

gever altijd verplicht is het loon door te betalen.

Afwijking van deze regel is alleen mogelijk indien bij CAO van artikel 7:628 BW is afge-weken. Ik zou werkgevers(verenigingen) dan ook willen adviseren om in de CAO de mogelijkheid op te nemen dat de werkge-ver in bepaalde situaties gerechtigd is de werknemer tijdelijk te schorsen of op non-actief te stellen met inhouding van loon.

## VERZEKERINGSRECHT

Mw. mr. W.S. Kouwenhoven, Stadermann Luiten Advocaten, Rotterdam

***Lid 4 van art. 7:658 BW, welke bepaling in werking is getreden op 1 januari 1999, heeft geen onmiddellijke werking, zodat deze bepaling niet van toepassing is op feiten van vóór inwerkingtreding van deze bepaling. Hoge Raad 20 januari 2004, C02/204 HR.***

Gastauteur: mw. mr. J.T. Suijendorp, Stadermann Luiten Advocaten, Rotterdam

### Feiten

Tijdens dakdekkerswerkzaamheden valt een werknemer op 5 juli 1995 uit de dak-rand en loopt daarbij letsel op. Zijn (forme-le) werkgever voerde de werkzaamheden uit als onderaannemer van eiseres in cas-satie, de inlener. Volgens de verbalisant van de Inspectiedienst SZW is de toege-paste werkwijze gevaarlijk, aangezien op het bouwwerk in het geheel geen maatre-gelen waren getroffen ter voorkoming van valgevaar. In verband hiermee wordt de formele werkgever bij onherroepelijk von-nis door de economische politierechter veroordeeld wegens overtreding van de Arbeidsomstandighedenwet.

De werknemer dagvaardt bij exploit van 4 juli 2000 zowel de inlener als zijn formele werkgever om te verschijnen voor de Rechtbank te 's-Hertogenbosch. Hij vordert dat zij hoofdelijk worden veroordeeld om

aan hem alle geleden en nog te lijden mate-riële en immateriële schade te vergoeden, nader op te maken bij staat en te vereffe-nen volgens de wet en te vermeerderen met de wettelijke rente.

### Rechtbank

Aan zijn vordering, voor zover gericht tegen de inlener, legt de werknemer primair ten grondslag dat de inlener aansprakelijk is je-gens hem op grond van art. 7A:1638x (oud) BW (thans art. 7:658 BW) en subsidiair dat deze aansprakelijk is jegens hem op grond van art. 6:162 BW. De inlener dient volgens de werknemer namelijk vereenzelvigd, al-thans gelijk gesteld te worden met de for-mele werkgever, aangezien bij de inlener immers het toezicht en de verantwoorde-lijkheid ter voorkoming van arbeidsongel- vallen berustte.

De formele werkgever verschijnt niet in de procedure, zodat alleen de inlener de vor-dering van de werknemer bestrijdt. Bij von-nis van 3 april 2002 wijst de Rechtbank de vordering van de werknemer tegen zowel de formele werkgever als tegen de inlener als hoofdelijk schuldenaren toe.

Verder oordeelt de Rechtbank dat zij, aan-gezien de vordering voor behandeling in eerste instantie bij haar was aangebracht en geen exceptie van onbevoegdheid werd ingeroepen tegen de vordering zoals die in de dagvaarding werd gegrond op art. 7:658 BW, in hoogste feitelijke instantie recht doet.

Uit het vonnis van de Rechtbank valt op te maken dat de Rechtbank van oordeel is dat de vordering van de werknemer is gegrond op het vierde lid van art. 7:658 BW.

### Hoge Raad

Tegen het vonnis van de Rechtbank stelt de inlener beroep in cassatie in. De werk-nemer verschijnt niet in cassatie.

De Hoge Raad onderzoekt in eerste instan-tie de ontvankelijkheid van het cassatiebe-roep.

De Hoge Raad overweegt hiertoe dat de procedure bij de Rechtbank aanhangig was ten tijde van inwerkingtreding van de Wet van 6 december 2001 tot herziening van het procesrecht in burgerlijke zaken (Stb. 2001, 580). Art. VII lid 1 van deze wet bepaalt dat ten aanzien van de verdere behandeling van op de datum van inwerkingtreding van deze wet aanhangige zaken, het recht van toepassing blijft zoals het gold vóór de datum van inwerkingtreding van deze wet. Het strookt volgens de Hoge Raad met de in deze bepaling neergelegde regel van overgangsrecht om te aanvaarden dat in een zodanig geval ook art. 157 (oud) Rv. van toepassing blijft. Dit brengt mee dat, (alléén) indien een zaak aanhangig was op 1 januari 2002 en de Rechtbank in deze zaak na deze datum op grond van art. 157 (oud) Rv. *in hoogste ressort* heeft rechtgesproken, cassatieberoep tegen deze uitspraak openstaat. De Hoge Raad ziet zich dan ook genoodzaakt om te onderzoeken of het oordeel van de Rechtbank, dat in dit geval was voldaan aan de voorwaarden voor toepasselijkheid van art. 157 (oud) Rv., juist is.

Onder verwijzing naar HR 8 juli 1993, NJ 1993, 689 overweegt de Hoge Raad dat bij de beantwoording van de vraag of een rechtsvordering tot de kennisneming van de Kantonrechter behoort, als maatstaf voor de toepassing van art. 157 (oud) Rv. de grondslag van de vordering zoals die blijkt uit de dagvaarding door de eiser is ingesteld, geldt. De Rechtbank had de vordering van de werknemer toegewezen op grond van art. 7:658 lid 4 BW, welk artikel tevens de basis vormde voor haar oordeel dat zij in hoogste ressort had rechtgesproken. Aldus is de Rechtbank er volgens de Hoge Raad kennelijk vanuit gegaan dat aan art. 7:658 lid 4 BW onmiddellijke werking toekomt en heeft de Rechtbank klaarblijkelijk geoordeeld dat de Kantonrechter bevoegd was van deze vordering kennis te nemen op grond van de slotzin van deze bepaling.

De Hoge Raad overweegt echter dat, hoewel hij in zijn arrest van 10 december 1999, NJ 2000, 211 oordeelde dat aan de op 1 januari 1997 in werking getreden leden 1 en 2 van art. 7:658 BW onmiddellijke werking toekomt, aan het op 1 januari 1999 in werking getreden lid 4 van deze bepaling géén onmiddellijke werking toekomt. Indien de feiten waarop de vordering van de tewerkgestelde werknemer jegens de derde berust zich hebben voorgedaan vóór inwerkingtreding van lid 4 van art. 7:658 BW, is deze bepaling derhalve niet van toepassing, maar moet een eventuele aansprakelijkheid van de derde worden gebaseerd op een door hem gepleegde onrechtmatige daad. De Hoge Raad verwijst in dit verband naar een arrest van 15 juni 1990, NJ 1990, 716, waarin de Hoge Raad oordeelde dat een tewerkgestelde werknemer naast zijn werkgever ook de derde bij wie hij is tewerkgesteld, uit onrechtmatige daad zal kunnen aanspreken terzake van fouten van hemzelf of zijn ondergeschikten. In een dergelijk geding zal volgens de Hoge Raad hetgeen in de rechtspraak is aanvaard terzake van stelplicht en bewijslast in een geding op de voet van art. 7A:1638 x BW (thans art. 7:658 BW) overeenkomstige toepassing kunnen vinden.

Eiser in cassatie wordt door de Hoge Raad derhalve niet-ontvankelijk verklaard in zijn cassatieberoep.

#### Commentaar

In art. 7:658 BW wordt de zorgplicht van de werkgever voor de veiligheid van de werkomgeving van de werknemer geregeld. Bij gelegenheid van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid (Stb. 1998, 300) is lid 4 aan art. 7:658 BW toegevoegd. Deze bepaling heeft betrekking op de aansprakelijkheid van een derde voor personen die hij in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf arbeid laat verrichten, maar met wie hij geen arbeidsovereenkomst heeft, zogenaamd 'ingeleend personeel'.

In de bewoordingen "ter uitoefening van zijn beroep of bedrijf" schuilt tevens de beperking van de regeling. Indien een werk-

nemer wordt ingeleend ter uitvoering van werkzaamheden die niet tot het beroep of bedrijf van de inlener behoren, kan hij de inlener niet aanspreken op grond van het vierde lid. In de Parlementaire Geschiedenis wordt in dit verband het voorbeeld gebruikt van een advocatenkantoor dat opdracht geeft aan een schildersbedrijf om het buitenwerk te schilderen, waarbij een schilder in de uitvoering van die opdracht op het terrein van de opdrachtgever een ongeval krijgt.

Tot 1 januari 1999, de datum waarop lid 4 in werking trad, was de uitspraak van de Hoge Raad van 15 juni 1990, NJ 1990, 716 ('Stormer/Vedox'), richtinggevend voor de aansprakelijkheid van de formele werkgever (de uitlener) en de inlener. In genoemd arrest werd beslist dat op de inlener de aansprakelijkheid rustte van art. 6:162 BW (onrechtmatige daad) en op de uitlener de aansprakelijkheid van art. 7:658 BW. Met de toevoeging van lid 4 aan art. 7:658 BW kan de ingeleende arbeidskracht echter zowel zijn formele werkgever als de inlener aanspreken op grond van art. 7:658 BW. De constructie via de onrechtmatige daad is niet meer nodig met onder meer als gevolg dat een procedure, zowel tegen de formele werkgever als tegen de inlener, thans bij de Kantonrechter moet worden gevoerd en niet meer bij de Rechtbank. Indien zowel de formele werkgever als de inlener bij wie de arbeid wordt verricht, op grond van art. 7:658 BW aansprakelijk is, zijn zij hoofdelijk verbonden op grond van art. 6:102 BW. Zij kunnen echter onderling regres nemen, waarbij de schade over hen moet worden verdeeld met overeenkomstige toepassing van art. 6:101 BW. Dat wil zeggen: in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen, met dien verstande dat een andere verdeling plaatsvindt of de vergoedingsplicht geheel vervalt of in stand blijft, indien de billijkheid dit wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval eist.

De Hoge Raad geeft in het arrest geen verklaring voor zijn oordeel dat lid 4 - anders dan de leden 1 en 2 - van art. 7:658 BW geen onmiddellijke werking heeft. De A-G geeft in zijn conclusie bij het arrest wél een verklaring. Hij constateert dat het aantal gevallen waarin aantoonbaar nieuw recht op oude gevallen wordt toegepast, niet groot is, en hij is van mening dat voor toepassing van art. 7:658 lid 4 BW op oude gevallen slechts ruimte bestaat wanneer deze bepaling geheel of nagenoeg geheel overeenstemt met het oude jurisprudentierecht. Zijns inziens is deze situatie in dit geval niet (zonder meer) aan de orde.

Tenslotte is in dit verband vermeldenswaardig een uitspraak van de Rechtbank te Almelo van 29 oktober 2003, NJ Feitenrechtspraak 2004, 54, waarin de Rechtbank oordeelt dat art. 7:658 lid 4 BW niet van toepassing is op de werkverhouding met vrijwilligers. De Rechtbank overweegt in haar vonnis dat lid 4 aan art. 7:658 BW werd toegevoegd om met name de aansprakelijkheid van de inlener "als ware hij werkgever" voor bedrijfsongevallen waarbij andere dan de eigen werknemers betrokken zijn, een specifieke wettelijke grondslag te geven. Hierbij is volgens de Rechtbank met name gedacht aan uitzendkrachten, ingeleend personeel of aanneming van werk, waarbij tussen de werkgever (bedoeld is de werknemer) en de inlener geen arbeidsovereenkomst bestaat. Ook bepaalde stage-overeenkomsten vallen blijkens de toelichting op de wet onder het bereik van art. 7:658 lid 4 BW. Met inachtneming van de bedoeling van genoemd artikelid en gelet op het wettelijk kader ziet de Rechtbank dan ook geen aanleiding om over te gaan tot een analoge toepassing van art. 7:658 lid 4 BW op de werkverhouding met vrijwilligers.