

waartegen De Schelde met grief 7 opkomt. Uit hetgeen hiervoor is overwogen volgt dat voor terugbetaling geen grond is en dat deze grief faalt.

Slotsom

4.54. De zaak zal worden verwezen naar de rol teneinde [geintimeerde pro sé en handelend als erfgename van haar overleden echtgenoot] in de gelegenheid te stellen zich bij akte uit te laten over hetgeen in rov. 4.52 is overwogen.

5. De uitspraak

Het hof:

verwijst de zaak naar de rol van 15 januari 2013 voor akte aan de zijde van [geintimeerde pro sé en handelend als erfgename van haar overleden echtgenoot] met de hiervoor onder 4.52 vermelde doeleinden, waarna De Schelde in de gelegenheid zal worden gesteld hierop bij antwoordakte te reageren; houdt iedere verdere beslissing aan.

NOOT

Noot mr. dr. J.L. Smeehuijzen onder «JA» 2013/110.

114

Rechtbank Den Haag
17 april 2013, nr. 1187167\RL EXPL 12-18988
(mr. Wiarda)
Noot L.C. Dufour

Arbeidsongeval. Klachtplicht.

[BW art. 6:89, 7:658]

De waarnemend filiaalhouder van een Carglass vestiging blesseert zijn schouder als hij een grote ruit uit een hoge stelling pakt. Mondeling stelt hij zijn leidinggevende op de hoogte. Een half jaar na het ongeval meldt de werknemer zich ziek. Ondanks twee operaties vindt geen verbetering plaats. 23 maanden na het ongeval stelt de rechtsbijstandverzekeraar van de werknemer Carglass voor het eerst aansprakelijk.

Carglass heeft onder meer aangevoerd dat de werknemer niet binnen bekwame tijd na het ongeval heeft geprotesteerd in de zin van art. 6:89 BW

en dat Carglass haar in art. 7:658 BW omschreven zorgplicht niet is nagekomen. De kantonrechter honoreert dit beroep op art. 6:89 BW. De werknemer heeft na het ongeval nog een half jaar doorgewerkt zonder uit te spreken dat hij Carglass aansprakelijk achtte voor het ongeval, en ook na te zijn uitgevallen heeft hij daar nog anderhalf jaar mee gewacht. Door de operaties was de werknemer bekend met de ernst van het opgelopen letsel. Tevens wist de werknemer dat de inrichting van de stellingen voor verbetering vatbaar was getuige zijn eerdere meldingen hierover bij zijn leidinggevenden. Tenslotte heeft Carglass onweersproken aangevoerd dat zij het magazijn vlak voor de aansprakelijkstelling ingrijpend had verbouwd waardoor niet meer mogelijk is na te gaan of het ongeval zich wel heeft voorgedaan en wat de precieze toedracht is.

[X] te [woonplaats],

eisende partij,

gemachtigde: mr. K. Aantjes, advocaat te 's-Gravenhage,

tegen
de besloten vennootschap *Carglass BV* te Son en Breugel en mede kantoorhoudende te 's-Gravenhage,
gedaagde partij,
gemachtigde: mr. A.A.M. Zeeman, advocaat te 's-Gravenhage.

Procedure

(...; red.)

Feiten

2. Op grond van hetgeen door partijen over en weer is gesteld en blijkt uit overgelegde stukken, een en ander voor zover niet of onvoldoende weersproken, kan in deze zaak van het volgende worden uitgegaan:

a. [X], geboren op 26 juli 1963, is op 3 maart 2003 bij Carglass in dienst getreden als servicemonteur. Per 1 januari 2007 is [X] benoemd tot werkplaatschef van het filiaal Hoofddorp. Van 1 maart 2007 tot 1 augustus 2007 heeft [X] tevens gefungeerd als waarnemend filiaal leider van dat filiaal.

b. Op 20 juli 2007 en op 29 augustus 2007 heeft [X] zijn huisarts geconsulteerd in verband met schouderklachten. Deze stelde als diagnose PHN (Periarthritis humeroscapularis). Naar aanleiding van laatstgenoemd consult heeft de huisarts hem verwezen naar een orthopedisch specialist.

- c. Op 11 december 2007 heeft [X] in het Bonovo ziekenhuis te 's-Gravenhage een operatie (artroscoopie) plaatsgevonden aan de rechter schouder in verband met een laesie (beschadiging) van het labrum (kraakbeenring rond de schouderkom).
- d. Op 24 januari 2008 is [X] door Carglass ziek gemeld bij haar arbodienst.
- e. Op 30 januari 2008 is [X] opnieuw geopereerd aan zijn rechterschouder.
- f. Op 9 juli 2009 is [X] nogmaals aan zijn rechter-schouder geopereerd.
- g. Bij brief van SRK Rechtsbijstand (mevrouw mr. G.J. van der Horst) d.d. 19 juni 2009 is Carglass namens [X] op grond van artikel 7:658 BW aansprakelijk gesteld voor de schade van [X] als gevolg van een hem in de zomer van 2007 overkomen arbeidsongeval waarbij hij letsel opgelopen heeft aan zijn rechterschouder.
- h. Bij brief van 22 februari 2010 heeft Zürich Insurance plc. in haar hoedanigheid van aansprakelijkheidsverzekeraar van Carglass de aansprakelijkheid afgewezen.
- i. Met ingang van 21 januari 2010 heeft het UWV op grond van de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen (WIA) aan [X] een loongerelateerde uitkering toegekend krachtens de Regeling werkhervatting gedeeltelijk arbeidsongeschikten (WGA-regeling) op basis van 67,5% arbeidsongeschiktheid. Deze uitkering is per 21 juni 2002 geëindigd en vervangen door een WGA-loonaanvullingsuitkering op basis van 100% arbeidsongeschiktheid.
- j. Bij brief van 28 september 2011 heeft Carglass aan het UWV Werkbedrijf verzocht een ontslagvergunning te verstrekken voor [X] op grond van langdurige arbeidsongeschiktheid. Na verweer van [X] heeft het UWV bij brief van 17 november 2001 de gevraagde ontslagvergunning verleend.
- k. De arbeidsovereenkomst is vervolgens door opzegging zijdens Carglass geëindigd per 1 februari 2012.

Vordering en verweer

3. [X] vordert dat bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, voor recht zal worden verklaard dat Carglass jegens [X] op de voet van artikel 7:685 BW aansprakelijk is voor het hem overkomen bedrijfsongeval c.q. de beroepsaandoening waarmee hij te kampen heeft gekregen, zoals in de dagvaarding nader omschreven, en Carglass zal worden veroordeeld om aan [X] alle ten gevolge van dit bedrijfsongeval en deze beroepsaandoe-

ning geleden en nog te lijden schade te vergoeden, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, één en ander met veroordeling van Carglass in de proceskosten.

Bij conclusie van dupliek heeft [X] zijn eis nog vermeerderd en gevorderd dat Carglass tevens zal worden veroordeeld tot betaling van een voorschot op de schadevergoeding ter grootte van € 50.000,-, althans een door de rechtbank in goede justitie te bepalen bedrag.

4. Naast de hiervoor vermelde feiten legt [X] aan zijn vorderingen – kort zakelijk weergegeven – het volgende ten grondslag:

Op 16 juli 2007 is hem bij de uitoefening van zijn werkzaamheden in het filiaal van Carglass te Hoofddorp een ongeval overkomen. Als gevolg daarvan heeft hij letsel opgelopen aan zijn rechterschouder, althans te kampen gekregen met een arbeidsgerelateerde aandoening. Op de betreffende dag moest hij een voorruit uit een stelling in het magazijn halen. Het betrof een grote, zware voorruit bestemd voor een MPV. Omdat deze voorruit te groot was om in de daarvoor bestemde stellingen in het magazijn te plaatsen, was deze ruit boven op de stellingen gelegd, op ongeveer 4 meter hoogte. Om de ruit van de stelling te halen moest hij gebruik maken van een 2 meter hoge, verrijdbare trap. Boven op deze trap staande moest hij ver boven zijn hoofd rijken om de voorruit (nipt) te kunnen beetpakken en van de stelling te halen. Terwijl hij doende was de ruit met de linkerhand van de stelling te halen, is de ruit van de stelling gevallen op zijn rechterschouder, dan wel heeft hij in een reflex getracht de ruit met zijn rechterhand op te vangen. Daarbij is een scheur ontstaan in het labrum van de rechterschouder. Hij heeft hiervan direct melding gemaakt bij zijn regiomanager Patrick Niemeijer en enkele dagen later vanwege schouderklachten zijn huisarts geconsulteerd. De schouderklachten zijn in de loop van de tijd niet afgenomen. Ook heeft hij door zijn jarenlange zware werkzaamheden bij Carglass zijn rechterschouder overbelast. Hoewel Carglass hem eerst per 24 januari 2008 ziek gemeld heeft bij haar arbodienst, is hij al begin december 2007 voor zijn werk definitief uitgevallen en heeft hij zich ook bij Carglass ziek gemeld. Carglass is aansprakelijk voor de schade die hij ten gevolge van het ongeval heeft geleden en nog zal lijden, omdat Carglass tekortgeschoten is in de nakoming van haar zorgplicht als omschreven in artikel 7:658 BW.

5. Carglass concludeert tot niet ontvankelijk verklaring van [X] in zijn vorderingen, althans tot afwijzing daarvan, met veroordeling van [X] in de proceskosten, vermeerderd met rente en nakosten. Kort zakelijk weergegeven houdt het verweer in dat [X] niet heeft voldaan aan zijn verplichting ex artikel 6:89 BW om binnen bekwame tijd na het gestelde ongeval bij Carglass te protesteren tegen het niet nakomen door Carglass van haar in artikel 7:685 BW omschreven zorgplicht. Voorts betwist Carglass dat zich het gestelde ongeval voorgedaan heeft en tenslotte stelt zij dat zij ten volle voldaan heeft aan haar zorg- en instructieplicht.

Beoordeling

6. Allereerst dient beoordeeld te worden of het verweer van Carglass, dat [X] niet heeft voldaan aan zijn verplichting ex artikel 6:89 BW om binnen bekwame tijd na het gestelde ongeval bij Carglass te protesteren tegen het niet nakomen door Carglass van haar in artikel 7:685 BW omschreven zorgplicht, doel treft. Indien dat het geval is, stranden de vorderingen van [X] reeds daarop en behoeft niet te worden onderzocht of het gestelde ongeval zich inderdaad heeft voorgaan, zoals door [X] wordt gesteld doch door Carglass wordt betwist.

In het arrest HR 8 februari 2013, LJN: BY4600 is met betrekking tot artikel 6:89 BW onder meer overwogen dat (zoals al besloten ligt in HR 8 oktober 2010, LJN: BM9615) bij de beantwoording van de vraag of is voldaan aan de in artikel 6:89 BW besloten liggende onderzoeks- en klachtplicht, acht geslagen dient te worden op alle omstandigheden van het geval, waaronder de aard en inhoud van de rechtsverhouding, de aard en inhoud van de prestatie en de aard van het gestelde gebrek in de prestatie. Daarbij is ook van belang of de schuldenaar nadeel lijdt door het late tijdstip waarop de schuldeiser heeft geklaagd.

8. Veronderstellenderwijs aannemende dat het gestelde ongeval en de daarop volgende gebeurtenissen zich hebben voorgedaan zoals [X] heeft gesteld, is het volgende van belang:

– Het ongeval heeft zich voorgedaan op 16 juli 2007 in het filiaal Hoofddorp tijdens de uitvoering door [X] van mede tot zijn taken behorende werkzaamheden.

– Het ging om een ruit met de afmetingen 1,74 meter lang en 1,01 meter breed, met een gewicht van 18 kilogram (productie 5 bij de dagvaarding).

– De ruit stond volgens [X] niet in de stellingen die bestemd zijn voor het opslaan van autoruiten plegen, maar lag of stond daar bovenop, op een hoogte van ongeveer vier meter.

– [X] stond op een verrijdbare trap van twee meter hoog om de ruit boven zijn macht van de stelling te tillen.

– [X] pakte de ruit zoals hij dat normaal deed: via de schouder en dan doorpakken. Daarbij greep hij even mis en voelde hij een stekende pijn in zijn rechterschouder. Hij dacht dat hij zijn schouder verrekt had en heeft een paracetamol genomen. (proces-verbaal comparitie van partijen).

– Er waren ten tijde van het ongeval wel andere werknemers in het filiaal aanwezig, maar geen van hen was aanwezig bij het ongeval. Gesteld noch gebleken is echter dat [X] met (één van) die andere medewerkers gesproken heeft over het ongeval.

– Wel heeft [X] op de dag van het ongeval daarover telefonisch gesproken met zijn directe leidinggevende, de heer Niemeijer. Ook heeft hij daarover nog met de heer Niemeijer gesproken toen deze enkele dagen later langskwam op het filiaal Hoofddorp. Gesteld noch gebleken is echter dat [X] er daarna nog bij de heer Niemeijer op teruggekomen is.

– [X] heeft van het hem overkomen ongeval geen melding gemaakt in het geautomatiseerde systeem van Carglass, hoewel hij dat als werkplaatschef en waarnemend filiaalleider wel had moeten doen.

– Op 20 juli 2007, dus enkele dagen na het ongeval, heeft [X] zijn huisarts geconsulteerd in verband met schouderklachten. Na een tweede consult op 29 augustus 2007 heeft deze hem verwezen naar een orthopedisch specialist.

– Op 11 september 2007 heeft [X] een orthopedisch chirurg geconsulteerd.

– Tot begin december 2007 is [X] zijn werkzaamheden blijven verrichten.

– Op 7 december 2007 is [X] geopereerd aan zijn rechterschouder. Hij stelt dat hij zich toen bij Carglass ziek gemeld heeft, hetgeen door Carglass wordt weersproken. Ter comparitie van partijen heeft [X] echter verklaard dat hij voor deze operatie een paar dagen vrij genomen had.

– Op 24 januari 2008 is [X] door Carglass ziek gemeld bij haar Arbodienst.

– Op 30 januari 2008 is [X] nogmaals aan zijn rechterschouder geopereerd.

– In de eerste helft van 2008 heeft [X] nog enige tijd op arbeidstherapeutische basis werkzaamheden verricht in het filiaal van Carglass te Wateringen. (Waar [X] volgens de oorspronkelijke plannen per 1 januari 2008 als werkplaatschef zou gaan werken).

– Gesteld noch gebleken is dat [X] eerder dan bij de brief van SRK Rechtsbijstand d.d. 19 juni 2009 aan Carglass kenbaar heeft gemaakt dat zij hij haar aansprakelijk hield voor de nadelige gevolgen van het ongeval.

9. Uitgaande van deze feiten en omstandigheden, die deels gebaseerd zijn op de vaststaande feiten, deels op stellingen van [X] die door Carglass zijn betwist, acht de kantonrechter het onbegrijpelijk dat [X] na het ongeval niet alleen nog ongeveer een half jaar heeft doorgewerkt zonder aan te geven dat hij Carglass aansprakelijk achtte voor het ongeval en de nadelige gevolgen daarvan, maar dat hij ook daarna nog anderhalf jaar daarmee heeft gewacht. Een plausibele verklaring van [X] daarvoor ontbreekt geheel. Van belang daarbij is dat het [X] in ieder geval vanaf december 2007, althans vanaf eind januari 2008 (na de tweede operatie) duidelijk moet zijn geweest dat hij als gevolg van het ongeval letsel had opgelopen, dat niet van snel voorbijgaande aard was en dat hem lange tijd zou verhinderen om zijn werkzaamheden in dienst van Carglass uit te voeren. Des te onbegrijpelijker is dit, als tevens in aanmerking wordt genomen dat uit de stellingen van [X] volgt dat hij zeer wel wist dat het gevaarlijk was om de grote autoruiten, die niet in de daarvoor bestemde stellingen pasten, bovenop de stellingen te leggen, omdat deze slechts met aanzienlijke moeite daar vandaan gehaald konden worden. [X] stelt immers dat hij hiervoor in het verleden meermalen heeft gewaarschuwd en aangedrongen heeft op maatregelen om dit probleem op te heffen. Anders dan [X] heeft betoogd, kan de enkele mededeling door hem aan de heer Niemeijer, dat hij bij het uittillen van een autoruit uit of vanaf de stelling in het magazijn zijn schouder had bezeerd, niet gelden als een voldoende protest in de zin van artikel 6:89 BW.

10. Voorts moet in aanmerking worden genomen dat Carglass onweersproken heeft gesteld, dat zij door het lange tijdsverloop in een ernstig nadelige positie is komen te verkeren dan het geval zou zijn geweest als [X] direct op korte tijd na het gestelde ongeval daarvan duidelijk melding had gemaakt en kenbaar had gemaakt dat hij Carglass

aansprakelijk achtte voor de nadelige gevolgen daarvan op grond dat zij de op haar rusten zorgplicht jegens hem niet was nagekomen. Volgens Carglass was het in juni 2009, mede als gevolg van een intussen uitgevoerde verbouwing in het magazijn, niet meer mogelijk om te achterhalen of het gestelde ongeval zich inderdaad heeft voorgedaan en wat de precieze toedracht daarvan is geweest. Naar het oordeel van de kantonrechter treft dat argument van Carglass doel.

11. Eén en ander leidt tot de conclusie dat [X] niet voldaan heeft aan zijn uit artikel 6:89 BW voortvloeiende verplichting om tijdig aan Carglass kenbaar te maken, niet alleen dat hem tijdens het uitvoeren zijn werkzaamheden een ongeval was overkomen, maar ook dat hij Carglass aansprakelijk achtte voor de nadelige gevolgen daarvan voor hem wegens het niet nakomen van de in artikel 7:658 BW omschreven zorgplicht jegens hem. Zijn vorderingen stuiten daarop af, zodat deze zullen worden afgewezen.

12. Als de in het ongelijk gestelde partij dient [X] te worden veroordeeld in de proceskosten aan de zijde van Carglass, tot op heden vast te stellen op € 1.200,= (3 punten à € 400,=). De wettelijke rente daarover is toewijsbaar als gevorderd.

13. Voor zover nakosten gemaakt worden levert deze kostenveroordeling ingevolge HR 19 maart 2010, LJN: BL1116 een executoriale titel op voor de nakosten, doch kan de begroting van die nakosten in dit geval eerst in een later stadium geschieden, aangezien thans nog niet bekend is welke nakosten zullen ontstaan. Daarbij wordt opgemerkt dat de kosten van de betekening niet vallen onder de nakosten als bedoeld in artikel 237 lid 4 Rv, maar vallen onder de ambtsverrichtingen van de gerechtsdeurwaarder, waarvoor deze op grond van het Btag een bedrag aan de schuldenaar in rekening kan brengen.

Beslissing

De kantonrechter:

wijst de vorderingen af;

2. stelt de proceskosten aan de zijde van Carglass tot op heden vast op € 1.200,= en veroordeelt [X] tot betaling daarvan aan Carglass, vermeerderd met de wettelijke rente daarover van twee weken na heden;

3. verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad en wijst af wat meer of ander is gevorderd.

NOOT

1. De verplichting van de werkgever de lokalen, werktuigen en gereedschappen zo in te richten en te onderhouden en zodanige maatregelen te treffen en aanwijzingen te verstrekken om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt, is een contractuele (zorg)plicht.¹ Bij schending van die zorgverplichting ontstaat op grond van art. 7:658 lid 2 BW de verbintenis tot schadevergoeding. Als een werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade heeft geleden omdat de werkgever zijn zorgplicht heeft geschonden, is nakoming van de zorgverplichting blijvend onmogelijk en is de werkgever van rechtswege in verzuim. De werknemer moet stellen – en bij betwisting door de werkgever bewijzen – dat hij (i) schade heeft geleden (ii) in de uitoefening van de werkzaamheden. De werkgever is gehouden de geleden schade te vergoeden tenzij hij aantoonbaar aan zijn zorgplicht te hebben voldaan dan wel dat schending van de zorgplicht niet tot de schade heeft geleid of dat de schade het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer. De werkgever draagt dus stelplicht en bewijslast ten aanzien van de toedracht van het ongeval.

2. De in art. 6:89 BW neergelegde onderzoeken- en klachtplicht geldt voor zowel contractuele verbintenissen (overeenkomst) als niet-contractuele verbintenissen (onrechtmatige daad, onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking).² Dit volgt uit de plaatsing van het artikel in afdeling 9 (gevolgen van het niet nakomen van een verbintenis) van titel 1 (verbintenissen in het algemeen) van boek 6 BW. De koper, de opdrachtgever of de huurder moet onderzoeken of de geleverde prestatie aan de overeenkomst beantwoordt en zo niet, daarover binnen bekwame tijd klagen bij zijn wederpartij.

1 S.D. Lindenbergh, 'Arbeidsongevallen en beroepsziekten', in: *Monografieën Privaatrecht*, 2009, nr. 10.

2 Zie hierover E.A.L. van Emden en M. de Haan, 'Klachtplicht ook bij (zuivere) onrechtmatige daad?', *AV&S* 2013, 11.

Waar het gaat om resultaatsverbintenissen, is art. 6:89 BW een voor de hand liggende bepaling. Op grond van art. 6:2 BW dienen de schuldenaar en schuldeiser zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid. De schuldeiser weet wat hij op grond van de overeenkomst van de prestatie mag verwachten en van hem kan dus worden gevraagd dat hij voortvarend de schuldenaar op de hoogte brengt als de prestatie afwijkt van de overeenkomst. Ik vind het minder voor de hand liggend dat art. 6:89 BW ook van toepassing is op een gebrekkig nagekomen inspanningsverbintenis. In geval van inspanningsverbintenissen, waartoe zorgverplichtingen per definitie gerekend moeten worden, is voor de schuldeiser vaak minder duidelijk dat er sprake is van een gebrek in de prestatie. De Hoge Raad heeft echter al in HR 11 juni 2010, LJN BL8297 (*Kortenhorst/Van Lanschot*) aangenomen dat art. 6:89 BW ook van toepassing is bij schending van een zorgplicht.

3. Dit vonnis is voor zover ik heb kunnen nagaan het eerste waarin een beroep op art. 6:89 BW is gedaan door een werkgever in een geschil over aansprakelijkheid op grond van art. 7:658 BW, dat maakt het vonnis interessant. Gelet op het hierboven uiteengezette, lag het wel voor de hand dat ook werkgevers (net als verkopers, aannemers, vrije beroepsbeoefenaren en banken) art. 6:89 BW in hun verweer zouden verwerken. Dat de kantonrechter het beroep van Carglass op art. 6:89 BW laat slagen nadat de Hoge Raad op 8 februari 2013 de eisen voor een geslaagd beroep op de klachtplicht heeft verduidelijkt en aangescherpt, maakt het vonnis naar mijn mening verrassend. Ik licht dat hierna toe.

4. In twee arresten gewezen op 8 februari 2013 over de klachtplicht in beleggingsadviesrelaties (*Van de Steeg/Rabo*, LJN BY4600 en *Van Lanschot/Grove*, LJN BX7846) heeft de Hoge Raad de drempel voor een geslaagd beroep op art. 6:89 BW verhoogd. De Hoge Raad heeft in het arrest *Van de Steeg/Rabo* zijn eerdere rechtspraak over de klachtplicht in het algemeen uitgelegd (r.o. 4.2.1-4.2.6) en vervolgens toegelicht aan welke eisen een geslaagd beroep op de klachtplicht in het specifieke geval van de relatie vermogensbeheerder – particulier moet voldoen (r.o. 4.3.1-4.3.4). De Hoge Raad stelt voorop dat wat hij in eerdere arresten over art. 7:23 BW ten aanzien van koop heeft geoordeeld, van overeen-

komstige toepassing is bij art. 6:89 BW als de prestatie bestaat uit iets anders dan de aflevering van een gekochte zaak. De lengte van de termijn beschikbaar voor het in art. 6:89 BW bedoelde onderzoek is afhankelijk van alle omstandigheden van het geval, waarbij van belang zijn (i) de aard en waarneembaarheid van het gebrek, (ii) de wijze waarop dit gebrek aan het licht treedt en (iii) de deskundigheid van de schuldeiser. Als de schuldeiser bij het onderzoek heeft ontdekt dat sprake is van een gebrek of bij het uitvoeren van een dergelijk onderzoek had behoren te ontdekken dat de prestatie niet aan de overeenkomst beantwoordt, moet hij binnen bekwame tijd de schuldenaar hiervan in kennis stellen. "De vraag of de kennisgeving binnen bekwame tijd is geschied [moet] worden beantwoord onder afweging van alle betrokken belangen en met inachtneming van alle relevante omstandigheden, waaronder het antwoord op de vraag of de verkoper nadeel lijdt door de lengte van de in acht genomen klachttermijn." (r.o. 4.2.3). De onderzoeks- en klachtplicht van de schuldeiser kunnen niet los worden gezien van de aard van de prestatie en de overige omstandigheden. Als de schuldeiser op grond van de inhoud van de koopovereenkomst en de verdere omstandigheden erop mag vertrouwen dat de prestatie beantwoordt aan de overeenkomst, zal van hem minder snel een voortvarend onderzoek mogen worden verwacht. In het algemeen mag de schuldeiser afgaan op de juistheid van mededelingen van de schuldenaar. De vereiste mate van voortvarendheid voor wat betreft de onderzoeksplicht hangt voorts af van de ingewikkeldheid van het onderzoek. "Bij dit alles is in belangrijke mate mede bepalend de belangen van de verkoper zijn geschaad, en zo ja, in hoeverre. Als die belangen niet zijn geschaad, zal er niet spoedig voldoende reden zijn de koper een gebrek aan voortvarendheid te verwijten. In dit verband kan de ernst van de tekortkoming meebrengen dat een nalatigheid van de koper hem niet kan worden tegengeworpen." (r.o. 4.2.4). De rechter dient rekening te houden met het voor de schuldeiser ingrijpende rechtsgevolg, te weten verval van recht, en de concrete belangen waarin de schuldenaar is geschaad door het late tijdstip waarop is geprotesteerd, zoals benadeling in bewijspositie en aantasting van de mogelijkheid het gebrek te herstellen. De lengte van de periode tussen geobjectiveerde

bekendheid met het gebrek en het eerste protest speelt hierbij een rol, maar mag niet doorslaggevend zijn (r.o. 4.2.6). Verderop, bij de bespreking van de rol van art. 6:89 BW bij een beleggingsadviesrelatie, overweegt de Hoge Raad uitdrukkelijk dat groot gewicht toekomt aan het antwoord op de vraag of de bank is benadeeld door de verstreken tijd tussen het moment van ontdekking van het gebrek en het protest.

5. Ik kom terug bij het hierboven afgedrukte vonnis van de kantonrechter 's-Gravenhage. Het beroep van werkgever Carglass op art. 6:89 BW wordt gehonoreerd. De redenen hiervoor zijn deze. De kantonrechter begrijpt niet dat [X] (i) nog een half jaar na het ongeval heeft doorgewerkt zonder aan zijn werkgever kenbaar te maken dat hij hem aansprakelijk houdt voor de schade die hij lijdt als gevolg van het ongeval en (ii) dat hij na zijn uitval als gevolg van de schouderklachten die door het ongeval zouden zijn ontstaan nog anderhalf jaar heeft gewacht met het aansprakelijk stellen. Voor de kantonrechter is dit lange wachten nog onbegrijpelijker tegen de achtergrond van de twee operaties die [X] eind 2007 en begin 2008 heeft ondergaan waardoor hem de ernst van het letsel duidelijk moet zijn geworden en de bekendheid van [X] met het gevaar verbonden aan de opslag van grote autoruiten op hoogte. Deze bekendheid volgde uit de klachten die [X] hierover tijdens het dienstverband voorafgaand aan het ongeval aan zijn leidinggevende(n) had geuit. Werkgever Carglass heeft onweersproken gesteld dat zij door het verstrijken van deze termijn van bijna twee jaar ernstig is benadeeld. In die periode heeft Carglass namelijk het magazijn grondig verbouwd waardoor zij niet meer kon achterhalen of het ongeval zich wel had voorgedaan en zo ja, wat de precieze toedracht was geweest.

6. Hoe verhoudt zich het hierboven gepubliceerde vonnis van de kantonrechter te 's-Gravenhage tot de arresten van 8 februari 2013 van de Hoge Raad? De kantonrechter verwijst naar het arrest *Van de Steeg/Rabobank* in r.o. 7 voorafgaand aan de inhoudelijke beoordeling van het beroep van Carglass op art. 6:89 BW, maar ik vind de uitkomst moeilijk te rijmen. Vaststaat dat [X] kort na het ongeval op 16 juli 2007 twee keer aan zijn leidinggevende heeft gemeld wat hem was overkomen. Hoewel [X] bij deze meldingen kennelijk niet heeft gezegd dat hij Carglass hiervoor aansprakelijk hield, had van een werk-

gever – bijvoorbeeld ter voorkoming van ongelukken in de toekomst – een onderzoek(je) verwacht mogen worden naar de toedracht (zie over deze actieve opstelling die van een werkgever verwacht mag worden in een ander verband T. Hartlief, 'Asbest en aansprakelijkheid: de reikwijdte van de rechtspraak omtrent werkgeversaansprakelijkheid', *AV&S* 2005, 9, nr. 26). In tegenstelling tot de kantonrechter, kan ik er in zijn algemeenheid begrip voor opbrengen dat een werknemer, die nog in dienst is bij zijn werkgever, enige tijd laat verstrijken voordat hij zijn werkgever aansprakelijk stelt voor schade die hij in de uitoefening van zijn werk heeft geleden. Een aansprakelijkstelling kan de verhoudingen, waaronder de pogingen tot re-integratie, onder druk zetten. De kantonrechter laat voorts zwaar wegen dat [X] eerder bij zijn leidinggevers had gemeld dat het niet veilig was grote autoruiten bovenop de stellingen te leggen. De kantonrechter lijkt hieraan de onuitgeschreven conclusie te verbinden dat [X] – ook gelet op zijn functie van waarnemend filiaalhouder – moet hebben geweten dat het letsel aan zijn schouder dus het gevolg was van een *tekortschieten* door de werkgever in zijn zorgplicht. De kantonrechter legt hiermee een zware verantwoordelijkheid bij de werknemer, de verantwoordelijk voor zijn eigen veiligheid, die in het kader van art. 7:658 BW niet bij de werknemer kan worden gelegd (zie bijvoorbeeld HR 7 december 2012, LJN BX7590, *NJ* 2013, 11). Mij lijkt het niet gerechtvaardigd om die zware eigen verantwoordelijkheid via de achterdeur van art. 6:89 BW wel bij de werknemer te leggen. Uit de hiervoor aangehaalde arresten van 8 februari 2013 volgt dat een particuliere klant die op advies van en via de bank belegt in risicovolle waarden, zoals opties, en daarbij grote verliezen lijdt, pas na berichten over zorgplicht schendingen door banken in de media (denk aan het programma *Kassa!*) bekend wordt verondersteld met het gegeven dat de bank een zorgplicht jegens hem had en dat een schending van die zorgplicht de oorzaak van zijn verliezen kan zijn (zie in kritische zin hierover de annotatie van B.T.M. van der Wiel bij het arrest *Van de Steeg/Rabobank*, «*JOR*» 2013/106, nrs. 25-33). De kantonrechter had tegen die achtergrond naar mijn mening beter moeten motiveren waarom [X], ook al was hij waarnemend filiaalchef en had hij zijn leidinggevende eerder erop gewezen dat de inrichting

van de stelling onveilig was, ervan op de hoogte had moeten zijn dat zijn schade het gevolg was van een zorgplichtschending door zijn werkgever.

De Hoge Raad heeft met de 8 februari 2013-arresten duidelijk gemaakt dat enkel tijdsverloop tussen de geobjectiveerde bekendheid met het gebrek en het uiten van de klacht niet voldoende is voor een geslaagd beroep op art. 6:89 BW. Groot gewicht komt toe aan het antwoord op de vraag of de schuldenaar door het tijdsverloop is benadeeld. Carglass had onweersproken gesteld dat zij ernstig was benadeeld door het lange tijdsverloop omdat Carglass de door [X] gestelde toedracht niet meer kon onderzoeken. Op grond van art. 9 Arbeidsomstandighedenwet is een werkgever verplicht (tegenwoordig op straffe van een boete die kan oplopen tot € 50.000,=) een arbeidsongeval dat tot de dood, ziekenhuisopname en/of blijvend letsel heeft geleid bij de Arbeidsinspectie te melden. [X] is in december 2007 en in januari 2008 aan zijn schouder geopereerd. Vanaf 24 januari 2008 is [X] door Carglass bij haar ARBO-dienst ziek gemeld. Daarna heeft [X] in de eerste helft van 2008 nog enige tijd slechts op arbeidstherapeutische basis gewerkt. Afgaande op deze gegevens uit het vonnis waarvan Carglass begin 2008 op de hoogte was, lijkt mij dat zij gehouden was het door [X] gestelde ongeval te melden bij de Arbeidsinspectie. De Arbeidsinspectie stelt een onderzoek in naar het gemelde ongeval waarbij onder meer geprobeerd wordt de toedracht vast te stellen. Als Carglass het ongeval in januari 2008, toen [X] was uitgevallen voor zijn eigen werkzaamheden, had gemeld bij de Arbeidsinspectie, was de toedracht waarschijnlijk duidelijk geworden. Kortom, tegen het verweer van Carglass dat zij door het tijdsverloop in een ernstig nadeliger positie is komen te verkeren, was naar mijn mening wel wat aan te voeren. De Hoge Raad heeft tenslotte in de 8 februari-arresten uitdrukkelijk overwogen dat de feitenrechter een belangenafweging moet maken. Hij dient rekening te houden met het ingrijpende rechtsgevolg voor de schuldeiser bij een geslaagd beroep op art. 6:89 BW, te weten verval van al zijn rechten ter zake de tekortkoming. Het vonnis geeft niet ervan blijk dat de kantonrechter dit belang van [X] heeft afgewogen tegen de benadeling van Carglass in haar bewijspositie.

7. Ik heb alleen kennis genomen van het partijdebat zoals dat volgt uit het vonnis van de kantonrechter. Wat werkelijk door [X] en Carglass naar voren is gebracht weet ik dus niet. Uit de weergave door de kantonrechter in het vonnis van het partijdebat, komt het oordeel dat [X] niet heeft voldaan aan zijn onderzoeks- en klachtplicht mij onbegrijpelijk voor.

L.C. Dufour
WIJ Advocaten

Varia

115

Rechtbank Den Haag
10 april 2013, nr. 426942/HA ZA 12-1090,
ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ7901
(mr. Veneman)
Noot mr. S.M. Bordewijk

Risicoaansprakelijkheid voor roerende zaken. Brandschade. Vertegenwoordigingsbevoegdheid VvE.

[BW art. 3:3, 3:4, 3:189, 5:106 lid 5, 5:112, 5:126, 6:173]

Benadeelde vormt samen met zijn onderbuurman een Vereniging van Eigenaars. Het appartement van de onderbuurman is verhuurd aan een shoarmarestaurant. Door brand ontstaan in de frituurinstallatie van de huurder, is mede schade ontstaan aan de door benadeelde op zijn appartement aangebrachte dakopbouw. Volgens benadeelde dient de huurder deze schade te vergoeden, omdat op hem als bezitter van de gebrekkige roerende frituurinstallatie een risicoaansprakelijkheid rust. De rechtbank verwerpt het verweer dat de schade is geleden door de Vereniging van Eigenaars als eigenaar van de opstal en dat deze ook als enige bevoegd is om de schade te verhalen. De Vereniging van Eigenaars is niet de eigenaar van de (gezamenlijke) appartementsrechten en dus ook niet van de opstal. Ook is geen sprake van een exclusieve bevoegdheid om de gezamenlijke eigenaars in rechte te vertegenwoordigen. Tenzij

daarover in een reglement anders is bepaald, komt deze bevoegdheid ook toe aan de afzonderlijke eigenaar(s) zelf.

De rechtbank oordeelt vervolgens dat de huurder aansprakelijk is voor de brandschade, omdat de frituurinstallatie als roerende zaak met een niet-functionerende thermostaat, niet aan de eisen voldeed die men daaraan in de gegeven omstandigheden mocht stellen en daarmee een bijzonder gevaar opleverde. Het beroep op de tenzij-clausule van art. 6:173 BW wordt verworpen, omdat zelfs indien juist zou zijn dat het gebrek vrijwel gelijktijdig met de brand was ontstaan, daarmee nog niet gegeven is dat van aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad geen sprake is. Ook heeft benadeelde niet onrechtmatig gehandeld door geen opstalverzekering voor de opbouw af te sluiten, omdat geen wettelijke verplichting tot het afsluiten van een dergelijke verzekering bestaat. De hoogte van de schade moet nog worden vastgesteld. Daartoe zal de rechtbank een deskundige benoemen. Deze deskundige moet zich tevens uitlaten over de vraag in hoeverre de brandschade zou zijn beperkt indien de opbouw was geplaatst conform de voorschriften van het Bouwbesluit.

1. [A], en
2. [B], beiden te [woonplaats],
eisers in conventie,
verweerders in voorwaardelijke reconventie,
advocaat: mr. R.K. van der Brugge te Den Haag,
tegen
[C] te [woonplaats],
gedaagde in conventie,
eiseres in voorwaardelijke reconventie,
advocaat: mr. F. van Schaik te Berkel en Rodenrijs.

1. *De procedure*
(...; red.)

2. *De feiten*

2.1. [A] c.s. zijn eigenaars van het appartementsrecht op de eerste etage aan de [adres 1] te [woonplaats]. De heer [D] (hierna: [D]) is eigenaar van het appartementsrecht op de begane grond aan de [adres 2] te [woonplaats]. [A] c.s. en [D] vormen samen de Vereniging van Eigenaren (hierna: VvE) waarin [D] het enige bestuurslid is.
2.2. [C] huurt het appartement van [D] en exploiteert daarin een shoarmarestaurant onder de naam "Shoarma Hassebas".