

uitspraak vastgesteld op € 783,- voor verschotten en op € 2.228,- voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief;

verklaart deze beschikking ten aanzien van de daarin vervatte veroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

wijst het meer of anders gevorderde af.

11

Werkgever aansprakelijk jegens derden voor fout van ondergeschikte werknemer

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp
Leeuwarden
22 november 2022, nr. 200.241.879/02,
ECLI:NL:GHARL:2022:10042
(mr. De Hek, mr. Willemse, mr. Aksu)
Noot mr. C.L.C. Reynaers

Aansprakelijkheid. Ondergeschikte. Causaal verband. Relativiteit. Materiële schade.

[BW art. 6:170]

De werknemer heeft als monteur van een garagebedrijf onderhoud gepleegd aan de versnellingsbak van een tractor. Bij dit onderhoud heeft de monteur een fout gemaakt als gevolg waarvan de tractor op een spoorwegovergang is stil blijven staan. Een aankomende trein botst vervolgens op de tractor waarbij schade aan de trein en het spoor ontstaat. NS (trein) en Prorail (spoor) krijgen hun schade vergoed van verzekeraar Vivat en cederen hun vordering op het garagebedrijf aan de verzekeraar. De verzekeraar stelt vervolgens het garagebedrijf als werkgever van de betreffende monteur aansprakelijk op grond van art. 6:170 BW. De kantonrechter wijst de vorderingen van de verzekeraar af, vanwege het ontbreken van een conditio sine qua non verband (csqn-verband). Het hof benoemde in een tussenarrest een deskundige die een oordeel heeft gegeven over het csqn-verband tussen de foutief uitgevoerde reparatie en het schadeveroorzakende ongeval. De deskundige bevestigt dit csqn-verband. Thans wijst het hof eindarrest over de aansprakelijkheid en de schade.

Het hof oordeelt dat vaststaat dat het stilvallen van de tractor is veroorzaakt door de fout van de

monteur. Hiermee is een veiligheidsnorm geschonden, namelijk dat motorvoertuigen veilig aan het openbaar verkeer kunnen deelnemen. De geschonden veiligheidsnorm strekt zich ook uit tot belangen van derden, zoals in dit geval de eigenaren van de trein en het spoor, zodat aan het relativiteitsvereiste is voldaan. Dat niet het garagebedrijf maar de monteur de veiligheidsnorm heeft geschonden maakt dit niet anders, nu het garagebedrijf risicoaansprakelijk is voor de fouten van zijn monteur als werknemer. Dat geen sprake is van een grove fout, maar van onoplettendheid, maakt niet dat daarmee het onrechtmatig handelen wordt weggenomen. Juist bij motorvoertuigen als een tractor kunnen kleine onoplettendheden grote gevolgen hebben, hetgeen noopt tot extra voorzichtigheid. Het feit dat de chauffeur van de tractor eventueel ook fouten zou hebben gemaakt, neemt het csqn-verband tussen de fout van de monteur en de schadeveroorzakende gebeurtenis niet weg. Beiden zijn hoofdelijk aansprakelijk. Nu de norm van art. 6:170 BW zich ook uitstrekt tot materiële schade is het garagebedrijf aansprakelijk voor de gevorderde schade van € 423.827.

NB. Voor aansprakelijkheid op grond van art. 6:170 BW is van belang dat de werkgever concrete zeggenschap heeft over de werkzaamheden van de ondergeschikte. De inlenende werkgever is bijvoorbeeld ook aansprakelijk voor bij hem tewerkgestelde uitzendkrachten die een fout maken.

*Vivat Schadeverzekeringen N.V. te Zoetermeer, appellante,
bij de rechtbank: eiseres,
hierna: Vivat,
advocaat: mr. W.A.M. Rupert, die kantoor houdt te Rotterdam,
tegen
de vennootschap naar Duits recht [geïntimeerde] & Co GmbH te [vestigingsplaats], Duitsland,
geïntimeerde,
bij de rechtbank: gedaagde,
hierna: [geïntimeerde],
advocaat: mr. I.K.M. Hoffmann, die kantoor houdt te Enschede.*

1. Het verdere verloop van de procedure bij het hof (...; red.)

2. De verdere beoordeling van het geschil

Waar gaat het (nog) om?

2.1. Op 5 december 2007 vond op een spoorwegovergang in de omgeving van Coevorden een aanrijding plaats tussen een tractor met dieplader van het bedrijf Westo en een goederentrein. De motor van de tractor, een Deutz-Fahr, type Agrotton K110, was afgeslagen en de chauffeur slaagde er niet in de motor tijdig aan de praat te krijgen. Westo had de tractor begin 2007 gekocht van Same Deutz-Fahr Deutschland GmbH (hierna: SDF). Op 14 november 2007 had [geïntimeerde] onderhoud verricht aan de tractor en ook reparatiewerkzaamheden aan de versnellingsbak. Laatstgenoemde werkzaamheden waren werkzaamheden die onder de fabrieksgarantie vielen. [geïntimeerde] heeft deze werkzaamheden bij SDF in rekening gebracht.

2.2. Westo is aansprakelijk gesteld door NS en Prorail. Haar (aansprakelijkheids) verzekeraar Vivat heeft € 338.847,82 aan NS en € 84.980,- aan Prorail betaald ter vergoeding van de geleden schade. NS en Prorail hebben hun vordering op de aansprakelijke partijen aan Vivat gecedeerd.

2.3. Vivat heeft SDF en [geïntimeerde] aansprakelijk gesteld en is een procedure tegen hen begonnen bij de rechtbank Noord-Nederland (locatie Assen). De rechtbank heeft de vorderingen afgewezen. In het tussenarrest van 13 april 2021 heeft het hof de beslissing van de rechtbank om de vordering tegen SDF af te wijzen bekrachtigd. De procedure tegen SDF is daarmee geëindigd.

2.4. In dat tussenarrest heeft het hof betreffende de vordering op [geïntimeerde] overwogen dat het er op basis van een door de deskundigen van HAN verricht onderzoek vanuit gaat dat de tractor stil is komen te staan vanwege een knik in de brandstofleiding¹. Verder heeft het hof overwogen dat Vivat nog niet heeft bewezen dat de monteur van [geïntimeerde] bij de (garantie)werkzaamheden van november 2007 een fout heeft gemaakt en dat het op dit punt behoefte heeft aan voorlichting door een of meer deskundigen. Het hof heeft partijen in de gelegenheid gesteld zich over de benoeming van een of meer deskundigen en over de aan deze deskundige(n) te stellen vragen – het hof deed in het arrest al een ‘voorzet’ – uit te laten.

2.5. In het tussenarrest van 11 januari 2022 heeft het hof de deskundige benoemd. De deskundige heeft op 30 juni 2022 gerapporteerd. Het gaat er nu om of Vivat met dit rapport (in combinatie met ander bewijs) heeft bewezen dat de monteur van [geïntimeerde] bij de reparatiewerkzaamheden van 14 november 2007 een fout heeft gemaakt. Indien dat het geval is, zal het hof ook moeten beslissen of [geïntimeerde] (volledig) aansprakelijk is voor de schade ten gevolge van het spoorwegongeval.

2.6. Het hof vindt dat [geïntimeerde] volledig aansprakelijk is voor de schade ten gevolge van het spoorwegongeval. Het hof zal dit oordeel hierna motiveren.

Het hof zal uitgaan van het rapport van de deskundige

2.7. Het hof stelt vast dat partijen geen kritiek hebben op de wijze waarop de deskundige zijn onderzoek heeft verricht en diens deskundigheid niet in twijfel hebben getrokken. Zij betwisten de bevindingen van de deskundige niet inhoudelijk.

2.8. Het hof ziet ook zelf geen reden om de deskundige niet te volgen in zijn bevindingen. De deskundige heeft de aan hem gestelde vragen beantwoord. Hij heeft zijn concept-rapport aan partijen voorgelegd en heeft in zijn eindrapport inhoudelijk gereageerd op de opmerkingen van [geïntimeerde] (Vivat had geen opmerkingen bij het concept-rapport). Hij heeft de antwoorden op die vragen helder en duidelijk onderbouwd. Zijn bevindingen zijn begrijpelijk, consistent en niet in strijd met ander bewijs in deze procedure (zoals het rapport van HAN). Het rapport kan dan gebruikt worden voor het bewijs.

Met het rapport is bewezen dat de monteur van [geïntimeerde] een fout heeft gemaakt

2.9. De deskundige heeft na een uitgebreide beschrijving van de beschikbare informatie, van zijn onderzoeksmethode en van het door hem verrichte onderzoek, de vragen van het hof als volgt beantwoord:

‘a) Door welke oorzaken kan de knik in de brandstofleiding, die door de onderzoekers van HAN is vastgesteld, zijn ontstaan?’

Antwoorden:

– Het knikken kan alleen maar door toedoen van [geïntimeerde] bij de montage van de brandstoftank en de cabine zijn ontstaan ten tijde van de garantiereparatie aan de versnellingsbak.

¹ Grief 2 van Vivat slaagt dus.

– Onder de cabine liggen meerdere slangen leidingen en de ruimte is beperkt.

– Een invloed van de tractor zelf is, gezien de bevindingen bij de reconstructie bij [geïntimeerde], onmogelijk.

– De positie van de aanzuigslang is feitelijk alleen bereikbaar bij een gedemonteerd linker achterwiel.

– Een invloed vanuit de omgeving, bijv. omdat er iets tussendoor wordt geslagen of door de band wordt opgeworpen, is onmogelijk.

b) Kan een dergelijke knik (ook) ontstaan bij de reparatie die in november 2007 heeft plaatsgevonden?

Zo ja, op welke manier en zou dat bij zorgvuldige uitvoering van de reparatie zijn voorkomen?

Antwoorden:

– Vaststaat dat [geïntimeerde] bij die reparatie de cabine en ook de brandstoftank heeft moeten demonteren. Of de knik voorafgaand aan de garantie reparatie aan de versnellingsbak aanwezig is geweest, is niet relevant.

– De meest aannemelijk uitleg is dat bij de montage van de cabine de slang in een onbedoelde positie is gedrukt waarbij de knik met een hoek van globaal 90° is ontstaan.

– [geïntimeerde] heeft de reparatie aan de versnellingsbak ongetwijfeld op een zorgvuldige manier uitgevoerd maar blijkbaar de positie van de slangen onder de cabine niet of onvoldoende gecontroleerd.

– De subvraag van [geïntimeerde] onder punt C of een knik een vaker voorkomend probleem is kan in die zin positief beantwoord worden. De term vaker is echter een subjectief oordeel. Vanuit eigen ervaring ben ik bekend met situaties waarbij de brandstof aanzuig gehinderd is en dat daardoor klachten ontstaan die alleen onder specifieke omstandigheden, met name wanneer meer motorvermogen wordt gevraagd, merkbaar zijn.

c) Als een dergelijke knik bij de reparatie ontstaat, hoe groot is de kans dat dit wordt ontdekt wanneer de tractor na de reparatie op vol vermogen wordt getest? Zijn er andere manieren om na de reparatie te testen of een knik in de brandstofleiding is ontstaan?

Antwoorden:

– Zoals bij de reconstructie is vastgesteld heeft het rubber een grote weerstand tegen knikken en blijft bij een knik van globaal 90 graden nog een voldoende grote inwendige diameter over.

– Verder is vastgesteld dat het rubber door vermoeiing een afnemende weerstand tegen het knikken heeft.

– Vastgesteld is dat bij een volledige afsluiting van de brandstofstang door handmatig knikken de motor nog in staat is om gedurende enkele minuten een normale motorprestatie te leveren.

– Het is dus de vraag of tijdens de vermogenstest na de reparatie, de weerstand van de slang tegen het knikken al voor een dermate afname van de doorstroomopening in de slang heeft gezorgd, dat dit meetbaar en merkbaar is geweest.

– Van de vermogenstest na de garantiereparatie is in het dossier geen documentatie voorhanden.

– Bij het testen op volvermogen is het van belang om niet alleen naar de vermogensoutput te kijken maar ook naar diverse werkdrukken. Onder andere de werkdruk van het brandstofsysteem maar ook naar hydraulische werkdrukken.

– Kortom, of [geïntimeerde] getest heeft, hoelang en welke controles allemaal zijn uitgevoerd is zover ons bekend niet vastgelegd.

– Tijdens en na een reparatie, dus voorafgaand aan een vermogenstest, zal iedere monteur zijn werkzaamheden visueel moeten controleren en zich moeten vergewissen dat er niets over het hoofd is gezien en dat alles op juiste wijze is gemonteerd. Een vermogenstest is dan een laatste controle en bevestiging dan niets over het hoofd is gezien en de machine naar behoren functioneert.

d) Als een dergelijke knik bij de reparatie ontstaat, hoe lang duurt het dan naar verwachting dat bij intensief gebruik van de tractor problemen in de brandstoftoevoer voordoen?

Antwoorden:

– Intensief gebruik van een tractor is bijvoorbeeld ploegen op het land. Met intensief wordt vermoedelijk in deze context 'op hoog vermogen' bedoeld.

– Het rijden op de openbare weg kan niet gezien worden als intensief gebruik of een situatie waarbij een hoog vermogen wordt gevraagd.

– De motor zal kortstondig op een hoger vermogen belast worden om de combinatie op snelheid te brengen. Als het voertuig eenmaal rijdt is er maar een beperkt vermogen nodig om de rolweerstand te overbruggen. De luchtweerstand speelt bij de rij-snelheid van een tractor maar een beperkte rol.

– De in de verklaring van de chauffeur genoemde topsnelheid van 42 km/h mag niet verward worden met het maximale vermogen. Constructief heeft Deutz een 42 km/h of een 50 km/h variant van dit type tractor. Daarbij spelen wettelijke beperkingen een rol die niet in alle Europese landen hetzelfde zijn.

– De meest aannemelijke uitleg waarom er een periode van globaal 100 uur met de tractor kon worden gewerkt is toegelicht in paragraaf 5.1. Door vermoeiing van het rubber wordt de weerstand tegen het knikken na verloop van tijd minder. Door de afgenomen weerstand tegen knikken zal de doorstroomopening in de knikzone in toenemende mate een afgeplatte ovaal worden. De verminderde doorlaat leidt er toe dat de brandstofpomp steeds meer moet gaan zuigen en op enig moment wordt de slang dicht gezogen en stagneert de brandstof toevoer.

– Vastgesteld tijdens de stationaire reconstructie is dat een eenmaal dicht geknikte slang niet meer de flexibiliteit heeft om terug te veren.

– Dat de slang na het incident nagenoeg geheel afgesloten was, is voldoende overtuigend door de onderzoekers van de HAN vastgesteld.

e) Hoe groot acht u de kans, gelet op wat u heeft vastgesteld over de mogelijke oorzaken van het ontstaan van de vastgestelde knik in de brandstofleiding en het gebruik dat van de tractor is gemaakt, dat de knik bij de reparatiewerkzaamheden is ontstaan? Speelt bij uw oordeel een rol dat ook in de slang van de airco een knik is ontstaan?

Antwoorden:

– Alles overwegende zijn de werkzaamheden, waarbij onder garantie de versnellingsbak werd gerepareerd, de enige mogelijkheid waarbij de knik geïntroduceerd is.

– Dat de slang van de airco installatie ook niet optimaal gepositioneerd is, draagt bij aan deze beoordeling.

f) Geeft uw onderzoek u aanleiding tot het maken van opmerkingen die mogelijk van belang zijn voor het oordeel over het geschil tussen partijen?

Antwoorden:

– Met alle ervaringen opgedaan gedurende beide reconstructies van deze specifieke situatie, en met name op basis van punt 7 van de reconstructie bij [geïntimeerde], zijn wij van oordeel dat de chauffeur meerdere momenten moet hebben meegeemaakt waarbij de brandstof- toevoer onvoldoende was. Dat moet merkbaar zijn geweest in een kortstondig haperend motorgedrag zoals ook tijdens de vermogenstest werd waargenomen.

– Duidelijk is echter ook dat het moment van nagenoeg geheel dichtknikken vrij plotseling moet zijn ontstaan. Argumenten voor dat standpunt zijn te vinden in het feit dat de tractor in de dagen voor het incident normaal kon worden gebruikt en dat direct na het incident de tractor telkens bleef hape-

ren en de motor na korte tijd weer afsloeg. Dat feit is overtuigend door de onderzoeker van HAN vastgesteld.’

2.10. Uit de antwoorden volgt dat de deskundige er zeker van is (zie zijn antwoorden op de vragen a, b en e) dat de knik in de brandstofleiding bij de door de monteur van [geïntimeerde] verrichte reparatiewerkzaamheden op 14 november 2007 is ontstaan. Volgens de deskundige is dat de enige mogelijkheid. Hij sluit andere oorzaken uit. Het hof volgt de deskundige in dat oordeel, dat door partijen trouwens ook niet ter discussie wordt gesteld².

2.11. Uit de antwoorden volgt ook dat het ontstaan van een knik bij deze werkzaamheden het gevolg is van het feit dat de monteur de positie van de slangen onder de cabine niet of onvoldoende heeft gecontroleerd (antwoord op vraag b). Het probleem van een knik in de brandstofleiding komt vaker voor (antwoord op vraag b) en tijdens en na een reparatie moet iedere monteur zijn werkzaamheden visueel controleren en zich ervan vergewissen dat niets over het hoofd wordt gezien (antwoord op vraag c).

2.12. Het hof neemt ook deze, niet door partijen bekritiseerde, bevindingen van de deskundige over. Er volgt naar het oordeel van het hof uit dat de monteur een fout heeft gemaakt. Het ontstaan van een knik in de brandstofleiding was vermijdbaar en zou bij een zorgvuldige (visuele) controle, die van de monteur verwacht had mogen worden, ontdekt zijn. In dit verband merkt het hof nog op dat uit het rapport van de deskundige volgt dat een knik in de slang bij het testen van de motor op vol vermogen niet zou zijn gebleken, zodat in het midden kan blijven of wel of niet op vol vermogen is getest. Het betrof ook geen onbekend, of zeer zeldzaam, fenomeen, waarop de monteur redelijkerwijs niet bedacht behoefde te zijn. Dat de deskundige ook heeft geschreven dat de monteur ‘ongetwijfeld op een zorgvuldige manier’ heeft uitgevoerd, doet hieraan niet af. Het is duidelijk dat de deskundige ziet op de eigenlijke reparatiewerkzaamheden, maar niet op de ook door de monteur te verrichten controle van (onder andere) de positie van de slangen. Dat volgt duidelijk uit de hiervoor aangehaalde andere onderdelen van de antwoorden van de deskundige. Al met al is de monteur tekortgeschoten in de zorg die van

² Grief 1 van Vivat slaagt.

hem verwacht mocht worden. Hij heeft dan ook een fout gemaakt waarvoor [geïntimeerde], als zijn werkgever, aansprakelijk is.

De door de monteur geschonden norm beschermt ook de belangen van derden, zoals NS en Prorail

2.13. [geïntimeerde] heeft aangevoerd dat de vordering van Vivat moet stranden op het relativiteitsvereiste: indien haar monteur al een fout heeft gemaakt door een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm niet in acht te nemen, dan gaat het om een norm die de verhouding tussen haar als opdrachtgever en Westo als opdrachtgever betreft. Die norm strekt niet ter bescherming van willekeurige verkeersdeelnemers en zeker niet van eigenaren van zaken ten behoeve van het spoorwagverkeer, aldus [geïntimeerde].

2.14. [geïntimeerde] heeft de opdracht gekregen om een tractor, een zwaar motorvoertuig waarmee (ook) op de openbare weg wordt gereden, te repareren. Wanneer zo'n tractor een defect heeft – de remmen weigeren bijvoorbeeld – kan dat ernstige gevaren opleveren voor de chauffeur van het voertuig, maar ook voor andere verkeersdeelnemers en daarnaast kan het leiden tot materiële schade aan het voertuig en aan objecten in en rond de openbare weg. Een tractor met een technisch defect is dus 'een gevaar op de weg', voor de eigenaar en de chauffeur van de tractor, maar ook voor andere verkeersdeelnemers en eigenaren van objecten op of aan de weg. Tegen die achtergrond dienen reparaties aan een tractor zorgvuldig te gebeuren. Voorkomen moet worden dat door een fout bij de reparatie een defect niet wordt hersteld, of een defect ontstaat, omdat in dat geval de veiligheid van de tractorbestuurder en andere verkeersdeelnemers in het geding is en de tractor schade kan oplopen en kan aanraken. De bij een zorgvuldige reparatie in acht te nemen normen zijn dan ook, voor zover schending ervan tot een defect aan de tractor kan leiden, veiligheidsnormen, die bij een reparatie ook strekken tot bescherming van de belangen van anderen dan de eigenaar van de tractor en/of de opdrachtgever van de reparatie van de tractor.

2.15. Dat de in dit geval geschonden norm bedoeld was om een defect aan de tractor te voorkomen, staat tussen partijen niet ter discussie. De conclusie is dan ook dat de norm ook strekt ter bescherming van de belangen van derden die deelnemen aan het verkeer of eigenaar zijn van objecten op of aan de weg. Prorail is eigenaar van

objecten op of aan de openbare weg, zoals de spoorwegbeveiliging die in dit geval beschadigd is geraakt. NS neemt met haar treinen, waaronder de in dit geval beschadigde trein, deel aan het wegverkeer op het moment dat die treinen zich op een overweg bevinden. De geschonden norm strekt daarom ook ter bescherming van de in dit geval getroffen belangen van NS en Prorail. Het verweer van [geïntimeerde] gaat om deze reden niet op.

De door NS en Prorail geleden schade kan in redelijkheid aan [geïntimeerde] worden toegerekend

2.16. In het tussenarrest van 13 april 2021 heeft het hof al overwogen dat de tractor stil is blijven staan op de spoorwegovergang vanwege een knik in de brandstofleiding. Hiervoor is overwogen dat de knik het gevolg is van de door de monteur van [geïntimeerde] bij de reparatie gemaakte fout. Daarmee staat vast dat sprake is van *condicio sine qua non*-verband tussen de fout en het ongeval (en daarmee de schade van NS en Prorail); als de fout wordt 'weggedacht' zou het ongeval niet zijn ontstaan.

2.17. [geïntimeerde] heeft aangevoerd dat de schade van NS en Prorail niet in zodanig verband staat met de fout van haar monteur dat deze aan haar kan worden toegerekend (vgl. artikel 6:98 BW). Zij wijst er daarbij op dat sprake is van een geringe fout van haar monteur, dat deze schade nauwelijks te voorzien was (er is volgens haar sprake van een wel zeer ongelukkige samenloop van omstandigheden; niet alleen de fout van haar monteur, maar ook dat de brandstoftoevoer juist op dit cruciale moment was afgesneden, dat de chauffeur doorreed ondanks een sputterende motor en niet adequaat handelde toen de tractor stil kwam te staan en er toen ook net een trein aankwam) en dat 'slechts' sprake is van zaakschade.

2.18. Het hof stelt voorop dat, zoals hiervoor is overwogen, de door de monteur geschonden norm – een veiligheidsnorm – ook strekt ter bescherming van de belangen van derden, zoals verkeersdeelnemers of eigenaren van objecten op of aan de weg, om geen letsel op te lopen of vermogensschade te lijden door beschadiging van hun eigendommen. Deze strekking van de geschonden norm is bepalend voor de aard ervan (in de zin van artikel 6:98 BW). Dat niet de monteur zelf, maar [geïntimeerde] als werkgever van de monteur op schending van deze norm wordt aangesproken, verandert de aard ervan niet. De

omvang van een verplichting tot vergoeding van schade die berust op een risicoaansprakelijkheid is in het algemeen niet groter of kleiner dan die van een verplichting van schade die berust op artikel 6:162 BW. Bepalend is de aard en strekking van de desbetreffende risicoaansprakelijkheid.³ Indien een bepaalde norm strekt tot bescherming tegen bepaalde schade, deze norm geschonden is en de schade waartegen de norm beschermt zich voordoet, zijn aan de voorzienbaarheid van de schade minder hoge eisen te stellen, gelet op de aard van de norm. De aard van de geschonden norm rechtvaardigt dan een ruime toerekening van de schade.⁴ De precieze toedracht van het ontstaan van de schade is dan minder relevant, net als het feit dat die toedracht niet in de lijn der verwachtingen lag.

2.19. Gelet hierop staat wat [geïntimeerde] heeft aangevoerd over de geringe voorzienbaarheid van de schade niet aan toerekening in de weg. De schade van NS en Prorail is op zichzelf schade waartegen de door de monteur van [geïntimeerde] geschonden norm wilde beschermen. Dat de schade uiteindelijk op deze specifieke manier bij NS en Prorail is gevallen, en niet bij – om maar wat te noemen – een motorrijder die op de tractor reed toen die stilstond op een gevaarlijke kruising, is minder relevant. Vrijwel elk ongeval heeft z'n unieke details en is in die details per definitie niet goed voorzienbaar; dat een tractor met een knik in de brandstofleiding op een ongelukkig moment kan stilvallen en dan voor gevaarlijke situaties kan zorgen, is wel voorzienbaar. Tegen het ontstaan van dat gevaar en de belangen die daarvoor zouden kunnen worden geschaad, wil de geschonden norm nu juist bescherming bieden. In dit verband is ook niet van doorslaggevende betekenis dat de chauffeur van de tractor mogelijk niet adequaat heeft gehandeld door met de tractor te blijven doorrijden en door toen de tractor eenmaal stilstond niet meteen de politie te bellen, maar contact te zoeken met een collega. Allereerst is voorzienbaar dat in een crisissituatie – een haperende motor en later een stilgevallen tractor op een spoorwegovergang – door een chauffeur niet volledig adequaat gehandeld wordt. Bovendien is

het redelijk om dit mogelijk suboptimale handelen van de chauffeur eerder voor rekening te laten van [geïntimeerde] dan van NS en Prorail.

2.20. Omdat de geschonden norm ook strekt ter bescherming tegen materiële schade, staat ook het feit dat NS en Prorail slechts materiële schade hebben geleden niet aan toerekening van de schade aan de fout van de monteur van [geïntimeerde] in de weg.

2.21. Aan [geïntimeerde] kan worden toegegeven dat de fout van haar monteur geen grove fout is, laat staan dat opzet in het spel was. Het hof gaat er met [geïntimeerde] vanuit dat sprake is van onvoldoende oplettendheid. Dat neemt niet weg dat door deze onoplettendheid een veiligheidsnorm geschonden is, waardoor gevaarlijke situaties kunnen ontstaan met grote schades tot gevolg. Dat is inherent aan reparaties aan tractoren en andere voertuigen die deelnemen aan het wegverkeer. Ook een geringe fout kan grote gevolgen hebben. Dat is enerzijds reden tot extra voorzichtigheid en staat anderzijds niet aan toerekening van ook forse schades in de weg indien die voorzichtigheid niet in acht wordt genomen.

2.22. De conclusie is dat de schade van NS en Prorail in zodanig verband staat met de fout van de monteur, waarvoor [geïntimeerde] aansprakelijk is, dat zij mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade aan [geïntimeerde] kan worden toegerekend⁵.

Eventuele fouten van de chauffeur staan niet in de weg aan volledige aansprakelijkheid van [geïntimeerde] voor de schade van NS en Prorail

2.23. Hiervoor heeft het hof al overwogen dat de door [geïntimeerde] gestelde fouten van de chauffeur van de tractor niet aan toerekening van de ontstane schade aan [geïntimeerde] in de weg staan.

2.24. De chauffeur was ook niet bij NS of Prorail in dienst, maar bij Westo. Als de chauffeur fouten zou hebben gemaakt, is dat om die reden geen omstandigheid die voor rekening van NS en Prorail zou moeten worden gelaten.

2.25. De gestelde fouten van de monteur doorbreken ook het condicio sine qua non-verband tussen de fout van de monteur van [geïntimeerde] en de schade ten gevolge van het ongeval op de spoorwegovergang niet. Verondersteld dat een

3 HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278 (Groninger veld), rov. 2.4.2).

4 HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409 (Schietincident Alphen aan den Rijn), rov. 3.3.2.

5 Grief 3 van Vivat slaagt.

schade is ontstaan door onrechtmatige gedragingen van twee of meer personen (in dit geval de chauffeur en de monteur) terwijl voor elk van die gedragingen geldt dat de schade zonder die gedraging niet zou ingetreden, is ieder van die personen (en hun werkgevers als aan de vereisten van artikel 6:170 BW is voldaan) jegens de benadeelde voor de gehele – door samenlopende oorzaken ontstane – schade (hoofdelijk) aansprakelijk.⁶

De omvang van de gevorderde schade van NS en Prorail is onvoldoende weersproken

2.26. Vivat stelt dat NS en Prorail respectievelijk € 338.847,82 en € 84.980,- schade hebben geleden. Zij heeft deze bedragen onderbouwd met rapporten van GAB Robins. [geïntimeerde] heeft in haar conclusie van antwoord in de procedure bij de rechtbank verweer gevoerd tegen de omvang van de schade. In haar conclusie van repliek is Vivat uitvoerig op deze kritiek ingegaan en heeft ze de kritiek weerlegd. [geïntimeerde] heeft er vervolgens op dit punt het zwijgen toegedaan; zij is noch in de conclusie van dupliek bij de rechtbank noch in de procedure bij het hof op de omvang van de schade teruggekomen. Als zij haar verweer tegen de omvang van de schade nog heeft willen handhaven, heeft zij dat verweer onvoldoende onderbouwd in het licht van de onderbouwing van de omvang van de schade door Vivat. Het hof zal dan ook uitgaan van het door Vivat gevorderde schadebedrag, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 5 december 2007.

Het door [geïntimeerde] gedane beroep op matiging faalt

2.27. [geïntimeerde] heeft zich op matiging beroepen. Zij heeft daarvoor zowel in de procedure bij de rechtbank als bij het hof allerlei argumenten aangevoerd. Vivat is op de argumenten van [geïntimeerde] ingegaan, maar heeft zich in haar conclusie van repliek ook beroepen op artikel 6:109 lid 2 BW, dat inhoudt dat matiging niet mag plaatsvinden tot een lager bedrag dan waarvoor de schuldenaar zijn aansprakelijkheid door verzekering heeft gedekt of verplicht was te dekken. Volgens Vivat staat deze bepaling aan het beroep op matiging in de weg. Zij wijst in dit verband op een brief van aansprakelijkheidsverzekeraar VGH

van 22 oktober 2010, waarin deze verzekeraar namens [geïntimeerde] aansprakelijkheid afwijst. [geïntimeerde] heeft, hoewel dat wel op haar weg lag, niet aangegeven of ze wel of niet verzekerd is tegen aansprakelijkheid en, zo ja, tegen welk bedrag, en of de verzekering in dit geval dekking biedt. Dit is bij uitstek informatie die zich in 'haar domein' bevindt. Door deze informatie niet te verstrekken heeft zij, mede gelet op de genoemde brief, onvoldoende weersproken dat haar aansprakelijkheidsverzekering dekking biedt voor het gevorderde schadebedrag. Het beroep op matiging faalt om die reden.

Conclusies

2.28. Uit wat hiervoor is overwogen, volgt dat de vordering van Vivat op [geïntimeerde] tot vergoeding van de schade van (in totaal) € 423.827,82, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 5 december 2017 toewijsbaar is⁷.

2.29. Bij deze stand van zaken is Vivat (volledig) in het gelijk gesteld. Het hof zal [geïntimeerde] om die reden veroordelen in de kosten van de procedure bij de rechtbank (3 punten tarief VII per datum vonnis) en bij het hof (3 punten tarief VII), waaronder de kosten van het onderzoek van de deskundige, te vermeerderen met het nasalaris. 2.30. De grieven van Vivat tegen het vonnis van de rechtbank slagen voor wat betreft de vordering op [geïntimeerde]. Het hof zal het eindvonnis van de rechtbank vernietigen en [geïntimeerde] veroordelen om aan Vivat terug te betalen wat Vivat op grond van dit vonnis aan [geïntimeerde] heeft betaald.

3. De beslissing:

Het hof:

vernietigt het vonnis van de rechtbank Noord-Nederland, locatie Assen, van 4 oktober 2017 voor zover het vonnis betrekking heeft op het geschil tussen Vivat en [geïntimeerde], en doet als volgt recht:

veroordeelt [geïntimeerde] om aan Vivat te betalen € 423.827,82, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf 5 december 2007 tot aan de dag van betaling van dit bedrag; veroordeelt [geïntimeerde] in de proceskosten van de procedure bij de rechtbank en stelt deze

6 HR 24 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA4004 (Nugteren/Meskens).

7 Grief 6 van Vivat slaagt.

kosten voor zover ze door Vivat zijn gemaakt vast op:

– voor de procedure bij de rechtbank op € 3.624,27 aan verschotten en op € 7.740,- voor geliquideerd salaris van de advocaat;

– voor de procedure bij het hof op € 5.368,01 aan verschotten, op € 4.085,72 voor de kosten van de deskundige en op € 14.553,- voor geliquideerd salaris van de advocaat, te vermeerderen met het nasalaris van € 163,- verhoogd met € 85,- indien niet binnen 14 dagen na de datum van dit arrest aan deze veroordeling is voldaan en betekening heeft plaatsgevonden;

veroordeelt [geïntimeerde] om aan Vivat terug te betalen wat Vivat aan [geïntimeerde] heeft betaald op grond van het genoemde vonnis van 4 oktober 2017, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de dag van de betaling door Vivat aan [geïntimeerde];

verklaart deze veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

wijst het meer of anders gevorderde af.

NOOT

Dit arrest gaat over de aansprakelijkheid op grond van art. 6:170 BW van een werkgever voor een fout van een ondergeschikte. Het gaat kort gezegd om een monteur die bij het uitvoeren van reparatiewerkzaamheden aan een tractor onvoldoende zorgvuldigheid heeft betracht. Door die onzorgvuldigheid een knik in de brandstofslog ontstaan waardoor de tractor is stil komen te staan op een spoorwegovergang en waardoor NS en Prorail materiële schade hebben geleden omdat er een aanrijding volgde. Verzekeraar van de eigenaar van de tractor, Vivat, vergoedt de schade van ProRail en NS en krijgt de vorderingen van ProRail en NS gecedeerd. Vivat spreekt vervolgens de werkgever van de monteur, op grond van art. 6:170 BW, aan.

Er moet aan drie vereisten worden voldaan wil een vordering op grond van art. 6:170 BW slagen: (i) er moet sprake zijn van een ondergeschiktheidsverhouding; (ii) de ondergeschikte moet onrechtmatig hebben gehandeld in de zin van art. 6:162 BW; en (iii) er moet een functioneel verband bestaan tussen het onrechtmatig handelen van de ondergeschikte en de taak die hem is opgedragen. Voor vaststelling van de onrechtmatige daad ex art. 6:162 BW gelden de vier beken-

de vereisten: onrechtmatigheid, schade, causaliteit en relativiteit.

Eerst de ondergeschiktheidsverhouding. De Hoge Raad acht (HR 13 mei 1988, ECLI:NL:HR:1988:AC3070, *NJ* 1989/896) voor ondergeschiktheid in de zin van art. 6:170 BW voldoende dat de formele werkgever algemene bevoegdheden tot straffen, schorsing en ontslag heeft. De formele werkgever kan zich slechts in uitzonderlijke gevallen met succes op grond van het zeggenschaps criterium tegen aansprakelijkheid op grond van art. 6:170 BW verweren (zie A-G Hartlief in zijn conclusie onder 3.12 en 3.19 bij het *JMV/BAM*-arrest HR 14 juli 2017, «JAR» 2017/204, m.nt. Vegter, onder verwijzing naar *NJ* 1984/607). Een dergelijk uitzonderlijk geval was hier niet aan de orde.

Ten tweede: wat betreft het relativiteitsvereiste van art. 6:162 BW (de vestigingsfase van de schade) en de vraag of sprake is van toerekenbaarheid in de zin van art. 6:98 BW (de omvangfase van de schade) het volgende. Na tussenkomst van een deskundige staat in hoger beroep vast dat de monteur een fout heeft gemaakt bij de reparatiewerkzaamheden. Die fout heeft geleid tot het stilvallen van de tractor. Dit was vermijdbaar en zou bij een zorgvuldige (visuele) controle, die van de monteur verwacht had mogen worden maar kennelijk achterwege is gebleven, ontdekt zijn. De monteur is hiermee volgens het hof tekortgeschoten bij het in acht nemen van een (ongeschreven) zorgvuldigheidsnorm en voor die tekortkoming is de werkgever aansprakelijk. De werkgever voert tegen de aanname van de *conditio-sine-qua-non* geen verweer. Het verweer van de werkgever richt zich op het relativiteitsvereiste en de toerekenbaarheid. Volgens de werkgever is de schade ontstaan in de verhouding tussen haar als opdrachtnemer en de opdrachtgever. Daarnaast zou de schade niet aan haar kunnen worden toegerekend omdat kort gezegd niet wordt voldaan aan het criterium van voorzienbaarheid.

Het hof gaat voorbij aan deze verweren door de monteur geschonden zorgvuldigheidsnorm als veiligheidsnorm te kwalificeren. Nu sprake is van een veiligheidsnorm strekt een schending van de norm zich ook uit tot de bescherming van derden. Cruciaal is de kwalificatie ook voor de toerekenbaarheid. Toerekening in het kader van art. 6:98 BW vindt namelijk over het algemeen eerder plaats bij schending van verkeers- of veilig-

heidsnormen en voorzienbaarheid is dan nauwelijks nog relevant (HR 13 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1611, NJ 1997/175, zie ook HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409, NJ 2020/233, m.nt. Lindenbergh waarnaar het hof in onderhavige zaak verwijst in r.o. 2.18). Dat geldt overigens in principe dan wel voor dood- of letselschade en het gaat in onderhavige kwestie om zaakschade. Hoewel het hof met de werkgever van oordeel is dat geen sprake is van een grove fout of van opzet maar van onachtzaamheid van de monteur, speelt dit volgens het hof allemaal geen rol meer nu sprake is van schending van een veiligheidsnorm. Het hof gaat er in dat kader ook aan voorbij dat de chauffeur van de tractor op meerdere momenten moet hebben meegeemaakt dat de brandstoftoevoer onvoldoende was en dus het defect had kunnen opmerken maar toch is blijven rijden. Het uiteindelijke moment van volledig dichtknikken van de brandstoftoevoer was bovendien vrij plotseling en dus naar ik aanneem niet voorzienbaar maar ook dit doet volgens het hof niet meer ter zake. Het hof overweegt daarbij ook dat het handelen van de tractorchauffeur eerder voor rekening van de werkgever zou moeten komen. Dat laatste kan ik niet volgen nu de tractorchauffeur niet in dienst van de werkgever was.

Aan het derde vereiste, namelijk of de schade in functioneel verband staat met de opgedragen taak, komt het hof ogenschijnlijk niet toe. Was het hof hier wel aan toegekomen dan waren alle omstandigheden van het geval van belang (zie HR 9 november 2007, «JAR» 2008/25). Volgens mij is op dit punt geen verweer gevoerd en ik vraag me ook af wat de kans van slagen was geweest van dit verweer. De monteur lijkt niet buiten zijn taakomschrijving te zijn gegaan en er lijkt niets mis te zijn geweest met de aan de monteur ter beschikking gestelde middelen.

Afsluitend begrijp ik de uitkomst van de zaak gevoelsmatig maar vraag ik me ook af of het Hof dogmatisch, zeker qua motivering, niet te kort door de bocht gaat. Ik wijs in dit verband op de zinsnede 'op art. 6:170 BW stoelende procedure (...) de onrechtmatigheid van het handelen van de werknemer niet anders dient te beoordelen dan indien de aansprakelijkheid van de werknemer zelf in geding is' uit het *JMV/BAM*-arrest en de motiveringseisen die daarin werden geëist (HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1345). Zowel Spier (NJ 2017/467) als Vegter («JAR» 2017/204)

hebben zich afgevraagd waarom de Hoge Raad hier heeft gewezen op deze evidentie. Spier schrijft dat hij vermoedt dat de Hoge Raad de indruk heeft dat feitenrechters bij op art. 6:170 BW gestoelde vorderingen de neiging hebben om in voorkomende gevallen slachtoffers te hulp te snellen door (te) spoedig onzorgvuldigheid van de werknemer aan te nemen. Als voor die indruk een feitelijke basis bestaat, is het een erg nuttige overweging, aldus Spier. Dit arrest kan mogelijk bijdragen aan die indruk. Het lijkt erop dat het hof zich vooral heeft laten leiden door de mogelijke desastreuze gevolgen die hadden kunnen ontstaan.

mr. C.L.C. Reynaers
advocaat Houthoff te Amsterdam

12

Billijke vergoeding na schenden wederdienstredingsvoorwaarde

Gerechtshof Den Haag
22 november 2022, nr. 200.308.264,
ECLI:NL:GHDHA:2022:2290
(mr. Van der Ven, mr. Van der Hoeven-Oud,
mr. Ruizeveld)
Noot mr. dr. B. Schouten, deze noot heeft
betrekking op «JAR» 2023/12 en «JAR»
2023/14.

Billijke vergoeding. Gezag van gewijsde. Herplaatsing. Bedrijfseconomische redenen (automatisering).

[BW art. 7:681 lid 1 sub d en e, 7:682 lid 4]

De werknemer treedt op 1 januari 1999 in dienst bij de werkgever. Op de arbeidsovereenkomst is de Cao Drankenindustrie en de Groothandel in Dranken van toepassing. Nadat het UWV weigert toestemming te verlenen de arbeidsovereenkomst op te zeggen wegens bedrijfseconomische redenen ontbindt de kantonrechter per 1 mei 2021 de arbeidsovereenkomst. Tegen deze beschikking zijn geen rechtsmiddelen aangewend. Op 11 augustus 2021 treedt een nieuwe werknemer (Y) in dienst bij de werkgever, die volgens de werknemer zijn voormalige functie bekleedt. In