

niet mag optreden, dan gaat dit merk teloor, aldus Intel. De deur wordt in dat geval immers opengezet voor de introductie en het gebruik door derden van legio met het bekende merk overeenstemmende tekens voor niet soortgelijke waren.

Nadat een aantal nationale rechters hun licht over de zaak hebben laten schijnen, werden er uiteindelijk vragen van uitleg gesteld aan het Europese Hof van Justitie, die betrekking hadden op de beschermingsomvang van bekende merken. Deze vragen leidden tot de conclusie dat bekende merken weliswaar nog steeds een ruimere bescherming boven normale merken genieten, maar dat deze bescherming wel aan bepaalde voorwaarden wordt onderworpen. Tot aan dit arrest werd als vuistregel aangenomen dat consumenten een verband leggen tussen het bekende merk en het overeenstemmende teken. Er werd niet duidelijk gekeken naar de branche waarin het jongere teken gebruikt werd: het was juist het kenmerk van de bescherming van het bekende merk dat het buiten de branche bescherming bood. Deze extensieve uitleg is niet meer mogelijk.

Het Hof somt namelijk een aantal vuistregels op waarnaar moet worden gekeken bij het beantwoorden van de vraag of sprake is van inbreuk op het bekende merk. Een daarvan is dat de houder van het bekende merk moet bewijzen dat de consument het verband legt, althans dat dit gevaar bestaat. De enkele aanname ervan is dus niet meer voldoende. Dit lijkt een verzwaring van de bewijslast voor de merkhouder.

Wat betreft het aantonen van verwatering merkt het Hof nog op dat bewezen moet worden 'dat het economische gedrag van de gemiddelde consument van de waren of diensten waarvoor het oudere merk is geschreven (in casu INTEL), is gewijzigd als gevolg van het gebruik van het jongere merk (in casu INTEL MARK) of dat er een grote kans bestaat dat dit gedrag in de toekomst wijzigt'. Hoe toon je als houder van een bekend merk aan dat consumenten juist vanwege het bestaan van een jonger gelijkend merk voor niet soortgelijke waren zich anders gaan gedragen? Ook deze eis lijkt dus een verzwaring van de mogelijkheden van de houder van een bekend merk

om succesvol tegen een inbreukmaker op te kunnen treden.

Hoewel bekende merken dus nog steeds kunnen bogen op een ruime bescherming, wordt met de Intel-zaak aan de fundamenteen ervan geknaagd. Het feit dat een rechter niet zomaar mag aannemen dat sprake is van gevaar voor reputatieschade, verwatering en/of ongerechtvaardigd voordeel trekken uit, maar dat dit bewezen moet worden, legt immers een zwaardere bewijslast op de schouders van de merkhouder. Dat in geval van verwatering de merkhouder moet aantonen dat de consument haar gedrag is gaan wijzigen richting de producten van de houder van het bekende merk juist als gevolg van het bestaan van het jongere overeenstemmende merk voor niet soortgelijke waren, levert naar onze mening, zoals gezegd, eveneens een verzwaring van de bewijslast op.

Hopelijk is deze uitspraak niet de eerste in een lijn van vele uitspraken waarin de ruimere bescherming van bekende merken steeds meer wordt aangetast. Een volgende stap zou immers heel goed kunnen zijn dat ook bij soortgelijke waren minder snel inbreuk op het bekende merk zal worden aangenomen, juist omdat het bekend is en de consument dit merk niet snel in verband zal brengen cq zal verwarren met het overeenstemmende jongere merk voor soortgelijke waren.

## VERZEKERINGS- EN AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT

Mw. mr. M. Keijzer-de Korver, Stadermann Luiten Advocaten, Rotterdam

***Werkgeversaansprakelijkheid voor schade werknemer door verkeersongeval tijdens werktijd. Verzekeringsplicht.***

09-013

### Inleiding

In de periode november 2007 t/m december 2008 heeft de Hoge Raad zich zesmaal uitgelaten over de vraag onder welke omstandigheden een werkgever aansprakelijk is op grond van art. 7:611 BW voor door zijn werknemer geleden schade als gevolg van een verkeersongeval.<sup>1</sup> In het onderstaande zal ik uitgebreid ingaan op het arrest van de

Hoge Raad van 12 december 2008, LJN: BD3129. Daarbij zal ik uiteraard ook aandacht besteden aan de overige vijf arresten.

#### De feiten

Een werkneemster is werkzaam als verzorgingshulp B. Deze functie houdt in het verrichten van werkzaamheden bij hulpbehoevenden thuis. In het kader van haar werkzaamheden verplaatst de verzorgingshulp zich per fiets van huis naar huis. De daarvoor benodigde tijd wordt beschouwd als werktijd en wordt door de werkgever uitbetaald. Op een dag komt de verzorgingshulp tijdens werktijd door gladheid op de openbare weg ten val bij het fietsen van de ene naar de andere hulpbehoevende. Ze loopt daarbij letselschade op, waarvoor zij niet is verzekerd. De verzorgingshulp stelt haar werkgever aansprakelijk voor haar schade, primair op grond van art. 7:658 BW en subsidiair op grond van art. 7:611 BW.

#### Hoge Raad

De Hoge Raad stelt voorop dat vaststaat dat het ongeval aan de werkneemster is overkomen *'in de uitoefening van haar werkzaamheden'*. Hij beoordeelt in de eerste plaats in hoeverre in dit geval, waarin de werkneemster schade heeft geleden als gevolg van een (eenzijdig) verkeersongeval op de openbare weg, art. 7:658 toepassing vindt. Blijkens lid 1 en lid 2 van dit artikel is de werkgever niet aansprakelijk voor de schade van de werkneemster, indien komt vast te staan dat voor een geval als het onderhavige geen zorgplicht voor de werkgever uit het eerste lid voortvloeit, dan wel dat hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan.

#### *Zorgplicht werkgever op grond van art. 7:658 BW*

De Hoge Raad overweegt dat de omvang van de zorgplicht van de werkgever, die ertoe strekt te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt, in de eerste plaats en in elk geval wordt bepaald door hetgeen op grond van de regelgeving op het gebied van de arbeidsomstandigheden van de werkgever wordt gevergd (r.o. 3.5.2). De Hoge Raad wijst erop dat op de werkgever een ruime zorgplicht rust en dat het criterium *'in de uitoefening van zijn werkzaamheden'* in art. 7:658 ruim moet worden toegepast. Welis-

waar is met de zorgplicht van de werkgever niet beoogd een absolute waarborg te scheppen voor de bescherming van werknemers tegen het gevaar van arbeidsongevallen, maar volgens de Hoge Raad kan niet snel worden aangenomen dat de werkgever aan zijn zorgplicht heeft voldaan en dus niet aansprakelijk is voor door de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden geleden schade (r.o. 3.5.3).

Bij het bepalen van de omvang van de zorgplicht wordt in bepaalde gevallen voorts betekenis toegekend aan de plaats waar de werknemer de werkzaamheden heeft uitgeoefend waarbij hij als gevolg van een arbeidsongeval schade heeft geleden. De Hoge Raad overweegt in dit verband dat de zorgplicht van de werkgever in de eerste plaats geldt ten aanzien van de werkzaamheden die op de arbeidsplaats worden verricht. De zorgplicht van de werkgever houdt immers nauw verband met zijn zeggenschap over de werkplek en zijn bevoegdheid zijn werknemer aanwijzingen te geven ter zake van de uitoefening van diens werkzaamheden. Echter, ook indien de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden op plaatsen komt die niet als arbeidsplaats kunnen worden aangemerkt, kan de zorgplicht meebrengen dat de werkgever ten aanzien van de uitoefening aldaar van de werkzaamheden maatregelen treft en aanwijzingen geeft om zoveel mogelijk te voorkomen dat de werknemer schade lijdt. De Hoge Raad noemt in dit verband de openbare weg in het geval van deelneming aan het verkeer en verwijst naar zijn arrest *HR 19 oktober 2001, NJ 2001, 663 (PTT/Baas)* (r.o. 3.5.4).

De Hoge Raad tekent daarbij wel aan dat wanneer het gaat om gevallen waarin een werknemer in de uitoefening van de werkzaamheden deelneemt aan het wegverkeer, de omvang van de zorgplicht slechts beperkt zal kunnen zijn. De werkgever heeft immers in de regel geen zeggenschap over de inrichting van de openbare weg en de daarmee samenhangende verkeersveiligheid. Daarnaast kunnen diverse andere factoren bijdragen aan het ontstaan van verkeersongevallen, zonder dat de werkgever daarop invloed kan uitoefenen (r.o. 3.5.5). De Hoge Raad concludeert dat de werknemer die in de uitoefening van zijn

werkzaamheden door een verkeersongeval op de openbare weg schade lijdt, dan ook 'veelal' geen baat heeft bij de bescherming van art. 7:658 (r.o. 3.6.1).

*Aanvullende zorgplicht werkgever ingevolge art. 7:611 indien hij niet ex art. 7:658 aansprakelijk is voor schade door verkeersongeval*

Vervolgens gaat de Hoge Raad in op de vraag of er voor de werkgever een aanvullende verplichting bestaat om voorzieningen te treffen teneinde de werknemer 'geheel of gedeeltelijk' schadeloos te stellen voor schade door verkeersongevallen tijdens de uitoefening van de werkzaamheden (r.o. 3.6.1).

De Hoge Raad overweegt dat hij die vraag in eerdere arresten in zoverre bevestigend heeft beantwoord dat de werkgever op grond van art. 7:611 gehouden is zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering van werknemers wier werkzaamheden ertoe kunnen leiden dat zij 'als bestuurder van een motorvoertuig' betrokken raken bij een verkeersongeval. De Hoge Raad verwijst daartoe naar zijn arresten van 1 februari 2008, RvdW 2008, 176 en 178, welke in het verlengde liggen van zijn arresten van 12 januari 2001, NJ 2001, 253 (Vonk/Van der Hoeven) en HR 9 augustus 2002, NJ 2004, 235 (De Bont/Oudenallen). Indien de werkgever is tekortgeschoten in zijn verplichting zorg te dragen voor zo'n behoorlijke verzekering, is hij jegens de werknemer aansprakelijk voorzover deze door die tekortkoming schade heeft geleden (r.o. 3.6.2).<sup>2</sup>

In het onderhavige geval was de werknemer niet als bestuurder van een motorvoertuig, maar als fietser betrokken geraakt bij een verkeersongeval. Zodoende kwam de vraag op of de verplichting van de werkgever om zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering op overeenkomstige wijze geldt voor schade die werknemers lijden, wanneer zij als fietser of voetganger in de uitoefening van hun werkzaamheden aan het verkeer deelnemen. De Hoge Raad beantwoordt deze vraag - vanuit een oogpunt van gelijke behandeling van werknemers - bevestigend ten aanzien van de gevallen waarin gezegd moet worden dat deze verkeersdeelnemers (fietzers en voetgangers)

als gevolg van hun kwetsbaarheid in het verkeer een bijzonder risico lopen. Voor fietsers en voetgangers geldt als zodanig het risico van letsel- of zaakschade als gevolg van een ongeval, waarbij een of meer voertuigen zijn betrokken (meerzijdig verkeersongeval) en voor fietsers geldt tevens het risico van letsel- of zaakschade als gevolg van een eenzijdig ongeval dat plaatsvindt tijdens het vervoer per fiets.<sup>3</sup> Deze risico's zijn volgens de Hoge Raad inmiddels goed verzekeraar tegen betaalbare premies. De Hoge Raad merkt voorts op dat de uit art. 7:611 voortvloeiende aanvullende zorgplicht van de werkgever evenzeer geldt voor schade die werknemers lijden als gevolg van verkeersongevallen op de arbeidsplaats (en dus niet op de openbare weg), voorzover de werkgever voor die schade niet reeds aansprakelijk is op grond van art. 7:658. Overigens zal bij een ongeval op de arbeidsplaats eerder sprake zijn van aansprakelijkheid op grond van art. 7:658, nu de arbeidsomstandighedenwetgeving regelgeving bevat met betrekking tot de wijze waarop de werkgever verbindingswegen op de arbeidsplaats moet inrichten (r.o. 3.6.3 t/m 3.6.5).

### Behoorlijke verzekering

In zijn arresten van 1 februari 2008 had de Hoge Raad als gezegd geoordeeld dat de werkgever op grond van zijn verplichting zich als een goed werkgever te gedragen, gehouden is zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering van werknemers die als bestuurder van een motorvoertuig onder werktijd betrokken kunnen raken bij een verkeersongeval. De omvang van die verzekeringsplicht moet volgens de Hoge Raad van geval tot geval nader worden vastgesteld met inachtneming van alle omstandigheden. Daarbij komt in het bijzonder betekenis toe aan de in de betrokken tijd bestaande verzekeringsmogelijkheden, waarbij mede van belang is of verzekering kan worden verkregen tegen een voor de werkgever betaalbare premie, alsmede de heersende maatschappelijke opvattingen omtrent de vraag voor welke schade (zowel naar aard als omvang) een behoorlijke verzekering dekking moet verlenen. De verzekering behoeft volgens de Hoge Raad in elk geval geen dekking te verlenen voor de gevolgen van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer. In het bijzonder wan-

neer de werknemer gebruik maakt van een eigen auto voor de werkzaamheden, kan de verzekeraar ook aan zijn verplichting voldoen door de werknemer financieel in staat te stellen om zelf voor een behoorlijke verzekering zorg te dragen, mits hij de werknemer hierover voldoende duidelijk informeert.

De Hoge Raad herhaalt voormelde overwegingen in zijn arrest van 12 december 2008 en breidt de verzekeringsplicht van de werkgever uit tot meerzijdige en eenzijdige verkeersongevallen onder werktijd, waarbij de werknemer is betrokken als fietser, alsmede tot meerzijdige ongevallen onder werktijd, waarbij de werknemer is betrokken als voetganger. In een overweging ten overvloede voegt de Hoge Raad hier bovendien aan toe dat de verzekeringsplicht van de werkgever in beginsel ook geldt ten aanzien van verkeersongevallen die plaatsvinden op de arbeidsplaats zelf.

Het is de vraag wat in een concreet geval een behoorlijke verzekering genoemd kan worden. Volstaat een ongevallenverzekering inzittenden (OVI) of moet sprake zijn van een schadeverzekering inzittenden (SVI)? Een OVI is een sommenverzekering, waarbij de contractspartijen bij het sluiten van de overeenkomst de hoogte van de uitkering in geval van overlijden of invaliditeit op voorhand hebben gefixeerd. Dit betekent onder meer dat de hoogte van het uitkeringspercentage bij blijvende invaliditeit is gekoppeld aan de mate van arbeidsongeschiktheid en niet aan de hoogte van de inkomstenderving (schade); een SVI daarentegen is een schadeverzekering, die ertoe strekt de werkelijk geleden schade te vergoeden.

De Hoge Raad sluit mijns inziens in elk geval niet uit dat een behoorlijke verzekering slechts voorziet in een *gedeeltelijke* schadeloosstelling (vgl. r.o. 3.6.1). A-G Spier had in zijn conclusie voorafgaand aan het arrest aan de Hoge Raad in overweging gegeven om een duidelijke indicatie te geven van de gewenste omvang van de dekking, waarbij zijn gedachten uitgingen naar een minimumbedrag van € 1.000.000 per schadegeval. De Hoge Raad is daar niet op ingegaan.

In de casus van het *arrest van 1 februari 2008, RvdW 2008, 178* had de werkgever op grond van een toepasselijke cao een collectieve ongevallenverzekering voor zijn werknemers gesloten, die voorzag in een uitkering van maximaal één jaarsalaris tot ten hoogste f 75.000. Daarnaast had de werkgever een beperkte inzittendenverzekering afgesloten. De Hoge Raad overwoog omtrent deze verzekeringen dat de door de werknemer geleden schade hierdoor slechts gedeeltelijk was gedekt. Het enkele feit dat de werkgever een verzekering had afgesloten conform de toepasselijke cao maakt deze nog niet tot een behoorlijke. Na verwijzing moet alsnog worden onderzocht in hoeverre beide verzekeringen tezamen genomen een behoorlijke verzekering opleveren.

Ook in de zaak waarover de Hoge Raad oordeelde in zijn *arrest van 19 december 2008, LJN: BD7480* had de werkgever een ongevalleninzittendenverzekering afgesloten, maar de verzekeraar weigerde uit te keren toen een werknemer als gevolg van een eenzijdig verkeersongeval schade opliep. Opnieuw werd duidelijk dat de rechter niet alleen het al of niet bestaan van een verzekering dient vast te stellen, maar ook of deze kan worden aangemerkt als een behoorlijke, conform de in de arresten van februari 2008 vastgelegde criteria. Het Hof had moeten onderzoeken waarom de werknemer geen uitkering had ontvangen. De Hoge Raad bepaalde voorts dat de verzekeringsplicht van de werkgever geldt, ongeacht of de werknemer structureel dan wel slechts incidenteel in de uitoefening van zijn werkzaamheden aan het wegverkeer deelneemt.

#### **Verzekeringsplicht ook buiten terrein van verkeersongevallen?**

In de lagere rechtspraak is al enkele keren aangenomen dat op de werkgever ook een verzekeringsplicht rust voor schade die werknemers lijden door ongevallen buiten het terrein van de verkeersongevallen. Zo achtte de *RB Rotterdam 8 mei 2008, NJF 2008, 432* een werkgever aansprakelijk op grond van art. 7:611 na een schietincident bij een winkeldiefstal in zijn supermarkt. De werkgever had volgens de Rechtbank ten onrechte geen adequate verzekering voor

zijn personeel afgesloten met het oog op het meer dan normale risico dat klanten agressief en gevaarlijk kunnen worden na te zijn betrappt op een winkeldiefstal. De Rechtbank had evenwel niet getoetst aan het criterium of dit soort risico's wel verzekeraar zijn tegen een betaalbare premie.

### Verzekeringsplicht voor woon-werkverkeer?

In zijn arresten van 19 december 2008, LJN:BG7775 en BD7480 herhaalt de Hoge Raad dat de werkgever in beginsel niet aansprakelijk is voor schade die de werknemer lijdt als gevolg van een verkeersongeval tijdens woon-werkverkeer, ook niet op de voet van art. 7:611. Onder omstandigheden bestaat echter de mogelijkheid het woon-werkverkeer op één lijn te stellen met vervoer dat plaatsvindt krachtens de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst en in het kader van de voor de werkgever uit te voeren werkzaamheden. In een zodanig geval is de werkgever alsnog gehouden zorg te dragen voor een behoorlijke verzekering.

De vraag of al dan niet sprake is van woon-werkverkeer levert de nodige discussies op. In het arrest HR 30 november 2007, RvdW 2007, 1030 werd gewoon woon-werkverkeer aangenomen, terwijl in het arrest HR 9 augustus 2002, NJ 2004, 235 en de beide arresten van 19 december 2008 juist werd aangenomen dat aanleiding was voor de hiervoor genoemde 'op-één-lijn-stelling'. Daarbij tekende de Hoge Raad in het arrest van 19 december 2008, LJN: BD7480 'ter voorkoming van afbakeningsproblemen' aan dat 'in beginsel vervoer van de werknemer dat met het oog op het verrichten van de opgedragen werkzaamheden plaatsvindt tussen verschillende arbeidsplaatsen, zoals tussen verschillende vestigingen van de werkgever, heeft te gelden als vervoer dat plaatsvindt krachtens de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst...'. Bestudering van de vier arresten laat zien, dat afbakeningsproblemen echter zonder meer zullen blijven bestaan. Het verschil in beoordeling van de bijzondere omstandigheden van het geval door de feitenrechter is niet altijd duidelijk en kan in cassatie slechts in beperkte mate op juistheid worden getoetst. Ook op dit punt blijft rechtsonzekerheid derhalve troef.

### Tot besluit

De open norm zich als een goed werkgever te gedragen, wordt door de Hoge Raad steeds verder opgerekt. Werkgevers die een OVI of SVI voor hun werknemers hadden afgesloten op basis van de jurisprudentie van de Hoge Raad, moeten nu blijken het arrest van 12 december 2008 ook een verzekering afsluiten voor het geval aan hun werknemers als fietser of voetganger onder werktijd een verkeersongeval overkomt. Daarbij zal in ieder concreet geval zo goed mogelijk moeten worden bepaald wat als een behoorlijke verzekering heeft te gelden. Werkgevers zullen daarnaast moeten nagaan of een eventuele aansprakelijkheid op grond van art. 7:611 gedekt is onder hun aansprakelijkheidsverzekering, want dat blijkt niet onder alle polissen het geval te zijn. Gelet op de rechtsonzekerheid die voortvloeit uit de jurisprudentie van de Hoge Raad, zou het woord nu aan de (formele) wetgever moeten zijn om duidelijkheid te scheppen. De stap naar een verplichte verzekering tegen beroepsrisico's (mogelijk ook buiten het terrein van de verkeersongevallen) lijkt in het verlengde van deze jurisprudentie te liggen.

### Noten

1. Het betreft de volgende zes arresten:
  - HR 30 november 2007, RvdW 2007, 1030 (Knoppen/NCM Eurocollect);
  - HR 1 februari 2008, RvdW 2008, 176, JA 2008, 52 (Maasman/Akzo Nobel);
  - HR 1 februari 2008, RvdW 2008, 178, JA 2008, 53 (Kooiker/Taxicentrale Nijverdal);
  - HR 12 december 2008, LJN: BD3129 (Maatzorg/fietsende verzorgingshulp);
  - HR 19 december 2008, LJN: BD7480 (verkoopmedewerkster/Fabo);
  - HR 19 december 2008, LJN: BG7775 (Autoster/nooddienstmedewerker ambulance).
2. De werknemer heeft dan recht op het bedrag dat hij van de verzekeraar zou hebben ontvangen indien zijn werkgever wel voor een behoorlijke verzekering zou hebben zorggedragen.
3. Als ik het goed begrijp, is de Hoge Raad aldus van oordeel dat voor voetgangers niet als bijzonder risico geldt het risico van schade als gevolg van een eenzijdig ongeval (denk aan een voetganger die door gladheid op de openbare weg uitglijdt en letselschade oploopt). Het is mij vooralsnog niet duidelijk waarom de Hoge Raad deze situatie uitzondert van de verzekeringsplicht van de werkgever. Wat is het verschil met de situatie dat een fietser uitglijdt door gladheid op de weg?