

# De aansprakelijkheid voor zaken

*T. Hartlief\**

## 1. INLEIDING

In hoofdstuk 12 van het boek van Wolfsbergen zijn beschouwingen te vinden over de al dan niet zelfstandige betekenis van art 1403 lid 1 BW (oud), over de reikwijdte van art. 1405 BW (oud) en over art. 25 MRW. Dat waren in de tijd dat dat hoofdstuk werd geschreven de vragen die op het stuk van de aansprakelijkheid voor zaken dienden te worden behandeld. Volgens een vrij algemene opvatting heeft het BW van 1992 ons op het punt van de aansprakelijkheid voor zaken meer te bieden dan het vorige wetboek. Inderdaad is een bijzondere regeling van de aansprakelijkheid voor gebrekkige produkten aan ons recht toegevoegd, maar zelfs als ik die buiten beschouwing zou laten,<sup>1</sup> en dat zal ik in het navolgende ook doen, zou ons recht zijn uitgebreid nu de artt. 6:173 en 174 ‘risico-aansprakelijkheden’ zijn.<sup>2</sup> Ik zal in deze bijdrage de vraag proberen te beantwoorden wat deze aansprakelijkheid dan inhoudt en welke meerwaarde zij heeft boven de fout-aansprakelijkheid ex art. 6:162 BW. Neemt ons nieuwe wetboek inderdaad meer risico?

\* Prof. mr. T. Hartlief is als hoogleraar burgerlijk recht verbonden aan de Rijksuniversiteit Leiden.

1. Ook de aansprakelijkheid voor dieren (art. 6:179 BW), voor motorrijtuigen (art. 31 WVV (oud)/art. 185 WVV) en voor gevaarlijke stoffen (art. 6:175 BW) laat ik in dit kader buiten beschouwing.
2. Zie uitvoerig Asser-Hartkamp III, nrs. 168 e.v., Klaassen, Risico-aansprakelijkheid, diss., p. 78 e.v., Sterk, Verhoogd gevaar in het aansprakelijkheidsrecht, diss., p. 181 e.v. alsmede Oldenhuis, Onrechtmatige daad (losbladige editie), aant. bij art. 6:173 en 6:174.

## 2. ARTT. 6:173 EN 174. HOOFDLIJNEN

In de tijd van Wolfsbergen kwam aan art. 1403 lid 1 BW (oud) naast art. 1401 nauwelijks zelfstandige betekenis toe:<sup>3</sup>

‘Terwijl immers bij dieren en vooral bij gebouwen ..., afwijkingen van de bij 1401 geldende onbetamelijkeisen worden toegelaten, handhaaft de H.R. bij zaken in het algemeen nadrukkelijk de eis dat er bij de toezichthouder onbetamelijkheid zij, en gaat zover, ook van omkering van de bewijslast niet te willen weten ...’

Doch Wolfsbergen vervolgt:<sup>4</sup>

‘De rechtspraak heeft, de nauwe band met 1401 handhavend, desniettemin een systeem bereikt, aannemelijk ook voor wie onbetamelijkheid niet in 1403 verlangd oordeelt. Men is nl. royaal met het toepassen van een ‘vermoeden’ van onbetamelijkheid en beschouwt veelal de onbetamelijkheid niet als opgeheven door een bewijs, dat alle redelijkerwijs te vergen zorgvuldigheid was betracht. Dat hier niet meer alleen van omkering van de bewijslast kan worden gesproken, is duidelijk; dergelijke omkering toch treffen wij bij ouders en onderwijzers aan, waar disculpatie wegens voldoende toezicht door de wet wordt toegelaten; hier nadert men inderdaad de risicoleer.’

Art. 6:173 vervangt art. 1403 lid 1 BW (oud). De bepaling heeft betrekking op de aansprakelijkheid van de bezitter of bedrijfsmatig gebruiker (art. 6:181) voor roerende zaken. Aanvankelijk had zij betrekking op gevaarlijke zaken, maar al snel is de koers gewijzigd en is de aansprakelijkheid beperkt tot de gebrekkige roerende zaken. Dat betekent dat een pistool als gevaarlijke zaak in beginsel niet onder art. 6:173 valt doch pas wanneer de veiligheidspal niet goed werkt. Gebrekkig is een zaak wanneer zij niet voldoet aan de eisen die men onder de gegeven omstandigheden mocht stellen.<sup>5</sup> Voor aansprakelijkheid is verder nog vereist dat bekend is dat de zaak door het gebrek een bijzonder gevaar voor personen of zaken oplevert en dat dit gevaar zich heeft verwezenlijkt. ‘Bijzonder gevaar’ moet worden gezien in tegenstelling tot het algemene gevaar dat wellicht aan het gebruik van de zaak is verbonden.<sup>6</sup> In de parlementaire ge-

3. Wolfsbergen, Onrechtmatige daad, p. 268.

4. Wolfsbergen, Onrechtmatige daad, p. 268-269.

5. Algemeen wordt hier gedacht aan eisen te stellen uit een oogpunt van veiligheid. Zie Schoordijk, Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het nieuw burgerlijk wetboek, p. 394 en Sterk, diss., 185 e.v. met verdere verwijzingen.

6. Parl. Gesch. Boek 6, p. 748.

schiedenis is het voorbeeld gebruikt van een bierflesje; aan dat flesje is het algemene gevaar verbonden van schade bij een val van 20 meter hoog; daarvoor is art. 6:173 niet bedoeld; zij heeft wel betrekking op schade die het gevolg is van een zwakke plek in het glas.<sup>7</sup>

Art. 6:174 heeft op min of meer dezelfde wijze als art. 6:173 betrekking op de aansprakelijkheid voor gebrekkige opstallen. Art. 6:174 vervangt art. 1405 BW (oud), maar heeft de achterliggende gedachte gehandhaafd.<sup>8</sup>

‘Gebouwen en andere met de grond verenigde werken plegen een lange levensduur te hebben. Wanneer wellicht vele tientallen jaren na het bouwen van het werk door de gebrekkige toestand daarvan een ongeluk plaatsvindt, zou het voor de benadeelde vaak moeilijk, zo niet ondoenlijk zijn om uit te zoeken of dat gebrek is teweeggebracht door een fout bij de bouw of door een onderhoudsverzuim en zo ja, aan wie die fout of dat verzuim kan worden toegerekend.’

De bezitter draagt het risico dat het gebrek niet bewijsbaar is of niet bewijsbaar is terug te voeren op een ander op wie hij regres kan nemen.<sup>9</sup> Zo was dat al onder vigeur van art. 1405 BW (oud). Wolfsbergen.<sup>10</sup>

‘Intussen, de consequenties der in ons recht aanvaarde leer, nl. dat bij ontbreken van overmacht of eigen schuld van het slachtoffer het bestaan van gebreken in bouw of inrichting of van verzuim van onderhoud mag worden vermoed, is bevredigend. De eigenaar is eerder de aangewezen persoon om de schade door onverklaarbare instorting veroorzaakt te dragen dan de benadeelde derde. Die uitlegging is ook te rechtvaardigen doordien weliswaar verzuimen nodig schijnen te zijn, maar dat geen verzuimen zijn *van de eigenaar*, noch ook - daar hij de eigendom later kan hebben verkregen - van personen, voor wie hij aansprakelijk is. Ook hier als t.a.v. ondergeschikten is er dus aansprakelijkheid buiten eigen bewezen onbetamelijkheid, al moet die onbetamelijkheid wel ergens aanwezig zijn. Dat hier die onbetamelijkheid wordt verondersteld en dat slechts een van buiten komend of bij het slachtoffer gelegen feit het vermoeden kan ontzenuwen, ligt in de aard van deze schade-oorzaak: een goed gebouwd en onderhouden bouwsel stort niet in.’

Op een tweetal belangrijke punten verschilt art. 6:174 van zijn voorganger.<sup>11</sup> In de eerste plaats heeft de aansprakelijkheid niet

7. MO, Parl. Gesch. Boek 6, p. 749 en verder MvA II (Inv.), Parl. Gesch. (Inv.) Boek 6, p. 1385.

8. TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 753.

9. TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 753.

10. Wolfsbergen, Onrechtmatige daad, p. 274-275.

11. TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 753.

alleen betrekking op gebouwen, doch op alle werken die met de grond verenigd zijn,<sup>12</sup> waaronder wegen en in de tweede plaats is voor aansprakelijkheid niet gehele of gedeeltelijke instorting vereist. Voor aansprakelijkheid is net als bij art. 6:173 een gebrek vereist. Gebrekkig is een opstal wanneer deze niet voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen en daardoor gevaar voor personen of zaken oplevert.<sup>13</sup>

De aansprakelijkheden van art. 6:173 en art. 6:174 kennen beide de zogenaamde tenzij-clausule die de risico-aansprakelijkheden ent op de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad; de bezitter is aansprakelijk, 'tenzij aansprakelijkheid op grond van de vorige afdeling zou hebben ontbroken indien hij dit gevaar op het tijdstip van het ontstaan daarvan zou hebben gekend'. De tenzij-clausule wordt een drietal functies toegedacht:<sup>14</sup>

- a. in de eerste plaats geeft zij aan, dat wanneer eenmaal aan de eisen voor aansprakelijkheid is voldaan, dit geen verdere gevolgen heeft dan een aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad zou hebben;
- b. in de tweede plaats wordt zo uitgewerkt van welke eisen voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad wordt geabstraheerd; en
- c. in de derde plaats dient zij er juist bij artt. 6:173 en 174 toe te voorkomen dat problemen van causaal verband zouden worden opgeroepen wanneer men voor aansprakelijkheid slechts eist dat de schade door een gebrek van de zaak is ontstaan en het gebrek op zijn beurt een gevolg is van een van buiten komende oorzaak; volgens de toelichting ontbreekt de aansprakelijkheid, als het gebrek zo kort voor de schade is ontstaan dat de aangesprokene ook bij onmiddellijke bekendheid met het gebrek deze schade niet had kunnen voorkomen.<sup>15</sup>

12. Zie TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 754. Zie Asser-Hartkamp III, nrs. 186 e.v.

13. Anders dan bij art. 6:173 is niet de eis gesteld van een 'bijzonder' gevaar. Deze woorden komen niet voor in art. 6:174 omdat de aard van de daar bedoelde groep zaken mede een beletsel vormt voor een oneigenlijke oprekking van de aansprakelijkheid, terwijl anderzijds diezelfde aard meebrengt dat neerstorten van (gedeelten van) een zodanige zaak nu juist een belangrijke bron oplevert van het gevaar waartoe gebreken van de opstal kunnen leiden. Bij art. 6:174 is denkbaar dat een ongelukkige plaats tot aansprakelijkheid leidt; denk aan een huis in heuvelachtig terrein, dat instort omdat het te dicht bij de rand van een steile helling is neergezet. Zie Parl. Gesch. (Inv.) Boek 6, p. 1387.

14. MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 748. Zie Asser-Hartkamp III, nrs. 177 e.v. en 190.

15. Zie Brevet, AA 1966, p. 244 e.v. In de Parl. Gesch. wordt het voorbeeld van de

Op deze clause alsmede op de functies die zij zou (moeten) vervullen is veel kritiek uitgeoefend. Ik kom daar in het navolgende nog op terug (hierna onder 4.).

### 3. AANSPRAKELIJKHEID VOOR ONBEKENDE GEBREKEN

Ik heb nog niet duidelijk kunnen maken wat de meerwaarde van de risico-aansprakelijkheden is. Omdat over het karakter van de aansprakelijkheid die rust op de bezitter van een gebrekkige roerende zaak of een gebrekkige opstal wordt getwist, lijkt het goed de parlementaire geschiedenis te bekijken. Als altijd komt aan haar betekenis toe, zij het geen doorslaggevende.

De geschiedenis van art. 6:173 neemt een aanvang met de behandeling van een van de Vraagpunten. Vraagpunt 15 betreft nl. de wenselijkheid van een overeenkomstige regel voor zaken als bij motorrijtuigen, schepen en dieren inhoudende aansprakelijkheid behoudens overmacht. Het Voorlopig antwoord luidt bevestigend voor zover het althans gevaarlijke voorwerpen betreft.<sup>16</sup> Vervolgens wordt in het Voorlopig verslag de vraag gesteld of het niet eigenlijk om een meer processuele aangelegenheid gaat dan om gevaarstelling: wet en rechter gaan aan de hand van feiten uit van een vermoeden van schuld.<sup>17</sup> In de Memorie van Antwoord wordt dat bevestigd; inderdaad zou de aansprakelijkheid vooral van belang zijn voor de bewijslast, doch zij betreft uiteindelijk meer dan een vermoeden van schuld nu ook een gebrek van het voorwerp dat de aansprakelijk gestelde had kunnen kennen, doch niet kende toch voor diens rekening komt.<sup>18</sup>

In dat laatste zit de kern van de aansprakelijkheid, zoals nog blijkt uit het debat tijdens het Mondeling overleg. De aansprakelijk gestelde zou niet alleen vrijuit gaan bij bewijs van een van buiten komende oorzaak, eigen schuld van het slachtoffer, maar ook in het geval dat hij bewijst alle mogelijke voorzorgsmaatregelen om ongevallen en schade voor derden te voorkomen te hebben getroffen.<sup>19</sup> Zowel Van

fabrieksschoorsteen gebruikt die omwaait tijdens een zeer zware storm. Eigenlijk heeft de tenzij-clause hier de functie te bepalen of nog sprake is van een gebrek in de zin van de artt. 6:173 en 174. Zie Parl. Gesch. (Inv.) Boek 6, p. 1380-1381. Het is de vraag of de tenzij-clause daarvoor nodig is.

16. Parl. Gesch. Boek 6, p. 733.

17. VV II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 733-734.

18. MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 734.

19. MO, Parl. Gesch. Boek 6, p. 734-735.

Rijckevorsel als Zeelenberg stellen vervolgens de vraag of door die laatste disculpatiemogelijkheid geen afbreuk zou worden gedaan aan het wezen van de risico-aansprakelijkheid.<sup>20</sup> Meijers antwoordt dat het de bedoeling is zoveel mogelijk aan te sluiten bij de rechtspraak van dat moment.<sup>21</sup> Daarmee zou de aansprakelijkheid volgens Meijers in de eerste plaats een omkering van de bewijslast inhouden, doch tevens een materieel-rechtelijke kant hebben inhoudende het aannemen van een zekere tekortkoming van het voorwerp zelf.<sup>22</sup>

Deze elementen zijn duidelijk terug te vinden in de tekst van art. 6.3.15 OM dat, voor zover van belang, als volgt luidt:

1. Indien van een zaak bekend is, dat gebruik ervan een bijzonder gevaar voor personen of zaken oplevert bij aanwezigheid van een of meer bepaalde gebreken, is wanneer dit gevaar zich verwezenlijkt, de gebruiker van de zaak aansprakelijk als ware het gebrek hem bekend.

Uit de gekozen formulering zou volgen dat deze risico-aansprakelijkheid in het algemeen alleen bestaat in de gevallen waarin, indien de gebruiker geweten had dat het gebrek aanwezig was, het niettemin gebruiken of doen gebruiken van de zaak hem als grove schuld zou zijn toe te rekenen. Kon in deze en dergelijke gevallen de gebruiker het defect redelijkerwijs niet kennen, dan kan weliswaar van schuld niet gesproken worden, maar zou het niettemin redelijk zijn dat de gebruiker van de zaak en niet een ander het risico draagt voor het gebruiken van de zaak in vertrouwen op de afwezigheid van een defect dat de zaak tot een bijzonder gevaar voor personen of zaken doet zijn. Dit zou slechts anders zijn wanneer op het moment van het ongeval nog niet bekend was, dat het gebruik van de zaak bij aanwezigheid van een bepaald gebrek een bijzonder gevaar oplevert. Of de gebruiker zich bewust van dit gevaar was, is derhalve niet beslissend.

De aansprakelijkheid zou niet verder gaan dan die welke uit de artikelen 1 e.v. (de uiteindelijke artt. 6:162 e.v.) zou voortvloeien, indien de laedens bij het gebruik van de aanwezigheid van het gebrek op de hoogte was geweest. In dit kader is het slot van art. 6.3.15 van grote betekenis. In de woorden 'als ware het gebrek hem bekend', de voorloper van de tenzij-clausule, is de kern van de aansprakelijkheid

20. Parl. Gesch. Boek 6, p. 735-736 en 738.

21. Parl. Gesch. Boek 6, p. 739.

22. Parl. Gesch. Boek 6, p. 740.

terug te vinden.<sup>23</sup> Zij betreft:

- (1) een aansprakelijkheid voor *gebrekkige* zaken; waarvoor
- (2) bekendheid met het gebrek niet vereist is, sterker nog waarbij onbekendheid met het gebrek geen bevrijdend verweer is, en die
- (3) qua omvang en verweermiddelen (afgezien van onbekendheid met het gebrek) niet verschilt van de aansprakelijkheid op basis van onrechtmatige daad.

Dezelfde elementen zijn ook terug te vinden in de voorloper van art. 6:174, art. 6.3.12, zij het dat deze bepaling een iets andere redactie kent:

1. Indien een opstal ten gevolge van zijn gebrekkige toestand gevaar oplevert voor personen of zaken, is de bezitter, wanneer dit gevaar zich verwezenlijkt, aansprakelijk als ware de gebrekkige toestand aan zijn fout te wijten, tenzij ook bij bekendheid van het gebrek niet onrechtmatig jegens de benadeelde zou zijn gehandeld.

Volgens de toelichting is een gebrekkige toestand een dusdanige toestand dat men een onrechtmatige daad pleegt jegens degene wiens persoon of goed gevaar loopt, indien men hoewel bekend met deze toestand, deze onveranderd laat.<sup>24</sup>

De bezitter zal vrijuit gaan indien hij bewijst dat hij ook bij bekendheid met het gebrek geen onrechtmatige daad zou hebben gepleegd; dat houdt in dat de aansprakelijkheid bestaat in de onrechtmatige daad van anderen die de toestand hebben gecreëerd of in stand gelaten (dat verweer kan dus niet worden gevoerd) en in verborgen gebreken (dat verweer kan evenmin worden gevoerd). De bezitter is volgens de toelichting bijvoorbeeld niet aansprakelijk wanneer hij alle nodige maatregelen heeft genomen om de gevaarlijke toestand te beëindigen maar het gevaar zich niettemin verwezenlijkt of indien in de gegeven omstandigheden de maatregelen niet te vergen waren dan wel onder een publiekrechtelijk verbod (denk aan de Monumentenwet) vielen.<sup>25</sup>

Indien de benadeelde, evt. met vermoedens<sup>26</sup> de gebrekkigheid

23. Parl. Gesch. Boek 6, p. 744.

24. TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 755.

25. TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 756.

26. In beginsel moet de benadeelde stellen en evt. bewijzen dat het gebouw of werk door zijn gebrekkige toestand gevaar opleverde voor personen of zaken en dat dit gevaar zich in casu heeft verwezenlijkt, doch in veel gevallen zal 'res ipsa loquitur' aangenomen worden; uit een geval van instorting kan bijvoorbeeld

aantoont en de bezitter niet in het tegenbewijs slaagt is deze aansprakelijk als ware de gebrekkige toestand aan zijn fout te wijten; daarmee wordt beoogd de aansprakelijkheid niet verder te doen gaan dan wanneer hem een fout te verwijten zou zijn.<sup>27</sup>

Ook de aansprakelijkheid van art. 6.3.12 betreft derhalve:

- (1) een aansprakelijkheid voor *gebrekkige* zaken; waarvoor
- (2) bekendheid met het gebrek niet vereist is, sterker nog waarbij onbekendheid met het gebrek geen verweer is, en die
- (3) qua omvang en verweermiddelen (afgezien van onbekendheid met het gebrek) niet verschilt van de aansprakelijkheid op basis van onrechtmatige daad.

De uiteindelijke tekst van zowel art. 6:173 als art. 6:174 verschilt van de juist geciteerde. Het is de vraag wat dit voor het karakter van de aansprakelijkheden uitmaakt.

In de tekst van het oorspronkelijke art. 6.3.2.5, die slechts op ondergeschikte punten verschilt van de huidige tekst van art. 6:173, is de aansprakelijkheid uiteindelijk op de bezitter gelegd en wordt niet langer gesproken van gebrek, maar is gekozen voor een meer concrete omschrijving: 'niet voldoen aan de eisen die men in de gegeven omstandigheden mag stellen'. Daarmee is nauwelijks materiële wijziging beoogd;<sup>28</sup> ook 'gebrek' zou nl. zo worden geïnterpreteerd. De tekst van art. 6.3.2.5 voor zover van belang luidt:

1. De bezitter van een zaak waarvan bekend is dat zij, zo zij niet voldoet aan de eisen die men in de gegeven omstandigheden aan een zodanige zaak mag stellen, een bijzonder gevaar voor personen of zaken oplevert, is, wanneer dit gevaar zich verwezenlijkt, aansprakelijk, tenzij ook indien hij dit gevaar op het tijdstip van ontstaan ervan zou hebben gekend, aansprakelijkheid op grond van de vorige afdeling zou hebben ontbroken.

Anders dan de zinswending 'als ware het gebrek hem bekend' en 'als ware de gebrekkige toestand aan zijn fout te wijten' is in de artt. 6.3.2.5 en 7 de tenzij-clausule<sup>29</sup> opgenomen. Ook hier wordt geen materiële wijziging beoogd: voor deze andere redactie is *duidelijk-*

gebrekigheid worden aangenomen. Zie TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 755.

27. TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 756.

28. MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 747.

29. Uiteindelijk stemt de Commissie in het EV II (Inv.) in met de tenzij-clausule, maar stelt zij een eenvoudiger redactie voor. Bij Nota II (Inv.) wordt de door de Commissie voorgestelde redactie van de tenzij-clausule overgenomen.



*heidshalve* gekozen.<sup>30</sup> Dat geen materiële wijziging is beoogd blijkt nog eens uit de reeds genoemde functies die de tenzij-clausule worden toegedacht:<sup>31</sup> zij geeft aan, dat wanneer eenmaal aan de eisen voor aansprakelijkheid is voldaan, dit geen verdere gevolgen heeft dan een aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad zou hebben en zij geeft aan van welke eisen voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad wordt geabstraheerd (bekendheid met het gebrek). In deze functies keren de eerder genoemde kern-elementen terug.

Naar aanleiding van kritiek van Nieuwenhuis op de tenzij-clausule<sup>32</sup> wordt in de MvA II (Inv.) nog eens uitgelegd wat de betekenis van de artt. 6.3.2.5 en 6.3.2.7 is. Aansprakelijkheid op basis van deze artikelen bestaat in beginsel ongeacht wat de oorzaak is van het gebrek en ongeacht of de bezitter of gebruiker het gebrek kende:<sup>33</sup>

‘Zouden de voormelde bepalingen op dit punt geen nadere regel bevatten, dan zouden de beperkingen die in afd. 6.3.1 worden gesteld aan aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad, voor de onderhavige zelfstandige aansprakelijkheidsgronden niet gelden. Dit is al direct hierom onbevredigend omdat niet is in te zien waarom, wanneer het om een onbekend gebrek gaat, niet alleen aan de bezitter of gebruiker jegens het slachtoffer een beroep op die onbekendheid moet worden onthouden, maar bovendien op hem ook een extra-aansprakelijkheid zou moeten rusten, met name een aansprakelijkheid die verder gaat dan die welke zou bestaan, wanneer hij het gebrek zou hebben gekend en derhalve op grond van afd. 6.3.1 aangesproken had kunnen worden.’

Door de clausule kunnen verschillende verweren worden gevoerd. Daarbij wordt gedacht aan het beroep op bepaalde rechtvaardigingsgronden alsmede aan causaliteits- en relativiteitsverweren. Wat dat laatste betreft, wordt opgemerkt dat de vraag of sprake is van een gebrek veelal zal afhangen van de al dan niet overtreding van een veiligheidsvoorschrift; zou er bij bekendheid met de betreffende overtreding geen aansprakelijkheid geweest zijn, omdat dit voorschrift er niet toe strekte tegen de schade zoals deze is ontstaan bescherming te geven, dan behoort er ook geen aansprakelijkheid op basis van risico-aansprakelijkheid te bestaan.

Dat de clausule overbodig is naast de afdeling betreffende de

30. MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 748.

31. MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 748.

32. WPNR 5666.

33. MvA II (Inv.), Parl. Gesch. (Inv.) Boek 6, p. 1378-1379.

schadevergoeding (afd. 6.1.10) wordt eveneens ontkend.<sup>34</sup> Afd. 6.1.10 zou zonder verwijzing weliswaar van toepassing zijn, doch daarmee is nog niet bereikt dat de aansprakelijkheid niet verder gaat dan die op basis van onrechtmatige daad. Met deze stelling keert de regering zich tegen de opvatting dat risico-aansprakelijkheid ook qua omvang een ruimere aansprakelijkheid inhoudt.<sup>35</sup>

Uiteindelijk geloof ik niet dat met de andere redactie van de artt. 6:173 en 174 de inhoud van de aansprakelijkheid is veranderd. Bij de aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken wordt bekendheid met het gebrek verondersteld en is tegenbewijs op dit punt niet mogelijk. Qua omvang en verweermiddelen verschilt de aansprakelijkheid (verder) niet van een aansprakelijkheid op basis van eigen onrechtmatig gedrag.

#### 4. OPNIEUW: HET WEZEN VANDE RISICO-AANSPRAKELIJKHEDEN VAN DE ARTT. 6:173 EN 174

In het bijzonder naar aanleiding van de tenzij-clausule is forse kritiek op de risico-aansprakelijkheden van de artt. 6:173 en 174 geuit. Deze aansprakelijkheden zouden juist door de enting op afd. 6.3.1, door de koppeling aan de fout-aansprakelijkheid, geen echte risico-aansprakelijkheden zijn.<sup>36</sup> Dat doet de vraag rijzen wat risico-aansprakelijkheid dan inhoudt. Deze vraag heeft al vele pennen in beweging gezet.<sup>37</sup> Wat is risico-aansprakelijkheid?<sup>38</sup>

‘Aansprakelijkheid voor niet verwijtbare, niet vermijdbare en niet voorzienbare schadeveroorzaking.’

Risico-aansprakelijkheid is dus *geenschuld*-aansprakelijkheid, maar waar bestaat zij dan *wel* in? Er lijkt sprake te zijn van twee kampen:

34. MvA II (Inv.), Parl. Gesch. (Inv.) Boek 6, p. 1379-1380.

35. Hier wordt verwezen naar de noot van Scholten onder HR 1 juli 1977, NJ 1978, 84 sub 2 waar Eikema Hommes en Zwart worden genoemd.

36. Zie afgezien van de nog te behandelen bijdragen van Nieuwenhuis onder meer Van Maanen, Kwartaalbericht Nieuw BW 1984, p. 178 en 1987, p. 147 e.v., Bolt, WPNR 5729, Klaassen, diss., p. 99 e.v., Cornelis, RM Themis 1987, p. 177 en Hulst, Kwartaalbericht Nieuw BW 1991, p. 42-43.

37. Ik verwijs in dit kader naar de uitvoerige bijdrage van Van Maanen, Spier en Sterk, in Aansprakelijkheden (NGB-bundel), p. 65 e.v. waar verdere verwijzingen te vinden zijn.

38. Nieuwenhuis, WPNR 5666, p. 583.

er zijn er die menen dat risico-aansprakelijkheid zonder schuld doch niet zonder onrechtmatigheid bestaat, terwijl anderen betogen dat risico-aansprakelijkheid aansprakelijkheid is niet alleen zonder schuld, maar ook zonder onrechtmatigheid. Meijers en J. Drion, zo wordt beweerd, staan hier tegenover elkaar. Uit Meijers' opstel over de betekenis van de elementen waarschijnlijkheid en schuld voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad wordt meestal het volgende zinnetje geciteerd:<sup>39</sup>

'... met het risico-beginsel verlaat men het terrein der onrechtmatigheid niet.'

Ik zal Meijers wat langer aan het woord laten:

'5. Moet de aansprakelijkheid van ouders en eigenaars voor door kinderen, resp. door zaken *onrechtmatig* (cursivering van Meijers) berokkende schade op 'schuld' (cursivering van Meijers) of op 'risico' gebaseerd worden?'

Uit het vervolg blijkt dat de aanleiding niet zozeer is wat risico inhoudt, maar juist wat schuld betekent:

'In hetzelfde jaar waarin v. Oven in dit weekblad (het WPNR, TH) zijn artikelen schreef om te betoogen dat schuld volkomen synoniem is met onrechtmatig, verscheen van zijn hand in het *Nederlands Juristenblad* een opstel, waarin voortdurend twee beginselen het 'risico'- en het 'schuld'-beginsel tegenover elkaar gesteld worden. Waarom sprak v. Oven hier bijna voortdurend van 'schuld' en niet van het door hem in de eerste plaats aanbevolen begrip 'onrechtmatig'?

Meijers' antwoord:

'Hierom, omdat dan de tegenstelling zou verdwijnen.'

Dan volgt de reeds geciteerde zin:

'Want met het risico-beginsel verlaat men het terrein der onrechtmatigheid niet. Wanneer men ook zonder 'schuld' voor een kind aansprakelijk zou zijn, blijft toch nog de *onrechtmatigheid* der aangerichte schade voorwaarde voor aansprakelijkheid. Voor rechtmatig door het kind aangerichte schade behoeft een ouder niet op te komen.'

Voor schade door dieren of zaken aangericht is dit volgens Meijers

39. Meijers, Verzamelde privaatrechtelijke opstellen, deel 3 Verbintenissenrecht, p. 232.

niet anders:

‘De eigenaar van den waakhond, die een inbreker bijt, is voor schade niet aansprakelijk, want zij wordt niet onrechtmatig aangericht. Evenmin is de eigenaar van den hond, die op de kermis kunsten maakt op zoo voortreffelijke wijze, dat niemand naar naburige tenten gaat, voor deze aan zijn burens aangerichte schade aansprakelijk, omdat hier niets onrechtmatigs geschied is. De bloedhond daarentegen, die zich voor een slagerswinkel posteert en maakt dat de klanten den winkel niet durven bezoeken zou zijn eigenaar wel aansprakelijk doen worden. Het is dan ook niet het volgen van een sleur of traditie wanneer men hier op het terrein der aansprakelijkheid voor (objectief) onrechtmatige gedragingen de vraag stelt: risico of *schuld*? en niet, risico of *onrechtmatigheid*?’

Ik zou willen benadrukken dat Meijers’ betoog moet worden gesitueerd in de discussie over de verhouding tussen onrechtmatigheid en schuld, misschien wel over onrechtmatigheid in abstracto en in concreto, een discussie die nog steeds niet is uitgewoed<sup>40</sup> en wordt beheerst door terminologie- en definitieverschillen. Desniettemin komt inderdaad naar voren dat in de optiek van Meijers risico-aansprakelijkheid nog steeds een aansprakelijkheid is voor onrechtmatig veroorzaakte schade. In zijn Algemene begrippen wordt de risico-aansprakelijkheid dan ook bij de quasi-onrechtmatige daad ingedeeld.<sup>41</sup> Een quasi-onrechtmatige daad:<sup>42</sup>

‘... is een handeling in strijd met een algemene norm, doch die zich van de onrechtmatige daad hierin onderscheidt, dat aan de dader geen verwijt van zijn handeling kan gemaakt worden omdat ten aanzien van een of meer elementen het vereiste schuldelement ontbreekt.’

Opnieuw wordt duidelijk dat het gaat om aansprakelijkheid zonder schuld, niet zonder onrechtmatigheid althans onrechtmatigheid in een bepaalde zin:<sup>43</sup>

‘Een aansprakelijkheid voor onrechtmatig aan een ander toegebrachte schade zonder schuld verkrijgt men vervolgens op nog ruimer schaal wanneer degene, die een

40. Zie Van Maanen, *Onrechtmatige daad*, diss., Van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid*, diss., Spier, in *In het nu wat worden zal* (Schoordijk-bundel), p. 267 e.v. en Van Maanen en Hartlief, *Hoe werkt de onrechtmatige daad*, Nijmegen 1995.

41. Meijers, *De Algemene begrippen van het burgerlijk recht*, 1948, p. 305-306.

42. Meijers, *De Algemene begrippen van het burgerlijk recht*, 1948, p. 305.

43. Meijers, *De Algemene begrippen van het burgerlijk recht*, 1948, p. 306.

voorwerp onder zijn beheer heeft, aansprakelijk wordt gesteld voor schade, die uit een gebrek van dat goed voortvloeit.<sup>43</sup>

In het vervolg komt de kern van de aansprakelijkheden voor roerende zaken en opstallen zoals Meijers die zag nog eens naar voren:

‘Zo wordt, onverschillig of de aansprakelijke persoon het gebrek heeft kunnen kennen, de eigenaar van een gebouw aansprakelijk gesteld voor een instorting, die door een gebrek van een gebouw veroorzaakt wordt. Ook stellen vele rechtsstelsels, onverschillig of er te dien aanzien schuld aanwezig is, een eigenaar of gebruiker van een dier aansprakelijk voor schade door dat dier aangericht; een eigenaar of een exploitant van een schip voor schade door gebreken in het schip veroorzaakt, een eigenaar van een automobiel voor schade door gebreken in het automobiel, enz.’

In Meijers’ optiek gaat het om aansprakelijkheid voor onbekende gebreken, voor schuld van het voorwerp. Tegenover deze opvatting van Meijers wordt die van J. Drion gesteld: risico-aansprakelijkheid is aansprakelijkheid zonder schuld, doch ook zonder onrechtmatigheid.<sup>44</sup>

‘De kwestie is ... of in gevallen van ‘risico-aansprakelijkheid’ alleen het schuldvereiste is geschrapt en de onrechtmatigheidseis gehandhaafd blijft, dan wel ook de onrechtmatigheid der gedraging als vereiste vervalt.’

Anders dan Meijers meent Drion dat risico-aansprakelijkheid aansprakelijkheid is voor niet-onrechtmatig gedrag:

‘Wanneer hier of in het buitenland deze aansprakelijkheid wordt aangenomen of bepleit, betreft het vrijwel steeds gevallen, waar den gedaagde geen enkele onrechtmatige gedraging verweten wordt, immers geen gedraging, die rechtens verboden zou kunnen worden ... ‘Risico-aansprakelijkheid’ derhalve is normaliter aansprakelijkheid zonder dat onrechtmatig gehandeld werd en niet aansprakelijkheid voor onrechtmatig handelen buiten schuld.’

Waarom staat de discussie dan toch in de sleutel risico vs. schuld?

‘Dat men niettemin vaak risico tegenover schuld stelt, komt omdat dan schuld in ruime zin gebruikt wordt, als omvattende elementen der onrechtmatigheid; waartoe men in deze materie vooral geneigd is, omdat het hier meestal schade betreft, via inbreuk op een subjectief recht geleden.’

44. J. Drion, WPNR 3996, p. 277.

De oplossing van het raadsel van Meijers betreffende de bloedhond en de kermishond heeft uiteindelijk geleid tot de tenzij-clausule:<sup>45</sup>

‘Intussen, hoe dan Meijers’ tegenwerping te ontzenuwen, dat ook hij die in art. 1404 B.W. een toepassing van de risico-theorie ziet, toch niet in het gegeven voorbeeld van de kermishond den eigenaar aansprakelijk zou achten? De oplossing moet naar ik meen in deze richting gezocht worden. Wanneer iemand, die zelf geen norm overtrad aansprakelijk wordt gesteld voor de schade, veroorzaakt door een dier of zaak waarmee hij in een zekere verhouding staat, moet deze aansprakelijkheid beperkt blijven tot die schade, welke hij zou moeten vergoeden, indien hij zelf wel onrechtmatig en schuldig had gehandeld, bijvoorbeeld dier of zaak zuiver als instrument had gebruikt voor het toebrengen van schade. Anders zou men immers bij normovertreding minder aansprakelijk zijn, dan wanneer geen onrechtmatig gedrag te wijten was. Daarom is de eigenaar van de kermishond niet, van de bloedhond wel aansprakelijk in het door Meijers gegeven voorbeeld. Dat moet ook de beteekenis zijn van zijn opmerking, dat ‘de onrechtmatigheid der aangerichte schade voorwaarde voor aansprakelijkheid blijft’; welke andere zin kan het hebben, de onrechtmatigheid op de schade en niet op de gedraging te betrekken?

In het bijzonder Nieuwenhuis heeft in de latere literatuur fundamentele beschouwingen gewijd aan het onderwerp; in eerste instantie richten deze beschouwingen zich tegen de tenzij-clausule en de consequenties die zij zou hebben voor het karakter van de aansprakelijkheid.<sup>46</sup> Volgens Nieuwenhuis zouden de risico-aansprakelijkheden anders dan de fout-aansprakelijkheden uit afd. 6.3.1 geen gedragsnormen inhouden maar garantienormen moeten zijn; normen berustend op de realisering van bepaalde gevaren die men voor zijn rekening moet nemen.<sup>47</sup> De tenzij-clausule koppelt in zijn visie ten onrechte terug op gedragsnormen. In de parlementaire geschiedenis wordt betoogd dat een dergelijke scherpe tegenstelling niet ten grondslag zou liggen in het NBW aan het onderscheid tussen schuld- en risico-aansprakelijkheid.<sup>48</sup>

‘Enerzijds spelen bij de eisen die men in de gegeven omstandigheden aan een zaak mag stellen, gedragsnormen als veiligheidsvoorschriften en in het algemeen aan een bezitter of gebruiker van die zaak te stellen zorgvuldigheidsnormen een belangrijke rol. Anderzijds komen in het kader van de onrechtmatigheid bedoeld in artikel 6.3.1.1 en het huidige artikel 1401 B.W. geformuleerde zorgvuldigheidsnormen dichter in de

45. J. Drion, WPNR 3996, p. 277-278.

46. Nieuwenhuis, WPNR 5666 en 5771.

47. Nieuwenhuis, WPNR 5666, p. 584-585.

48. MvA II, Parl. Gesch. Boek 6 (Inv.), p. 1380.



buurt van garantienormen naar mate men ze strenger maakt; men zie bijv. de norm voor aansprakelijkheid voor wegen aangelegd door HR 9 januari 1942, NJ 1942, 295.’

Nieuwenhuis persisteert, maar kleedt zijn betoog nu iets anders in:<sup>49</sup>

‘Kan een defecte cirkelmaaier een onrechtmatige daad plegen? Een kwartslag gedraaid wordt de vraag minder bizar. Kan door een cirkelmaaier op onrechtmatige wijze schade worden veroorzaakt?’

Een gebrekkige roerende zaak of opstal zou op *onrechtmatige wijze* schade kunnen veroorzaken:<sup>50</sup>

‘Er zijn immers twee redenen om de bezitter van een defecte cirkelmaaier aansprakelijk te houden voor de aangerichte schade. In de eerste plaats, omdat hij iets heeft gedaan of nagelaten dat hij had behoren te laten of te doen (een gedragsnorm); in de tweede plaats, geheel los van de vraag of zijnerzijds van verwijtbaar gedrag sprake is, omdat hij moet instaan voor de schadelijke gevolgen van de onveiligheid van zaken waarvan hij gebruik maakt (een garantienorm).’

Nieuwenhuis ontkent niet dat zowel bij schuld- als bij risico-aansprakelijkheid veiligheidsvoorschriften een rol spelen, doch volgens hem vervullen zij een verschillende rol:<sup>51</sup> bij schuldaansprakelijkheid zouden zij als richtsnoer dienen om te bepalen of men zich verwijtbaar heeft gedragen; bij risico-aansprakelijkheid zouden deze voorschriften de grondslag vormen voor het oordeel of de zaak dan wel opstal al dan niet voldeed aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mocht stellen. Of dat veel uitmaakt, waag ik te betwijfelen. Ik kom daar nog op terug (hierna onder 6.).

In latere beschouwingen plaatst Nieuwenhuis de opvattingen van Meijers en J. Drion min of meer naast in plaats van tegenover elkaar. Fundamenteel is zijn opstel tegen de gangbare visie dat het onderscheid schuld- en risico-sprakelijkheid zou berusten op het al dan niet hoeven te maken van een verwijt:<sup>52</sup>

‘Dit gangbare beeld van het dichotome karakter van het moderne aansprakelijkheidsrecht (schuld en risico) deugt in geen enkel opzicht. Het criterium gelegen in de vraag of de aansprakelijkheid al dan niet afhankelijk is van een verwijt dat gedaagde kan

49. Nieuwenhuis, WPNR 5771, p. 98.

50. Nieuwenhuis, t.a.p.

51. Nieuwenhuis, WPNR 5771, p. 99.

52. Nieuwenhuis, RM Themis 1989, p. 194.

worden gemaakt, is als *fundamentum divisionis* voor de onderscheiding van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad enerzijds, en aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken en produkten anderzijds, volstrekt ondeugdelijk. In beide gevallen is de aansprakelijkheid gebaseerd op een tekortkoming die aan de gedaagde kan worden toegerekend, en in geen van beide gevallen is hiervoor vereist dat gedaagde hiervan een verwijt valt te maken.<sup>7</sup>

In dit kader worden Meijers en J. Drion weer opgevoerd; Meijers als degene die het terrein der onrechtmatigheid niet verlaat, J. Drion als kampioen van degenen die dat wel doen. Volgens Nieuwenhuis hebben beiden gelijk, 'omdat de botsing der meningen geen frontaal karakter draagt':<sup>53</sup> de bezitter van een opstal is inderdaad aansprakelijk ook zonder dat door hem onrechtmatig werd gehandeld. Wel is vereist dat de schade is veroorzaakt doordat de opstal niet voldeed aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mocht stellen:<sup>54</sup>

'Betekent dit niet dat voorwaarde voor aansprakelijkheid is dat de opstal in een onrechtmatige toestand verkeerde, en dat we dus toch het terrein der onrechtmatigheid niet hebben verlaten?'

Weliswaar gaat het hier niet om onrechtmatig gedrag, maar om het niet voldoen aan een rechtsnorm, die soms gedragsnorm is, soms niet:<sup>55</sup>

'Met betrekking tot aansprakelijkheid voor opstallen en produkten is steeds vereist dat de opstal of het produkt niet voldeed aan de norm die daarvoor rechtens gold, en daarin ligt de juistheid van Meijers' constatering dat we bij dit soort aansprakelijkheden het terrein van de onrechtmatigheid niet verlaten.'

Steeds gaat het volgens Nieuwenhuis om de vraag of sprake is van een tekortkoming ten opzichte van een ideaaltipe: adequaat verkeersgedrag, een veilige warmwaterkruik; dat houdt volgens hem tevens in dat de norm moet worden gepersonifieerd:

'Eveneens in beide gevallen, kunnen we de eigenschappen van deze ideaaltypen slechts ontdekken door in het voetspoor van Quintus Mucius Scaevola de rechtsnorm te personifiëren: wat zou door een zorgvuldig persoon (*a diligente*) zijn gedaan? Hoe ziet

53. Nieuwenhuis, RM Themis 1989, p. 195.

54. Nieuwenhuis, RM Themis 1989, p. 195-196.

55. Nieuwenhuis, RM Themis 1989, p. 196.



een kruik eruit die de veiligheid biedt die men mag verwachten? Het antwoord wordt verkregen door na te gaan welke kruiken een zorgvuldig producent wél, en welke hij niet in het verkeer zou hebben gebracht.<sup>7</sup>

Naar mijn mening wordt hier het beeld troebel; het is mogelijk dat het produkt weliswaar gebrekkig is doch toch in het verkeer mocht worden gebracht, bijvoorbeeld omdat de producent het gebrek niet kende noch behoefde te kennen; van onzorgvuldigheid aan de kant van de producent is dan geen sprake. Een betere vraag zou naar mijn mening zijn: wat had een producent gedaan die het gebrek kende?

In wezen is dit ook de kritiek van Spier en Sterk<sup>56</sup> op het betoog van Nieuwenhuis dat zij kort samenvatten als zaken kunnen onrechtmatig zijn hetgeen als onzorgvuldig gedrag aan personen wordt toegerekend. Spier en Sterk betogen in de eerste plaats dat eisen te stellen aan zaken niet noodzakelijkerwijs mede bepaald worden door al dan niet zorgvuldig handelen van producenten; zij geven het voorbeeld van een gebrekkig geneesmiddel waarvan niemand het gebrek kende. In de tweede plaats wijzen zij erop dat een rechtsnorm weliswaar altijd tot een rechtssubject is gericht, doch uit schending daarvan mag niet worden geconcludeerd dat het rechtssubject *dus onzorgvuldig* handelde. Zij geven het voorbeeld van een ontploffende kachel van een particulier als gevolg waarvan een gast schade lijdt; het is maar zeer de vraag of de particulier onzorgvuldig heeft gehandeld.<sup>57</sup> Een heel andere vraag is of hij aansprakelijk behoort te zijn, doch dat is naar hun mening geen vraag van onzorgvuldigheid (onrechtmatigheid) maar louter van risico. Nieuwenhuis zou kunnen tegenwerpen dat de kachel zich in een onrechtmatige toestand bevond; dat valt nog steeds vol te houden, doch dat geldt minder voor zijn personificatie van de norm; naar mijn mening is die alleen zinvol *gegeven het gebrek*; anders gezegd ervan uitgaande dat de particulier of producent het gebrek kende: degene die het gebrek kende had zijn gasten niet aan de gevaren van deze kachel blootgesteld. Degene die het gebrek niet kende, had dat waarschijnlijk wel gedaan, zonder zich als onzorgvuldig gastheer te gedragen.

Klaassen gaat in haar proefschrift een heel eind in de richting van Nieuwenhuis. Volgens haar is risico-aansprakelijkheid aansprakelijkheid zonder schuld/onzorgvuldigheid en dus aansprakelijkheid zonder

56. Spier en Sterk, RM Themis 1990, p. 263.

57. Spier en Sterk, RM Themis 1990, p. 263-264.

onrechtmatigheid; evenals Nieuwenhuis betoogt zij dat de tenzij-clausules ten onrechte terugkoppelen op gedragsnormen.<sup>58</sup> Volgens Klaassen zou de begrenzing van de risico-aansprakelijkheden kunnen worden gevonden in het tekortschieten van het dier of de zaak.<sup>59</sup> Naar haar mening blijven gedragsnormen daarbij evenmin geheel buiten beschouwing, doch al dan niet verwijtbaarheid doet niet terzake. In een recente bijdrage gaat zij in op de vraag of bij de risico-aansprakelijkheden niet elke koppeling met onrechtmatige daad moet worden losgelaten. Naar haar mening is een zekere koppeling toch noodzakelijk.<sup>60</sup> Bij de aansprakelijkheid voor personen is zij terug te vinden in koppeling aan de fout van een ander. Haar kritiek op de tenzij-clausule betreft niet de koppeling met afd. 6.3.1 bij aansprakelijkheid voor zaken als zodanig, doch de manier waarop dat is geschied. Zij wijst er met recht — ik kom daar nog op terug (hierna onder 6.) — op dat deze koppeling ook reeds wordt gerealiseerd door de koppeling van de aansprakelijkheid aan ‘gebrek’.<sup>61</sup>

‘Hierin is mijns inziens bij deze aansprakelijkheden de link met de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad gelegen; in beide gevallen treedt aansprakelijkheid pas in indien er sprake is van schade die aan een maatschappelijk ontoelaatbare situatie is te wijten. In het ene geval is dit het maatschappelijk ontoelaatbare gedrag van de aansprakelijke persoon zelf, dat deze kan worden toegerekend. In het andere geval de maatschappelijk ontoelaatbare constitutie van een zaak, die de aansprakelijke persoon wordt toegerekend.’

Risico-aansprakelijkheid staat dan ook niet tegenover aansprakelijkheid zonder schuld, zij wijst op art. 6:162 lid 3, risico-aansprakelijkheid staat volgens Klaassen zelfs niet tegenover aansprakelijkheid zonder fout; in beide gevallen gaat het om onrechtmatig veroorzaakte schade. Zij rekent zichzelf dan ook tot het kamp van Meijers.<sup>62</sup>

‘Essentieel verschil tussen beide is evenwel dat de onrechtmatigheid bij de aansprakelijkheid ingevolge art. 6:162 BW wordt beoordeeld aan de hand van het gedrag van de

58. Klaassen, diss., p. 104 en 223 e.v. Oldenhuis, RM Themis 1993, p. 159 verzet zich tegen de opvatting dat de onrechtmatigheid betrekking heeft op het gedrag van het dier en de toestand van een zaak. Volgens hem gaat dat dogmatisch te ver en is deze opvatting ook niet noodzakelijk.

59. Klaassen, diss., p. 231.

60. Klaassen, in Op recht (Struycken-bundel), p. 139-140.

61. Klaassen, in Op recht (Struycken-bundel), p. 141.

62. Klaassen, in Op recht (Struycken-bundel), p. 143.

aansprakelijke persoon, terwijl dit bij de risico-aansprakelijkheden geschiedt aan de hand van ofwel het gedrag van de persoon voor wie aansprakelijkheid bestaat ofwel het 'gedrag' c.q. de constellatie van de zaak waarvoor aansprakelijkheid bestaat. Het gedrag van de aansprakelijke persoon speelt daarbij geen rol, althans behoort daarbij — noch daadwerkelijk noch 'fictief' — niet als criterium te worden gehanteerd.'

## 5. TIJD VOOR EEN KEUZE

Tot welk kamp behoor ik? Ik laat mij niet verleiden tot het maken van een keuze tussen Meijers en J. Drion nu hun opvattingen over onrechtmatigheid en schuld niet geheel parallel lopen. Met recht heeft Nieuwenhuis aangegeven dat hun opvattingen uiteindelijk niet ver uit elkaar liggen. Ik zou menen dat de risico-aansprakelijkheden van de artt. 6:173 en 174 inhouden dat aansprakelijkheid ook zonder eigen onrechtmatig, beter: foutief, gedrag bestaat. Ik geloof dat de aansprakelijkheid zoals zij was bedoeld (hiervoor onder 3.), een aansprakelijkheid voor onbekende gebreken, voor schuld van het voorwerp, een aansprakelijkheid is die ver genoeg gaat. Met een dergelijke aansprakelijkheid neemt het BW al genoeg risico.

Of het zinvol is om te spreken van aansprakelijkheid voor een onrechtmatige toestand van de zaak waag ik te betwijfelen. Ons dogmatisch kader betreft de onrechtmatigheid tot nu toe steeds op het gedrag van personen. Nu risico-aansprakelijkheid juist kan inhouden aansprakelijkheid voor een zaak zonder dat van onrechtmatig gedrag sprake is, is het naar mijn mening verwarrend te spreken van aansprakelijkheid voor een onrechtmatige toestand of constellatie. Uiteindelijk is de tenzij-clausule in opzet nog niet zo'n slechte optie. Bij bekendheid met het gebrek zou sprake zijn van foutief gedrag van de bezitter, gebruiker of producent. Daarin zit inderdaad de koppeling met de fout-aansprakelijkheid. Ik betreur deze koppeling noch de wijze waarop zij geschiedt.

Dit betekent nl. niet dat de risico-aansprakelijkheden nauwelijks meer inhouden dan een fout-aansprakelijkheid. De risico-aansprakelijkheden gelden immers ongeacht de oorzaak van het gebrek,<sup>63</sup> met andere woorden ongeacht de vraag wie het gebrek in het leven heeft geroepen en ongeacht de vraag of de aansprakelijk gestelde het gebrek kende. Daarmee zijn enkele belangrijke verweren zoals die bij fout-aansprakelijkheid zouden kunnen worden gevoerd in dit kader

63. Even afgezien van het geval dat het gebrek kort voor het ontstaan van de schade is ontstaan als gevolg van een van buiten komende oorzaak.

niet bevrijdend. Ik kan dan ook slechts gedeeltelijk mee gaan met Cornelis die eerst opmerkt:<sup>64</sup>

‘Uit het voorgaande volgt dat art. 6.3.2.5 vnl. zijn belang ontleent aan het feit dat het verweer van onbekendheid met het gebrek (of het bijzondere gevaar) niet wordt aanvaard.’

doch vervolgens in zijn kritiek op de tenzij-clausule te ver doorschiet.<sup>65</sup>

‘Niet een risico-aansprakelijkheid maar een weerlegbaar vermoeden van schuld en/of onrechtmatigheid moet aldus in art. 6.3.2.5 worden gelezen.’

Intussen kan men zich de vraag stellen of de tenzij-clausule voor deze koppeling *noodzakelijk* is. Ik geloof inderdaad dat de oorspronkelijke tekst (‘als ware het gebrek bekend’) fraaier was en misschien was zelfs deze tekst niet noodzakelijk. Schut meent bijvoorbeeld dat het expliciet uitsluiten van een beroep op subjectieve onbekendheid met het gebrek niet nodig is, omdat een dergelijk beroep nl. zou indruisen tegen de strekking van de risico-aansprakelijkheden.<sup>66</sup> Misschien heeft hij inderdaad het gelijk aan zijn zijde. De regeling van de produktenaansprakelijkheid kent geen tenzij-clausule, zonder dat dat tot wezenlijk andere resultaten zal leiden, de regeling van de aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen kent wel een tenzij-clausule, zij het in een andere redactie (art. 6:178 sub f). Het voordeel van de clausule is dat zij niet alleen aangeeft dat bepaalde verweren niet kunnen worden gevoerd, doch tevens inscherpt dat bepaalde andere verweren wel bevrijdend zijn. Zonder formule zou dat uiteraard ook kunnen worden aangenomen, maar bestaat daar eerder onduidelijkheid over.

## 6. WORDT EEN WEZENLIJK ANDER DEBAT GEVOERD?

Hoewel aan de risico-aansprakelijkheden derhalve die betekenis toekomt dat bepaalde verweren niet kunnen worden gevoerd (onbekendheid met het gebrek; een ander heeft de gebrekkige toestand

64. Cornelis, RM Themis 1987, p. 176.

65. Cornelis, RM Themis 1987, p. 177.

66. Schut, WPNR 5365, p. 643-644.

gecreëerd danwel laten voortbestaan)<sup>67</sup> is het in veel gevallen toch de bezitter of bedrijfsmatig gebruiker die de gebrekkige toestand in het leven heeft geroepen, zodat hij deze verweren in veel gevallen hoe dan ook niet zal kunnen voeren. Hij zou dan op basis van art. 6:162 ook aansprakelijk zijn geweest. Maakt het in die gevallen uit welk karakter de aansprakelijkheid heeft? Heeft risico-aansprakelijkheid in die gevallen dan toch een meerwaarde? Het antwoord luidt bevestigend wanneer een beroep op risico-aansprakelijkheid een wezenlijk ander debat oplevert dan bij een beroep op art. 6:162. Opnieuw Nieuwenhuis neemt, aan de hand van de aansprakelijkheid van de producent, aan dat dit inderdaad het geval is:<sup>68</sup>

‘Niet langer is het gedrag van de producent het brandpunt, maar is het de hoedanigheid van zijn product, die het belangrijkste voorwerp van geschil vormt. Maakt het product al dan niet inbreuk op het recht op veiligheid van de consument (‘de veiligheid die men mag verwachten’ art. 1407b BW)?’

Het verwijt is derhalve anders; het is niet ‘uw gedrag schoot te kort’, doch ‘uw produkt deugt niet’.<sup>69</sup> Bij de vraag wanneer het produkt dan gebrekkig is zou men weer niet ontkomen aan een personificatie van de rechtsnorm:<sup>70</sup>

‘... wil de aansprakelijkheid geen bovenmenselijke proporties aannemen. Of het produkt al dan niet de veiligheid biedt die men daarvan mag verwachten, kan niet worden bepaald los van de vraag wat van een zorgvuldig producent in dit opzicht mag worden gevergd en hoe een redelijk zorgvuldig gebruiker met dit produkt zou omgaan.’

67. Voor de gelaedeerde zit de meerwaarde van risico-aansprakelijkheid soms juist in de duidelijkheid omtrent de aan te spreken persoon danwel in de mogelijkheid dat op basis van de risico-aansprakelijkheid soms een andere persoon aansprakelijk kan worden gesteld dan op basis van art. 6:162. Zie de bezitter in de zin van art. 6:173 en 174 en zie in het kader van bedrijfsmatig gebruik art. 6:181. In de parlementaire geschiedenis van afd. 6.3.2 is bij herhaling gewezen op het voordeel van duidelijkheid omtrent de aansprakelijke persoon. Het gaat hier echter niet om het geven van een exclusieve route (echte kanalisatie), zodat dubbele aansprakelijkheid en dubbele verzekering nog steeds optreden. Zie Tjittes, NJB 1995, p. 274 e.v.

68. Nieuwenhuis, RM Themis 1991, p. 266. Zie eerder al zijn RM Themis 1989, p. 199-200.

69. Nieuwenhuis, RM Themis 1989, p. 199.

70. Nieuwenhuis, RM Themis 1989, p. 199-200.

Het is mooi gezegd, maar te mooi voor woorden eigenlijk. Ik zou het debat wat preciezer willen bekijken. Hoe zou het verlopen bij gebreke van een bijzondere aansprakelijkheid voor zaken? In dat geval zou de gelaedeerde zich moeten baseren op de normale regels van fout-aansprakelijkheid. Dat betekent dat het debat voor de rechter langs de lijnen van art. 6:162 BW zal verlopen: de gelaedeerde zal stellen schade te hebben als gevolg van een onrechtmatige gedraging van de laedens die hem - in beginsel - kan worden verweten. De kern van het verhaal heeft dan veelal betrekking op een blootstelling aan een groter gevaar dan noodzakelijk was en op de omstandigheid dat bepaalde maatregelen getroffen hadden kunnen worden, doch niet waren getroffen (in het algemeen gaat het hier om de zogenaamde Kelderluikfactoren).<sup>71</sup> Uiteraard komt ook de laedens aan het woord. Hij zal op alle gestelde punten verweer kunnen voeren. Veelal zal de kern van zijn betoog betrekking hebben op de onbekendheid met het betreffende gevaar; op de onmogelijkheid (evt. in termen van kosten) om (voorzorgs)maatregelen te treffen; op een eventuele rechtvaardiging van zijn gedrag (in verband met art. 6:162 lid 2) danwel op de niet-verwijtbaarheid van zijn gedrag (in verband met art. 6:162 lid 3). In beginsel is de bewijspositie van de gelaedeerde ten opzichte van die van de laedens minder prettig. Uitgangspunt is immers dat de gelaedeerde bij betwisting zijn stellingen bewijst (art. 177 Rv.). Dat kan in het kader van schade veroorzaakt door zaken nog wel eens lastig zijn. Aan de andere kant is niet uitgesloten dat gezien de gang van zaken een vermoeden wordt aangenomen op basis waarvan de bewijslast wordt omgekeerd (*res ipsa loquitur*).<sup>72</sup>

Het is de vraag of de artt. 6:173 voor de roerende zaken en 6:174 voor de opstallen veel verlichting geven voor de gelaedeerde. Hoe verloopt het debat bij toepassing van deze bepalingen? De gelaedeerde zal het openen en stellen dat de betrokken zaak niet de veiligheid bood die hij onder de gegeven omstandigheden mocht verwachten; dat hij (althans zijn zaken) als gevolg daarvan een bijzonder gevaar liep(en) en dat een en ander bekend is (in de kring waartoe de laedens behoort). In het bijzonder de stelling dat de betrokken zaak niet de

71. Zie HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 (GJS), HR 6 november 1981, NJ 1982, 567 (CJHB), HR 9 december 1994, NJ 1996, 403 (CJHB), HR 13 januari 1995, RvdW 1995, 31 en HR 12 mei 1995, NJ 1996, 118 (JdB).

72. Vgl. in het kader van produktenaansprakelijkheid op basis van art. 1401 BW (oud) HR 24 december 1993, NJ 1994, 214.

veiligheid bood die hij onder de gegeven omstandigheden mocht verwachten zal de gelaedeerde veelal nader moeten toelichten. In veel gevallen zullen dan net als bij art. 6:162 de Kelderluikfactoren van stal moeten worden gehaald.<sup>73</sup> Ter illustratie een voorbeeld uit recente lagere rechtspraak. Het betreft een vonnis van de Rb. Breda waarin de gemeente ex art. 6:174 aansprakelijk wordt geacht voor de schade van een particulier die tijdens het storten van grof afval van het stortbordes valt.<sup>74</sup> Bij de vraag of van een gebrek sprake is, spelen dezelfde omstandigheden een rol als in het algemeen in het ongevallenrecht bij toepassing van art. 6:162 (de kans op schade, de aard van de schade, de aard van de gedraging en de bezwaarlijkheid van voorzorgsmaatregelen; de Kelderluikfactoren dus). In het bedoelde vonnis gaat het in het bijzonder om de kans op ernstige schade (een val van het bordes zou een val van 4 meter hoog inhouden) en de lage kosten van voorzorgsmaatregelen. Dat in het kader van art. 6:174 veelal dezelfde factoren een rol spelen als bij art. 6:162 bleek eerder al uit de rechtspraak met betrekking tot de aansprakelijkheid voor schade als gevolg van het rijden in een bussluis e.d. Hoewel het bekende Bussluisarrest onder vigeur van art. 1401 BW (oud) is geweest,<sup>75</sup> wordt algemeen aangenomen dat de in dat arrest gegeven regel als invulling van gebrek in de zin van art. 6:174 kan worden gezien.<sup>76</sup> In dit soort gevallen is de meerwaarde van de risico-aansprakelijkheid beperkt.<sup>77</sup> Het betreft dan gevallen waarin niet gezegd kan worden dat de stortplaats of de weg voor zijn primaire functie ongeschikt is (er is niets kapot o.i.d). De aansprakelijkheid is hier gebaseerd op het ontbreken van voorzieningen (reling, waarschuwingsborden) die niet strikt noodzakelijk zijn voor de primaire

73. Zie in dit kader ook Bolt, De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, preadvies NJV 1996, p. 182-184 en Van Dam, Aansprakelijkheid voor nalaten, preadvies Vereniging voor Rechtsvergelijking 1995, p. 50 e.v. Zie ook in het kader van art. 6:174, TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 755 en in het kader van aansprakelijkheid voor een speelwerktuig met te harde ondergrond Hof 's-Hertogenbosch 17 april 1989, BR 1990, p. 310 e.v.

74. Rb. Breda 5 december 1995, NJkort 1996, 12.

75. HR 20 maart 1992, NJ 1993, 547 (CJHB).

76. Zie bijvoorbeeld Ktr. Haarlem 27 april 1994, VR 1995, 10 en Ktr. Gouda 1 december 1994, VR 1995, 170.

77. Iets soortgelijks doet zich ook voor bij de produktenaansprakelijkheid; de maatstaf van art. 6:185 en 186 verschilt eigenlijk niet van die uit het Halcion-arrest HR 30 juni 1989, NJ 1990, 652 (CJHB).

doeleinden (het functioneren als stortplaats of als weg). Voor aansprakelijkheid is dan toetsing aan de hand van de Kelderluikcriteria noodzakelijk. In veel andere situaties waarin art. 6:174 in stelling kan worden gebracht (instortend gebouw, gescheurde tank, gat in wegdek) ligt dat anders en is met het constateren van het fysieke 'gebrek' ook min of meer de aansprakelijkheid gegeven.<sup>78</sup>

Nadat de gelaedeerde aan het woord is geweest is het vervolgens aan de laedens om het gestelde te betwisten of om een ander verweer te voeren bijv. dat hij bij bekendheid met het gebrek niet op basis van art. 6:162 BW aansprakelijk zou zijn danwel dat de benadeelde de schade (mede) aan zichzelf heeft te wijten (art. 6:101 BW).

Uiteindelijk is de positie van de benadeelde inderdaad eenvoudiger dan onder vigeur van fout-aansprakelijkheid: hij hoeft de onrechtmatigheid en verwijtbaarheid van het gedrag van de laedens niet te stellen. Bovendien staat het verweer van onbekendheid met het gebrek de laedens in beginsel niet open. Dat de benadeelde de onrechtmatigheid en verwijtbaarheid van het gedrag van de laedens niet hoeft te stellen brengt tevens een verlichting van zijn bewijspositie mee. Uiteraard zal ook bij risico-aansprakelijkheid soms gezien de gang van zaken een vermoeden kunnen worden aangenomen op basis waarvan de bewijslast wordt omgekeerd (*res ipsa loquitur*).<sup>79</sup> Doch de meerwaarde van risico-aansprakelijkheid moet ook niet worden overdreven. In het bijzonder op het punt van het stellen en eventueel bewijzen van de gebrekkigheid zal de positie van de benadeelde vaak even zwaar zijn als onder vigeur van de gewone fout-aansprakelijkheid, omdat het debat dan min of meer langs de lijnen van die aansprakelijkheid verloopt.

## 7. ENKELE SLOTOPMERKINGEN

Neemt het nieuwe wetboek meer risico dan ons recht deed in de tijd dat Wolfsbergen zijn boek over de onrechtmatige daad schreef? Het is ongetwijfeld het geval. Er zijn in ieder geval al meer (bijzondere) aansprakelijkheden dan toen het geval was. Dat onder het kleed van

78. Hoewel deze stelling bij aansprakelijkheid voor wegen misschien ook te algemeen is; niet elk gat in de weg, niet elke oneffenheid, leidt tot aansprakelijkheid.

79. In het bijzonder bij art. 6:174 wordt dat in de parlementaire geschiedenis reeds geopperd. Zie Sterk, diss., p. 238-239 die terecht aanneemt dat hetzelfde mogelijk is bij andere risico-aansprakelijkheden.



risico-aansprakelijkheid eigenlijk fout-aansprakelijkheden schuil zouden gaan, zoals sommigen beweren, kan ik niet onderschrijven. De bijzondere aansprakelijkheden van artt. 6:173 en 174 zijn aansprakelijkheden voor onbekende gebreken, met andere woorden voor schuld van de zaak en ontlener alleen al hieraan een behoorlijke meerwaarde; verschillende verweren die bij fout-aansprakelijkheid bevrijdend zouden zijn geweest zijn dat nu niet. Ook de stelling van verschillende geleerden dat de bestaande risico-aansprakelijkheden niet ver genoeg gaan, is niet de mijne. De wetgever heeft op het punt van de aansprakelijkheid voor zaken voldoende risico genomen.