

HOGE RAAD (Burg. Kamer), 5 jan. 1968. (Mrs. de Jong, Wiarda, Dubbink, Loeff en Beekhuis).

F.J. Zentveld, te Amsterdam, eiser tot cassatie van een door het Hof te Amsterdam tussen pp. gewezen arrest van 26 mei 1966, adv. Mr. A. Mout,

tegen:

de vennootschap naar Italiaans recht Assicurazioni Generali, te Rome, verweerster, adv. Mr. C.R.C. Wijckerheld Bisdrom.

De Hoge Raad, enz.;

O. dat uit het bestreden arrest en de gedingstukken blijkt:

dat bij dagvaarding van 10 april 1963 verweerster, Assicurazioni, eiser, Zentveld, heeft gedaagd voor de Rb. te Amsterdam en heeft gevorderd de veroordeling van Zentveld tot de betaling van f 1 604,57; dat Assicurazioni daartoe stelde:

1) dat Zentveld op of omstreeks 4 febr. 1959 van de NV Koninklijke Nederlandse Vliegtuigenfabriek "Fokker" hierna te noemen "Fokker" - opdracht kreeg in de nabijheid van haar terrein bij Schiphol met een kraanwagen een aan "Fokker" in eigendom toebehorende vliegtuigenmiddenvleugel van een in de Ringvaart bij de Fokker-fabrieken liggende dekschuit op te heffen en te plaatsen op een zich daarnaast bevindende transportwagen;

2) dat Zentveld ter plaatse en ten tijde als voormeld ter uitvoering dezer door hem aanvaarde opdracht de vliegtuigvleugel heeft aangeslagen en opgeheven door middel van een hem toebehorende en door hem gebruikte kraanwagen met uitschuifbare hijskraanbalk, welke met een bout was verzekerd;

3) dat, toen de vliegtuigvleugel aldus in de zogenaamde broek hing en zich reeds boven de wal bevond, voornoemde bout plotseling bezweek, waardoor de hijsarm van de kraan naar beneden gleed en de vliegtuigvleugel van een hoogte van ongeveer 1 meter op de daar aanwezige meerpaal en op de grond terecht kwam, bij welke val de vliegtuigvleugel ernstig werd beschadigd;

4) dat de schade aan de vleugel f 119.856 bedroeg;

5) dat Zentveld voor deze schade aansprakelijk is, daar hij in gebreke gebleven is de vliegtuigvleugel onbeschadigd op de transportwagen te plaatsen;

6) dat Assicurazioni subsidiair stelt, dat bij onderzoek is gebleken, dat het breken van voornoemde bout te wijten was aan de zeer slechte kwaliteit van het materiaal, dat namelijk verzwakt was door verontreinigingen en grofkorreligheid;

7) dat Zentveld voor de gebreken van het door hem gebruikte materiaal aansprakelijk is, subsidiair aan de nalatigheid van Zentveld bij de uitvoering der voorschreven opdracht is te verwijten, immers hij verzuimd heeft zich van de goede staat van het door hem gebruikte materiaal te vergewissen, resp. daarop een behoorlijke controle uit te oefenen;

8) dat "Fokker" tegen de onderhavige schade verzekerd was door een groot aantal assuradeuren, die ingevolge deze overeenkomst van verzekering gezamenlijk aan haar verzekerde f 119 856 vergoed hebben en daardoor - ieder tot het door hem betaalde bedrag - getreden zijn in de rechten van "Fokker" tegen derden, waaronder Zentveld;

9) dat Assicurazioni voor 1.33875% in voornoemde overeenkomst van verzekering participeerde, mitsdien f 1 604,57 aan "Fokker" voldaan heeft en thans dit bedrag van Zentveld te vorderen heeft; dat Zentveld hiertegenover als verweer heeft aangevoerd:

1. dat tegen een vergoeding van f 17,50 per uur Zentveld die een kraanwagenbedrijf exploiteert, jegens de NV Koninklijke Nederlandse Vliegtuigenfabriek Fokker op zich heeft genomen in opdracht van deze en voor haar rekening ten tijde en ter plaatse als door Assicurazioni gesteld op aanwijzingen en onder de leiding van Fokker's personeel met een kraanwagen een vliegtuigvleugel te verplaatsen van een in de Ringvaart nabij Schiphol gelegen dekschuit op een aan de wal staande vrachtauto;

2. dat Zentveld voor deze werkzaamheden gebruik heeft gemaakt van een door hem zelf bestuurde kraanwagen welke voorzien is van een uitschuifbare takelinrichting, welke kraanwagen hij regelmatig placht te gebruiken voor soortgelijke in opdracht van Fokker uit te voeren werkzaamheden;

3. dat juist is dat toen de vliegtuigvleugel aan de kraan hing de bout waarmede de uitschuifbare takelinrichting was gezekerd, is gebroken waardoor de vleugel op een meerpaal en op de grond is gestort waardoor de door Assicurazioni gestelde schade is ontstaan;

4. dat Fokker zelf middels haar personeel de leiding had van deze werkzaamheden; dat dit personeel het gebruik van de kraanwagen bestemde en ook in het bijzonder Zentveld opgedragen heeft de

takelinrichting uit te schuiven en met de daarbij aanwezige bout te zekeren; dat Fokker's personeel ook de vleugel heeft aangeslagen, Zentveld opdracht heeft gegeven deze met de kraan op te tillen en de hoogte heeft aangegeven waarop getild moest worden, alsook hem opdracht heeft gegeven met de kraan te rijden en aangegeven wanneer hij moest gaan rijden en tot hoever; dat Zentveld bij deze werkzaamheden slechts de instructies van Fokker had op te volgen; dat Fokker de kraanwagen tijdens voorzegde werkzaamheden onder haar toezicht had;

5. dat Zentveld, toen hem door Fokker's personeel werd opgedragen de takelinrichting uit te schuiven aan dit personeel heeft kenbaar gemaakt dat naar zijn mening hiertoe geen noodzaak bestond en het verplaatsen van de vleugel beter zou kunnen plaatsvinden indien de takel niet werd uitgeschoven daar met de kraanauto minder gemakkelijk te manoeuvreren valt wanneer de takelinrichting geschoven is, daar deze in dat geval nagenoeg de dubbele lengte heeft;

6. dat Fokker's expeditiechef evenwel anders besliste daarbij Zentveld mededelend, dat alle risico's aan de werkzaamheden verbonden, daaronder begrepen die voor beschadiging van de vliegtuigvleugel, door Fokker zouden worden gedragen; dat deze vrijwaring voor risico's Zentveld ook bij vorige gelegenheden waarbij hij zijn kraanwagen ter beschikking van Fokker had gesteld, steeds had ontvangen;

7. dat uit ervaring opgedaan bij vroegere transporten Fokker de kraanwagen van Zentveld en de constructie van de uitschuifbare kraan kende en in tegenstelling met Zentveld Fokker ook het juiste gewicht van de vleugel wist en wat de invloed van de wind daarop is indien deze vleugel in de zogenaamde broek hangt;

8. dat in tegenstelling ook met Zentveld Fokker wist de geldswaarde van de vleugel en Fokker het geldelijk risico van beschadiging daarvan kende; dat Fokker ook wist dat Zentveld voor dergelijke omvangrijke risico's als de onderhavige niet verzekerd was, gelijk zij ook heeft kunnen begrijpen uit het feit, dat zij aan Zentveld slechts een vergoeding van f 17,50 per uur verschuldigd was en het gehele karwei slechts enkele uren vergde; dat onder deze omstandigheden Fokker kon begrijpen en zij ook begrepen heeft, dat zij zelve het risico van beschadiging aan de vliegtuigvleugel droeg;

9. dat derhalve

a. Fokker Zentveld uitdrukkelijk heeft gevrijwaard voor de geldelijke gevolgen van beschadigingen van de vliegtuigvleugel;

b. Fokker zelf had de leiding van de met de kraanwagen te verrichten werkzaamheden en mitsdien zelf de verantwoording droeg;

c. Fokker tijdens de werkzaamheden de kraanwagen onder haar opzicht had als bedoeld in art. 1403, lid 1 BW en daarom niet te concluderen valt tot aansprakelijkheid van Zentveld voor het ongeval in kwestie;

10. dat voor het geval vorenstaande feiten en omstandigheden voor hem niet bevrijdend zijn, Zentveld zich op overmacht beroept omdat het breken van de bout voor hem een niet te voorziene gebeurtenis was, welke hij niet heeft kunnen voorkomen en welke hem niet is aan te rekenen;

11. dat deze bout immers een doorsneedikte had van 910 mm², terwijl de trekvastheid van het materiaal waarvan de bout gemaakt is 4500 kg per m² bedroeg; dat waar de vliegtuigvleugel 900 kg woog, de bout meer dan voldoende sterk was te achten voor de zekering van de kraan tijdens het transport van deze vleugel;

12. dat de bout geen enkele zichtbare afwijking of uitwendig gebrek vertoonde, doch bij deskundigenonderzoek ingesteld in opdracht van Assicurazioni en de andere verzekeraars nadat de breuk was ontstaan, in het inwendige van de bout verontreinigingen aanwezig bleken te zijn die oorzaak van het breken kunnen zijn geweest;

dat het aan Assicurazioni uitgebrachte deskundige-rapport besluit met de volgende woorden:

"voorlopig naar schatting had zelfs de bout bij het slechts denkbare materiaal niet moeten of kunnen breken. Een bepaald evenement dat tot overbelasting heeft moeten leiden is ons niet vermeld. De verdere constructie en het onderhoud van bij deze kraanwagen over het geheel genomen gaaf en goed.";

13. dat te eerder is aan te nemen dat het breken van de bout te wijten is aan enig toeval dat Zentveld niet is aan te rekenen, daar de bout vele malen en kort voor het onderhavige gebruik sterk genoeg was gebleken voor gewichten die vele malen zwaarder waren dan de vliegtuigvleugel en regelmatig ook bij transporten in opdracht van Fokker voor het onderhavige transport voor zwaardere lasten dan deze vleugel is gebruikt zonder te zijn gebroken of ook maar te zijn gescheurd of verbogen;

14. dat aan Zentveld ook geen schuld of nalatigheid is te verwijten, gelijk Assicurazioni ten onrechte meent en in het bijzonder hem er geen verwijt van is te maken dat hij zou verzuimd hebben zich van de goede staat van het door hem te gebruiken materiaal te vergewissen, daar de inwendige gebreken van de bout waaraan mogelijk het breken daarvan is te wijten niet waarneembaar en derhalve voor Zentveld bij controle niet te ontdekken waren;

dat bij vonnis van 4 maart 1964 de Rb. Zentveld heeft toegelaten door getuigen te bewijzen dat Fokker's expeditiechef Zentveld heeft medegedeeld dat de risico's verbonden aan het overbrengen van een vliegtuigvleugel van een dekschuit naar een transportwagen door Fokker zouden worden gedragen;

dat de Rb. vervolgens bij vonnis van 10 maart 1965 de vordering heeft ontzegd;

dat de Rb. daarbij, na weergave van de verklaringen van de gehoorde getuigen, heeft overwogen:

"Uit deze beide getuigenverklaringen, niet in tegenbewijs ontzenuwd, is aannemelijk geworden dat deze getuigen die, naar in het tussenvonnis is overwogen, door Zentveld in de bestaande onderlinge verhoudingen mochten worden beschouwd als te zijn bevoegd om Fokker te verbinden door toezeggingen omtrent het door Zentveld gelopen risico. aan Zentveld hebben te kennen gegeven dat Fokker harerzijds het risico voor beschadigingen aan door Zentveld overgehesen vliegtuigvleugels voor 100% had ondergebracht bij een of meer verzekeringsmaatschappijen, hetgeen voor zover van belang, inderdaad het geval was. In zoverre is Zentveld geslaagd te achten in het te leveren bewijs. Uit de getuigenverklaringen blijkt echter niet dat Fokker's expeditiechef Fritz aan Zentveld heeft toegezegd, dat Fokker, indien Zentveld zou worden aangesproken tot vergoeding van eventuele schade aan de in geding zijnde vliegtuigvleugel, die schade voor haar rekening zou nemen.

Voor Zentveld's stelling dat Fokker zich jegens Zentveld heeft verbonden hem te vrijwaren ter zake van de onderhavige schade, is in de getuigenverklaringen onvoldoende aanknopingspunt te vinden. Het door Zentveld primair gedaan beroep op een geconvenieerde vrijwaringsplicht van Fokker moet derhalve worden verworpen.

Thans komen, gelijk in het tussenvonnis reeds overwogen, de overige geschilpunten waaronder die betreffende de juiste inhoud en aard der tussen pp. gesloten overeenkomst voor behandeling in aanmerking. Uit de in dat vonnis als vaststaand aangenomen feiten volgt dat tussen pp. is gesloten een overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten daarbij Zentveld in opdracht van Fokker's expeditie-afdeling op zich nam met de daartoe door hem ter beschikking gestelde door hem zelf bestuurd, kraanwagen, welke hem in eigendom toebehoorde, een aan Fokker toebehorende vliegtuigvleugel uit een dekschuit over te hijsen op een naast de dekschuit gereedstaande transportauto, tegen, naar tussen pp. vaststaat, een beloning van f 17,50 per uur.

Vast staat voorts, dat Zentveld de verplichting die hij aldus op zich nam om de vleugel onbeschadigd overeenkomstig de door Fokker's personeel (de getuige van Flierenburg) gegeven aanwijzingen op de vrachtauto over te brengen, niet is nagekomen doordat de bout die de uitgeschoven hijskraanbalk tegen terugglijden in de oorspronkelijke stand verzekerde, plotseling afbrak tengevolge waarvan de vleugel op de grond is terechtgekomen en beschadigd werd tot het bij expertise op f 119 856 vastgesteld bedrag, ter zake waarvan Fokker door haar verzekeraars is schadeloos gesteld.

De stelling van Assicurazioni dat Zentveld voor de gebreken van het door hem bij de uitvoering zijner contractuele verbintenissen gebezigde materiaal aansprakelijk is, acht de Rb. in haar algemeenheid niet juist, nu de wet tot deze door Assicurazioni gehuldigde opvatting niet dwingt en voor analogische toepassing van de voor huurovereenkomsten geschreven bepalingen van art. 1588 BW geen grond bestaat. Onderzocht moet dus worden of het breken van de bout en de daaruit voortvloeiende schade naar beginselen van redelijkheid voor Zentveld voorzienbaar was en gelet op de omstandigheden van het onderhavige geval, aan Zentveld zijn toe te rekenen.

Tussen pp. staat, mede op grond van het in opdracht van Fokker door het expertisebureau van ingenieur H.U. Schleurholts Tichelaar verricht onderzoek vast, dat het breken van de bout te wijten was aan de zeer slechte kwaliteit van het materiaal, dat verzwakt was door in het metaal voorkomende verontreinigingen en grofkorreligheid ter illustratie waarvan Assicurazioni fotografische opnamen van onder meer het breukvlak van de bout bij repliek in het geding bracht. Assicurazioni weerspreekt niet, dat deze ondeugdelijkheid van het materiaal uitwendig niet te constateren viel. Haar verwijt, dat Zentveld kennelijk in gebreke is gebleven zijn materiaal regelmatig te onderhouden en te controleren, wordt door haarzelve ontzenuwd waar eerdergenoemd deskundigenrapport waarop zij zich beroept, tot de conclusie komt dat afgezien van de interne ondeugdelijkheid van de bout, de verdere constructie en het onderhoud bij de in geding zijnde kraanwagen over het geheel genomen gaaf en goed zijn. Hiermede is tevens weerlegd haar veronderstelling dat, waar de materiaalgebreken van de bout "allerm minst van recente datum" waren en de kraan zelf dateert van 1944 (zodat de kraan ten tijde van het ongeval ongeveer 15 jaren oud zou zijn) verband tussen de breuk van de bout en het beweerd ongenoegzaam onderhoud van de kraanwagen met toebehoren zou bestaan. Tussen pp. staat voorts, mede op grond van eerdergenoemd deskundigenrapport, vast dat zowel de doorsnede van de bout als zijn trekvastheid (4500 kg.) ruimschoots voldoende waren voor het te hijsen gewicht van de vleugel (ca. 900kg.). De plotselinge breuk van de bout is blijkens het hiervoor overwogene, niet aan ouderdomsgebreken of ongenoegzaam onderhoud te wijten, doch vond zijn oorzaak in een zich jarenlang niet geopenbaard hebbende constructiefout in het materiaal waarvan de bout was

vervaardigd.

Te onderzoeken valt thans of Zentveld door het materiaal van de bout op deugdelijkheid te controleren of te doen controleren het inwendig gebrek had kunnen onderkennen en zo ja of zodanige controle in redelijkheid van Zentveld geveerd mocht worden.

Uit de stellingen van Assicurazioni volgt niet dat Zentveld, die een eenmanszaak met vier kraanwagens exploiteert, de inwendige metaalconstructie van de bout had kunnen onderzoeken. Deskundigheid op dit gebied kon en mocht Fokker van Zentveld niet verwachten, noch veronderstellen. Aan het in de eerder tussen Fokker en Zentveld onder rolnummer 60.2800 voor deze Rb. en Kamer gevoerde procedure gewezen tussenvonnissen d.d. 24 okt. 1962, waarvan de Rb. ambtshalve kennis draagt en dat aan pp. in de onderhavige procedure bekend moet zijn, ontleent de Rb. de onder de rechtsoverwegingen voorkomende zinsnede: "Bij pleidooi heeft de advocaat van eiseres (Fokker) dit laatste (te weten Fokker's verwijt dat gedaagde verzuimd zou hebben zich van de goede staat van het door hem gebruikte materiaal te vergewissen) in diervoege toegelicht, dat een zogenaamde magnafluxcontrole mogelijk ware geweest, doch toegegeven dat deze mogelijkheid in het onderhavige geval min of meer theoretisch was".

Deze namens Fokker ter zake van het in geding zijnde materiaalgebrek gedane mededeling wijst erop dat althans theoretisch een gespecialiseerde controle van de inwendige gesteldheid van de bout de ondeugdelijkheid van het materiaal ter plaatse van de breuk wellicht had kunnen doen ontdekken. Van Zentveld kon niet geveerd worden een dergelijke controle te doen plaats vinden, te minder waar niet is gesteld of gebleken dat te eniger tijd de functionering van de hijsarm in uitgetrokken stand aanleiding tot ongerustheid heeft gegeven, terwijl toch naar Zentveld onbetwist heeft gesteld en door de gehoorde getuigen is bevestigd, tevoren herhaaldelijk de in geding zijnde kraanwagen werd gebezigd voor het overhijsen van vliegtuigvleugels als de onderhavige.

Op grond van het hiervoor overwogene komt de Rb. tot het oordeel dat de in de ondeugdelijke constructie van de bout gelegen oorzaak van het ongeval met Fokker's vliegtuigvleugel noch ten tijde van het aangaan der in geding zijnde incidentele overeenkomst met Fokker noch ten tijde van de uitvoering der hijsopdracht, door Zentveld is voorzien noch met redelijke mate van waarschijnlijkheid had kunnen worden voorzien.

Het desbetreffend verweer van Zentveld door hem minder juist als een beroep op overmacht aangeduid is aldus gegrond bevonden. Dit oordeel leidt tot de beslissing, dat, de breuk van de bout aan Zentveld onder de ten processe gebleken omstandigheden niet kan worden toegerekend, zodat hij voor de schadelijke gevolgen daarvan niet aansprakelijk is.;

dat Assicurazioni van beide vonnissen in hoger beroep is gegaan bij het Hof, dat vervolgens bij het bestreden arrest Assicurazioni niet-ontvankelijk heeft verklaard in haar appel van het vonnis van 4 maart 1964, het vonnis van 10 maart 1965 heeft vernietigd en de vordering heeft toegewezen; dat het Hof daarbij (voor zover thans nog van belang), heeft overwogen:

1. "dat Assicurazioni de volgende grieven heeft aangevoerd:

I. Ten onrechte verwierp de Rb. bij haar vonnis d.d. 10 maart 1965 de stelling van Assicurazioni, dat Zentveld aansprakelijk is voor de gebreken van het door hem bij de uitvoering van zijn contractuele verbintenis gebezigde materiaal;

II. Subsidiair: Ten onrechte heeft de Rb. in haar vonnis d.d. 10 maart 1965 beslist, dat het breken van de bout en de daaruit voortvloeiende schade naar beginselen van redelijkheid voor Zentveld niet voorzienbaar waren en, gelet op de omstandigheden van het geval, aan Zentveld zijn toe te rekenen;

2. "met betrekking tot de eerste grief:

a. dat de Rb. in haar eindvonnis als vaststaande heeft aangenomen, dat Zentveld de verplichting op zich heeft genomen om de vliegtuigvleugel onbeschadigd overeenkomstig de door Fokker's personeel gegeven aanwijzingen op de vrachtauto over te brengen en dat hij deze verplichting niet is nagekomen doordat de bout, die de uitgeschoven hijskraanbalk tegen terugglijden in de oorspronkelijke stand verzekerde, plotseling afbrak, ten gevolge waarvan de vleugel op de grond is terechtgekomen en beschadigd werd;

b. dat daartegen geen grieven zijn aangevoerd;

c. dat Zentveld de uit voormeld niet nakomen van zijn verplichting ontstane schade ingevolge het bepaalde bij art. 1280 BW moet vergoeden tenzij blijkt, dat het niet nakomen der verbintenis voortvloeit uit een vreemde oorzaak, die hem niet kan worden toegerekend;

d. dat het afbreken van de bovenbedoelde bout, ook al heeft Zentveld al het mogelijke verricht om de breuk te voorkomen en al was de oorzaak van de breuk ten tijde van het aangaan der overeenkomst niet te voorzien, niet is te beschouwen als een vreemde oorzaak, welke niet aan Zentveld kan worden toegerekend, daar naar een algemeen beginsel van Nederlands verbintenissenrecht, hetwelk toepassing heeft gevonden in verschillende wetsartikelen, onder meer in de artt. 523 en 811 lid 3 K., Zentveld in dit geval heeft in te staan voor de deugdelijkheid van de door hemzelf bestuurde kraan,

waarvan hij zich ter uitvoering van de overeenkomst wenste te bedienen;

e. dat zulks niet anders is, indien in verband met het door Zentveld beschikbaar stellen van de kraanwagen de bepalingen van huur en verhuur op de onderhavige overeenkomst mede van toepassing mochten zijn, daar - het niet tot de verhuur van onroerende zaken beperkte doch van algemene strekking zijnde - art. 1588 lid 1 BW de verhuurder doet instaan voor alle gebreken van het verhuurde goed, welke het gebruik daarvan verhinderen;

dat derhalve de eerste grief gegrond is;

3. "dat Zentveld in eerste aanleg behalve met een beroep op overmacht de vordering nog heeft bestreden op de volgende gronden:

a) dat Fokker hem uitdrukkelijk heeft gevrijwaard voor de geldelijke gevolgen van beschadigingen;

b) dat Fokker zelf de leiding had en mitsdien de verantwoording droeg;

c) dat Fokker de kraanwagen onder haar opzicht had als bedoeld in art. 1403 lid 1 BW;

d) dat niet was te voorzien, dat hij een geldelijk risico van ongeveer f 120 000 zou lopen;

4. "dat het verweer sub a) geen bespreking meer behoeft, daar Zentveld niet is opgekomen tegen de beslissing der Rb., dat niet is bewezen dat Fokker zich tot vrijwaring heeft verbonden;

5. "omtrent het verweer sub b):

dat, zo Fokker de leiding heeft gehad van de werkzaamheden, daaruit nog niet volgt, dat zij verantwoordelijk is voor de gevolgen van materiaalgebreken van een door Zentveld gebezigde kraanwagen;

dat uit de stellingen van Zentveld niet is af te leiden en ook overigens niet is gebleken, dat de breuk van de bout, welke tot de schade heeft geleid, het redelijkerwijze te verwachten gevolg is van aanwijzingen, welke het personeel van Fokker Zentveld heeft gegeven;

dat derhalve ook dit verweer moet worden verworpen;

6. "dat het verweer onder c) eveneens faalt, daar uit de in dit geding vaststaande feiten en ook uit de eigen stellingen van Zentveld niet blijkt dat Fokker de kraanwagen van Zentveld onder haar opzicht heeft gehad in de zin als in art. 1403 BW bedoeld;

7. "dat het onder d) vermelde verweer Zentveld evenmin kan baten, daar hij, toen hij de opdracht aanvaardde om met een hem toebehorende en door hem bediende kraan een vliegtuigvleugel - zij het over korte afstand - te verplaatsen, kon voorzien, dat hij het risico liep bij de uitvoering van die opdracht schade toe te brengen aan bedoelde vleugel en heeft moeten begrijpen, dat die vleugel een zo kostbaar voorwerp was, dat de schade een bedrag van meer dan f 100 000 kon gaan belopen;

8. " dat, nu geen der voorgedragen werven kan slagen, aan Assicurazioni haar vordering behoort te worden toegewezen;"

O. dat Zentveld als middel van cassatie heeft voorgedragen:

"Verzuim van vormen op straffe van nietigheid voorgeschreven of waarvan de nietigheid voortvloeit uit de aard van de niet in acht genomen vorm en/of schending van het Nederlands recht inzonderheid van de rechtsregels, neergelegd in de artt. 175 Grondwet, 20 Wet RO, 48, 59, 343, 347 en 353 Rv., 1280, 1281, 1282, 1302, 1303, 1374, 1375, 1401, 1402, 1403, 1586, 1588, 1637 en 1640 BW, 284, 523 en 811 K., doordat het Hof bij zijn arrest, waartegen dit beroep in cassatie is gericht, de vordering van verweerster in cassatie met vernietiging van het vonnis der Rb. heeft toegewezen op de gronden als in dat arrest, waarvan de inhoud als hier geïnsereerd moet worden beschouwd, vermeld, ten onrechte op grond van het navolgende:

1a Zentveld heeft - gelijk het Hof in het beroepen arrest overweegt t.a.v. de feiten - onder meer als verweer aangevoerd, dat, toen hem door Fokker's personeel werd opgedragen de takelinrichting uit te schuiven, hij aan dit personeel heeft kenbaar gemaakt, dat naar zijn mening hiertoe geen noodzaak bestond en het verplaatsen van de vleugel beter zou kunnen plaatsvinden, indien de takel niet werd uitgeschoven, maar dat Fokker's expeditiechef anders besliste. Verder heeft Assicurazioni Generali onbestreden gesteld dat hij uitgeschoven positie van de takelinrichting alles uitsluitend aankomt op de bout.

Uit een en ander volgt dat bij de door Fokker bevolen werkwijze, hieruit bestaande, dat de hijskraanbalk is uitgeschoven, de tijdens de manoeuvre gebroken bout de functie vervulde van bevestiging van dit uitgeschoven gedeelte en dat de bout zonder dit uitschuiven deze functie niet vervulde.

De betekenis van dit verweer is dus deze, dat bij opvolging van Zentveld's wens de bout niet gebruikt zou zijn en de schade, ontstaan door het breken van die bout, dus achterwege zou zijn gebleven.

Dit verweer zou - indien juist bevonden - tot afwijzing van de vordering hebben geleid, omdat bij de in het verweer weergegeven gang van zaken door toedoen van Fokker - immers doordat Fokker het advies van Zentveld in de wind sloeg en de door haar juist geachte werkwijze aan Zentveld oplegde - het risico is ontstaan van het breken van de bout, welk risico naar goede trouw door Fokker gedragen behoort te worden, omdat het door Fokker is opgeroepen, waarbij geheel irrelevant is of de breuk van

de bout het redelijkerwijze te verwachten gevolg was van de door Fokker gekozen werkwijze. Nu uit 's Hofs arrest niet blijkt, dat het Hof dit verweer onderzocht heeft en daarop een beslissing heeft genomen, heeft het Hof zijn arrest niet naar de eis der wet voldoende met redenen omkleed.

1b) Voor het geval 's Hofs overweging:

"dat zo Fokker de leiding heeft gehad van de werkzaamheden daaruit nog niet volgt, dat zij verantwoordelijk is voor de gevolgen van materiaalgebreken van een door Zentveld gebezigde kraanwagen", aldus is te verstaan dat het Hof ook dan Zentveld aansprakelijk acht voor de schade, indien zou vaststaan, dat Fokker in strijd met Zentveld's aanbevolen werkwijze het uitschuiven van de hijskraanbalk heeft doen geschieden, heeft het Hof ten onrechte de aansprakelijkheid van Zentveld in dat geval aangenomen, omdat het risico voor het breken van de bout, zijnde de oorzaak van de schade, door Fokker in het leven is geroepen en Fokker dit risico derhalve naar goede trouw heeft te dragen.

2a) Het Hof heeft door te overwegen:

"dat het afbreken van de bovenbedoelde bout, ook al heeft Zentveld al het mogelijke verricht om de breuk te voorkomen en al was de oorzaak van de breuk ten tijde van het aangaan van de overeenkomst niet te voorzien, niet is te beschouwen als een vreemde oorzaak, welke niet aan Zentveld kan worden toegerekend", aan het begrip "vreemde oorzaak die de schuldenaar niet kan worden toegerekend" een onjuiste inhoud toegekend, althans voorbijgezien, dat aan Zentveld de breuk van de bout niet kan worden toegerekend, omdat hij in de van hem redelijkerwijze te vorderen inspanning tot het zijnerzijds voldoen aan de verbintenis niet is te kort geschoten, zodat hij geen wanprestatie heeft gepleegd waarbij valt op te merken, dat de bepaling van art. 1588 BW toepassing mist, zijnde van huur en verhuur te dezen geen sprake.

2b) Althans heeft het Hof ten onrechte aangenomen, dat op grond van een algemeen beginsel van Nederlands verbintenissenrecht, hetwelk toepassing zou hebben gevonden onder meer in de artt. 523 en 811 lid 3 K., Zentveld in dit geval en onder de door het Hof aangenomen omstandigheden heeft in te staan voor de deugdelijkheid van de door hemzelf bestuurde kraan, waarvan hij zich ter uitvoering van de overeenkomst wenste te bedienen.

Immers zodanige door het Hof niet nader omschreven algemene rechtsregel valt in het Nederlands verbintenissenrecht niet aan te wijzen;"

O. aangaande de grieven onder 2a en 2b:

dat het Hof heeft beslist dat uit een algemeen beginsel van het Nederlandse verbintenissenrecht voortvloeit dat Zentveld had in te staan voor de deugdelijkheid van de kraan waarvan hij zich ter uitvoering van de overeenkomst met Fokker wenste te bedienen;

dat de grief onder 2b deze beslissing terecht bestrijdt, daar het Nederlandse verbintenissenrecht de algemene regel dat de schuldenaar heeft in te staan voor de deugdelijkheid van de zaken waarvan hij zich voor de uitvoering van zijn verbintenis bedient, niet inhoudt, en de omstandigheid dat voor bepaalde overeenkomsten de wet deze regel bevat, algemeen beginsel van die strekking rechtvaardigt;

dat de vraag of en in hoever de schuldenaar voor de gebreken van zodanige zaken aansprakelijk is, naar de aard der overeenkomst, de verkeersopvattingen en de redelijkheid moet worden beantwoord; dat ook bij overeenkomsten als de onderhavige, waarbij een resultaat is toegezegd voor het bereiken waarvan de schuldenaar zich moet bedienen van werktuigen, die, indien zij falen, aan de wederpartij een ernstige schade kunnen berokkenen, de aard der overeenkomst, de verkeersopvattingen of de redelijkheid kunnen meebrengen dat de schuldenaar die aantoonde dat dit falen door hem niet kon worden voorzien, niet het gevolg was van een gebrek aan zorg bij de aanschaffing, het onderhoud en de controle aan het werktuig besteed en ook overigens niet aan zijn schuld te wijten was, voor de door dat falen ontstane schade niet aansprakelijk is;

dat dit in het bijzonder het geval kan zijn, indien het falen van het werktuig aan de wederpartij een schade kan berokkenen van een dergelijke omvang dat het, gezien de in verhouding daartoe geringe hoogte van de door de schuldenaar genoten contra-prestatie, onredelijk zou zijn de schuldenaar het risico daarvan te doen dragen;

dat in dergelijke gevallen ook in de omstandigheid dat het de schuldeiser was die zich voor een dergelijke schade door verzekering had gedekt, een aanwijzing kan worden gevonden dat naar verkeersopvattingen het desbetreffende risico voor zijn rekening was;

dat, nu de grief onder 2b gegrond is, die onder 2a niet behoeft te worden onderzocht, terwijl ook de grieven onder 1a en 1b buiten bespreking kunnen blijven;

Vernietigt het bestreden arrest van het Hof te Amsterdam;

Verwijst het geding naar het Hof te 's-Gravenhage ter verdere behandeling en beslissing in de zaak met inachtneming van dit arrest;

Veroordeelt verweerster in de kosten op de voorziening in cassatie gevallen, aan de zijde van de eiser

tot op deze uitspraak begroot op f 90,25 aan verschotten en f 1 200 voor salaris.

[Mening] Conclusie Adv.-Gen. Mr. van Oosten.

Het Hof heeft de breuk van de bout, een onderdeel van de kraan waarmee Zentveld, thans eiser, bezig was zijn verplichting "om de vliegtuigvleugel onbeschadigd overeenkomstig de door Fokkers personeel gegeven aanwijzingen op de vrachtauto over te brengen" uit te voeren, aan Zentveld toegerekend. Het Hof heeft het afbreken van de bout aan Zentveld toegerekend omdat, aldus het college, "naar een algemeen beginsel van Nederlands verbintenissenrecht, hetwelk toepassing heeft gevonden in verschillende wetsartikelen, onder meer in de artt. 523 en 811 lid 3 K. geint. in dit geval heeft in te staan voor de deugdelijkheid van de door hemzelf bestuurde kraan, waarvan hij zich ter uitvoering van de overeenkomst wenste te bedienen".

Inderdaad zou het in middel 1a vermelde verweer, indien juist bevonden, hebben moeten leiden tot afwijzing van de eis. Zou Zentveld de uitschuifbare balk op aanwijzing van het personeel van de NV Koninkl. Nederl. Vliegtuigenfabriek "Fokker" hebben uitgeschoven en de vliegtuigvleugel met uitgeschoven balk zijn gaan overbrengen van het schip naar de wal, en zou Zentveld niet hebben gewenst dat de zaak waarmee hij voormelde verbintenis wenste uit te voeren, niet op deze wijze werd bediend, dan is dit m.i. een omstandigheid waaronder het breken van de bout niet aan Zentveld kan, noch ook mag, worden toegerekend. Middel 1a, zoals het is omschreven en toegelicht, acht ik mitsdien gegrond, echter met dien verstande dat de vraag, door wie het risico voor het breken van de bout gedragen moest worden, door Zentveld of Fokker, niet naar "goede trouw" te beoordelen is. Nog klemmender is het verweer dat de expeditiechef van Fokker aan Zentveld heeft medegedeeld "dat alle risico's aan de werkzaamheden verbonden, daaronder begrepen die voor beschadiging van de vliegtuigvleugel, door Fokker zouden worden gedragen" en de stelling: "Deze vrijwaring voor risico's had geintimeerde ook bij vorige gelegenheden waarbij hij zijn kraanwagen ter beschikking van Fokker had gesteld, steeds ontvangen". Zou dit verweer, waarover het Hof niet heeft beslist, juist zijn, dan zou Fokker m.i. het risico van het breken van de balk op zich hebben genomen, m.a.w. de voor haar nadelige gevolgen van dit voorval voor haar rekening hebben genomen. Eiser klaagt er echter niet over dat het Hof niet omtrent dit verweer heeft beslist.

Middel 1b zal moeten afstuiten op de bedenking dat door het bestreden arrest niet wordt bewezen dat het Hof door de daar, in middel 1b, aangehaalde overweging, heeft te kennen gegeven dat Zentveld ook dan aansprakelijk is "indien zou vaststaan, dat Fokker in strijd met Zentvelds aanbevolen werkwijze het uitschuiven van de hijskraanbalk heeft doen geschieden".

Middel 2a wordt tevergeefs voorgesteld. De overeenkomst waaruit de hogergemelde verbintenis van Zentveld is ontstaan, verbond hem, Zentveld, tot hetgeen daarbij uitdrukkelijk was bepaald, en tot hetgeen, naar de aard dezer overeenkomst, door de billijkheid, het gebruik of de wet wordt gevorderd (a toutes les suites que l'equite, l'usage, ou la loi donnent a l'obligation d'apres sa nature, art. 1135 C.c.). Het Hof heeft niet voorbijgezien "dat aan Zentveld de breuk van de bout niet kan worden toegerekend, omdat hij in de van hem redelijkerwijze te vorderen inspanning tot het zijnerzijds voldoen aan de verbintenis niet is te kort geschoten", maar het heeft, onder meer, voorbijgezien dat deze overeenkomst niet verbindt tot hetgeen voortvloeit uit algemene beginselen van Nederlands verbintenissenrecht, ook niet uit algemene beginselen van Nederlands verbintenissenrecht, die toepassing zouden hebben gevonden in de artt. 523 en 811, 3e lid, K., Van Oven, art. 6.1.1.1 van het Ontwerp voor een nieuw BW amenderend, betoogt dat verbintenissen niet ontstaan krachtens regels van ongeschreven recht (WPNR no. 4709, 93e jrg. 1962, p.64). Bij deze opvatting kunnen verbintenissen niet ontstaan uit regelen van ongeschreven recht, veelmin uit algemene beginselen van Nederlands verbintenissenrecht.

Gegrond acht ik middel 2b. Zou het bepaalde in de artt. 523 en 811, lid 3, K. de toepassing zijn van een algemeen beginsel van Nederlands verbintenissenrecht, dan zou dit het beginsel moeten zijn dat de schuldenaar, die zich ter uitvoering van een uit overeenkomst ontstane verbintenis om iets te doen bedient van een zaak, instaat voor de deugdelijkheid dier zaak. Zulk een beginsel is in het BW niet aanwijsbaar, althans niet als algemeen beginsel van Nederlands verbintenissenrecht.

De artt. 523 en 811, 3e lid, K. stemmen overeen met het derde lid van art. 468, 3e lid (oud) K., waarvan de tekst dezelfde is als die van art. 468, 3e lid, van het ontwerp van de wet van 22 dec. 1924, S. 573. In de MvT, die het wetsontwerp vergezelde, verklaart de Regering, verwijzende naar art. 1469 (1649, Red.) BW: "Het derde lid (van art. 468) is aan het artikel toegevoegd, ten einde te doen uitkomen, dat de aansprakelijkheid des vervoerders, voor de daden van degenen die hij in het werk stelt, en voor de zaken, waarvan hij zich bedient, deel uitmaakt van zijne contractuele aansprakelijkheid", Bijl. Hand. II, 1919-1920-448, no. 3, p.46. De Regering ziet hier bepaaldelijk niet dat het derde lid is toegevoegd om een algemeen beginsel van Nederlands verbintenissenrecht toe te passen. Ook de verwijzing naar art. 1649 BW wijt er niet op dat de Regering het instaan van de

vervoerder voor de zaken, waarvan hij zich (ter uitvoering zijner verbintenis) bedient, beschouwd als een toepassing van een algemeen beginsel van Nederlands verbintenissenrecht. Het is opvallend, dat Diephuis, kennelijk zoekend naar een wettelijk voorschrift, waarvan art. 1649 de toepassing zou kunnen zijn, dit voorschrift niet zoekt in de tweede titel van het derde boek van het BW, handelende over verbintenissen ex contractu, maar in het derde lid van art. 1403, Diephuis XII, p. 369, drukt zich zeer behoedzaam uit waar hij zegt dat men in art. 1649 "een toepassing kan zien" van art. 1403, 3e lid, BW

De geeerde pleiter - die zijn pleidooi heeft besloten met de uitlating dat Fokker niet anders heeft gedaan dan "een gewoon gebruik" maken, het gebruik, "waartoe de kraan bij overeenkomst ter beschikking was gesteld" - heeft zich ter bestrijding van middel 2b beroepen op HR 1 mei 1947, NJ 1947, no. 383, n. E.M.M., en wel voor zover de Hoge Raad daarin overweegt:

"dat in het eerste lid van art. 468 is bepaald, dat de overeenkomst tot vervoer den vervoerder verplicht voor het behoud van het te vervoeren goed te zorgen van het ogenblik der inontvangstneming tot dat der aflevering;

dat - gelijk ook in de MvT tot het artikel is uitgesproken - deze verplichting medebrengt aansprakelijkheid voor de schade aan het goed overkomen, tenzij de vervoerder te dier zake kan verantwoorden;

dat, terwijl deze aansprakelijkheid hare algemene omschrijving vindt in het tweede lid, het derde lid, inhoudende dat de vervoerder instaat voor de daden van degenen, die hij in het werk stelt, en voor de zaken waarvan hij zich bedient, niet anders bevat dan een, met de algemene regelen van verbintenissenrecht overeenstemmend antwoord op een vraag, welke zich t.a.v. die verantwoording bij al soortgelijke overeenkomsten voordoet."

Ik vermag in het geheel van deze overwegingen niet te lezen dat degene, die zich, ter uitvoering van een uit een overeenkomst ontstane verbintenis om iets te doen, bedient van een zaak, naar algemene beginselen van Nederlands verbintenissenrecht heeft in te staan voor de deugdelijkheid dier zaak. Ik zou geneigd zijn de draagwijdte van de vorenaangehaalde overwegingen te beperken tot overeenkomsten tot vervoer van goederen, waarop art. 468 (oud) betrekking had en tot soortgelijke overeenkomsten waaruit verbintenissen om iets te doen voortvloeien. Het schijnt mij zeer de vraag of de onderhavige overeenkomst, waaruit een verbintenis is ontstaan om overeenkomstig de aanwijzingen van de wederpartij datgene te doen waartoe de verbintenis strekte, naar haar aard is te beschouwen als een overeenkomst, waarvan sprake was in art. 468, 1e lid, of als een soortgelijke overeenkomst om iets te doen. In de Toelichting op art. 6.1.8.3 van het Ontwerp van een Nieuw BW (p. 541) wordt de opvatting, dat de schuldenaar in staat voor de deugdelijkheid van de zaken waarvan hij zich ter uitvoering van de verbintenis gebruik maakt, in zijn algemeenheid onhoudbaar geacht. Meijers meent in zijn annotatie op het arrest van 9 mei 1947 dat in art. 1280 BW gelezen kan worden dat voor iedere plicht om een resultaat tot stand te brengen geldt wat den vervoerder in art. 468, 3e lid (oud) is voorgeschreven. Maar in de tekst van art. 1280 kan dit m.i. niet gelezen worden. Met de strekking van art. 1280: bevrijding van de schuldenaar van een secundaire verplichting, schijnt mij kwalijk te verenigen hetgeen naar het oordeel van Meijers in dit artikel gelezen kan worden.

De middelen 1a en 2b gegrond achtende, concludeer ik tot vernietiging van het aangevallen arrest en tot verwijzing van het geding naar een ander Hof, met veroordeling van de verweerster in de kosten welke aan de zijde van de eiser op de voorziening zijn gevallen.