

RECHTSPRAAK

# J.M.V. Spoorwegveiligheid/Zurich Insurance

***Aansprakelijkheid werkgever voor door fout in- en weer uitgeleende werknemer toegebrachte schade aan wissel bij werkzaamheden aan het spoor. Ondergeschiktheid ex artikel 6:170 BW vereist geen instructiebevoegdheid.***

## Feiten

In opdracht van ProRail heeft BAM Rail B.V. (hierna: BAM) onderhoudswerkzaamheden verricht aan het spoor op het baanvak Boxtel-Eindhoven. BAM was verzekerd bij Zurich. In de nacht van 19 op 20 februari 2008 heeft BAM met werktrein nummer 96936 werkzaamheden verricht op het baanvak Boxtel-Eindhoven. JMV heeft in het kader van deze werkzaamheden werknemers van A, onder wie een werktreinbegeleider (WTB'er), hierna ook aan te duiden als 'de betrokken WTB'er', ter beschikking gesteld aan BAM. In de nacht van 19 op 20 februari 2008 waren, naast de WTB'er, een machinist en een gereedschapsmachinist op de trein aanwezig. De trein is het hogesnelheidswissel 1273B bij Liempde genaderd met een gemiddelde snelheid van 30 km/u. De betrokken WTB'er heeft de machinist opgedragen stapvoets te rijden. Hij is niet uitgestapt. Vervolgens heeft hij de machinist opdracht gegeven door te rijden. Doordat het wissel niet in de juiste stand stond, heeft de trein het wissel opengereden. Hierbij is het beweegbare puntstuk van het wissel beschadigd. Zurich heeft op 5 november 2009 aan ProRail de aan het wissel toegebrachte schade ten belope van € 117.910,75 vergoed. Zurich vordert in dit geding van JMV betaling van het bedrag van de door haar vergoede schade. Zij acht JMV aansprakelijk voor die schade op de grond dat JMV is tekortgeschoten in de nakoming van de op haar rustende verplichtingen uit de overeenkomst in de zin van artikel 6:74 BW. Voorts baseert zij de aansprakelijkheid van JMV op artikel 6:76 BW, wegens de aansprakelijkheid van JMV voor de gedragingen van de WTB'er, zijnde een hulppersoon. Daarnaast voert Zurich aan dat de WTB'er een fout heeft gemaakt waarvoor JMV op grond van artikel 6:170 BW aansprakelijk is. De rechtbank heeft de vordering afgewezen. Het hof heeft de vorderingen toegewezen.

## Oordeel

De Hoge Raad oordeelt als volgt.

*Toetsingskader artikel 6:74, 6:170 en 7:661 BW*

Het gaat in deze zaak om schade die is toegebracht bij de uitvoering van een overeenkomst en die voor rekening van een contractspartij is gekomen. Dergelijke schade is – behoudens andersluidend beding in de overeenkomst en mits van een toerekenbare tekortkoming sprake is – verhaalbaar op de met die uitvoering belaste contractspartij, ook indien die schade is veroorzaakt door een als onrechtmatige daad van een werknemer of een hulppersoon aan te merken gedraging (art. 6:74 en 6:75 BW). Vergoedt de tekortschietende contractspartij de schade, dan kan zij, indien de schade is veroorzaakt door onrechtmatig handelen van een eigen werknemer, die schade in beginsel slechts dan op die werknemer verhalen, indien die een gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de betrokken werknemer (art. 7:661 lid 1 BW). De benadeelde contractspartij kan ook ervoor kiezen – ook hier: behoudens andersluidend beding in de overeenkomst – haar wederpartij niet aan te spreken op de grondslag van de overeenkomst, maar op de voet van artikel 6:170 lid 1 BW. Daartoe zal moeten komen vast te staan (naast het bestaan van ondergeschiktheid als in die bepaling bedoeld en onverminderd het in lid 2 bepaalde) dat de betrokken werknemer jegens de benadeelde aansprakelijk is wegens een onrechtmatige daad. Ten slotte kan – tenzij de overeenkomst dat belet – de benadeelde in beginsel ook de betrokken werknemer persoonlijk aanspreken tot vergoeding van de schade. In dat geval heeft de werknemer ingevolge artikel 6:170 lid 3 BW, dat op dit punt het spiegelbeeld vormt van artikel 7:661 lid 1 BW, regres op de werkgever, tenzij de schade een gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer zelf. Het rechtstreeks aanspreken van de werknemer is voor deze werknemer mogelijk zeer nadelig, omdat hij bij zijn evenbedoelde regres het insolventierisico van zijn werkgever draagt. Mede gelet op de betekenis die een op artikel 6:170 lid 1 BW gebaseerde, de werkgever veroordelende uitspraak kan hebben in een eventuele (bijv. wegens insolventie van de werkgever aangespannen) opvolgende procedure tegen de werknemer, maar gezien ook het nadeel dat een dergelijke uitspraak in ander opzicht (zoals voor zijn reputatie) voor de werknemer kan opleveren, dient de rechter in een op artikel 6:170 BW stoelende procedure – waarin de werknemer zelf geen partij is – de onrechtmatigheid van het handelen van de werknemer niet anders te beoordelen dan indien de aansprakelijkheid van de werknemer zelf in het geding is.

#### *Vertrouwen op visuele inschatting op voorhand niet onrechtmatig*

Het oordeel dat de betrokken WTB'er onrechtmatig heeft gehandeld 'door af te gaan op zijn (onjuiste) visuele oordeel en zich niet van de stand van de wissel te vergewissen door af te stappen', zoals het hof heeft overwogen, is zonder nadere motivering onbegrijpelijk, aangezien het hof niet duidelijk maakt waarom voor de betrokkenen het zicht op het wissel – dat zich op het relevante moment voor de, naar de vaststelling van het hof, tien tot twaalf meter lange bak bevond, terwijl in cassatie veronderstellenderwijs moet worden aangenomen dat het zicht minstens 50 meter bedroeg – ontoereikend was, noch waarom de betrokken WTB'er onrechtmatigheid kan worden verweten ter zake van zijn mening dat hij (en zijn collega's) de wisselstand correct konden waarnemen. Redengevend voor 's hofs oordeel dat de betrokken WTB'er onrechtmatig heeft gehandeld door op zijn waarneming te vertrouwen en niet af te stappen, kan evenmin zijn het feit dat diens inschatting onjuist is gebleken en dat aanzienlijke

schade is ontstaan.

*Ondergeschiktheid ex artikel 6:170 BW vereist geen instructiebevoegdheid*

Het bestaan van zeggenschap bij de aansprakelijk gehouden partij – hier: JMV – over de vraag of en op welke momenten de persoon die onrechtmatig heeft gehandeld, werkzaamheden voor een bepaalde derde – hier: BAM – dient uit te voeren, is in beginsel toereikend voor de voor toepassing van artikel 6:170 lid 1 BW vereiste ondergeschiktheid (vgl. HR 13 mei 1988, ECLI:NL:HR:1988:AC3070, NJ 1989/896). Een andere opvatting, die zou meebrengen dat de benadeelde voor het antwoord op de vraag wie ingevolge artikel 6:170 BW jegens hem aansprakelijk is, bekend moet zijn met de afspraken die tussen de verschillende in aanmerking komende ‘werkgevers’ met betrekking tot de instructiebevoegdheid van de ondergeschikte zijn gemaakt, zou afbreuk doen aan de door die bepaling beoogde bescherming van de benadeelde. De rechtsklacht dat het hof heeft miskend dat voor het bestaan van een functioneel verband getoetst moet worden of de kans op de fout door de gegeven opdracht is vergroot en dat zeggenschap bestond over de gedragingen waarin de fout was gelegen, mist doel. Dat geldt ook voor de klacht, inhoudende dat voor zover het hof dit niet heeft miskend, het oordeel onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd is, omdat de algemene oproep- en uitleenmogelijkheid niets zegt over de mate waarin de kans op de fout is vergroot en de vraag of JMV over dat gedrag zeggenschap had.

Het hof heeft kennelijk het door JMV aan BAM ter beschikking stellen van de betrokken WTB’er aangemerkt als de opdracht in de zin van artikel 6:170 lid 1 BW en geoordeeld dat die opdracht de kans heeft vergroot op de (door het hof aangenomen) fout van de betrokken WTB’er, die taken had te verrichten met betrekking tot de veiligheid van het werk. Dit oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk. Dat JMV ter zake voor de toepasselijkheid van artikel 6:170 BW voldoende zeggenschap had over de gedragingen van de betrokken WTB’er, volgt reeds uit hetgeen hiervoor is overwogen.

---

**Instantie:** Hoge Raad

**Datum uitspraak:** 14-07-2017

**ECLI:** ECLI:NL:HR:2017:1345

**Zaaknummer:** 16/02773

**Rechters:** E.J. Numann, A.H.T. Heisterkamp, G. de Groot, T.H. den Tanja-van Broek en M.J. Kroeze

**Advocaten:** B.T.M. van der Wiel, P.A. Fruytier en J. Streefkerk

**Wetsartikelen:** 6:170 BW