



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Annotation: HR 2006-01-20

Heerma van Voss, G.J.J.

Citation

Heerma van Voss, G. J. J. (2008). Annotation: HR 2006-01-20. *Nederlandse Jurisprudentie*, 38, 4441-4457. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/13583>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/13583>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

NJ 2008, 461

HOGE RAAD (CIVIELE KAMER)

20 januari 2006, nr. C04/137HR

(Mrs. J.B. Fleers, H.A.M. Aaftink, O. de Savornin Lohman, A.M.J. van Buchem-Spapens, J.C. van Oven; A-G Langemeijer)

m.nt. prof. mr. Heerma van Voss onder NJ 2008, 465 JOL 2006, 39

LJN AT6013

RvdW 2006, 104

BW art. 3:83, 94, 287, 7:658

Arbeidsongeval: werkgeversaansprakelijkheid. Toelaatbaarheid cessie-constructie bij aansprakelijkheidsverzekering werkgever? Zorgplicht werkgever; reikwijdte.

In cassatie moet ervan worden uitgegaan dat de verzekeraar niet heeft gesteld dat de wet of de aard van het gecedeerde recht zich verzet tegen de cessie door de werkgever aan de werknemer van zijn rechten uit hoofde van zijn aansprakelijkheidsverzekering. Dat in de procedure met betrekking tot de aansprakelijkheid van de werkgever, deze laatste zal ontkennen aansprakelijk te zijn en daartoe al het nodige zal stellen en eventueel bewijzen, terwijl de werknemer die de vordering overneemt, als werknemer juist zal willen aantonen dat de werkgever jegens hem aansprakelijk is, biedt onvoldoende grond voor de door de werkgever bepleite niet-ontvankelijkheid van de werknemer als cessionaris in zijn vordering tegen de verzekeraar.

Wat de in art. 7:658 BW bedoelde zorgplicht in een concreet geval meebrengt, zal afhangen van de omstandigheden van het geval. Een werkgever die de zorg voor de veiligheid van de werktuigen en gereedschappen waarmee hij de arbeid doet verrichten, overlaat aan een daartoe, objectief gezien, gekwalificeerde werknemer, heeft in het algemeen niet reeds daardoor (ook niet jegens die werknemer) voldaan aan zijn verplichtingen als bedoeld in art. 7:658 lid 1 BW, maar zal daarnaast ook zodanige maatregelen moeten nemen en aanwijzingen moeten verstrekken als redelijkerwijs nodig zijn om die werknemer in staat te stellen en ertoe te brengen ook daadwerkelijk de nodige zorg voor de veiligheid in acht te nemen.

In de onderhavige procedure is een werknemer een arbeidsongeval overkomen, waarbij hij cement in het linkeroog heeft gekregen. Het ongeval is veroorzaakt door het gebruik van een gehuurde cementpomp die een gebrek vertoonde. De werknemer heeft zijn werkgever aansprakelijk gesteld voor de door hem geleden schade, die voor dit risico was verzekerd. De werkgever is na het ongeval in staat van faillissement verklaard. Alle rechten en aanspraken uit hoofde van de verzekeringsovereenkomst zijn door de curator gecedeerd aan de werknemer. In deze procedure vordert de werknemer een verklaring voor recht dat de werkgever jegens hem aansprakelijk is voor de ten gevolge van het ongeval geleden schade, en dat de verzekeraar mitsdien gehouden is deze schade aan hem te voldoen. De rechtbank heeft deze vordering toegewezen; het hof heeft het vonnis van de rechtbank in zoverre bekrachtigd.

In cassatie moet ervan worden uitgegaan dat de verzekeraar niet heeft gesteld dat de wet of de aard van het gecedeerde recht zich tegen de cessie verzet door de werkgever aan de werknemer van zijn rechten uit hoofde van zijn aansprakelijkheidsverzekering (art. 3:83 BW). De door de verzekeraar aangevoerde omstandigheid dat in de procedure met betrekking tot de aansprakelijkheid van de werkgever, deze laatste zal ontkennen aansprakelijk te zijn en daartoe al het nodige zal stellen en eventueel bewijzen, terwijl de werknemer die de vordering overneemt, als werknemer juist zal willen aantonen dat de werkgever jegens hem aansprakelijk is, biedt onvoldoende grond voor de door de verzekeraar bepleite niet-ontvankelijkheid van de werknemer als cessionaris in zijn vordering tegen de verzekeraar.

Wat de in art. 7:658 BW bedoelde zorgplicht in een concreet geval meebrengt, zal afhangen van de omstandigheden van het geval. Het hof heeft tot uitdrukking gebracht dat de zorgplicht van de werkgever meebrengt dat hij ook ten aanzien van werktuigen en gereedschappen die van derden zijn gehuurd, en de werkzaamheden met behulp daarvan, zodanige maatregelen behoort te treffen en aanwijzingen behoort te verstrekken als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden als gevolg van onvoldoende onderhoud en onveiligheid van die werktuigen en gereedschappen schade lijdt. Met een, in cassatie niet bestreden, precisering heeft het hof nog benadrukt dat die zorgplicht zich met name doet gelden indien het gaat om werktuigen die naar hun aard een veiligheidsrisico meebrengen. Het bestreden oordeel van het hof geeft niet blijk van een te ruime opvatting van de uit art. 7:658 voortvloeiende zorgplicht van de werkgever.

Een werkgever die de zorg voor de veiligheid van de werktuigen en gereedschappen waarmee hij de arbeid doet verrichten, overlaat aan een daartoe, objectief gezien, gekwalificeerde werknemer, heeft in het algemeen niet reeds daardoor (ook niet jegens die werknemer) voldaan aan zijn verplichtingen als bedoeld in art. 7:658 lid 1 BW, maar zal daarnaast zodanige maatregelen moeten nemen en aanwijzingen moeten verstrekken als redelijkerwijs nodig is om die werknemer in

staat te stellen en ertoe te brengen ook daadwerkelijk de nodige zorg voor de veiligheid in acht te nemen.

1. Hooge Huys Schadeverzekeringen N.V., te Zoetermeer, in haar hoedanigheid van rechtsopvolgster onder bijzondere titel van de vennootschap naar Zwitsers recht Zürich Versicherungsgesellschaft, te Zürich, Zwitserland, in Nederland handelende onder de naam Zürich Schade, te 's-Gravenhage,

2. Zürich Versicherungsgesellschaft, te Zürich, Zwitserland, in Nederland handelende onder de naam Zürich Schade, te 's-Gravenhage, eiseressen tot cassatie, adv. mr. M.E. Franke,

tegen

T. Visser, te Amersfoort, verweerder in cassatie, adv. mr. E. Grabandt.

Hof:

Beoordeling van het hoger beroep
In het principaal appèl en in het (voorwaardelijk) incidenteel appèl:

1. Het hof gaat uit van de feiten zoals die door de rechtbank in rechtsoverweging 1 a tot en met 1 h van het vonnis waarvan beroep zijn weergegeven, nu die als zodanig in hoger beroep niet worden bestreden. Voorts gaat het hof – als in hoger beroep niet langer bestreden – uit van de volgende feiten:

– het ongeluk is veroorzaakt door de cementpomp die een gebrek vertoonde;
– Visser droeg ten tijde van het ongeluk een (door hemzelf aangeschafte) veiligheidsbril;
vooraangaande aan het ongeluk had de cementpomp reeds enkele storingen gehad, die door Visser waren verholpen.

In het principaal appèl voorts:

2. Grief I luidt: 'Ten onrechte heeft de rechtbank in haar vonnis van 6 september 2000 Visser – impliciet – ontvankelijk geoordeeld in diens vordering.'

Zürich stelt dat de door Visser gekozen constructie om zich de rechten uit de verzekeringsovereenkomst tussen All Conserving en Zürich over te laten dragen door middel van een overeenkomst van cessie, waarbij Visser vervolgens tegelijkertijd de werkgeefster wier rechten hij heeft overgenomen, aansprakelijk stelt, en tevens op basis van die aansprakelijkstelling nakoming van de verzekeringsovereenkomst zijdens Zürich verlangt, dient te leiden tot nietontvankelijkheid.

Voorts stelt Zürich dat de rechtbank de vordering betreffende de schadestaatprocedure had behoren af te wijzen.

Het hof overweegt hieromtrent het volgende.

3.1. Het hof stelt voorop dat het hoger beroep mede strekt tot herstel van verzuimen en onvolkomenheden in eerste aanleg. Het enkele feit dat Zürich in eerste aanleg niet heeft geklaagd over de ontvankelijkheid van de vorderingen van Visser, is onvoldoende om te concluderen dat Zürich dit verweer ondubbelzinnig heeft prijsgegeven. Van een gedekt

verweer als bedoeld in artikel 348 Rv is derhalve geen sprake.

3.2. Gesteld noch gebleken is dat de cessie niet rechtsgeldig is geschied.

Naar het oordeel van het hof leidt het enkele feit dat Visser als werknemer door de cessie is getreden in de rechten van zijn (failliete) werkgeefster All Conserving, niet tot niet-ontvankelijkheid van de vorderingen van Visser jegens Zürich. Van een (tot niet-ontvankelijkheid leidende) onverenigbaarheid van hoedanigheden is naar het oordeel van het hof geen sprake. Het hof wijst in dit verband op het in sommige bijzondere wetten, zoals de WAM alsmede in artikel 7.17.2.9c nieuw BW van het wetsvoorstel 19 529 met betrekking tot het nieuwe verzekeringsrecht, aan de benadeelde toegekende eigen vorderingsrecht jegens de verzekeraar, waarbij een vergelijkbare vereniging van hoedanigheden kan optreden als in het onderhavige geval. Hieruit kan worden afgeleid dat een dergelijke vereniging van hoedanigheden aan een (al dan niet directe) vordering van de benadeelde op de verzekeraar van de (gestelde) schadeveroorzaker, niet in de weg staat. Voorts past de in het onderhavige geval gekozen oplossing, waarbij Visser de eventuele vordering van All Conserving op haar aansprakelijkheidsverzekeraar Zürich heeft gekocht van de curator, bij de onder meer in artikel 3:287 BW tot uitdrukking komende bescherming van de benadeelde ingeval van faillissement van de verzekerde.

3.3. Voorzover de grief is gericht tegen de beslissing van de rechtbank om Zürich te veroordelen tot vergoeding van schade nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, slaagt de grief. Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad (9 december 1988, NJ 1989, 397) kunnen de artikelen 612 e.v. (oud) Rv immers uitsluitend toepassing vinden bij wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding, en niet indien uit een rechtshandeling, zoals een overeenkomst van schadeverzekering, een verplichting tot schadevergoeding voortvloeit en deze verplichting niet wordt nagekomen. Het vonnis dient dan ook in zoverre te worden vernietigd.

4. Ter terechtzitting in hoger beroep is gebleken dat tussen partijen niet meer in geschil is dat het onderhavige ongeval is veroorzaakt door een defecte cementpomp.

5.1. Het hof stelt voorop dat de werkgever krachtens artikel 7:658 lid 1 BW onder meer verplicht is de werktuigen en gereedschappen waarmee hij de arbeid doet verrichten op zodanige wijze 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. Naar het oordeel van het hof moet in dat verband worden aangenomen dat indien de werkgever geen gebruik maakt van eigen werktuigen en gereedschappen, maar deze huurt van een derde, op de werkgever de zorgplicht rust om, alvorens deze werktuigen en gereedschappen aan zijn werknemers ter beschikking te stellen,

zich eerst ervan te vergewissen dat deze in goede staat van onderhoud verkeren en niet onveilig zijn, hetgeen eveneens meebrengt dat de werkgever daartoe voldoende aanwijzingen geeft. Dit geldt in het bijzonder indien het gaat om werktuigen als de onderhavige cementpomp, die naar hun aard een veiligheidsrisico meebrengen.

5.2. Zürich heeft niet betwist dat door All Conserving in het geheel geen aanwijzingen c.q. instructies (aan Visser) zijn gegeven om het onderhavige apparaat voorafgaande aan het gebruik op staat van onderhoud en veiligheid te controleren. Zo al Visser – gelet op zijn functie en salarisniveau – de meest geëigende persoon zou zijn geweest om de veiligheidscontrole uit te voeren, staat in elk geval vast dat van enige aanwijzing c.q. instructie daartoe van All Conserving aan Visser geen sprake is geweest. Het enkele feit dat Visser wellicht de bevoegdheid had om het apparaat te huren, doet niet af aan de in rechtsoverweging 5.1 genoemde zorgplicht van All Conserving. Voorzover Visser al kan worden verweten dat hij deze controle niet zelfstandig en op eigen initiatief heeft verricht, dan wel dat hij gelet op de al bij aanvang van de werkzaamheden blijvende storingen en gebreken van verder gebruik van de cementpomp had kunnen en moeten afzien, kan dit Zürich niet baten nu immers – zoals ook tussen partijen vaststaat – in dit verband geen sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid van Visser in de zin van artikel 7:658 lid 2 BW. Het hof is dan ook van oordeel dat All Conserving jegens Visser aansprakelijk is voor het onderhavige ongeval en de daaruit voortvloeiende schade.

6. Nu de toedracht van het ongeval tussen partijen vaststaat en All Conserving naar het oordeel van het hof jegens Visser aansprakelijk is, behoeft grief II geen bespreking meer.

Gelet op hetgeen in de rechtsoverwegingen 5.1 en 5.2 is overwogen en beslist, faalt grief III.

In het (voorwaardelijk) incidenteel appèl voorts:

7. Het hof zal uit het oogpunt van proceseconomie thans overgaan tot bespreking van de enige grief in het (voorwaardelijk) incidenteel appèl. De grief komt op tegen de rechtsoverwegingen 3.11 en 3.12 van het bestreden vonnis. Visser voert aan dat Zürich niet in haar belangen is geschaad als gevolg van het feit dat zij de schademelding niet eerder dan 15 juli 1995 heeft ontvangen.

8. Zoals reeds is vastgesteld is tussen partijen in het onderhavige hoger beroep niet meer in geschil dat de toedracht van het ongeval is gelegen in de defecte cementpomp. Dit brengt mee dat Zürich als gevolg van de late schademelding niet in haar onderzoeksbelangen is geschaad, nu gelet op deze vaststaande toedracht niet aannemelijk is geworden dat door de late melding relevant bewijsmateriaal verloren is gegaan. Zürich kan zich derhalve reeds hierom naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet met succes op de polisvoorwaarden beroepen.

De grief slaagt.

In het principaal appèl voorts:

9. Gelet op hetgeen hiervoor in rechtsoverweging 8 is overwogen en beslist behoeft grief IV geen bespreking meer en gaat het hof voorbij aan het op dit punt door Zürich gedane bewijsaanbod.

10. Het hof gaat voorts voorbij aan het door Zürich gedane bewijsaanbod met betrekking tot de toedracht van het ongeval, nu deze niet meer in geschil is tussen partijen.

In het principaal appèl en in het (voorwaardelijk) incidenteel appèl voorts:

11. Nu grief I in het principaal appèl deels slaagt, dient het bestreden vonnis te worden vernietigd voor wat betreft de veroordeling tot vergoeding van schade nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet. Het hof zal, opnieuw rechtdoende, de vordering tot vergoeding van schade nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet afwijzen. Het hof zal het vonnis voor het overige met verbetering van gronden bekrachtigen.

Zürich dient als de in het principaal appèl groten-deels in het ongelijk gestelde partij en in het incidenteel in het geheel in het ongelijk gestelde partij te worden veroordeeld in de kosten van de procedure in zowel het principaal appèl als in het incidenteel appèl.

Beslissing

Het hof, rechtdoende in hoger beroep:

in het principaal appèl

– vernietigt het vonnis van de Rechtbank te 's-Gravenhage van 6 september 2000 doch uitsluitend voor wat betreft de veroordeling tot vergoeding van schade nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

en opnieuw rechtdoende:

– wijst af de vordering tot vergoeding van schade nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

in het principaal appèl en in het (voorwaardelijk) incidenteel appèl

– bekrachtigt het vonnis voor het overige met verbetering van gronden;

– veroordeelt Zürich in de kosten van het principaal appèl, tot aan deze uitspraak aan de zijde van Visser begroot op € 2528,55, waarvan € 215,55 aan verschotten en € 2313 aan salaris van de procureur;

– veroordeelt Zürich in de kosten van het (voorwaardelijk) incidenteel appèl, tot aan deze uitspraak aan de zijde van Visser begroot op € 1156,50 aan salaris van de procureur;

– verklaart bovenstaande proceskostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

Cassatiemiddelen:

Schending van het recht en/of verzuim van vormen waarvan niet-inacht nemen nietigheid meebrengt, doordat het hof in het bestreden arrest d.d. 11 november 2003 op de in het arrest vernielde gronden heeft geoordeeld als in het dictum van het arrest is vernield, zulks ten onrechte op grond van de navolgen-

de, mede in onderling verband en samenhang in aanmerking te nemen, redenen:

Middel I

Inleiding

Het hof stelt (in rov. 5.1) voorop de zorgplicht van de werkgever met betrekking tot de materialen waarmee en de instructies op grond waarvan de arbeid verricht dient te worden (artikel 7:658 lid 1 BW). Naar het oordeel van het hof:

'moet in dat verband worden aangenomen dat indien de werkgever geert gebruik maakt valt eigen werktuigen en gereedschappen, maar deze huurt valt een tierde, op de werkgever de zorgplicht rust om, alvorens deze werktuigen en gereedschappen aan zijn werknemers ter beschikking te stellen, zich eerst ervan te vergewissen dat deze in goede staat van onderhoud verkeren en niet onveilig zijn, hetgeen eveneens meebrengt dat de werkgever daartoe voldoende aanwijzingen geeft (rov. 5.1).'

Klachten

A. Het hof geeft hier blijk van een onjuiste rechtsopvatting betreffende artikel 7:658 BW. Het artikel kent geen algemene, absolute, verplichting van de werkgever zich er van te vergewissen dat *zijn eigen* materialen in goede staat van onderhoud verkeren en niet onveilig zijn. Een dergelijke algemene verplichting vloeit evenmin uit het artikel voort met betrekking tot *van derden gehuurde* materialen. Of de werkgever zijn in artikel 7:658 BW beschreven zorgplicht heeft geschonden, dient mede aan de hand van de bijzondere omstandigheden van het geval te worden beoordeeld. Door zijn beslissing te baseren op een – in de visie van het hof kennelijk algemeen geldende – plicht ons gehuurde materialen op hun onderhoud en veiligheid te controleren, heeft het hof een ruimere rechtsopvatting gehanteerd dan uit artikel 7:658 BW voortvloeit.

B. Mocht het hof met rov. 5.1 bedoeld hebben te oordelen dat in dit bijzondere geval, gelet op alle omstandigheden, op de werkgever de plicht rustte zich eerst te vergewissen van de onderhoudsstaat en de veiligheid, dan is zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd. Het hof laat immers na aan te geven op grond van welke concrete feiten en omstandigheden de werkgever die plicht heeft. Evenmin geeft het hof aan of ongeval van gehuurde materialen

(i) steeds zo'n plicht bestaat dan wel
(ii) de aanwezigheid van die plicht afhankelijk is van bijkomende omstandigheden en zo ja, welke. In het eerste geval is sprake van een onjuiste rechtsopvatting (zie klacht A) en in tweede geval van een motiveringsgebrek. Indien het hof het enkele haren beschouwt als voldoende reden voor het aannemen van die plicht, dan blijft onduidelijk wat volgens het hof het verschil is met het gebruik van eigen materialen en waarom (of) dit verschil ertoe leidt dat bij eigen materialen geen bijzondere onderzoeksplicht geldt doch bij gehuurde materialen wel. Door een en ander na te laten en niet in zijn overweging tot uitdrukking te brengen heeft het hof geen althans

onvoldoende inzicht gegeven in zijn gedachtegang. Aldus heeft hof zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd.

Middel II

Inleiding

Het hof stelt (in rov. 5.2, begin) dat Zurich niet heeft betwist dat door All Conserving geen instructies aan Visser zijn gegeven om het onderhavige apparaat voorafgaande aan het gebruik te controleren op staat van onderhoud en veiligheid. Het hof voegt daaraan toe:

'Zo al Visser – gelet op zijn functie en salarisniveau – de meest geëigende persoon zou zijn geweest om de veiligheidscontrole uit te voeren, staat in elk geval vast dat van enige aanwijzing c.q. instructie daartoe van All Conserving aan Visser geen sprake is geweest. Het enkele feit dat Visser wellicht de bevoegdheid had om het apparaat te huren, doet niet af aan de in rov. 5.1 genoemde zorgplicht van All Conserving (rov. 5.2).' Vervolgens houdt het hof All Conserving jegens Visser aansprakelijk voor het ongeval en de eruit voortvloeiende schade.

Klachten

A. Kennelijk neemt het hof aan dat het enkele niet-geven van instructies in een bepaald geval een schending van de zorgplicht ex artikel 7:658 BW meebrengt, ongeacht de functie van de werknemer.

Het hof geeft daarmee blijk van een onjuiste rechtsopvatting van artikel 7:658 BW. Nu het bij de beoordeling van de eventuele zorgplichtschending aan de hand van dat artikel gaat om alle omstandigheden van het geval, mocht het hof niet buiten beschouwing laten de in casu zeer belangrijke, door Visser niet betwiste, omstandigheid dat Visser als leidinggevende, althans als ervaren deskundige medewerker *juist* degene was die binnen het bedrijf met het toezicht op de veiligheid belast was (vgl. cva. al. 7 en 8; cvr. al. 5 en 10). Hij was degene die binnen het bedrijf gemachtigd was om de cementpomp te huren; hij was ook degene die op grond van zijn ervaring en vakkennis in staat was om te beoordelen of de gehuurde cementpomp deugdelijk was (cvr. al. 17; mvg. al. 24 en 27).

B. Daarnaast is onjuist de redenering van het hof dat uit het feit dat met betrekking tot de *onderhavige pomp* geen specifieke instructies zijn gegeven, zou volgen dat 'van enige aanwijzing c.q. instructie (...) van All Conserving aan Visser geen sprake is geweest' (nogmaals rov. 5.2). Het hof miskent hiermee dat in de aanstelling van Visser als bedrijfsleider/uitvoerder, en toezichthouder op de veiligheid binnen het bedrijf besloten kan liggen en in casu ook lag besloten, dat wel degelijk algemene aanwijzingen en (veiligheids)instructies waren gegeven, die voldoende waren voor het onderhavige geval (vgl. cva. al. 11 en cvd. al. 10).

Ook in dit verband geeft het hof derhalve blijk van een onjuiste rechtsopvatting van artikel 7:658 BW. Anders dan het hof kennelijk meent, kan de beoordeling van de zorgplichtschending en van de verplichting tot het geven van aanwijzingen of in-

structies in casu, *niet* plaatsvinden zonder daarbij te betrekken de omstandigheid dat de werknemer in de onderneming van de werkgeefster nu juist degene was die met de veiligheidscontrole was belast en dat in dit kader algemene veiligheidsinstructies waren gegeven, mede voortvloeiend uit de aanstelling van Visser als uitvoerder. Zulke algemene instructies dienen er nu juist toe om te voorkomen dat voor elke aparte handeling in het bedrijf opnieuw instructies zouden moeten worden gegeven.

Het bovenstaande geldt temeer, daar door Zurich onweersproken is gesteld dat het hier routinematige (mvg, al. 25), alledaagse (pleitnota hb. al. 3.4 en 3.5) werkzaamheden betrof. Voorts is door Visser niet gesteld of bewezen dat het in casu om een bijzondere pomp of een niet gebruikelijke huur van zo'n pomp ging.

Middel III Inleiding

Visser is als werknemer door middel van cessie getreden in de rechten die zijn werkgeefster All Conserving op grond van de verzekeringsovereenkomst met Zurich jegens deze laatste had. Het hof oordeelt dat van 'een (tot niet-ontvankelijkheid leidende) onverenigbaarheid van hoedanigheden' geen sprake is (rov. 3.2). Het hof wijst daarbij op het eigen vorderingsrecht van de benadeelde in de WAM en in artikel 7.17.2.9e nieuw BW, en op artikel 3:287 BW.

Klachten

A. Het hof miskent dat in de onderhavige casus wel degelijk sprake is van onverenigbare hoedanigheden. Anders dan in de geciteerde (ontwerp)bepalingen, waar het gaat om een *eigen recht van de benadeelde*, is in de onderhavige casus aan Visser geceedeerd het *recht van zijn werkgeefster* jegens haar verzekeraar.

De genoemde onverenigbaarheid van hoedanigheden schuilt in casus als de onderhavige daarin, dat in de procedure met betrekking tot de aansprakelijkheid van de werkgeefster, deze laatste zal ontkennen aansprakelijk te zijn en daartoe al het nodige zal stellen en eventueel bewijzen. Dit terwijl de werknemer, die de vordering overneemt, als werknemer juist zal willen aantonen dat de werkgeefster jegens hem aansprakelijk is. Dat verdraagt zich niet met de aard en de uitoefening van het (uit de verzekeringsovereenkomst voortvloeiende) recht waarin hij door cessie is getreden.

Door dit te miskennen, geeft het hof blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Het hof had Visser niet-ontvankelijk dienen te verklaren in zijn vordering jegens Zurich.

B. Voorts heeft het hof zijn oordeel op dit punt onvoldoende gemotiveerd.

De verwijzing naar artikel 3:287 BW schiet te kort, omdat dit artikel slechts een *voorrangsrecht* regelt en de benadeelde nu juist geen eigen recht jegens de verzekeraar geeft. De enkele verwijzing door het hof naar het doel van artikel 3:287 BW (namelijk: de bescherming van de benadeelde ingeval van faillissement van de verzekerde, zie rov. 3,2, slot) is ontoereikend als motivering.

De verwijzing door het hof naar de artikelen 6 WAM en 7.17.2.9c NBW schiet eveneens te kort. Het (eigen) rechtstreekse vorderingsrecht van *alleen* de gelaedeerde ingevolge artikel 6 WAM is immers andersoortig dan het krachtens cessie verkregen (indirecte) vorderingsrecht, in welk laatste geval de hoedanigheden van laedens en gelaedeerde in één (proces)partij verenigd worden. Hetzelfde verschil manifesteert zich in de regeling van artikel 7.17.2.9e NBW.

In alle drie de door het hof genoemde voorbeelden komen de twee hoedanigheden van laedens en gelaedeerde niet samen in de ene persoon van degene die op grond van de verzekeringsovereenkomst de verzekeraar aanspreekt, zoals dat bij cessie gebeurt. Zonder nadere toelichting — die ontbreekt — valt dan ook niet in te zien dat (hoe en waarom) de vergelijking met artikel 3:287 BW en/of de WAM en/of het komende recht voldoende rechtvaardiging kan opleveren voor het toestaan van de cessieconstructie in de onderhavige situatie.

C. Met zijn verwijzing naar artikel 3:287 geeft het hof bovendien blijk van een onjuiste rechtsopvatting omtrent dit artikel. De wetgever heeft er bij het ontwerp van deze bepaling uitdrukkelijk voor gekozen de benadeelde *niet* een eigen recht jegens de verzekeraar te geven. Zo'n recht werd destijds slechts passend geacht in een regeling van verplichte verzekering, maar niet als algemene regel voor aansprakelijkheidsverzekeringen. De door de wetgever gekozen oplossing is overeenkomstig de voorstellen van de commissie-Houwing, voor welke commissie juist de hierboven (onder A.) gememoreerde bezwaren tegen een rechtstreekse actie doorslaggevend waren om te kiezen tegen een rechtstreeks recht van de benadeelde.

Conclusie A-G mr. Langemeijer:

1. De feiten en het procesverloop

1.1. In cassatie kan worden uitgegaan van de volgende feiten¹:

1.1.1. Verweerder in cassatie (hierna: de werknemer) is van 28 maart 1994 tot 1 augustus 1995 in dienst geweest van All Conserving B.V. te Ridderkerk (hierna: de werkgeefster), in de functie van uitvoerder/bedrijfsleider. Zijn bruto salaris bedroeg f 8899,86 per vier weken, te vermeerderen met vakantietoeslag.

1.1.2. In aansluiting op zijn MTS-opleiding waterbouwkunde had de werknemer voor zijn indiensttreding bij de werkgeefster diverse beton- en kunststofcursussen afgerond en diploma's gehaald. Gedurende tien jaar had hij de nodige ervaring opgedaan in vergelijkbare, leidinggevende functies bij andere bedrijven.

1.1.3. Op 30 mei 1995 is de werknemer een ongeval overkomen, waarbij hij cement in het linkeroog heeft gekregen. Dit is gebeurd tijdens het gebruik

¹ Zie rov. 1 van het bestreden arrest in verbinding met rov. 1 onder a-h van het vonnis van de rechtbank, hier enigszins verkort weergegeven.

van een gehuurde cementpomp, eigendom van en verhuurd door Van der Hoek/Hardinxveld B.V. (hierna: het verhuurbedrijf).

1.1.4. Het ongeval is veroorzaakt door de cementpomp die een gebrek vertoonde. Voorafgaand aan het ongeval had de pomp reeds enkele storingen gehad, die door de werknemer waren verholpen. De werknemer droeg ten tijde van het ongeluk een (door hemzelf aangeschafte) veiligheidsbril.

1.1.5. De werknemer heeft de werkgeefster aansprakelijk gesteld voor de door hem geleden schade. De werkgeefster was ten tijde van het ongeval krachtens een aansprakelijkheidsverzekering voor bedrijven en beroepen verzekerd bij de vennootschap naar Zwitsers recht Zürich Versicherungsgesellschaft, in Nederland handelend onder de naam Zürich Schade (hierna kortweg: Zürich), de huidige tweede eiseres in cassatie².

1.1.6. Op 1 april 1997 is de werkgeefster in staat van faillissement verklaard, met benoeming van mr. J.M. Wolfs tot curator in het faillissement.

1.1.7. Tegen een koopprijs van f 16.500, die door de werknemer aan de curator is betaald, zijn alle rechten en aanspraken die de werkgeefster uit hoofde van bovengenoemde verzekeringsovereenkomst ter dekking van de aansprakelijkheid waartoe de uitoefening van haar bedrijf aanleiding kan geven, door de curator gecedeerd aan de werknemer. Deze cessie is aan Zürich betekend.

1.2. Bij inleidende dagvaarding d.d. 21 juli 1999 heeft de werknemer Zürich gedagvaard voor het kantongerecht te 's-Gravenhage en gevorderd dat voor recht zal worden verklaard dat de werkgeefster jegens hem aansprakelijk is voor de schade die hij ten gevolge van het bedrijfsongeval op 30 mei 1995 heeft geleden en dat Zürich gehouden is deze schade te vergoeden. De werknemer vorderde tevens vergoeding van schade, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet.

1.3. Zürich heeft verweer gevoerd. Bij vonnis van 16 maart 2000 heeft de kantonrechter zich onbevoegd verklaard en het geding verwezen naar de rechtbank te 's-Gravenhage.

1.4. Bij vonnis van 6 september 2000 heeft de rechtbank de vorderingen van de werknemer toegewezen. De rechtbank heeft allereerst vastgesteld dat de leden 1 en 2 van art. 7:658 BW hier van toepassing zijn, ook al is het ongeval geschied in 1995³. Nu de werknemer de gestelde schade heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden, brengt het bepaalde in het tweede lid van dit artikel met zich mee dat de werkgeefster aansprakelijk is tenzij de werkgeefster aantoont dat zij de in het eerste lid van dit artikel bedoelde verplichtingen is nagekomen. Opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer is in dit geding niet aan de orde (rov. 3.2 Rb). Er is (buiten rechte door de werkgeefster en in rechte

door Zürich) onvoldoende gesteld om te kunnen aannemen dat de werkgeefster de in het eerste lid van art. 7:658 BW bedoelde verplichtingen is nagekomen (rov. 3.3-3.4 Rb). Het beroep van Zürich op de polisvoorwaarden in verband met een te late melding van het ongeval aan Zürich, werd door de rechtbank verworpen als in strijd met de maatstaven van redelijkheid en billijkheid (rov. 3.8-3.14 Rb).

1.5. Zürich heeft tegen dit vonnis hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te 's-Gravenhage. De werknemer heeft (voorwaardelijk) incidenteel hoger beroep ingesteld. Bij arrest van 11 november 2003 heeft het hof het vonnis van de rechtbank bekrachtigd, behalve voor zover de rechtbank ook de vordering tot vergoeding van schade, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, had toegewezen: nu de vordering strekt tot nakoming van een verplichting uit een verzekeringsovereenkomst, zijn de artikelen 612 e.v. Rv. niet van toepassing⁴.

1.6. Zürich heeft – tijdig – beroep in cassatie ingesteld, tezamen met Hooge Huys Schadeverzekeringen N.V., als de rechtspersoon aan wie Zürich per 1 september 2003 de desbetreffende assurantieportefeuille heeft overgedragen⁵. De werknemer heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep. Beide partijen hebben hun standpunten schriftelijk laten toelichten.

2. *Bespreking van het cassatiemiddel*

2.1. De middelen I en II zien op de vraag of de werkgeefster aansprakelijk is voor de schade van de werknemer ten gevolge van dit ongeval. Middel III heeft betrekking op de vraag of toelaatbaar is dat de benadeelde werknemer als cessionaris een vordering instelt rechtstreeks tegen de aansprakelijkheidsverzekeraar van de werkgeefster.

Is de werkgeefster aansprakelijk?

2.2. Het hof heeft vastgesteld, in cassatie onbetwisten, dat tussen partijen niet langer in geschil is dat het onderhavige ongeval is veroorzaakt door een defecte cementpomp (rov. 4)⁶. Het hof heeft vooropgesteld dat de werkgever op grond van art. 7:658 BW onder meer verplicht is de werktuigen en gereedschappen waarmee hij de arbeid doet verrichten op zodanige wijze te onderhouden alsmede voor het verrichten van de arbeid zodanige maatregelen te

2 De toepasselijkheid van Nederlands recht is in dit geding geen punt van discussie.

3 Vaste rechtspraak sedert HR 10 december 1999, NJ 2000, 211 m.nt. PAS.

4 Vgl. HR 9 december 1988, NJ 1989, 397 m.nt. JBMV; HR 7 juni 1996, NJ 1996, 583.

5 Zürich is als rechtspersoon blijven voortbestaan. De werknemer heeft de gestelde overdracht van de assurantieportefeuille niet betwist en geen bezwaar gemaakt tegen het optreden van Hooge Huys Schadeverzekeringen N.V. als mede-eiseres in cassatie. Art. 398 Rv staat alleen toe dat partijen cassatieberoep instellen. In HR 23 april 1993, NJ 1993, 382, is, als een van de uitzonderingen op deze hoofdregel, aanvaard dat de rechtsopvolger optreedt als mede-eiser in cassatie. Zie ook: HR 13 november 1987, NJ 1988, 941 m.nt. WLH, rov. 3.3, en, met betrekking tot de instemming van de verzekeringnemer voor de contractovername: HR 23 april 1999, NJ 1999, 497. Meer in het algemeen over rechtsopvolging tijdens het geding: H.J. Snijders/A. Wendels, *Civiel appel* (2003), nrs. 95-97.

6 Zie ook rov. 1. Volgens de stellingen van de werknemer zou een bij de pomp behorende slang zijn losgeschoten en zou cementvloeistof met kracht in zijn gezicht zijn gespoten.

treffen en aanwijzingen te verstrekken als nodig is om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt. Het hof heeft in dit verband aangenomen:

'dat indien de werkgever geen gebruik maakt van eigen werktuigen en gereedschappen, maar deze huurt van een derde, op de werkgever de zorgplicht rust om, alvorens deze werktuigen en gereedschappen aan zijn werknemers ter beschikking te stellen, zich eerst ervan te vergewissen dat deze in goede staat van onderhoud verkeren en niet onveilig zijn, hetgeen eveneens meebrengt dat de werkgever daartoe voldoende aanwijzingen geeft. Dit geldt in het bijzonder indien het gaat om werktuigen als de onderhavige cementpomp, die naar hun aard een veiligheidsrisico meebrengen. (rov. 5.1).'

2.3. Middel I klaagt onder A dat het hof hiermee blijk geeft van een onjuiste opvatting van art. 7:658 lid 1 BW. Volgens het middel bevat dit artikellid niet een algemene verplichting voor de werkgever om de door de werknemer te gebruiken werktuigen en gereedschappen te controleren. Of de werkgever zijn zorgplicht heeft geschonden dient volgens het middel slechts te worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval. Het subsidiair voorgestelde onderdeel B bevat een hiermee samenhangende motiveringsklacht.

2.4. 's Hof's beslissing kan niet los worden gezien van het debat in de feitelijke instanties. Anders dan het vroegere art. 7A:1638x BW, geeft art. 7:658 lid 2 BW uitdrukkelijk een regel voor de stelplicht en de bewijslast. De werknemer die op grond van art. 7:658 lid 2 BW schadevergoeding vordert, zal dienen te stellen en zo nodig bewijzen dat hij schade heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden voor de werkgever. Indien dit komt vast te staan, brengt het bepaalde in art. 7:658 lid 2 BW mee dat de werkgever aansprakelijk is voor deze schade, tenzij de werkgever aantoont dat hij de in het eerste lid van dat artikel genoemde verplichtingen is nagekomen of dat de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer⁷. Opzet of bewuste roekeloosheid is in dit geding niet aan de orde.

2.5. De werknemer heeft gesteld dat hij schade heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden. De feitenrechter is van de juistheid van deze stelling uitgegaan. Vervolgens lag het op de weg van de werkgeefster⁸ aan te tonen dat zij heeft voldaan aan haar verplichting om de werktuigen en gereedschappen waarmee zij de arbeid doet verrichten op een zodanige wijze 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.

2.6. De rechtbank stelde vast dat de werkgeefster, die in dit geding geen partij is, buiten rechte niet heeft aangetoond dat zij de in het eerste lid van art. 7:658 BW bedoelde verplichtingen is nagekomen. De rechtbank voegde hieraan toe dat ook Zürich dit niet heeft aangetoond. Onbegrijpelijk is die vaststelling niet: Zürich heeft niets gesteld over de staat van onderhoud van de cementpomp (zij stelt slechts dat de werkgeefster de pomp heeft gehuurd bij een te goeder naam en faam bekend bestaand bedrijf). Zürich heeft geen concrete maatregelen genoemd die de werkgeefster zou hebben genomen om schade te voorkomen. Zürich heeft aanvankelijk betwist dat het ongeval is veroorzaakt door een gebrek aan de cementpomp. Voor het geval dat komt vast te staan dat het ongeval is veroorzaakt door een gebrek aan de cementpomp, heeft Zürich aangevoerd dat dit gebrek voor de werkgeefster niet kenbaar was. Volgens Zürich behoeft een werkgever niet in te staan voor de deugdelijkheid van het materiaal dat hij aan zijn werknemers ter beschikking stelt en met name niet voor een verborgen gebrek: wat de werkgever niet weet en niet kan weten, kan hij ook niet voorkomen⁹. In dit verband deed Zürich een beroep op HR 18 april 1997, NJ 1997, 510. (In die zaak had een werknemer letselschade opgelopen als gevolg van een breuk van de leuning van een bureaustoel die hem door de werkgever ter beschikking was gesteld. De feitenrechter was toen van oordeel dat de stellingen van de werknemer niet voldoende feiten en omstandigheden inhielden waaruit zou kunnen worden afgeleid dat de werkgever in zijn zorgverplichting tekort was geschoten. Het cassatieberoep van de werknemer werd verworpen.)

2.7. Met artikel 7:658 lid 1 BW is niet bedoeld een absolute waarborg te scheppen voor de bescherming van de werknemer tegen het gevaar van arbeidsongevallen. Deze bepaling strekt ertoe een zorgplicht in het leven te roepen. Zij verplicht de werkgever voor het verrichten van arbeid zodanige maatregelen te treffen en aanwijzingen te geven als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt¹⁰. Het enkele feit dat het ongeval is veroorzaakt door een gebrek aan een werktuig of gereedschap dat de werkgeefster aan de werknemer ter beschikking heeft gesteld voor zijn werkzaamheden, is dus niet voldoende om aansprakelijkheid te vestigen.

2.8. Of een werkgever zijn eigen werktuig of gereedschap aan de werknemer ter beschikking stelt dan wel het werktuig of gereedschap van een derde huurt, maakt mijns inziens geen verschil: de werkgever is immers degene die de werknemer daarmee werkzaamheden laat verrichten. Voor zover de werkgever de beoordeling van de onderhoudstoe-

7 Zie over deze stelplicht onder meer: HR 10 december 1999, NJ 2000, 211 m.nt. PAS; HR 15 december 2000, NJ 2001, 198.

8 De complicatie dat in dit geding niet eerst de werkgeefster, maar direct haar aansprakelijkheidsverzekeraar tot schadevergoeding is aangesproken, komt in middel 3 aan de orde.

9 CvA, punten 4 en 5.

10 HR 12 september 2003, NJ 2004, 177 m.nt. GHvV, rov. 3.4. Voor art. 7A:1638x BW was dit reeds beslist in HR 10 juni 1983, NJ 1984, 20 m.nt. PAS.

stand van het werktuig of gereedschap aan de verhuurder overlaat, zij opgemerkt dat een werkgever jegens zijn werknemer in beginsel ook aansprakelijk is voor fouten van de hulpverleners die de werkgever inschakelt bij de nakoming van zijn verplichtingen als bedoeld in art. 7:658 lid 1 BW¹¹.

2.9. In de vakliteratuur is, mede naar aanleiding van HR 19 oktober 2001, *NJ* 2001, 663 (postbesteller), wel gesteld dat de rechtspraak tendeeft in de richting van een steeds verdergaande aansprakelijkheid van de werkgever, die in zijn uitwerking een risico-aansprakelijkheid van de werkgever nabij komt¹². In een drietal uitspraken over arbeidsongevallen (HR 4 oktober 2002, *NJ* 2004, 175 (broodmes), HR 16 mei 2003, *NJ* 2004, 176 (dakdekker stapt in gat lichtkoepel) en HR 12 september 2003, *NJ* 2004, 177 m.nt. GHvV (schoonmaakster verliest evenwicht)), lijkt het alsof de eisen voor aansprakelijkheid van de werkgever weer worden aangescherpt¹³. Mijn ambtgenoot Spier, die zowel deze arresten als de commentaren daarop heeft geanalyseerd, spreekt van een 'kleine koerscorrectie' waartoe de Hoge Raad is gekomen¹⁴. In de desbetreffende zaak had de werkgeefster gesteld een zevental maatregelen te hebben genomen, waarmee zij het standpunt schraagde dat zij aan haar zorgplicht had voldaan. In discussie was of die maatregelen voldoende waren. Voor zover het middel klaagde dat de rechtbank uit het oog had verhooren dat uit de opgesomde maatregelen niet volgt 'dat op het moment van het ongeval sprake was van een veilige situatie', zag het middel volgens de Hoge Raad eraan voorbij dat art. 7:658 BW een zorgplicht van de werkgever inhoudt en niet een absolute waarborg voor de veiligheid van de werknemer.

2.10. In haar s.t. doet Zürich een beroep op de zoven vermelde arresten, in het bijzonder op de overweging in het arrest van 16 mei 2003, dat het van de omstandigheden van het geval afhangt, wat de in art. 7:658 lid 1 BW bedoelde zorgplicht meebrengt. In HR 14 april 1978, *NJ* 1979, 245, was dit al beslist voor art. 7A:1638x (oud) BW. In dit arrest, waarop door Zürich eveneens een beroep wordt gedaan, werd overwogen dat bij de beantwoording van deze vraag een rol kunnen spelen: 'de kenbaarheid voor de werkgever van de gevaren aan het gebruik van de machine verbonden, mede in het licht van het ervaringsfeit dat de dagelijkse omgang met die machine de gebruiker ervan licht ertoe zal brengen niet alle voorzichtigheid in acht te nemen die ter voorkoming van ongelukken geraden is' en voorts: 'de mate waarin het treffen van die veiligheidsmaat-

regel, reeds vóórdat een ongeval zich had voorgedaan, voor de werkgever of de deskundigen waarover hij in zijn bedrijf beschikt, voor de hand lag'.

2.11. Het woord 'zorgplicht' in rov. 5.1 duidt erop, dat het hof de bovenbedoelde zorgplicht en niet een risico-aansprakelijkheid van de werkgeefster voor ogen heeft gehad. Anders dan in het geval van de gebroken stoelleuning, gaat het in deze zaak om een werktuig of gereedschap dat naar zijn aard een veiligheidsrisico meebrengt; aldus de feitelijke vaststelling in de slotzin van rov. 5.1, in cassatie onbestreden. Wanneer een werkgever een werktuig of gereedschap huurt dat naar zijn aard – dus onverhuld – een veiligheidsrisico meebrengt, is in de redenering van het hof het minste dat van de werkgever verwacht mag worden: dat hij, alvorens dit aan een werknemer ter beschikking te stellen, zich ervan vergewist dat het in een goede staat verkeert en niet onveilig is. Op zich zou in een casus als de onderhavige denkbaar zijn geweest dat van de zijde van de werkgever wordt aangevoerd dat het gebrek óók bij een controle als die, welke in zo'n situatie van de werkgever had mogen worden verwacht, niet aan het licht zou zijn gekomen en aldus voor de werkgever niet kenbaar was. Aan een zodanig debat zijn partijen niet toegekomen: volgens de stellingen van partijen – zo begrijp ik de redenering van de feitenrechters – heeft de werkgeefster behalve het huren van de cementpomp bij een te goeder naam en faam bekend staand bedrijf helemaal niets gedaan om schade voor haar werknemers te voorkomen.

2.12. Om dezelfde reden baat de aangehaalde rechtspraak Zürich niet. Het zou inderdaad onjuist zijn, van de werkgeefster te vergen dat zij ervoor instaat dat de door haar aan de werknemer ter beschikking gestelde werktuigen en gereedschappen niet onveilig zijn. Ook de drie arresten, gepubliceerd in *NJ* 2004, 175–177, duiden erop dat de werkgever alleen maatregelen behoeft te nemen en instructies behoeft uit te vaardigen indien daartoe aanleiding bestaat. In situaties die naar hun aard niet onveilig zijn (het smeren van broodjes, het schoonmaken van meubilair, het lopen op een dak door een professionele dakdekker, het zitten op een bureaustoel met rugleuning enz.) ziet de rechtspraak blijkbaar geen aanleiding daartoe. In de tweede volzin van rov. 5.1 heeft het hof in iets te algemene bewoordingen een verplichting van de werkgeefster tot controle van gehuurde werktuigen en gereedschappen aangenomen; in zoverre is de klacht gegrond. Zürich heeft echter geen belang bij deze klacht: in de derde volzin van rov. 5.1 heeft het hof dit weer gecorrigeerd. Wanneer de werkgeefster een werktuig of gereedschap huurt dat naar zijn aard een veiligheidsrisico meebrengt, zoals hier naar de vaststelling van de feitenrechter het geval is, verlangt het hof dat de werkgeefster eerst controleert of het in goede staat van onderhoud verkeert en of het 'niet onveilig' is¹⁵.

11 HR 1 juli 1993, *NJ* 1993, 687 m.nt. PAS en Ma; HR 18 september 1998, *NJ* 1999, 45; HR 9 november 2001, *NJ* 2002, 80 m.nt. PAS.

12 Zie bijv.: Van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, bew. J.W.M. van der Grinten en W.H.A.C.M. Bouwens, 2002, hoofdstuk 16, par. 3. Meer vindplaatsen zijn vermeld in de conclusie van A-G Spier, hierna genoemd in noot 14.

13 Zie onder meer: W.H. van Boom, *AV&S* 2003, blz. 33–40; T. Hartlief, *WPNR* 6559, blz. 934; T. Hartlief en R.J. Tjittes, *kroniek van het vermogensrecht*, *NJB* 2003, blz. 1589–1590.

14 A-G Spier, conclusie voor HR 9 juli 2004, *JAR* 2004, 190 (*JOL* 2004, 411), alinea 5.5.

15 Let op de dubbele ontkenning: het hof eist niet dat de werkgever constateert dat het werktuig of gereedschap 'veilig' is.

Wanneer de werkgever die zorgplicht (plicht tot controle) is nagekomen, kan aan de hand van de omstandigheden van het geval alsnog een discussie volgen en een beslissing worden genomen

(i) over de intensiteit van de controle en de vraag of een bepaald gebrek of gevaar bij die controle voor de werkgever kenbaar was, en

(ii) over de mate waarin het treffen van een bepaalde veiligheidsmaatregel voor de werkgever of voor de deskundigen waarover hij in zijn bedrijf beschikt, voor de hand lag.

2.13. Het bovenstaande voert mij tot de slotsom dat het in dit middel bestreden oordeel niet blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting en dat de gegeven motivering 's hofs oordeel kan dragen.

2.14. Middel II is gericht tegen rov. 5.2. Onderdeel A leest daarin, dat het hof van oordeel is dat het enkele niet-geven van instructies in een bepaald geval een schending van de zorgplicht van de werkgever meebrengt, ongeacht de functie van de werknemer. Het onderdeel acht dit onjuist en wijst op hetgeen Zürich in de feitelijke instanties had gesteld omtrent de leidinggevende rol en deskundigheid van de werknemer in de onderneming van de werkgeefster.

2.15. De klacht mist feitelijke grondslag. In rov. 5.2 heeft het hof het uitsluitend over de in rov. 5.1 bedoelde verplichting van de werkgeefster om de gehuurde cementpomp te controleren vóórdat zij deze aan de werknemer ter beschikking stelt voor het verrichten van zijn werkzaamheden. Die verplichting kan de werkgeefster niet overdragen aan de werknemer. Het hof stelt vast dat de werkgeefster geen enkele instructie heeft gegeven, ook niet aan de werknemer, om de cementpomp te controleren. Voor zover al aan de werknemer zou kunnen worden verweten dat hij niet eigener beweging deze controle heeft verricht, stelt het hof vast dat er geen sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid. De in het middelonderdeel genoemde omstandigheid dat de werknemer in het bedrijf juist degene was die, door zijn functie en deskundigheid, de meest gereede persoon was om te beoordelen of de gehuurde cementpomp deugdelijk was, neemt niet weg dat de werkgeefster, die de eindverantwoordelijke is, geen instructie heeft gegeven om de cementpomp te controleren.

2.16. Onderdeel B sluit hierbij aan met de klacht dat het hof miskent dat in de aanstelling van de werknemer als bedrijfsleider/uitvoerder, tevens toezichthouder op de veiligheid binnen het bedrijf, besloten ligt dat de werkgeefster wel degelijk (algemene) veiligheidsinstructies heeft gegeven. Het onderdeel wijst erop dat het hier om routinematige, alledaagse werkzaamheden ging en niet om een bijzondere pomp.

2.17. Dit laatstgenoemde argument acht ik sowieso niet sterk: in de rechtspraak is meermalen gewezen op het ervaringsfeit dat de dagelijkse omgang met een bepaalde machine de gebruiker ervan licht ertoe zal brengen niet alle voorzichtigheid in acht te nemen die ter voorkoming van ongelukken geraden is. Voor wat betreft de hoofdklacht van het middelonder-

derdeel, is juist dat de rechter, die bij de bepaling van de omvang van de zorgplicht van de werkgever rekening houdt met de omstandigheden van het geval, ook rekening zal houden met factoren als de functie van de desbetreffende werknemer en diens opleiding en ervaring. Een specialist of ervaren medewerker behoeft minder en andere instructies dan een medewerker die voor het eerst met een bepaald werktuig of gereedschap gaat werken. In beginsel is niet uitgesloten dat een werkgever algemene instructies geeft en niet voor elk werktuig of gereedschap afzonderlijk. Maar ook dan zullen de instructies het gevaar op een voldoende indringende wijze onder de aandacht van de werknemer(s) moeten brengen. In de maatstaf 'als redelijkerwijs nodig is' in art. 7:658 lid 1 BW zit een zekere beslissingsmarge. In het onrechtmatige daadsrecht, waar de lat voor aansprakelijkheid toch hoger ligt dan in het arbeidsrecht, wordt aangenomen dat wanneer een waarschuwing nodig is om letselschade te voorkomen, deze waarschuwing voldoende concreet en intens moet zijn¹⁶. Daarmee is niet te verenigen dat in het kader van de art. 7:658 lid 1 BW veel ruimte zou bestaan om een functie-omschrijving of een algemene opdracht om toezicht te houden op de veiligheid binnen het bedrijf aan te merken als 'zodanige aanwijzingen als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt'. Om deze redenen faalt middel II.

Kan de werknemer als cessionaris een vordering tegen de verzekeraar instellen?

2.18. Middel III sluit aan bij een verweer dat Zürich voor het eerst in hoger beroep heeft gevoerd. Blijkens de toelichting op grief I bestaat in de rechtspraak geen eenstemmigheid over het antwoord op de vraag of aanspraken uit hoofde van een aansprakelijkheidsverzekeringpolis vatbaar zijn voor cessie aan de benadeelde en, zo ja, of een zodanige cessie in de weg staat aan de ontvankelijkheid van de vordering van de benadeelde tegen de aansprakelijkheidsverzekeraar.

2.19. Alvorens op dit vraagstuk in te gaan, verdient aantekening dat onderscheid bestaat tussen een eigen recht van de benadeelde jegens de aansprakelijkheidsverzekeraar, de zgn. 'action directe' en een cessie van het recht op uitkering onder de aansprakelijkheidsverzekering. Enkele wettelijke bepalingen, waarvan art. 6 WAM de belangrijkste is, bieden de benadeelde het recht om rechtstreeks de aansprakelijkheidsverzekeraar van de aansprakelijke partij tot schadevergoeding aan te spreken. Zij geven de benadeelde een eigen recht tegenover de aansprakelijkheidsverzekeraar. Dit heeft praktische betekenis: indien de aansprakelijke partij in staat van faillissement geraakt, deert dit de benadeelde niet: hij kan rechtstreeks de verzekeraar tot schadevergoeding aanspreken. Ook kan bij een eigen recht de aansprakelijkheidsverzekeraar de beperkingen of

16 Zie bijv. HR 28 mei 2004, NJ 2005, 105 m.nt. CJHB (jetblast) en HR 27 mei 1988, NJ 1989, 29 m.nt. G (veenbroei).

uitsluitingen, die hij in de polis met de verzekerde is overeengekomen, niet aan de benadeelde tegenwerpen¹⁷.

2.20. In polissen van aansprakelijkheidsverzekeringen pleegt te worden bedongen dat, ingeval de verzekerde aansprakelijk wordt gesteld, de verzekerde geen aansprakelijkheid mag erkennen op straffe van verval van het recht op uitkering en dat de verzekerde de afwikkeling van de schadeclaim geheel dient over te laten aan de verzekeraar. De verzekeraar wordt in de polis door de verzekerde gevolmachtigd om de schadeclaim rechtstreeks met de benadeelde af te wikkelen. In de praktijk vindt de afwikkeling van schadeclaims dikwijls rechtstreeks tussen de verzekeraar en de benadeelde plaats. Dit laat onverlet dat – buiten de WAM en andere gevallen waarin de benadeelde een eigen recht heeft – de polisvoorwaarden bepalend zijn voor het recht op uitkering. Bovendien is de benadeelde niet beschermd bij een faillissement van de verzekerde aansprakelijke partij¹⁸. Bij de totstandkoming van de boeken 3-6 NBW is nagedacht over mogelijke invoering van een 'action directe' van de benadeelde tegen de aansprakelijkheidsverzekeraar¹⁹. De wetgever heeft zich toen beperkt tot de regel dat de vordering van het slachtoffer tot schadevergoeding bevoorrecht is op de vordering die de schuldenaar uit hoofde van verzekering van zijn aansprakelijkheid op de verzekeraar mocht hebben, voor zover deze vordering de verplichting tot vergoeding van deze schade betreft (art. 3:287 BW). Er zijn enkele pogingen ondernomen om een vordering tot schadevergoeding rechtstreeks tegen de aansprakelijkheidsverzekeraar in te stellen, maar deze pogingen zijn telkens mislukt bij gebreke van een wettelijke of contractuele grondslag²⁰.

2.21. De kwestie zal, alleen voor schade door dood of letsel, worden geregeld in het nieuwe verzekeringsrecht in boek 7 BW. Momenteel is bij de Eerste Kamer aanhangig een wetsvoorstel dat zowel het vraagstuk van de erkenning van aansprakelijkheid door de verzekerde regelt als de aanspraken van de benadeelde ten opzichte van de aansprakelijkheidsverzekeraar. Het wetsvoorstel gaat niet zo ver, dat de benadeelde een eigen recht jegens de aansprakelijkheidsverzekeraar krijgt (zoals in de WAM). Wel krijgt de benadeelde, onder bepaalde voorwaarden, de mogelijkheid rechtstreeks de aansprakelijkheidsverzekeraar aan te spreken tot betaling van de uitke-

ring die de verzekeraar aan de verzekerde (de aansprakelijke partij) verschuldigd is: een 'action directe'. De voorgestelde bepalingen luiden, voor zover thans van belang:

'Art. 7.17.2.9b:

Indien een verzekering tegen aansprakelijkheid bepaalde erkenningen door de verzekerde verbiedt, heeft overtreding van dat verbod geen gevolg voor zover de erkenning juist is. Een verbod tot erkenning van feiten heeft nimmer gevolg.

Art. 7.17.2.9c:

1. Indien in geval van een verzekering tegen aansprakelijkheid de verzekeraar ingevolge artikel 7.17.1.14 de verwezenlijking van het risico is gemeld, kan de benadeelde verlangen, dat indien de verzekeraar een uitkering verschuldigd is, het bedrag dat de verzekerde daarvan ter zake van de schade van de benadeelde door dood of letsel te vorderen heeft, aan hem wordt betaald.

2. (...)

3. Indien de benadeelde zijn in lid 1 bedoelde bevoegdheid nog niet heeft uitgeoefend, kan de verzekeraar slechts bevrijdend aan de verzekerde betalen nadat hij de benadeelde tevergeefs heeft verzocht binnen vier weken mede te delen of hij deze bevoegdheid wil uitoefenen, of indien deze daarvan afstand heeft gedaan.

4. De verzekerde is niet bevoegd ten nadele van de benadeelde over zijn vordering op de verzekeraar te beschikken, voorzover deze vordering schade door dood of letsel betreft, noch is deze vordering in zoverre voor anderen dan de benadeelde vatbaar voor beslag.

5. (...)

6. De benadeelde die ter zake van zijn schade door dood of letsel een rechtsvordering instelt tegen de verzekeraar, is daartoe slechts bevoegd indien hij er zorg voor draagt dat de verzekerde tijdig in het geding wordt geroepen. (...)

7. (...)'²¹

2.22. De toelichting op deze bepalingen, met rechtsvergelijkende gegevens, wordt ter lezing aanbevolen²². Voor de onderhavige zaak is vooral van belang dat het voorgestelde zesde lid een regeling wil geven voor de positie van de verzekerde (de aansprakelijke partij), die bij een 'action directe' er tussen uit valt. De verzekerde kan belang hebben bij de uitkomst van een procedure van de benadeelde tegen de verzekeraar in verband met zijn no-claimkorting, een eventueel 'eigen risico' in de polis of omdat de schade de verzekerde som overtreft. Wel-

17 In de WAM kan de verzekeraar de beperkende bepalingen van de polis niet aan de benadeelde tegenwerpen, tenzij het gaat om een schadeclaim die het bedrag overschrijdt waarvoor de polis minimaal dekking moet geven (zie art. 11 WAM).

18 Indien de verzekerde in staat van faillissement wordt verklaard kan de benadeelde zijn vordering uitsluitend bij de curator in het faillissement indienen ter verificatie. Bovendien eindigt een volmacht of lastgeving van de verzekerde aan de verzekeraar op het moment waarop de verzekerde in staat van faillissement geraakt: zie art. 3:72, aanhef en onder a, BW, respectievelijk art. 7:422, lid 1 onder a, BW.

19 Parl. Gesch. Boek 3, blz. 876-877.

20 HR 10 mei 1985, NJ 1985, 794 m.nt. G.; HR 3 april 1992, NJ 1992, 397 (besproken door C.P. Robben in NJB 1992, blz. 1272-1273); HR 21 januari 2000, NJ 2000, 189.

21 Gewijzigd voorstel van wet, Kamerstukken I 2002/03, 19 529, nr. 206. Zie, onder veel meer: J.G.C. Kamphuisen, De directe actie, in: J.H. Wansink e.a., Het nieuwe verzekeringsrecht, een eerste verkenning van 7.17 NBW (2000) blz. 159-196; N. Frenk en F.R. Salomons, Het nieuwe verzekeringsrecht bijgewerkt, Het Verzekeringsarchief 2001, blz. 5-30; C.C. van Dam en E.A. Waal, De directe actie in het nieuwe verzekeringsrecht, VR 2005, blz. 101-106; J.B. Londonck Sluijk, De directe actie uit titel 7.17 in faillissementssituaties, A&V 2000, blz. 129-134.

22 Kamerstukken II 1999/2000, 19 529, nr. 5, blz. 32-41, i.h.b. blz. 38.

is waar is de verzekerde een derde, die niet gebonden is door het gezag van gewijsde van enig vonnis dat tussen de benadeelde en de verzekeraar is geweest, maar de wetgever acht het niet praktisch dat de benadeelde opnieuw tegen de verzekerde zelf zou moeten procederen. Het wetsvoorstel schrijft daarom voor dat ook de verzekerde in het geding wordt geroepen. Daarmee, aldus de toelichting, 'wordt tevens de lastige vraag vermeden of in een procedure tussen de verzekeraar en de benadeelde wel kan worden beslist of en tot welk bedrag de verzekerde aansprakelijk is, danwel of dit alleen kan in een procedure tussen de benadeelde en de verzekerde'. De toelichting wijst in dit verband op het hierna te noemen vonnis van de rechtbank te Rotterdam van 6 december 1985. De zo-even bedoelde 'lastige vraag' wordt in dit cassatieberoep aan de orde gesteld.

2.23. Op zichzelf staat niets eraan in de weg dat iemand die een aansprakelijkheidsverzekering heeft gesloten, het recht op uitkering jegens zijn verzekeraar overdraagt aan een derde. Die derde kan ook de benadeelde zijn. Art. 3:83 lid 1 BW bepaalt immers dat vorderingsrechten overdraagbaar zijn tenzij de wet of de aard van het recht zich tegen een overdracht verzet. De overdraagbaarheid van vorderingsrechten kan door een beding tussen schuldeiser en schuldenaar worden uitgesloten (art. 3:83 lid 2 BW). In dit geding is niet gesteld dat de werkgeefster en Zürich zulk een beding hebben gemaakt. Evenmin verzet de wet zich tegen een overdracht van de vorderingsrechten op de verzekeraar. De vraag kan hoogstens zijn of de aard van het recht zich tegen deze overdracht verzet. Nu de verzekerde in staat van faillissement is verklaard, valt het vorderingsrecht op Zürich in de boedel en is de curator bevoegd hierover te beschikken.

2.24. De in middel III bedoelde kwestie is een aantal malen in de rechtspraak aan de orde gekomen. Ik ga daarop wat dieper in, omdat de rechtspraak inderdaad niet eenstemmig is:

– In Rb. Rotterdam 6 december 1985, *NJ* 1988, 14 m.nt. CJHB, werd in een identiek geval de benadeelde werknemer, tevens cessionaris, in zijn vordering niet-ontvankelijk verklaard. Het dragende argument was dat – zelfs al zou de werkgever de aansprakelijkheid voor het ongeval hebben erkend – de omvang van de schade eerst in rechte moet zijn vastgesteld in een procedure tussen de werknemer en de werkgever (c.q. in een renvooiprocedure, indien de werkgever failliet is). Brunner annoteerde:

'De gedachte [van de rechtbank, noot A-G] is, dat alleen tussen werkgever en werknemer kan worden beslist of en tot welk bedrag de werkgever ex art. 1638x BW aansprakelijk is tegenover de werknemer, niet tussen werkgever en zijn verzekeraar. Dat lijkt me juist.'

Brunner meende dat een benadeelde werknemer-cessionaris in een procedure tegen de aansprakelijkheidsverzekeraar niet verder kan komen dan een verklaring voor recht dat onder de polis dekking bestaat voor wat de werknemer krachtens rechterlijke

uitspraak, arbitraal vonnis of minnelijke regeling te vorderen zal blijken te hebben.

– In Hof 's-Gravenhage 5 juni 1990, *S&S* 1991, 45, was de casus anders. De aansprakelijkheidsverzekeraar verzette zich tegen een door de curator in het faillissement van de verzekerde voorgenomen cessie van de vordering van de verzekerde op de verzekeraar. Het hof stelde de curator in het gelijk. Het hof achtte de voorgenomen cessie niet in strijd met art. 283 WvK (schadebepenkingsplicht/bereddingsplicht verzekerde), noch in strijd met de goede trouw, welke de verzekerde jegens de verzekeraar betaamt. Volgens het hof houdt een cessie niet in dat de verzekeraar wren zou moeten ontberen die de verzekerde (indien aangesproken door de benadeelde) zelf zou kunnen aanvoeren. Evenmin houdt de cessie een erkenning van aansprakelijkheid door de verzekerde in.

– In Rb. Rotterdam 19 november 1991²³ procedeerde de (gesubrogeerde in de rechten van de) benadeelde tegen de aansprakelijkheidsverzekeraar. De curator in het faillissement van de aansprakelijke partij, die in verband met de toestand van de boedel geen geld had om tegen de aansprakelijkheidsverzekeraar te procederen, had de vorderingsrechten jegens deze verzekeraar gecedeerd. De rechtbank verwierp zowel het verweer dat de cessie in strijd was met de schadebepenkingsplicht (in de polisvoorwaarden en in art. 283 WvK) als de stelling van de verzekeraar dat hij op deze wijze wordt benadeeld in zijn mogelijkheden om inhoudelijk verweer te voeren. Het vonnis lokte het volgende commentaar van Brevet en Lieveerse uit:

'Punt van aandacht is dat de benadeelde door de cessie als cessionaris treedt in de positie van de failliet. Deze is verplicht vorderingen af te houden. Met deze positie lijkt onverenigbaar dat de cessionaris tegelijkertijd, en in dezelfde procedure, het standpunt inneemt dat de verzekerde aansprakelijk is.²⁴

– In Hof Amsterdam 30 mei 1996, *NJ* 1997, 249²⁵, had de curator in het faillissement van de verzekerde de vordering op de aansprakelijkheidsverzekeraar overgedragen aan de benadeelde, die vervolgens de

23 Gepubliceerd als bijlage 1 bij het preadvies van K.W. Brevet en C.W.M. Lieveerse, in: *Verzekering en faillissement*, preadviezen voor de Vereniging voor verzekeringswetenschap, 1996; het vonnis wordt besproken op blz. 18–19 van het preadvies. Zie ook hun bespreking van Rb. Utrecht 26 juni 1996 in *Vrb.* 1996, blz. 110–112. In die zaak bevatte de akte van cessie een uitdrukkelijke erkenning van aansprakelijkheid; dat achtte de rechtbank strijdig met de polisvoorwaarden.

24 Brevet en Lieveerse vermelden ook Rb. Rotterdam 28 januari 1994 (*A&V* 1994, blz. 130 m.nt. L. Dommering-van Rongen). Hier werd een vordering ingesteld tegen de gefailleerde aansprakelijke partij, om een verklaring voor recht te verkrijgen. De rechtbank kwam niet tot aan een inhoudelijke beslissing: bij gebrek aan belang werd de vordering niet-ontvankelijk verklaard.'

25 Vernietigend Rb. Amsterdam 13 september 1995, *NJ* 1996, 291, waarin de eisende partij niet-ontvankelijk was verklaard. Het arrest is besproken door L. Dommering-van Rongen in *Vrb.* 1997 blz. 73–75, die zich, anders dan Brevet en Lieveerse, een voorstandster van de cessie-constructie betoont.

aansprakelijkheidsverzekeraar in rechte aansprak. Bijzonderheid was hier dat voordien in een tussen-vonnis, gewezen tussen de benadeelde en de laedens, de aansprakelijkheid al was vastgesteld; die procedure was door het faillissement geschorst. Het hof overwoog:

'Er is geen goede grond voor het door de rechtbank uitgesproken oordeel dat verzekeraar Delta Lloyd eerst tot uitkering jegens verzekerde Lorch of diens rechtsopvolger gehouden zou zijn, indien en voor zover in de verhouding Stardust-Lorch de omvang van de schade waarvoor verzekerde Lorch ten opzichte van Stardust aansprakelijk is, is komen vast te staan. De omvang van de uitkeringsplicht van de verzekeraar (...) wordt primair begrensd door de omvang van de schade waarvoor de verzekerde aansprakelijk is. In gevallen als deze wordt de verzekeraar dan ook meestal bij de vaststelling van de omvang van de schade betrokken en is het de verzekeraar die, in de regel in overleg met de benadeelde tot vaststelling van de omvang van de door deze geleden schade komt. Niet valt in te zien dat in dit geval de omvang van de schade waarvoor verzekerde aansprakelijk is slechts in een procedure tussen de benadeelde en de verzekerde, en niet in een procedure tussen de benadeelde als rechtsopvolger van verzekerde enerzijds en de verzekeraar anderzijds, zou kunnen worden vastgesteld.'

- In Rb. Rotterdam 25 juni 1998, *S&S* 2000, 47²⁶, werd weer beslist overeenkomstig het vonnis van 6 december 1985, ditmaal met een nadere motivering:

'Gedaagden [de verzekeraars, noot A-G] hebben met recht aangevoerd dat zij door de vaststelling van die aansprakelijkheid en schadeomvang in deze procedure worden geschaad.

Het feit dat eisers zich op het standpunt stellen dat Genfor aansprakelijk is voor de gestelde schade, is immers onverenigbaar met de positie van Genfor als verzekerde die jegens haar verzekeraars verplicht is schadevorderingen af te houden en niet tot erkenning van aansprakelijkheid mag overgaan. Het feit dat de verzekeraars van Genfor in deze procedure in beginsel hetzelfde verweer kunnen voeren als zij in een door eisers tegen Genfor aanhangig gemaakte procedure namens Genfor hadden kunnen doen, kan daaraan niet afdoen. In laatstbedoelde procedure zouden zij immers Genfor aan hun zijde hebben, terwijl zij nu bij het voeren van inhoudelijk verweer afhankelijk zijn van de bijstand van hun wederpartij.'

- In Rb. 's-Gravenhage 31 maart 1999, *Vrb.* 1999, blz. 111-112 m.nt. C.W.M. Lieveerse, had de benadeelde een vordering ingesteld tegen de gefailleerde tot verkrijging van een verklaring voor recht, inhoudende dat de gefailleerde aansprakelijk is. Deze vordering werd afgewezen: de betrokkene kan uitsluitend

zijn vordering indienen ter verificatie. De rechtbank wees ten overvloede op de mogelijkheid van een cessie, waarna de benadeelden rechtstreeks tegen de verzekeraar zouden kunnen procederen:

'Anders dan Mast en en AgriVer [de eisers-benadeelden, noot A-G] ziet de rechtbank niet in waarom in deze procedure niet zowel de aansprakelijkheidsvraag als de vraag naar de omvang van de schade (c.q. de schadevergoeding) aan de orde zouden kunnen komen. Naar het oordeel van de rechtbank verzet het systeem van de Faillissementswet zich niet tegen een zodanige cessie. De belangen van de overige schuldeisers zijn immers voldoende gewaarborgd nu het aangaan van die cessie de toestemming van de rechter-commissaris in het faillissement vergt.'

- Deze laatste zaak werd gevolgd door een cessie en een procedure van de benadeelde (als cessionaris) tegen de aansprakelijkheidsverzekeraar. Het gerechtshof te 's-Gravenhage, 21 januari 2003, *S&S* 2004, 12, verwierp het verweer van de verzekeraar dat de vaststelling van de aansprakelijkheid in de relatie benadeelde/verzekerde en de vaststelling van de dekking in de relatie verzekerde/verzekeraar niet in een en dezelfde procedure zou kunnen geschieden.

2.25. Het vraagstuk is niet eerder aan de Hoge Raad voorgelegd. In HR 9 juni 2000, *NJ* 2000, 577 m.nt. PvS, was uitsluitend de vraag aan de orde, of de benadeelde via art. 69 Fw een bevel van de rechter-commissaris aan de curator kan uitlokken om een rechtsvordering in te stellen tegen de aansprakelijkheidsverzekeraar. Die vraag werd in beginsel bevestigend beantwoord. Wel dient een afweging van belangen, waaronder het financieel belang van de boedel in verband met de proceskosten, plaats te vinden.

2.26. In hoger beroep heeft Zürich aangevoerd dat in dit geval de cessionaris zich twee verschillende hoedanigheden toedicht die niet met elkaar te verenigen zijn:

'In de allereerste plaats is en blijft de cessionaris immers de gelaedeerde of benadeelde, die juist de cedent aansprakelijk stelt. In die rechtsrelatie moet de cedent de vrijheid hebben om de aansprakelijkheid te betwisten. Tegelijkertijd stelt de gelaedeerde/cessionaris dat de aansprakelijkheidsverzekeraar gehouden is om de schade te vergoeden, hoewel de cedent in werkelijkheid een geheel andere mening kan zijn toegegaan. In casu doet dit laatste zich daadwerkelijk voor: [lees: de werkgeefster] is van meet af aan van mening geweest dat zij niet aansprakelijk is.

Aangezien de cedent niet méér rechten heeft kunnen overdragen dan deze zelf heeft, valt onder die overdracht geen aansprakelijkheid (sdekking). Anders gezegd: de cedent die zichzelf niet aansprakelijk vindt en die dus naar zijn mening geen concrete dekkingsaanpraak bezit jegens zijn aansprakelijkheidsverzekeraar, kan niet het recht overdragen om op basis van zijn non-aansprake-

26 Besproken door K.W. Brevet en C.W.M. Lieveerse in *Vrb.* 2000, blz. 117-118.

lijkheid betaling van een geldsbedrag te verdienen.²⁷

2.27. Het laatstgenoemde argument treft geen doel. Een cedent kan inderdaad niet méér rechten aan een ander overdragen dan hij zelf heeft. Het antwoord op de vraag of de cedent (de gefailleerde werkgeefster, in dit geval: de curator in het faillissement van de werkgeefster) een vorderingsrecht jegens de verzekeraar heeft, is echter niet afhankelijk van de mening van de cedent daaromtrent en kan ook los daarvan worden gegeven. De cessie heeft kennelijk de strekking dat, als er sprake is van enige aansprakelijkheid van de werkgeefster jegens de werknemer, de vorderingsrechten van de werkgeefster jegens haar aansprakelijkheidsverzekeraar m.b.t. deze schadeclaim overgaan op de cessionaris. Meer in het algemeen kan worden opgemerkt dat heel wel denkbaar is dat een persoon in de ene procespositie het standpunt inneemt dat hij niet aansprakelijk is en tegelijkertijd in een andere procespositie het tegenovergestelde standpunt inneemt; in vrijwaringsprocedures en in primair/subsidiaire stellingnamen doet dit verschijnsel zich veelvuldig voor.

2.28. Het argument van de tegenstrijdige procesposities is in een ander opzicht van betekenis. Daarbij gaat het niet erom, dat de cedent de vrijheid moet hebben om de aansprakelijkheid te betwisten: die vrijheid had de werkgeefster en had ook de curator in het onderhavige faillissement van de werkgeefster. Uit de aangehaalde jurisprudentie blijkt dat het om iets anders gaat, namelijk om de uit art. 283 WvK en doorgaans ook uit de polisvoorwaarden blijkende verplichting van de verzekerde om de schade zoveel mogelijk te beperken en om de uit de polisvoorwaarden blijkende verplichting om de afwikkeling van de schade aan de aansprakelijkheidsverzekeraar over te laten. In de redenering van sommigen zouden deze verplichtingen ertoe moeten leiden dat de verzekerde niet, althans niet zonder toestemming van de verzekeraar, behoort mee te werken aan een cessie van zijn vorderingsrechten op de aansprakelijkheidsverzekeraar aan de benadeelde. Dit argument gaat in zijn algemeenheid niet op: voor de aansprakelijkheidsverzekeraar maakt het financieel geen verschil of hij door (de curator in het faillissement van) zijn verzekerde dan wel rechtstreeks door de benadeelde-cessionaris tot uitkering onder de polis wordt aangesproken. Art. 6:145 BW bepaalt immers dat de overgang van een vordering de verweermiddelen van de schuldenaar onverlet laat. Dit betekent dat de verzekeraar ook tegenover de cessionaris beroep kan doen op polisvoorwaarden die de omvang van de verzekeringsdekking bepalen of op polisvoorwaarden die het recht op uitkering beperken. De rechtsklacht in middelonderdeel III.A faalt om deze redenen. Iets anders is, dat art. 3:83 lid 2 BW toestaat dat tussen de verzekerde en de verzekeraar wordt bedongen

dat de vorderingsrechten van de verzekerde jegens de verzekeraar niet vatbaar zijn voor overdracht aan een derde.

2.29. Onderdeel III.B klaagt over onvoldoende motivering. De klacht miskent dat een rechtsoordeel niet met vrucht met een motiveringsklacht kan worden aangevallen²⁸. Overigens gaat deze klacht ook om een andere reden niet op. Het hof stond voor de vraag, of onverenigbaar is dat de benadeelde de cedent-verzekerde voor aansprakelijk houdt en tegelijkertijd als cessionaris de rechten van de cedent-verzekerde uitoefent jegens de verzekeraar. In dat verband kon het hof een vergelijking maken met andere gevallen waarin een benadeelde rechtstreeks tegenover de aansprakelijkheidsverzekeraar staat. Het hof heeft hiermee niet miskend dat het eigen recht van de benadeelde (art. 6 WAM) en de 'action directe' in het voorgestelde nieuwe verzekeringsrecht niet gelijk zijn aan een cessie door de verzekerde van zijn rechtsvorderingen op de verzekeraar. Tenslotte kan worden gewezen op de gangbare praktijk waarin aansprakelijkheidsverzekeraars rechtstreeks met de benadeelde de schadeclaim afwickelen; de onverenigbaarheid geeft daarbij kennelijk geen problemen.

2.30. In dit middelonderdeel wordt voorts geklaagd dat de verwijzing door het hof naar art. 3:287 BW tekortschiet omdat dit artikel slechts het voorrecht van de vordering van de benadeelde/schuldeiser regelt en hem niet een eigen recht jegens de verzekeraar verschaft. Op zich is juist dat art. 3:287 BW de benadeelde geen eigen recht jegens de verzekeraar verschaft. In het middel wordt evenwel uit het oog verloren dat het hof zijn beslissing motiveert met het argument dat de gekozen oplossing (de cessie, gevolgd door een vordering van de benadeelde/cessionaris tegen de verzekeraar) past bij een bescherming van de benadeelde in geval van faillissement van de verzekerde. In rov. 3.2 heeft het hof niet méér overwogen dan dat diezelfde beschermingsgedachte ook in art. 3:287 BW tot uitdrukking komt.

2.31. Onderdeel III.C sluit bij het voorgaande aan met de rechtsklacht dat het hof miskent dat de wetgever bij de invoering van art. 3:287 BW ervoor heeft gekozen, aan benadeelden juist niet een eigen recht jegens de verzekeraar doch slechts een voorrecht bij de verdeling toe te kennen. Om dezelfde reden als bij het vorige middelonderdeel gaat deze klacht niet op: het hof gaat in de bestreden rechtsoverweging niet uit van de opvatting dat art. 3:287 BW aan de benadeelde een eigen recht jegens de verzekeraar geeft.

2.32. Aan slot van onderdeel III.B klaagt Zürich dat geen van de drie, door het hof gemaakte vergelijkingen (die met art. 3:287 BW, die met art. 6 WAM en die met het voorgestelde art. 7.17.2.9c BW) opgaat en dat het hof daarom onvoldoende inzicht geeft in de gronden waarop het hof het standpunt van Zürich heeft afgewezen. De klacht treft geen doel, omdat

²⁷ MvG punt 7. In MvG punt 13 wees Zürich bovendien op onduidelijkheid in verband met de in art. 7:658 BW bedoelde bewijslast van de werkgever: wie neemt nu eigenlijk de positie van de werkgever in: is dat de cessionaris of is dat Zürich?

²⁸ Veegens/Korthals Altes/Groen, Cassatie in burgerlijke zaken, 1989, nr. 117.

het hof zijn standpunt mede heeft gemotiveerd met de wenselijkheid van bescherming van de benadeelde ingeval van faillissement van de verzekerde. Daarenboven kan de klacht worden verworpen op de eerder in deze conclusie besproken gronden. Middel III leidt niet tot cassatie.

3. Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het beroep.

Hoge Raad:

1. *Het geding in feitelijke instanties*

Verweerder in cassatie — verder te noemen: Visser — heeft bij exploit van 21 juli 1999 eiseres tot cassatie sub 2 — verder te noemen: Zurich — gedagvaard voor de kantonrechter te 's-Gravenhage en gevorderd voor recht te verklaren dat All Conserving B.V. — verder te noemen: All Conserving — aansprakelijk is voor de schade welke Visser ten gevolge van het bedrijfsongeval van 30 mei 1995 heeft geleden en nog zal lijden en dat Zurich gehouden is deze schade te vergoeden.

Visser heeft voorts gevorderd Zurich te veroordelen tot vergoeding van deze schade nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet.

Zurich heeft de vorderingen bestreden.

Bij vonnis van 16 maart 2000 heeft de kantonrechter zich onbevoegd verklaard van de vordering kennis te nemen en het geding verwezen naar de rechtbank te 's-Gravenhage.

Bij vonnis van 6 september 2000 heeft de rechtbank de vorderingen van Visser toegewezen.

Tegen dit vonnis van de rechtbank heeft Zurich hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te 's-Gravenhage. Visser heeft voorwaardelijk incidenteel hoger beroep ingesteld.

Bij arrest van 11 november 2003 heeft het hof in het principaal appel het vonnis van de rechtbank vernietigd doch uitsluitend voor wat betreft de veroordeling tot vergoeding van schade nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet en, opnieuw rechtdoende, de vordering tot vergoeding van schade nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet afgewezen. Het hof heeft voorts in het principaal appel en in het (voorwaardelijk) incidenteel appel, het vonnis voor het overige bekrachtigd met verbetering van gronden.

(...)

2. *Het geding in cassatie*

(...)

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal F.F. Langemeijer strekt tot verwerping van het beroep.

3. *Beoordeling van de middelen*

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Visser is van 28 maart 1994 tot 1 augustus 1995 in dienst geweest van All Conserving te Ridderkerk, in de functie van uitvoerder/bedrijfsleider. Zijn brutosalaris bedroeg f 8899,86 per vier weken, te vermeerderen met vakantietoelage.

(ii) In aansluiting op zijn MTS-opleiding waterbouwkunde had Visser voor zijn indiensttreding bij All Conserving diverse beton- en kunststofcursussen afgerond en diploma's gehaald. Gedurende tien jaar had hij de nodige ervaring opgedaan in vergelijkbare, leidinggevende functies bij andere bedrijven.

(iii) Op 30 mei 1995 is Visser een ongeval overkomen, waarbij hij cement in het linker oog heeft gekregen. Dit is gebeurd tijdens het gebruik van een gehuurde cementpomp, eigendom van en verhuurd door Van der Hoek/Hardinxveld B.V. (hierna: Van der Hoek).

(iv) Het ongeval is veroorzaakt door de cementpomp die een gebrek vertoonde. Voorafgaand aan het ongeval had de pomp reeds enkele storingen gehad, die door Visser waren verholpen. Visser droeg ten tijde van het ongeluk een (door hemzelf aangeschafte) veiligheidsbril.

(v) Visser heeft All Conserving aansprakelijk gesteld voor de door hem geleden schade.

(vi) All Conserving was ten tijde van het ongeval voor het risico van wettelijke aansprakelijkheid bij Zürich verzekerd krachtens een aansprakelijkheidsverzekering voor bedrijven en beroepen.

(vii) Op 1 april 1997 is All Conserving in staat van faillissement verklaard, met benoeming van mr. J.M. Wolfs tot curator.

(viii) Tegen een koopprijs van f 16.500, die door Visser aan de curator is betaald, zijn alle rechten en aanspraken die All Conserving uit hoofde van bovengenoemde verzekeringsovereenkomst ter dekking van de aansprakelijkheid waartoe de uitoefening van haar bedrijf aanleiding kan geven, door de curator gecedeerd aan Visser. Deze cessie is bij het deze procedure inleidende exploit van dagvaarding aan Zürich betekend.

3.2 In deze procedure vordert Visser, voorzover in cassatie van belang, een verklaring voor recht dat All Conserving jegens hem aansprakelijk is voor de schade welke hij ten gevolge van het ongeval heeft geleden en nog zal lijden, en dat Zürich mitsdien gehouden is deze schade aan hem te voldoen. De aansprakelijkheid van All Conserving baseerde hij (uitsluitend) op art. 7:658 BW, die van Zürich op de hiervóór in 3.1 onder (viii) genoemde cessie.

De rechtbank heeft de genoemde vordering toegewezen, het hof heeft het vonnis van de rechtbank in zoverre bekrachtigd.

Overwegingen met betrekking tot de cessie

3.3.1 Zurich heeft in hoger beroep voor het eerst als verweer aangevoerd dat de door Visser gekozen constructie om zich de rechten uit de verzekeringsovereenkomst tussen All Conserving en Zürich over te laten dragen door middel van een overeenkomst van cessie, waarbij Visser vervolgens tegelijkertijd de werkgeefster wier rechten hij heeft overgenomen, aansprakelijk stelt, en tevens op basis van die aan-

sprakelijkstelling nakoming van de verzekeringsovereenkomst door Zürich verlangt, dient te leiden tot niet-ontvankelijkheid. Het hof was van oordeel dat dit niet een gedekt verweer was als bedoeld in art. 348 Rv. (rov. 3.1).

3.3.2 Het hof verwierp het verweer nochtans op de volgende gronden (rov. 3.2).

Gesteld noch gebleken is dat de cessie niet rechtsgeldig is geschied. Naar het oordeel van het hof leidt het enkele feit dat Visser als werknemer door de cessie is getreden in de rechten van zijn (failliete) werkgeefster All Conserving, niet tot niet-ontvankelijkheid van Visser in zijn vorderingen jegens Zürich. Van een (tot niet-ontvankelijkheid leidende) onverenigbaarheid van hoedanigheden is naar het oordeel van het hof geen sprake. Het hof wijst in dit verband op het in sommige bijzondere wetten aan de benadeelde toegekende eigen vorderingsrecht jegens de verzekeraar, waarbij een vergelijkbare vereniging van hoedanigheden kan optreden als in het onderhavige geval. Hieruit kan worden afgeleid dat een dergelijke vereniging van hoedanigheden aan een (al dan niet directe) vordering van de benadeelde op de verzekeraar van de (gestelde) schadeveroorzaker, niet in de weg staat. Voorts past de in het onderhavige geval gekozen oplossing, waarbij Visser de eventuele vordering van All Conserving op haar aansprakelijkheidsverzekeraar Zürich heeft gekocht van de curator, bij de onder meer in art. 3:287 BW tot uitdrukking komende bescherming van de benadeelde in geval van faillissement van de verzekerde.

3.4 Middel III is gericht tegen de hiervoor in 3.3.2 weergegeven oordelen van het hof.

Het middel bestrijdt niet 's hofs oordeel, dat gesteld noch gebleken is dat de cessie niet rechtsgeldig is geschied. Er moet dus van worden uitgegaan dat Zürich niet heeft gesteld dat de wet of de aard van het gecedeerde recht zich tegen de cessie verzet (art. 3:83 BW). Het middel wijst geen rechtsgrond aan voor de erin aangevoerde stelling dat Visser niettemin zijn rechten als cessionaris niet in rechte kan afdwingen. De daarvoor door Zürich aangevoerde omstandigheid dat in de procedure met betrekking tot de aansprakelijkheid van de werkgeefster, deze laatste zal ontkennen aansprakelijk te zijn en daartoe al het nodige zal stellen en eventueel bewijzen, terwijl de werknemer die de vordering overneemt, als werknemer juist zal willen aantonen dat de werkgeefster jegens hem aansprakelijk is, biedt onvoldoende grond voor de door Zürich bepleite niet-ontvankelijkheid.

Het hof heeft er ook terecht op gewezen dat het door Zürich bepleite standpunt ingaat tegen de ontwikkelingen in de wetgeving. Achtergrond hiervan is dat er bij aansprakelijkheidsverzekeringen een onverbreekelijk verband bestaat tussen de vordering van de benadeelde jegens de verzekerde en de vordering van de laatste jegens zijn verzekeraar. Dit maakt het uit een oogpunt van billijkheid onbevredigend, indien de benadeelde verstoken blijft van de hem toekomende schadevergoeding, terwijl de ver-

zekeraar wel tot uitkering is gehouden. Dit heeft de wetgever in een aantal gevallen ertoe gebracht om de positie van de benadeelde te versterken, waarbij in de gevallen waarin aan de benadeelde een directe vordering op de verzekeraar is toegekend, vergelijkbare problemen voor de verzekeraar voor lief zijn genomen als waarop Zürich zich thans beroept. Deze ontwikkeling wordt voortgezet in het inmiddels op 1 januari 2006 in werking getreden artikel 7:954 BW.

Aan de kant van de verzekeraar pleit voorts tegen de stelling van Zürich dat de verzekeraar het in zijn macht heeft om in de verzekeringsvoorwaarden in vrij ver gaande mate bepalingen op te nemen om te voorkomen dat hij tot uitkering wordt genoodzaakt wanneer de verzekerde onvoldoende of geen verweer voert tegen de vordering van de benadeelde.

Op dit een en ander stuit middel III in zijn geheel af.

Overwegingen met betrekking tot de aansprakelijkheid van de werkgever

3.5.1 Ten aanzien van de vraag of All Conserving jegens Visser aansprakelijk is, heeft het hof in rov. 5.1 vooropgesteld dat de werkgever krachtens art. 7:658 lid 1 BW onder meer verplicht is de werktuigen en gereedschappen waarmee hij de arbeid doet verrichten op zodanige wijze 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. Naar het oordeel van het hof

'moet in dat verband worden aangenomen dat indien de werkgever geen gebruik maakt van eigen werktuigen en gereedschappen, maar deze huurt van een derde, op de werkgever de zorgplicht rust om, alvorens deze werktuigen en gereedschappen aan zijn werknemers ter beschikking te stellen, zich eerst ervan te vergewissen dat deze in goede staat van onderhoud verkeren en niet onveilig zijn, hetgeen eveneens meebrengt dat de werkgever daartoe voldoende aanwijzingen geeft.'

Onderdeel A van middel I voert hiertegen aan dat art. 7:658 BW de werkgever noch met betrekking tot eigen materialen, noch met betrekking tot van derden gehuurde materialen een algemene, absolute, verplichting oplegt zich ervan te vergewissen dat die in goede staat van onderhoud verkeren en niet onveilig zijn. Volgens het onderdeel moet de vraag of de werkgever zijn in art. 7:658 beschreven zorgplicht heeft geschonden mede aan de hand van de omstandigheden van het geval worden beoordeeld en heeft het hof door zijn beslissing te baseren op een algemeen geldende plicht om gehuurde materialen op hun onderhoud en veiligheid te controleren een te ruime opvatting gehuldigd van de uit die bepaling voortvloeiende zorgplicht.

3.5.2 Wat de in art. 7:658 bedoelde zorgplicht in een concreet geval meebrengt, zal inderdaad afhangen van de omstandigheden van het geval. Dat heeft het hof in zijn door het onderdeel bestreden oordeel evenwel niet miskend. Het hof heeft daarin slechts,

kennelijk in reactie op de stelling van Zürich dat All Conserving niet aansprakelijk is voor het gebrekkig functioneren van de gehuurde cementpomp omdat dit functioneren nu eenmaal niet valt onder de verplichtingen die uit art. 7:658 voortvloeien (nr. 23 van de memorie van grieven), tot uitdrukking gebracht dat de zorgplicht van de werkgever meebrengt dat hij ook ten aanzien werktuigen en gereedschappen die van derden zijn gehuurd, en de werkzaamheden met behulp daarvan, zodanige maatregelen behoort te treffen en aanwijzingen behoort te verstrekken als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden als gevolg van onvoldoende onderhoud en onveiligheid van die werktuigen en gereedschappen schade lijdt. Met de op de geciteerde passage volgende, in cassatie niet bestreden, precisering van het hof:

‘Dit geldt in het bijzonder indien het gaat om werktuigen als de onderhavige cementpomp, die naar hun aard een veiligheidsrisico meebrengen.’ heeft het hof nog benadrukt dat die zorgplicht zich met name doet gelden indien het gaat om werktuigen die naar hun aard een veiligheidsrisico meebrengen. Het bestreden oordeel van het hof geeft niet blijk van een te ruime opvatting van de uit art. 7:658 voortvloeiende zorgplicht van de werkgever. Het onderdeel is daarom ongegrond.

3.5.3 Onderdeel B van middel I berust op het uitgangspunt dat het hof in de hiervoor in 3.5.1 geciteerde passage geoordeeld heeft over de omvang van de zorgplicht van All Conserving in het onderhavige bijzondere geval en bestrijdt dat oordeel met motiveringsklachten. Dit uitgangspunt is, zoals reeds uit het voorgaande volgt, onjuist aangezien het hof in de geciteerde passage een algemeen oordeel gaf over de zorgplicht van de werkgever die werkzaamheden laat verrichten met van derden gehuurde werktuigen en gereedschappen. Dit onderdeel kan daarom niet tot cassatie leiden.

3.6.1 Middel II is gericht tegen het oordeel van het hof (in rov. 5.2) dat, zo Visser al – gelet op zijn functie en salarisniveau – de meest geëigende persoon zou zijn geweest om de veiligheidscontrole uit te voeren, in elk geval vaststaat dat van enige aanwijzing of instructie daartoe van All Conserving aan Visser geen sprake is geweest. Het enkele feit dat Visser wellicht de bevoegdheid had om het apparaat te huren doet, aldus het hof, niet af aan de in rov. 5.1 genoemde zorgplicht van All Conserving. Onderdeel A van het middel veronderstelt dat het hof aanneemt dat het enkele niet-geven van instructies in een bepaald geval een schending van de zorgplicht van art. 7:658 meebrengt, ongeacht de functie van de werknemer, en klaagt dat het hof daarmee blijk geeft van een onjuiste opvatting van art. 7:658. Nu het bij de beoordeling van de eventuele zorgplichtschending gaat om alle omstandigheden van het geval, mocht het hof niet buiten beschouwing laten dat Visser als leidinggevende, althans als ervaren deskundige medewerker juist degene was die binnen het bedrijf met het toezicht op de veiligheid belast was, zo be-

toogt het middel onder verwijzing naar de plaatsen in de stukken waarin Zürich daarop in de feitelijke instanties een beroep heeft gedaan.

3.6.2 In de door het onderdeel bestreden overweging reageerde het hof op het betoog van Zürich dat juist Visser degene was die bevoegd was de cementpomp te huren en die als leidinggevende en/of ervaren medewerker met het toezicht op de veiligheid was belast. Die omstandigheid heeft het hof dus niet buiten beschouwing gelaten. Het antwoord van het hof komt erop neer dat, zo Visser in dit opzicht al mocht hebben gefaald, dat nog niet betekent dat All Conserving aan haar zorgplicht heeft voldaan, nu vaststaat dat All Conserving geen enkele aanwijzing of instructie aan Visser heeft gegeven om ervoor te zorgen dat alleen in goede staat van onderhoud verkerende en veilige werktuigen en gereedschappen zouden worden gebruikt. Dit oordeel van het hof geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Een werkgever die de zorg voor de veiligheid van de werktuigen en gereedschappen waarmee hij de arbeid doet verrichten, overlaat aan een daartoe, objectief gezien, gekwalificeerde werknemer, heeft in het algemeen niet reeds daardoor (ook niet jegens die werknemer) voldaan aan zijn verplichtingen als bedoeld in art. 7:658 lid 1, maar zal daarnaast zodanige maatregelen moeten nemen en aanwijzingen moeten verstrekken als redelijkerwijs nodig is om die werknemer in staat te stellen en ertoe te brengen ook daadwerkelijk de nodige zorg voor de veiligheid in acht te nemen. Hierop stuit onderdeel IIA af.

3.6.3 Onderdeel II B acht de redenering van het hof dat uit het feit dat met betrekking tot de onderhavige pomp geen specifieke instructies zijn gegeven zou volgen dat ‘van enige aanwijzing c.q. instructie (...) van All Conserving aan Visser geen sprake is geweest’ onjuist. Het hof miskent hiermee, aldus het onderdeel, dat in de aanstelling van Visser als bedrijfsleider/uitvoerder, en toezichthouder op de veiligheid binnen het bedrijf besloten lag, dat wel degelijk algemene aanwijzingen en (veiligheids)instructies waren gegeven die voldoende waren voor het onderhavige geval. Op de plaatsen in de processtukken waarnaar de klacht in dit verband verwijst, heeft Zürich aangevoerd dat in het bedrijf van All Conserving de verplichting, en de expliciete instructie, gold dat bij werkzaamheden als waarmee Visser bezig was toen het ongeluk gebeurde, een veiligheidsbril gedragen moet worden. Hierin heeft het hof, dat, in cassatie onbestreden, ervan is uitgegaan dat Visser ten tijde van het ongeluk een veiligheidsbril droeg, blijkbaar geen betoog gelezen dat in de gestelde aanstelling van Visser als toezichthouder op de veiligheid besloten lag dat aan hem algemene aanwijzingen en (veiligheids)instructies waren gegeven daartoe strekkende dat hij zich ervan zou vergewissen dat gehuurde werktuigen als de onderhavige cementpomp aan de daaraan te stellen veiligheidseisen voldeden. Deze klacht mist dus feitelijke grondslag en kan daarom niet tot cassatie leiden.

3.6.4 Het onderdeel klaagt voorts dat de beoordeling van de zorgplichtschending en van de verplich-

ting tot het geven van aanwijzingen of instructies in casu niet kan plaatsvinden zonder daarbij te betrekken de omstandigheid dat de werknemer nu juist degene was die met de veiligheidscontrole was belast en dat in dit kader veiligheidsinstructies waren gegeven die mede voortvloeiden uit de aanstelling van Visser als uitvoerder. Deze klacht faalt om de redenen als hiervoor in 3.6.3 vermeld.

4. *Beslissing*

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt Hooge Huys en Zürich in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Visser begroot op € 359,34 aan verschotten en € 2200 voor salaris.
