

University of Groningen

## Op wie rust binnen het stelsel van art. 6:174 en 6:181 BW de kwalitatieve aansprakelijkheid voor gebrekkige opstellen?

Kolder, A.

*Published in:*  
Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade

**IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.**

*Document Version*  
Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*  
2018

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

### *Citation for published version (APA):*

Kolder, A. (2018). Op wie rust binnen het stelsel van art. 6:174 en 6:181 BW de kwalitatieve aansprakelijkheid voor gebrekkige opstellen? *Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade*, 2018(1), 9-15. [AV&S 2018/3].

### **Copyright**

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

### **Take-down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

# Op wie rust binnen het stelsel van art. 6:174 en 6:181 BW de kwalitatieve aansprakelijkheid voor gebrekkige opstallen?

HR 24 november 2017, RvdW 2017/1278 (*Schavemaker Transport BV en Schavemaker Logistics BV/Planet c.s.*)

AV&S 2018/3

## 1. Inleiding

Het te annoteren arrest bevat belangwekkende overwegingen ten aanzien van de vraag op wie in voorkomende gevallen de kwalitatieve aansprakelijkheid voor gebrekkige opstallen rust.<sup>2</sup> Art. 6:174 lid 1 BW legt deze aansprakelijkheid bij de bezitter, terwijl art. 6:181 lid 1 BW de bedrijfsmatige gebruiker van de opstal als aansprakelijke aanwijst 'tenzij het ontstaan van de schade niet in verband staat met de uitoefening van het bedrijf'. Is deze tenzij-clausule toepasselijk, dan rust de aansprakelijkheid van art. 6:174 BW (toch) niet op de bedrijfsmatige gebruiker maar op de bezitter van de opstal.<sup>3</sup> Bij eerdere gelegenheid, in HR 26 november 2010, NJ 2010/636 (*DB/Edco*), heeft de Hoge Raad zich al eens over de tenzij-clausule van art. 6:181 lid 1 BW uitgelaten. Het bedrijf Edco had goederen opgeslagen in een door opslagbedrijf DVT van eigenaar DB gehuurde opslaghal. Edco's goederen raakten beschadigd door instorting van het dak van de hal wegens een gebrek in de hemelwaterafvoer. Edco sprak DB ex art. 6:174 BW als bezitter van de opstal aan tot schadevergoeding, maar deze verwees met een beroep op art. 6:181 BW naar DVT: laatstgenoemde gebruikte de hal immers bedrijfsmatig terwijl volgens DB ook 'het ontstaan van de schade' als bedoeld in art. 6:181 lid 1 BW in verband stond met haar bedrijfsvoering. De goederen van Edco bevonden zich volgens DB namelijk in het kader van de bedrijfsvoering van DVT in de ingestorte hal. DB bepleitte dat de tenzij-clausule in art. 6:181 lid 1 BW de bedrijfsmatige gebruiker van een schadeveroorzakende opstal maar een beperkte ontsnappingsmogelijkheid biedt: het verband tussen de bedrijfsvoering en 'het ontstaan van de schade' moet al gauw als gegeven worden beschouwd. De Hoge Raad stel-

de evenwel voorop dat de tenzij-clausule van art. 6:181 lid 1 BW géén beperkte toepassing toekomt, alsmede dat 'het ontstaan van de schade' in deze clausule moet worden gelezen als 'het ontstaan van het gebrek'.<sup>4</sup> Vervolgens oordeelde de Hoge Raad dat nu het gebrek in de dakconstructie van DB's hal niet was veroorzaakt door of in verband stond met de bedrijfsvoering van DVT (opslag van goederen), bezitter DB inderdaad was belast met de aansprakelijkheid van art. 6:174 BW.<sup>5</sup>

Ook in de nu te bespreken zaak bracht een – vermeend – gebrekkige opstal schade toe, waarna de vraag rees bij wie de benadeelde voor schadevergoeding terecht kan: de bezitter óf (een van) de (betrokken) bedrijfsmatige gebruiker(s)? De Hoge Raad heeft de gelegenheid aangegrepen dossieroverstijgende overwegingen aan de toepassing van art. 6:181 BW te wijden, waarbij hij het zojuist genoemde arrest *DB/Edco* preciseert.

## 2. Feiten en procesverloop in feitelijke instanties

Aanleiding voor het geschil is een brand in een bedrijfsverzamelgebouw. Dit gebouw was onderverdeeld in van elkaar afgescheiden ruimtes (bedrijfsunits). Diverse aan elkaar grenzende units behoorden in eigendom toe aan het echtpaar Zonneveld, dat deze units exploiteerde door afzonderlijke verhuur daarvan aan de bedrijven Planet, ARS, Katalyst (hierna: Planet c.s.) en Schavemaker Logistics BV (hierna: Logistics BV). Planet c.s. gebruikte de units voor de opslag van en handel in meubilair, kleding en kopieerapparaten. De door Logistics BV gehuurde unit werd gebruikt door verschillende zustervenootschappen behorende tot de Schavemaker-groep, waaronder ook Schavemaker Transport BV (hierna: Transport BV). De unit werd in ieder geval ge-

1 Mr. A. (Arvin) Kolder is redactielid en advocaat bij PUNT Letselschade Advocaten. Tevens is hij als docent en onderzoeker verbonden aan de Rijksuniversiteit Groningen. Citeerwijze: A. Kolder, 'Op wie rust binnen het stelsel van art. 6:174 en 6:181 BW de kwalitatieve aansprakelijkheid voor gebrekkige opstallen?', *AV&S* 2018/3, afl. 1.

2 In het arrest komt ook aan de orde de vraag of een tijdens een getuigenverhoor met partijen afgesproken vervanging van een raadsheer-commissaris, eraan in de weg behoorde te staan dat het eindarrest mede door die raadsheer werd gewezen. In deze annotatie laat ik dit aspect van de zaak rusten.

3 Uit HR 1 april 2011, NJ 2011/405 (*Paard Loretta*) volgt dat binnen het stelsel van art. 6:174 en 6:181 BW steeds *hetzij* de bezitter *hetzij* de bedrijfsmatige gebruiker aansprakelijk is. De Hoge Raad spreekt van een door art. 6:181 BW bewerkstelligde 'verlegging' van aansprakelijkheid van de bezitter naar de bedrijfsmatige gebruiker. Deze 'verlegging' treedt dus niet op in geval de tenzij-clausule van art. 6:181 lid 1 BW toepasselijk is.

4 Een verband tussen het ontstaan van het gebrek en de bedrijfsuitoefening zal eerder ontbreken dan een verband tussen de bedrijfsuitoefening en het ontstaan van de – uiteindelijke – schade. Vgl. Rb. Utrecht 16 januari 2008, JA 2008/38 (*Ontbreken traprede*), waarin de aansprakelijkheid voor een gebrekkige opstal op de bedrijfsmatige gebruiker werd gelegd toen een storingsmonteur ten val kwam wegens het ontbreken van een trede in de trap naar de kelder. De rechtbank oordeelde dat 'het ontstaan van de schade' in verband stond met het bedrijf van de winkelexploitant, nu de werkzaamheden van de monteur ten behoeve van diens bedrijf plaatsvonden. De schade stond weliswaar in verband met de bedrijfsvoering van de gebruiker, maar het gebrek hield daarmee geen verband. Zie nader F.T. Oldenhuis & A. Kolder, 'Kroniek kwalitatieve aansprakelijkheid voor personen en zaken', *AV&S* 2009/5 (p. 39-40).

5 Vgl. over dit arrest ook F.T. Oldenhuis & A. Kolder, 'Kroniek kwalitatieve aansprakelijkheid voor personen en zaken', *AV&S* 2012/3 (p. 33).

bruikt door Transport BV als constructiewerkplaats voor onderhouds- en herstelwerkzaamheden aan vrachtwagens en opleggers.<sup>6</sup> Dit betrof werkzaamheden waarbij ook lasapparatuur en slijptollen werden gebruikt. Tussen het dak van het bedrijfsverzamelgebouw en de bovenzijde van de wanden tussen de verschillende units zaten open sleuven voor de ventilatie. Op zeker moment is brand uitgebroken in de door Logistics BV gehuurde unit. De oorzaak was gelegen in een (spontane) kortsluiting in de accubekabeling van een vrachtwagen van Transport BV, die in de constructiewerkplaats was gestald met het oog op een reparatie van het hydraulische systeem. De brand was via de sleuven in de scheidingswanden overgeslagen op andere units, nu daardoor brandbare rookgassen ongehinderd in andere units konden doordringen en ontbranden (ook wel ‘flashover’ of ‘backdraft’ genoemd). Ten gevolge van de brand zijn de door Planet c.s. gehuurde units en alles wat zich daarin bevond volledig verloren gegaan; de door Logistics BV gehuurde unit liep zware brandschade op. Planet c.s. hebben op kwalitatieve grondslag het echtpaar Zonneveld aangesproken als eigenaar/verhuurder van de unit waarin de brand was ontstaan (art. 6:174 BW), Logistics BV als bedrijfsmatige gebruiker van diezelfde unit (art. 6:181 BW) en Transport BV als bezitter van de bewuste vrachtwagen (art. 6:173 BW).<sup>7</sup>

### 2.1 Het oordeel van de rechtbank<sup>8</sup>

De rechtbank achtte Transport BV als bezitter van de – gebrekkige – vrachtwagen, waarin ‘zomaar’ kortsluiting was ontstaan, ex art. 6:173 BW aansprakelijk voor de door de brand bij Planet c.s. opgetreden schade. Ook Logistics BV werd aansprakelijk geacht, en wel op grond van art. 6:181 BW jo. art. 6:174 BW. Hiertoe overwoog de rechtbank dat Logistics BV de betreffende bedrijfsunit had gehuurd en heeft toegelaten dat haar zustervenootschap Transport BV die ruimte gebruikte voor het stallen van vrachtwagens en opleggers en het daaraan verrichten van brandgevaarlijke werkzaamheden. Dit terwijl de wanden van de gehuurde unit aan de bovenzijde open sleuven hadden naar de aangrenzende bedrijfsruimtes van Planet c.s., waardoor in geval van brand brandbare rookgassen gemakkelijk konden doordringen tot die ruimtes. Hoewel de door Logistics BV gehuurde bedrijfsunit volgens de rechtbank in zijn algemeenheid wellicht niet als een gebrekkige opstal aangemerkt kon worden, was deze dat in haar ogen wel ‘gelet op het type bedrijfsvoering’ dat in die unit door de Schavemaker-vennootschappen werd uitgeoefend. De ontstane schade hield volgens de rechtbank derhalve verband met de bedrijfsactiviteiten van (ook) Logistics BV. Hiermee

lag volgens de rechtbank de vordering tegen de eigenaar van de bedrijfsunit ex art. 6:174 BW voor afwijzing gereed: wanneer art. 6:181 BW toepasselijk is, rust de in art. 6:174 BW geregelde aansprakelijkheid voor gebrekkige opstallen haars inziens niet (meer) op de eigenaar/bezitter daarvan.<sup>9</sup>

### 2.2 Het oordeel van het hof<sup>10</sup>

Transport BV, de bezitter van de in brand gevlogen vrachtwagen, stelde tevergeefs hoger beroep in: evenals de rechtbank oordeelde het hof dat een (spontane) kortsluiting in de accubekabeling van de vrachtwagen een gebrek in de zin van art. 6:173 BW oplevert, alsmede dat Transport BV op die grondslag aansprakelijk is voor de daardoor ontstane brandschade. Logistics BV, de huurder van de bedrijfsunit waarin de brand ontstond, had in hoger beroep wél succes. Het hof stelde voorop dat Planet c.s. de aansprakelijkheid van Logistics BV baseert op art. 6:181 BW, omdat laatstgenoemde kwalitatief aansprakelijk zou zijn voor de schade als gevolg van gebrekkigheid van de door Logistics BV gehuurde unit vanwege het ontbreken van voldoende brandwerende voorzieningen. Vervolgens oordeelde het hof dat art. 6:181 BW toepassing mist, omdat ‘het ontstaan van de schade’ ex art. 6:181 lid 1 BW niet samenhangt met de bedrijfsuitoefening van Logistics BV. Daartoe werd overwogen dat geen verband bestaat:

“tussen het ontstaan van de brand (kortsluiting in de vrachtauto dan wel een andere, onbekend gebleven oorzaak) en de bedrijfsuitoefening (een transportonderneming). Ook het verband tussen het verdere brandverloop (met vermoedelijk een “flashover” of “backdraft” tussen de units via sleuven in de scheidingswanden) en de bedrijfsuitoefening van [Logistics BV] ontbreekt.”

Het hof liet in het midden of de unit vanwege het ontbreken van brandwerende voorzieningen ‘gebrekkig’ was in de zin van art. 6:174 BW. Reeds omdat volgens het hof tussen *het ontstaan van de brand* (en het verdere verloop daarvan) en de bedrijfsvoering van Logistics BV geen verband bestond, was in zijn ogen geen ruimte voor een op art. 6:181 BW geponde aansprakelijkheid.

## 3. De cassatieprocedure

Planet c.s. betoogt in cassatie dat Logistics BV ingevolge art. 6:181 BW jo. art. 6:174 BW weldegelijk is belast met de kwalitatieve aansprakelijkheid voor de gebrekkige bedrijfsunit. Het gebrek, zo stond in cassatie onbestreden vast, zou zijn gelegen in het ontbreken van voldoende brandwerende voorzieningen. Planet c.s. klaagt dat het hof haar navolgende stellingen heeft miskend:

- de door Logistics BV gehuurde unit diende als constructiewerkplaats voor werkzaamheden waarbij lasapparatuur en slijptollen werden gebruikt;

6 Rechtbank en hof spreken in de feitenvaststelling ervan dat de door Logistics BV gehuurde unit ‘vooral’ door Transport BV werd gebruikt, en wel als constructiewerkplaats, terwijl de Hoge Raad er meer algemeen van spreekt dat de unit als constructiewerkplaats door de verschillende vennootschappen van de Schavemaker-groep werd gebruikt. Zoals nog zal blijken, zijn in deze kwestie de precieze feitelijke verhoudingen van wettelijk belang, maar lijken deze echter nog niet helder.

7 De door Planet c.s. eveneens ingeroepen grondslag van art. 6:162 BW, zij het – anders dan de rechtbank – volgens het hof en de Hoge Raad overigens tevergeefs, laat ik in deze annotatie buiten beschouwing.

8 Zie Rb. Noord-Holland 13 februari 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:BZ5591.

9 Dit is in lijn met het al genoemde *Loretta*-arrest (‘verlegging’ van aansprakelijkheid).

10 Zie Hof Amsterdam 21 januari 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:65 en Hof Amsterdam 2 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:353.

- de unit werd ook gebruikt om vrachtauto's tijdelijk te stallen;
- het gebruik van de unit als constructiewerkplaats en als plaats om vrachtauto's te stallen, maakte deel uit van de bedrijfsuitoefening van Logistics BV;
- de unit moet als een gebrekkige opstal worden aangemerkt, omdat zij niet voldeed aan de daaraan in de gegeven omstandigheden te stellen eisen van brandveiligheid, mede gelet op de aldaar uitgevoerde activiteiten;
- er bestaat een verband tussen het gebrek in de opstal en de door Logistics BV in het kader van de uitoefening van haar bedrijf daarin uitgeoefende brandgevaarlijke activiteiten en aldaar opgeslagen brandgevaarlijke stoffen (waaronder gasflessen en zuurstofcilinders).

Plaatsvervangend P-G Langemeijer concludeerde tot verwerping van het cassatieberoep van Planet c.s. Onder verwijzing naar het arrest *DB/Edco* meende hij dat beslissend is of verband bestaat tussen enerzijds 'het ontstaan van het gebrek' aan de opstal en anderzijds het in de opstal door Logistics BV uitgeoefende bedrijf. Langemeijer wees erop dat Logistics BV als een 'transportonderneming' heeft te gelden, terwijl het hof in zijn ogen met juistheid ervan is uitgegaan dat dit bedrijf de unit niet zélf gebruikte voor het stallen of repareren van vrachtauto's. Volgens Langemeijer heeft Logistics BV 'slechts' toegestaan dat Transport BV in de betreffende unit (gevaarzettende) reparatiewerkzaamheden uitvoerde terwijl deze niet was voorzien van brandwerende voorzieningen, en tevens dat Transport BV de bewuste vrachtwagen in die unit stalde. Hierbij haalde Langemeijer ook het tweede lid van art. 6:181 BW aan, waarin is bepaald dat wanneer een opstal bedrijfsmatig wordt gebruikt door deze ter beschikking te stellen voor gebruik in de uitoefening van het bedrijf van een ander, alleen die *ander* (in dit geval Transport BV) uit hoofde van art. 6:181 BW aansprakelijk is.<sup>11</sup> Al met al achtte Langemeijer 's hofs oordeel juist, aangezien zijns inziens het door art. 6:181 lid 1 BW geëiste verband tussen het gestelde gebrek in de opstal (onvoldoende brandwerende voorzieningen) en de *eigen* bedrijfsuitoefening van Logistics BV ontbreekt.

### 3.1 Het oordeel van de Hoge Raad

De Hoge Raad deelt de visie van het hof en plaatsvervangend P-G Langemeijer niet. Hij stelt bij de beoordeling voorop dat de grondslag van de aansprakelijkheid van art. 6:174 BW – en in het verlengde daarvan ook art. 6:181 BW – voor een gebrekkige opstal is, dat deze uit het oogpunt van veiligheid niet voldoet aan de daaraan in de gegeven omstandigheden te stellen eisen en daardoor gevaar voor personen of zaken oplevert. Tot bedoelde 'omstandigheden' behoort volgens de Hoge Raad ook *het gebruik* dat van de opstal wordt

gemaakt.<sup>12</sup> Benadrukt wordt dat de gebrekkigheid van de opstal zodoende ook gelegen kan zijn 'in een eigenschap van de opstal die deze gezien het gebruik dat ervan wordt gemaakt onveilig doet zijn'.<sup>13</sup> Dan richt de Hoge Raad zich op de tenzij-clausule van art. 6:181 lid 1 BW, op grond waarvan *geen* aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker van een opstal bestaat als 'het ontstaan van de schade' niet met de uitoefening van diens bedrijf in verband staat. Dienaangaande wordt overwogen:<sup>14</sup>

"De zinsnede 'het ontstaan van de schade' is hier te verstaan als 'de verwezenlijking van het gevaar dat is verbonden aan de gebrekkigheid van de opstal'. Zoals volgt uit hetgeen hiervoor (...) is overwogen, is hieronder mede begrepen het geval waarin het gaat om de verwezenlijking van een gevaar als gevolg van bestaande eigenschappen van de opstal die deze gezien het gebruik dat ervan wordt gemaakt onveilig doen zijn."

Aansluitend stelt de Hoge Raad zijn eerdere arrest over de tenzij-clausule van art. 6:181 lid 1 BW aan de orde, en komt naar eigen zeggen met een precisering daarvan:<sup>15</sup>

"In het arrest [DB/Edco] is overwogen dat voor het ontbreken van aansprakelijkheid van degene die in de opstal een bedrijf uitoefent, nodig en toereikend is dat tussen *het ontstaan van het gebrek* en de bedrijfsuitoefening geen verband bestaat. Dit arrest behoeft (...) in zoverre precisering, dat voor het ontbreken van aansprakelijkheid van degene die in de opstal een bedrijf uitoefent, nodig en toereikend is dat tussen *het bestaan of ontstaan van het gebrek* en de bedrijfsuitoefening geen verband bestaat." (curs. AK)

Waar in het arrest *DB/Edco* nog werd geoordeeld dat 'het ontstaan van de *schade*' uit de wettekst van art. 6:181 lid 1 BW gelezen moet worden als 'het ontstaan van het *gebrek*', oordeelt de Hoge Raad nu dat 'het ontstaan van de *schade*' moet worden gelezen als 'de verwezenlijking van het gevaar dat is verbonden aan de gebrekkigheid van de opstal'. Voorts verwordt de centrale overweging uit het arrest *DB/Edco*, waaraan de Hoge Raad nog '*het bestaan*' van het gebrek toevoegt, tot een maatstaf ter operationalisering hiervan: de bedoelde verwezenlijking van het gevaar staat (in ieder geval) niet met de bedrijfsuitoefening in verband, indien 'het bestaan of ontstaan van het gebrek' in de opstal niet in verband staat met de uitoefening van het ex art. 6:181 BW aangesproken bedrijf.

Na de voornoemde dossieroverstijgende overwegingen betreffende de toepassing van art. 6:181 BW, beziet de Hoge

11 Conclusie sub 3.4. Zie ook Parl. gesch. Boek 6, p. 746, waar de wetgever toelicht dat de aansprakelijkheid steeds rust op de 'laatste in de keten' c.q. de 'eindgebruiker'.

12 Verwezen wordt naar HR 20 oktober 2000, NJ 2000/700 (*Foekens/Naim*), r.o. 3.5. In deze zaak ging het om een loods die gebrekkig werd geacht om de reden dat daarin brandgevaarlijke laswerkzaamheden werden uitgevoerd, terwijl de loods bestond uit (te) brandbaar isolatiemateriaal.

13 R.o. 5.3.2 (slot).

14 R.o. 5.3.3.

15 R.o. 5.3.4.

Raad de voorliggende kwestie. Hij wijst erop dat Planet c.s. de aansprakelijkheid van Logistics BV ex art. 6:181 BW heeft gestoeld op de stelling dat de betreffende unit wegens het ontbreken van voldoende brandwerende voorzieningen 'gebrekig' is in de zin van art. 6:174 BW. Daarop heeft het hof volgens de Hoge Raad ten onrechte geoordeeld dat Logistics BV daarvoor ingevolge art. 6:181 BW niet aansprakelijk is, omdat verband ontbreekt tussen enerzijds haar bedrijfsuitoefening en anderzijds *het ontstaan van de brand* (kortsluiting in de vrachtauto of andere onbekend gebleven oorzaak) en het verdere brandverloop (een 'flashover' of 'backdraft' tussen de units via sleuven in de scheidingswanden). Volgens de Hoge Raad had het hof namelijk moeten onderzoeken:<sup>16</sup>

"of de door Planet c.s. geleden schade het gevolg is van de verwezenlijking van het gevaar dat is verbonden aan het (gestelde) ontbreken van voldoende brandwerende voorzieningen in de door [Logistics BV] gehuurde unit, en of er voldoende verband bestaat tussen de verwezenlijking van dat gevaar en haar bedrijfsuitoefening." (curs. AK)

Het hof had moeten bezien óf de door Planet c.s. geleden schade door de gestelde 'gebrekigheid' van de opstal is veroorzaakt<sup>17</sup> en zo ja, vervolgens of 'het bestaan of ontstaan' van dat gebrek in (voldoende) verband staat met de bedrijfsvoering van Logistics BV. Voor zover het hof uitsluitend heeft onderzocht of *het ontstaan van de brand* in verband staat met de bedrijfsuitoefening van Logistics BV, is volgens de Hoge Raad een onjuiste, want te beperkte maatstaf aangelegd. Voor zover het hof heeft geoordeeld dat er geen verband bestaat tussen de verwezenlijking van het gevaar verbonden aan het ontbreken van voldoende brandwerende voorzieningen – het overslaan van de brand naar de door Planet c.s. gehuurde units als gevolg van een 'flashover' of 'backdraft' – en de bedrijfsuitoefening van Logistics BV, acht de Hoge Raad dat oordeel gelet op de aan het begin van deze paragraaf opgesomde stellingen van Planet c.s. onvoldoende gemotiveerd.

#### 4. Bespreking oordeel Hoge Raad

De grondgedachte achter de aansprakelijkheden van art. 6:173, 6:174, 6:175 en 6:179 BW – de aansprakelijkheden die in art. 6:181 lid 1 t/m 3 BW worden genoemd – is het bieden van (financiële) bescherming tegen 'gevaarlijke voorwerpen':

"Aan al deze aansprakelijkheden ligt dezelfde gedachte ten grondslag, nl. dat het hier gaat om bronnen van verhoogd gevaar en dat, zo *dit gevaar zich verwezenlijkt*,

de slachtoffers hun bescherming dienen te vinden in een aansprakelijkheid van degene die voor het uit deze bron voortvloeiende gevaar *verantwoordelijk* moet worden geacht."<sup>18</sup> (curs. AK)

De kwalitatieve aansprakelijkheid rust op degene die 'verantwoordelijk' kan worden geacht voor de verwezenlijking van het gevaar dat is verbonden aan de in art. 6:173, 6:174, 6:175 en 6:179 BW bedoelde 'gevaarsobjecten'. 'Verantwoordelijkheid' berust op haar beurt op zeggenschap.<sup>19</sup> De 'verantwoordelijke' is kort gezegd derhalve degene met de meeste invloed op de aan het betreffende gevaarsobject verbonden risico's.<sup>20</sup> Onder 'invloed op de risico's' kan in dit verband niet alleen worden begrepen het voorkomen van verwezenlijking van het aan het object verbonden gevaar, maar ook het in de hand werken of 'opwekken' daarvan.<sup>21</sup> De wetgever heeft met andere woorden beoogd de kwalitatieve aansprakelijkheid voor zaken steeds te leggen op 'degene die een grotere mate van verantwoordelijkheid draagt voor het ontstaan van de situatie die aanleiding heeft gegeven voor het ontstaan van schade'.<sup>22</sup> Uit het aspect van 'zeggenschap' vloeien de overige wel genoemde argumenten voor kwalitatieve aansprakelijkheid als 'duidelijkheid', het voorkomen van dubbele verzekeringslasten en de profijtgedachte voort of gaan daarachter als ondersteunend schuil.<sup>23</sup> Zo zal voor degene met 'zeggenschap' over (de risico's verbonden aan) de zaak veelal gelden dat deze voor de benadeelde gemakkelijk is op te sporen, het profijt van de zaak heeft en zal het tevens voor diegene voor de hand liggen desgewenst een verzekering af te sluiten. Voor de goede orde: het aspect van zeggenschap en zorg(vuldigheid) fungeert hier niet om *het gedrag* van de op kwalitatieve grondslag aangesprokene te karakteriseren (vgl. de 'foutaansprakelijkheid' van afd. 6.3.1 BW), maar om te bepalen op *wie* de kwalitatieve aansprakelijkheid behoort te rusten. Een rol voor 'zeggenschap' op het terrein van kwalitatieve aansprakelijkheid sluit aan bij de *Wilnis*-doctrine, op grond waarvan ter toepassing van het gebreksvereiste van art. 6:174 BW (en ook art. 6:173 BW) betekenis toekomt aan de voor de bezitter of

16 R.o. 5.4.2.

17 Vgl. HR 30 november 2012, NJ 2012/689 (Paalrot), r.o. 4.1, waarin de Hoge Raad al uiteenzette dat voor aansprakelijkheid op voet van art. 6:174 BW in beginsel vereist is '(i) dat de opstal niet voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen (anders gezegd: dat zij gebrekkig is), (ii) dat zij daardoor gevaar voor personen of zaken oplevert, en (iii) dat dit gevaar zich heeft verwezenlijkt'.

18 Kamerstukken II 1988/89, 21202, 3, p. 6. Zie ook Kamerstukken II 1990/91, 21202, 6, p. 2-3 en 12, alsmede Parl. gesch. Boek 6, p. 733-735 betreffende de zogeheten Vraagpuntenprocedure (i.h.b. 'Vraagpunt 15') die voorafging aan het ontwerpen van afd. 6.3.2 BW.

19 In eerdere publicaties heb ik al verdedigd dat het aspect van 'zeggenschap' een belangrijk aanknopingspunt vormt voor de toepassing van art. 6:181 BW. Zie A. Kolder, JA 2011/56 (Paard Loretta) en JA 2014/59 (Beleren paard en bezitter). Vgl. ook T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek*, diss. Amsterdam, Deventer: Kluwer 2006, p. 99; F.E. Keijzer & F.T. Oldenhuis, 'Aansprakelijkheid dieren, bedrijfsmatige gebruikers en profijt trekken', TVP 2011, afl. 3, p. 99; A.P. Schoonrood Wessels, 'De aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken, opstallen, dieren en gevaarlijke stoffen in concernverhoudingen. Enkele opmerkingen over art. 6:181 NBW en over misbruik van rechtspersonen', WPNR 6026 (1991), p. 793 en 796.

20 Vgl. in deze richting ook Tjong Tjin Tai in zijn NJ-noot onder het Loretta-arrest.

21 Kamerstukken II 1990/91, 21202, 6, p. 3 en 16; Kamerstukken II 1992/93, 21202, 15, p. 1-2.

22 Kamerstukken II 1998/99, 26219, 3, p. 104 m.b.t. de aansprakelijkheid voor ondergrondse opstallen ex art. 6:174 lid 3 BW.

23 Zie voor de diverse argumenten voor kwalitatieve aansprakelijkheid Parl. gesch. Boek 6, p. 745-747; Parl. gesch. Boek 3 (Inv. Boek 3, 5 en 6), p. 1001-1003; Kamerstukken II 1988/89, 21202, 3, p. 6; Kamerstukken II 1990/91, 21202, 6, p. 2-3.

bedrijfsmatige gebruiker van de zaak geldende gedrags- en zorgvuldigheidsnormen.<sup>24</sup> De wetgever zelf verwoordde dit aldus, dat een 'gebrekkige' toestand in de zin van art. 6:174 BW (en art. 6:173 BW) neerkomt op een dusdanige toestand dat de bezitter of bedrijfsmatige gebruiker van de zaak een onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) pleegt indien hij, hoewel bekend met deze toestand, deze onveranderd laat.<sup>25</sup>

Om de kwalitatief aansprakelijke persoon te kunnen aanwijzen, moet dus worden nagegaan wie de meeste invloed heeft op het (specifieke) gevaar dat de in art. 6:173, 6:174, 6:175 en 6:179 BW bedoelde objecten nu juist zo risicovol maakt.<sup>26</sup> Van belang is dan dat deze verschillende kwalitatieve aansprakelijkheden niet alle beogen te beschermen tegen dezelfde risico's. Zo zijn roerende zaken en opstallen (pas) 'verhoogd' gevaarlijk wanneer zij 'gebrekkig' zijn, terwijl dieren en gevaarlijke stoffen naar hun aard – vanwege de eigenschappen die zij nu eenmaal (behoren te) hebben – als 'verhoogd' gevaarlijk hebben te gelden.<sup>27</sup> Bezien we art. 6:174 BW nader,<sup>28</sup> dan beschermt deze aansprakelijkheid tegen het 'verhoogde gevaar' dat voortvloeit uit een gebrek in een opstal. De 'verantwoordelijkheid' voor de staat waarin een gebouw of werk verkeert (inspectie en onderhoud), ligt in de eerste plaats bij de eigenaar/bezitter. Óók in geval van bedrijfsmatig gebruik door een ander, is het de 'achterliggende' eigenaar die geacht wordt de meeste invloed te hebben op de aan de opstal verbonden risico's en in de beste positie te verkeren anderen tegen de mogelijk schadelijke werking daarvan te beschermen.<sup>29</sup> Zo zal bijvoorbeeld de instorting van een dak door een (verborgen) gebrek meestal losstaan van het bedrijf dat – veelal 'toevallig' – onder dat dak wordt uitgeoefend. In een dergelijk geval behoort niet de bedrijfsmatige gebruiker van de opstal – die niets van doen heeft met het schadeveroorzakende gebrek – maar de eigenaar daarvan 'verantwoordelijk' te worden gesteld.

Met de tenzij-clausule van art. 6:181 lid 1 BW heeft de wetgever een dergelijke verdeling van het aansprakelijkheidsrisico

ex art. 6:174 BW willen bewerkstelligen.<sup>30</sup> Ter toelichting op de werking van deze clausule geeft de wetgever het voorbeeld van een gebouw dat door een huurder bedrijfsmatig wordt gebruikt als kantoorruimte, terwijl voor een derde schade ontstaat als gevolg van een (verborgen) gebrek van dat gebouw. De wetgever acht het 'onredelijk' de huurder daarvoor met de kwalitatieve aansprakelijkheid van art. 6:174 BW te belasten: de opgetreden schade staat namelijk niet met de uitoefening van diens bedrijf in verband.<sup>31</sup> De situatie verschieft volgens de wetgever van kleur wanneer een gehuurd fabrieksgebouw niet bestand blijkt tegen het trillen en schokken als gevolg van daarin verrichte werkzaamheden. Alsdan houdt het ontstane gebrek wél verband met de wijze waarop de opstal wordt gebruikt, en behoort de aansprakelijkheid van art. 6:174 BW niet op de eigenaar maar op de bedrijfsmatige gebruiker te rusten.<sup>32</sup> Oftewel, in het laatste voorbeeld is het de bedrijfsmatige gebruiker die wordt geacht de grootste mate van 'verantwoordelijkheid' te dragen voor het ontstaan van de situatie die aanleiding tot de schade heeft gegeven. Met de tenzij-clausule van art. 6:181 lid 1 BW heeft de wetgever willen voorkomen dat de 'toevallige' bedrijfsmatige gebruiker van een opstal wordt belast met de kwalitatieve aansprakelijkheid van art. 6:174 BW.<sup>33</sup> Schade als gevolg van een 'eigen' gebrek van de opstal behoort telkens voor rekening en risico van de bezitter te komen, en alleen door de opstal aangerichte schade veroorzaakt door 'tot de bedrijfsuitoefening te rekenen factoren' valt onder de regel van art. 6:181 BW.<sup>34</sup>

Het door de wetgever gegeven voorbeeld van een schadeveroorzakende opstal waarin niet de eigenaar maar bedrijfsmatige gebruiker de 'meest verantwoordelijke' persoon is, ziet op een fabrieksgebouw dat niet bestand is tegen het trillen en schokken van daarin verrichte werkzaamheden. Dit betreft een 'fysieke veroorzaking' door de bedrijfsmatige gebruiker van het gebrek in de opstal. Een op art. 6:181 BW jo art. 6:174 BW gegronde aansprakelijkheid hoeft hier toe echter niet beperkt te zijn. Vaste rechtspraak is immers, hetgeen de Hoge Raad in het onderhavige arrest nog maar eens bevestigt, dat 'gebrekkigheid' ex art. 6:174 BW aan de orde is 'in alle gevallen' waarin een opstal niet voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen, waaronder ook valt het (specifieke) gebruik dat van de opstal wordt gemaakt.<sup>35</sup> Een voorbeeld biedt het al genoemde arrest HR 20 oktober 2000, NJ 2000/700 (*Foekens/Naim*), waarin een op zich deugdelijke loods gebrekkig werd

24 HR 17 december 2010, NJ 2012/155 (*Wilnis*), bevestigd in HR 30 november 2012, NJ 2012/689 (*Paalrot*). Vgl. ook HR 7 oktober 2016, NJ 2017/73 (*Stroomkabels*).

25 Parl. gesch. Boek 6, p. 755. Zie ook J.W. Hoekzema, 'Aansprakelijkheid voor de onbekendheid met het gebrek', in: A.J. Verheij & A. Kolder (red.), *Kwaliteit in het aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: BJU 2016, p. 69-87.

26 Deze redenering komt overeen met rechtseconomische inzichten, waaruit blijkt dat de kwalitatieve aansprakelijkheden voor zaken gelegd behoren te worden op degene die het beste in staat is de schadeveroorzaking te vermijden. Zie nader L.T. Visscher & J. de Mot, 'Aansprakelijkheid voor zaken in Nederland en België: een economische analyse', *AV&S* 2014/21 (p. 137-148).

27 *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 8; *Kamerstukken II* 1990/91, 21202, 6, p. 12.

28 Voor een uitwerking van deze gedachte voor de in art. 6:173, 6:175 en 6:179 BW bedoelde roerende zaken, gevaarlijke stoffen en dieren verwijs ik naar mijn – hopelijk – in het voorjaar van 2018 te verschijnen proefschrift over art. 6:181 BW. Het manuscript werd in december 2017 afgerond en lag tijdens het schrijven van de onderhavige annotatie ter goedkeuring bij de promotiecommissie.

29 Vgl. reeds G.H.A. Schut, *Rechtelijke verantwoordelijkheid en wettelijke aansprakelijkheid*, diss. Amsterdam, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1963, p. 209, met diverse verwijzingen.

30 Hierbij tekent de wetgever (Parl. gesch. Boek 6, p. 746) aan dat de bewijslast dat 'het ontstaan van de schade' niet in verband met diens bedrijfsuitoefening staat op de bedrijfsmatige gebruiker van de opstal rust.

31 Parl. gesch. Boek 6, p. 746.

32 Parl. gesch. Boek 6, p. 746.

33 Het arrest *DB/Edco*, waarin opslagbedrijf DVT als 'toevallige' gebruiker had te gelden van de aan het bedrijf DB toebehorende ingestorte opslaghal, biedt hiervan een voorbeeld.

34 Vgl. in deze zin ook de conclusie van A-G Huydecoper voor het arrest *DB/Edco*, sub 17.

35 HR 20 oktober 2000, NJ 2000/700 (*Foekens/Naim*), r.o. 3.5. Vgl. in deze richting op het terrein van de kwalitatieve aansprakelijkheid van de producent (afd. 6.3.3 BW) ook art. 6:186 lid 1 en sub b BW, waaruit volgt dat een product gebrekkig is, indien dit niet de veiligheid biedt die men daarvan mag verwachten, alle omstandigheden in aanmerking genomen en in het bijzonder *het redelijkerwijs te verwachten gebruik van het product*.

geacht omdat deze was voorzien van een soort isolatiemateriaal dat *vanwege de in de opstal verrichte brandgevaarlijke werkzaamheden* als te brandbaar werd aangemerkt. De loods was 'in de gegeven omstandigheden' gebrekkig, want ongeschikt voor het specifieke gebruik dat daarvan werd gemaakt. Of in de huidige woorden van de Hoge Raad: de gebrekkigheid van een opstal kan ook gelegen zijn in eigenschappen die de opstal *gezien het gebruik dat ervan wordt gemaakt* onveilig doet zijn.<sup>36</sup> Dit maakt duidelijk dat ook een bedrijfsunit zónder brandwerende voorzieningen zoals door Logistics BV gehuurd, 'gebrekkig' kan zijn/worden zodra daarin brandgevaarlijke activiteiten worden verricht. En zo zal een vergelijkbare door Planet c.s. gehuurde unit, die 'slechts' werd gebruikt voor de opslag van en handel in 'onschuldige' goederen als kleding, niet gebrekkig zijn wanneer brandwerende voorzieningen ontbreken. Alleen van de door Logistics BV gehuurde unit kan worden gezegd dat deze 'in de gegeven omstandigheden', namelijk gelet op het specifieke (gevaarzettende) gebruik daarvan, een te geringe bescherming bood tegen de gevaren van brand.

Een vervolgvraag is wie 'verantwoordelijk' is te achten voor de schade die is ontstaan door de door Logistics BV gehuurde (vermeend) gebrekkige bedrijfsunit. Dat betreft zoals reeds gezegd degene die als 'hoofd- of eindverantwoordelijke' heeft te gelden voor het ontstaan van de situatie die aanleiding heeft gegeven voor het ontstaan van schade. De Hoge Raad oordeelt dat onder 'het ontstaan van de schade' in art. 6:181 lid 1 BW moet worden begrepen 'de verwezenlijking van het gevaar verbonden aan de gebrekkigheid van de opstal'. In beide gevallen wordt hetzelfde beoogd: de bedrijfsmatige gebruiker van een opstal is alleen kwalitatief aansprakelijk wanneer de door een gebrek in die opstal toegebrachte schade voldoende samenhangt met diens bedrijfsvoering. In de onderhavige zaak diende zodoende beoordeeld te worden of voldoende verband bestaat tussen de bedrijfsvoering van Logistics BV en de verwezenlijking van het gevaar verbonden aan het ontbreken van voldoende brandwerende voorzieningen (te weten het overslaan van de brand naar andere units via sleuven in de scheidingswanden). De toets van het hof, of verband bestond tussen *het ontstaan van de brand* in de vrachtwagen en de bedrijfsvoering van Logistics BV, was dan ook niet juist. Die beoordeling lijkt vooral te zijn geënt op de gebrekkigheid van de vrachtwagen (art. 6:173 BW), terwijl het echter om de gebrekkigheid van de opstal ging (art. 6:174 BW; het ontbreken van voldoende brandwerende voorzieningen) en het daaruit voortvloeiende gevaar (het overslaan van de brand naar andere units).

Het is in mijn ogen de vraag of Logistics BV wel 'verantwoordelijk' is te achten voor de gebrekkigheid van de bedrijfsunit en (de verwezenlijking van) het daaruit voortvloeiende gevaar. Daartoe is haar wijze van gebruik van de opstal van belang: verrichtte zijzelf brandgevaarlijke activiteiten in de loods, of had zij de loods daarvoor nu juist ter beschikking gesteld aan Transport BV? Het hof en ook plaatsvervangend

P-G Langemeijer zaten op dit laatste spoor en meenden zodoende dat Logistics BV ex art. 6:181 BW niet 'verantwoordelijk' gesteld kon worden voor de brandschade. Hoewel haar motivering dit niet volkomen duidelijk maakt, leek de rechtbank te menen dat ook Logistics BV zélf brandgevaarlijke activiteiten in de door haar gehuurde unit verrichtte, en wees haar als (mede-)verantwoordelijke aan. De exacte rol van Logistics BV lijkt derhalve niet geheel duidelijk, terwijl duidelijkheid op dat punt wel van wezenlijk belang is voor de beoordeling van de aansprakelijkheid ex art. 6:181 BW in dit geval. Na verwijzing zal de juistheid van de door Planet c.s. ingenomen stellingen (opsomming par. 3) dan ook – als nog – nauwkeurig onderzocht moeten worden. Wat in ieder geval wel al vaststaat, is dat Transport BV brandgevaarlijke activiteiten verrichtte in de door Logistics BV gehuurde unit. Zou na verwijzing blijken dat óók Logistics BV zelf dergelijke activiteiten in de unit verrichtte (het zou blijkens de stellingen van Planet c.s. gaan om gevaarzettende reparatiewerkzaamheden en/of de opslag van brandgevaarlijke stoffen), dan komt een hoofdelijke aansprakelijkheid van beide bedrijven ex art. 6:181 BW jo. art. 6:174 BW (bedrijfsmatige medegebruikers van dezelfde unit) geraden voor.<sup>37</sup> Zou na verwijzing echter blijken dat de *eigen* bedrijfsvoering van Logistics BV geen brandgevaarlijke activiteiten inhoudt, dan behoort alleen Transport BV – náást haar aansprakelijkheid voor de gebrekkige vrachtwagen ex art. 6:173 BW – ingevolge art. 6:181 BW de aansprakelijkheid voor de gebrekkige unit ex art. 6:174 BW te dragen.<sup>38</sup> In dit laatste geval is sprake van een 'terbeschikkingstelling' van de unit door Logistics BV aan Transport BV die valt onder de in *lid 2* van art. 6:181 BW omschreven situatie, met een (exclusieve) aansprakelijkheid van 'de laatste in de keten' tot gevolg.<sup>39</sup> Anderzijds, denkbaar zou nog kunnen zijn de redenering dat het door een ander (hier: Transport BV) laten gebruiken van de bewuste loods voor brandgevaarlijke werkzaamheden tot voor art. 6:181 BW relevante bedrijfsactiviteiten van Logistics BV wordt gerekend, met eveneens een hoofdelijke aansprakelijkheid ex art. 6:181 *lid 1* BW jo. art. 6:174 BW van beide bedrijven tot gevolg. Een dergelijke uitkomst lijkt zich echter moeizaam te verdragen met de bedoeling van de wetgever om ter zake van één gebeurtenis ook zoveel mogelijk maar bij één (rechts)persoon, de 'eindverantwoordelijke', een kwalitatieve aansprakelijkheid te leggen.<sup>40</sup> Zodoende zou ook nog denkbaar kunnen zijn het scenario, vooral nu het gaat om concernverhoudingen, dat Logistics BV een zodanig overheersende zeggenschap heeft over de

36 R.o. 5.3.2, herhaald in r.o. 5.3.3.

37 Vgl. over deze mogelijkheid *Kamerstukken II* 1991/92, 21202, 9, p. 8.

38 De benadeelde kan in beginsel alle in aanmerking komende aansprakelijkheden aan zijn vordering ten grondslag leggen of kiezen voor de voor hem meest gunstige grondslag. Uiteraard krijgt hij zijn schade maar eenmaal vergoed, zie *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 9; *Kamerstukken II* 1990/91, 21202, 6, p. 11.

39 In mijn nog te verschijnen proefschrift verdedig ik overigens dat *lid 2* van art. 6:181 BW gemist kan worden, aangezien de gewenste uitkomst al wordt bereikt door de toepassing van het – aan de hand van 'zeggenschap' in te vullen – gebruiksbegrip van art. 6:181 *lid 1* BW. Voorts meen ik dat ook *lid 3* van art. 6:181 BW met betrekking tot gevaarlijke stoffen overbodig is, nu het daarmee beoogde resultaat al voortvloeit uit art. 6:175 lid 1 en 2 BW.

40 Parl. gesch. Boek 6, p. 746; *Kamerstukken II* 1988/89, 21202, 3, p. 8.

bedrijfsvoering van Transport BV, dat niet (ook) laatstgenoemde maar alleen Logistics BV als ‘verantwoordelijke’ voor het schadeveroorzakende gebrek heeft te gelden.<sup>41</sup> De in deze kwestie gepubliceerde stukken bieden echter geen aanknopingspunten voor een dergelijk vergaande ‘bemoeienis’ van Logistics BV met zustervenootschap Transport BV.

## 5. Afronding en conclusie

Na HR 26 november 2010, *NJ* 2010/636 (*DB/Edco*) en HR 1 april 2011, *NJ* 2011/405 (*Paard Loretta*), heeft de Hoge Raad zich wederom op dossieroverstijgende wijze uitgelaten over het in 1992 ingevoerde art. 6:181 BW.<sup>42</sup> Het onderhavige arrest past naadloos bij de gedachte dat de in afd. 6.3.2 BW opgenomen kwalitatieve aansprakelijkheden voor zaken behoren te rusten op degene met de meeste zeggenschap over c.q. invloed op de aan die zaken verbonden ‘verhoogde’ gevaren.<sup>43</sup> De aansprakelijkheid van art. 6:174 BW berust – in plaats van bij de bezitter – alleen dan bij de bedrijfsmatige gebruiker van de opstal, indien het schadeveroorzakende gebrek in (voldoende) verband met diens bedrijfsvoering staat. De wetgever heeft de ‘toevallige’ bedrijfsmatige gebruiker willen ontzien, hetgeen tot uitdrukking is gebracht met de tenzij-clausule van art. 6:181 lid 1 BW. Daarbij koos de wetgever voor het beknopte criterium ‘het ontstaan van de schade’. De Hoge Raad spreekt nu van ‘de verwezenlijking van het gevaar dat is verbonden aan de gebrekkigheid van de opstal’, een scherpere formulering waarmee de bedoeling van de wetgever beter tot uitdrukking komt.<sup>44</sup>

Met deze verscherpte formulering had de Hoge Raad mijns inziens overigens ook kunnen volstaan: het voorheen in het arrest *DB/Edco* door hem nog geformuleerde criterium ‘het ontstaan van het gebrek’ trad destijds in de plaats van het wettelijke ‘het ontstaan van de schade’, en zou nu derhalve eveneens als achterhaald beschouwd kunnen worden. Toch ziet de Hoge Raad nog een rol weggelegd voor het – door hem en passant nog met ‘het bestaan’ van het gebrek aangevulde – criterium uit het arrest *DB/Edco*, en wel ter operationalisering van zijn ‘nieuw’ geformuleerde criterium betreffende ‘de verwezenlijking van het gevaar verbonden aan de gebrekkigheid’. In deze benadering was het in mijn ogen echter niet nodig ‘het ontstaan van het gebrek’ uit *DB/Edco* nog uit te breiden met ‘het bestaan’ van het gebrek. Met een *normatieve* uitleg van ‘het ontstaan’ van het gebrek is namelijk telkens al de meest aangewezen kwalitatief aansprakelijk te achten, althans wel in de casus waarover

de Hoge Raad nu had te oordelen.<sup>45</sup> ‘Het ontstaan’ van het gebrek wordt in deze redenering niet feitelijk of in fysiek opzicht uitgelegd – het gaat niet erom wie ‘verantwoordelijk’ is voor de oorsprong van het gebrek in de zin van het allereerste ontstaan of de allereerste aanwezigheid daarvan –, maar beslissend is wie ‘verantwoordelijk’ is voor het ontstaan van de situatie waarin het gebrek in de opstal schadelijk werd c.q. zich manifesteerde. Zodoende ziet ‘het ontstaan’ van het gebrek niet enkel op gevallen van fysieke veroorzaking van een gebrek door de bedrijfsmatige gebruiker van een opstal, maar ook op gevallen waarin een bepaalde (hier: brandgevaarlijke) bestemming aan een opstal wordt gegeven die *daardoor* onveilig is/wordt. In de onderhavige zaak zou aldus gezegd kunnen worden dat de gebrekkigheid van de door Logistics BV gehuurde unit (pas) *ontstond* op het moment dat daarin brandgevaarlijke activiteiten werden verricht.

Sterker nog, of ter toepassing van de tenzij-clausule van art. 6:181 lid 1 BW nu van een verband tussen de bedrijfsvoering en ‘het ontstaan van de schade’ (wettekst art. 6:181 lid 1 BW), ‘het ontstaan van het gebrek’ (arrest *DB/Edco*), ‘het bestaan of ontstaan van het gebrek’ dan wel ‘de verwezenlijking van het gevaar verbonden aan de gebrekkigheid’ (het onderhavige arrest) wordt gesproken, steeds is de gedachte hetzelfde: de kwalitatieve aansprakelijkheid behoort te rusten op degene die als ‘hoofd- of eindverantwoordelijke’ heeft te gelden voor de door het gebrek in de opstal aangerichte schade.<sup>46</sup> Dit betreft een feitelijke kwestie die telkens nauw is verweven met de specifieke omstandigheden van het voorliggende geval. Nu in de onderhavige kwestie de rol van Logistics BV in relatie tot de opgetreden brandschade nog altijd niet helder voorkomt, lijkt vooral daar nog een taak voor de verwijzingsrechter weggelegd. Niet uitgesloten is dat deze met betrekking tot Logistics BV, zij het aan de hand van een andersluidende motivering, uiteindelijk tot hetzelfde oordeel komt als het nu op het punt van art. 6:181 BW door de Hoge Raad nog gecorrigeerde hof.

41 Vgl. voor deze mogelijkheid *Kamerstukken II* 1991/92, 21202, 9, p. 8.

42 Voor de volledigheid noem ik ook nog HR 29 januari 2016, *NJ* 2016/173 (*Paard Imagine*), over de vraag of de rechtsregel uit HR 8 oktober 2010, *NJ* 2011/465 (*Hangmat*) met betrekking tot medebezitters van opstallen (art. 6:174 BW) kan worden doorgetrokken naar medebezitters en *bedrijfsmatige medegebruikers* van dieren (art. 6:179 BW jo. art. 6:181 BW).

43 Zie voor deze gedachte en een nadere uitwerking daarvan mijn nog te verschijnen proefschrift.

44 In mijn nog te verschijnen proefschrift omschrijf ik de op grond van art. 6:173, 6:174, 6:175 en 6:179 BW kwalitatief aansprakelijke als ‘degene met (de grootste mate van) zeggenschap over het schadeveroorzakende element waartegen de betreffende kwalitatieve aansprakelijkheid beoogt te beschermen’.

45 Zie voor een *normatieve* uitleg van het in art. 6:174 BW opgenomen gebreksbegrip zelf reeds HR 17 december 2010, *NJ* 2012/155 (*Wilnis*), waarover o.a. F.T. Oldenhuis, ‘Hoge Raad zet in Wilniszaak rem op te ruime risicoaansprakelijkheid’, *NJB* 2011/567 (p. 668–672).

46 In mijn nog te verschijnen proefschrift verdedig ik overigens dat de tenzij-clausule van art. 6:181 lid 1 BW gemist kan worden, aangezien de gewenste uitkomst ook hier al wordt bereikt door de toepassing van het – aan de hand van ‘zeggenschap’ in te vullen – gebruiksbegrip van art. 6:181 lid 1 BW.