

RECHTSPRAAK

Vrijwilliger voor uitsluitend vrijwilligersorganisatie is niet werkzaam op basis van overeenkomst van opdracht en komt geen direct, noch naar analogie, beroep op artikel 7:658 lid 4 BW toe.*Feiten*

Vanaf 2011 heeft de gemeente besloten om de dorpsraden toestemming te geven om zelf (jaarlijks) een kerstboom te plaatsen en hiertoe een brief gestuurd met in de bijlage “Regeling met dorpsraden: verlichte kerstboom in de kern”. De Dorpsraad heeft deelgenomen aan de zogenoemde “kerstboomactie” en heeft in 2011, 2012 en 2013 de uitvoering van de kerstboomactie overgedragen dan wel doorgegeven aan Speelruimte X. Op 7 december 2012 wilde X de kerstboom plaatsen. De boom moest eerst omgezaagd worden. De hoogwerker bleek te groot om naar de boom te rijden. Vrijwilliger is toen met behulp van een zetje, zonder beschermende maatregelen, de boom ingeklommen om het trektouw om de stam van de boom aan te brengen. Toen vrijwilliger op een hoogte van circa 3,5 meter was, is hij naar beneden gevallen en met zijn rug, althans zijn lichaam, op het tuinhuisje gevallen. Vrijwilliger heeft vervolgens negen dagen in het ziekenhuis doorgebracht. De daaropvolgende revalidatie heeft zes maanden geduurd. Bij brief d.d. 13 december 2013 is X aansprakelijk gesteld voor de schade. Aansprakelijkheid is door (de verzekeraar van X) afgewezen. Vervolgens heeft (de advocaat van) vrijwilliger X, de gemeente en de Dorpsraad aansprakelijk gesteld. Bij dagvaarding d.d. 4 augustus 2017 heeft vrijwilliger onderhavige procedure aanhangig gemaakt jegens de gemeente, de Dorpsraad en X en gevorderd voor recht de verklaren dat de gemeente c.s. hoofdelijk aansprakelijk is voor alle materiële en immateriële schade die vrijwilliger heeft geleden. De rechtbank heeft de vorderingen afgewezen. Volgens het hof lag het op de weg van X om van tevoren de situatie in de tuin te bekijken om ervoor te zorgen dat de geschikte materialen (zoals een ladder en een trektouw) daar aanwezig waren. Het hof heeft wel eigen schuld van vrijwilliger aangenomen en is na toepassing van een billijkheidscorrectie vanwege de ernst van de gevolgen van het ongeval voor vrijwilliger uitgekomen op een eigen schuldpercentage van 25.

In cassatie richt X klachten tegen zowel het onrechtmatigheidsoordeel als de toepassing van de billijkheidscorrectie in het kader van eigen schuld. In zijn voorwaardelijk ingestelde incidenteel cassatieberoep komt vrijwilliger onder meer op tegen de verwerping door het hof van zijn stelling dat artikel 7:658 lid 4 BW analogisch op zijn vordering tegen X zou moeten worden toegepast.

Conclusie A-G (Hartlief)

In zijn conclusie gaat de A-G in op het gevaarzettinscriterium en de billijkheidscorrectie bij eigen schuld van de vrijwilliger. De cassatieklachten van X falen in de ogen van de A-G.

Over artikel 7:658 lid 4 BW (direct en naar analogie) concludeert de A-G als volgt. Artikel 7:658 BW geeft een bijzonder gunstig regime voor werknemers ten laste van een werkgever, waarvoor in die verhouding ook reële aanknopingspunten bestaan; behalve de sociaal-economische positie van de werkgever ten opzichte van diens werknemer gaat het om zijn zeggenschap en instructiebevoegdheid. Dat bijzondere regime is uitgebreid naar gevallen waarin de opdrachtgever niet de werkgever van de benadeelde is, maar wel als zodanig moet worden behandeld (lid 4). Daarbij gaat het in de eerste plaats om driehoeksverhoudingen (in- en uitleen, terbeschikkingstelling) waarin eigenlijk sprake is van een formele en een materiële werkgever. Sinds invoering van lid 4 kunnen beiden ex artikel 7:658 BW worden aangesproken. In de tweede plaats gaat het om 'tweerelaties', waarin weliswaar sprake is van een overeenkomst maar niet van een arbeidsovereenkomst, ingevolge welke de 'opdrachtgever' een 'opdrachtnemer' werkzaamheden laat verrichten. Ook in zulke gevallen kan lid 4 van toepassing zijn. Het arrest *Davelaar/Allspan* leert ons wanneer wel en wanneer niet. Het in dat arrest uitgewerkte regime geeft duidelijkheid bij een beroep op lid 4 door, bijvoorbeeld, een kleine zelfstandige of een vrijwilliger.

Voor toepassing van artikel 7:658 lid 4 BW op een vrijwilliger moet in ieder geval aan de volgende voorwaarden zijn voldaan:

(a) er is sprake van een (al of niet mondelinge) overeenkomst van opdracht (althans een overeenkomst niet zijnde een arbeidsovereenkomst) krachtens welke de opdrachtgever de vrijwilliger werkzaamheden laat verrichten;

(b) deze werkzaamheden behoren, gelet op de wijze waarop de desbetreffende opdrachtgever aan zijn beroep of bedrijf invulling pleegt te geven, feitelijk tot de beroeps- of bedrijfsuitoefening van de opdrachtgever; en

(c) de vrijwilliger vertoont voldoende gelijkenis met een werknemer: hij is voor de zorg van zijn veiligheid (mede) afhankelijk van de opdrachtgever.

In de situatie van vrijwilliger is in ieder geval aan de eerste twee voorwaarden niet voldaan. Naar het oordeel van het hof bestaat tussen vrijwilliger en X geen overeenkomst van opdracht. Het hof heeft ook overwogen dat de activiteiten binnen X niet aan te merken zijn als beroeps- of bedrijfsmatig. Dit oordeel is in cassatie door vrijwilliger niet bestreden.

Naar analogie?

Dat betekent dat van directe toepassing van het vierde lid van artikel 7:658 BW geen sprake kan zijn. Daarmee komt de analogievraag in beeld die vrijwilliger in dit onderdeel aan de Hoge Raad voorlegt: als aan de voorwaarden voor directe toepassing van lid 4 van artikel 7:658 BW niet is voldaan, kan analogische toepassing dan alsnog uitkomst bieden? In feite betoogt

vrijwilliger dat hem de bescherming van lid 4 ten deel zou moeten vallen, hoewel aan de in dat verband gestelde voorwaarden niet is voldaan. Dat ligt niet voor de hand: artikel 7:658 BW geeft een bijzonder gunstig regime voor werknemers ten laste van een werkgever, waarvoor in die verhouding als gezegd ook reële aanknopingspunten bestaan (sociaal-economische positie en zeggenschap en instructiebevoegdheid). Dat bijzondere regime is in lid 4 uitgebreid naar specifieke gevallen waarin de opdrachtgever geen werkgever van de benadeelde is, maar wel als zodanig moet worden behandeld. De rechtvaardiging daarvoor is dat het nog steeds om situaties gaat waarin de opdrachtgever ook voor een werknemer had kunnen kiezen, maar dat niet heeft gedaan. Daarvan mag degene die de klus klaart en voor de zorg voor zijn veiligheid mede afhankelijk is van de opdrachtgever niet de dupe worden. De ‘opdrachtnemer’ verdient deze bescherming en de ‘opdrachtgever’ kan de daarmee samenhangende verantwoordelijkheid normaliter ook aan. Om nu ook deze uitbreiding weer door te trekken naar gevallen waarin aan (een of meer van de) in lid 4 gestelde voorwaarden niet is voldaan en daarmee naar gevallen buiten zijn directe toepassingsbereik is een brug te ver. Dan zou werkgeversaansprakelijkheid komen te rusten op personen bij wie dat niet alleen niet passend is (van een met een werkgever vergelijkbare sociaal-economische positie is geen sprake), maar die die verantwoordelijkheid bovendien eigenlijk niet aankunnen, omdat zij niet over de daarvoor benodigde invloed (zeggenschap en instructiebevoegdheid) beschikken.

De onderhavige zaak is illustratief. Er is geen rechtvaardiging voor werkgeversaansprakelijkheid van X: zij heeft uitsluitend te maken met vrijwilligers die niet verplicht zijn deel te nemen aan haar activiteiten, zij heeft geen zeggenschap of instructiebevoegdheid, zij heeft ook geen werknemers in dienst en haar activiteiten hebben geen beroeps- of bedrijfsmatig karakter. En aan de andere kant kan van de situatie van vrijwilliger dan ook niet gezegd worden dat die voldoende gelijkenis vertoont met die van een werknemer: de vrijwilligers, onder wie vrijwilliger, waren niet verplicht om deel te nemen aan de activiteiten en bij de onderhavige kerstboomactie had ook niemand de leiding (“ieder deed wat hij kon” zoals de getuige Y heeft verklaard). In zoverre is, anders dan vrijwilliger in het kader van onderdeel 2 suggereert, het perspectief inwisselbaar. Of we nu kijken naar de vraag of vrijwilliger voldoende gelijkenis vertoont met een werknemer of naar de vraag of er reden is om X op één lijn te stellen met een werkgever, uiteindelijk komt het op hetzelfde neer. Bij de verhouding tussen X en vrijwilliger past gelet op het voorgaande geen regime van werkgeversaansprakelijkheid. Dat wil uiteraard niet zeggen dat X geen enkele verantwoordelijkheid heeft voor de veiligheid van haar vrijwilligers. Het juiste beoordelingskader in dit verband is het – commune – onrechtmatigegevaarzettingsregime van artikel 6:162 BW zoals het hof dat ook heeft toegepast. In dat verband kan wel degelijk rekening worden gehouden, zoals in de onderhavige zaak ook blijkt, met de omstandigheid dat het gaat om onervaren of ongekwalficeerde vrijwilligers. Anders dan bij (analogische) toepassing van artikel 7:658 BW geldt in het kader van artikel 6:162 BW echter wel het reguliere eigenschuldregime van artikel 6:101 BW.

Oordeel

De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep onder verwijzing naar artikel 81 RO.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 24-12-2021

ECLI: ECLI:NL:HR:2021:1953

Zaaknummer: 20/02654

Rechters: M.V. Polak, C.E. du Perron, H.M. Wattendorff, S.J. Schaafsma en F.R. Salomons

Advocaten: B.T.M. van der Wiel, M.J. van Basten Batenburg en T. van Tatenhoven

Wetsartikelen: 7:658 lid 4 BW, 81 RO, 7:400 BW en 6:101 BW