



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Annotation: Hoge Raad 2002-04-12

Heerma van Voss, G.J.J.

Citation

Heerma van Voss, G. J. J. (2003). Annotation: Hoge Raad 2002-04-12. *Nederlandse Jurisprudentie*, 920-933. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/14873>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/14873>

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

Nr. 138**HOGE RAAD**

12 april 2002, Nr. C00/207HR

(Mrs. P. Neleman, J.B. Fleers, H.A.M. Aaftink, A.G. Pos, O. de Savornin Lohman; A-G Lange-meijer; m.nt. G.J.J. Heerma van Voss)

RvdW 2002, 70

JOL 2002, 225

Arbeidsongeval aan boord schip: aansprakelijkheid werkgever jegens (ingeleende) werknemer/kapitein o.g.v. onrechtmatige daad ondergeschikte; eigen schuld kapitein?; maatstaf: opzet of bewuste roekeloosheid.

Art. 391 K, dat art. 7:658 BW buiten toepassing verklaart op dienst van kapitein, staat – gezien het stelsel van de wet – niet eraan in de weg aan te nemen dat eventuele fouten van een kapitein die hebben bijgedragen tot het ontstaan van de schade waarvan hij o.g.v. onrechtmatige daad vergoeding vordert van de werkgever, slechts aan hem kunnen worden toegerekend indien de schade in belangrijke mate het gevolg is van zijn opzet of bewuste roekeloosheid. Zulks geldt ook in de relatie tussen een ingeleende arbeidskracht en degene die hem heeft ingeleend en die door hem wordt aangesproken op grond van art. 1403 (oud) BW.

De kapitein is op 4 september 1990 tijdens het afmeren van een schip in een haven gewond geraakt. Het been van de kapitein is verstrikt geraakt in een lus, de kapitein kwam ten val en hij heeft zijn been op verschillende plaatsen gebroken. Het schip was eigendom van De Branding; de bemanning aan boord, onder wie een tweede machinist, was door De Branding ingeleend. De kapitein heeft van De Branding smartengeld gevorderd en vergoeding van een deel van zijn materiële schade op de grond dat het ongeval is veroorzaakt door een onrechtmatige daad van de tweede machinist (het eigenmachtig en tegen de instructies van de kapitein losgooien van de tros) waarvoor De Branding aansprakelijk is. Het Hof heeft de vordering afgewezen. Het Hof overwoog dat in beginsel op De Branding de aansprakelijkheid rust van art. 1403 lid 3 (oud) BW en heeft het beroep op eigen schuld van de kapitein gegrond geoordeeld: de kapitein was verantwoordelijk voor de gang van zaken op het schip en hij is in een lus van de tros gaan staan terwijl er met de tros werd gemanoeuvreed, zodat de mate waarin de fout van de tweede machinist, indien bewezen, aan de schade heeft

bijgedragen in verhouding tot de mate waarin de aan de kapitein toe te rekenen omstandigheden tot het ontstaan van de schade hebben bijgedragen, dermate gering is dat de schade geheel voor rekening van de kapitein dient te blijven. In cassatie gaat het om de vraag of aan de regel van art. 1638x(oud) BW, thans art. 7:658 BW, betekenis toekomt ingeval de op grond van onrechtmatige daad aangesproken inlener De Branding een beroep doet op „eigen schuld” van de kapitein.

In een geval als het onderhavige missen zowel art. 7A:1638x lid 2 (oud) BW als art. 7:658 lid 2 toepassing, niet alleen als gevolg van het bepaalde in art. 391 K, maar ook omdat in art. 1638x niet een bepaling als het vierde lid van art. 7:658 was opgenomen. Ingevolge deze bepalingen kan de werkgever ter afwering van zijn aansprakelijkheid voor schade die de werknemer heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden, slechts dan een beroep op eigen schuld van de werknemer doen, wanneer aan deze opzet of bewuste roekeloosheid kan worden verweten. Deze beperking past in het stelsel van de wet, dat ten aanzien van door de werknemer bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst aan de werkgever of aan een derde jegens wie de werkgever tot vergoeding van die schade is gehouden, toegebrachte schade inhoudt dat de werknemer te dier zake in beginsel niet jegens de werkgever aansprakelijk is, tenzij de schade een gevolg is van zijn opzet of bewuste roekeloosheid; zie art. 7:661 en art. 7A:1639da (oud), welke artikelen in art. 391 K niet buiten toepassing zijn verklaard. Weliswaar golden deze bepalingen nog niet in 1990, maar toen was wel reeds in de jurisprudentie aanvaard dat de werknemer voor door hem aan de werkgever toegebrachte schade slechts aansprakelijk kon zijn, indien hem daarvan een ernstig verwijt kon worden gemaakt (HR 1 november 1991, NJ 1992, 32). In het licht van dit een en ander, en in aanmerking genomen dat de ontstaansgeschiedenis van art. 391 K niet tot een ander oordeel noopt, moet worden aanvaard dat art. 391 niet eraan in de weg staat aan te nemen dat eventuele fouten van een kapitein, die hebben bijgedragen tot het ontstaan van de schade waarvan hij op grond van onrechtmatige daad vergoeding vordert van de werkgever, slechts aan hem kunnen worden toegerekend indien de schade in belangrijke mate het gevolg is van zijn opzet of bewuste roekeloosheid. Zulks geldt ook in de relatie tussen een ingeleende arbeidskracht en degene die hem heeft ingeleend en die door hem wordt aangesproken op grond van art. 1403 (oud) BW. Het Hof heeft dan ook door te oordelen dat de mate waarin de fout van de tweede machinist, indien bewezen, aan de schade heeft bijgedragen in verhouding tot de mate waarin de aan kapitein toe te rekenen omstandigheden tot het ontstaan van de schade hebben bijgedragen, dermate gering is dat de schade geheel voor rekening van kapitein dient te blijven, hetzij blijk

gegeven van een onjuiste rechtsopvatting – in het geval dat het van een andere maatstaf dan hiervoor is vermeld mocht zijn uitgegaan –, hetzij zijn oordeel niet begrijpelijk gemotiveerd.*

(BW art. 6:101, 7:658, 661; BW (oud) art. 1403, 7A:1638x, 1739da; K art. 391)

Pieter Jan Heijboer, te Rotterdam, eiser tot cassatie, adv. mr. H.J.W. Alt,
tegen

B.V. Aannemingsmaatschappij De Branding, voorheen J. Stolk, te IJmuiden, gemeente Velsen, verweerster in cassatie, adv. mr. R.V. Kist.

Hof:

3. De feiten, tevens behandeling van grief I

3.1 In overweging 2 sub a t/m c van het vonnis waarvan beroep heeft de rechtbank een aantal feiten als ten processe vaststaand weergegeven.

3.2 Met grief 1 maakt Heijboer bezwaar tegen de vaststelling (in overweging 2 sub a) dat De Branding op 3 (het hof leest: 4) september 1990 kapitein was van het baggervaartuig Johanna Hendrika. Deze grief is gegrond. Niet De Branding, maar Heijboer was toen kapitein op het schip.

3.3 De gegrondbevinding van grief 1 leidt niet tot vernietiging van het vonnis waarvan beroep. Het hof leest overweging 2 sub a gecorrigeerd als volgt: „Heijboer was op 4 september 1990 kapitein van het baggervaartuig Johanna Hendrika...”

3.4 Nu voor het overige geen grieven zijn gericht tegen hetgeen de rechtbank in overweging 2 heeft vastgesteld gelden de aldaar gememoreerde feiten, met bovengenoemde correctie, ook het hof tot uitgangspunt.

4. Het toepasselijke recht, tevens behandeling van grief 2

4.1 Grief 2 strekt ten betoge dat de rechtbank ten onrechte Frans recht heeft toegepast. Volgens Heijboer gaat het hier om een procedure op grond van een onrechtmatige daad die weliswaar in Frankrijk is gepleegd, doch waarbij geldt dat beide partijen in Nederland wonen. Bovendien spelen de gevolgen zich geheel af in Nederland, aldus Heijboer.

4.2 Bij gelegenheid van het pleidooi in hoger beroep hebben partijen eensgezind laten weten dat zij kiezen voor toepassing van het Nederlandse recht.

4.3 Gelet op deze rechtskeuze zal het hof het Nederlandse recht toepassen. Verdere behandeling van grief 2 zal daarom, bij gebrek aan belang, achterwege blijven.

5. Behandeling van de grieven 3, 4 en 5

5.1 Het gaat in deze zaak om het volgende.

5.2 De Branding was in september 1990 ei-

* Zie ook NJB 2002, p. 904; S&S 2002/95; red.

genaar van het baggerschip Johanna Hendrika. L.J. Stolk (hierna: Stolk) was eigenaar van De Branding. Op 1 september 1990 is de Johanna Hendrika vanuit de haven van IJmuiden uitgevaren om baggerwerkzaamheden te verrichten in Le Havre, Frankrijk. De bemanning van het schip was aan De Branding ter beschikking gesteld door de in Engeland zetelende maatschappij „Sabre Shippings”. Sabre Shippings had Heijboer aangesteld als kapitein van de Johanna Hendrika voor de duur van de baggerwerkzaamheden. Stolk behoorde, in de functie van tweede machinist, eveneens tot de bemanning van de Johanna Hendrika.

5.3 Bij aankomst van de Johanna Hendrika, op 4 september 1990, in de haven van Le Havre stond Heijboer aanvankelijk bij de stuurman op de brug. Op een gegeven moment is hij naar het bakdek (voorzijde) gegaan. Daar bevonden zich Stolk en de eerste machinist, een Engelsman. Heijboer nam zijn portofoon mee teneinde contact te kunnen onderhouden met de stuurman. Heijboer heeft de eerste machinist opdracht gegeven op de wal te springen en een bocht van de meertros om een paal te gooien. Deze opdracht is correct uitgevoerd. Vervolgens is de tros uitgelopen en heeft het schip zich van de kade verwijderd. Heijboer trachtte met zijn portofoon contact te maken met de stuurman op de brug; dit lukte niet. Toen is het linkerbeen van Heijboer verstrikt geraakt in een lus van de tros. Heijboer kwam ten val en brak zijn linkerbeen op verschillende plaatsen.

5.4 Volgens Heijboer is het ongeval veroorzaakt door de onrechtmatige daad van Stolk. Stolk zou, nadat de eerste machinist de tros op de wal om een paal had geworpen, eigenmachtig en in strijd met de uitdrukkelijke instructie van Heijboer, de tros hebben losgegooid van een bolder op het voordek van het schip. Door deze handeling is de tros gaan uitlopen en is het been van Heijboer in een lus van de tros verstrikt geraakt. Heijboer acht De Branding aansprakelijk voor de fout van Stolk. Hij vordert derhalve van De Branding smartengeld en vergoeding van een deel van zijn materiële schade.

5.5 De rechtbank heeft de vorderingen van Heijboer afgewezen. Volgens haar heeft Heijboer onvoldoende onderbouwd waarom De Branding aansprakelijk is voor de gevolgen van een eventuele onrechtmatige daad van Stolk.

5.6 De grieven 3, 4 en 5 strekken ten betoge dat De Branding op grond van het te dezen toepasselijke artikel 1403 lid 3 BW (oud) als werkgever van Stolk aansprakelijk is voor diens onrechtmatige daden.

5.7 Hieromtrent geldt het volgende.

5.8 Stolk maakte op 4 september 1990 als tweede machinist deel uit van de bemanning van de Johanna Hendrika. Dit betekent dat er op dat moment tussen Stolk en De Branding een ondergeschiktheidsverhouding bestond in de zin van artikel 1403 lid 3 BW (oud). Daartoe is niet vereist dat er een arbeidsovereenkomst bestond tussen Stolk en De Branding. Aan de on-

dergeschiktheidsverhouding tussen De Branding en Stolk doet voorts niet af dat Stolk eigenaar was van De Branding en evenmin dat Stolk als bemanningslid aan boord van de Johanna Hendrika op grond van artikel 341 van het Wetboek van Koophandel verplicht was de bevelen van de kapitein, Heijboer, op te volgen.

5.9 Nu bovendien vaststaat dat de gestelde onrechtmatige daad van Stolk (het eigenmachtig en tegen de instructies van Heijboer losgooien van de tros) heeft plaatsgevonden in de werkzaamheden waartoe De Branding Stolk heeft gebruikt, in die zin dat de dienstverhouding die op 4 september 1990 tussen De Branding en Stolk bestond Stolk de gelegenheid heeft geboden de gestelde onrechtmatige daad te plegen, geldt dat te dezen op De Branding in beginsel de aansprakelijkheid van artikel 1403 lid 3 BW (oud) rust.

5.10 In zoverre zijn de grieven 3, 4 en 5 gegrond.

5.11 Vervolgens komt de vraag aan de orde of de vorderingen van Heijboer toewijsbaar zijn. Volgens De Branding is van een onrechtmatige daad van Stolk geen sprake. Stolk heeft geen bevel genegeerd en hij heeft de tros niet losgegooid. Het schip is uitgelopen doordat de tros is gaan slippen. Subsidiar beroept De Branding zich op eigen schuld van Heijboer. Als Stolk al iets fout heeft gedaan, dan geldt dat deze fout in het niet valt bij de ernstige fout van Heijboer. Heijboer heeft bij het aanmeren de situatie niet goed beoordeeld en verzuimd de stuurman de instructie te geven het schip in positie te houden. Heijboer is vervolgens nodeloos in de lus van de tros gaan staan en hij is daar, ook na een waarschuwing van Stolk, in blijven staan hoewel hij nog tijdig uit de lus had kunnen stappen.

5.12 Heijboer heeft aangeboden om te bewijzen dat Stolk wel degelijk eigenmachtig en tegen de uitdrukkelijke instructie van Heijboer de tros heeft losgegooid.

5.13 Het hof gaat aan dit bewijsaanbod voorbij, aangezien de te bewijzen stelling (de fout van Stolk) niet relevant is voor de beslissing van het onderhavige geschil. Ook indien er veronderstellenderwijs vanuit wordt gegaan dat de lezing van het gebeurde zoals Heijboer die geeft de juiste is, dan betekent dit niet dat de vorderingen van Heijboer toewijsbaar zijn. Het hof is immers, zo blijkt uit het hierna overwogene, van oordeel dat het subsidiaire verweer (het beroep op eigen schuld) gegrond is.

5.14 Daartoe wordt het volgende overwogen.

5.15 Heijboer was als kapitein verantwoordelijk voor de gang van zaken aan boord van de Johanna Hendrika. Hij oefende gezag uit over alle opvarenden. Dit betekent dat het aan Heijboer is toe te rekenen dat zich op het moment van het aanmeren aan de kade in Le Havre op het voordek van het schip een niet geklaarde tros, met alle gevaren van dien, bevond. Het enkele feit dat Heijboer tijdens het „ontmeren”

van het schip (toen de tros geklaard had moeten worden) geen wacht had, ontslaat hem niet van zijn verplichting als kapitein om ervoor te zorgen dat dit achteraf alsnog gebeurt. Heijboer heeft voorts bij gelegenheid van het pleidooi in hoger beroep verklaard dat Stolk als tweede machinist niet goed functioneerde en dat zulks met name het geval was toen het schip in Le Havre de kade naderde. Om die reden heeft Heijboer de brug verlaten en heeft hij zich naar het voordek begeven. In de visie van Heijboer heeft Stolk zich desondanks actief met het afmeren bemoeid door eigenmachtig en tegen de instructie van Heijboer de tros los te gooien. Als dat juist is (De Branding ontkent een en ander) dan geldt dat dit optreden van Stolk mede aan Heijboer is toe te rekenen. Heijboer had moeten voorkomen dat de, naar zijn zeggen incompetent en inadequaat reagerende Stolk op een dergelijk kritiek moment de kans kreeg zich met de tros te bemoeien. Ook de omstandigheid dat Heijboer in een lus van de tros is gaan staan terwijl er met de tros werd gemanoeuvreed, is een factor die als eigen schuld aan Heijboer is toe te rekenen.

5.16 Het hof is van oordeel dat het bij bovengenoemde factoren gaat om omstandigheden die in overwegende mate tot het ontstaan van de schade hebben geleid. De mate waarin de fout van Stolk, indien al bewezen, aan de schade heeft bijgedragen acht het hof in verhouding tot de mate waarin de aan Heijboer toe te rekenen omstandigheden tot het ontstaan van de schade hebben bijgedragen, dermate gering dat het hof van oordeel is dat de schade in de gegeven omstandigheden geheel voor rekening van Heijboer dient te blijven.

5.17 De vorderingen van Heijboer zijn derhalve niet toewijsbaar.

6. Slotsom

6.1 De grieven 1, 3, 4 en 5 zijn gegrond als voormeld. Grief 2 is niet besproken.

6.2 De gegrondbevinding van de grieven leidt niet tot vernietiging van het vonnis waarvan beroep, nu het (subsidiare) verweer van De Branding slaagt en de vorderingen van Heijboer om die reden niet toewijsbaar zijn. Het vonnis kan, met verbetering van gronden, worden bekrachtigd.

6.3 Bij die stand van zaken moet Heijboer de kosten van het hoger beroep dragen.

(enz.)

Cassatiemiddel:

Middel I

Het Hof heeft in zijn arrest d.d. 6 april 2000 in ro. 5.11 t/m 7 het recht geschonden en/of vormen verzuimd waarvan niet inachtneming nietigheid meebrengt door in zijn arrest waarvan de inhoud als hier overgenomen en ingelast is te beschouwen, te overwegen en op grond daarvan recht te doen als in dat arrest weergegeven, om één of meer van de hierna navolgende, zo-

nodig ook in onderling verband te lezen, redenen.

a. In de onderhavige casus is sprake van een inleensituatie. Heijboer verkeerde in de veronderstelling in loondienst te zijn van De Branding. Om die reden heeft Heijboer dan ook aanvankelijk gedagvaard primair op grond van 1638x BW (oud) en subsidiair op grond van 1403 BW (oud). Nadat was vast komen te staan dat er geen arbeidsovereenkomst bestond tussen De Branding en Heijboer, doch dat hij in dienst was bij Sabre Shipping, evenals de overige bemanning, en, opnieuw evenals de overige bemanning, was uitgeleend aan De Branding, is de zaak na verwijzing door de kantonrechter naar de rechtbank als bevoegde rechter uitgeprocedeerd op basis van 1403 BW (oud).

Krachtens HR 15 juni 1990, *NJ* 1990, 176 gelden er voor de situatie dat de ingeleende werknemer wegens een arbeidsongeval niet de formele werkgever maar de inlener aanspreekt, dezelfde regels voor stelplicht en bewijslast als in een 1638x-geding. Dat wil zeggen dat de ingeleende werknemer de in het eerste lid van dat artikel genoemde zaken moet bewijzen (met inachtneming van de op dat punt inmiddels ontwikkelde jurisprudentie) en de werkgever dat de schade van de ingeleende werknemer in belangrijke mate aan diens (grove) schuld is te wijten.

Rechtens onjuist is de door het Hof in het arrest à quo oarmde rechtsopvatting dat voor ingeleende werknemers, in geval van een op de werkplek overkomen arbeidsongeval met betrekking tot de vraag wanneer de schade aan die ingeleende werknemer toegebracht voor eigen risico moet komen, andere criteria zouden moeten gelden dan voor werknemers met een dienstbetrekking met de voor dat ongeval verantwoordelijke werkgever. Het strookt immers niet met het wezen van de bescherming van de werknemer om ingeleende werknemers in dit opzicht anders te behandelen dan „gewone” werknemers.

Primair had het Hof moeten uitgaan van een gelijkenschakeling tussen 1403 BW (oud) en 1638x BW (oud), primair door deze gevallen gelijk te behandelen („eigen” werknemers en „ingeleende” werknemers) subsidiair met als mogelijke tussenschakel de billijkheidscorrectie van artikel 6:101 BW (eigen schuld). Deze billijkheidscorrectie gold op basis van HR 11 december 1998, *NJ* 1999, 650, reeds onder het voor 1 januari 1992 geldende recht. Overigens was het gehele artikel 6:101 BW voor genoemde datum op grond van literatuur en jurisprudentie geldend recht, zodat in dit middel kortheidshalve van dit artikel wordt gesproken ook al heeft het ongeval zich vòòr 1 januari 1992 voorgedaan.

HR 27 maart 1992, 496 bepaalt voorts dat de rechtsontwikkeling aanleiding geeft tot een scherpere begrenzing van dit begrip grove schuld ex artikel 1638x BW (oud), hetwelk

moet worden uitgelegd als opzet of bewuste roekeloosheid.

1638x BW (oud) is overigens voor schepe-lingen niet uitgesloten. (HR 6 december 1996, *NJ* 1997, 398 Fortes, waarbij ook nog nadere uitspraken omtrent de bewijslast in dergelijke zaken worden gedaan);

De (beweerdelijke) gedragingen van Heijboer hadden derhalve door het Hof getoetst moeten worden aan opzet of bewuste roekeloosheid. Het Hof heeft hetzij niet op basis van deze criteria geoordeeld en daarmee het recht geschonden, hetzij heeft hij zijn arrest onvoldoende gemotiveerd door geen, danwel onvoldoende inzicht te geven in zijn gedachtengang op dit punt.

b. In ieder geval heeft het Hof een onjuiste toepassing gegeven aan artikel 6:101 BW, althans v.w.b. de aan dit artikel gegeven toepassing zijn arrest niet naar de eis der wet met redenen omkleed.

Met name heeft het Hof miskend dat de eventuele fouten c.q. nalatigheden, die Heijboer als ingeleende kapitein van het schip maakte, c.q. beging, met het oog op de toepassing van artikel 6:101 BW in de risicosfeer De Branding zijn gemaakt c.q. begaan, althans behoren tot de voor de causaliteitsafweging van artikel 6:101 BW aan de Branding toe te rekenen omstandigheden, die tot de schade hebben bijgedragen. Dat geldt althans voor normale fouten van Heijboer, in de uitoefening van zijn functie als kapitein begaan, althans voor de fouten en nalatigheden niet bestaande in opzet of grove schuld aan zijn zijde.

De fouten c.q. nalatigheden van een kapitein, gelijk hier Heijboer, kunnen immers alleen bij opzet of grove schuld, althans alleen in bijzondere – hier door het Hof niet vastgestelde – omstandigheden op de (ingeleende) kapitein zelf schade heeft geleden en deze door toepassing van artikel 6:101 BW (geheel of ten dele) voor zijn rekening zou moeten blijven. Zo het Hof wel van de juiste rechtsopvatting is uitgegaan, had het Hof zijn oordeel in dit opzicht in ieder geval nader moeten motiveren.

Zo het Hof te dezen toepassing heeft willen geven aan de in artikel 6:101 BW (tevens) voorziene billijkheidscorrectie, heeft het Hof eveneens miskend dat de fouten die Heijboer in zijn functie als ingeleende kapitein maakte, behoudens opzet of grove schuld, althans alleen in bijzondere – hier niet door het Hof vastgestelde – omstandigheden voor rekening van Heijboer als ingeleende kapitein kunnen worden gebracht, zodat die fouten c.q. nalatigheden ook vanuit die invalshoek, althans in beginsel, voor rekening van De Branding moet blijven. Zo het Hof wel van de juiste rechtsopvatting is uitgegaan, had het Hof zijn oordeel ook in dit opzicht in ieder geval nader moeten motiveren.

Middel II

Het Hof heeft in zijn arrest d.d. 6 april 2000 in ro. 5.11 t/m 7 het recht geschonden en/of vor-

men verzuimd waarvan niet-inachtneming nietigheid meebrengt door in zijn arrest waarvan de inhoud als hier overgenomen en ingelast is te beschouwen, te overwegen en op grond daarvan recht te doen als in dat arrest weergegeven, om één of meer van de hierna volgende, zonedig ook in onderling verband te lezen, redenen:

a. Onbegrijpelijk is de vaststelling in r.o. 5.15:

„Ook de omstandigheid dat Heijboer in een lus van de tros is gaan staan terwijl er met de tros werd gemanoeuvreed, is een factor die als eigen schuld aan Heijboer is toe te rekenen.”

in het licht van de stellingen van Heijboer, onder meer bij pleidooi:

„De Johanna Hendrika lag op een gegeven moment, zie ook de situatieschetsen van Heijboer bij de conclusie van repliek, belegd op twee scheepsbolders.”

en

„Dit zou inhouden dat het schip solide gemeerd lag, hetgeen een onderschrijving van het standpunt van Heijboer zou betekenen.”

en

„(...) ware het niet dat de tros reeds op twee scheepsbolders belegd was, waardoor de voorkant van het schip vastlag aan de kade.”

en

„Al doende heeft Heijboer niet bemerkt, dat hij in een lus van de tros stond. Heijboer verwachtte bovendien ook niet, en behoefde dit ook niet te verwachten, dat de belegde tros losgegooid zou worden.”

Nu het Hof deze stellingen, waarin wordt gezegd dat de boot vastlag en dat de tros *niet* los was en dat ook niet zou gaan omdat Heijboer daartoe geen opdracht heeft gegeven en Heijboer bovendien op het losraken/gooien daarvan om die reden ook niet bedacht hoefde te zijn, ten onrechte buiten beschouwing heeft gelaten, danwel deze kennelijk impliciet heeft verworpen, in welk laatste geval het Hof de verwerping van stellingen van Heijboer onvoldoende gemotiveerd heeft verworpen, danwel geen inzicht heeft gegeven op welke wijze het Hof deze stellingen heeft beoordeeld. Gelet op het voorgaande is het oordeel dat er nog met de tros werd gemanoeuvreed onjuist en onbegrijpelijk.

Daarnaast is dit oordeel onbegrijpelijk omdat Heijboer steeds heeft aangegeven dat er niets mis mee is om in de lus van de tros te gaan staan, zolang die tros maar niet (en dan ook nog tegen zijn instructie in) wordt losgegooid. De gevaar-zetting is immers ontstaan door het plotseling en tegen de instructies losgooien van de tros. Voorts heeft Heijboer uitdrukkelijk o.a. bij pleidooi aangegeven zich in het geheel niet bewust te zijn geweest in de lus van de tros te zijn gaan staan. Onjuist en onbegrijpelijk is dan ook het oordeel dat dit kan leiden tot eigen schuld van Heijboer.

b. rechtens onjuist en onbegrijpelijk is het oordeel in 5.15:

„Heijboer was als kapitein verantwoordelijk voor de gang van zaken aan boord van de Johanna Hendrika. Hij oefende gezag uit over alle opvarenden. Dit betekent dat het aan Heijboer is toe te rekenen dat zich op het moment van aanmeren aan de kade in Le Havre op het voordek van het schip een niet geklaarde tros, met alle gevaren van dien, bevond. Het enkele feit dat Heijboer tijdens het „ontmeren” van het schip (toen de tros geklaard had moeten worden) geen wacht had, ontslaat hem niet van zijn verplichting als kapitein om ervoor te zorgen dat dit achteraf alsnog gebeurt. Heijboer heeft voorts bij gelegenheid van pleidooi in hoger beroep verklaard dat Stolk als tweede machinist niet goed functioneerde en dat zulks met name het geval was toen het schip in Le Havre de kade naderde. Om die reden heeft Heijboer de brug verlaten en heeft hij zich naar het voordek begeven. In de visie van Heijboer heeft Stolk zich desondanks actief met het afmeren bemoeid door eigenmachtig en tegen de instructie van Heijboer de tros los te gooien. Als dat juist is (De Branding ontkent een en ander) dan geldt dat dit optreden mede aan Heijboer is toe te rekenen. Heijboer had moeten voorkomen dat de, naar zij zeggen incompetent en inadequaate reagerende, Stolk op een dergelijk kritiek moment de kans kreeg zich met de tros te bemoeien.”

Omdat Heijboer in een acute situatie, althans een situatie waarin het e.e.a. zodanig niet goed gaat dat hij de brug moet verlaten en zelf ter plaatse gaat, moet optreden en vervolgens iemand anders (Stolk) in die omstandigheden iets doet wat hem uitdrukkelijk verboden is, het rechtens onjuist en bovendien onbegrijpelijk is dat Heijboer toch nog schuld wordt aangerekend aan de als gevolg van deze acute situatie opgetreden schade. Het uitdrukkelijke verbod aan Stolk de tros los te gooien en het eigenmachtige optreden (waarvan het Hof hypothetisch uitgaat) staan zozeer enig beroep op (eigen) schuld van Heijboer in de weg dat ook om deze reden het arrest niet in stand kan blijven.

Hierbij komt nog dat Heijboer in feitelijke instanties reeds heeft aangevoerd dat (het staan in) een niet-geklaarde tros geen probleem is. Het probleem is eerst ontstaan omdat Stolk eigenmachtig en tegen de uitdrukkelijke instructies de tros heeft losgegooid, iets waarvan Heijboer steeds heeft aangegeven dat hij daar niet op bedacht behoefde te zijn.

Dit oordeel miskent voorts dat Heijboer ook maar een gewone (ingeleende) werknemer was, die weliswaar de leiding op een schip had, doch niet onder alle omstandigheden kan voorkomen dat ondergeschikten onvoorspelbare dingen of zelfs handelingen in strijd met uitdrukkelijke instructies verrichten.

Dit oordeel is verder onbegrijpelijk in het licht van het feit dat tussen partijen als niet betwist vaststaat dat:

– Stolk een ervaren zeeman was;

– de bemanning de benodigde papieren had;

– de bemanning de benodigde ervaring had.

Heijboer heeft bij pleidooi ook in lijn hiermee naar voren gebracht dat hij niet behoefde te verwachten dat Stolk de tros zou losgooien.

Rechtens onjuist en onbegrijpelijk is dan ook het oordeel dat gedragingen van Stolk, wat daar ook van zij, voor rekening en risico van Heijboer als kapitein moet komen.

Ook op basis van deze feiten en omstandigheden is een oordeel terzake van eigen schuld onjuist en onbegrijpelijk.

c. Rechtens onjuist en onbegrijpelijk is het oordeel van het Hof in r.o. 5.16, omdat het Hof een afweging van de mate van schuld tussen Heijboer en De Branding (Stolk) heeft gemaakt zonder dat de exacte toedracht van het ongeval door het Hof is vastgesteld. Ten onrechte heeft het Hof in dat verband geoordeeld dat het gemotiveerde bewijsaanbod van Heijboer niet terzake doende is en heeft het Hof dat aanbod om die reden gepasseerd. Gelet op het voorgaande middel en de voorgaande onderdelen van dit middel was en is nu juist voor de zaak van cruciaal belang de vraag of komt vast te staan dat Stolk inderdaad in strijd met uitdrukkelijke instructies de tros heeft losgegooid. Voorts is ook, gelet op de het vorige middel en de voorafgaande onderdelen van dit middel de gemaakte afweging onjuist en onbegrijpelijk. Verwezen wordt te dezen naar hetgeen in Middel I en II onder a. en b. is aangevoerd.

Conclusie A-G mr. Langemeijer:

Dit geding heeft betrekking op een arbeidsongeval aan boord van een schip. In cassatie gaat het om de vraag of aan de regel van art. 1638x (oud) BW, thans art. 7:658 BW, betekenis toekomt ingeval de op grond van onrechtmatige daad aangesproken inlener een beroep doet op „eigen schuld” van het slachtoffer.

1. De feiten en het procesverloop

1.1. In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan¹:

1.1.1. Verweerster in cassatie (hierna: De Branding) was in september 1990 eigenaar van het baggerschip „Johanna Hendrika”. Stolk was eigenaar (lees: grootaandeelhouder) van De Branding. Op 1 september 1990 is het schip vanuit de haven van IJmuiden uitgevaren om baggerwerkzaamheden te verrichten in Le Havre.

1.1.2. De bemanning van het schip was door Sabre Shippings, een in Engeland gevestigde onderneming, aan De Branding ter beschikking gesteld. Sabre Shippings had eiser tot cassatie, Heijboer, aangesteld als kapitein van de Johanna Hendrika voor de duur van de baggerwerkzaamheden. Stolk behoorde eveneens tot de bemanning van het schip, in de functie van tweede machinist.

1. Rov. 5.2 en 5.3 van het bestreden arrest.

1.1.3. Op 4 september 1990, bij aankomst van het schip in de haven van Le Havre, stond Heijboer aanvankelijk bij de stuurman op de brug. Op een gegeven moment is Heijboer naar het bakdek (voorzijde) gegaan. Daar bevonden zich Stolk en de eerste machinist. Heijboer nam zijn portofoon mee teneinde contact te kunnen onderhouden met de stuurman. Heijboer heeft de eerste machinist opdracht gegeven op de wal te springen en een bocht van de meertros om een paal te gooien. Deze opdracht is correct uitgevoerd.

1.1.4. Daarna is de tros uitgelopen en heeft het schip zich van de kade verwijderd. Heijboer heeft getracht met zijn portofoon contact te maken met de stuurman op de brug; dit lukte niet. Toen is het linkerbeen van Heijboer verstrikt geraakt in een lus van de tros. Heijboer is ten val gekomen. Hij heeft zijn linkerbeen op verschillende plaatsen gebroken.

1.2. Heijboer heeft op 12 juli 1996 bij de kantonrechter te Haarlem tegen De Branding een vordering ingesteld tot vergoeding van de schade die hij ten gevolge van dit ongeval heeft geleden. Hij stelde zijn immateriële schade op f 35 000 en zijn materiële schade op f 5238,39 (kosten van ambulancevervoer e.a.). Ten aanzien van de schade wegens inkomstenderving door arbeidsongeschiktheid heeft Heijboer zich alle rechten voorbehouden; daarover liep een geschil met de Bedrijfsvereniging.

1.3. Bij de kantonrechter heeft Heijboer zich op het standpunt gesteld dat hij een arbeidsovereenkomst met De Branding had. Hij heeft zijn vordering primair gegrond op art. 1638x (oud) BW² en subsidiair op een onrechtmatige daad waarvoor De Branding aansprakelijk is, „waarbij gegeven het feit dat het hier de uitvoering van werkzaamheden betrof ten behoeve van gedaagde, artikel 1638x voor zoveel mogelijk analoog toegepast dient te worden”³.

1.4. De Branding heeft zich beroepen op onbevoegdheid van de kantonrechter voor zover de vordering was gebaseerd op een onrechtmatige daad. M.b.t. de primaire grondslag heeft De Branding betwist dat tussen partijen een arbeidsovereenkomst heeft bestaan. Daarnaast heeft De Branding de door Heijboer gestelde toedracht bestreden en aangevoerd dat het ongeval is veroorzaakt door eigen onvoorzichtigheid van Heijboer. Meer subsidiair heeft De Branding de gestelde schade betwist.

1.5. Bij vonnis van 26 februari 1997 heeft de kantonrechter beslist dat er geen arbeidsovereenkomst tussen Heijboer en De Branding heeft bestaan. De kantonrechter heeft de vordering daarom afgewezen voor zover gebaseerd op een arbeidsovereenkomst. Voor zover de vordering was gegrond op een onrechtmatige daad heeft de kantonrechter zich onbevoegd verklaard en de zaak verwezen naar de rechtbank te Haarlem.

2. Per 1 april 1997 gewijzigd in art. 7:658 BW.

3. Inl. dagvaarding onder 5.

1.6. Na deze verwijzing heeft de rechtbank bij vonnis van 15 september 1998 Frans recht van toepassing verklaard omdat het ongeval in Frankrijk had plaatsgevonden. Vervolgens heeft de rechtbank de vordering, voor zover gebaseerd op onrechtmatige daad, afgewezen als onvoldoende onderbouwd.

1.7. Heijboer heeft bij het gerechtshof te Amsterdam hoger beroep ingesteld tegen het vonnis van de rechtbank. Omdat tegen het vonnis van de kantonrechter geen hoger beroep is ingesteld, moest in hoger beroep (en moet thans in cassatie) ervan worden uitgegaan dat Heijboer niet in dienstbetrekking was bij De Branding. Derhalve is uitsluitend de grondslag onrechtmatige daad aan de orde. In hoger beroep hebben partijen alsnog gekozen voor toepassing van Nederlands recht (rov. 4.2). In hoger beroep heeft Heijboer de grondslag van zijn vordering gepreciseerd. Het hof heeft, in cassatie onbestreden, de grondslag als volgt samengevat (rov. 5.4):

„Volgens Heijboer is het ongeval veroorzaakt door de onrechtmatige daad van Stolk. Stolk zou, nadat de eerste machinist de tros op de wal om een paal had geworpen, eigenmachtig en in strijd met de uitdrukkelijke instructie van Heijboer, de tros hebben losgegooid van een bolder op het voordek van het schip. Door deze handeling is de tros gaan uitlopen en is het been van Heijboer in een lus van de tros verstrikt geraakt.”⁴

1.8. Het hof heeft de grieven gegrond bevonden. Het hof heeft overwogen dat indien Stolk de gestelde onrechtmatige daad heeft begaan, De Branding op grond van art. 1403 lid 3 (oud) BW in beginsel aansprakelijk is jegens Heijboer (zie rov. 5.9). Het hof liet uitdrukkelijk in het midden of Stolk de gestelde onrechtmatige daad inderdaad heeft begaan. Het hof heeft het subsidiaire verweer over „eigen schuld” van het slachtoffer gehonoreerd (rov. 5.13). De mate waarin de gestelde fout van Stolk, indien bewezen, aan de schade heeft bijgedragen heeft het hof, in verhouding tot de mate waarin de aan Heijboer toe te rekenen omstandigheden tot het ontstaan van de schade hebben bijgedragen, dermate gering geacht dat de schade in de gegeven omstandigheden geheel voor rekening van Heijboer dient te blijven (rov. 5.15 en 5.16). De slotsom was dat het hof de vordering niet toegewezen achtte en het vonnis van de rechtbank met verbetering van gronden heeft bekrachtigd.

1.9. Heijboer heeft tijdig beroep in cassatie

4. Zie het detailverslag van Heijboer, overgelegd bij CvR: „Het gedeelte van de tros tussen kam en bolders rustte weliswaar tegen het hekwerk. Dit ziende, raakte Stolk van zijn zinnen beroofd en schreeuwde: „M'n hekwerk gaat naar z'n ouwe moer”. Als een bezetene begon hij de tros los te gooien”. De Branding heeft betwist dat Stolk de tros heeft losgegooid (CvA 9; MvA 20); volgens haar is de kabel gaan „slippen” (pleitnota 10).

ingesteld. De Branding heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep en op één onderdeel, voorwaardelijk, tot referte. Beide partijen hebben hun standpunt schriftelijk laten toelichten, waarna Heijboer heeft gerepliceerd.

2. Bespreking van de cassatiemiddelen

2.1. *Middel I* betoogt onder a dat het hof, bij het beoordelen van het beroep van De Branding op „eigen schuld” van Heijboer, de gestelde gedragingen van Heijboer had behoren te toetsen aan het criterium „opzet of bewuste roekeloosheid”. Omdat het hof dit niet heeft gedaan, heeft het hof volgens het middel hetzij een verkeerde maatstaf aangelegd hetzij zijn beslissing niet naar behoren gemotiveerd. Het middel wijst erop dat in de situatie waarin een uitgeleende werknemer niet zijn formele werkgever maar de inlener tot schadevergoeding wegens een arbeidsongeval aanspreekt, dezelfde regels voor stelplicht en bewijslastverdeling gelden als in een rechtsverhouding waarop art. 1638x (oud) BW van toepassing is⁵. In de door het middel verdedigde opvatting is voor een billijkheids-correctie op de wijze als voorzien in art. 6:101 BW uitsluitend plaats indien aan Heijboer opzet of bewuste roekeloosheid kan worden verweten.

2.2. Namens De Branding wordt hiertegen ingebracht dat ingevolge art. 391 WvK de regel van art. 1638x (oud) BW, thans art. 7:658 BW, géén toepassing vindt ten aanzien van de dienst van de kapitein aan boord van een schip. Er is volgens De Branding dan ook geen reden om aan art. 1638x (oud) BW betekenis toe te kennen bij de beoordeling van het beroep op eigen schuld van Heijboer.

2.3. Art. 391 maakt deel uit van de derde titel van boek II van het Wetboek van Koophandel: de bepalingen over de positie van de kapitein aan boord van een zeeschip. Eenzelfde bepaling, maar dan ten aanzien van schepelingen, is opgenomen in art. 450b WvK respectievelijk (voor zeevissers) in art. 452p WvK. De simpele vraag, waarom de toepasselijkheid van art. 1638x (thans art. 7:658) BW in art. 391, 450b en 452p WvK wordt uitgesloten, leidt tot een zoektocht die ons ver in de tijd terugvoert.

2.4. Het Wetboek van Koophandel gaf van

5. Het middel wijst op HR 15 juni 1990, *NJ* 1990, 716 m.nt. PAS (rov. 3.3). Zie ook: HR 9 juni 1995, *NJ* 1995, 630 en HR 3 mei 1996, *NJ* 1996, 642 m.nt. PAS. Inmiddels is de aansprakelijkheid van de inlener in de wet vastgelegd: zie lid 4 van art. 7:658 BW, zoals gewijzigd bij wet van 14 mei 1998, *Stb.* 300: Hij die in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf arbeid laat verrichten door een persoon met wie hij geen arbeidsovereenkomst heeft, is overeenkomstig de leden 1 tot en met 3 aansprakelijk voor de schade die deze persoon in de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt. Zie voor een begrenzing: HR 29 januari 1999, *NJ* 1999, 245, rov. 3.3.3.

oudsher aan de schepeling die tijdens de scheepsdienst ziek of gewond werd bepaalde aanspraken op doorbetaling van gage, op medische verzorging en op een schadeloosstelling bij verminking⁶. Toen in 1907 regels over de arbeidsovereenkomst, waaronder art. 1638x, in het Burgerlijk Wetboek werden opgenomen⁷, gold die titel niet voor werknemers in de zeevaart: art. 1637z (oud) BW bepaalde toen dat de bepalingen van deze titel niet van toepassing waren op de arbeidsovereenkomst tussen de rederij en de schipper en die tussen de schipper en de scheepsofficieren en scheepsgezellen. De wetgever dacht nog aan de situatie waarin zee-lieden, telkens voor één reis, bij de schipper aanmonsterden.

2.5. De Zeeongevallenwet 1919⁸ verschafte werknemers in de zeevaart een aanspraak op een uitkering bij arbeidsongevallen. Dat was een sociale verzekering; de wet werd uitgevoerd door een (bedrijfs)vereniging. Nadien zijn in het verband van de International Labour Organisation enkele verdragen gesloten m.b.t. de sociale zekerheid van zeelieden, doch niet voor Nederland in werking getreden. Zij werpen geen nieuw licht op het geschilpunt in cassatie, zodat ik hen onbesproken laat.

2.6. Bij wet van 14 juni 1930, *Stb.* 240, werd titel VII A van het toenmalige derde boek BW, d.w.z. de titel over de arbeidsovereenkomst, met een aantal uitzonderingen alsnog van toepassing verklaard op werknemers in de zeevaart. Vanaf de inwerkingtreding van die wet (1 oktober 1937) bepaalde art. 375 WvK dat op de arbeidsovereenkomst tussen de reder en de kapitein de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek van toepassing zijn voor zover daarvan in het Wetboek van Koophandel niet wordt afgeweken⁹. Eén van de uitzonderingen was

6. Zie hierover: L. Bier, Aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten, diss. 1988, blz. 26-28; W.L.P.A. Molengraaff, Kort begrip van het nieuwe Nederlandsche zee-recht (1927) blz. 147-157.

7. Wet van 13 juli 1907, *Stb.* 193.

8. Oorlogszeengevallenwet 1915 van 8 mei 1915, *Stb.* 214, bij wet van 27 juni 1919 *Stb.* 415 hernoemd tot Zeeongevallenwet 1919. Deze wet maakte deel uit van een serie ongevallenwetten, waarvan de Ongevallenwet 1921 (wet van 2 januari 1901, *Stb.* 1, herzien bij wet van 2 mei 1921, *Stb.* 700) de bekendste is. De Ongevallenwet 1921 was blijkens art. 12 niet van toepassing op zeelieden (behalve in de kustvisserij e.d.). C.J. de Lange, De arbeidsovereenkomst voor de vaart ter zee, diss. 1955, blz. 66-69, en R.P. Cleveringa, Zeerecht, 1961, blz. 332-333, bieden een overzicht van de arbeidsongeschiktheidsuitkeringen die kapitein en schepelingen op grond van de Zeeongevallenwet konden krijgen.

9. Art. 375 WvK heeft nadien enkele voor dit geschil niet relevante wijzigingen ondergaan.

art. 391 WvK, dat inhield dat bepaalde artikelen, waaronder art. 1638x BW, geen toepassing vinden ten aanzien van de dienst van de kapitein aan boord van een schip. Voor de dienst aan wal geldt dus wél de bepaling van art. 1638x BW. De parlementaire geschiedenis van de wet van 14 juni 1930 biedt geen uitsluitel waarom nu juist art. 1638x BW tot de uitzonderingen behoort. De memorie van toelichting vermeldt slechts dat aan de nieuwe regeling het inzicht ten grondslag ligt, dat er in het algemeen geen reden is de algemene regeling van de arbeidsovereenkomst niet ook van toepassing te doen zijn op de arbeidsovereenkomst van kapitein en schepelingen, „behoudens de wijzigingen welke noodzakelijk zijn op grond van de bijzondere omstandigheden, waaronder op eene zeereis de arbeid wordt verricht”¹⁰. Ofschoon over de wet van 14 juni 1930 betrekkelijk veel geschreven is, wordt ook in de vakliteratuur niet opgehelderd wat die bijzondere omstandigheden zijn en waarom juist art. 1638x BW tot de uitzonderingen behoort¹¹. Cleveringa heeft later opgemerkt dat gedurende de dienst aan boord van het schip de werkgever op grond van zijn algemene zorgplicht (art. 1638z BW) wel verplicht is „zo goed mogelijk voor des arbeiders veiligheid te zorgen”¹². Dat was een ver vooruitziende blik: zie, zij het in ander verband, de beslissing in HR 12 januari 2001, *NJ* 2001, 253 m.nt. PAS.

2.7. Omdat de art. 375 e.v. en 415 e.v. WvK telkens in één adem worden genoemd met de Zeeongevallenwet 1919, heb ik mij afgevraagd of de uitsluiting van art. 1638x BW in art. 391 WvK wellicht voortvloeit uit de aanspraken die werknemers in de zeevaart konden doen gelden op grond van de Zeeongevallenwet 1919. Dat blijkt niet het geval. Art. 415 (oud) WvK bevatte een samenloopregel. Dat artikel bepaalde dat de aanspraak van de schepeling (of van de kapitein: zie art. 390 WvK) op uitkering bij ziekte niet gold „voor zooverre bij eene wet van algemene strekking ook ten behoeve van den schepeling voorzieningen zijn getroffen omtrent geldelijke uitkeering, verpleging of geneeskundige behandeling, bij ziekte of bij ongeval”. Dit doelde op de Zeeongevallenwet 1919. Terzijde merk ik op dat een soortgelijke samenloopregel voorkwam in art. 93 van de Ongevallenwet 1921: de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van de werkgever verviel, kort gezegd, indien

Een soortgelijke bepaling ten aanzien van schepelingen werd neergelegd in art. 397 WvK.

10. MvT, TK 1928/29, 190, nr. 3 blz. 3; in gelijke zin luidt de artikelsgewijze toelichting op blz. 6 en 14.

11. De wet is becommentarieerd door R.P. Cleveringa in *NJB* 1929 blz. 1-25 en in – *WPNR* 3173 t/m 3177 (1930); door K.A. Rombach in *RM Themis* 1927 blz. 266 e.v. In *WPNR* 3175 klaagde Cleveringa dat in art. 391 van het gewone arbeidsrecht „eenige brokken op vage gronden worden terzijde gesteld”.

12. R.P. Cleveringa, *Zeerecht*, 1961, blz. 354.

en voor zover de werknemer aanspraak kon maken op een uitkering ingevolge de Ongevallenwet 1921. De rechtvaardiging van deze samenloopregel berustte op de gedachte dat de werkgever de premies betaalde waaruit de Ongevallenwet-uitkeringen werden bekostigd. Daarnaast wilde men niet een arbeidsrechtelijke aansprakelijkheid van de werkgever laten bestaan¹³. In 1967 heeft de invoering van de WAO geleid tot de intrekking van de Ongevallenwet 1921 en de Zeeongevallenwet 1919. In de ZW/WAO is niet van belang of de arbeidsongeschiktheid is veroorzaakt door een arbeidsongeval of een beroepsziekte: het nieuwe criterium is het feit van de arbeidsongeschiktheid. In de nieuwe sociale zekerheidswetten worden de premies deels ten laste van de werkgever en deels ten laste van de werknemer gebracht. Hiermee viel de rechtvaardiging weg voor de uitsluiting van aansprakelijkheid van de werkgever in art. 93 Ongevallenwet 1921.

2.8. Werknemers in de zeevaart kunnen, voor zover zij aan de wettelijke vereisten voldoen, aanspraak maken op een uitkering ingevolge de Ziektewet of WAO. Daarmee wordt niet alle materiële schade na een arbeidsongeval gedekt: de ZW/WAO-uitkeringen zijn aan wettelijke normen gebonden. Bovendien geven Ziektewet en WAO geen aanspraak op vergoeding van immateriële schade (smartengeld). Werknemers in dienst aan boord van een zeeschip, of zij nu kapitein dan wel schepeling zijn, missen dus de bescherming van art. 1638x (oud) BW, thans art. 7:658 BW. Deze lacune in het arbeidsrecht heeft tot dusver relatief weinig aandacht gekregen¹⁴. Wel heeft de wetgever zich gerealiseerd dat een voorziening moest worden getroffen voor werknemers in de zeevaart die niet voor een uitkering ingevolge de ZW/WAO in aanmerking komen (bijv. in het buitenland wonende schepelingen voor wie geen verdrag noch EG-regelgeving geldt). Bij wet van 20 juli 1967, *Stb.* 396, zijn daarom de artikelen 415a-415i en art. 450aa WvK toegevoegd¹⁵. Art. 415 is van overeenkomstige toepassing op de kapitein, doch de artikelen 415a t/m 415i niet (zie art. 390, eerste lid, WvK).

2.9. De uitsluiting van art. 1638x BW in art. 450b WvK (de zusterbepaling van artikel 391 WvK) kwam zijdelings aan de orde in HR 6 december 1996, *NJ* 1997, 398.¹⁶ In dat geval was een matroos van een ponton in een ruim gevallen en gewond geraakt. Hij sprak primair op

13. H.L. Bakels, Schets van het Nederlands arbeidsrecht (2000) blz. 101-102; L. Bier, diss. 1988, blz. 139-149.

14. Ik wijs evenwel op: A. Beker, De zeevarende, *Arbeidsrecht* 1998/8-9 blz. 4-8, i.h.b. blz. 6 en 7.

15. MvT, TK 1966/67, 9141, nr. 3, blz. 2 en blz. 5-8. Zie voor een summier overzicht: de in de vorige noot genoemde bijdrage van Beker.

16. Ook gepubliceerd in *A&V* 1997, blz. 51 e.v. m.nt. T. Hartlief.

grond van art. 1638x BW zijn werkgever tot schadevergoeding aan. De primaire grondslag stuitte af bij de kantonrechter onder meer af op art. 450b WvK. De Hoge Raad heeft zich over die primaire grondslag niet behoeven uit te spreken. Subsidiair had de matroos zijn werkgever aangesproken op grond van onrechtmatige daad; het cassatieberoep betrof de stelplicht en bewijslastverdeling t.a.v. het causaal verband. De A-G Vranken ging in zijn conclusie (alinea 16) in op de uitsluiting van art. 1638x BW in art. 450b WvK. Hij besprak de vraag of de in art. 1638x (oud) BW besloten liggende regels van stelplicht en bewijslastverdeling ook golden nu de vordering op onrechtmatige daad was gebaseerd. Hij was van oordeel dat die vraag bevestigend moest worden beantwoord en dat de uitsluiting van art. 1638x BW in art. 450b WvK, naar de strekking van laatstgenoemde bepaling, aan een bevestigend antwoord niet in de weg stond.

2.10. De uitzondering van art. 1638x (oud) BW in art. 391 WvK vindt dus haar grondslag in de bijzondere omstandigheden waaronder op een zereis de arbeid wordt verricht, want alleen voor de dienst aan boord geldt die wettelijke uitzondering. Vandaag de dag valt niet gemakkelijk te begrijpen waarom die uitzondering nog bestaat. Art. 1638x (oud) BW vraagt van de werkgever niet het onmogelijke, zoals het behoeden van werknemers tegen natuurverschijnselen, maar vergt dat hij de lokalen, werktuigen en gereedschappen, waarin of waarmee hij de arbeid doet verrichten, op zodanige wijze inricht en onderhoudt alsmede voor het verrichten van de arbeid zodanige maatregelen treft en aanwijzingen verstrekt als nodig is om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt. De tegenwoordige zeevaart, voor zover ik daar zicht op heb, onderscheidt zich niet zodanig van andere bedrijfstakken dat een uitzondering gerechtvaardigd is. Zelfs zij die willen vasthouden aan het romantische beeld van matrozen die in het want klimmen, zullen toch moeten toegeven dat wanneer de werkgever veiligheidsvoorschriften (bijv. m.b.t. het gebruik van een veiligheidskoord bij dat klimmen) niet heeft nageleefd, het niet redelijk is dat de werkgever de dans ontspringt¹⁷. Dat de kapitein, vanwege zijn wettelijke gezagspositie aan boord, *in dit opzicht* anders behandeld zou moeten worden dan schepelingen, zoals De Branding in haar s.t. verdedigt, vermag ik niet in te zien. De uitzondering van art. 1638x (oud) BW in art. 391 WvK is immers niet op dat onderscheid gebaseerd: de uitzondering geldt voor kapitein en schepelingen gelijk.

2.11. Bij dit alles mag niet uit het oog worden verloren dat de vordering van Heijboer, zoals deze in het cassatiestadium voorligt, niet rechtstreeks was gegrond op art. 1638x (oud) BW.

17. Tot dezelfde uitkomst komt A. Beker, a.w. blz. 6.

Onder vigeur van het tegenwoordige vierde lid van art. 7:658 BW kan een werknemer de inlener rechtstreeks aanspreken. Onder vigeur van het destijds geldende recht was de omweg van een actie uit onrechtmatige daad nodig: er was geen contractuele relatie tussen de uitgeleende werknemer en de inlener. Op grond van de materiële norm van art. 6:101 BW¹⁸ zal de rechter eerst een causaliteitsoordeel moeten geven (dat heeft het hof hier gedaan) en vervolgens moeten onderzoeken of de in dat artikel bedoelde billijkheidsmaatstaf aanleiding geeft tot een andere verdeling of zelfs tot het geheel in stand blijven of vervallen van de vergoedingsplicht (dat heeft het hof volgens het middel niet of onjuist gedaan). Bij de toepassing van deze billijkheidsmaatstaf mocht het hof niet abstraheren van de omstandigheid dat Heijboer en De Branding tegenover elkaar stonden in een rechtsverhouding als werknemer resp. inlener.

2.12. Art. 1638x, tweede lid, (oud) BW, thans art. 7:658 BW, biedt de werkgever de mogelijkheid van disculpatie indien hij bewijst dat de niet-naleving van de norm van het eerste lid aan overmacht dan wel de schade in belangrijke mate mede aan grove schuld van de werknemer te wijten is. In de rechtspraak over deze bepaling wordt het begrip „grove schuld” gelijk gesteld aan opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer¹⁹. Op opzet of bewuste roekeloosheid van Heijboer is in dit geding geen beroep gedaan; de feiten gaven daar ook geen aanleiding toe. De regel van art. 1638x, tweede lid, BW, met inbegrip van het jurisprudentie-criterium „opzet of bewuste roekeloosheid”, kan rechtstreeks worden toegepast wanneer de desbetreffende vordering op het eerste lid van art. 1638x (oud) BW is gebaseerd. De regel kan overeenkomstig worden toegepast wanneer de werknemer de inlener aanspreekt op grond van een onrechtmatige daad, bestaande in het niet-naleven door de inlener van de in het eerste lid van art. 1638x (oud) vervatte materiële norm.

2.13. Nu is de moeilijkheid dat Heijboer zijn vordering in appel heeft gebaseerd op een fout van Stolk waarvoor De Branding ingevolge art. 1403 (oud) BW aansprakelijk is: zie alinea 1.7 hierboven. Het is waarschijnlijk om deze reden, dat het hof niet is toegekomen aan

18. Vóór de inwerkingtreding van het NBW werd de regel reeds aanvaard: Asser-Hartkamp I (2000) nr. 450.

19. Nu dit in cassatie niet in discussie is, moge worden volstaan met verwijzing naar Asser-de Leede, 5-III, nr. 362. De term bewuste roekeloosheid is door de Hoge Raad nader uitgewerkt in HR 27 maart 1992, *NJ* 1992, 496 m.nt. PAS en HR 20 september 1996, *NJ* 1997, 198 m.nt. PAS. Zie ook nog: HR 28 november 1997, *NJ* 1999, 170, waar (in de verhouding tussen kapitein en reder) de maatstaf van opzet of bewuste roekeloosheid werd gebruikt voor schade van derden bij een scheepsongeval.

art. 1638x, tweede lid, (oud) BW, en dus ook niet aan het criterium opzet of bewuste roekeloosheid. Dit valt m.i. aan te merken als een te enge lezing van de vordering: de werkgever is ook in het kader van art. 1638x (oud) BW voor gedragingen van de door hem bij de uitvoering van zijn verbintenissen gebruikte hulppersonen op gelijke wijze als voor eigen gedragingen aansprakelijk.²⁰ Wanneer Heijboer De Branding aanspreekt op grond van een fout van Stolk, had het hof, de rechtsgronden aanvullend, kunnen verstaan dat de (bij gebreke van een contractuele relatie op onrechtmatige daad gebaseerde) vordering tegen de inlener diende te worden beoordeeld aan de hand van de maatstaf die aan art. 1638x BW ten grondslag lag. Wat ervan zij, middel I onder b bevat m.i. een beter aanknopingspunt voor cassatie dan middel I onder a.

2.14. *Middel I onder b* klaagt over een onjuiste toepassing van art. 6:101 BW. De klacht komt erop neer dat, ook buiten situaties die door art. 1638x (oud) BW worden bestreken, de fouten welke het hof aan Heijboer toerekent niet aan hem mogen worden toegerekend tenzij er sprake is van opzet of grove schuld van deze. De klacht wordt toegelicht met het argument dat de door het hof aangenomen fouten niet het niveau te boven gaan van normale fouten binnen de uitoefening van de functie en dat zulke fouten in beginsel voor risico van de inlener behoren te blijven. Subsidiar bevat het middel onderdeel een motiveringsklacht.

2.15. In de rechtspraak is als ervaringsregel aanvaard, dat de dagelijkse omgang met werktuigen of gereedschappen (of meer in het algemeen: met gevaarlijke werksituaties) de gebruiker ervan gemakkelijk ertoe zal brengen niet alle voorzichtigheid in acht te nemen die ter voorkoming van ongevallen geraden is.²¹ Om toch een redelijk beschermingsniveau te kunnen bereiken is nodig, dat niet iedere fout van de benadeelde werknemer hem door de werkgever/inlener kan worden tegengeworpen. Die ervaringsregel wordt natuurlijk niet anders, wanneer de vordering niet op art. 1638x (oud) maar op een onrechtmatige daad is gebaseerd. Uit 's hofs motivering in de rov. 5.15 en 5.16 blijkt niet dat het hof met deze aanvaarde ervaringsregel rekening heeft gehouden. Om die reden ben ik van mening dat het hof hetzij heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting omtrent art. 6:101 BW, hetzij zijn oordeel op dit punt niet naar behoren heeft gemotiveerd. Materieel beschouwd, is het criterium van opzet of roekeloosheid niet ongeschikt voor toepassing op een arbeidsongeval, ten aanzien waarvan de toepasselijkheid van art. 1638x BW door art. 391

WvK is uitgesloten. Ook uit de – wél toepasselijke – algemene zorgplicht van de werkgever ingevolge art. 1638z (thans art. 7:611 BW), overeenkomstig toegepast op de inlener, kan immers een zorg voor de veiligheid van het (in dit geval: als uitzendkracht binnen het bedrijf ingeschakelde) personeel voortvloeien. Die zorgplicht werkt door in de billijkheidscorrectie van art. 6:101 BW. Middel I acht ik om deze reden gegrond.

2.16. *Middel II* bevat diverse motiveringsklachten, die geen bespreking meer behoeven wanneer middel I tot cassatie leidt. *Onderdeel a* is gericht tegen de laatste volzin van rov. 5.15 en betreft de toedracht van het ongeval. Heijboer heeft bij pleidooi in hoger beroep (pleitnota blz. 5), in reactie op de stelling van De Branding dat hij nodeloos in een lus van de tros is gaan staan, aangevoerd dat hij niet had bemerkt dat hij in een lus van de tros stond en dat hij daar ook geen rekening mee behoefde te houden (omdat hij niet behoefde te verwachten dat Stolk de reeds belegde tros zou losgooien). De weerlegging van die stelling aan het slot van rov. 5.15 schiet m.i. te kort, omdat – in de stelling van Heijboer – het ongeval eerst plaatsvond toen de tros al vast lag, dus niet tijdens het manoevreren met de tros. Zonder onderzoek naar de feiten kon het hof niet uitgaan van de onjuistheid van Heijboers stelling.

2.17. *Onderdeel b* richt zich tegen de gevolgen die het hof in rov. 5.15 heeft verbonden aan Heijboers formele positie als kapitein. Het hof heeft de door Heijboer gestelde fout van Stolk (het eigenmachtig losgooien van de tros) aan Heijboer zelf toegerekend, met het argument dat Heijboer als kapitein ervoor had moeten zorgen dat Stolk niet de kans kreeg, zich op een dergelijk kritiek moment „met de tros te bemoeien”. Bij gegrondbevinding van middel I valt de grond onder dit oordeel weg. Ingeval van verwerping van middel I, is als uitgangspunt juist dat de kapitein aan boord gezag uitoefent over alle opvarenden: zie art. 341 WvK. In de redenering van het hof ontbreekt evenwel een schakel: wat had Heijboer anders kunnen doen dan Stolk uitdrukkelijk instructie geven? Dát heeft Heijboer naar zijn stelling immers gedaan. Het hof geeft niet aan dat de gegeven instructie tekort schoot, noch welke andere maatregelen het hof van Heijboer had verwacht; aldus geeft het hof geen inzicht in de gedachtegang die tot zijn beslissing heeft geleid. De motiveringsklacht komt mij dan ook gegrond voor. *Onderdeel c* behoeft na het voorgaande geen bespreking meer.

2.18. Het voorgaande leidt tot de slotsom dat het bestreden arrest niet in stand kan blijven.

3. Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging van het bestreden arrest en tot verwijzing naar een ander gerechtshof.

20. HR 15 juni 1990, NJ 1990, 716 m.nt. PAS; HR 22 maart 1991, NJ 1991, 420; HR 1 juli 1993, NJ 1993, 687 m.nt. PAS en Ma.

21. O.m.: HR 27 juni 1975, NJ 1976, 81 m.nt. GJS; HR 18 september 1998, NJ 1999, 45; AA 1998 blz. 140 m.nt. Hartlief.

Hoge Raad:*1. Het geding in feitelijke instanties*

Eiser tot cassatie – verder te noemen: Heijboer – heeft bij exploit van 12 juli 1996 verweerster in cassatie – verder te noemen: De Branding – gedagvaard voor de Kantonrechter te Haarlem en gevorderd bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, De Branding te veroordelen tot betaling van (I) smartengeld f 35 000, vermeerderd met de wettelijke vanaf 3 september 1990 en (II) bijkomende kosten f 5238,39, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de datum van deze dagvaarding.

De Branding heeft de vordering bestreden en een conclusie houdende exceptie van onbevoegdheid genomen.

Heijboer heeft de incidentele vordering bestreden.

De Kantonrechter heeft bij vonnis van 26 februari 1997 de vordering van Heijboer afgewezen voorzover deze is gebaseerd op een arbeidsovereenkomst, zich voor het overige onbevoegd verklaard van de zaak kennis te nemen en de zaak naar de Rechtbank te Haarlem verwezen.

De Rechtbank heeft bij vonnis van 15 september 1998 de vordering afgewezen.

Tegen laatstvermeld vonnis heeft Heijboer hoger beroep ingesteld bij het Gerechtshof te Amsterdam.

Bij arrest van 6 april 2000 heeft het Hof het vonnis waarvan beroep bekrachtigd.

(...)

2. Het geding in cassatie

(...)

De conclusie van de Advocaat-Generaal F.F. Langemeijer strekt tot vernietiging van het bestreden arrest en tot verwijzing naar een ander gerechtshof.

3. Beoordeling van de middelen

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Heijboer was op 4 september 1990 kapitein van het baggervaartruig Johanna Hendrika. Op deze datum is Heijboer gewond geraakt tijdens het afmeren van het schip te Le Havre in Frankrijk.

(ii) Dit vaartuig was in september 1990 eigendom van De Branding.

(iii) Op 1 september 1990 is de Johanna Hendrika uit IJmuiden uitgevaren om baggerwerkzaamheden te verrichten in Le Havre. Aan boord bevond zich Stolk als tweede machinist. De bemanning was aan De Branding ter beschikking gesteld door de in Engeland zetelende maatschappij „Sabre Shippings”, die Heijboer voor de duur van de baggerwerkzaamheden had aangesteld als kapitein.

(iv) Bij aankomst van de Johanna Hendrika op 4 september 1990 in de haven van Le Havre stond Heijboer aanvankelijk bij de stuurman op de brug. Daarna is hij naar het bakdek (voorzij-

de) gegaan. Daar bevonden zich Stolk en de eerste machinist. Heijboer nam zijn portfoofon mee om contact te kunnen onderhouden met de stuurman. Heijboer heeft de eerste machinist opdracht gegeven op de wal te springen en een bocht van de meertros om een paal te gooien. Deze opdracht is correct uitgevoerd. Vervolgens is de tros uitgelopen en heeft het schip zich van de kade verwijderd. Heijboer trachtte met zijn portfoofon contact te maken met de stuurman op de brug, hetgeen niet gelukte. Toen is het linkerbeen van Heijboer verstrikt geraakt in een lus van de tros. Heijboer kwam ten val en brak zijn linkerbeen op verschillende plaatsen.

3.2. Heijboer vordert van De Branding smartengeld en vergoeding van een deel van zijn materiële schade. Hij voert daartoe aan dat het ongeval is veroorzaakt door een onrechtmatige daad van Stolk. Deze zou, nadat de eerste machinist de tros op de wal om een paal had geworpen, eigenmachtig en in strijd met de uitdrukkelijke instructie van Heijboer, de tros hebben losgegooid van een bolder op het voordek van het schip. Door deze handeling is de tros gaan uitlopen en is het been van Heijboer in een lus van de tros verstrikt geraakt. Heijboer acht De Branding aansprakelijk voor de door Stolk gemaakte fout. De Rechtbank heeft de vordering van Heijboer afgewezen op grond van haar oordeel dat Heijboer zijn stelling dat De Branding aansprakelijk is voor de gevolgen van de onrechtmatige daad van Stolk onvoldoende heeft gestaafd.

3.3. In hoger beroep, waar partijen hebben gekozen voor toepassing van Nederlands recht, heeft het Hof het vonnis van de Rechtbank bekrachtigd. Het heeft daartoe, samengevat weergegeven, het volgende overwogen. De gestelde onrechtmatige daad van Stolk – het eigenmachtig en tegen de instructies van Heijboer losgooien van de tros – heeft plaatsgevonden in de werkzaamheden waartoe De Branding Stolk heeft gebruikt, in die zin dat de dienstverhouding die op 4 september 1990 tussen De Branding en Stolk bestond, Stolk de gelegenheid heeft geboden de gestelde onrechtmatige daad te plegen. Derhalve rust in beginsel op De Branding de aansprakelijkheid van art. 1403 lid 3 (oud) BW.

Het Hof is evenwel voorbijgegaan aan het aanbod van Heijboer de gestelde onrechtmatige daad van Stolk te bewijzen. Het heeft, veronderstellenderwijs ervan uitgaande dat de door Heijboer gegeven lezing van de gebeurtenissen juist is, het beroep op eigen schuld van Heijboer gegrond geoordeeld. Heijboer was als kapitein verantwoordelijk voor de gang van zaken op de Johanna Hendrika. Dit brengt mee dat het aan hem is toe te rekenen dat zich op het moment van het aanmeren aan de kade in Le Havre op het voordek van het schip een niet geklaarde tros bevond. Heijboer had moeten voorkomen dat Stolk, die volgens Heijboer incompetent was en inadequaat reageerde, op het „kritieke moment” de kans kreeg zich met de tros te be-

moeien. Ook de omstandigheid dat Heijboer in een lus van de tros is gaan staan terwijl er met de tros werd gemanoeuvreerd, is naar 's Hofs oordeel een factor die als eigen schuld aan Heijboer is toe te rekenen.

Een en ander leidt tot het oordeel dat de mate waarin de fout van Stolk, indien bewezen, aan de schade heeft bijgedragen in verhouding tot de mate waarin de aan Heijboer toe te rekenen omstandigheden tot het ontstaan van de schade hebben bijgedragen, dermate gering is dat de schade geheel voor rekening van Heijboer dient te blijven.

3.4. Onderdeel b van middel I klaagt dat het Hof de „eigen schuld” regel die thans is neergelegd in art. 6:101 lid 1 BW onjuist heeft toegepast, althans zijn arrest voorzover het gaat om de toepassing van deze regel niet naar de eis der wet met redenen heeft omkleed. Het voert aan dat het Hof heeft miskend dat de eventuele fouten, die Heijboer als ingeleende kapitein van het schip maakte, met het oog op de toepassing van de hiervoor bedoelde regel in de risicosfeer van De Branding zijn gemaakt, althans aan De Branding dienen te worden toegerekend; behoudens in het geval van opzet of grove schuld kunnen fouten niet aan Heijboer worden toegerekend.

3.5. Het onderdeel slaagt. Wel missen in een geval als het onderhavige zowel art. 7A:1638x lid 2 (oud) BW als art. 7:658 lid 2 toepassing, niet alleen als gevolg van het bepaalde in art. 391 K, maar ook omdat in art. 1638x niet een bepaling als het vierde lid van art. 7:658 was opgenomen. Ingevolge deze bepalingen kan de werkgever ter afwering van zijn aansprakelijkheid voor schade die de werknemer heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden, slechts dan een beroep op eigen schuld van de werknemer doen, wanneer aan deze opzet of bewuste roekeloosheid kan worden verweten. Deze beperking past in het stelsel van de wet, dat ten aanzien van door de werknemer bij de uitvoering van de arbeidsovereenkomst aan de werkgever of aan een derde jegens wie de werkgever tot vergoeding van die schade is gehouden, toegebrachte schade inhoudt dat de werknemer te dier zake in beginsel niet jegens de werkgever aansprakelijk is, tenzij de schade een gevolg is van zijn opzet of bewuste roekeloosheid; zie art. 7:661 en art. 7A:1639da (oud), welke artikelen in art. 391 K niet buiten toepassing zijn verklaard. Weliswaar golden deze bepalingen nog niet in 1990, maar toen was wel reeds in de jurisprudentie aanvaard dat de werknemer voor door hem aan de werkgever toegebrachte schade slechts aansprakelijk kon zijn, indien hem daarvan een ernstig verwijt kon worden gemaakt (HR 1 november 1991, nr. 14 388, NJ 1992, 32).

In het licht van dit een en ander, en in aanmerking genomen dat de ontstaansgeschiedenis van art. 391 K niet tot een ander oordeel noopt, moet worden aanvaard dat art. 391 niet eraan in de weg staat aan te nemen dat eventuele fouten

van een kapitein, die hebben bijgedragen tot het ontstaan van de schade waarvan hij op grond van onrechtmatige daad vergoeding vordert van de werkgever, slechts aan hem kunnen worden toegerekend indien de schade in belangrijke mate het gevolg is van zijn opzet of bewuste roekeloosheid. Zulks geldt ook in de relatie tussen een ingeleende arbeidskracht en degene die hem heeft ingeleend en die door hem wordt aangesproken op grond van art. 1403 (oud) BW.

3.6. Het Hof heeft dan ook door te oordelen dat de mate waarin de fout van Stolk, indien bewezen, aan de schade heeft bijgedragen in verhouding tot de mate waarin de aan Heijboer toe te rekenen omstandigheden tot het ontstaan van de schade hebben bijgedragen, dermate gering is dat de schade geheel voor rekening van Heijboer dient te blijven, hetzij blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting – in het geval dat het van een andere maatstaf dan hiervoor in 3.5 is vermeld mocht zijn uitgegaan –, hetzij zijn oordeel niet begrijpelijk gemotiveerd.

3.7. Middel I onder a en middel II behoeven geen bespreking.

4. *Beslissing*

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het Gerechtshof te Amsterdam van 6 april 2000;

verwijst het geding naar het Gerechtshof te 's Gravenhage ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt De Branding in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Heijboer begroot op € 585,67 aan verschotten en € 1590 voor salaris.

Noot:

1. Art. 391 Wetboek van Koophandel sluit voor de kapitein aan boord van een schip de toepassing van een aantal artikelen uit de titel over de arbeidsovereenkomst uit. Daartoe behoort ook artikel 7:658 BW inzake arbeidsongevallen. Ten tijde van het hier aan de orde zijnde ongeval (1990) gold dat ook voor de toen geldende voorganger van dat artikel, art. 1638x BW (oud). Kapitein Heijboer baseerde zijn vordering tot vergoeding van de schade als gevolg van een ongeval op het schip van De Branding waar hij als ingeleende kracht werkzaam was op onrechtmatige daad. Nu het ongeval was veroorzaakt door een fout van de tweede machinist, ging het hierbij om de risicoaansprakelijkheid voor ondergeschikten, artikel 1403 BW (oud, thans art. 6:170 BW).

2. De kapitein had bij het ongeval ook eigen schuld, nu hij in een lus van de tros was gaan staan waarmee werd gemanoeuvreerd. Daardoor raakte hij in de lus verstrikt, waardoor hij ten val kwam en zijn been op verschillende plaatsen brak. Het hof had geoordeeld dat hierbij de fout van de tweede machinist (het tegen de instructies in losgooien van de tros) dermate gering was dat de schade geheel voor rekening

van de kapitein moest blijven. Hierdoor werd van belang in hoeverre deze eigen schuld mocht meespelen. Art. 7:658 BW beperkt de eigen schuld van de werknemer tot de situatie waarin de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer (lid 2). De bewijslast rust hierbij op de werkgever. In HR 27 maart 1992, *NJ* 1992, 496 was het oude begrip „grove schuld” in art. 1638x BW (oud) reeds anticiperend op het nieuw BW en aansluitend bij de rechtsontwikkeling en de daaraan ten grondslag liggende beschermingsgedachte volgens deze nieuwe, scherper begrensde terminologie uitgelegd.

3. Hoewel art. 7:658 BW en zijn voorganger buiten toepassing waren, oordeelt de Hoge Raad toch volgens het systeem dat onder deze bepalingen zou gelden. Volgens het college past het in het stelsel van de wet om in dit geval als maatstaf aan te houden, dat eventuele fouten van de kapitein slechts aan hem kunnen worden toegerekend indien de schade in belangrijke mate het gevolg is van zijn opzet of bewuste roekeloosheid. De Hoge Raad constateert dat de ontstaansgeschiedenis van art. 391 WvK niet tot een ander oordeel noopt. Het oordeel wordt verder gebaseerd op het stelsel dat thans is neergelegd in art. 7:661 BW (daarvoor 7A:1639da BW, oud) terzake van schade veroorzaakt door de werknemer. Voorts wordt aangesloten bij HR 1 november 1991, *NJ* 1992, 32, waarbij de werknemer voor dergelijke schade slechts aansprakelijk wordt geacht indien hem een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Men zie overigens ook HR 16 oktober 1992, *NJ* 1993, 264 (Bruinsma/Schuitmaker) inzake schade aan eigendommen van de werknemer en HR 10 mei 1996, *JAR* 1996/131 inzake kastekorten, waarin het stelsel verder is uitgewerkt.

4. In casu was de kapitein zoals gezegd ingeleend door de Branding. Het huidige artikel 7:658 lid 4 verklaart de regeling van aansprakelijkheid van de werkgever ook van toepassing op de inlener. Op de casus was het vroegere artikel 1638x BW nog van toepassing, dat een dergelijke uitbreiding van de werkingssfeer miste. Overigens was in HR 15 juni 1990, *NJ* 1990, 716 (Stormer/VOC), wel al overwogen dat indien een uitzendkracht de inlener aansprakelijk stelt uit onrechtmatige daad voor een arbeidsongeval, stelplicht en bewijslast van art. 1638x BW (oud) van overeenkomstige toepassing waren. Een uitbreiding naar de eigenschuldproblematiek past ook in de lijn die in dat arrest was uitgezet. De Hoge Raad spreekt nu uitdrukkelijk uit dat de beperkte toerekening van eigen schuld eveneens van toepassing is in de relatie tussen ingeleende arbeidskracht en de inlener die door hem wordt aangesproken op grond van art. 1403 BW (oud).

5. Aansprakelijkstelling van de eigen werkgever was overigens eveneens mogelijk geweest. In HR 22 maart 1991, *NJ* 1991, 420 (Roeffen/Thijssen) werd in dit verband overwogen dat de werkgever, ook in het kader van

art. 1638x BW (oud), voor gedragingen van de door hem bij de uitvoering van zijn verbintenissen gebruikte hulppersonen op gelijke wijze aansprakelijk is als voor eigen gedragingen, in HR 1 juli 1993, *NJ* 1993, 687 (Power/Ardross) werd dit criterium uitgebreid tot personen die verantwoordelijk waren voor de veiligheid op een bouwterrein waarover de werkgever zelf geen zeggenschap heeft. In veel gevallen wordt er echter de voorkeur aan gegeven om de inlener aansprakelijk te stellen, omdat deze het meest rechtstreeks verantwoordelijk wordt geacht voor de veiligheid, terwijl de eigen werkgever in dit geval bovendien een buitenlandse vennootschap betrof.

6. Behalve voor kapiteins is ook voor schepelingen aan boord van een schip art. 7:658 BW uitgesloten (art. 450b WvK). In HR 6 december 1996, *NJ* 1997, 398 (Fortes) had een dergelijke schepeling een procedure uit onrechtmatige daad tegen de werkgever aangespannen na een arbeidsongeval. In dat arrest is reeds aanvaard dat de stelplicht en bewijslast, die pasten bij art. 1638x BW (oud) moesten worden toegepast, en naar mag worden aangenomen ook thans die van art. 7:658 BW. Uit het onderhavige arrest mag mijns inziens worden afgeleid dat ook voor de schepeling de regeling van eigen schuld uit art. 7:658 BW voortaan moet worden gehanteerd.

7. De regeling voor kapiteins en schepelingen dient nog te worden overgebracht naar het nieuw BW. Wellicht dat de noodzaak tot drastische modernisering van de huidige bepalingen het Ministerie van Justitie nog afschrikt van de noodzakelijke voorbereidingen hiertoe. In de conclusie van A-G Langemeijer valt te lezen hoe moeilijk de gronden voor de afwijkingen te achterhalen zijn. Het arrest is tevens gepubliceerd in *JAR* 2002/102.

G.J.J. Heerma van Voss