

# Artikel

## Letselschade opgelopen door gedetineerden tijdens arbeid in de penitentiaire inrichting. Is de Staat op grond van de zorgplicht in beginsel aansprakelijk?

Mr. B. (Babette) van Beest\*

NTS 2023/21

### 1. Inleiding

Jaarlijks vinden er meer dan 200.000 arbeidsongevallen plaats, waarvan 2.300 als ernstige ongevallen te kwalificeren zijn. Er is dan sprake van blijvend letsel, ziekenhuisopname of overlijden.<sup>1</sup> In een penitentiaire inrichting wordt ook arbeid verricht door gedetineerden. Ook hier vinden tijdens de werkzaamheden regelmatig ongevallen plaats.

De rechtbank Rotterdam heeft op 27 maart 2020 geoordeeld dat bij een ongeval tijdens werkzaamheden door een gedetineerde ten behoeve van de penitentiaire inrichting geen sprake is van aansprakelijkheid van de Staat, noch op grond van werknemer-/werkgeverschap, noch op grond van onrechtmatige daad. In hoger beroep wordt door het hof echter wél aansprakelijkheid aangenomen. Deze uitspraken hebben verregaande gevolgen voor gedetineerden die in de uitoefening van hun werk-

zaamheden in (en buiten) de penitentiaire inrichting letselschade oplopen.

De vraag die in deze bijdrage beantwoord wordt, is of de zorgplicht die voor werkgevers geldt – zoals neergelegd in artikel 7:658 lid 1 BW – ook zou moeten gelden voor de Staat ten aanzien van arbeid die gedetineerden verrichten ten behoeve van de penitentiaire inrichting. Dit zou betekenen dat de Staat in beginsel aansprakelijk is voor (letsel)schade die gedetineerden oplopen in de uitoefening van werkzaamheden. Kortgezegd betreft de zorgplicht een verregaande verantwoordelijkheid voor de werkgever voor de inrichting en onderhoud van lokalen, werktuigen en gereedschappen.<sup>2</sup> Het geven van in-

2 De volledige wettekst luidt als volgt:

1. De werkgever is verplicht de lokalen, werktuigen en gereedschappen waarin of waarmee hij de arbeid doet verrichten, op zodanige wijze in te richten en te onderhouden alsmede voor het verrichten van de arbeid zodanige maatregelen te treffen en aanwijzingen te verstrekken als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt.
2. De werkgever is jegens de werknemer aansprakelijk voor de schade die de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt, tenzij hij aantoont dat hij de in lid 1 genoemde verplichtingen is nagekomen of dat de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer.
3. Van de leden 1 en 2 en van hetgeen titel 3 van Boek 6, bepaalt over de aansprakelijkheid van de werkgever kan niet ten nadele van de werknemer worden afgeweken.
4. Hij die in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf arbeid laat verrichten door een persoon met wie hij geen arbeidsovereenkomst heeft, is overeenkomstig de leden 1 tot en met 3 aansprakelijk voor de schade die deze persoon in de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt. De kantonrechter is bevoegd kennis te nemen van vorderingen op grond van de eerste zin van dit lid.

\* Mr. B. (Babette) van Beest is letselschadeadvocaat bij AVB Law in Amsterdam.

1 <https://www.rivm.nl/veilig-werken/feiten-en-cijfers-over-arbeidsongevallen>.

structies ten aanzien van de werkzaamheden en naleving van andere voorschriften, waaronder bijvoorbeeld de Arbeidsomstandighedenwet,<sup>3</sup> valt hier ook onder. Bij schending van een dergelijke norm is de werkgever (in beginsel) aansprakelijk voor de letselschade die de werknemer lijdt. Artikel 7:658 lid 2 BW keert vervolgens de bewijslast om: de werkgever moet concreet kunnen aantonen dat hij aan zijn zorgplicht heeft voldaan. Een werknemer hoeft dus alleen te stellen en te bewijzen dat de schade is opgelopen tijdens de uitvoering van de werkzaamheden. Bij arbeid door gedetineerden binnen de penitentiaire inrichting treedt de Staat dan op als werkgever. Gedetineerden verkrijgen dientengevolge een gunstige bewijspositie.

Nu strafrechtadvocaten doorgaans veel met gedetineerden te maken hebben, is het voor hen van belang om cliënten in deze context adequaat van een eerste advies te kunnen voorzien (ongeacht het civielrechtelijk kader). Zij kunnen na een ongeval bewijs veiligstellen, zoals camerabeelden, een getekend D&R-plan, een payrollovereenkomst, een salarisafrekening en overige gemaakte afspraken (zoals een contract) over specifieke aanstellingen omtrent arbeid. Ook kunnen zij schriftelijke verklaringen van getuigen opvragen of inwinnen. Dit soort bewijsstukken is van cruciaal belang om een beroep op de zorgplicht van de Staat – en daarmee in beginsel gegeven aansprakelijkheid – te doen slagen. Kennis over en aandacht voor dit onderwerp is daarom bij deze beroepsgroep van belang.

Als de zorgplicht van artikel 7:658 lid 1 BW van toepassing is, zou dit voor ongevallen tijdens werk in de penitentiaire inrichting een verlichting van de processuele bewijspositie voor gedetineerden betekenen en verkrijgen zij op deze wijze een meer verregaande bescherming tegen de risico's van schade in de uitoefening van werkzaamheden ten behoeve van de penitentiaire inrichting dan thans het geval is.

In deze bijdrage zal eerst het strafrechtelijk kader aan bod komen, waarin wordt uitgelegd welke wet- en regelgeving geldt voor arbeid verricht door gedetineerden binnen en buiten de muren van de penitentiaire inrichting (par. 2). In deze paragraaf komt uitgebreid aan bod welke soorten arbeid er zijn en onder welke voorwaarden deze arbeid al dan niet wordt verstrekt. Vervolgens wordt werkgeversaansprakelijkheid vanuit het civiele recht nader uiteengezet (par. 3). Hierbij wordt een onderscheid gemaakt tussen aansprakelijkheid van werkgevers voor personen *met* en *zonder* arbeidsovereenkomst (par. 3.1 en 3.2). Daarna wordt de uitspraak van de rechtbank Rotterdam, waarin wordt overwogen dat de Staat niet aansprakelijk is, beschreven (par. 4). In paragraaf 5 wordt de uitspraak van het hof, waarin wordt ge-

oordeeld dat de Staat juist wel aansprakelijk is, beschreven. Beide uitspraken zullen vervolgens nader worden beschouwd aan de hand van het geldend recht (par. 6 en 7). In de beschouwing van de uitspraak van de rechtbank Rotterdam wordt daarbij specifiek ingegaan op de vraag of de penitentiaire inrichting en gedetineerden – feitelijk gezien – een arbeidsovereenkomst hebben gesloten of dat wellicht sprake is van een persoon zonder arbeidsovereenkomst (par. 6.1 en 6.2). In paragraaf 7 volgt een beschouwing van de uitspraak van het hof Den Haag. Er wordt afgesloten met een conclusie en aanbevelingen (par. 8).

## 2. Het strafrechtelijk kader: werken binnen de penitentiaire inrichting, In-Made en Ex-Made

Vanaf 1 juli 2021 geldt – met de invoering van de Wet straffen en beschermen (hierna: 'Wet SenB') volgens artikel 47 Penitentiaire beginselenwet (PBW) – het *recht* van een gedetineerde *op deelname aan de in de inrichting beschikbare arbeid*. Inrichtingen zijn te onderscheiden in huizen van bewaring, gevangnissen en inrichtingen voor stelselmatige daders (art. 9 PBW). In dit artikel wordt enkel ingegaan op arbeid binnen de penitentiaire inrichting.<sup>4</sup> Vóór 1 juli 2021 werd in lid 3 van dit wetsartikel bepaald dat 'tot een vrijheidsstraf veroordeelde gedetineerden *verplicht* zijn de aan hen opgedragen arbeid, zowel binnen als buiten de inrichting, te verrichten'. De plicht om arbeid te verrichten is dus per deze datum komen te vervallen.

In een penitentiaire inrichting draagt de directeur zorg voor de beschikbaarheid van deze arbeid (lid 2). De arbeidstijd wordt in de huisregels vastgesteld binnen de grenzen van hetgeen in de inrichting gebruikelijk is en de minister stelt regels omtrent de toepassing van het tweede lid en omtrent de samenstelling en de hoogte van het arbeidsloon (lid 3 en 4). De directeur heeft een discretionaire bevoegdheid ten aanzien van het al dan niet aanbieden van arbeid. Het uitgangspunt is echter dat het gaat om een zorgverplichting van de directeur om arbeid beschikbaar te stellen. Dit is neergelegd in artikel 1a Regeling arbeid gedetineerden (hierna: 'Rag').

In de Rag is opgenomen aan welke drie soorten arbeid een gedetineerde binnen de penitentiaire inrichting kan deelnemen (art. 1 onder b, c en d). Het kan gaan om *zaal-arbeid* (het verrichten van werkzaamheden op een werkzaal of andere tot gezamenlijke arbeid aangewezen

3 De bespreking van de Arbeidsomstandighedenwet valt buiten het bestek van deze bijdrage. Het betreft regelgeving voor werkgever en werknemers om de gezondheid, de veiligheid en het welzijn van werknemers te bevorderen. Het doel is om ongevallen, veroorzaakt door het werk, te voorkomen.

4 In een tbs-instelling zijn verpleegden niet verplicht om werkzaamheden binnen de inrichting te verrichten, behoudens voor zover dit voortvloeit aan de uitbreiding van bewegingsvrijheid of deze werkzaamheden van huishoudelijke aard zijn (art. 46 lid 1 sub a en b Beginselenwet verpleging ter beschikking gestelden).

plaats), *taakarbeid* (het verrichten van werkzaamheden die leiden tot het uitvoeren van een door de directeur nader omschreven taak) of *stukarbeid* (het vervaardigen van producten op een werkzaal of een andere tot gezamenlijke arbeid aangewezen plaats). De directeur bepaalt voor welke vorm van arbeid een gedetineerde in aanmerking komt (art. 2 lid 1). Het basisuurloon bedraagt € 0,90 (art. 2 lid 3).

Binnen het gevangeniswezen wordt onderscheid gemaakt tussen het basisprogramma en het plusprogramma; iedere gedetineerde start in het basisprogramma. De nadruk ligt op persoonsgerichte aanpak en de eigen verantwoordelijkheid van de gedetineerde en zijn gedrag. Het basisprogramma bevat 42,5 uur aan activiteiten, waarbij de omvangrijkste activiteit de penitentiaire arbeid omvat. Het gaat gemiddeld om ongeveer 20 uur per week. Het wordt ook wel als hoofdactiviteit binnen het penitentiaire programma geduid. Het is gericht op het vergroten van de kans op arbeid na invrijheidstelling. Dit alles wordt vastgelegd in een persoonlijke detentie- en re-integratieplan (D&R-plan), ofwel vastgelegde afspraken afgestemd op de individuele gedetineerde.<sup>5</sup> Partijen stellen dit plan gezamenlijk op.<sup>6</sup> Het opstellen van een D&R-plan is verplicht.<sup>7</sup> Een gedetineerde kan promoveren naar het plusprogramma; dit gebeurt op basis van gewenst gedrag.<sup>8</sup>

Arbeid tijdens detentie draagt bij aan een zinvolle dagbesteding en vergroot de kans op een succesvolle terugkeer in de maatschappij en is daarom van belang voor het terugdringen van de recidive. Dit is een belangrijke reden waarom arbeid deel uitmaakt van het basisprogramma en dus in beginsel aan iedere gedetineerde wordt aangeboden, mits de aard of de (korte) duur van de detentie zich niet tegen het aanbieden van arbeid verzet. Het is daarom van belang dat arbeid in de inrichting zo veel mogelijk lijkt op werken op de arbeidsmarkt (normalisatie van arbeid).<sup>9</sup> Volgens de nota *Werkzame Detentie – Justitiële inrichtingen* gaat het ook om bedrijfseconomische arbeid.<sup>10</sup>

De penitentiaire inrichting biedt ook ‘*In-Made*’ en ‘*Ex-Made*’ werkzaamheden aan. *In-Made* is een eigen penitentiair productiebedrijf, waar ca. 8.000 gedetineerden uiteenlopende werkzaamheden uitvoeren. De werkzaamheden zijn vaak arbeidsintensief. *In-Made* levert diensten aan uiteenlopende werkgevers, zowel de over-

heid als het bedrijfsleven.<sup>11</sup> Het gaat om het uitbesteden van bijvoorbeeld productiewerk. *Ex-Made* houdt in dat onder bepaalde voorwaarden buiten de muren van de gevangenis gewerkt mag worden. Het gaat dan om gedetineerden op de Beperkt Beveiligde Afdeling (BBA) en het gaat om re-integratieverlof voor extramurale arbeid. Dit kan in de laatste fase van het plusprogramma aan de orde zijn. De gedetineerde verdient dan 300% van het basisuurloon, oftewel € 2,70, ongeacht wat de reguliere medewerkers op die externe locatie verdienen.

Naast *In-Made*- of *Ex-Made*-arbeid, kan arbeid dus ook plaatsvinden binnen de muren van de penitentiaire inrichting zelf, zoals werkzaamheden op de zaal of een taak binnen de inrichting (bijv. schoonmaken of keukendiensten). Gedetineerden kunnen bijvoorbeeld worden aangesteld als reiniger. Uit uitspraken van beroepscommissie van de RSJ blijkt dat bij het aanstellen in een dergelijke functie een arbeidsovereenkomst wordt aangegaan.<sup>12</sup> Gedetineerden kunnen uit dergelijke functies ontslagen worden, hiertegen kunnen zij in beklag. De reden voor ontslag moet kenbaar gemotiveerd en beargumenteerd worden.<sup>13</sup> De RSJ gaat er dus van uit dat bij werkzaamheden ten behoeve van de inrichting zelf een arbeidsovereenkomst wordt aangegaan.

In de Wet socialezekerheidsrechten gedetineerden is de uitkeringsgerechtigdheid bij wettelijke vrijheidsberoving op grond van een aantal sociale zekerheidswetten uitgesloten, aangezien door de Staat wordt voorzien in de kosten van levensonderhoud. Indien een gedetineerde de pensioengerechtigde leeftijd heeft bereikt, is hij vrijgesteld van werk (art. 7 lid 2 Rag). In de huisregels kunnen nadere regels omtrent arbeid worden vastgesteld. In deze huisregels staat in zijn algemeenheid opgenomen dat gedetineerden niet verplicht zijn om de aangeboden arbeid te verrichten, maar indien niet aan arbeid wordt deelgenomen, wordt de gedetineerde gedurende het arbeidsblok ingesloten. Ook geldt het niet willen meewerken aan arbeid als ongewenst gedrag.<sup>14</sup> In deze huisregels zijn expliciete regels ten aanzien van extramurale arbeid opgenomen. Zo wordt tussen de werkgever en de Dienst Justitiële Inrichtingen (hierna: DJI) een overeenkomst opgemaakt, waarbij is opgenomen dat het niet is toegestaan om buiten de medewerkers van de penitentiaire inrichting over het contract met de werkgever te onderhandelen over arbeidsvoorwaarden. Al het contact over overwerk, ziekte en verzuim loopt via de DJI.<sup>15</sup>

Mantouvalou schrijft in dit kader dat arbeid verricht door gedetineerden ten behoeve van de penitentiaire

5 Regeling van de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie van 10 februari 2014 houdende wijziging van de Regeling selectie, plaatsing en overplaatsing van justitiabelen in verband met de invoering van promoveren en degraderen van justitiabelen artikel 1C lid 1, *Stcr.* 2014, 4617.

6 <https://www.dji.nl/justitiabelen/volwassenen-in-detentie/reintegratie/idee-en-praktijk/detentie--en-re-integratieproces-in-de-pi>.

7 Zie Regeling selectie, plaatsing en overplaatsing van gedetineerden.

8 <https://www.dji.nl/justitiabelen/documenten/publicaties/2020/09/23/informatieblad-promoveren-en-degraderen-gedetineerden>.

9 *Kamerstukken II* 2018/19, 35122, nr. 3, p. 48; *Kamerstukken II* 2015/16, 24587, nr. 627.

10 *Kamerstukken II* 1997/98, 24587, nr. 19.

11 <https://www.commissievantoezicht.nl/dossiers/arbeid/achtergrondartikel-arbeid/>; <https://www.dji.nl/justitiabelen/documenten/publicaties/2015/12/01/in-made>.

12 RSJ R-19/5560/GA, 10 mei 2021, beroep.

13 RSJ R-20/6843/GA, 20 april 2021, beroep.

14 Bijlage II bij Regeling model huisregels penitentiaire inrichtingen, onder 3.2.

15 Bijlage II bij Regeling model huisregels penitentiaire inrichtingen, onder 4.1.

inrichting een ‘door de overheid gecreëerd patroon is van wettelijke regels met een schijn van legitimiteit’, hetgeen leidt tot het kwetsbaar maken van gedetineerden doordat sprake is van zeer slechte arbeidsvoorwaarden en complete uitsluiting van bepaalde, belangrijke werknemersrechten. Zowel particuliere instanties als de Staat profiteren van deze situatie.<sup>16</sup> Ook uit vergelijkende studies van Europese landen blijkt dat werkende gevangenen vaak worden uitgesloten van veel (nagenoeg belangrijke) werknemersrechten.<sup>17</sup>

### 3. Het civielrechtelijke kader: werkgeversaansprakelijkheid artikel 7:658 lid 2 en lid 4 BW

In deze paragraaf wordt toegelicht wanneer aansprakelijkheid voor werkgevers (in beginsel) gegeven is en de bewijslast – dat aan de zorgplicht is voldaan – dientengevolge verschuift naar de werkgever. Er dient dan sprake zijn van werkgever-/werknemerschap waartoe een arbeidsovereenkomst (art. 7:610 BW) is gesloten. Aan de hand van geldend recht wordt duidelijk gemaakt aan welke elementen een rechtsverhouding moet voldoen om als zodanig gekwalificeerd te kunnen worden. Echter, aansprakelijkheid kan ook bestaan zonder het bestaan van een arbeidsovereenkomst. Het betreft dan een persoon waarmee expliciet geen overeenkomst is gesloten, maar waar toch aansprakelijkheid voor bestaat. In dat geval is eveneens sprake van een zorgplicht, een in beginsel gegeven aansprakelijkheid en een verlichting van de processuele positie van deze persoon ten aanzien van de bewijslast.

#### 3.1 Aansprakelijkheid voor personen met een arbeidsovereenkomst

Bij het antwoord op de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst, moet worden vooropgesteld dat het niet van belang is of partijen al dan niet de bedoeling hadden de overeenkomst onder de wettelijke regeling van de arbeidsovereenkomst te laten vallen. Waar het om gaat, is of de overeengekomen rechten en verplichtingen voldoen aan de wettelijke omschrijving van de arbeidsovereenkomst. De Hoge Raad heeft zich hier eind 2020 in een belangrijk arrest over uitgelaten.<sup>18</sup>

Volgens artikel 7:610 BW gaat het dan om een overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt om in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten. De

woorden ‘in dienst van’ impliceren een gezagsverhouding om de werkzaamheden in ondergeschiktheid en onder zeggenschap van de werkgever uit te voeren. Het gaat dan expliciet om de bevoegdheid om aanwijzingen en instructies over de werkinhoud te geven, maar ook het deel uitmaken van de organisatie van de werkgever en de toepassing van de door die organisatie uitgevaardigde regels en het aanvaarden van de daar geldende gebruiken en gewoonten. Het gaat dus om vier elementen: (i) de verplichting tot het verrichten van (persoonlijke) arbeid; (ii) de verplichting loon te betalen; (iii) gedurende een zekere tijd; en (iv) in dienst van de andere partij.<sup>19</sup>

Artikel 7:610a BW geeft een weerlegbaar rechtsvermoeden voor het bestaan van een arbeidsovereenkomst. In dit artikel is bepaald dat wordt vermoed dat wie gedurende drie maanden wekelijks óf gedurende 20 uur per maand voor een ander tegen beloning arbeid heeft verricht, dat heeft gedaan krachtens arbeidsovereenkomst. Hiermee is beoogd om onduidelijkheid tegen te gaan, ter versterking van de processuele positie van bijvoorbeeld oproepkrachten.<sup>20</sup> Het begrip ‘arbeid’ moet ruim worden opgevat. Vrijwel alle bezigheden kunnen als ‘arbeid’ in de zin van artikel 7:610 BW worden opgevat indien ze enig nut voor de werkverschaffer hebben. In de literatuur wordt algemeen aangenomen dat bij ‘arbeid’ sprake moet zijn van voor de werkgever waardevolle arbeid.<sup>21</sup> Bij het begrip loon gaat het om een vergoeding die door de werkgever verschuldigd is ter zake van de bedongen arbeid en het loon is dus de overeengekomen tegenprestatie voor arbeid. Deze tegenprestatie kan onder het minimumloon liggen en zelfs een zeer geringe vergoeding kan als loon gekwalificeerd worden.<sup>22</sup> Wanneer aan bovenstaande elementen wordt voldaan, is juridisch sprake van een arbeidsovereenkomst en dus van werkgever-/werknemerschap. Dit betekent dat voor de werkgever een verregaande zorgplicht geldt en aan werknemers een zeer gunstige bewijspositie toekomt in het geval zij letselschade oplopen tijdens de uitoefening van werkzaamheden.

16 Virginia Mantouvalou, ‘Structural Injustice and the Human Rights of Workers’, *Current Legal Problems*, Volume 73, Issue 1, 2020, p. 59–87, <https://doi.org/10.1093/clp/cuaa003>; Virginia Mantouvalou & Hadassa Noorda, ‘Community Sentences on a Continuum with Imprisonment: Electronic Monitoring and Unpaid Work Requirements’, *Criminal Justice Theory Blog*, June 17, 2022 (<https://criminaljusticetheoryblog.wordpress.com>)

17 E. Shea, ‘A comparative study of prison labour in France, Germany and England’, *Penal Issues*, p. 11–13, pi 17 2006 (cesdip.fr).

18 HR 6 november 2020, ECLI:NL:HR:2020:1746.

19 A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag/Arbeidsrechtelijke themata I*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 137.

20 Deze bepaling is per 1 januari 1999 ingevoerd als onderdeel van de Wet Flexibiliteit en zekerheid.

21 Of in iets andere bewoordingen: een voor de werkgever productieve arbeidsprestatie, dat de werkgever (economisch) belang moet hebben bij de verrichte arbeid en dat een bijdrage wordt geleverd aan het primaire doel van de onderneming. Zie bijv. Asser/Heerma van Voss 7-V 2015/22, W.A. Zondag & E.S. de Jong, in: Sdu Commentaar Arbeidsrecht thematisch, art. 7:610 BW, aant. C.1 (online, bijgewerkt t/m 1 september 2019), A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag/Arbeidsrechtelijke themata I*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 137, en E. Verhulp, T&C BW, commentaar op art. 7:610 BW, aant. 2 onder b (online, bijgewerkt t/m 4 februari 2020).

22 HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6888, *USZ* 2013/129 m.nt. G.C. Boot (Vakkenvuller), r.o. 3.5.2. Het ging hier om een brutoloon van € 0,80 per uur.



### 3.2 Aansprakelijkheid voor personen zonder arbeidsovereenkomst

De werkgever is jegens zijn werknemer dus aansprakelijk voor de schade die de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt. Een werkgever kan echter ook aansprakelijk zijn voor personen die arbeid ten behoeve van hem verrichten zonder dat hiertoe een arbeidsovereenkomst is gesloten (lid 4). De tekst van artikel 7:658 lid 4 BW luidt als volgt:

‘4. Hij die in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf arbeid laat verrichten door een persoon met wie hij geen arbeidsovereenkomst heeft, is overeenkomstig de leden 1 tot en met 3 aansprakelijk voor de schade die deze persoon in de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt. De kantonrechter is bevoegd kennis te nemen van vorderingen op grond van de eerste zin van dit lid.’

Deze bepaling biedt een grondslag voor aansprakelijkheid indien degene die de arbeid laat verrichten tekortschiet in het treffen van veiligheidsmaatregelen en degene die arbeid verricht daardoor schade lijdt. Het is mogelijk dat tussen degene die de arbeid verricht en degene voor wie hij de arbeid verricht wel een overeenkomst is gesloten, zij het geen arbeidsovereenkomst.

Deze bepaling strekt er dus toe bescherming te bieden aan personen die zich, wat betreft de door de werkgever in acht te nemen zorgverplichtingen, in een met een werknemer vergelijkbare positie bevinden. De reikwijdte van het artikel is niet beperkt tot uitzendkrachten en ingeleend personeel: ook anderen vallen hieronder, zoals arbeidsmigranten, vrijwilligers, zzp'ers, stagiaires en (onder)aannemers. Bij in- en uitleenconstructies wordt in het civiele recht onderscheid gemaakt tussen een formeel en een materieel werkgever, waarbij de formeel werkgever de uitlener betreft en de materieel werkgever de inlener. Ten aanzien van de aansprakelijkheid kan de ingeleende arbeidskracht ex artikel 7:658 lid 4 zowel de uitlener als de inlener aanspreken. Zij zijn dan hoofdelijk verbonden en kunnen onderling regres nemen.

Meer concreet heeft de Hoge Raad ten aanzien van dit artikellid het volgende overwogen:

‘Aangenomen moet worden dat de reikwijdte van de bepaling *niet beperkt is tot werkzaamheden die tot het wezen van de beroeps- of bedrijfsuitoefening van de desbetreffende opdrachtgever kunnen worden gerekend* of normaal gesproken in het verlengde daarvan liggen. Mede gelet op het *beschermingskarakter van artikel 7:658 lid 4* kunnen daaronder *ook andere werkzaamheden* vallen, waarbij bepalend is of de verrichte werkzaamheden, gelet op de wijze waarop de desbetreffende opdrachtgever aan zijn beroep of bedrijf invulling pleegt te geven, feitelijk tot zijn beroeps- of bedrijfsuitoefening behoren. Dit zal *aan de hand van*

*de omstandigheden van het geval* beoordeeld moeten worden’ (curs. BvB)<sup>23</sup>

De uitleg van en toelichting op lid 4 van dit wetsartikel is relevant voor de beoordeling of een persoon onder dit artikellid valt. De feitelijke verhouding tussen betrokkenen en de aard van de verrichte werkzaamheden, alsmede de mate waarin de werkverschaffer invloed heeft op de werkomstandigheden van degene die de werkzaamheden verricht, zijn hierbij van belang.<sup>24</sup> Er moet sprake zijn van enige mate van ondergeschiktheid, aangezien het artikellid is bedoeld voor gevallen waar de zorg voor veiligheid van een persoon geheel of gedeeltelijk aan een derde is overgelaten.<sup>25</sup>

In een andere uitspraak van de Hoge Raad vijf jaar later, waar een vrijwilliger ten val kwam tijdens kluswerkzaamheden aan een parochie, overwoog de Hoge Raad dat het feit dat de werkzaamheden die uitgevoerd werden nimmer door werknemers van een parochie zouden zijn uitgevoerd niet ter zake doet. Uit de parlementaire toelichting blijkt immers dat het gaat om werkzaamheden die het bedrijf ook door eigen werknemers *had kunnen* laten verrichten.<sup>26</sup> De vrijheid van de keuze het werk te laten verrichten door werknemers of door anderen behoort niet van invloed te zijn op de rechtspositie van degene die het werk verricht en betrokken raakt bij een bedrijfsongeval of anderszins schade oploopt.<sup>27</sup> Het doel van de parochie, het belijden van het geloof, werd bij het beantwoorden van deze vraag dus buiten beschouwing gelaten. Er werd in deze zaak feitelijk gekeken naar wat tot de bedrijfsuitoefening van de parochie behoorde en ook naar het feit dat de parochie verantwoordelijk was voor het beheer en onderhoud van het kerkgebouw. Ook achtte het hof van belang dat de werkzaamheden met medeweten en goedkeuring van de parochie plaatsvonden.<sup>28</sup>

De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid stelt verder dat – weliswaar ten aanzien van vrijwilligers – hij niet inziet tot welke praktische bezwaren toepassing van artikel 7:658 lid 4 BW leidt, nu het gaat om werkgevers en als zodanig te duiden andere niet-beroepsmatige organisaties die gebruik maken van derden voor het doen verrichten van allerhande werkzaamheden.<sup>29</sup> Een winst oogmerk wordt in artikel 7:658 lid 4 BW niet als vereiste genoemd om te kunnen spreken van bedrijfsuitoefening. Dat laatste is van belang omdat het bij dit ar-

23 HR 12 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0616, JAR 2012/110 (Davelaar/Allspan).

24 HR 12 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV0616, JAR 2012/110 (Davelaar/Allspan).

25 J.P. Kroon, in: Arbeidsovereenkomst, art. 7:658 BW, aant. 16 (onder ‘Criterium “in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf”’) onder verwijzing naar C.C. van Dam, ‘De reikwijdte van de nieuwe werkgeversaansprakelijkheid. Meer zekerheid over het flexibele artikel 7:658 lid 4 BW’, VRA 2000, p. 41-44.

26 Kamerstukken II 1998/99, 26257, nr. 7, p. 15.

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

28 Conclusie A-G voor HR 8 september 2017, ECLI:NL:PHR:2017:934, punt 5.7 en 5.8.

29 Kamerstukken II 2004/05, Aanhangsel van de Handelingen, nr. 1651.

tikel gaat over aansprakelijkheid voor onveilige arbeidsomstandigheden.<sup>30</sup> Wanneer een persoon dus onder het vierde lid van artikel 7:658 BW valt, geldt de zorgplicht voor de als werkgever aan te merken partij en is aansprakelijkheid in beginsel gegeven.

## 4. Uitspraak rechtbank Rotterdam: de Staat is niet aansprakelijk

Op 27 maart 2020 heeft de rechtbank Rotterdam geoordeeld dat de Staat niet aansprakelijk is in het geval een gedetineerde letselschade oploopt tijdens diens werkzaamheden ten behoeve van de penitentiaire inrichting. In deze zaak ging het om een gedetineerde die werkzaam was op de afdeling metaalbewerking in de functie van lasser. Tijdens deze werkzaamheden – het slijpen van metalen plaatjes met een bandschuurmachine – is zijn linkerhand bekneld geraakt tussen de schuurband en de schuurmachine waardoor hij twee vingers is kwijtgeraakt. De gedetineerde heeft de Staat aansprakelijk gesteld voor alle materiële en immateriële schade ten gevolge van dit ongeval op grond van artikel 7:658 lid 2 BW (primair) en artikel 6:162 BW (subsidiar).

De rechtbank oordeelde dat tussen een gedetineerde en de penitentiaire inrichting geen sprake is van een arbeidsovereenkomst en dat ook geen sprake is van aansprakelijkheid voor een persoon zonder arbeidsovereenkomst (art. 7:658 lid 4 BW). De rechtbank achtte het verder van belang dat de Inspectie SZW (thans: Nederlandse Arbeidsinspectie) geen gebreken heeft geconstateerd, geen aanleiding heeft gezien om maatregelen te nemen en geen voorstellen heeft gedaan om het werken veiliger te maken. Derhalve is onvoldoende gesteld voor het kunnen aannemen van een onrechtmatige daad (art. 6:162 BW). De Staat is daarom niet aansprakelijk te houden voor het ongeval en de hieruit voortvloeiende gevolgen.

Meer specifiek overwoog de rechtbank dat weliswaar sprake is van arbeid, loon en een gezagsverhouding, maar dat partijen hiertoe geen overeenkomst hebben gesloten. De rechten en plichten vloeien voort uit de Penitentiaire beginselenwet en zijn derhalve geen overeenkomst, aldus de kantonrechter.<sup>31</sup> Ten aanzien van artikel 7:658 lid 4 BW oordeelde de rechtbank Rotterdam (ambtshalve) dat het niet de bedoeling is geweest om een gedetineerde onder het bereik van dit artikellid te laten vallen. De rechter achtte het van doorslaggevend belang dat de uitgevoerde werkzaamheden, te weten het slijpen van metalen plaatjes, niet behoren tot de uitoefening van het beroep of bedrijf van de penitentiaire inrichting. De personeelsleden van de penitentiaire

inrichting houden zich immers bezig met het reilen en zeilen van de penitentiaire inrichting zelf. Wanneer het werk om wat voor reden niet zou worden verricht door gedetineerden zouden deze werkzaamheden niet worden overgenomen door het personeel van de penitentiaire inrichting. De werkzaamheden zijn speciaal in het leven geroepen om gedetineerden een zinvolle tijdsbesteding te geven en hen voor te bereiden op terugkeer in de maatschappij, aldus de rechtbank.<sup>32</sup> Zij vallen dus buiten het toepassingsbereik van artikel 7:658 lid 4 BW. Het is, anders dan bij stagiairs of vrijwilligers, nimmer de bedoeling geweest om ook de gedetineerde onder het bereik van dit artikellid te laten vallen.<sup>33</sup>

## 5. Uitspraak hof Den Haag: de Staat is wel aansprakelijk

In hoger beroep is tegen het oordeel van de kantonrechter dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst en dat lid 4 van artikel 7:658 BW niet van toepassing is op de gedetineerde, niet geklaagd. Bij het hof ligt alleen de vraag voor of door de Staat onrechtmatig gehandeld is. Het hoger beroep is dus uitdrukkelijk beperkt tot deze beslissing in de bestreden uitspraak, te weten of er voldoende gesteld is voor het aannemen van een onrechtmatige daad en de Staat daarom toch aansprakelijk is.

Het hof overweegt als volgt. Er is kennelijk geen eenduidige (veilige) norm, wat op zichzelf al vraagtekens oproept over de *begeleiding* van en het *toezicht* op de werkzaamheden.<sup>34</sup> Ook had de Staat er in elk geval op moeten *toezien* dat de afstand goed was afgesteld, voordat de gedetineerde aan zijn werkzaamheden begon. Niet gesteld of gebleken is dat die *controle* door de Staat ook heeft plaatsgevonden en het hof vindt het *nalaten van een dergelijke controle* onrechtmatig en toerekenbaar.<sup>35</sup> Daarnaast overweegt het hof dat, ondanks het feit dat bij het eerste gebruik uitleg heeft plaatsgevonden over het instellen van de afstand én de gedetineerde ook wist hoe dit moest, de Staat een *zorgplicht* heeft.<sup>36</sup> Ook acht het hof het van belang dat het feit dat vaststaat dat voorafgaand aan de werkzaamheden *geen instructies* zijn gegeven voor de werkzaamheden en dat dat volgens de Staat ook niet nodig was, nu gedetineerde bekend was met soortgelijke plaatjes, niets afdoet aan de zorgplicht.<sup>37</sup> Dergelijke begrippen worden door rechters bij uitstek gebruikt wanneer zij toetsen of een werkgever aan diens zorgplicht, zoals neergelegd in artikel 7:658 lid 1 BW, heeft voldaan.

De Staat had moeten inzien dat een *deugdelijke instructie* uit het oogpunt van veiligheid nodig was. Ook de stel-

30 Conclusie A-G voor HR 8 september 2017, ECLI:NL:PHR:2017:934, punt 5.7.

31 Rb. Rotterdam 27 maart 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:2905, r.o. 4.2.

32 Rb. Rotterdam 27 maart 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:2905, r.o. 4.5.

33 Rb. Rotterdam 27 maart 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:2905, r.o. 4.4 en 4.5.

34 Hof Den Haag 20 juli 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:1660, r.o. 6.3.

35 Hof Den Haag 20 juli 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:1660, r.o. 6.5.

36 Hof Den Haag 20 juli 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:1660, r.o. 6.5.

37 Hof Den Haag 20 juli 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:1660, r.o. 6.6.

ling dat onjuist en onoordeelkundig gebruik de oorzaak van het ongeval is geweest, bevrijdt de Staat niet van aansprakelijkheid. Er wordt namelijk niet gemotiveerd dat de handelwijze dermate *roekeloos of onvoorzichtig* was dat het ongeval ook bij *voldoende instructie* zou hebben plaatsgevonden.<sup>38</sup> De *verantwoordelijkheid* om te zorgen voor *veilige apparatuur* ligt primair bij de Staat en het is eveneens diens *verantwoordelijkheid* gedetineerde *in te lichten over risico's* en *uitleg* te geven op welke manier het werk *veilig* uitgevoerd kan worden.<sup>39</sup> Tot slot overweegt het hof dat de beslissing van de Inspectie SZW slechts één van de omstandigheden is die van belang zijn voor de beoordeling van de vereisten van artikel 6:162 BW. Echter, alle omstandigheden van het geval zijn van belang en het gaat om een zelfstandige beoordeling van het hof.<sup>40</sup> Het hof komt op grond van bovenstaande tot onrechtmatig handelen en de Staat is dus aansprakelijk voor alle schade die de gedetineerde ten gevolge van het ongeval tijdens de werkzaamheden binnen de penitentiaire inrichting heeft opgelopen.

## 6. Nadere beschouwing uitspraak rechtbank Rotterdam

In deze paragraaf zal kritisch gereflecteerd worden op de uitspraak van de rechtbank Rotterdam aan de hand van het geldend recht. De uitspraak staat in de eerste plaats haaks op de uitspraken van de RSJ die er wél van uitgaan dat bij werkzaamheden door gedetineerden een arbeidsovereenkomst met de penitentiaire inrichting wordt aangegaan. De civielrechtelijke beoordeling correspondeert dus niet met de strafrechtelijke beoordeling. De uitspraak is in de tweede plaats opmerkelijk, omdat de kantonrechter niet kijkt naar de feitelijke rechten en verplichtingen van partijen, hetgeen wel noodzakelijk is bij de beoordeling van een rechtsverhouding voor eventuele werkgeversaansprakelijkheid. De civiele rechter lijkt zijn oordeel met name op te hangen aan het (op de achtergrond) toepasselijk strafrechtelijk kader wat deze rechtsverhouding gedeeltelijk inkleurt.

### 6.1 Heeft gedetineerde inderdaad geen arbeidsovereenkomst?

Volgens de toonaangevende uitspraak van de Hoge Raad uit 2020 dient aan de hand van overeengekomen rechten en plichten te worden nagegaan of aan de wettelijke omschrijving van de arbeidsovereenkomst wordt voldaan. Tegenover het verrichten van arbeid door de gedetineerde staat inderdaad de verplichting van de penitentiaire inrichting tot het betalen van loon, namelijk € 0,90 per uur (neergelegd in de Rag). Dat dit ver onder het

minimumloon ligt, doet niets af aan het feit dat het hier om een tegenprestatie van de werkverschaffer gaat. Hoewel de rechtbank dit niet expliciet noemt, is ook sprake van het element 'gedurende zekere tijd', omdat de arbeid plaatsvindt in een zeer afgebakende periode, namelijk de periode dat de gedetineerde in de penitentiaire inrichting verblijft.

Ten aanzien van de gezagsverhouding is de Rag eveneens van belang. In de Rag staat ten aanzien van de soorten arbeid uitdrukkelijk opgenomen dat het gaat om het verrichten van werkzaamheden op een door de penitentiaire inrichting aangewezen plaats, het uitvoeren van een door de directeur nader omschreven taak en dat de directeur bepaalt voor welke vorm van arbeid een gedetineerde in aanmerking komt. De bevoegdheid om aanwijzingen en instructies over werkinhoud te geven is dus nadrukkelijk beschreven. Er is dus inderdaad sprake van een gezagsverhouding.

In de PBW is per 1 juli 2021 bepaald dat de gedetineerde in de gelegenheid gesteld kan worden deel te nemen aan arbeid en dat de directeur zorg kan dragen voor de beschikbaarheid hiervan. De plicht tot arbeid is per 1 juli 2021 uitdrukkelijk komen te vervallen. De directeur is niet verplicht om arbeid aan te bieden, de gedetineerde is niet verplicht deze te aanvaarden. Wanneer arbeid beschikbaar wordt gesteld én de gedetineerde aanvaardt deze beschikbare arbeid, is juridisch gezien sprake van een tot stand gekomen overeenkomst op grond van artikel 6:217 BW. Het betreft namelijk een vrije keuze van betrokken partijen. De afspraken over arbeid worden vervolgens gezamenlijk en in overleg schriftelijk vastgelegd in een D&R-plan. Daarnaast wordt bij de aanstelling zelf ook nog een contract ondertekend door partijen (zie uitspraken RSJ). De overweging van de rechtbank dat partijen hiertoe geen overeenkomst hebben gesloten, klopt dus niet.

Geconcludeerd kan worden dat – in juridische zin – aan alle elementen van een arbeidsovereenkomst wordt voldaan. Dit noopt tot de vraag of de wetgever heeft bedoeld deze rechtsverhouding daadwerkelijk als arbeidsovereenkomst te kwalificeren. Is het wenselijk om deze rechtsverhouding als zodanig te duiden? Een arbeidsovereenkomst brengt namelijk ook andere rechten en verplichtingen met zich mee, zoals bijvoorbeeld het recht op minimumloon, vakantiedagen, ziektegeld, proeftijd, opzegtermijn, ontslag, transitie- en/of ontslagvergoeding, verlof en eventuele uitkeringen van het UWV. Het is onduidelijk of de wetgever deze verregaande bescherming voor gedetineerden heeft bedoeld, maar gezien het feit dat gedetineerden wettelijk zijn uitgesloten van onder andere uitkeringen, lijkt dit niet het geval te zijn.<sup>41</sup>

Concluderend gaat het hier om een rechtsverhouding van eigen aard die – ondanks het feit dat deze voldoet

38 Hof Den Haag 20 juli 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:1660, r.o. 6.8.

39 Hof Den Haag 20 juli 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:1660, r.o. 6.10.

40 Hof Den Haag 20 juli 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:1660, r.o. 6.1.

41 De vraag of het rechtvaardig is dat dit tot uitsluiting van genoemde werknemersrechten leidt, valt buiten het bestek van deze bijdrage.



aan alle elementen van een arbeidsovereenkomst – in grote mate wordt beheerst door elders geregelde wettelijke regelingen. De motivering van dit oordeel is echter gebrekkig. Door te oordelen dat het hier niet gaat (of zou kunnen gaan) om een bijzondere arbeidsovereenkomst, wordt aan gedetineerden een belangrijke zorgplicht van de werkgever ontzegd, terwijl zij net als ieder ander waardevolle arbeid voor een werkverschaffer verrichten. Hierdoor worden zij in een aanzienlijk zwakkere rechtspositie geplaatst.

## 6.2 Is een gedetineerde inderdaad geen persoon zonder arbeidsovereenkomst?

Ten aanzien van artikel 7:658 lid 4 BW overweegt de rechtbank dat het nimmer de bedoeling van de wetgever is geweest om gedetineerden onder dit artikellid te laten vallen, omdat de uitgevoerde werkzaamheden niet behoren tot de uitoefening van het beroep of bedrijf van de penitentiaire inrichting. Deze motivering sluit niet aan bij het geldend recht.

Wanneer aansluiting wordt gezocht bij de uitleg (zowel in de parlementaire geschiedenis als de uitspraken van de Hoge Raad) van artikel 7:658 lid 4 BW dient men te kijken naar (i) de feitelijke verhouding tussen gedetineerden en de penitentiaire inrichting; (ii) de invloed van de penitentiaire inrichting op de werkzaamheden; (iii) de aard van de werkzaamheden en of deze door eigen werknemers gedaan kunnen worden; (iv) de verantwoordelijkheid van de penitentiaire inrichting bij het verstrekken van de werkzaamheden en (v) het medeweten en de goedkeuring van de penitentiaire inrichting bij de werkzaamheden.

De feitelijke verhouding tussen partijen kenmerkt zich door ondergeschiktheid van de gedetineerde ten aanzien van arbeid. De directeur van de penitentiaire inrichting beslist immers of arbeid wordt aangeboden en, zo ja, welke werkzaamheden gedaan moeten worden. De aard van de werkzaamheden is veelzijdig en deze zouden – in theorie – ook door eigen werknemers gedaan kunnen worden. Het doet niet ter zake dat deze werkzaamheden nimmer door de werknemers van de penitentiaire inrichting zouden zijn uitgevoerd.

Het lijkt erop dat de kantonrechter het *doel* van een penitentiaire inrichting bij deze overweging als uitgangspunt heeft genomen voor diens beoordeling: een door de overheid beheerde instelling waar gedetineerden een aan hen opgelegde straf uitzitten. Echter, een doelstelling van een bedrijf is uitdrukkelijk niet het juridisch kader voor beoordeling van de vraag of een persoon valt onder artikel 7:658 lid 4 BW.

Verder gaat het volgens de kantonrechter om speciaal in het leven geroepen werkzaamheden om gedetineerden een zinvolle tijdsbesteding te geven. Dit impliceert dat het zou gaan om niet-waardevolle arbeid, maar dat is feitelijk onjuist. Het gaat veelal om schoonmaakwerkzaamheden, keukendiensten, werkzaamheden in de wasserette etc. Het betreffen wel degelijk werkzaamhe-

den die voor de penitentiaire inrichting waardevol zijn en nut hebben. Het gaat om bedrijfseconomische arbeid. In het hypothetische geval dat de gedetineerden taken zoals keukendiensten, schoonmaakwerkzaamheden niet zouden uitvoeren, zou de penitentiaire inrichting hier eigen werknemers voor aannemen of derden voor inhuren. De penitentiaire inrichting bespaart als het ware bedrijfskosten door hier geen externe partijen voor te moeten inhuren of extra werknemers te moeten aannemen. Weliswaar draagt arbeid bij aan een zinvolle dagbesteding, maar deze is niet speciaal in het leven geroepen voor deze dagbesteding. Arbeid is slechts de hoofdactiviteit van de dagbesteding en niet verplicht.

Ook bij In-Made-werkzaamheden gaat het om arbeid van nut voor de werkverschaffer, waarvoor de gedetineerde persoonlijk wordt aangesteld. Het gaat om een productiebedrijf van de penitentiaire inrichting, een bedrijf dat verschillende diensten aan overheid en bedrijfsleven levert.<sup>42</sup> In-Made heeft – volgens het eigen jaarverslag – een gezond verdienmodel met een omzet van ruim € 8 miljoen (2020).<sup>43</sup> Het bedrijf heeft een eigen salesteam voor bedrijven die werkzaamheden willen uitbesteden. Dit geldt ook voor extramurale arbeid (Ex-Made), waarbij een overeenkomst wordt gesloten tussen een werkgever en de DJI. De gedetineerde (waarvan per persoon wordt gekeken of dit mogelijk is) wordt aan het werk gezet bij een extern bedrijf. In de factsheet voor werkgevers staat opgenomen dat een arbeidsovereenkomst wordt overeengekomen.<sup>44</sup> Het gaat om een inleenconstructie. Betalingen via payroll zijn niet ongewoon. De penitentiaire inrichting treedt dus feitelijk op als detachingsbedrijf en heeft profijt van deze uitleenconstructie. Bij Ex-Made-werk wordt verder zelfs nog specifiek genoemd dat niet buiten de medewerkers van de penitentiaire inrichting om over andere arbeidsvoorwaarden mag worden onderhandeld.

Tot slot noemt de kantonrechter dat het moet gaan om werkzaamheden die overgenomen zouden kunnen worden door eigen werknemers. Uit de uitspraak van de Hoge Raad in de parochiezaak volgt juist dat het feit dat werkzaamheden nimmer door eigen werknemers zouden zijn uitgevoerd niet ter zake doet. Feitelijk gezien zien de werkzaamheden – vooral binnen de penitentiaire muren – juist op het reilen en zeilen binnen de penitentiaire inrichting. Ze bieden namelijk structuur en zijn daadwerkelijk functioneel. Daarbij is ook nog van belang dat het de verantwoordelijkheid (en dus de taak) is van de penitentiaire inrichting om arbeid aan te bieden. De werkzaamheden vinden met medeweten en goedkeuring van de penitentiaire inrichting plaats. Concluderend gaat het in het geval van een gedetineerde die arbeid verricht ten behoeve van een penitentiaire inrichting (binnen en buiten de muren) dus wel degelijk

42 <https://www.in-made.nl/diensten>.

43 Jaarverslag In-Made/Ex-Made 2020, 14 april 2021.

44 <https://www.in-made.nl/documenten/publicaties/2019/11/04/factsheet-voor-werkgevers>.



om een persoon die onder de reikwijdte van artikel 7:658 lid 4 BW valt.

## 7. Nadere beschouwing uitspraak hof Den Haag

In hoger beroep is tegen het oordeel van de kantonrechter, dat geen sprake is van een arbeidsovereenkomst en dat gedetineerden niet onder artikel 7:658 lid 4 BW vallen, dus niet geklaagd.<sup>45</sup> Bij het hof ligt alleen de vraag voor of onrechtmatig gehandeld is. Ten aanzien van de onrechtmatige daad, te weten de zorgplicht ter voorkoming van gevaarlijke situaties, gelden de zogeheten Kelderluik-criteria.<sup>46</sup> Het gaat dan om de mate van waarschijnlijkheid waarmee de niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid kan worden verwacht, hoe groot de kans is dat daaruit ongevallen ontstaan, de ernst die de gevolgen daarvan kunnen hebben en de mate van bezwaarlijkheid van te nemen veiligheidsmaatregelen. Deze criteria worden door het hof echter niet als zodanig genoemd.

In de uitspraak lijkt het hof juist dicht bij de zorgplicht van de werkgever te willen blijven. Het hof motiveert zijn uitspraak met zorgplicht gerelateerde termen die voortvloeien uit artikel 7:658 lid 1 BW (de zorgplicht van werkgevers), zoals begeleiding bij de werkzaamheden, toezicht houden op de werkzaamheden, controle op en voorafgaand aan de werkzaamheden, een eigen zorgplicht naast die van de gedetineerde, het geven van voldoende instructies vanuit het oogpunt van veiligheid, primair verantwoordelijkheid zijn voor veilige apparatuur – zowel van tevoren als gedurende de werkzaamheden van die dag –, inlichtingen over risico's en uitleg over veilig werken. Ook noemt het hof dat de Staat heeft nagelaten te motiveren dat eventueel roekeloos is gehandeld, hetgeen bij werkgeversaansprakelijkheid een term van een gekwalificeerde vorm van eigen schuld is die de werkgever dient te bewijzen.

Aan de elementen van de onrechtmatige daad mag en kan altijd getoetst worden in het geval van handelen of nalaten van een ander. Echter, de stelplicht en bewijslast ligt dan bij benadeelde. In het geval van gedetineerden moet informatie worden verkregen middels Woo-procedures (voorheen: WOB-procedures). Het is voor hen daardoor geen gemakkelijke opgave om bewijs te leveren van een onrechtmatige (overheids)daad. Het hof lijkt in deze uitspraak echter geen (directe) aansluiting te zoeken bij de Kelderluik-criteria, maar plaatst de omstandigheden in het kader van de zorgplicht van de werkgever (de facto risico naar schuld). Wat tot slot nog opvalt, is dat het hof minder waarde hecht aan het oordeel van de Inspectie SZW dan de rechtbank. Echter, nu beide instanties het oordeel van de Inspectie SZW wel

degelijk in hun motivering noemen, impliceert dit dat de meldingsplicht conform artikel 9 Arbeidsomstandighedenwet bij dit soort ongevallen gewoon geldt. De Arbeidsomstandighedenwet an sich is dus van toepassing.

## 8. Conclusie en aanbevelingen

In het geval van letselschade opgelopen tijdens werkzaamheden in de penitentiaire inrichting door gedetineerden, zijn er drie grondslagen voor aansprakelijkheid van de Staat. Het betreft primair artikel 7:658 lid 2 BW (aansprakelijkheid op grond van een persoon met arbeidsovereenkomst) en subsidiair artikel 7:658 lid 4 BW (aansprakelijkheid voor een persoon zonder arbeidsovereenkomst). Bij deze twee grondslagen leidt dit tot in beginsel gegeven aansprakelijkheid en een door de werkgever te bewijzen zorgplicht waaraan getoetst wordt. Meer subsidiair kan ook artikel 6:162 BW (onrechtmatige overheidsdaad) ten grondslag worden gelegd.

De rechtsverhouding tussen de gedetineerde en de penitentiaire inrichting voldoet aan alle vereisten van een arbeidsovereenkomst. Toch heeft de wetgever vermoedelijk niet bedoeld om alle werknemersrechten die hieruit voortvloeien (onverkort) te laten gelden voor gedetineerden.<sup>47</sup> Of dat echter ook tot gevolg moet hebben dat gedetineerden een zorgplicht ten aanzien van veilige arbeidsomstandigheden moet worden ontzegd, is in mijn ogen juridisch niet verdedigbaar. Hoewel het dus gaat om een rechtsverhouding *sui generis* (er is immers sprake van aanbod en aanvaarding), moet een rechtstreeks beroep op artikel 7:658 lid 1 en 2 BW in mijn optiek toch mogelijk zijn als ware het een exceptie.

Een geslaagd beroep op werkgeversaansprakelijkheid op grond van werkgever-/werknemerschap door gedetineerden is – om bovengenoemde redenen – echter geen gegeven. Ten aanzien van artikel 7:658 lid 4 BW is dit anders. De vraag is of de wetgever heeft bedoeld gedetineerden onder dit artikellid te laten vallen. In het licht van de overwegingen van de Hoge Raad, de parlementaire geschiedenis en de toelichting van de minister ten aanzien van derden, blijkt duidelijk dat het artikel bedoeld is voor personen waarbij de zorg voor veilige arbeidsomstandigheden is overgelaten aan een derde. Juist op basis van het achterliggende strafrechtelijk kader kan geconcludeerd worden dat gedetineerden voor veilige arbeidsomstandigheden in hoge mate afhankelijk zijn van de penitentiaire inrichting. Het valt juridisch niet te verdedigen waarom de Staat geen zorgplicht heeft ten aanzien van veilige werkomstandigheden voor gedetineerden. Temeer nu er door hen veelvuldig arbeid wordt verricht ten behoeve van de Staat in een omgeving waar de Staat volledig verantwoordelijk voor is en volledige invloed op heeft.

45 Hof Den Haag 20 juli 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:1660.

46 HR 5 november 1965, NJ 1966/136.

47 Zo zou het wettelijk minimumloon het arbeidsloon van gedetineerden opzietten.

Dit betekent dat de penitentiaire inrichting de verplichting heeft om zodanige maatregelen te treffen als redelijkerwijs mogelijk is om gevaarlijke situaties te voorkomen, dan wel hiervoor te waarschuwen.<sup>48</sup> Het houdt in dat de Staat bekend moet zijn met de gevaren aan het gebruik van bijvoorbeeld machines en daarbij de focus moet liggen op het treffen van maatregelen.<sup>49</sup> Van de Staat kan worden gevergd dat op de omstandigheden van het geval toegesneden toezicht wordt gehouden op behoorlijke naleving van de gegeven instructies.<sup>50</sup> De gunstige bewijslastverdeling van lid 2, die door analoge toepassing doorwerkt, geldt dan ook voor gedetineerden. De bewijspositie wordt daarmee aanzienlijk verbeterd, aangezien op dit moment voor het verkrijgen van informatie over ongevallen binnen de penitentiaire inrichting (stugge) Woo-procedures noodzakelijk zijn. De zorgplicht en in beginsel gegeven aansprakelijkheid geldt zowel voor werkzaamheden binnen de muren van de penitentiaire inrichting, als bij In-Made-werkzaamheden en Ex-Made-werkzaamheden.

Wanneer gedetineerden niet onder dit artikellid zouden vallen, zou dit meebrengen dat zij in de praktijk – voor de stelplicht en bewijslast bij artikel 6:162 BW – vaak onmogelijk aan hun bewijslast kunnen voldoen. Dit is onredelijk nu ook een gedetineerde immers niet om een arbeidsongeval heeft gevraagd. Het is voor de gedetineerde van belang dat in een vroeg stadium bewijs wordt veiliggesteld, al dan niet met behulp van de (strafrecht) advocaat van de gedetineerde. Doorgaans zijn er camerabeelden beschikbaar en dient de Arbeidsinspectie aangeschreven te worden met het verzoek om – wanneer geen onderzoek ingesteld is – dit alsnog te doen. Middels een Woo-verzoek kunnen interne documenten van de penitentiaire inrichting zelf worden opgevraagd (interne melding, correspondentie over het ongeval, toedrachtonderzoek etc.).

Ten aanzien van de onrechtmatige daad blijkt dat het hof het handelen of nalaten van de Staat in ieder geval plaatst binnen het kader van de zorgplicht van werkgevers zoals neergelegd in artikel 7:658 lid 1 BW. Uit zowel de uitspraak in eerste aanleg als de uitspraak van het hof blijkt dat de Arbeidsomstandighedenwet van toepassing is in het geval van arbeid verricht door gedetineerden. Dit biedt sowieso aanknopingspunten en perspectief voor aansprakelijkheid op grond van de onrechtmatige daad.

De vraag die het voorgaande echter oproept, is of een dergelijke zorgplicht en in beginsel gegeven aansprakelijkheid wel zou moeten gelden ten aanzien van diegenen die zich door ‘eigen toedoen’ binnen de muren van een penitentiaire inrichting begeven. Zou hen wel een gunstige bewijspositie moeten toekomen? Mijns inziens

is dit het geval, aangezien rechtsvragen zuiver juridisch en onbevooroordeeld beantwoord moeten worden. Het valt in de situatie van gedetineerden niet te verdedigen waarom artikel 7:658 lid 4 BW niet van toepassing is, enkel en alleen omdat strafrechtelijke regelgeving deze rechtsverhouding nader inkleurt. Deze wetgeving symboliseert nu juist hetgeen waar artikel 7:658 lid 4 BW voor bedoeld is, namelijk het beschermen van een persoon die is overgeleverd aan een derde ten aanzien van veilige werkomstandigheden. Dit maakt dat zowel de penitentiaire inrichting zelf en haar productiebedrijven – net als ieder ander bedrijf – zorg moet dragen voor een veilige werkomgeving voor haar werknemers, of dit nu gedetineerden zijn of niet. Indien daarin tekort wordt geschoten, moet daarvoor ook – op gelijke voet – aansprakelijkheid bestaan.

48 HR 5 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1463, NJ 2005, 215 (*De Lozerhof/Van Duyvenbode*).

49 HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3313, NJ 2008, 460 (*Bayar/Wijnen*).

50 HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3519, NJ 2015, 182 (*Pelowski/BTS en Vernooij*).