

**JA 2017/11, Rechtbank Midden-Nederland, 13-07-2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3838, C/16/408803 / HAZA 16-90 LH/1040 (annotatie)**

<b>Instantie:</b> Rechtbank Midden-Nederland zp Utrecht
<b>Datum uitspraak:</b> 13-07-2016
<b>Publicatie:</b> JA 2017/11 (Sdu Jurisprudentie Aansprakelijkheid), aflevering 1, 2017
<b>Annotator:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• mr. L. Boersma</li> </ul>
<b>ECLI:</b> <a href="#">ECLI:NL:RBMNE:2016:3838</a>
<b>Zaaknummer:</b> C/16/408803 / HAZA 16-90 LH/1040
<b>Overige publicaties:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <a href="#">ECLI:NL:RBMNE:2016:3838</a></li> <li>• AR 2016/2075</li> <li>• AR 2017/785</li> <li>• AR 2017/786</li> <li>• AR-Updates.nl 2016-0796</li> <li>• PS-Updates.nl 2016-0316</li> </ul>
<b>Rechtsgebied:</b> Onrechtmatige daad en andere verbintenissen uit wet
<b>Rubriek:</b> Werkgeversaansprakelijkheid
<b>Rechters:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• mr. Krepel</li> </ul>
<b>Partijen:</b> [Eiser] te [woonplaats], verder ook te noemen [eiser], eisende partij, advocaat: mr. R.F. Ruers, tegen de naamloze vennootschap ASR Schadeverzekering NV te Utrecht, verder ook te noemen ASR, gedaagde partij, advocaat: mr. H. van Katwijk.
<b>Regelgeving:</b> <ul style="list-style-type: none"> <li>• <a href="#">BW Boek 6 - 163</a></li> <li>• <a href="#">BW Boek 7 - 658</a></li> </ul>

### Inhoudsindicatie

Werkgeversaansprakelijkheid, Zorgplicht, Relativiteit

### Ga direct naar

- [Samenvatting](#)
- [Uitspraak](#)
- [Beslissing/besluit](#)
- [Noot](#)

### Samenvatting

Een directeur-enig aandeelhouder van een loodgietersbedrijf wordt tijdens zijn werkzaamheden blootgesteld aan asbeststof en loopt daardoor longvlieskanker op. De ontstane schade wenst hij op grond van art. 7:658 BW te verhalen

op (de aansprakelijkheidsverzekeraar van) zijn BV. Hij stelt daartoe dat de BV jegens hem is tekortgeschoten in haar zorgverplichting voor een veilige werkomgeving. De betreffende verzekeraar betwist deze vordering en voert hierbij aan dat de directeur-enig aandeelhouder zelf verantwoordelijk was voor de werkomstandigheden waaronder hij als loodgieter heeft gewerkt. Zodoende kan hij volgens de verzekeraar de BV niet aansprakelijk houden voor schade die door zijn eigen toedoen of nalaten als feitelijk leidinggevende is veroorzaakt. De rechtbank honoreert dit verweer en wijst de vordering af: geoordeeld wordt dat de gelaedeerde directeur-enig aandeelhouder niet onder het beschermingsbereik van art. 7:658 BW valt.

## **Uitspraak**

### **1. Het verloop van de procedure**

(...; red.)

### **2. De feiten**

2.1. [eiser], geboren op [1952], is van 1 juli 1968 tot 5 januari 1977 in dienst geweest van zijn vader, [vader], die sinds 1 juli 1946 een loodgietersbedrijf in de vorm van een eenmanszaak exploiteerde. [eiser] heeft in dienst van zijn vader loodgieterswerkzaamheden verricht, onder meer bestaande uit het installeren, onderhouden en repareren van verwarmingsinstallaties en van sanitaire voorzieningen zoals rioleringen. De werkzaamheden vonden plaats op locatie – in woningen – en in de werkplaats van zijn vader. [eiser] is bij deze werkzaamheden, zoals het schoonborstelen van kachels en CV-ketels en het op maat snijden van asbesthoudende materialen, regelmatig blootgesteld aan asbeststof. Door zijn vader waren geen maatregelen genomen om hem tegen de gevaren van asbestblootstelling te beschermen.

2.2. Op 5 januari 1977 hebben [eiser] en zijn vader de besloten vennootschap [bedrijf] B.V. opgericht. De eenmanszaak die de vader van [eiser] tot dan toe had gedreven, is in de besloten vennootschap ingebracht en voor rekening van de besloten vennootschap voortgezet. [eiser] en zijn vader waren de twee directeurs van de vennootschap en zij hielden beiden de helft van de aandelen.

2.3. In december 1977 is de vader van [eiser] ziek geworden en enige tijd nadien (in 1978) overleden. Vanaf het moment dat zijn vader was uitgevallen, heeft [eiser] de leiding van de onderneming op zich genomen. Na het overlijden van zijn vader heeft [eiser] – van zijn moeder als erfgename – ook de andere helft van de aandelen in [bedrijf] B.V. verworven. Sindsdien is hij directeur en enig aandeelhouder geweest. Bij de vennootschap zijn (nog) vier (andere) werknemers, onder wie de broer van [eiser], in dienst geweest.

2.4. Op enig moment, vermoedelijk in 1982, heeft [bedrijf] B.V. met een rechtsvoorganger van ASR een aansprakelijkheidsverzekering gesloten. Deze verzekering biedt ook dekking bij aansprakelijkheid van de verzekeringnemer (of haar bestuurders en vennoten) voor schade die voortvloeit uit de blootstelling aan asbest die heeft plaatsgevonden vóór het sluiten van de verzekering.

2.5. [eiser] is zich in de loop der tijd, als enig directeur/aandeelhouder van [bedrijf] B.V., steeds meer gaan toeleggen op acquisitie, werkvoorbereiding en administratie – hij was steeds meer op kantoor werkzaam –, maar hij is tot op het laatst ook – zij het in afnemende mate – betrokken gebleven bij de feitelijke uitvoering van het loodgieterswerk. In al die tijd zijn de loodgieterswerkzaamheden verricht onder dezelfde omstandigheden als die waaronder ze tot begin 1977 in het bedrijf van de vader van [eiser] werden verricht, derhalve zonder dat van enige bescherming tegen de gevaren van asbestblootstelling sprake was. [eiser] is bij de uitvoering van loodgieterswerkzaamheden blootgesteld gebleven aan asbeststof, zij het in de loop der jaren in afnemende mate – eind jaren 70 kwamen de eerste CV-ketels waarin geen asbest meer verwerkt was – en vanaf begin jaren 90 nog slechts incidenteel (bij onderhoud of reparatie van oude kachels).

2.6. Eind januari 2012 is bij [eiser] – destijds 59 jaar – de diagnose maligne mesothelioom epitheliaal (longvlieskanker) gesteld. Deze diagnose is nadien door het Nederlands Mesothelioompanel bevestigd. Van de ziekte is de blootstelling aan asbeststof de enige bekende oorzaak. De latentietijd van de ziekte varieert, maar bedraagt gemiddeld ongeveer 40 jaar.

2.7. Op 29 februari 2012 heeft [eiser] zich met een verzoek tot bemiddeling gewend tot het Instituut Asbestslachtoffers (IAS). Op basis van de mededelingen van [eiser] heeft het IAS diens arbeidsverleden in kaart gebracht.

2.8. Op grond van de Regeling Tegemoetkoming asbestslachtoffers (TAS) heeft de Sociale Verzekeringsbank aan [eiser] een (belastingvrij) voorschot van € 18.626,= betaald. Dit voorschot zal worden verrekend met een te ontvangen schadevergoeding.

2.9. Bij brief van 17 maart 2012 heeft [eiser] [bedrijf] B.V. aansprakelijk gesteld voor de door hem als gevolg van zijn ziekte geleden en te lijden schade.

2.10. Op 3 april 2012 heeft het IAS [bedrijf] B.V. om informatie en om een reactie op de aansprakelijkheidstelling gevraagd. De vennootschap heeft zich vervolgens gewend tot ASR, haar aansprakelijkheidsverzekeraar.

2.11. Op 13 november 2012 is [bedrijf] B.V. op eigen verzoek in staat van faillissement verklaard. De curator in het faillissement heeft de arbeidsovereenkomst met [eiser], voor zover daarvan sprake was, opgezegd. Het faillissement is afgewikkeld zonder dat aan [eiser] uit de boedel enige uitkering kon worden gedaan.

2.12. Na de faillietverklaring van [bedrijf] B.V. heeft [eiser] jegens ASR een beroep gedaan op het bepaalde in artikel 7:954 Burgerlijk Wetboek (BW).

2.13. Op 20 februari 2013 heeft ASR zich tegenover het IAS op het standpunt gesteld dat een mogelijke vordering van [eiser] tegen [bedrijf] B.V., voor zover betrekking hebbend op gebeurtenissen die plaats hebben gevonden vóór 3 april 1982 (30 jaar vóór de aansprakelijkheidsstelling van 3 april 2012), op grond van artikel 3:310 lid 2 BW is verjaard. Voor zover de vordering betrekking heeft op gebeurtenissen vanaf 3 april 1982 heeft ASR de aansprakelijkheid van haar verzekerde betwist. Hierop heeft het IAS bij brief van 11 maart 2013 de bemiddeling afgerond. Een minnelijke regeling is daarna tussen partijen niet tot stand gekomen.

2.14. Op 1 oktober 2015 heeft [eiser] ASR gedagvaard.

### **3. De vordering en het daartegen gevoerde verweer**

3.1. [eiser] vordert, na vermeerdering van de eis, dat voor recht wordt verklaard dat ASR jegens [eiser] aansprakelijk en schadelijkt is. Voorts vordert [eiser] dat ASR wordt veroordeeld om aan hem € 70.000,= aan immateriële schade en € 63.362,= aan materiële schade te vergoeden, deze bedragen te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 1 oktober 2015 tot de voldoening. Tevens vordert [eiser] dat ASR wordt veroordeeld aan hem de overige materiële schade te vergoeden, op te maken bij staat, eveneens te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 1 oktober 2015 tot de voldoening. Ten slotte vordert [eiser] dat ASR wordt veroordeeld tot betaling van € 3.308,38 aan buitengerechtelijke kosten, te vermeerderen met rente vanaf 1 oktober 2015 tot de voldoening, een en ander met veroordeling van ASR in de proceskosten.

3.2. [eiser] legt aan zijn vordering ten grondslag dat hij tussen 1968 en 2012 bij de uitoefening van zijn loodgieterswerkzaamheden is blootgesteld aan asbeststof en dat [bedrijf] B.V., als zijn werkgever en als rechtsopvolger van de eenmanszaak van zijn vader, jegens hem als werknemer is tekort geschoten in haar zorgverplichting – thans omschreven in artikel 7:658 BW – door hem niet te beschermen tegen de gezondheidsrisico's die het werken met asbesthoudende materialen meebrengt. Gezien de gezichtspunten die de Hoge Raad in het arrest van 28 april 2000 NJ 2000, 430 ([naam]/De Schelde) heeft geformuleerd, is een beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. Nu hij de schadeveroorzakende werkzaamheden op basis van een arbeidsovereenkomst met zijn besloten vennootschap heeft verricht, staat de omstandigheid dat hij directeur/aandeelhouder was niet aan de aansprakelijkheid van [bedrijf] B.V. ingevolge artikel 7:658 BW in de weg. Op grond van artikel 7:954 BW is ASR dan ook gehouden de door haar aan [bedrijf] B.V. ingevolge de aansprakelijkheidsverzekeraar verschuldigde uitkering rechtstreeks aan hem, [eiser], te betalen.

3.3. ASR beroept zich op verjaring, voor zover de vordering van [eiser] betrekking heeft op gebeurtenissen die de schade hebben veroorzaakt en vóór 3 april 1982 hebben plaatsgevonden.

3.4. ASR betwist de vordering voor het overige, omdat [eiser] als directeur/aandeelhouder van [bedrijf] B.V. zelf verantwoordelijk was voor de werkomstandigheden waaronder hij als loodgieter heeft gewerkt. Zo [eiser] al in dienst van de vennootschap is geweest – dit wordt betwist – kan hij zijn besloten vennootschap op grond van artikel 7:658 BW niet aansprakelijk houden voor de schade die hij als werknemer heeft geleden, maar die door zijn eigen toedoen of nalaten als feitelijk leidinggevende is veroorzaakt.

#### **4. De beoordeling van het geschil**

4.1. Bij de beoordeling van het geschil zal de kantonrechter er veronderstellenderwijs vanuit gaan dat [eiser] zijn werkzaamheden als loodgieter steeds op basis van een arbeidsovereenkomst heeft verricht, óók in de tijd dat hij directeur/aandeelhouder van [bedrijf] B.V. was. In het kader van zijn beroep op artikel 7:954 BW heeft [eiser] de aansprakelijkheid van deze besloten vennootschap gebaseerd op het bepaalde in artikel 7:658 BW. Hij heeft alleen dan een vordering op ASR, indien de verzekeringnemer jegens hem ingevolge artikel 7:658 BW aansprakelijk is.

4.2. Gezien het beroep dat ASR op verjaring heeft gedaan, valt de periode (van medio 1968 tot begin 2012) dat – naar ASR niet heeft weersproken – [eiser] bij de uitoefening van zijn werkzaamheden als loodgieter, eerst in dienst van zijn vader en vanaf 5 januari 1977 als directeur/aandeelhouder van [bedrijf] B.V., aan asbeststof is blootgesteld uiteen in de periode tot 3 april 1982 en de periode vanaf deze datum. Tussen partijen is niet in geschil dat de ziekte van [eiser] door de inademing van een enkel asbestkristal kan zijn veroorzaakt, dat niet kan worden vastgesteld wanneer dit voorval zich heeft voorgedaan, en dat het in de loop van de gehele periode van asbestblootstelling kan hebben plaatsgevonden. Bij de beoordeling van het geschil moet er daarom rekening mee worden gehouden dat de schadeveroorzakende gebeurtenis zich vóór en na 3 april 1982 kan hebben voorgedaan. [eiser] heeft erkend dat ASR zich jegens hem kan beroepen op dezelfde verweermiddelen die haar verzekerde, [bedrijf] B.V., ten dienste zouden hebben gestaan ingeval [eiser] haar zou hebben aangesproken.

4.3. Of in gevallen als de onderhavige toepassing van de verjaringstermijn van dertig jaar na de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, zal met inachtneming van alle omstandigheden van het concrete geval moeten worden beoordeeld (vgl. HR 28 april 2000 NJ 2000, 430). De volgende gezichtspunten zijn in die beoordeling te betrekken:

a. of het gaat om vergoeding van vermogensschade dan wel van nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, en – mede in verband daarmee – of de gevorderde schadevergoeding ten goede komt aan het slachtoffer zelf, diens nabestaanden dan wel een derde;

b. in hoeverre voor het slachtoffer respectievelijk zijn nabestaanden ter zake van de schade een aanspraak op een uitkering uit anderen hoofde bestaat;

c. de mate waarin de gebeurtenis de aangesprokene kan worden verweten;

d. in hoeverre de aangesprokene reeds vóór het verstrijken van de verjaringstermijn rekening heeft gehouden of had behoren te houden met de mogelijkheid dat hij voor de schade aansprakelijk zou zijn;

e. of de aangesprokene naar redelijkheid nog de mogelijkheid heeft zich tegen de vordering te verweren;

f. of de aansprakelijkheid (nog) door verzekering is gedekt;

g. of na het aan het licht komen van de schade binnen redelijke termijn een aansprakelijkstelling heeft plaatsgevonden en een vordering tot schadevergoeding is ingesteld.

4.4. De kantonrechter zal eerst ingaan op het gezichtspunt g, omdat dit gezichtspunt – in verhouding tot de andere gezichtspunten – de preliminaire vraag stelt naar de voortvarendheid waarmee, na het bekend worden van de ziekte, jegens de aansprakelijke partij is opgetreden. Bij dit gezichtspunt stelt de kantonrechter voorop dat de vraag binnen welke redelijke termijn, vanaf de diagnose van de ziekte mesothelioom die een asbestslachtoffer en zijn omgeving hard treft, het stellen van aansprakelijkheid én het aanhangig maken van de rechtsvordering dient plaats te vinden, moet

worden beantwoord met inachtneming van de relevante omstandigheden van het geval. Die redelijke termijn nam een aanvang toen in januari 2012 bij [eiser] de diagnose mesothelioom werd gesteld. [eiser] heeft onverwijld de bemiddeling van het IAS ingeroepen en heeft spoedig daarna – op 17 maart 2012 – [bedrijf] B.V. aansprakelijk gesteld. Daarmee was evenwel gezichtspunt g niet uitgewerkt, omdat ook daarna voortvarendheid diende te worden betracht bij het instellen van de rechtsvordering. De tijd die gemoeid was met de bemiddeling door het IAS, die liep tot en met 11 maart 2013, zal de kantonrechter hierbij buiten beschouwing laten. De vraag is daarmee of de periode van 11 maart 2013 tot (de dagvaarding van) 1 oktober 2015 als een redelijke termijn in de zin van gezichtspunt g moet worden aangemerkt. De kantonrechter beantwoordt deze vraag ontkennend. Ongeacht de verdere omstandigheden van het geval had [eiser] niet ruim twee en een half jaar de tijd mogen nemen om de rechtsvordering in te stellen. Gezien de bij de toepassing van de 30-jarige verjaringstermijn in aanmerking te nemen belangen van rechtszekerheid en billijkheid jegens de wederpartij (voor wie in dit geval ASR in de plaats is getreden) en de terughoudendheid waartoe deze belangen bij doorbreking van die termijn nopen, diende hij de van hem redelijkerwijs te vergen voortvarendheid te betrachten. Dit is nagelaten doordat tot 1 oktober 2015 is gewacht met dagvaarden. De tijd die gemoeid is geweest met het doen opstellen van een schadeberekening vormt geen rechtvaardiging voor het tijdsverloop, nu het voor het instellen van de rechtsvordering niet nodig was dat het (materiële) schadebedrag al was onderbouwd. Voor het overige heeft [eiser] geen feiten of omstandigheden gesteld die het tijdsverloop kunnen rechtvaardigen.

4.5. Ook de samenhangende gezichtspunten c, d en e wijzen niet in de richting van doorbreking van de verjaringstermijn. Bij de beoordeling van de mate waarin de vader van [eiser] kan worden verweten dat hij zijn zoon, als werknemer, bij de uitoefening van zijn werk van medio 1968 tot begin 1977 niet heeft beschermd tegen de inademing van asbeststof (gezichtspunt c) stelt de kantonrechter voorop dat artikel 7:658 BW (net als de voorganger hiervan, artikel 1638x BW) niet beoogt een absolute waarborg te scheppen voor bescherming tegen het gevaar waaraan een werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden blootstaat. Deze wetsbepaling beoogt slechts de werknemer in zoverre tegen dit gevaar te beschermen als redelijkerwijs, in verband met de arbeid, van de werkgever gevergd kan worden. Het artikel vestigt voor de werkgever een schuldaansprakelijkheid. Dit brengt met zich mee dat de vraag of een werkgever in strijd met de op hem rustende zorgverplichting heeft gehandeld, moet worden beoordeeld naar de in de periode waarin de werknemer aan het betreffende gevaar is blootgesteld geldende normen en de indertijd geldende maatschappelijke opvattingen. Van de werkgever kan redelijkerwijs niet worden verwacht dat hij veiligheidsvoorzieningen of beschermende maatregelen treft in verband met gevaren die hem destijds niet bekend waren en redelijkerwijs ook niet bekend hoefden te zijn. Het is afhankelijk van de omstandigheden van het geval en van de toentertijd bestaande kennis en inzichten, welke maatregelen mochten worden verlangd. In dat verband zijn mede van belang de mate van zekerheid dat het werken met asbest gezondheidsrisico's meebracht en de aard en ernst van die risico's (vgl. HR 17 februari 2006 NJ 2007, 285 inzake Van Buuren/[naam]).

4.6. Eerst de publicatie van het proefschrift van dr. Stumphius in 1969 heeft er in bredere kring de aandacht op gevestigd dat het werken met asbest niet alleen – bij langdurige en intensieve blootstelling – asbestose en longkanker kan veroorzaken, maar dat inademing van asbeststof ook tot mesothelioom kan leiden, en dat voor die ziekte geen veilige drempelwaarde bekend was. Na de publicatie van dit proefschrift duurde het nog geruime tijd voordat de overheid nadere regels stelde. Voorstelbaar is dat hierdoor in de maatschappelijke kring waartoe de vader van [eiser] moet worden gerekend, te weten de kleine, niet tot de gespecialiseerde asbestproducerende en -verwerkende industrie behorende bedrijven van wie geen uitgebreid zelfstandig wetenschappelijk onderzoek naar de gevaren van asbest mocht worden gevergd, nog lang de indruk heeft bestaan dat het met het gevaar van het werken met asbest wel meeviel en dat voor persoonlijke bescherming geen aanleiding bestond, zolang langdurige en intensieve blootstelling maar werden vermeden. Niet gesteld of gebleken is dat bij het loodgieterswerk dat [eiser] in dienst van zijn vader heeft verricht sprake is geweest van een langdurige en intensieve asbestblootstelling. Aangenomen mag dan ook worden dat deze blootstelling niet hoger was dan die welke destijds elders in vergelijkbare loodgietersbedrijven gewoon was. Zo derhalve over de periode tot begin 1977 rechtens al sprake was van een tekortschieten in de zorgplicht van de vader van [eiser], is dit verwijt beperkt. Hieruit volgt dat de vader van [eiser] en zijn rechtsopvolger, [bedrijf] B.V., geen rekening hebben hoeven houden met de mogelijkheid om voor asbestschade, ontstaan in de periode tot begin 1977, aansprakelijk gesteld te worden. Hierdoor is ook de mogelijkheid zich tegen een dergelijke vordering te verweren beperkt.

4.7. Ook na begin 1977 is [eiser], eerst als mededirecteur van en houder van de helft van de aandelen van [bedrijf] B.V. en korte tijd later als enige directeur/aandeelhouder, bij zijn werk – onbeschermd – in aanraking blijven komen

met asbeststof en kan hij dan ook zijn ziekte hebben opgedaan. In de loop der jaren (van 1977 tot 2012) moet de kennis omtrent de gevaren van het werken met asbest ook tot kleine loodgietersbedrijven als die van [eiser] zijn doorgedrongen en moet men met de mogelijkheid van aansprakelijkstelling voor asbestschade rekening zijn gaan houden. Ter zitting heeft [eiser] verklaard dat hij zich niet herinnert wat hem in de loop der tijd daarover aan berichten heeft bereikt, maar op enig moment heeft hij behoren te weten dat de werknemers van zijn vennootschap tegen die gevaren dienden te worden beschermd. Bij de weging van de gezichtspunten c, d en e neemt de kantonrechter in aanmerking dat [eiser] vanaf begin 1977 zowel degene was die het beleid van de onderneming bepaalde, als werknemer van [bedrijf] B.V. was. Zo al zou moeten worden geconcludeerd dat ook al vóór april 1982 de vennootschap het verwijt treft in haar zorgplicht jegens haar personeel te zijn tekortgeschoten, leidt de omstandigheid dat de kwaliteiten van werknemer en van (beleidsbepaler van) werkgever in de persoon van [eiser] samenvielen ertoe dat de genoemde gezichtspunten bezwaarlijk in zijn voordeel kunnen werken.

4.8. Tegen deze achtergrond leggen bij de beoordeling van het verjaringsberoep over de periode van juli 1968 tot april 1982 de wél ten gunste van [eiser] werkende gezichtspunten a, b en f onvoldoende gewicht in de schaal. Dit leidt ertoe dat het beroep op verjaring slaagt en de mogelijke asbestbesmetting in de periode tot 3 april 1982 niet kan leiden tot een honorering van het beroep dat [eiser] jegens ASR heeft gedaan op artikel 7:954 BW.

4.9. Hiermee is voor de vordering van [eiser] het doek nog niet gevallen. Ook vanaf begin april 1982 is hij immers, als (enig) directeur en aandeelhouder van [bedrijf] B.V., onbeschermd met asbesthoudende materialen blijven werken. Ook in de periode waarover de verjaring zich niet uitstrekt, kan daarom de inademing van het fatale asbestkristal hebben plaatsgevonden. Vast staat dat beschermende maatregelen achterwege zijn gebleven, ook nadat bekend had behoren te zijn dat het werken met asbest gevaarlijk is voor de gezondheid. [bedrijf] B.V. heeft dan ook in zoverre haar zorgplicht om haar werknemers tegen deze gevaren te beschermen geschonden. Partijen twisten over de vraag welke betekenis bij de toepassing van artikel 7:658 BW toekomt aan de omstandigheid dat [eiser] in deze periode de enige directeur/aandeelhouder van de vennootschap was. De kantonrechter overweegt hieromtrent het volgende.

4.10. Zoals hierboven, onder 4.5., is overwogen roept artikel 7:658 BW een schuldaansprakelijkheid van de werkgever jegens zijn werknemers in het leven. De achtergrond van deze aansprakelijkheid is dat het de werkgever is die de zeggenschap over de arbeidsomstandigheden heeft en van de opbrengsten van de arbeid profijt trekt. Daarbij past dat de werknemer, die voor zijn levensonderhoud van werk in loondienst afhankelijk is, wordt beschermd tegen de gevaren die aan het werk zijn verbonden. De zorgplicht van de werkgever brengt mee dat hij de werkomgeving inricht en de werktuigen en gereedschappen waarmee hij zijn personeel laat werken onderhoudt, en wel zodanig dat de werknemers zover tegen gevaar worden beschermd als redelijkerwijs van de werkgever kan worden gevergd. Ook dient de werkgever de werknemers deugdelijk over dat gevaar te instrueren en erop toe te zien dat zij de aangewezen beschermingsmaatregelen in acht nemen. Aldus is de schuldaansprakelijkheid ingevolge artikel 7:658 BW gegrond op – enerzijds – de zeggenschap die de werkgever over het werk en de werkomstandigheden heeft en – anderzijds – op de ondergeschiktheid en afhankelijkheid van de werknemer. Deze aansprakelijkheid laat zich moeilijk denken in een geval als het onderhavige dat erdoor wordt gekenmerkt dat de gelaedeerde werknemer, die tevens de hoedanigheid van feitelijk leidinggevende heeft en de hoogste beleidsbepaler van de werkgever was, zijn werkgever aansprakelijk houdt voor schade die hij heeft geleden doordat niet de redelijkerwijs van deze te vergen veiligheidsmaatregelen zijn getroffen. Waar ook in de prototypische arbeidsverhouding, waarin de werknemer zich heeft te richten naar de instructies die de leiding van de onderneming hem geeft, algemeen wordt aangenomen dat de werkgever geen verwijt kan worden gemaakt indien de – ervaren en geïnstrueerde – werknemer er welbewust voor kiest om geen gebruik te maken van door de werkgever ter beschikking gestelde veiligheidsvoorzieningen, klemt zulks temeer in de situatie van [eiser], die zelf in zijn kwaliteit van beleidsbepaler de werkomstandigheden bepaalde en daarop moest toezien. Anders dan in een dergelijke ondergeschiktheidsrelatie ligt het in het onderhavige geval niet in de rede om rekening te houden met het ervaringsfeit dat het dagelijks werken in een gevaarlijke werkomgeving gemakkelijk met zich mee kan brengen dat niet alle voorzichtigheid in acht wordt genomen die ter voorkoming van schade geraden is. [eiser] is in de periode vanaf april 1982 allengs meer kantoorwerk gaan doen en stond derhalve als directeur regelmatig op de nodige afstand van de feitelijke uitvoering van het loodgieterswerk. Bedoeld ervaringsfeit kan hij, als werknemer/loodgieter, daarom niet aan zichzelf, als directeur/aandeelhouder, tegenwerpen. Hierbij neemt de kantonrechter in aanmerking dat [eiser] er als enig aandeelhouder van [bedrijf] B.V. direct baat bij had dat het aangenomen werk zo goedkoop mogelijk werd verricht en de maatregelen die hadden moeten zijn getroffen om veilig met asbesthoudende materialen te kunnen werken op het bedrijfsresultaat en daarmee op de aan hemzelf toekomende winst zouden hebben gedrukt. Gelet op

deze omstandigheden zou het bovendien in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid die een directeur/grotaandeelhouder jegens de vennootschap in acht dient te nemen, dat [eiser] zijn vennootschap aansprakelijk houdt voor schade die hij lijdt doordat hijzelf zijn taak als bestuurder niet naar behoren heeft uitgevoerd. Nu [eiser] daarom geen vordering op zijn vennootschap heeft, is ASR als verzekeraar van die vennootschap niet tot vergoeding van deze schade gehouden.

4.11. Op het voorgaande stuit de vordering van [eiser] af. Hij wordt, als de in het ongelijk gestelde partij, veroordeeld in de proceskosten aan de zijde van ASR. Deze worden tot aan dit vonnis begroot op € 6.034,50, bestaande uit € 3.903,= aan vast recht en € 2.131,50 aan salaris advocaat. Op vordering van ASR worden de nakosten toegewezen, zoals hierna omschreven.

## **5. De beslissing**

De rechtbank:

wijst de vordering af;

veroordeelt [eiser] tot betaling van de proceskosten aan de zijde van ASR, tot de uitspraak van dit vonnis begroot op € 6.034,50, waarin begrepen € 2.131,50 aan salaris advocaat;

*veroordeelt [eiser], onder de voorwaarde dat hij niet binnen 14 dagen na aanschrijving door ASR aan dit vonnis voldoet, in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 131,= aan salaris advocaat, vermeerderd met de wettelijke rente met ingang van de vijftiende dag na aanschrijving tot de voldoening, en vermeerderd met € 68,= aan salaris advocaat indien betekening van het vonnis heeft plaatsgevonden, vermeerderd met de wettelijke rente hierover met ingang van de vijftiende dag na betekening tot de voldoening;*

verklaart deze kostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

## **Noot**

### **1. Inleiding**

In de onderhavige zaak loopt een directeur-enig aandeelhouder van een loodgietersbedrijf longvlieskanker op in de uitoefening van zijn werkzaamheden. De ontstane schade wenst hij op grond van art. 7:658 BW te verhalen op (de aansprakelijkheidsverzekeraar van) zijn eigen BV. Daartoe wordt gesteld dat hij zonder enige bescherming met asbeststof heeft moeten werken. In deze annotatie wens ik één aspect uit de voornoemde zaak te lichten: de betekenis die bij de toepassing van art. 7:658 BW toekomt aan de omstandigheid dat de gelaedeerde de hoedanigheid heeft van directeur-enig aandeelhouder (hierna: de directeur).<sup>1</sup>

De directeur legt aan zijn vordering op grond van art. 7:658 BW ten grondslag dat de BV, als zijn werkgever, jegens hem als werknemer tekort is geschoten in haar zorgplicht. ASR, de betreffende aansprakelijkheidsverzekeraar, wijst deze vordering van de hand. Zij stelt hiertoe dat de directeur zelf verantwoordelijk was voor de schadelijke omstandigheden waaronder hij als loodgieter zijn werkzaamheden heeft uitgevoerd. De rechtbank wijst de vordering af: overwogen wordt dat de directeur de vennootschap een normschending verwijt, terwijl hijzelf zich ook niet naar die norm heeft gedragen. De directeur was als (hoogste) beleidsbepaler immers zelf belast met de zorg voor de veiligheid binnen het bedrijf. Hiermee staat het afwijzende oordeel van de rechtbank in de sleutel van de relativiteit. In het navolgende wordt deze uitspraak in breder perspectief geplaatst. Daartoe allereerst aandacht voor een enigszins vergelijkbare zaak die heeft gediend bij het Hof Arnhem Leeuwarden (par. 2). Vervolgens wordt in het licht van dat arrest de onderhavige kwestie nader beschouwd (par. 3). Afgerond wordt met een conclusie (par. 4).

### **2. Wat vooraf ging: art. 6:173 BW als grondslag voor aansprakelijkheid van de BV**

De onderhavige kwestie met als grondslag art. 7:658 BW lijkt geïnspireerd te zijn op de zaak Hof Arnhem Leeuwarden 6 augustus 2013, [«JA» 2013/157](#). Het arrest ziet op een enig aandeelhouder en enig bestuurder van een BV (hierna:

de bestuurder), die eveneens schade leed in de uitoefening van zijn werkzaamheden. Dit keer betrof het een heftruck die spontaan begon te rijden waardoor de bestuurder bekneld raakte. Hierdoor werd hem ernstige letselschade toegebracht. De bestuurder baseerde zijn vordering jegens de BV op art. 6:173 (jo. 6:181) BW. De BV had als bezitter en bedrijfsmatige gebruiker van de heftruck te gelden. De heftruck viel onder een werkmaterieelverzekering die de BV bij De Goudse had afgesloten. Het hof oordeelde allereerst dat de heftruck gebrekkig was in de zin van art. 6:173 BW, alsmede dat de in deze bepaling opgenomen tenzij-clausule niet opging. Vervolgens spitste de discussie zich toe op de vraag of de bestuurder wel viel onder het beschermingsbereik van art. 6:173 jo. 6:181 BW. Het hof oordeelde dat deze artikelen ook strekken ter bescherming van de bestuurder, omdat hijzelf niet als bezitter van de heftruck kon worden aangemerkt en evenmin als bedrijfsmatige gebruiker. In beide gevallen was dat volgens het hof namelijk de BV. De zeggenschap van de bestuurder binnen de BV en het indirecte profijt dat hij bij de bedrijfsuitoefening van de BV had, maakten dit volgens het hof niet anders. Omdat volgens het hof van eigen schuld in de zin van art. 6:101 BW geen sprake was (bijvoorbeeld wegens achterstallig onderhoud), kwam de bestuurder een volledige schadevergoeding toe.

### 3. Het onderhavige vonnis nader beschouwd: verschillende grondslag, verschillende uitkomst(?)

In de zaak van het Hof Arnhem-Leeuwarden slaagde de vordering jegens de BV op grond van art. 6:173 jo. 6:181 BW dus wel. In de onderhavige kwestie, waarin de vordering jegens de BV gebaseerd was op art. 7:658 BW, werd de vordering afgewezen. Wat is een verklaring voor dit verschil in uitkomst, en valt dit verschil te rechtvaardigen?

Van belang is dat art. 7:658 BW een schuldaansprakelijkheid van de werkgever jegens de werknemer betreft. Deze aansprakelijkheid is gegrond op enerzijds de ondergeschiktheid en afhankelijkheid van de werknemer en anderzijds op de zeggenschap die de werkgever over het werk en de werkomstandigheden heeft.<sup>2</sup> Tevens schuilt achter deze aansprakelijkheid het zogeheten profijtbeginsel. Het gaat al met al om een strenge zorgplicht van de werkgever voor veilige werkomstandigheden.<sup>3</sup> Nu in de onderhavige "asbest-zaak" vaststond dat de gelaedeerde directeur degene was binnen het bedrijf die was belast met de naleving van deze zorgplicht, liep hij bij zijn vordering op grond van art. 7:658 BW aan tegen het obstakel van relativiteit. Van belang is HR 23 februari 2007, *NJ* 2008, 492 (*Io Vivat*), waarin een mede-organisator van een zeilvereniging ernstige brandwonden opliep nadat hij trachtte de stilgevalen motor van een boot te repareren. Daarop sprak hij de vereniging ex art. 6:162 BW aan tot vergoeding van zijn schade.<sup>4</sup> Aan het afwijzende oordeel van de Hoge Raad lag een "pot verwijt de ketel"-argument ten grondslag. De mede-organisator had als commissielid namelijk zelf niet gedaan wat hij de vereniging verweet te hebben nagelaten: het houden van voldoende toezicht tijdens de vaartocht. Daarmee was het oordeel van de Hoge Raad gebaseerd op het ontbreken van relativiteit. Het slachtoffer kon zich niet op de zijns inziens door de vereniging geschonden norm van deugdelijk toezicht beroepen, omdat deze norm niet strekt tot bescherming van degene die zich daar zelf niet naar heeft gedragen.<sup>5</sup> De asbest-zaak staat weliswaar niet in de sleutel van een zorgplicht in de zin van art. 6:162 BW, maar draait om de zorgplicht ex art. 7:658 BW. Toch is het gelet op het *Io Vivat*-arrest moeilijk voorstelbaar dat de directeur zijn BV een schending van de zorgplicht ex 7:658 BW kan verwijten, terwijl hij zelf als feitelijk leidinggevende en hoogste beleidsbepaler ter zake heeft te gelden en daarin is tekortgeschoten.<sup>6</sup> Kortere gezegd: hij kan de BV niet verwijten wat hij zelf heeft nagelaten. Opvallend is dat de rechtbank haar afwijzende oordeel over de "in pari delicto" verkerende directeur niet expliciet in de sleutel van de relativiteit ex art. 6:163 BW heeft geplaatst: zij overweegt dat het "strijdigheid met de redelijkheid en billijkheid zou opleveren indien de directeur de BV succesvol aansprakelijk houdt voor schade die hij lijdt doordat hijzelf zijn taak als bestuurder niet naar behoren heeft uitgevoerd". Ondanks dat de onderhavige kwestie een contractuele relatie betreft en aldus art. 6:163 BW strikt genomen niet geldt, zou een verwijzing naar het *Io Vivat*-arrest mijns inziens niet hebben misstaan.

Overigens meent de rechtbank ook om andere redenen dat de bestuurder in dit geval niet de bescherming van art. 7:658 BW kan invoeren. De rechtbank beziet hierbij nauwgezet de materiële voorwaarden voor aansprakelijkheid op grond van deze bepaling. Zo is in haar ogen van een "echte" ondergeschiktheidsrelatie geen sprake: de rechtbank spreekt van het ontbreken van een "prototypische arbeidsverhouding" tussen de directeur en de BV. Ook wijst de rechtbank erop dat in het algemeen geen aansprakelijkheid op grond van art. 7:658 BW wordt aangenomen, wanneer een "echte" werknemer er welbewust voor kiest geen gebruik te maken van door de werkgever ter beschikking gestelde veiligheidsvoorzieningen. Wanneer het zoals in de onderhavige zaak dan gaat om de hoogste beleidsbepaler inzake de werkomstandigheden, klemt dit volgens de rechtbank temeer. Tot slot neemt zij in aanmerking dat de bestuurder niet de bescherming van het profijtbeginsel toekomt: hij had als werknemer zelf "direct baat" bij het zo goedkoop mogelijk verrichten van het aangenomen werk, hetgeen mede werd bewerkstelligd door veiligheidsmaatregelen inzake het



werken met asbest achterwege te laten.

Interessant is de vraag waarom de vordering van de bestuurder tegen de eigen BV in de voornoemde zaak van het Hof Arnhem-Leeuwarden wél slaagde. Het verschil in uitkomst valt mijns inziens te verklaren doordat het in de laatstgenoemde zaak niet ging om een schuldaansprakelijkheid zoals op grond van art. 6:162 of 7:658 BW, maar om de risicoaansprakelijkheid van art. 6:173 BW voor gebrekkige roerende zaken. De eerste twee bepalingen koppelen aansprakelijkheid aan een zorgplichtschending en de laatste aan de gebrekkigheid van de betreffende zaak. Wel leren het Wilnis-<sup>7</sup> en Paalrot-arrest,<sup>8</sup> alsook het meer recente Stroomkabels-arrest,<sup>9</sup> dat bij de beoordeling of een zaak (in de zin van art. 6:173 of 6:174 BW) aan de daaraan te stellen eisen voldoet, aan de bezitter te stellen gedrags- en zorgvuldigheidsnormen alsmede de Kelderluik-factoren van belang zijn.<sup>10</sup> Het gebrekkig zijn van een zaak valt aldus doorgaans samen met een schending van de zorgplicht met betrekking tot die zaak.<sup>11</sup> Hiermee kan het “pot verwijt de ketel”-argument uit het Io Vivat arrest dus óók relevant zijn op het terrein van de aansprakelijkheden ex art. 6:173 jo 6:174 BW.<sup>12</sup> Niettemin kon in de heftruck-zaak de bestuurder zijn BV met succes aanspreken ex art. 6:173 BW, omdat de gebrekkigheid van de heftruck *niet* tot zijn eigen (tekortschietend) gedrag viel te herleiden. Vaststond dat het beveiligingssysteem dat moest voorkomen dat de heftruck spontaan kon gaan rijden niet goed functioneerde, terwijl dit niet viel te herleiden tot bijvoorbeeld achterstallig onderhoud door de bestuurder.<sup>13</sup>

In dit verband is vermeldenswaardig dat aansprakelijkheid ex art. 6:173 BW alleen intreedt, indien de zogeheten tenzij-clausule niet opgaat. Deze clausule brengt mee dat aansprakelijkheid op grond van art. 6:173 BW ontbreekt, indien de bezitter, ingeval deze het gevaar op het tijdstip van het ontstaan ervan zou hebben gekend, niet aansprakelijk zou zijn geweest op grond van art. 6:162 BW. In deze “heftruck-zaak” kon geen succesvol beroep op de tenzij-clausule worden gedaan door de BV: uitgaande van de fictie dat de BV bekend was met het gebrek verbonden aan de heftruck, zou het de bestuurder zijn geweest die in het licht van art. 6:162 BW het gebrek had moeten verhelpen dan wel andere maatregelen had moeten treffen. Toch staat dit “nalaten” van de bestuurder zijn vordering niet in de weg, omdat het ging om *fictief* gedrag zijnerzijds.<sup>14</sup> De tenzij-clausule ziet namelijk op een hypothetische situatie van bekendheid met het betreffende gebrek. In de asbest-zaak, waarin de vordering gegrond was op art. 7:658 BW, had de bestuurder daarentegen niet fictief, maar *daadwerkelijk* nagelaten de betreffende zorgplicht na te leven. Aldus had hij werkelijk/feitelijk zelf nagelaten wat hij de BV verweet. In dit laatste geval staat het “pot verwijt de ketel”-argument aansprakelijkheid van de BV dan (wel) in de weg.<sup>15</sup>

Met betrekking tot de heftruck-zaak wijs ik overigens nog op een wezenlijk punt van aandacht. Als gezegd, in deze zaak kon de bestuurder zijn BV met succes aanspreken ex art. 6:173 BW, aangezien de gebrekkigheid van de heftruck niet tot zijn eigen (tekortschietend) gedrag viel te herleiden. Hierbij moet men dan wel erop bedacht zijn dat het gebrek niet al bestond bij het in het verkeer brengen van de zaak. In een dergelijk geval wordt de aansprakelijkheid namelijk gekanaliseerd naar de producent op grond van art. 6:173 lid 2 jo. 6:185 lid 1 sub b BW. Dit betreft een zogeheten exclusieve aansprakelijkheid.<sup>16</sup>

#### 4. Afronding

De directeur-enig aandeelhouder die schade leed wegens blootstelling aan asbest, kon zijn BV (en de achterliggende aansprakelijkheidsverzekeraar) niet succesvol op grond van art. 7:658 BW aanspreken. De enig aandeelhouder en enig bestuurder die schade leed door een gebrekkige heftruck kon op grond van art. 6:173 jo 181 BW zijn BV wél met succes aanspreken. De uitkomsten in deze zaken zijn sterk bepaald door de “pot verwijt de ketel”-gedachte.<sup>17</sup> Hoewel ook het gebreksvereiste vandaag de dag wordt ingevuld door gedrags- en zorgvuldigheidsnormen, kon van de gelaedeerde in de heftruck-zaak toch niet gezegd worden dat hij de BV verweet wat hij zelf had nagelaten. Enerzijds viel de gebrekkigheid van de heftruck niet tot zijn eigen (tekortschietende) gedrag te herleiden, anderzijds was ook niet de regeling van de productenaansprakelijkheid (art. 6:185 BW e.v.) toepasselijk. In de asbest-zaak was de oorsprong van de vordering ex art. 7:658 BW gelegen in het eigen tekortschietend handelen van de gelaedeerde directeur. In mijn ogen kan door de directeur dan terecht geen aanspraak worden gemaakt op de bescherming van art. 7:658 BW, omdat hij zich door zijn eigen gedrag aan die bescherming heeft onttrokken. Interessant is overigens de exacte reikwijdte van deze asbest-zaak. Hierin ging het om een directeur-enig aandeelhouder: de vraag is of deze uitspraak ook betekenis heeft voor andersoortige werknemers die binnen een bedrijf belast zijn met veiligheidsbeleid en/of -taken.

mr. L. Boersma, wetenschappelijk medewerker bij PUNT Letselschade Advocaten

## Voetnoten

1

Zo wordt aan de problematiek van verjaring geen aandacht besteed.

2

Zie hiervoor HR 22 januari 1999, *NJ* 1999, 534 (*Reclassering/S.*).

3

Korthedshalve wordt gewezen naar de “piketpalen” HR 11 november 2011, *NJ* 2011, 597 (*TNT Post*) en 598 (*Rooyse Wissel*).

4

In dit verband kan ook nog worden genoemd HR 31 maart 1995, *NJ* 1997, 592 (*Taams/Boudeling*).

5

Zie de *NJ*-noot van J.B.M. Vranken onder het arrest, sub 5.

6

Vgl. omtrent met name het lo Vivat-arrest in deze zin ook Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-IV 2015/137.

7

HR 17 december 2010, *NJ* 2012, 155 (*Wilnis*).

8

HR 30 november 2012, *NJ* 2012, 689 (*Paalrot*).

9

HR 7 oktober 2016, *RvdW* 2016, 1032 (*Stroomkabels*).

10

HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136 (*Kelderluik*) en HR 28 juni 2013, *NJ* 2013, 366 (*Gevangenis Curaçao*).

11

Zie o.a. T. Hartlief in zijn conclusie voor HR 7 oktober 2016, *RvdW* 2016, 1032 (*Stroomkabels*). Zie voorts F.T. Oldenhuis, ‘Kelderluikfactoren vormen binnen afd. 6.3.2 BW slechts het sluitstuk’, in: *Kritiek op recht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 333-347.

12

Zie overigens HR 8 oktober 2010, *NJ* 2011, 465 (*Hangmat I*), r.o. 4.3.1 en HR 29 januari 2016, *NJ* 2016, 173 (*Hangmat II*), r.o. 3.4.2. Hierin werd geoordeeld dat het in art. 6:163 BW neergelegde relativiteitsvereiste betekenis toekomt op het terrein van respectievelijk art. 6:174 en 6:179 BW. Voor een ‘Hangmat-achtige’ claim op grond van art. 6:173 BW zal dit niet anders zijn.

13

Mede hierom werd door het hof ook het beroep op eigen schuld in de zin van art. 6:101 BW verworpen.

14

Vgl. C.J.M. Klaassen, *Risico-aansprakelijkheid. De afdelingen 6.3.2 en 6.3.3 NBW, alsmede art. 31 Wegenverkeerswet*, diss. Nijmegen 1991, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 104.

15

De zelfstandige betekenis van de tenzij-clausule van art. 6:173 BW staat vandaag de dag overigens onder druk, zie bijv. J.W. Hoekzema, ‘Aansprakelijkheid voor de onbekendheid met het gebrek’, in: *Kwaliteit in het aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: BJu 2016, p. 69-87.

16

J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2015, p. 108-109, 144-145.

17

Zie voor een rol voor deze gedachte ook HR 8 oktober 2010, *NJ* 2011, 465 (*Hangmat I*) en HR 29 januari 2016, *NJ* 2016, 173 (*Hangmat II*). In deze zaken stond centraal de vraag of ook een medebezitter onder het beschermingsbereik van respectievelijk art. 6:174 en 6:179 BW valt.

---