

ECLI:NL:PHR:2004:AN8601

Instantie	Parket bij de Hoge Raad
Datum uitspraak	30-01-2004
Datum publicatie	02-02-2004
Zaaknummer	C02/204HR
Formele relaties	Arrest Hoge Raad: ECLI:NL:HR:2004:AN8601
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	-
Inhoudsindicatie	<p>30 januari 2004 Eerste Kamer Nr. C02/204HR JMH/AT Hoge Raad der Nederlanden Arrest in de zaak van: [eiseres], gevestigd te [vestigingsplaats], EISERES tot cassatie, advocaat: mr. M.H. van der Woude, t e g e n [verweerder], wonende te [woonplaats],</p> <p>VERWEERDER in cassatie, niet verschenen. 1. Het geding in feitelijke instantie...</p>
Vindplaatsen	<p>Rechtspraak.nl JOL 2004, 43 NJ 2005, 235 met annotatie van H.J. Snijders RvdW 2004, 27 JWB 2004/30 JAR 2004/51</p>

Conclusie

Rolnr. C 02/204
mr J. Spier
Zitting: 7 november 2003

Conclusie inzake

[eiseres]

tegen

[verweerder]

1. Feiten

1.1 Blijkens de in cassatie niet bestreden feitenvaststelling in rov. 2 van het in cassatie bestreden vonnis van de Rechtbank is [verweerder] op 5 juli 1995 een arbeidsongeval overkomen. Tijdens dakdekkerswerkzaamheden is hij vanaf de dakrand naar beneden gevallen. Daardoor heeft [verweerder] letsel opgelopen.

1.2 [Verweerder] was in dienst van [A] Ltd. (hierna: [A]).

1.3 [A] voerde de werkzaamheden, waarbij het ongeval plaatsvond, uit als onderaannemer van [eiseres].

1.4 Volgens de verbalisant van de Inspectiedienst waren op het bouwwerk in het geheel geen maatregelen getroffen ter voorkoming van valgevaar. De toegepaste werkwijze was gevaarlijk. [A] is bij onherroepelijk vonnis door de economische politierechter veroordeeld wegens overtreding van de Arbeidsomstandighedenwet.

2. Procesverloop

2.1.1 Op 4 juli 2000 heeft [verweerder] [eiseres] en [betrokkene 1] (bestuurder van [A]) gedagvaard voor de Rechtbank 's-Hertogenbosch. Hij heeft van hen - hoofdelijke - betaling gevorderd ter zake van zijn schade als gevolg van het onder 1.1 genoemde arbeidsongeval.

2.1.2 Aan deze vordering, voor zover gericht tegen [eiseres], heeft hij - kort gezegd - ten grondslag gelegd dat hij op de ongevalsdatum instructies kreeg van [eiseres]. Hij kreeg evenwel geen veiligheidsmiddelen of -instructies. De aansprakelijkheid wordt primair gezocht in art. 7:658 BW (op grond van "vereenzelviging")(1) en subsidiair onrechtmatige daad.

2.2.1 [Eiseres] heeft de vordering bestreden. Haar projectleider [betrokkene 2] heeft op de dag voor het ongeval samen met [betrokkene 1] de werkbrief doorgenomen. [Betrokkene 2] heeft gewezen op de noodzaak van veiligheidshekken op het dak. Deze stonden daar volgens haar ook op. Vlak voor de val had [verweerder] de hekken afgebroken; dit was levensgevaarlijk en bewust roekeloos.

2.2.2 [Eiseres] stelt dat zij met [A] overeengekomen is dat laatstgenoemde verantwoordelijk is voor de veiligheid.

2.3 Bij repliek betwist [verweerder] het onder 2.2.1 genoemde gesprek tussen [betrokkene 2] en [betrokkene 1] en het bestaan van de onder 2.2.2 genoemde overeenkomst. Er waren volgens hem ook geen veiligheidshekken.

2.4 Bij vonnis van 3 april 2002 heeft de (enkelvoudige kamer van) de Rechtbank de vordering toegewezen.

2.5 De Rechtbank memoreert dat de vordering is ingesteld op de voet van art. 7:658 BW en dat niet de exceptie van onbevoegdheid is ingeroepen. Dat brengt mee dat zij in hoogste feitelijk ressort recht doet (rov. 4.2). Uit rov. 4.4 valt af te leiden dat de Rechtbank meent dat de vordering is gegrond op het vierde lid van dit artikel.

2.6 Niet ter zake doet welke afspraken [eiseres] met [A] heeft gemaakt. Het gaat hier immers om

"de rechtsverhouding tussen [eiseres] en [verweerder], de ondergeschikte van [A] Ltd., die ten tijde van het ongeval in het kader van een onderaanneming arbeidswerkzaamheden verrichtte in de uitoefening van het bedrijf van [eiseres]. Het is juist met het oog op deze rechtsverhouding dat op 1 januari 1999 artikel 7:658 lid 4 BW in werking trad, aan welke bepaling ingevolge HR 10 december 1999, NJ 2000, 211, onmiddellijke werking toekomt en welke bepaling als codificatie wordt gezien van hetgeen krachtens rechtspraak van de Hoge Raad ook voordien reeds gold" (rov. 4.3).

2.7 Het vonnis komt er overigens op neer dat [eiseres] onvoldoende heeft gesteld omtrent de naleving van de op haar rustende zorgplicht. De Rechtbank gaat er daarbij van uit dat er geen randbeveiliging op het dak was (rov. 4.5-4.7). Zij neemt evenmin bewuste roekeloosheid aan (rov. 4.8).

2.8 [Eiseres] heeft tijdig beroep in cassatie ingesteld. Tegen [verweerder] is verstek verleend. [Eiseres] heeft het beroep schriftelijk toegelicht.

3. Ontvankelijkheid (onderdeel 5)

3.1.1 De Rechtbank heeft aangenomen dat art. 7:658 lid 4 BW hier toepassing vindt (want onmiddellijke werking heeft) hetgeen meebrengt dat zij in hoogste feitelijke aanleg oordeelt. Zij beroept zich daarbij op een arrest van Uw Raad.(2)

3.1.2 De motivering die de Rechtbank heeft gegeven, is in elk geval onjuist. Het door haar genoemde arrest geeft geen regel voor het vierde lid van art. 7:658 BW en al helemaal niet voor kwesties van rechterlijke competentie.

3.2 Ik ga er eerst veronderstellenderwijs van uit dat in elk geval de materieelrechtelijke regel van art. 7:658 (lid 4) BW in casu kan worden toegepast.

3.3.1 In deze zaak is in eerste aanleg gedagvaard ná de inwerkingtreding van het nieuwe vierde lid. Dat brengt mee dat de toen geldende regels op het stuk van de rechterlijke bevoegdheid golden. Dit ligt besloten in art. VII lid 1 van de wet van 6 december 2001, Stb. 580 (herziening procesrecht).(3)

3.3.2 Het overgangsrecht van de wet waarbij art. 7:658 lid 4 BW werd vastgesteld (Stb. 1998,300) voorziet niet in deze kwestie.(4)

3.4 Uitgaande van de onder 3.2 genoemde veronderstelling is het oordeel van de Rechtbank dus juist, in elk geval waar het de uitkomst betreft.

3.5.1 Wordt dat anders als de onder 3.2 genoemde veronderstelling niet juist zou zijn? Het antwoord luidt m.i. bevestigend.

3.5.2 De in de tweede volzin van art. 7:658 lid 4 BW geregelde competentieverdeling is onlosmakelijk verbonden met de materieelrechtelijke regel van de eerste volzin.

3.6 Dat spreekt m.i. voor zich. Een andere opvatting zou bovendien leiden tot wonderlijke consequenties.

3.7 Op grond van het oude recht moest de vordering tegen de inlener/niet-werkgever worden gebaseerd op art. 6:162 BW.(5) Het ligt al aanstonds weinig voor de hand dat, zonder wettelijke basis - die ook het huidige art. 7:658 lid 4 BW niet geeft - een op die grondslag stoelende vordering bij de Kantonrechter kan worden ingediend ongeacht het beloop van de vordering.

3.8 In het arrest Fransen/Pasteurziekenhuis(6) heeft Uw Raad - kort gezegd - voor oude gevallen de nieuwe regel van art. 7:658 lid 2 BW toegepast. Zulks omdat deze bepaling, volgens Uw Raad, onmiddellijke werking heeft.

3.9 Ik veroorloof mij kort stil te staan bij dit arrest. Uw Raad wees er op dat:

- a. de wetgever met deze bepaling tegemoet kwam aan kritiek op het oude recht;
 - b. de Hoge Raad in een reeks arresten "in belangrijke mate tegemoetgekomen [is] aan de kritiek."
- Hieruit wordt de conclusie getrokken dat toepassing van de hoofdregel van art. 68a lid 1 Ow NBW moet worden toegepast.

3.10.1 Met alle respect vraag ik mij af of deze redenering wel erg overtuigend is. De onder 3.9 genoemde redenen zijn uiteraard juist maar deze redenen kunnen, naar mijn bescheiden mening, de daaruit getrokken conclusie niet dragen.

3.10.2 Blijkens de gekozen formulering ("in belangrijke mate is tegemoet gekomen")(7) is Uw Raad zich ervan bewust dat art. 7:658 lid 2 BW niet naadloos aansloot bij de eerdere jurisprudentie.(8) Bij die stand van zaken had niet art. 68a maar art. 69 aanhef en onder d Ow. NBW moeten worden toegepast.

3.10.3 Men kan hiertegen inbrengen dat het in lid 2 niet ging om een nieuwe materieelrechtelijke regel maar om een procesrechtelijke regel (omkering van de bewijslast).(9) Strikt juridisch/dogmatisch moge dat juist zijn, feit blijft m.i. dat daardoor praktisch gesproken vaak een andere uitkomst zal worden bereikt waardoor een aanvankelijk niet bestaand vorderingsrecht tot leven komt.(10) Art. 69 aanhef en onder d Ow NBW wil daartegen - terecht - een dam opwerpen.

3.10.4 Hoe dit ook zij, bij art. 7:658 lid 4 BW gaat het (mogelijk) om een verandering van het materiële recht met als sequeel een procesrechtelijke vernieuwing.

3.11 Zoals bekend wordt in bepaalde kringen gefulmineerd tegen de terugwerkende kracht die een aantal arresten, in het bijzonder op het gebied van het aansprakelijkheidsrecht, zou hebben. In abstracto is die kritiek ongetwijfeld juist. Maar zij is daarmee niet per se nuttig.(11) Het aantal gevallen waarin aantoonbaar nieuw recht op oude gevallen wordt toegepast, is m.i. niet groot.(12) Dat moet m.i. zo blijven. Dat brengt mee dat voor toepassing van art. 7:658 lid 4 op oude gevallen m.i. slechts ruimte bestaat wanneer deze bepaling geheel - of misschien ook nagenoeg geheel - overeenstemt met het oude jurisprudentierecht.

3.12 In het bekende arrest Stormer/Vedox(13) wordt duidelijk aangegeven in welke gevallen een ander die door de werkgever als hulppersoon voor bepaalde werkzaamheden wordt ingeschakeld aansprakelijk is. Gesproken wordt van gevallen waarin

"een werkgever zijn werknemer te werk stelt bij een derde teneinde werkzaamheden ter uitvoering van diens bedrijf te verrichten en daarbij in die voege gebruik maakt van de hulp van de derde dat hij de zorg voor de veiligheid van de werknemer geheel of gedeeltelijk aan de derde overlaat, is hij voor een te kort schieten van de derde in die zorg als voor eigen te kort schieten aansprakelijk. Onverschillig is daarbij of evenbedoelde tewerkstelling plaats vindt in het kader van een "uitlening" of terbeschikkingstelling van de werknemer aan de derde dan wel in het kader van een aanneming van werk. En onverschillig is ook in hoeverre de werkgever zeggenschap over de werknemer heeft behouden" (alinea 3 rov 3.3).

3.13 In art. 7:658 lid 4 gaat het om aansprakelijkheid van degene

"die in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf arbeid laat verrichten door een persoon met wie hij geen arbeidsovereenkomst heeft".

Hij is dan "overeenkomstig de leden 1 tot en met 3 aansprakelijk voor de schade die deze persoon in de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt."

3.14.1 Gelet op de uiteenlopende bewoordingen bestaat tussen beide regels verschil. In art. 7:658 lid 4 BW is geen vereiste dat de zorg voor de veiligheid van de werknemer geheel of gedeeltelijk aan de derde wordt overgelaten.

3.14.2 Een tweede potentieel verschil is dat in Stormer/Vedox wordt gesproken van "werkzaamheden ter uitoefening van diens bedrijf" en in lid 4 van "in de uitvoering van zijn werkzaamheden".(14)

3.14.3 Ook het begrip "in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf" zou zeer wel een verruiming

kunnen zijn gerelateerd aan het oude recht. Hartlief heeft daarvan enkele sprekende voorbeelden gegeven.(15)

3.14.4 Het praktische verschil zal in veel gevallen vermoedelijk niet groot zijn.(16) Maar in een aantal situaties, waarvan ik niet kan beoordelen of deze zich met enige frequentie voordoen, zou dat zeer wel anders kunnen zijn.

3.14.5 Het is bij die stand van zaken zeker niet zonder risico in abstracto het oordeel te vellen dat tussen het bestaande jurisprudentierecht en art. 7:658 lid 4 BW geen (relevante) verschillen bestaan. (17) Het ligt nog minder voor de hand om de grenzen van de nieuwe bepaling in abstracto te markeren in het kader van de beoordeling van een zaak die zich vóór de inwerkingtreding van art. 7:658 lid 4 BW heeft voorgedaan.

3.15 Aan het voorafgaande doet niet af dat uit de niet geheel duidelijke Toelichting op de Tweede Nota van Wijziging, waarbij de bepaling wordt geïntroduceerd, zou kunnen worden afgeleid - en ook is afgeleid(18) - dat de wetgever geen andere bedoeling heeft gehad dan codificeren van de bestaande rechtspraak. Dat dit niet ten volle duidelijk is(19), is toe te schrijven aan:

- a. de omstandigheid dat hetgeen in de Toelichting wordt gezegd m.i. niet zonder meer geheel parallel loopt met de rechtspraak van Uw Raad;
- b. de beschouwing waarin het belang van opnemings van de bepaling wordt uiteengezet.(20) Daarbij valt te bedenken dat 1) de wetgever veelal afziet van het in de wet verankeren van nuttige rechtspraak en 2) dit in casu gebeurt in een wetsontwerp met een geheel andere inhoud en strekking. Dat lijkt er op te wijzen dat de wetgever niet louter voor ogen had om bestaande jurisprudentie te codificeren.

3.16 Wat hiervan zij, de bedoeling van de wetgever is niet zonder meer doorslaggevend. Al helemaal niet wanneer deze niet volkomen duidelijk is.

3.17 Al het bovenstaande voert tot de slotsom dat de precieze strekking en betekenis van art. 7:658 lid 4 BW vooralsnog enigszins onduidelijk zijn. De gevolgen van algemene uitspraken zijn moeilijk te overzien. Een oordeel inhoudend dat tussen het oude en het huidige recht geen noemenswaardige verschillen bestaan, zou ofwel voor oude zaken nieuwe aansprakelijkheden in het leven roepen, dan wel mogelijke vernieuwingen de pas afsnijden. Het laatste kan niet bekoren, het eerste zou fundamenteel onjuist zijn. Me thans beperkend tot de puur Nederlands rechtelijke dimensie zou zulks niet stroken met één van de fundamenteën van het wettelijk overgangsrecht: het van toepassing worden van de wet doet geen nieuwe vorderingsrechten ontstaan (art. 69 aanhef en onder d).

3.18 De vordering tegen [eiseres] is dus terecht in eerste aanleg bij de Rechtbank aangebracht, zij het op een verkeerde primaire grond. Zij had niet mogen worden beoordeeld op de primaire grondslag van art. 7:658 lid 4 BW. In zoverre is het vonnis onjuist en is eveneens onjuist dat de Rechtbank (meende dat zij) in hoogste feitelijke aanleg recht deed.

3.19 In onderdeel 5 ligt een hierop toegespitste klacht besloten. Gegrondbevinding daarvan leidt tot de conclusie dat ten onrechte cassatieberoep is ingesteld.

3.20 De overige klachten behoeven daarmee geen bespreking.

CONCLUSIE

Deze conclusie strekt ertoe dat:

1) de Hoge Raad zal verstaan dat

a. de Rechtbank 's-Hertogenbosch deze zaak ten onrechte heeft behandeld op de voet van art. 7:658 lid 4 BW;

b. de Rechtbank ten onrechte heeft geoordeeld dat zij in hoogste feitelijke aanleg recht deed;

2) [eiseres] niet-ontvankelijk wordt verklaard in haar cassatieberoep.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden,

Advocaat-Generaal

1 Met deze vereenzelviging wil [verweerder] zeggen dat [eiseres] over een kam moet worden geschoren met [A]; dagv. onder 6.

2 HR 10 december 1999, NJ 2000, 211 PAS.

3 Zie nader Snijders/Wendel, Civiel appel (2003) nr 20.

4 Vgl. nog C.C. van Dam, VR 2000 blz. 43 onder 4.4 met verdere verwijzingen.

5 HR 15 juni 1990, NJ 1990, 716 PAS rov. 3.3 vierde alinea.

6 HR 10 december 1999, NJ 2000, 211 PAS.

7 Zie onder 3.9.

8 Zie voor het oude recht o.m. T. Hartlief, Sociaal Recht 1998 blz. 220 en voor een jurisprudentieoverzicht losbladige Arbeidsovereenkomst art. 7:658 aant. 4. In de aan het arrest voorafgaande conclusie van plv. P-G Mok wordt terecht betoogd dat lid 2 "een substantiële wijziging ten opzichte van de tekst van art. 7A:1638x, lid 2 OBW" geeft; zie onder 3.3.1. Hij meent - terecht m.i. - dat de beoogde regel algemener is dan in de rechtspraak werd aangenomen; onder 3.3.3. Hetgeen de plv P-G Mok vervolgens betoogt, spreekt me minder aan.

9 Bijv. Stein in zijn NJ-noot 2000, 211.

10 In gelijke zin Chr.H. van Dijk, TVP 2000 blz. 23.

11 Zie nader mijn nog niet gepubliceerde bijdrage Après le déluge onder 9.

12 Ik ga thans niet in op de theoretisch interessante vraag of in een dergelijk geval, in de benadering van het overgangsrecht, niet veeleer sprake is van een exces van de leer der onmiddellijke werking; zie daarover C.L. de Vries Lentsch-Kostense, mon. Nieuw BW A25 blz. 27/8. Voor de praktijk maakt dat weinig verschil; wel enig zoals De Vries Lentsch-Kostense t.a.p. terecht betoogt.

13 HR 15 juni 1990, NJ 1990, 716 PAS.

14 Zie nader C.C. van Dam, VR 2000 blz. 42; H. Dammingh, SMA 1999 blz. 192.

15 Sociaal Recht 1998 blz. 223 onder 6, WPNR 6379 blz. 852 en RM Themis 2002 blz. 74.

16 Volgens Van Dam zijn de verschillen te verwaarlozen: VR 2000 blz. 44. Juister lijkt mij de opvatting van H. Dammingh, SMA 1999 blz. 191 dat art. 7:658 lid 4 verder gaat; zie nader ook T. Hartlief, RM Themis 2002 blz. 74/5.

17 HR 3 mei 1996, NJ 1996, 642 PAS illustreert m.i. dat er wel degelijk verschillen zouden kunnen bestaan. Zie voorts Van Dam, VR 2000 blz. 43 onder 4.3

18 Losbladige Arbeidsovereenkomst (D. Christe) art. 658 aant. 11; S.D. Lindenbergh, Arbeidsongevallen en beroepsziekten blz. 73; verderop (blz. 74/6) geeft hij aan dat de reikwijdte niet geheel duidelijk is; N. Frenk, NTBR 1998 blz. 34 en 37; hetgeen hij op blz. 35 r.k. betoogt, strookt m.i. niet geheel met deze stelling.

19 In die zin ook T. Hartlief, WPNR 6379 blz. 852 en RM Themis 2002 blz. 74.

20 Tweede Kamer, zitting 1997-1998, 25263 nr 14 blz. 6 en 7.

