

ANNOTATIES

Bescherming van niet-werknemers via ‘analoge toepassing’ van artikel 7:658 lid 4 en 7:611 BW?

HR 17 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1267 en HR
24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1953

R.S.M. Bosch & mr. dr. M.R. Hebly

1. Inleiding

In twee recente zaken is een zogenoemde ‘analoge toepassing’ van artikel 7:658 lid 4 en 7:611 BW voorgelegd aan de Hoge Raad.¹ In beide zaken komt dat neer op een poging tot verruiming van de aansprakelijkheidsrechtelijke bescherming van werknemers naar andere verhoudingen. De Hoge Raad doet beide zaken af met toepassing van artikel 81 RO en ‘zwijgt’ in zoverre over de rechtsvragen die in beide zaken opkomen.

Wij bespreken (niettemin) de ‘analoge toepassingen’ die in de beide zaken zijn beproefd en die – elk op eigen wijze – illustratief zijn voor de positie van werkenden van wie de rechtspositie zich bevindt aan de randen van de kaders van de werknemersbescherming (vrijwilligers, zzp’ers). Eerst bespreken we kort de casus en oordelen van de feitenrechtters, voor zover relevant voor de vraag naar de betekenis van artikel 7:658 lid 4 BW in elke zaak (paragraaf 2 en 3). Vervolgens voorzien wij deze van enige context en commentaar (paragraaf 4). Daarbij richten wij ons op een aantal aspecten van de zaken. Wij gaan in op het kader van de bescherming van niet-werknemers via artikel 7:658 lid 4 BW (paragraaf 4.1). Vervolgens bespreken wij de redenen dat analoge toepassing in de zaak van de vrijwilliger niet passend is (paragraaf 4.2). Daarna komt het debat omtrent analoge toepassing op de zzp’er van de op artikel 7:611 BW gebaseerde verzekerplicht voor werkgevers aan de orde (paragraaf 4.3), gevolgd door enkele beschouwingen over het ‘zwijgen’ van de Hoge Raad in dit soort zaken omtrent werkgeversaansprakelijkheid (met name bij zzp’ers) (paragraaf 4.4). We ronden af met een korte conclusie (paragraaf 5).

2. De vrijwilliger die uit de kerstboom valt

In de eerste zaak draait het om de aansprakelijkheid van Stichting Speelruimte [hierna: ‘Speelruimte’]: een vrijwilligersorganisatie die is betrokken bij verscheidene projecten ten behoeve van een dorp. Zo ook bij het opzetten van een kerstboom

1 HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1953, RvdW 2022/83; HR 17 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1267, RvdW 2021/900.

R.S.M. Bosch & mr. dr. M.R. Hebly

in de dorpskern. De benadeelde is een van de vrijwilligers die de kerstboom omzagen en plaatsen op het dorpsplein. De buurman van de benadeelde had een boom aangeboden. Omdat de hoogwerker niet in de tuin paste en een ladder niet binnen handbereik was, is de benadeelde met behulp van een zetje, zonder beschermende maatregelen, de boom ingeklommen. Hij viel hierbij uit de kerstboom en belandde op het tuinhuisje van zijn buurman. Daarbij liep hij ernstig letsel op, waaronder een complete dwarslaesie. De benadeelde stelt onder meer Speelruimte aansprakelijk voor zijn schade en beroept zich daarbij niet alleen op het algemene artikel 6:162 BW, maar ook op analoge toepassing van artikel 7:658 lid 4 BW. Strikt genomen is hier niet voldaan aan de voorwaarden voor een beroep op artikel 7:658 lid 4 BW, met name omdat Speelruimte de betreffende activiteiten niet beroeps- of bedrijfsmatig ontplooit. Met de overeenkomstige toepassing van artikel 7:658 lid 4 BW op de onderhavige situatie zou niet alleen de op de stichting rustende zorgplicht strenger kunnen worden ingevuld dan in het kader van artikel 6:162 BW, maar zou ook het bijzondere ‘werknemervriendelijke’ eigenschuldregime gelden (artikel 7:658 lid 2 BW in plaats van het algemene artikel 6:101 BW).

De rechtbank wijst de vordering af.² Het hof verklaart de vordering op grond van artikel 6:162 BW deels gegrond, omdat Speelruimte de tuin van de buurman had moeten bezichtigen. Speelruimte had dan beter kunnen beoordelen welke materialen en veiligheidsmaatregelen waren vereist.³ Het hof gaat evenwel niet mee in de analoge toepassing van artikel 7:658 lid 4 BW omdat Speelruimte niet is gelijk te stellen met een werkgever c.q. opdrachtgever. De activiteiten waarvoor Speelruimte verantwoordelijk is – het zonder winstoogmerk onderhouden van een speeltuin en het organiseren van diverse activiteiten, zoals de kerstboomactie, die geheel worden uitgevoerd door vrijwilligers – hebben immers geen beroeps- of bedrijfsmatig karakter. Ook heeft Speelruimte geen werknemers in dienst en was er geen sprake van een gezagsverhouding zoals tussen een werkgever en een werknemer.⁴ Met betrekking tot de eigen schuld van de benadeelde oordeelt het hof dat beide partijen in gelijke mate aan de schade hebben bijgedragen. Na toepassing van de billijkheidscorrectie van artikel 6:101 lid 1 slot BW, vanwege de ernstige gevolgen van het ongeval, oordeelt het hof dat de vergoedingsplicht van Speelruimte 75% bestrijkt van de door de benadeelde geleden en nog te lijden schade.⁵

In cassatie richt Speelruimte klachten tegen zowel het onrechtmatigheidsoordeel als de toepassing van de billijkheidscorrectie in het kader van eigen schuld. De benadeelde stelt voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep in, onder meer tegen de verwerving door het hof van zijn stelling dat artikel 7:658 lid 4 BW naar analogie moet worden toegepast. De Hoge Raad doet de zaak af op grond van artikel 81 RO.⁶

2 Rb. Limburg 19 december 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:11840. Zie conclusie A-G Hartlief, ECLI:NL:PHR:2021:610, bij HR 24 december 2021, RvdW 2022/83, onder 2.1-2.14 want de uitspraak van de rechtbank is niet gepubliceerd.

3 Hof 's-Hertogenbosch 2 juni 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1701, VR 2021/7, r.o. 3.18.

4 Hof 's-Hertogenbosch 2 juni 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1701, VR 2021/7, r.o. 3.20.

5 Hof 's-Hertogenbosch 2 juni 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1701, VR 2021/7, r.o. 3.23.

6 HR 12 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1953, RvdW 2022/83.

3. De zzp'er met een eenzijdig verkeersongeval

Dan de tweede zaak. Daarin draait het om een voeger die werkzaam is als zzp'er; hem overkomt als bestuurder van de bedrijfsauto van zijn opdrachtgever een eenzijdig ongeval. Hij spreekt zijn opdrachtgever (het voegersbedrijf van zijn ouders) aan voor vergoeding van zijn letselschade, althans voor vergoeding van hetgeen een behoorlijke verzekering zou hebben uitgekeerd als deze was afgesloten.⁷ Kort gezegd meent hij dat de op werkgevers rustende 'verzekerplicht' voor werknemers in het verkeer naar zijn situatie moet worden doorgetrokken, nu hij (als zzp'er) valt binnen het bereik van artikel 7:658 lid 4 BW dat hem aan een werknemer gelijkstelt als het gaat om de toepassing van het in dat artikel neergelegde (strenge) aansprakelijkheidsregime. Omdat hij geen arbeidsovereenkomst heeft met de opdrachtgever, zou de grondslag hiervoor moeten worden gevonden in analoge toepassing van artikel 7:611 BW dan wel in de eisen van redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 BW). Deze redeneerlijn volgend, is zijn verwijt aan de opdrachtgever dat deze laatste heeft verzuimd een inzittendenverzekering af te sluiten voor de bedrijfsauto waarin hij reed (voor welk tekortschieten de AVB-verzekering van de opdrachtgever dekking zou moeten bieden op grond van het arrest *Onderlinge/NN*).⁸

De zzp'er vangt evenwel bot bij de rechtbank omdat zij, bij gebreke van een wettelijke basis, geen aanknopingspunten ziet voor een dergelijke uitbreiding van aansprakelijkheid op grond van artikel 7:611 BW.⁹ Dat eerder een wetsvoorstel¹⁰ ter uitbreiding van aansprakelijkheid op dit punt (via het voorgestelde artikel 7:658a BW) op tafel heeft gelegen en een wettelijke basis in een eerdere fase dus wel in het verschiep leek te liggen, maakt dit volgens de rechtbank niet anders. Dat voorstel heeft namelijk niet geleid tot wetgeving, waardoor er thans geen wettelijke basis is.¹¹

De andere grondslag waarop de zzp'er zijn vordering baseert, de (beperkende en aanvullende werking van de) redelijkheid en billijkheid, vormt naar het oordeel van de rechtbank evenmin grond voor aansprakelijkheid.¹² De rechtbank overweegt dat weliswaar *onder omstandigheden* kan worden geconcludeerd dat de opdrachtnemer wat betreft het gebruik van de bedrijfsauto in dezelfde positie verkeert als de werknemer, maar dat die situatie zich *in dit geval niet* voordoet. De benadeelde heeft namelijk geen feiten of omstandigheden naar voren gebracht die aannemelijk maken dat zijn opdrachtgever hem verplichtte diens bedrijfsauto te gebruiken. De positie van de benadeelde is volgens de rechtbank wezenlijk anders dan die van een

7 Rb. Midden-Nederland 6 december 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:6028.

8 HR 30 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1295, NJ 2012/687, m.nt. T. Hartlief en M.M. Mendel (*Onderlinge/NN*).

9 Rb. Midden-Nederland 6 december 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:6028.

10 Kamerstukken II 1997/98, 25 759, nrs. 1-2. Zie over het 'stranden' ervan onder meer P.F. Slob, *Preventie, een politieke wassen neus?*, in: W.H. van Boom & S.D. Lindenberg (red.), *Politiek privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 111-113.

11 Rb. Midden-Nederland 6 december 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:6028, r.o. 4.6.

12 Rb. Midden-Nederland 6 december 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:6028, r.o. 4.7.

R.S.M. Bosch & mr. dr. M.R. Hebly

werknemer, omdat hij beschikte over een eigen (bedrijfs)auto. Het vanwege praktische of financiële redenen gebruikmaken van de bedrijfsauto van de opdrachtgever is naar het oordeel van de rechtbank onvoldoende om te kunnen concluderen dat dit een verplichting was in plaats van een vrije keuze van de benadeelde.¹³ De rechtbank gaat er bij dit oordeel overigens van uit dat de ratio van de verzekerplicht erin gelegen is dat van de werknemer wordt verlangd dat hij gebruikmaakt van de auto van het bedrijf van de werkgever, en deze laatste daarom verplicht is ervoor te zorgen dat – in het geval de werknemer met die auto een ongeval krijgt – er dekking is voor de schade.¹⁴ Dit lijkt niet in lijn met Maasman/AkzoNobel en Kooiker/Taxicentrale, in welke beide arresten de Hoge Raad overweegt dat bij het gebruik van de eigen auto van de werknemer ook aan de ‘verzekerplicht’ kan worden voldaan door de werknemer financieel in staat te stellen om voor een behoorlijke verzekering zorg te dragen (mits daarover tussen de werkgever en werknemer voldoende duidelijkheid wordt verschaft).¹⁵

Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank.¹⁶ De kern van het geschil is in hoger beroep hetzelfde: is de opdrachtgever aansprakelijk voor de schade die de zzp’er als gevolg van het ongeval lijdt, en die in dit soort gevallen gelegen is in *misgelopen dekking* wegens schending van de op artikel 7:611 BW gebaseerde verzekerplicht voor verkeersrisico’s? Het hof sluit niet uit dat de redelijkheid en billijkheid onder bijzondere omstandigheden meebrengen dat op de opdrachtgever een dergelijke verzekerplicht rust. Een van die bijzondere omstandigheden zou volgens het hof kunnen zijn dat de zelfstandige zich in een vergelijkbare positie bevindt als een werknemer die werkzaam is in het bedrijf van de opdrachtgever.¹⁷ Het hof acht dit in onderhavige zaak echter niet aan de orde. De benadeelde verrichtte namelijk meer werkzaamheden dan werken op een steiger, zoals bemiddelen als ‘troubles-hooter’ bij problemen die speelden tussen zijn opdrachtgeefster en haar klanten. Bovendien was geen sprake van een gezagsverhouding tussen hen. Dat ook de werknemers van de opdrachtgever van de bedrijfsauto gebruikmaakten of konden maken in het kader van de uitvoering van hun werkzaamheden, maakt dat volgens het hof niet anders.¹⁸

In cassatie komt de benadeelde op tegen het oordeel van het hof dat hij zich als zelfstandig ondernemer niet in een met een werknemer vergelijkbare positie bevond. In zijn voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep bestrijdt Vivat, de verzekeeraar van de opdrachtgever, het uitgangspunt van het hof dat niet is uitgesloten dat op de opdrachtgever een verzekerplicht rust, vergelijkbaar met de op de werkgever

13 Rb. Midden-Nederland 6 december 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:6028, r.o. 4.8.

14 Rb. Midden-Nederland 6 december 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:6028, r.o. 4.8. Zie in de aanloop naar de algemene ‘verzekerplicht’ immers reeds HR 16 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0717, NJ 1993/264, m.nt. P.A. Stein (Bruinsma/Schuitmaker): geen bedrijfsauto’s aanwezig.

15 HR 1 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB6175, NJ 2009/330 (Maasman/AkzoNobel), r.o. 4.3 en HR 1 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB4767, NJ 2009/331 (Kooiker/Taxicentrale), r.o. 3.4.1.

16 Hof Arnhem-Leeuwarden 10 december 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:10566, NJ 2021/359, r.o. 5.7.

17 Hof Arnhem-Leeuwarden 10 december 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:10566, NJ 2021/359, r.o. 5.2

18 Hof Arnhem-Leeuwarden 10 december 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:10566, NJ 2021/359, r.o. 5.3-5.4.

rustende verzekerplicht. Ook hier doet de Hoge Raad de zaak af op grond van artikel 81 RO.¹⁹

4. Commentaar

4.1 Kader: bescherming niet-werknemers via artikel 7:658 lid 4 BW

Op grond van artikel 7:658 lid 4 BW is degene die in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf arbeid laat verrichten door een persoon met wie hij geen arbeidsovereenkomst heeft, voor de schade die deze persoon in de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt aansprakelijk als ware hij de werkgever. Het aansprakelijkheidsregime van artikel 7:658 BW strekt zich daarmee ook uit tot bescherming van een schil van niet-werknemers. Dit vierde lid is op 1 januari 1999 ingevoerd met de Wet flexibiliteit en zekerheid, ter codificering van de rechtspraak.²⁰ Met dit lid is met name beoogd uitzendkrachten te beschermen. De wetgever vond dat de vrijheid van de ondernemer om te kiezen voor het laten verrichten van werk door eigen werknemers of door anderen niet van invloed behoort te zijn op de aansprakelijkheidsrechtelijke bescherming van degenen die bij het verrichten van de werkzaamheden schade oplopen. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt echter reeds dat het artikellid beperkt is tot uitzendkrachten noch tot driehoeksverhoudingen waarin geen sprake is van een contractuele verhouding tussen werknemer en derde.²¹ Ook tweeverhoudingen kunnen eronder vallen, zoals tussen organisaties en vrijwilligers.²²

Om te bepalen wie door artikel 7:658 lid 4 BW wordt beschermd, wordt het toetsingskader uit het Allspan-arrest gebruikt.²³ In Allspan ging het om een zzp'er die was ingehuurd om bij een ander bedrijf revisiewerkzaamheden te verrichten aan een vezelverwerkingsmachine. Tijdens het werk liep de zzp'er ernstig letsel op. De Hoge Raad verschafte duidelijkheid over de vraag onder welke voorwaarden een zelfstandige kwalificeert als 'persoon' in de zin van artikel 7:658 lid 4 BW en hoe het criterium dat het 'werkzaamheden in de uitoefening van het beroep of bedrijf' van de opdrachtgever betreft moet worden uitgelegd. De Hoge Raad maakt duidelijk dat artikel 7:658 lid 4 strekt tot bescherming van personen die zich wat betreft de zorg die mag worden verwacht van de 'werkgever' in een positie bevinden die vergelijkbaar is met die van de werknemer. Daarom is lid 4 van toepassing indien de persoon die geen arbeidsovereenkomst heeft, voor de zorg voor zijn veiligheid (mede) afhankelijk is van degene voor wie hij die werkzaamheden verricht. Of hiervan sprake is, moet worden bepaald aan de hand van de omstandigheden. Hierbij zijn onder meer van belang de feitelijke verhouding tussen betrokkenen en de aard

19 HR 17 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1267, RvdW 2021/900.

20 Kamerstukken II 1997/98, 25 263, nr. 14, p. 6, met verwijzing naar HR 15 juni 1990, NJ 1990/716 (Stormer/Vedox). Strikt genomen beperkte laatstgenoemd oordeel zich tot analoge toepassing van de regels van stelplicht en bewijslast in het kader van een artikel 7:658 BW-procedure.

21 Kamerstukken II 1997/98, 25263, nr. 14, p. 6.

22 HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3142, NJ 2018/209, m.nt. S.D. Lindenbergh (Parochie H.H. Vier Evangelisten).

23 HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0616, NJ 2014/414, m.nt. G.J.J. Heerma van Voss (Allspan).

R.S.M. Bosch & mr. dr. M.R. Hebly

van de verrichte werkzaamheden, alsmede de mate waarin de ‘werkgever’, al dan niet door middel van hulppersonen, invloed heeft op de werkomstandigheden van degene die de werkzaamheden verricht en op de daarmee verband houdende veiligheidsrisico’s.²⁴ Ten aanzien van het criterium ‘in de uitoefening van het beroep of bedrijf’ is bepalend of het werk ook door eigen werknemers kan worden verricht, en geldt geen beperking tot werkzaamheden die kunnen worden gerekend tot het wezen van de beroeps- of bedrijfsuitoefening van de desbetreffende opdrachtgever of die normaal gesproken in het verlengde daarvan liggen.²⁵

In het latere Parochie-arrest ging het om de vraag of een vrijwilliger valt onder het beschermingsbereik van artikel 7:658 lid 4 BW.²⁶ In de betreffende zaak ging het om een 64-jarige vrijwilliger die van het dak van de kerk viel. Deze vrijwilliger bevond zich wel in een met een werknemer vergelijkbare positie. Hierbij was onder meer van belang dat de klusgroep door de Parochie was opgericht, de Parochie het kerkgebouw ook voor betaalde activiteiten (zonder winst oogmerk) exploiteerde en dat de door de vrijwilliger verrichte werkzaamheden feitelijk tot de bedrijfsuitoefening van de Parochie behoorden.²⁷ Deze uitspraak bevestigt niet alleen de lijn in de feitenrechtspraak dat ook vrijwilligers onder omstandigheden bescherming kunnen ontlenen aan artikel 7:658 lid 4 BW, maar ook dat aan de hand van de gezichtspunten uit het Allspan-arrest wordt bepaald of die bescherming in het individuele geval aan de orde is.²⁸

4.2 Geen ‘analoge toepassing’ ten aanzien van de vallende vrijwilliger

Moet een vrijwilliger die niet voldoet aan de vereisten van het Allspan-arrest niettemin dezelfde bescherming van artikel 7:658 lid 4 BW kunnen krijgen via ‘analoge toepassing’ daarvan? Kan aansprakelijkheidsrechtelijke bescherming gelijk aan die van een werknemer worden bewerkstelligd door artikel 7:658 BW naar analogie toe te passen bij het concretiseren van hetgeen ingevolge artikel 6:162 BW volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt en ter inkleuring van de op artikel 6:101 BW te maken verdeling van de schade? A-G Hartlief ziet hiervoor geen ‘speelruimte’. In zijn conclusie werkt hij dit aan de hand van de onderhavige zaak uit. Ten eerste heeft de stichting uitsluitend te maken met vrijwilligers, die niet verplicht zijn deel te nemen aan haar activiteiten. Ten tweede heeft zij geen zeggenschap of instructiebevoegdheden. Ten derde heeft zij geen werknemers in dienst. Ten vierde hebben haar activiteiten geen beroeps- of bedrijfsmatig karakter.

- 24 HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0616, NJ 2014/414, m.nt. G.J.J. Heerma van Voss (Allspan), r.o. 3.6.2.
- 25 HR 23 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0616, NJ 2014/414, m.nt. G.J.J. Heerma van Voss (Allspan), r.o. 3.6.3.
- 26 HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3142, NJ 2018/209, m.nt. S.D. Lindenbergh (Parochie H.H. Vier Evangelisten).
- 27 HR 15 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3142, NJ 2018/209, m.nt. S.D. Lindenbergh (Parochie H.H. Vier Evangelisten), r.o. 5.6. Zie ook: Hof Arnhem-Leeuwarden 28 juni 2026, ECLI:NL:GHARL:2016:5294, JA 2016/161, m.nt. J.P. Quist, r.o. 5.7.
- 28 Conclusie A-G T. Hartlief, ECLI:NL:PHR:2021:610, bij HR 24 december 2021, RvdW 2022/83, onder 4.29.

Die omstandigheden staan in de weg aan uitbreiding van de werknemersbescherming via het vierde lid van artikel 7:658 BW. De rechtvaardiging van lid 4 is dat de opdrachtgever er ook voor kon kiezen om een werknemer in te schakelen, en de opdrachtgever is daarmee verantwoordelijk voor de veiligheidsrisico's van de werkende als ware hij zijn werkgever. Als Speelruimte – ondanks niet-toepasselijkheid van artikel 7:658 lid 4 BW – aansprakelijk zou zijn als ware zij werkgever van de vrijwilliger, zou werkgeversaansprakelijkheid komen te rusten op een persoon bij wie dat volgens A-G Hartlief niet passend is (de aansprakelijke bevindt zich niet in een met een werkgever vergelijkbare sociaaleconomische positie), en die die verantwoordelijkheid bovendien niet aankan, omdat zij niet over de daarvoor benodigde invloed beschikt.²⁹

De argumenten van de A-G achten wij overtuigend: het ‘oprekken’ via analogie van werkgeversaansprakelijkheid naar situaties zoals die van deze vrijwilliger lijkt ons onwenselijk. Deze zaak laat zien dat de vrijwilliger niet direct met lege handen staat: zijn belang bij analoge toepassing van artikel 7:658 lid 4 BW is met name gelegen in de strenge zorgplicht (met omgekeerde bewijslast ter zake van de naleving) en het gunstige eigenschuldregime van artikel 7:658 BW (aansprakelijkheid ontbreekt slechts indien sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid). Zonder (analoge) toepassing van artikel 7:658 lid 4 BW moet de benadeelde ‘aan de bak’ in het kader van artikel 6:162 BW en kan hem ook het gebruikelijke eigenschuldregime van artikel 6:101 BW worden tegengeworpen. Beide bepalingen bieden wat ons betreft voldoende ruimte voor maatwerk in de aansprakelijkheidsverhouding tussen de vrijwilliger en de organisatie waarvoor hij werkt ingeval artikel 7:658 lid 4 BW geen rechtstreekse toepassing vindt.

Van der Kind denkt daar anders over. Hij merkt op dat vrijwilligers kwetsbaar zijn en meent dat zij *in het algemeen* onvoldoende worden beschermd in vergelijking met werknemers.³⁰ Hij stelt dan ook voor om de verplichtingen uit goed werkgeverschap naar analogie aan te nemen voor vrijwilligers dan wel via de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:248 lid 1 BW).³¹ Van der Kind vindt dit een kleine stap na de komst van artikel 7:658 lid 4 BW. Dit te meer omdat er geen gerechtvaardigd verschil bestaat qua behoefte aan bescherming tussen de vrijwilliger en de werknemer. Zo stelt hij dat vrijwilligerswerk niet een keuze is, maar voorziet in een maatschappelijke behoefte.³² Wij denken echter dat de hoge bescherming (in de zin van werknemersbescherming) niet altijd op zijn plaats is. Een werknemer heeft normaliter een zwakkere positie dan zijn werkgever. Dit hoeft bij vrijwilligers niet het geval te zijn. Een vrijwilligersorganisatie hoeft niet meer ‘macht’ te hebben.

29 Conclusie A-G T. Hartlief, ECLI:NL:PHR:2021:610, bij HR 24 december 2021, RvdW 2022/83, onder 4.36-4.37.

30 O. van der Kind, annotatie bij Rb. Amsterdam 26 mei 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:2730, AR 2021-0675.

31 O. van der Kind, De vrijwilliger, in: G.W. van der Voet, Arbeidsrechtelijke themata – Bijzondere arbeidsverhoudingen, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 768-769.

32 O. van der Kind, annotatie bij Rb. Amsterdam 26 mei 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:2730, AR 2021-0675.

Tjong Tjin Tai ziet dit op dezelfde manier. Hij acht het kader van artikel 6:162 jo. 6:101 BW passend vanwege het vrijwillige karakter van de werkzaamheden. Wij sluiten ons daarbij aan: wat ons betreft past het 'gewone' eigenschuldregime meer bij de eigen verantwoordelijkheid die doorgaans rust op degene die werkt op vrijwillige basis. Tjong Tjin Tai vindt een schadeverdeling evenwel minder bevredigend als er een verzekering is. Hij acht het wenselijk dat vrijwilligersorganisaties niet alleen een aansprakelijkheidsverzekering afsluiten, maar ook zorgen voor een adequate ongevallenverzekering die dekking biedt voor vrijwilligers die in de uitoefening van hun vrijwilligerswerk schade oplopen (behoudens misschien bij opzet en grove roekeloosheid).³³ Hij suggereert dat er 'een gat in de markt' kan zijn voor een ruime vrijwilligersverzekering die alle ongevallen dekt die gerelateerd zijn aan de activiteiten van de vrijwilligersorganisatie. Dit zou onzes inziens dan ook anders zijn dan de 'standaard' ongevallenverzekering, waarbij de omvang van de uitkering is gerelateerd aan de mate van (medische) blijvende invaliditeit, wat ertoe leidt dat een aanzienlijk deel van de geleden schade ongedekt kan blijven.³⁴ Tjong Tjin Tai verwacht dat een ruime vrijwilligersverzekering over het algemeen betaalbaar zal zijn, omdat in de gevallen die hij in zijn bijdrage bespreekt telkens een aansprakelijkheidsverzekeraar in beeld is (en de betreffende organisaties in zoverre kennelijk de daarvoor benodigde premies kunnen opbrengen). Daarbij stelt hij voor dat de organisatie, in het geval zij zulke riskante activiteiten ontplooit dat een ongevallenverzekering onbetaalbaar is, haar vrijwilligers erop wijst dat zij zelf voor een adequate ongevallenverzekering moeten zorgen of hen anders een vrijwaring laat tekenen, of zelfs de wenselijkheid van de activiteiten heroverweegt.

Wij sluiten ons in principe aan bij de benadering van Tjong Tjin Tai: vrijwilligersorganisaties kunnen (uiteraard) óók enige (financiële) verantwoordelijkheid nemen voor risico's die niet onder hun schuldaansprakelijkheid vallen (waaronder het deel van de schade dat vanwege een mogelijk beroep op eigen schuld in de zin van artikel 6:101 BW niet te verhalen zal zijn), al was het maar door hun vrijwilligers met nadruk te adviseren een eigen ongevallenverzekering af te sluiten. Wel betwijfelen wij in hoeverre steeds een goede relatie kan worden gelegd tussen enerzijds de financiële positie van de vrijwilligersorganisatie en anderzijds de risico's die gepaard gaan met de werkzaamheden. Vrijwilligerswerk wordt in principe onbetaald en onverplicht verricht in het algemeen belang of in een bepaald maatschappelijk belang, en zonder winst oogmerk: niet iedere vrijwilligersorganisatie zal dus even goed in staat zijn tot het financieel afdekken van veiligheidsrisico's. Omgekeerd geldt hetzelfde ten aanzien van de vrijwilliger: of een eigen ongevallenverzekering een reële optie is, hangt af van diens persoonlijke financiële positie. Uiteindelijk draait het hier om de fundamentele vraag naar de maatschappelijke waarde van vrijwilligerswerk, en dient het probleem van de schade van de vrijwilliger ook in dat licht te worden gezien: omdat die schade wordt geleden in de uitoefening van onbetaalde werkzaamheden die in het algemeen belang of in een bepaald maatschap-

33 T.F.E. Tjong Tjin Tai, Aansprakelijkheid jegens vrijwilligers, WPNR 2022/7361, p. 153.

34 S.D. Lindenbergh & I. van der Zalm, Schadevergoeding: personenschade (Monografieën BW, nr. B37), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 116-117.

pelijk belang worden verricht, zou op dit vlak wellicht ook een actieve(re) rol voor de overheid zijn weggelegd.³⁵

4.3 Geen (algemene) verzekerplicht voor opdrachtnemers in het verkeer (?)

Zou een opdrachtgever kunnen zijn gehouden een 'behoorlijke verzekering' af te sluiten voor een zzp'er die werkzaamheden voor hem verricht en die in dat verband aan het verkeer deelneemt, bij wijze van analoge toepassing van de verzekerplicht die op grond van artikel 7:611 BW is aangenomen voor werkgevers? Deze vraag heeft inmiddels meerdere pennen in beweging gebracht. A-G Hartlief meent in zijn conclusie voor het hier besproken artikel 81 RO-arrest dat een dergelijke toepassing naar analogie niet mogelijk zou moeten zijn. Hiervoor draagt hij de volgende argumenten aan. Ten eerste heeft de Hoge Raad reeds eerder de deur naar verdere uitbreiding van het toepassingsbereik van artikel 7:611 BW dichtgedaan.³⁶ Ten tweede biedt het doortrekken van de verzekerplicht naar zzp'ers geen *structurele* bescherming: die is, als dat gebeurt door aan te sluiten bij artikel 7:658 lid 4 BW langs de lijnen van Davelaar/Allspan, immers afhankelijk van de omstandigheden van het geval, en er doet zich een nogal rijke variatie voor als het gaat om zzp'ers. Ten derde kunnen in sommige gevallen bij toepasselijkheid van artikel 7:658 lid 4 BW meerdere (rechts)personen worden aangesproken: als dat op dezelfde manier gebeurt met een eventuele op artikel 7:611 BW gebaseerde verzekerplicht, zou dat betekenen dat die plicht gelijktijdig op meerdere partijen komt te rusten. Ten slotte staat de positie van zelfstandigen, waaronder het risico van arbeidsongeschiktheid, op de agenda van de politiek, reden om terughoudend te zijn met vergaande rechterlijke rechtsvorming.³⁷

Van Dijke en Van Emden merken in hun annotatie bij het arrest van het hof op dat een zzp'er in principe niet afhankelijk is van zijn opdrachtgever waar het gaat om het afsluiten van een verzekering: hij zou immers zelf een schadeverzekering inzittenden kunnen afsluiten voor zijn eigen bedrijfsauto. Ook zou hij een ongevallenzekeringsverzekering kunnen afsluiten waarbij ook ongevallen bij gebruik van andermans auto gedekt zijn. De zzp'er zou vervolgens de premie in zijn tarief kunnen verdisconteren. Volgens Van Dijke en Van Emden is het inschatten van de risico's van zijn werk en het zorgen voor een passende verzekering onderdeel van het ondernemerschap. Hoewel zij niet uitsluiten dat een overeenkomst van opdracht een onge-

35 Zie hierover: Centraal Bureau voor de Statistiek, Vrijwilligerswerk, 2019 (via: cbs.nl/nl-nl/longread/aanvullende-statistische-diensten/2020/vrijwilligerswerk-2019) (grootveel 47% van de Nederlandse bevolking van 15 jaar en ouder verricht jaarlijks vrijwilligerswerk).

36 Zie: HR 11 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5215, NJ 2011/597, m.nt. T. Hartlief (TNT Post/Wijnenberg); HR 11 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5223, NJ 2011/598, m.nt. T. Hartlief (De Rooyse Wissel).

37 Conclusie A-G T. Hartlief, ECLI:NL:PHR:2021:153, bij HR 17 september 2021, RvdW 2021/900, onder 4.63-4.69. Oskam sluit zich bij A-G Hartlief aan in haar noot bij het arrest. Zie P. Oskam, De verzekerplicht in de relatie tot de zzp'er. Hoe krachtig is de rem van de Hoge Raad? HR 17 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1267, TVP 2021/4, p. 124.

schreven verzekerplicht in het leven kan roepen jegens de zzp'er, kunnen zij zich lastig een concrete situatie voorstellen waarin daarvan sprake zal zijn.³⁸

Bouman en De Jong benaderen het vraagstuk wat genuanceerder door onderscheid te maken tussen verschillende zzp'ers. Zij stellen dat zzp'ers aan de 'onderkant' van de arbeidsmarkt en 'afhankelijke' zzp'ers, die bijvoorbeeld niet zelf hun tarieven kunnen wijzigen, wel de lasten maar amper de lusten ervaren van het zijn van zzp'er. Juist deze groep zou bescherming verdienen alsof het werknemers betreft.³⁹ De vraag is in hoeverre de zzp'er zichzelf op de huidige verzekeringsmarkt tegen betaalbare premie *daadwerkelijk* de bescherming kan bieden die werknemers in het verkeer genieten op grond van artikel 7:611 BW. Staat een onevenwichtige machtsverhouding tussen een zzp'er en een opdrachtgever daar in feite aan in de weg – de zzp'er bevindt zich in een kwetsbare en afhankelijke positie ten opzichte van de opdrachtgever, bijvoorbeeld een bezorgdienst – dan kan de zzp'er zich in een positie bevinden waarin hem de bescherming van een werknemer toekomt.

Naarmate een zzp'er meer gelijkenissen vertoont met een werknemer en dus meer als 'schijnzelfstandige' kan worden aangemerkt, komt hij naar ons idee ook eerder in aanmerking voor aansprakelijkheidsrechtelijke bescherming gelijk aan die van de werknemer. Ook Vegter wijst erop dat een verzekerplicht voor verkeersongevallen van zzp'ers niet alleen juridisch-technisch denkbaar is, maar in sommige gevallen ook wenselijk, namelijk wanneer het gaat om 'schijnzelfstandigen'. Als de gedachte bij artikel 7:658 lid 4 BW is dat bepaalde zzp'ers zodanig vergelijkbaar zijn met werknemers dat hun eenzelfde mate van bescherming tegen arbeidsrisico's toekomt, moet dat naar haar mening ook gelden voor de op artikel 7:611 BW gebaseerde verzekerplicht, die de bescherming van artikel 7:658 BW aanvult. Dat zou weliswaar neerkomen op een grotere groep *aanspraakgerechtigden*, maar de verzekerplicht wordt *inhoudelijk* niet uitgebreid.⁴⁰ Wij zijn het met haar eens dat als een werkende niet het label 'werknemer' krijgt, dit niet zonder meer in de weg zou moeten staan aan de aansprakelijkheidsrechtelijke bescherming die werknemers wel wordt geboden. Het 'doortrekken' van de verzekerplicht naar zelfstandigen langs de lijnen van Allspan heeft – zoals Vegter ook toegeeft – als nadeel dat per geval deze toetsing moet plaatsvinden. Daarmee zal op voorhand niet exact duidelijk zijn op welke personen de verzekerplicht wel of niet van toepassing is. Dit hoeft wat ons betreft niet in de weg te staan aan 'analoge' toepasselijkheid van de verzekerplicht: natuurlijk is er bij grensgevallen discussie mogelijk, maar het lijkt ons uiteindelijk niet vol te houden om ter voorkoming van grensdiscussies ook de meer evidente gevallen structureel uit te sluiten van de gewenste bescherming.

Artikel 7:658 lid 4 BW ziet in principe op situaties waarin de opdrachtgever ook had kunnen kiezen voor inschakeling van een werknemer, en hij zich dus in de

38 S.C. van Dijke & E.A.L. van Emden, annotatie bij Hof Arnhem-Leeuwarden 10 december 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:10566, JA 2020/37.

39 M. Bouwman & E. de Jong, Zzp'ers en verkeersongevallen. Enkele gedachten over een verplichte verzekering, AV&S 2021/3, afl. 1, p. 15.

40 Annotatie M.S.A. Vegter bij HR 17 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1267, TRA 2021/96.

positie bevindt waarin hij wat betreft de veiligheidsrisico's van de werkende de verantwoordelijkheid kan dragen die op hem zou hebben gerust als hij diens werkgever was geweest. Het kost niet veel moeite die gedachtelijn door te trekken naar de situatie waarin een opdrachtgever een zzp'er voor zich laat werken in het verkeer, terwijl hij ook had kunnen kiezen voor inschakeling van een werknemer en ten aanzien van wie hij dan gehouden zou zijn tot het afsluiten van een behoorlijke verzekering. Men bedenke hierbij dat artikel 7:658 lid 4 BW steeds wél van betekenis kan zijn voor de zzp'er die in het verkeer een ongeval overkomt dat *wel in de invloedssfeer* van de werkgever ligt en daarmee wordt bestreken door de strenge zorgplicht voor veiligheid. Denk aan een ongeval zoals aan de orde was in het arrest PTT/Baas: de postbezorger van PTT die impulsief achter een uit een bestelwagen wegwaaiende envelop aanrent en wordt aangereden, sprak met succes zijn werkgever aan op grond van artikel 7:658 BW: PTT had kunnen zorgen dat alle post door elastiek was vastgebonden en had bovendien erop moeten toezien dat haar instructies omtrent in acht te nemen veiligheid bij postbezorging werden nageleefd. Van het hoge beschermingsniveau dat artikel 7:658 BW ook in bepaalde verkeerssituaties biedt, is de zzp'er niet categorisch uitgesloten.

Het bezwaar dat mogelijk op meerdere partijen tegelijkertijd de 'behoorlijke verzekerplicht' zou kunnen komen te rusten, is vooral een praktisch argument, en weegt wat ons betreft onvoldoende om alle opdrachtnemers de met de verzekerplicht beoogde bescherming *geheel* te ontzeggen: in evidente gevallen van schijnzelfstandigheid zal de problematiek van meervoudige verzekerplichten zich naar onze inschatting minder snel voordoen: die schijnzelfstandigheid zal immers vooral samenhangen met de sterke afhankelijkheid van een bepaalde opdrachtgever. Maar ook als meerdere opdrachtgevers op grond van artikel 7:658 lid 4 BW zouden kunnen worden aangesproken, zien wij dat niet als principieel probleem: dat meerdere partijen zouden kunnen worden aangesproken op grond van hun verzekerplicht zou men ook kunnen opvatten als signaal dat de schade *niet* voor rekening van de benadeelde moet blijven. Men zou hier nog aan kunnen toevoegen de gedachte dat het – in het kader van artikel 7:611 BW – wellicht niet om een 'harde' verzekerplicht gaat, zoals de algemeen verplichte WAM- of zorgverzekering, maar om een regel die de werkgever enige ruimte geeft om zelf 'beleid te bepalen'. De meer fundamentele vraag is in hoeverre de verzekerplicht op grond van artikel 7:611 BW *ex ante* afdwingbaar zou zijn via de gebodsactie van artikel 3:296 BW. Naar ons idee moet deze verzekerplicht vooral worden gezien in het licht van het doel van *compensatie* van nadeel en staat het (vermogens)*belang* van de benadeelde centraal, in plaats van dat het zou gaan om de onwenselijkheid van bepaald *gedrag*, in welk verband het doel van *preventie* centraal zou staan (en de mogelijkheid van afdwinging *ex ante* voor de hand zou liggen).⁴¹ Daarvoor pleit ook dat de verplichting waar het hier om draait niet eenduidig is: er kan ook aan worden voldaan door de werknemer financieel in staat te stellen om voor een behoorlijke verzekering zorg te dragen (in het bijzonder wanneer van een eigen auto gebruik wordt ge-

41 W.H. van Boom, *Privaatrecht en markt. Hoe het vermogensrecht onze marktsamenleving faciliteert en geleidt*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 105-106.

maakt, maar daartoe lijkt die mogelijkheid niet strikt beperkt), mits hierover in de verhouding tussen de werkgever en de werknemer voldoende duidelijkheid wordt verschaft.⁴² Bovendien heeft de Hoge Raad de ‘artikel 7:611-verzekerplicht’ weliswaar algemeen geïntroduceerd, maar heeft hij de vraag wat nu precies een ‘behoorlijke verzekering’ is deels in het midden gelaten: moet voor een ‘harde’ verzekerplicht niet vooraf veel duidelijker zijn welke verzekering volstaat? De werkgever die (al dan niet bewust) blijft ‘stilzitten’, zal uiteindelijk *ex post* de rekening gepresenteerd kunnen krijgen van een verkeersongeval en gehouden zijn om ‘alsnog’ de dekking te bieden die een behoorlijke verzekering zou hebben geboden. Een zekere keuzevrijheid lijkt de werkgever hier ook toe te komen, omdat het hier niet gaat om een verplichting tot bescherming tegen ongevallen, maar (slechts) om de wijze waarop hij het verkeersongevalrisico van zijn werknemer draagt. Een werkgever kan er wat ons betreft dus voor kiezen om ten aanzien van de werknemer in het verkeer ‘eigenrisicodragers’ te zijn en rechtstreeks met zijn vermogen in te staan voor het geval zich een werkgerelateerd verkeersongeval voordoet dat voor zijn risico komt (voor zover een behoorlijke verzekering dit anders had moeten dekken). Uitgaande van deze gedachtelijn – men kan daar anders over denken wanneer men de Hoge Raad letterlijk neemt in zijn bewoordingen – lijkt het ons geen wezenlijk probleem als in de sfeer van de zzp’ers op meerdere partijen tegelijkertijd een ‘behoorlijke verzekerplicht’ zou kunnen komen te rusten, die dan hoofdelijk verbonden zijn. Het gaat onzes inziens immers in de kern om het verleggen van een risico, waartoe verschillende opties bestaan (*ex ante* of *ex post*), en niet noodzakelijk om het *daadwerkelijk e afsluiten* van een verzekering.

De andere weg die Vegter benoemt, waarmee het hele probleem in feite wordt omzeild, is (eerst) beoordelen of deze schijnzelfstandigen niet als *werknemers* zijn aan te merken. Deze ‘koninklijke route’ kan resulteren in een rechtstreeks beroep van de schijnzelfstandigen op artikel 7:611 BW. Denk in dit verband aan de uitspraak aangaande de rechtspositie van Deliveroo-bezorgers.⁴³ De gevolgen van kwalificatie als werknemer in de zin van Boek 7 BW zijn natuurlijk wel veel verstrekkender, en de lat hiervoor ligt vermoedelijk nog wat hoger, omdat daarmee de gehele arbeidsrelatie anders wordt gekwalificeerd, met alle juridische consequenties van dien. Artikel 7:658 lid 4 BW is immers juist voor grensgevallen waarin kwalificatie als werknemer niet haalbaar is, maar wel gelijkstelling met werknemers kan worden bewerkstelligd met het oog op dezelfde aansprakelijkheidsrechtelijke bescherming. Dit kan dan ook betekenen dat deze weg niet voor iedere zzp’er – die wel bescherming krijgt van artikel 7:658 lid 4 BW – begaanbaar is.

4.4 Vasthouden aan afdoening via artikel 81 RO?

De zzp’er en de vrijwilliger hebben beide een kwestie aan de Hoge Raad voorgelegd die kon leiden tot rechtsvorming. De Hoge Raad heeft beide zaken echter afgedaan op de voet van artikel 81 RO. Kon hij anders? Zo ja, dan zouden we kunnen concluderen dat de Hoge Raad zich toch indirect over deze kwesties ‘uitlaat’. Het lijkt erop

42 HR 1 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB6175, NJ 2009/330 (Maasman/Akzo), r.o. 4.3.

43 Hof Amsterdam 16 februari 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:392.

dat de Hoge Raad inderdaad eerst het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep had kunnen bespreken dan wel een overweging ten overvloede aan het arrest had kunnen toevoegen, en in zoverre wel enige ruimte had.⁴⁴ In de zaak van de zzp'er was het onzes inziens zelfs logischer om te beginnen met het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep.⁴⁵ Dit zag namelijk op het oordeel van het hof dat het niet uitgesloten was dat onder omstandigheden in de verhouding tussen een opdrachtgever en een opdrachtnemer een verzekerplicht op de opdrachtgever rust die vergelijkbaar is met de verzekerplicht in de zin van artikel 7:611 BW. De zzp'er kwam in het principaal cassatieberoep op tegen het oordeel van het hof dat hij zich, in dit concrete geval, niet in een positie bevond die vergelijkbaar is met die van een werknemer van zijn opdrachtgever en daarom van zo'n omstandigheid geen sprake was. Het voorwaardelijk incidentele cassatieberoep was aldus het meest verstrekkend: bij gegrondbevinding van het incidentele cassatieberoep zou geen belang meer bestaan bij het principale cassatieberoep.

Moest de Hoge Raad dan ook anders oordelen? Op dit punt willen we vooral stilstaan bij de verzekerplicht voor een zzp'er. In deze uitspraak laat het hof de deur immers op een kier staan, terwijl in de zaak van de vrijwilliger het hof 'gewoon' de Allspan-criteria toetst. In de zaak van de zzp'er sluit het hof niet uit dat (op grond van de redelijkheid en billijkheid) onder bijzondere omstandigheden op de opdrachtgever een verzekerplicht rust. Een voorbeeld van zo'n bijzondere omstandigheid is – volgens het hof – dat een zelfstandige zich in een vergelijkbare positie bevindt als een werknemer in dienst van het bedrijf van de opdrachtgever.⁴⁶ Het is begrijpelijk dat de Hoge Raad zich hier niet genoodzaakt zag om in deze zaak een oordeel te vellen. In deze zaak ging het immers niet om een zzp'er die vergelijkbaar was met een werknemer. Het blijft echter de vraag wat de Hoge Raad zal doen wanneer hem een zaak wordt voorgelegd waarin die vergelijkbare positie wel aan de orde is.

Sinds de introductie van de artikel 7:611-verzekerplicht voor werknemers in het verkeer is geprobeerd het bereik van die verplichting te verduidelijken en te verruimen.⁴⁷ Dit heeft geresulteerd in een lappendekken van casuïstische rechtspraak.⁴⁸ A-G Spier heeft zich in zijn conclusie voor TNT Post/Wijenberg uitgesproken tegen het te gemakkelijk uitbreiden van de werkgeversaansprakelijkheid. Het leek Spier verstandig, en zelfs noodzakelijk, om op de rem te trappen, onder meer vanwege de

44 Vgl. P. Oskam, De verzekeringsplicht in de relatie tot de zzp'er. Hoe krachtig is de rem van de Hoge Raad? HR 17 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1267, TVP 2021/4, p. 124.

45 Zie bijvoorbeeld ook: HR 1 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB6175, NJ 2009/330 (Maasman/Akzo), r.o. 4.1.

46 Hof Arnhem-Leeuwarden 10 december 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:10566, NJ 2021/359, r.o. 5.2

47 HR 1 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB6175, NJ 2009/330 (Maasman/Akzo); HR 1 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB4767, NJ 2009/331 (Kooiker/Taxicentrale). Vgl. conclusie A-G T. Hartlief, ECLI:NL:PHR:2021:153, bij HR 17 september 2021, RvdW 2021/900, onder 4.11.

48 E.M. van Orsouw & A.E. Krispijn, De aansprakelijkheid van de werkgever voor personeelsactiviteiten en een verkenning van de grenzen van aansprakelijkheid van de werkgever op grond van artikel 7:611 BW, MvV 2009/11, p. 291.

R.S.M. Bosch & mr. dr. M.R. Hebly

onzekerheid waarmee de praktijk worstelde.⁴⁹ Spier nuanceert zijn stelling overigens nog wel: hij sluit niet uit (en hoopt misschien wel) dat de rechter op enig moment zijn verantwoordelijkheid zal nemen wanneer wetgever, sociale partners of verzekeraars het laten afweten. Hiermee lijkt hij genuanceerder dan Hartlief in zijn conclusie in de zaak van de zzp'er. Waar Spier aangeeft dat het weliswaar lastig is om duidelijke grenzen te markeren (en deze gedegen te motiveren), maar dat de rechter mogelijk op een later moment wel dient in te grijpen, lijkt Hartlief daarentegen sterker vast te houden aan de lijn dat de Hoge Raad de deur van de rechtsvorming heeft dichtgegooid en dat het thema onder de aandacht van de politiek is (en daar hoort).⁵⁰ Het moment waarover Spier het had – wetgever, sociale partners of verzekeraars laten het afweten, terwijl stilstand niet langer houdbaar is – kan nu of binnenkort zijn aangebroken, al was het maar omdat er steeds meer zzp'ers in het verkeer actief zijn en hun rechtspositie al geruime tijd aanleiding tot zorgen geeft.⁵¹ In het licht van de veranderende maatschappelijke context ligt het wat ons betreft dus niet voor de hand om al te strikt vast te houden aan een rechterlijk 'artikel 81 RO-beleid' op dit vlak en mag de Hoge Raad, zodra de kans zich voordoet, best een duwtje in de goede richting geven. Zoals gezegd, menen wij dat die goede richting dus niet een categorische uitsluiting is van alle niet-werknemers, maar ruimte voor 'analoge' toepassing van de verzekerplicht op zzp'ers die vallen binnen het bereik van artikel 7:658 lid 4 BW. Zoals uit het voorgaande blijkt, zien wij uiteindelijk geen goede rechtvaardiging om de werking van artikel 7:658 lid 4 BW te beperken tot de in dat artikel neergelegde zorgplicht voor veiligheid, en niet tot de op artikel 7:611 BW gebaseerde verzekerplicht voor werkgerelateerde verkeersongevallen. Ook wat betreft deze verzekerplicht moet beslissend zijn of de zzp'er zich in een met een werknemer vergelijkbare situatie bevindt en of de opdrachtgever ook had kunnen kiezen voor inschakeling van een (door hem te verzekeren) werknemer.

5. Slot

De vrijwilliger en de zzp'er worden in deze zaken niet beschermd via 'analoge toepassing' van artikel 7:658 lid 4 respectievelijk 7:611 BW. In het geval van de vrijwilliger betekende dit niet dat zijn schade niet (deels) voor vergoeding in aanmerking kwam, maar dat de bescherming van artikel 7:658 lid 4 BW beperkt blijft tot werknemers en werknemerachtigen. Het 'zwijgen' van de Hoge Raad door afdoening via artikel 81 RO kan hier met instemming worden begroet. Ten aanzien van de zzp'er die een verkeersongeval overkomt, ligt dit wat ons betreft genuanceerder. De Hoge

49 Conclusie A-G. J. Spier, ECLI:NL:PHR:2011:BR5215, bij HR 11 november 2011, NJ 2011/597, m.nt. T. Hartlief (TNT Post/Wijenberg), onder 3.63.1-3.64 en 3.66.

50 Conclusie A-G T. Hartlief, ECLI:NL:PHR:2021:153, bij HR 17 september 2021, RvdW 2021/900, onder 4.63 en 4.67-4.68.

51 Denk in dit verband aan de toename van het aantal 'zelfstandige' bezorgers op de weg. Daarover onder meer B.J. ter Weel, S. van der Werff, J.H. Bennaars, R. Scholte, J. Fijnje, M. Westerveld & A.L. Mertens, De opkomst en groei van de kluseconomie in Nederland (bijlage bij Kamerstukken II 2017/18, 29544); C. van Soelen & T. Beijer, Kopzorgen over groeiend aantal bezorgers: 'We krijgen klachten over verkeersveiligheid', RTL 30 november 2021.

Bescherming van niet-werknemers via 'analoge toepassing' van artikel 7:658 lid 4 en 7:611 BW?

Raad lijkt een – belangrijke – beslissing op dit punt voor zich uit te schuiven: moeten zzp'ers die via artikel 7:658 lid 4 BW in aansprakelijkheidsrechtelijk opzicht aan werknemers moeten worden gelijkgesteld óók worden beschermd door de op artikel 7:611 BW gebaseerde verzekerplicht tegen verkeersongevallen? Het lijkt een kwestie van tijd tot de Hoge Raad wordt uitgedaagd hierover alsnog een uitdrukkelijk oordeel te vellen. Hopelijk heeft hij daarbij niet alleen oog voor de mogelijkheden én grenzen van zijn rechtsvormende taak, maar ook voor zijn andere taak: het bieden van rechtsbescherming.⁵² In dit geval de rechtsbescherming van de zzp'er die wat betreft de aansprakelijkheidsverhouding tussen hem en zijn opdrachtgever kan worden gelijkgesteld aan een werknemer.

52 Zie anders: G. Corstens & J.W. Fokkens, De Hoge Raad en het parket, NJB 2013/2120, afl. 36, onder 2.