zie ook E. Verhulp, *Een arbeids-overeenkomst? Dat maak ik zelf wel uit!*, in: *Sociaal Recht* 2005, p. 87 e.v.

lid 1 BW is niet langer een zinvolle en reële weerspiegeling van de verantwoordelijkheden van een goed werknemer.³² Wij zouden graag zien dat de Hoge Raad het begrip bewuste roekeloosheid in artikel 7:661 lid 1 BW een uitleg geeft, die aansluit bij wat in rechtspraak en literatuur onder ernstige verwijtbaarheid is begrepen. Uiteraard is idealiter naar onze mening de uitleg van bewuste roekeloosheid in titel 7.10 BW gelijklopend, en wel in de betekenis van ernstige verwijtbaarheid.

Een vraag, die resteert, is hoe de term 'bewuste roekeloosheid' in het licht van artikel 7:611 BW (goed werkgeverschap) moet worden uitgelegd. Wat is in dit opzicht de betekenis van de uitspraak van de Hoge Raad van 2 december 2005 (Bestelautokoerier)?

3.7 Bewuste roekeloosheid speelt niet alleen in de artikelen 7:658 en 7:661 BW een rol, maar eveneens in artikel 7:611 BW. De rechtspraak van de Hoge Raad heeft immers geleid tot de regel dat de schade die de werknemer lijdt als deelnemer aan het gemotoriseerde verkeer, in de uitoefening van zijn werkzaamheden, door zijn werkgever ex artikel 7:611 BW moet worden gedragen, tenzij er kan worden gesproken van opzet of bewuste roekeloosheid door de werknemer.³³ Nu de Hoge Raad in *City Tax* heel uitdrukkelijk heeft overwogen dat het in de rede ligt 'bewuste roekeloosheid' in artikel 7:661 BW op dezelfde wijze uit te leggen als 'bewuste roekeloosheid' in artikel 7:658 BW, in aanmerking genomen de plaatsing van beide wetsbepalingen in een en dezelfde titel en hun gelijke strekking (rechtsoverweging 3.4.2), ligt het voor de hand 'bewuste roekeloosheid' gegrond op door de werknemer geleden schade bij een verkeersongeval, ex artikel 7:611 BW eveneens uit te leggen op de wijze waarop de Hoge Raad dat in *Pollemans/Hoondert en Van der Wiel/Philips* heeft gedaan, met uitsluiting van de mogelijkheid dat de werkgever zich met succes kan beroepen op geobjectiveerde feiten en omstandigheden. Deze min of meer voor de hand liggende constatering roept de volgende kwestie op. Het hof oordeelde in *Bestelautokoerier* dat de werknemer niet aan zijn stelplicht heeft voldaan, nu hij het verweer van de werkgeefster dat de koerier onverantwoord en agressief rijgedrag vertoonde en daarmee bewust roekeloos heeft gehandeld, in feite slechts heeft bestreden met het opperen van de voorhands niet meer dan theoretische mogelijkheid dat zijn rijgedrag was veroorzaakt door het onwel worden achter het stuur als gevolg van hypoglycemie. Het hof nam in aanmerking dat uit het door de werkgeefster gestelde (en bewe-

32 Zie in gelijke zin: Loonstra in zijn noot onder *City Tax*, HR 14 oktober 2005, JIN 2005/407 en Grapperhaus, *Over bestuursbeleid, aansprakelijkheid en afrekening van bestuurders*, p. 9.

33 HR 16 oktober 1992, NJ 1993, 264 (m.nt. PAS); HR 12 januari 2001, JAR 2001/24 en HR 9 augustus 2002, JAR 2002/205.

zen) agressieve rijgedrag van werknemer naar *objectieve maatstaven kon worden afgeleid dat deze zich onmiddellijk voorafgaand aan het ongeval daadwerkelijk bewust was van het roekeloze karakter van dat gedrag*. De Hoge Raad overwoog dat het hof geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Is dit oordeel niet in strijd met City Tax? Naar onze mening is dat niet het geval. Het arrest-Bestelautokoerier staat namelijk in de sleutel van de *stelplicht* en niet in de sleutel van de bewijslast. De werkgeefster heeft zich tegen de vordering van de autokoerier verweerd met de stelling dat de werknemer roekeloos en zeer agressief rijgedrag heeft vertoond en heeft feiten en omstandigheden genoemd, die deze stelling ondersteunen. Wil daaropvolgend de rechter de werkgeefster de bewijsopdracht verstrekken dat de werknemer zich onmiddellijk voorafgaande aan het ongeval *subjectief* bewust is geweest van het roekeloze van zijn gedraging, dan zal die werknemer eerst, in reactie op de stellingen die de werkgeefster als verweer opvoert, feiten en omstandigheden moeten aandragen die – in de woorden van het hof – ‘minst genomen aannemelijk doen zijn dat hij zich er niet van bewust was roekeloos te handelen’. Het noemen van een mogelijkheid (het moet mijn suikerziekte wel zijn geweest) is onvoldoende; het beroep op geheugenverlies eveneens. In het burgerlijk procesrecht geldt de regel dat de stelplicht aan de bewijslast voorafgaat.³⁴ Onder stelplicht kan de plicht voor elke partij worden verstaan, zo veel mogelijk feiten op te voeren als noodzakelijk is voor toe- of afwijzing van de eis.³⁵ Een partij die een bepaald feit niet stelt, zal ook niet tot het bewijs van dat feit worden toegelaten. Snijders, Ynzonides en Meijer³⁶ preciseren deze laatste regel door een genuanceerde variant aan te brengen. Zij wijzen erop dat als een procespartij op het eerste oog ongeloofwaardige feiten aan haar vordering ten grondslag legt en de wederpartij daartegen gedegen gemotiveerd en gedocumenteerd verweer voert, van de eerstgenoemde procespartij kan worden verwacht dat zij ter voldoening aan haar stelplicht, *nadere gegevens* aanvoert alvorens zij tot bewijslevering wordt toegelaten.³⁷ Aldus rust een verzwaarde stelplicht op de schouders van de betreffende procespartij.³⁸ De nadere gegevens die de koerier had moeten geven, zijn echter na verweer van de kant van de werkgeefster niet door hem verstrekt, met als gevolg dat de rechter derhalve ook niet aan de bewijsopdracht toekwam.

34 Bijv. Hugenholtz/Heemskerk, Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht, Den Haag: Elsevier 2002, p. 80, nr. 79.

35 H.L.G. Dijksterhuis-Wieten, Bewijsrecht in civiele procedures, Deventer: Kluwer 1992, p. 30.

36 H.J. Snijders, M. Ynzonides en G.J. Meijer, Nederlands burgerlijk procesrecht, Deventer: Kluwer 2002, p. 192.

37 In het kader van de artikelen 7:658 en 7:611 BW wordt deze bewijslast echter omgedraaid.

38 Voor een voorbeeld HR 8 juli 1992, NJ 1992, 713.

Uit de conclusie van A-G Spier evenwel valt af te leiden dat er voor de werknemer best mogelijkheden waren nadere gegevens expliciet in de procedure in te brengen in reactie op het gestelde door de werkgeefster. Hij wijst bijvoorbeeld op het feit dat de koerier ten tijde van het ongeval al een werkdag van bijna 12 uur erop had zitten (maar wel met een rustpauze van drie uur in deze periode, ongeveer anderhalf uur voorafgaand aan het ongeval). Voldoende zou ook zijn geweest – aldus Spier – als (indien van toepassing) gewezen zou zijn op een hoge werkdruk of het dagenlang gedurende (te) lange tijd werken. Voorts had de werknemer het feit kunnen aanvoeren dat de bestelauto niet goed was onderhouden en dat het stuurmechanisme niet goed werkte.³⁹ Geen van deze feiten en omstandigheden echter heeft de werknemer (in voldoende mate) aangedragen in reactie op de stellingen van de werkgeefster. Hij heeft ermee volstaan te wijzen op slechts een mogelijke oorzaak van zijn roekeloos en agressief rijgedrag, te weten zijn suikerziekte. Tegen deze achtergrond kan tot geen andere conclusie worden gekomen, dan dat de werknemer (althans zijn rechtshulpverlener) niet handig heeft geprocedeerd. Zou hij wel feiten en omstandigheden hebben gesteld die op zijn minst genomen aannemelijk maken dat hij zich niet bewust was geweest van zijn roekeloos handelen, dan had de rechter de werkgeefster wel degelijk ‘de zwarte piet’ moeten toeschuiven. Zij zou dan hebben moeten bewijzen dat de autokoerier zich onmiddellijk voorafgaande aan het ongeval bewust is geweest van het roekeloze van zijn gedraging. Vanuit een op objectieve maatstaven gegronde stelplicht, wordt een op de subjectiviteit gebaseerde bewijslast geformuleerd. Eerst dienen objectief de feiten te zijn gesteld en (door de wederpartij betwist), alvorens subjectief het bewijs moet worden geleverd van die feiten.

Werpt het arrest-Bestelautokoerier een ander licht op de overwegingen van de Hoge Raad in *City Tax*? Wij betogen dat de werkgever op grond van Bestelautokoerier een iets rooskleuriger rechtspositie wordt verschaft dan *City Tax* doet vermoeden. Niet rooskleuriger op het niveau van de bewijslast, maar wel op het niveau van de stelplicht. Op dat laatste niveau kan de werkgever volstaan met het noemen van feiten en omstandigheden waaruit naar objectieve maatstaven kan worden afgeleid dat er sprake is van bewuste roekeloosheid bij de werknemer. De werknemer is vervolgens aanzet en zal op basis van het verweer van de werkgever feiten en omstandigheden moeten vermelden, die aannemelijk maken dat hij zich niet bewust was van het roekeloze van zijn gedrag. Hij zal dus een verhaal moeten hebben, maar hij mag zich beperken tot (objectieve) feiten en omstandigheden

39 Deze feiten zouden naar voren kunnen zijn gebracht in het kader van de stelling dat de werkgever zijn zorgplicht niet in acht heeft genomen.

die het tegendeel lijken aan te tonen van wat de werkgever heeft gesteld. Als de werknemer aan zijn stelplicht heeft voldaan, hebben beide partijen in voldoende mate hun stellingen betrokken. Daarna volgt (als regel) de door de rechter aan de werkgever opgelegde, op subjectiviteit gebaseerde bewijsopdracht conform Pollemans/Hoondert, Van der Wiel/Philips en City Tax.

Is de positie van de werkgever daarmee in feite nog steeds hopeloos? Het antwoord luidt bevestigend, zolang de werknemer in de stelfase genoeg relevante feiten en omstandigheden aandraagt. Daarmee zijn de dode letters echter niet tot leven gewekt.⁴⁰

C.J.H. Jansen en C.J. Loonstra

⁴⁰ De beschouwingen van mw. M.S.A. Vegter in Sociaal recht en van G.J.J. Heerma-Van Voss en J.M. van Slooten in het NJB verschenen te laat om ze te kunnen verwerken.