

wpnr

Weekblad voor
privaatrecht, notariaat
en registratie

24 sept 1983 jaargang 114 nr 5666

WPNR – Uitgave van de
Koninklijke Notariele
Broederschap 't Hoenstraat 5
2596 HX s-Gravenhage
Postbus 96827
2509 JE 's-Gravenhage
Telex 32419 KNB NL

Ereredacteur

mr Ph A N Houwing

Redacteuren

mr J M Polak,
prof mr A G Lubbers,
mr J van Soest,
W Heuff,
J J M de Vries,
prof mr W G de Vries,
mr J H Linders,
prof mr H C F Schoordijk,
prof mr P van Schilfgaarde,
mw mr I S Joppe

Redactie-secretaris

mr P C T Hengeveld

Bureau-redacteur

mw mr M L T Snelder

Redactie-adres/Notariele

personeelsadvertenties
postbus 96827,
2509 JE s-Gravenhage
telefoon 070-469697*
telex 32419 KNB NL

Advertentie-exploitatie, abonnementen

en losse nummers
Uitgevers Wyt & Zonen b v,
Pieter de Hoochweg 111
3024 BC Rotterdam
Postbus 268
3000 AG Rotterdam
telefoon 010-762566*
aangesloten op telecopier
telex 21403
postgiro 58458
Jaarabonnement
f 154,35 incl BTW
Losse nummers
f 5,- incl BTW

Vormgeving en druk

Drukkerij Wyt & Zonen b v

ISSN 0165-8476

Inhoudsopgave

- 581 Prof mr J H Nieuwenhuis De
grenzen van de aansprakelijkheid
voor gebrekkige zaken
- 590 Mr A L G A Stille De afdeling
in het verenigenrecht gere-
geld? (w o 17 725)
- 593 Mr F J A van der Velden
Boekbespreking 'Algemene be-
schouwingen over de Eenvormi-
ge wet op de internationale koop
van goederen in historisch per-
spectief', door mr Guda G Oly
- 597 Rechtsvragenrubriek
- 599 Mededelingen
- 600 Benoemingen, overlijden, enz
- 600 Vakaturenstaat notariaat

De grenzen van de aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken

MR J H NIEUWENHUIS*

Inleiding

Het recht houdt niet van het onbegrensde. Te ver doorgedreven verkeert het in onrecht. *Summum ius, summa iniuria*. Modern gesproken: de rechtsregel moet wijken als zijn onverkorte toepassing naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.¹

Ook het aansprakelijkheidsrecht ontkomt niet aan begrenzing. Weliswaar staat hier voorop het beginsel van *volledige* schadevergoeding², maar de draagwijdte van dit uitgangspunt wordt terstond gehalveerd door slechts voor vergoeding in aanmerking te laten komen die schade die in redelijkheid, kan worden toegerekend aan de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust. Toerekening binnen redelijke grenzen. De redelijkheid van de gevonden grens wordt bepaald door, onder andere, de aard van de aansprakelijkheid (art 6:194) Schuld of risico, dat is in dat verband een van de belangrijkste gezichtspunten.

'Het voor ons recht uitzonderlijke karakter van deze aansprakelijkheid, verbonden aan het in eigendom hebben van een bouwwerk, voor zonder schuld veroorzaakte schade, geeft grond voor die aansprakelijkheid een nauwer verband tussen de schade en de gebeurtenis die daartoe de aanleiding gaf – de gehele of gedeeltelijke instorting van een gebouw – te verlangen dan bij toepassing van art 1401 kan worden geëist.'

(HR 13 juni 1975, NJ 1975, 509)

Nauwere grenzen bij risico- dan bij schuld aansprakelijkheid. Het is de vraag of na invoering van het NBW 'het voor ons recht uitzonderlijke karakter' van de aansprakelijkheid zonder schuld nog kan dienen ter rechtvaardiging van deze beperking.

Risico-aansprakelijkheid voor zaken vormt in het NBW niet een uitzondering, maar integendeel een hoeksteen van het aansprakelijkheidsrecht. Ervaringen in het buitenland met een zelfstandige aansprakelijkheid voor zaken maken het bovendien waarschijnlijk dat deze artikelen een prominente plaats gaan innemen in procedures waarin schadevergoeding wordt gevorderd. Wel blijft het ook in het nieuwe recht nodig de grenzen nauwer te trekken dan bij schuld aansprakelijkheid. Daar gaat het immers om aansprakelijkheid voor vermijdbare schade. In de artt 6:325 e v wordt de bezitter van de zaak echter aansprakelijk gesteld ook voor schade die hij redelijkerwijs niet kon vermijden. Verzekering van een dergelijke aansprakelijkheid is dan te meer geboden en vandaar de noodzaak van een niet te ruime en niet te schaars gebakende grens.

Om te bereiken dat de aansprakelijkheid draagbaar althans verzekeraar blijft kunnen twee wegen worden ingeslagen: beperking van de aansprakelijkheid tot een maximumbedrag per gebeurtenis en verscherping van de eisen voor de vestiging van de aansprakelijkheid en de vergoedbaarheid van de schade. Het NBW volgt beide wegen.

'Opdat de aansprakelijkheid die ter zake van schade kan ontstaan niet hetgeen redelijkerwijs door verzekering kan worden gedekt, te boven gaat, kunnen bij algemene maatregel van bestuur bedragen worden vastgesteld waarboven de aansprakelijkheid zich niet uitstrekt. Afzonderlijke bedragen kunnen worden bepaald naar gelang van onder meer de aard van de gebeurtenis, de aard van de schade en de grond van de aansprakelijkheid' (art 6:19:12b)³.

* Hoogleraar aan de Rijksuniversiteit te Leiden

1 Zie bijvoorbeeld art 6:112 lid 2 NBW

2 Zie over dit beginsel in het NBW Bloembergen Mon Nieuw BW B-34, blz 8

3 Nog niet vastgesteld

De eerste stap op deze weg is gemakkelijk gezet. Grote problemen liggen voorbij de eerste bocht. Hoe moet een hier bedoelde algemene maatregel van bestuur eruit zien? Wat indien de zaak schade heeft toegebracht aan een groot aantal personen wier gezamenlijke vorderingen het maximum overschrijden? Wie het eerst komt, het eerst maalt? Of zal naar analogie met het faillissementsrecht een verificatieprocedure worden ingericht? Het wachten is op de eerste maatregel van bestuur die uitvoering geeft aan art. 6:19-12b.

De tweede weg vormt het onderwerp van dit opstel. De aansprakelijkheid voor zaken wordt in het NBW ook begrensd door nadere eisen te stellen aan de vestiging van de aansprakelijkheid en de vergoedbaarheid van de schade. Maakt de aldus bereikte grens een redelijke toerekening mogelijk?

De sphinx spreekt: 'tenzij ook indien'

In het kippenhok van Claessens is door een erkend installateur, in strijd met de voorschriften, een niet geaard stopcontact aangelegd. Enige jaren later wordt monteur Swinkels dodelijk getroffen door elektrische stroom als hij een boormachine aansluit op het stopcontact.

Is Claessens jegens de echtgenote van Swinkels aansprakelijk? De Hoge Raad overweegt met betrekking tot deze vraag:

'dat de burgerrechtelijke verantwoordelijkheid te dezen moet worden beoordeeld naar de beginselen, neergelegd in art. 1401 BW, welke beginselen medebrengen, dat voor de gevolgen van een aan iemand overkomen ongeval een ander slechts dan aansprakelijk kan worden gesteld, wanneer het ongeval aan zijn schuld, of mede aan zijn schuld te wijten is'⁴

In verband hiermee had het Hof aandacht behoren te schenken aan het verweer van Claessens dat hij als landbouwer het verschil niet kende tussen een stopcontact met en zonder randaarde en ook niet geacht kan worden over een dergelijke technische wetenschap te beschikken.

Na invoering van het NBW verloopt het debat over de aansprakelijkheid langs een geheel andere baan. Dan wijst art. 6:32-5 de weg:

'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 en zaken oplevert, is wanneer dit gevaar zich verwezenlijkt, aansprakelijk (...)

Het verweer van Claessens dat hem geen verwijt treft is niet van belang. Het nieuwe recht schept voor dit geval een risico-aansprakelijkheid. Een stopcontact dat niet is geaard voldoet niet aan de eisen die men aan een zodanige zaak in de gegeven omstandigheden (een kippenhok) mag stellen. Bovendien is van algemene bekendheid dat te kort schietende elektrische voorzieningen bijzondere gevaren voor personen en zaken opleveren.

Een zaak die niet voldoet aan de eisen die men in de gegeven omstandigheden aan een zodanige zaak mag stellen. Reeds uit de redactie van art. 6:32-5 blijkt dat het hier een normatief criterium⁵ betreft. Fysieke aantasting van de zaak is noodzakelijk noch voldoende. Niet noodzakelijk de contactdoos in het kippenhok van Claessens verkeerde in een perfecte conditie, toch voldeed zij niet aan de eisen die men aan een zodanige zaak in de gegeven omstandigheden mocht stellen. Niet voldoende een

vosseklem die door roestvorming degelijk is geblokkeerd, is door deze fysieke aantasting juist ongevaarlijk geworden en daarmee buiten het bereik van art. 6:32-5 geraakt.

In het komende recht concurreren twee vormen van aansprakelijkheid: een persoonlijke aansprakelijkheid gebaseerd op een eigen onrechtmatige daad van Claessens en een kwalitatieve, gegrond op Claessens' hoedanigheid van bezitter van een 'gebrekkige' zaak.⁶ Welke verhouding bestaat er tussen beide aansprakelijkheidsvormen? De ontwerpers beogen een hechte band. Hun oogmerk is de aansprakelijkheid voor zaken 'te enten op de regeling betreffende onrechtmatige daad'.⁷ Dit streven werd gegoten in een formule, die ook na langdurige meditatie zeker niet al haar geheimen prijsgeeft. De zojuist geciteerde bepaling heeft een intrigerend vervolg:

'tenzij ook indien hij dit gevaar op het tijdstip van het ontstaan ervan zou hebben gekend, aansprakelijkheid op grond van de vorige afdeling⁸ zou hebben ontbroken.'

Hoe ver reikt de beperkende werking van deze clausule? Zeker is dat Claessens er geen baat bij vindt. Als hij het gevaar zou hebben gekend toen het ontstond, dat wil zeggen enige jaren voor het dodelijk ongeval, zou hij zonder twijfel een onrechtmatige daad plegen door vervanging van de onveilige contactdoos achterwege te laten. Maar wanneer leidt het inroepen van het 'tenzij ook indien' wel tot verval van de aansprakelijkheid? Een korte excursie in de ontstaansgeschiedenis van deze bepaling verheldert veel, niet alles.

De vrolijke kermishond

De tenzij-clausule berust op een vondst van J. Drion, lid van het driemanschap dat de boeken vijf en zes ontwierp.⁹ Drion ontwikkelde zijn visie als reactie op een curieus raadsel opgegeven door Meijers:

Op zoek naar het wezen van de risico-aansprakelijkheid ontmoet Meijers twee honden¹⁰: een kermishond die 'kunsten maakt op zoo voortreffelijke wijze, dat niemand naar de naburige tenten gaat' en een bloedhond 'die zich voor een slagerswinkel posteert en maakt dat de klanten den winkel niet durven bezoeken'. Waarom, zo vraagt Meijers, is de eigenaar van de kermishond niet aansprakelijk voor de schade en de eigenaar van de bloedhond wel? Omdat, luidt zijn antwoord, in het eerste geval de schade niet onrechtmatig wordt aangericht. Meijers vermeldt dit opmerkelijke voorbeeld ter ondersteuning van zijn stelling dat 'men met het risicobeginsel het terrein der onrechtmatigheid niet verlaat'. Aldus is risico-aansprakelijkheid een aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad waaruit een element is weggesneden: het schuldvereiste.

Volgens Drion vervalt bij risico-aansprakelijkheid zowel het schuld- als het onrechtmatigheidsvereiste. Maar hoe is dan te verklaren dat de eigenaar van de kermis-

4 HR 1 maart 1963, NJ 1964 12

5 Vergeving voor dit pleonasme

6 De term 'gebrekkig' is in dit opstel steeds stenografie voor niet voldoen aan de eisen die men in de gegeven omstandigheden aan een zodanige zaak mag stellen.

7 Parl. Gesch. boek 6, blz. 748

8 Afdeling 6:31 (De algemene bepalingen van de onrechtmatige daad)

9 Zie over de ontstaansgeschiedenis van deze clausule vooral K. W. Brevet, *Ars Aequi* XV, blz. 244 e.v.

10 E. M. Meijers, *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen* III, blz. 232

hond niet aansprakelijk is? In het antwoord van Drion ligt tevens de sleutel tot begrip van de 'tenzij' clausule in art 6325 e v

'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, en van de bloedhond wel aansprakelijk in het door Meijers gegeven voorbeeld'¹¹

Het doel van de tenzij-clausule in het NBW is er voor te zorgen dat de aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken 'geen verdere gevolgen heeft dan een aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad zou hebben'

De toepassing van de artt 6325 e v dient steeds plaats te vinden tegen de achtergrond van de regeling van de onrechtmatige daad. Deze achtergrond geeft aan binnen welke grenzen de risico-aansprakelijkheid moet blijven, zij mag immers niet verder reiken dan de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. Dit wordt bereikt door slechts te abstraheren van de vereisten onrechtmatigheid en schuld, terwijl de overige elementen van de onrechtmatige daad, zoals causaal verband en relativiteit, ter begrenzing van de aansprakelijkheid gehandhaafd blijven. Een verdere beperking is gelegen in de uitsluiting van aansprakelijkheid als het gebrek is ontstaan zo kort voor het intreden van de schade dat de bezitter van de zaak ook bij onmiddellijke wetenschap van het gebrek de schade niet meer had kunnen voorkomen.

Het is zeker dat de tenzij-clausule een waardige uitdaging vormt voor de scherpzinnigheid van advocatuur en rechterlijke macht. Ook is het zo dat de aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken moet worden begrensd. Risico-aansprakelijkheid betekent niet absolute aansprakelijkheid. Maar het lijkt ook geen twijfel dat een redelijke begrenzing niet wordt gevonden door de aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken te snijden naar de maat van de onrechtmatige daad. Een regeling 'geent' op de onrechtmatige daad kan geen rijpe vruchten dragen. Waarom niet?

Schuld

Een paard is geen zebra zonder strepen. Wel zijn beide dieren nauw verwant, maar een karakterisering van het paard langs de weg van abstractie (het wegdenken van een zebra-eigenschap) vormt een grove miskenning van zijn eigensoortigheid. Risico-aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken is geen gecoupeerde onrechtmatige daad. Ook hier leidt de methode van abstractie (het wegsnijden van enkele elementen uit de onrechtmatige daad) tot een sterk vertekend beeld van het karakter van deze aansprakelijkheidsvorm. Dat risico-aansprakelijkheid in eerste instantie wordt uitgedost als quasi-delict is overigens zeer begrijpelijk. De wet der spaarzaamheid¹² vergt dat het recht nieuwe ontwikkelingen zoveel mogelijk tracht te vatten binnen de bestaande kaders. Vaak biedt dit slechts tijdswinst. De voegen barsten als het soortelijk gewicht van de nieuwe tendensen te groot wordt. Dit moment is bijvoorbeeld aangebroken wanneer de aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken wordt gebaseerd op een onweer-

legbaar vermoeden van schuld. Dan is de geest van het klassieke delictenrecht geweken.

Is de eigenaar van een niet-geaard stopcontact aansprakelijk voor ongevallen die daardoor worden veroorzaakt? Slechts indien hem verwijt treft, aldus de Hoge Raad, zich daarbij beroepend op 'de beginselen neergelegd in art 1401 BW'¹³. Geen aansprakelijkheid zonder schuld. Deze traditionele kern van het aansprakelijkheidsrecht berust zeker op overwegingen van morele aard: de vrijheid van het individu tot ontplooiing met als keerzij de verantwoordelijkheid voor misbruik van die vrijheid. Maar even zeker vormen economische argumenten een belangrijker verklaring voor het hoogtij van de schuld als draagvlak en begrenzing van de aansprakelijkheid. De expansie van handel en industrie zou al te zeer worden geremd als het enkele feit dat daarbij schade wordt toegebracht aan derden reeds voldoende zou zijn om de ondernemer aansprakelijk te stellen. Het slachtoffer dient zijn schade zelf te dragen, tenzij hij bewijst dat de veroorzaker onrechtmatig en verwijtbaar heeft gehandeld.

Drie aspecten zijn verbonden aan het beginsel 'geen aansprakelijkheid zonder schuld'. De benadeelde kan zijn schade slechts verhalen op de pleger van de onrechtmatige daad als de veroorzaking van de schade verwijtbaar, vermijdbaar en voorzienbaar was. Het zijn in letterlijke zin 'aspecten', drie kanten van dezelfde zaak: geen aansprakelijkheid zonder schuld. Als de aansprakelijkheid steeds dient te berusten op een verwijt dan ligt het voor de hand dat zij ontbreekt als de gedaagde de schade niet kon vermijden of redelijkerwijs niet kon voorzien. Overmacht en leer der adequate veroorzaking vormen, zo gezien, de natuurlijke grenzen van een aansprakelijkheid gebaseerd op schuld.

Op welke pijlers rust de risico-aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken?

Een drankenautomaat, in staat geheel zelfstandig koffie, thee en chocola te serveren, begint vervaarlijk te sissen en explodeert enkele seconden later.

Het is zeer wel mogelijk dat ter zake van dit evenement de eigenaar geen verwijt treft, terwijl hij evenmin de explosie kon vermijden, noch ook haar in redelijkheid kon voorzien. Aansprakelijkheid voor niet verwijtbare, niet vermijdbare en niet voorzienbare schadeveroorzaking. Zo is de risico-aansprakelijkheid slechts negatief gekwalificeerd. Duidelijk is waarop zij *niet* berust, namelijk schuld. Waarop berust zij *wel*?

De automatisering van de techniek

De techniek versterkt de menselijke hand. Tussen duim en wijsvinger kan ik een walnoot kraken. Aan een kokosnoot moeten een hamer en beitel te pas komen. De techniek heeft echter niet alleen de hand versterkt maar zich daarvan ook los gemaakt. Een stenen vuistbijl helpt wel de hand maar kan haar niet missen. Bij het geautomatiseerde lasapparaat dat onder toezicht van een computer aan de lopende band autocasco's monteert, is de lichamelijke aanwezigheid van de mens geheel overbodig. Mogelijk werd deze ontwikkeling van handwerktuig tot automaat doordat drijfkracht werd geput uit bronnen buiten

¹¹ J. Drion WPNR 3996

¹² Zie hierover R. Jhering, Das Gesetz der Sparsamkeit (Die Kunst sich zu behelfen), Geist des Römischen Rechts III, 1 par 56

¹³ HR 1 maart 1963, NJ 1964, 12

het menselijk lichaam: stoom, electriciteit, kernenergie.

De automatisering van de techniek heeft voor het recht twee consequenties. Een vuistbijl treft een omstander. Afgezien van opzet kan slechts onhandigheid van de gebruiker de oorzaak zijn (geen schade zonder schuld). De explosie van de drankenautomaat is echter mogelijk, zonder dat de eigenaar iets heeft gedaan of nagelaten waardoor dit ongeval is teweeggebracht. Ook de schadeveroorzaking is op ruime schaal geautomatiseerd. Vele zaken waarmee de moderne mens zich heeft omringd, vormen een zelfstandige bron van gevaren. Maar dit betekent tevens dat het leerstuk van de onrechtmatige daad (een doen of laten) een weinig comfortabele haven biedt voor een aansprakelijkheid voor zaken.

Een tweede aspect hangt hier ten nauwste mee samen. Dat allerlei zaken zelfstandig, zonder toedoen van hun eigenaar, schade kunnen toebrengen, laat onverlet dat hieraan vrijwel steeds een menselijk verzuim ten grondslag ligt. Alleen: voor het slachtoffer is het vaak ondoenlijk de schuldige te traceren. Een drankenautomaat explodeert niet 'zomaar'. Heeft wellicht de fabrikant een ondeugdelijk product geleverd? Of heeft de installateur het apparaat onjuist afgesteld? Ook is mogelijk dat het mechanisme is ontregeld door een ontevreden consument die zijn woede heeft gekoeld op de installatie.

De techniek heeft zich los gemaakt van de menselijke hand. Allerlei zaken vormen een zelfstandige bron van gevaren die ook bij de grootst mogelijke oplettendheid niet volledig kunnen worden beheerst. De vraag rijst hoe moet het recht hierop reageren? De komst van moderne energiebronnen als electriciteit en kernkracht laat zien dat drie wegen open liggen.

Aansprakelijkheid op grond van een garantienorm

Het meest radicaal is uiteraard een totaal verbod. De uitkomst van een thans gevoerde Brede Maatschappelijke Discussie kan heel wel zijn dat het opwekken van kernenergie dat nu nog is toegestaan aan enkele vergunninghouders, volledig zal worden verboden.

Hiernaast is denkbaar dat een samenleving het gemak van een nieuwe techniek zozeer op prijs stelt dat zij gaarne bereid is de slachtoffers op de koop toe te nemen. Ook bij nauwgezette naleving van de zeer scherpe veiligheidsvoorschriften zal het gebruik van electriciteit blijven leiden tot enkele tientallen dodelijke ongevallen per jaar. Onze samenleving draagt dit tolgedelaten.

Met betrekking tot de zaken die ondanks de daaraan verbonden gevaren door de maatschappij worden geaccepteerd, kan het aansprakelijkheidsrecht nog twee kanten op. In de eerste plaats is het mogelijk dat de schade veroorzaakt door een zaak slechts dan tot aansprakelijkheid van de bezitter leidt als deze iets heeft gedaan of nagelaten dat hem valt te verwijten. Ter zake van elektrische voorzieningen is dit, zoals we zagen, de benadering van de Hoge Raad.¹⁴

In de tweede plaats is er de weg van het NBW:

'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 (...)' (art. 6.3.2.5.).

Ongevallen veroorzaakt door te kort schietende elektrische apparatuur leiden in de nabije toekomst tot aansprakelijkheid van de bezitter ook zonder dat hij iets heeft ge-

daan of nagelaten dat hem kan worden verweten. De bezitter is aansprakelijk wanneer dit gevaar zich verwezenlijkt. De structuur van deze bepaling verschilt hemelsbreed van het patroon dat wordt gevolgd in art. 1401 (art. 6.3.1.1. NBW). Daar wordt de aansprakelijkheid vastgeknoopt aan een verwijtbare schending van een gedragsnorm (een doen of nalaten). Art. 6.3.2.5. gaat daarentegen uit van een garantienorm.¹⁵ De aansprakelijkheid treedt in wanneer een nader bepaald gevaar zich verwezenlijkt. Het gedrag van de bezitter blijft bij de toepassing van dit artikel buiten beschouwing. Uit het voorgaande bleek ook reeds waarin de rechtvaardiging van deze garantienorm moet worden gezocht. Wij hebben ons, met ieders instemming, omringd met allerlei zaken die ondanks de grootst mogelijke controle zo nu en dan falen en dan bijzondere gevaren scheppen. Het verlot tot het gebruik van deze zaken heeft echter zijn prijs: het opkomen voor de schade voortvloeiend uit de realisering van die gevaren.

Waar loopt de grens?

De bezitter van een zaak (...) is aansprakelijk wanneer dit gevaar zich verwezenlijkt,

'tenzij ook indien hij dit gevaar op het tijdstip van het ontstaan ervan zou hebben gekend, aansprakelijkheid op grond van de vorige afdeling zou hebben ontbroken.'

Doel van deze clause is de aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken te enten op de regeling van de onrechtmatige daad. De aansprakelijkheid voor zaken dient binnen de perken van het delictenrecht te blijven. De tenzij-clausule moet duidelijk maken 'van welke eisen voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad nu eigenlijk wordt geabstraheerd'. De aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken mist de vereisten onrechtmatigheid en schuld, maar blijft, in de visie van het ontwerp, gebaseerd op de overige elementen van de onrechtmatige daad: causaal verband, relativiteit en schade die wat betreft omvang en soort voor vergoeding in aanmerking komt.

Nu zijn dit inderdaad belangrijke thema's, ook ter begrenzing van de risico-aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken. Alleen: 'de vorige afdeling', de regeling van de onrechtmatige daad biedt op dit punt geen enkele inspiratie. Dit vloeit voort uit de structurele verschillen tussen beide aansprakelijkheidsvormen: de één berustend op de schending van een gedragsnorm, de ander op de realisering van bepaalde gevaren die men voor zijn rekening moet nemen.

Voor zover relevant voor de aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken zijn de thema's relativiteit, causaal verband en omvang en vergoedbaarheid van de schade geregeld op het punt waar in het NBW alle draden uit het aansprakelijkheidsrecht samenkomen: afdeling 6.1.9. Vooral art. 6.1.9.4. is hier van belang.

'Voor vergoeding komt slechts in aanmerking schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend.'

14. HR 1 maart 1963, NJ 1964, 12.

15. Het instaan voor de schadelijke gevolgen van een gebeurtenis ook al kan de garant geen enkele invloed uitoefenen op het al dan niet plaatsvinden van die gebeurtenis.

In deze bepaling worden causaal verband, relativiteit en omvang en vergoedbaarheid van de schade voegloos aaneengesmeed. Toerekening als gevolg van de gebeurtenis mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade. Komt bijvoorbeeld de stagnatieschade die is veroorzaakt door de instorting van een naburig gebouw voor vergoeding in aanmerking? Ter toelichting van art 6:194 merkt de Memorie van Antwoord hierover op

'Zo zal bij een aansprakelijkheid die berust op art 6:327 letselschade door neerstorten van delen van een gebrekkige opstal eerder in voldoende verband staan met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, dan bijvoorbeeld bedrijfsschade, geleden door iemand die in verband met de instorting niet van een aangrenzend perceel of weggedeelte gebruik heeft kunnen maken. Artikel 6:327 heeft immers veeleer het oog op het gevaar van schade die door de gebrekkigheid van de opstal aan personen en zaken wordt toegebracht, dan op het gevaar voor mogelijke bedrijfsschade.'¹⁶

Vergoedbaarheid van de schade (letselschade dan wel bedrijfsschade), causaal verband (is er voldoende verband?) en relativiteit (wat is de strekking van deze aansprakelijkheidsvorm?) worden in deze passage in een greep gevat. Bovendien wordt duidelijk hoezeer de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad te kort schiet als maatstaf ter begrenzing voor gebrekkige zaken. Stagnatieschade als gevolg van een onrechtmatige daad komt immers wel voor vergoeding in aanmerking (Vgl. HR 1 juli 1977, NJ 1978, 84. Door onoplettendheid wordt een gasbuis vernield waardoor een steenfabriek enige uren verstoken blijft van de toevoer van aardgas).

Ook het eigenlijke relativiteitsvereiste zoals dit is opgenomen bij de algemene bepalingen van de onrechtmatige daad (art 6:312) is zeer slecht toegerust om de omvang van de risico-aansprakelijkheid voor zaken te begrenzen.

'Geen verplichting tot schadevergoeding bestaat, wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden.'

De bezitter van een gebrekkige zaak is toch juist aansprakelijk ook zonder dat door hem enige norm is geschonden.

De conclusie is dat weliswaar causaal verband, relativiteit en omvang en vergoedbaarheid van de schade belangrijke gezichtspunten zijn ter beperking van de aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken, maar dat de enting op de regeling van de onrechtmatige daad met behulp van de tenzij-clausule meer schaadt dan baart. Niet alleen hebben deze thema's in het NBW elders onderdak gevonden, maar ook leiden zij, toegepast op de risico-aansprakelijkheid voor zaken tot heel andere resultaten dan in het kader van de onrechtmatige daad.

Een schoorsteen valt

Toch is de belangrijkste troef van de tenzij-clausule nog in het spel.

'De auto van A staat geparkeerd voor het huis van zijn buurman (B). 's Nachts ontstaat ten gevolge van enkele windstoten van orkaankracht een scheur in de – deugdelijk gebouwde – schoorsteen van het huis van B. Korte tijd later stort de schoorsteen op de auto van A.'

Wie moet de schade dragen? De (verzekeraar van de) eigenaar van de auto, of de (verzekeraar van de) eigenaar van het huis? We stuiten hier, althans naar het oordeel van de ontwerpers, op een reeel probleem: wat indien de schade het gevolg is van een gebrek in de zaak dat op zijn beurt is teweeggebracht door een van buiten komende oorzaak? Wat is in dat geval de oorzaak van de schade: het gebrek of de van buiten komende oorzaak? De Memorie van Antwoord

'Zo zal bij omwaaien van een fabrieksschoorsteen – ook bij een windkracht die in het algemeen een beroep op overmacht zou kunnen rechtvaardigen – altijd wel een gebrek zijn aan te wijzen dat door de wind aan de schoorsteen is toegebracht, eer zij volledig omstortte. De vraag of de schade door een gebrek van de zaak of door de wind is veroorzaakt, is dan niet zonder nadere maatstaf te beantwoorden. In de hier bedoelde wending ligt een zodanige maatstaf opgesloten: de aansprakelijkheid ontbreekt, 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.'¹⁷

De schoorsteen stort op de auto korte tijd na het ontstaan van de scheur. Hoe kort? Deze vraag wordt van cruciaal belang onder het nieuwe recht. Is dit enkele seconden dan gaat de eigenaar van het huis vrijuit want dan had hij ook bij onmiddellijke bekendheid met de aanwezigheid van de scheur de schade niet kunnen voorkomen. Is daarentegen een kwartier verlopen tussen het ontstaan van het gebrek en de beschadiging van de auto, dan is de eigenaar wel aansprakelijk. Hij had in dat geval immers maatregelen kunnen treffen ter voorkoming van de schade (de buurman waarschuwen zodat deze zijn auto kon verplaatsen). Let wel, de vraag is niet of de eigenaar van het huis wist van de scheur in zijn schoorsteen, de tenzij-clausule bevat een loutere hypothese: *gesteld dat* hij onmiddellijk kennis had gedragen van de aanwezigheid van de scheur, dan zou hij de schade nog hebben kunnen voorkomen.

De zwakke steen van de tenzij-clausule ligt in haar liypothetische karakter. In het kader van een aansprakelijkheid voor zaken gebaseerd op schuld is de vraag of de eigenaar het gebrek in de zaak kende, en zo ja vanaf welk tijdstip, van het grootste gewicht. Dan immers vormen voorzienbaarheid en vermijdbaarheid van de schade belangrijke argumenten ter rechtvaardiging van zijn aansprakelijkheid. Wanneer echter deze maatstaf, ontleend aan de schuldaansprakelijkheid, wordt beroofd van zijn reële lading en wordt overgeplant naar een aansprakelijkheidsvorm die nu juist wordt gekenmerkt doordat hij *niet* berust op de voorzienbaarheid en vermijdbaarheid van de schade, dan leidt dit tot een volstrekt willekeurige enclave in de aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken. Immers voor allerlei niet voorzienbare en niet vermijdbare schade wordt de bezitter van een gebrekkige zaak aansprakelijk gesteld, ook met betrekking tot gebreken die zijn teweeggebracht door van buiten komende oorzaken (weersinvloeden, handelingen van derden e.d.). Alleen voor gebreken ontstaan zeer kort voor het intreden van de schade wordt een uitzondering gemaakt.

Nu zou men kunnen menen dat deze met de tenzij-clausule beoogde uitzondering beslist nodig is om de nieuwe risico-aansprakelijkheid voor zaken binnen verzekerbare grenzen te houden. Grote verwachtingen op dit punt

16 Parl. Gesch. boek 6, blz. 344

17 Parl. Gesch. boek 6, blz. 748

zijn echter ijdel Emge opwaartse druk op de premielast van aansprakelijkheidsverzekeringen zal zeker het gevolg zijn van de invoering van de risico-aansprakelijkheid voor zaken Maar het is zeer de vraag of de 'tenzij-clausule' in dit opzicht veel soelaas biedt Veel waarschijnlijker is het dat de proceskosten verbonden aan de onzekerheid over de draagwijdte van de tenzij-clausule de baten voortvloeiend uit deze in ieder geval minimale beperking van de aansprakelijkheid ruim zullen overtreffen Het bewijsrisico ter zake van de tenzij-clausule rust bovendien op de verzekerde Er pleit veel voor naar komend recht de eigenaar van een schoorsteen die als gevolg van een scheur in het metselwerk omlaag stort aansprakelijk te stellen, niet alleen wanneer tussen het ontstaan van de scheur en het intreden van de schade enkele uren zijn verlopen, maar ook wanneer dit een kwestie van seconden was

Betekent dit dat de begrippen overmacht en vreemde oorzaak uit de regeling van de aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken kunnen worden gebannen? Hiertoe besluiten men niet te snel In andere landen waar reeds een lange ervaring bestaat met betrekking tot een zelfstandige aansprakelijkheid voor zaken, wordt, ter begrenzing van die aansprakelijkheid, veelal een beroep gedaan op leerstukken als force majeure, cause étrangere, hogere Gewalt en unabwendbares Ereignis Maar waren het goede ervaringen?

Frankrijk

De eersten zullen de laatsten zijn Wat het eerst komt, loopt het eerst achter Londen had veel eerder straatverlichting dan Amsterdam, maar in 1925 waren het in Londen gaslampen, terwijl Amsterdam toen was voorzien van elektrische verlichting Ook het recht is onderworpen aan Romeins Wet van de Remmende Voorsprong¹⁸ In Parijs werd veel eerder een zelfstandige aansprakelijkheid voor zaken ontwikkeld dan in Den Haag Dit biedt de gelegenheid de Nederlandse regeling terstond op moderner leest te schoeien De kinderziekten verbonden aan de ontwikkeling van de Franse aansprakelijkheid voor zaken kunnen worden vermeden

De fundering van de Franse regeling is tweeslachtig De toepassing van art 1384 Code Civil berust op 'une conception dualiste () a la fois une presumption de faute et une obligation de garantie'¹⁹ De opzet is bovendien zeer ruim aansprakelijkheid voor zaken, niet slechts gebrekkige en/of gevaarlijke zaken Om de omvang van de aansprakelijkheid binnen aanvaardbare grenzen terug te dringen moest vervolgens worden gezocht naar een mechanisme ter bereiking van dit doel In Frankrijk werd dit gevonden in de eis van causaal verband De 'gardien' is slechts aansprakelijk als de zaak kan worden aangemerkt als de 'cause generatrice' en als keerzijde hiervan de schade niet het gevolg is van een 'cause étrangere' Een ander brengt bijvoorbeeld mee dat de exploitant van een badinrichting niet aansprakelijk is als een bezoeker plotseling flauw valt tegen de buizen van de centrale verwarming en brandwonden oploopt De zaak heeft dan een zuiver passieve rol gespeeld Eveneens vervalt de aansprakelijkheid als de schade het gevolg is van een 'cause étrangere' Daarvan kan slechts sprake zijn als het evenement onvoorzienbaar en onvermijdbaar was (imprevisible en irresistible) Vooral de eis van imprevisibilite heeft in Frankrijk geleid tot een even weelderige als subtiele jurisprudentie Is een laag olie op de weg voorzienbaar of niet? In een als gevaarlijk aangeduide bocht wel, verborgen in een plas water niet 'Les fluctuations et les incertitudes de la jurisprudence, sur ce point, illustrent l'imper-

fection du systeme'²⁰ De Franse ervaringen met de vreemde oorzaak als middel om de aansprakelijkheid voor zaken binnen redelijke grenzen te houden, noden niet tot navolging

Duitsland

Het Duitse recht kent een rijke traditie op het gebied van de zogeheten 'Gefahrungshaftung', aansprakelijkheid, niet gebaseerd op schuld, maar op de overweging dat wie bijzondere gevaren schept de schadelijke gevolgen daarvan voor zijn rekening dient te nemen Thans is deze aansprakelijkheidsvorm neergelegd in een reeks speciale wetten Alom wordt echter de opneming van een algemene bepaling in het BGB bepleit²¹

De grootste gemene deler van de Gefahrungshaftung wordt gevormd door het element 'besondere Gefahr' Niet is vereist dat de zaak gebrekkig is Deze ruime opzet vergt inperking De Gefahrungshaftung wordt begrensd door hogere Gewalt

'Hogere Gewalt ist ein betriebsfremdes, von aussen durch elementare Naturkräfte oder durch Handlungen dritter Personen herbeigeführtes Ereignis, das nach menschlicher Einsicht und Erfahrung unvorhersehbar ist, mit wirtschaftlich ertraglichen Mitteln auch durch die äusserste nach der Sachlage vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt nicht verhütet werden oder unschädlich gemacht werden kann und auch nicht wegen seiner Häufigkeit vom Betriebsunternehmung in Kauf zu nehmen ist'

Geen criterium om jaloers op te zijn Vallen de uitkomsten van deze maatstaf met enige zekerheid te voorspellen?

Een elfjarige jongen raakt ernstig gewond (brandwonden) doordat zijn vlieger in aanraking komt met een hoogspanningskabel Is de electriciteitsmaatschappij geheel of gedeeltelijk aansprakelijk voor de schade?

Volgens Nederlands recht is de electriciteitsmaatschappij zeker *niet* aansprakelijk Naar huidig recht niet omdat schuld ontbreekt, naar komend recht niet omdat uit niets blijkt dat de hoogspanningskabel 'niet voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen'

In het Duitse recht, dat deze beperking niet kent, ontkomt de electriciteitsmaatschappij slechts aan aansprakelijkheid als het voorval voor haar 'hogere Gewalt' zou opleveren De Duitse rechter oordeelde tot in hoogste instantie²² dat in deze situatie daarvan geen sprake was Terwijl in andere gevallen contact met een volstrekt deugdelijke hoogspanningsleiding wel als 'hogere Gewalt' werd aangemerkt, gebeurde dat hier niet De electriciteitsmaatschappij moest de helft van de schade voor haar rekening nemen Gezien zijn 'eigen schuld' diende het slachtoffer de andere helft te dragen

Nogmaals de wijze waarop in het Duitse recht ter begrenzing van de aansprakelijkheid voor zaken het be-

18 J Romein, De dialectiek van de vooruitgang, opgenomen in Historische lijnen en patronen Amsterdam 1976, blz 57 e v

19 J Carbonnier, Droit civil 4 Les obligations, blz 397

20 Alex Weill-François Terre Droit civil, les obligations blz 813

21 Zie het overzicht bij Erwin Deutsch, Haftungsrecht Köln 1976, blz 382 e v

22 BGHZ 7, blz 338

grip 'hohere Gewalt' wordt gehanteerd inspireert niet tot receptie²³ Daar is ook te minder reden voor nu het nieuwe Nederlandse recht, anders dan het Duitse, de aansprakelijkheid beperkt tot gevallen waarin de schade is veroorzaakt door een gebrek in de zaak

Belgie

'On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est cause par le fait () des choses que l'on a sous sa garde'

Drie manieren om een tekst te lezen. Wat betekenen deze woorden? Niets (Nederland), aansprakelijkheid veroorzaakt door zaken (Frankrijk), aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door *gebrekkige* zaken (Belgie). Geen betere illustratie van de betrekkelijke waarde, niet van de wet, maar van de tekst van de wet dan art. 1384 Code Civil (art. 1403 lid 1 BW). In Belgie heeft men 'fait de la chose' reeds vroeg gelezen als 'vice de la chose'. De schade moet zijn veroorzaakt door een *gebrek* in de zaak. Hoe het gebrek is ontstaan (door overmacht, door een daad van een derde) doet voor de aansprakelijkheid jens de benadeelde niet ter zake. Weliswaar wordt in de Belgische rechtspraak veelvuldig een beroep gedaan op een 'vreemde oorzaak' maar dit geschiedt bij wege van tegenbewijs tegen de stelling van de benadeelde dat de schade door een gebrek van de zaak is veroorzaakt. Met andere woorden: de gedaagde tracht aan te tonen dat de schade niet door een gebrek van de zaak is teweeggebracht maar door een vreemde oorzaak²⁴.

Is de schade veroorzaakt door een gebrek van de zaak? Dat is in het Belgische recht de allesoverheersende vraag. En hoewel het niet zo is dat de antwoorden op deze vraag steeds helder klinken, is het wel zeker dat gezien de opzet van art. 6:325 e.v. het komende Nederlandse recht het meest kan leren (en afleren) van de Belgische ervaring.

Nederland na 198....

Aansprakelijkheid voor de schade veroorzaakt door zaken (Frankrijk), gevaarlijke zaken (Duitsland), gebrekkige zaken (Belgie), zaken waarvan bekend is dat zij, zo zij niet voldoen aan de eisen die men in de gegeven omstandigheden aan zodanige zaken mag stellen, een bijzonder gevaar voor personen of zaken opleveren (Nederland na invoering van het NBW).

De modernste regeling is tevens de minst ruime. Art. 6:325 lijkt de Belgische en Duitse vereisten te combineren: gebrek en bijzonder gevaar. Nu is het zeer de vraag of door de eis van een bijzonder gevaar de aansprakelijkheid sterk zal worden ingesnoerd. Hoe gevaarlijk is een bijzonder gevaar? Van welke zaken is bekend dat zij, zo zij niet voldoen, een bijzonder gevaar opleveren? Een vloerkleed? Een cafeterras? Een baal stro? Litigieuze zaken uit de Belgische rechtspraak²⁵. Achteraf bezien liggen de bijzondere gevaren steeds voor de hand. Een bezoeker komt lelijk te vallen doordat een vloerkleed wegglijdt, doordat hij uitglijdt over roomijs dat op een cafeterras is terechtgekomen, een baal stro vat vlam en veroorzaakt brand in een tankstation.

Gering van omvang zal blijken de rubriek van zaken die weliswaar juist door hun gebrekkige staat letsel- of zaakschade toebrengen, maar die mettemin niet vallen onder het bereik van art. 6:325 omdat niet bekend is dat zij een bijzonder gevaar opleveren.

Toch heeft de combinatie 'gebrek' en 'bijzonder gevaar' in art. 6:325 e.v. goede zin. Het gaat hier echter

niet om twee criteria die onafhankelijk van elkaar moeten worden toegepast maar om een combinatie van twee factoren die elkaar over en weer bepalen. Een bijzonder gevaar is een gevaar dat voortvloeit uit het gebrek van de zaak. Anderzijds is een 'gebrek' een eigenschap van de zaak die haar gevaarlijk maakt. Geen van beide constateringیں spreekt vanzelf. Cirkelzagen en butagasflessen zijn gevaarlijke zaken, gevaarlijker doorgaans dan postzegels en boullonblokjes. Maar het zijn niet dit soort gevaren waarop de wetgever het oog gericht heeft. De regerings-commissaris licht dit toe.

'Aan ieder bierflesje is het algemene gevaar verbonden dat het schade kan veroorzaken indien het van twintig meter hoogte naar beneden valt. Voor deze schade beoogt artikel 6:325 geen risico-aansprakelijkheid te scheppen, wel voor schade die het gevolg is van het feit dat het flesje explodeert als gevolg van een zwakke plek in het glas. Slechts in dit geval kan men zeggen dat de zaak niet voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen'²⁶.

'Bijzonder gevaar' in art. 6:325 betekent gevaar dat voortvloeit uit een gebrek van de zaak. Cirkelzagen vallen niet onder deze bepaling, gebrekkige cirkelzagen wel.

Omgekeerd wijst de term 'bijzonder gevaar' de richting waarin het begrip 'gebrek' moet worden uitgelegd. Wanneer voldoet de zaak niet aan de eisen die men in de gegeven omstandigheden aan een zodanige zaak mag stellen? Het antwoord verschilt al naar gelang het kader waarin de vraag wordt gesteld. Gebeurt dit ter bepaling van de rechten van de teleurgestelde koper (art. 7:127) dan gaat het om heel andere gebreken dan bij de toepassing van art. 6:325. Een fles met bier dat is verschaald doordat de kroonkurk de fles niet deugdelijk afsloot, voldoet stellig niet aan de eisen die men in het licht van de koopovereenkomst aan die zaak mocht stellen. Een gebrek in de zin van art. 6:325 levert dit echter niet op²⁷. Daar is het gebrek steeds op te vatten als een tekortkoming die de zaak in de gegeven omstandigheden gevaarlijk maakt. Kortom, bij de vraag of de zaak voldeed aan de koopovereenkomst gaat het in de eerste plaats om eisen van bruikbaarheid, bij toepassing van de artt. 6:325 e.v. betreft het daarentegen steeds eisen van veiligheid.

Gebrek en causaal verband

Het NBW beoogt de risico-aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken met behulp van de tenzij-clausule te enten op de regeling van de onrechtmatige daad. Dit om te voorkomen dat de aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken verder zou reiken dan die uit onrechtmatige daad. Hierbij wordt vooral gedacht aan de eis van causaal verband²⁸.

23 Ook in Duitsland wordt aangedrongen op het laten vallen van 'hohere Gewalt' als beperking van de 'Gefährdungshaftung'. Vgl. Michael R. Will, Quellen erhöhter Gefahr München 1980, blz. 296 e.v.

24 Zie Ludo Cornelis, De buitencontractuele aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door zaken. Antwerpen 1982, blz. 117 en 187 e.v.

25 Vermeld in Tijdschrift voor Privaatrecht Gent/Leuven 1980, nr. 4, blz. 1237 e.v.

26 Parl. Gesch. boek 6, blz. 749.

27 De 'parallel' die in de Parlementaire Geschiedenis (boek 6, blz. 747) wordt getrokken tussen de omschrijving in art. 6:325 en titel 7:1 (Koop) is dan ook van voornamelijk terminologische aard.

28 Parl. Gesch. boek 6, blz. 748.

Voor zover het hier gaat om wat thans te boek staat als toerekening naar redelijkheid is de verwijzing naar de afdeling over de onrechtmatige daad misplaatst. Dit leerstuk heeft in het NBW elders onderdak gevonden (art 6:194). Zoals bovendien reeds bleek, vormen de grenzen van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad in het geheel geen goede afbakening van de omvang van de risico-aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken.

Maar er is nog de 'echte' causaliteit. Is sprake van sine qua non-verband tussen de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust en de schade. Ook voor deze eis die ligt besloten in art 6:325 is een verwijzing naar de vorige afdeling (onrechtmatige daad) niet nodig en dus verwarrend. De bezitter is aansprakelijk wanneer *dit* gevaar zich verwezenlijkt. Dit gevaar, dat wil zeggen het gevaar veroorzaakt door het gebrek van de zaak. De aansprakelijkheid op grond van art 6:325 is afhankelijk van een sine qua non-test met een eigen signatuur: zou de schade zonder het gebrek niet, of niet in die vorm, zijn ingetreden. Om nog even bij de les van de regeringscommissaris te blijven. Gesteld dat het bierflesje van twintig meter hoogte aan scherven valt op het hoofd van een voorbijganger dan is wel sprake van een gebrekkig flesje maar niet van aansprakelijkheid ex art 6:325. De letselschade is dan immers niet veroorzaakt *door* een gebrek van de zaak. Sterker als het flesje heel was gebleven, zou de klap stellig harder zijn aangekomen.

Is de schade veroorzaakt doordat de zaak niet voldeed aan de eisen die men in de gegeven omstandigheden aan een zodanige zaak moet stellen? Dat is de centrale vraag. Waardoor is het gebrek ontstaan? Dat is een andere vraag die van de eerste wel moet worden onderscheiden. Verwarring van beide vragen heeft geleid tot de opening van de tenzij-clausule in het NBW. De ontwerpers menen 'moeilijkheden ten aanzien van het causaal verband' op het spoor te zijn die zij vervolgens met de tenzij-formule trachten te bezweren. Nog eenmaal de val van de schoorsteen.

Zo zal bij omwaaien van een fabrieksschoorsteen - ook bij een windkracht die in het algemeen een beroep op overmacht zou kunnen rechtvaardigen - altijd wel een gebrek zijn aan te wijzen dat door de wind aan de schoorsteen is toegebracht, eer zij volledig omstortte. De vraag of de schade door een gebrek van de zaak of door de wind is veroorzaakt, is dan niet zonder nadere maatstaf te beantwoorden. In de hier bedoelde wending (de tenzij clausule) ligt een zodanige maatstaf opgesloten: de aansprakelijkheid ontbreekt, 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.²⁹

De vraag of de schade door een gebrek van de zaak of door de wind is veroorzaakt is zeer goed zonder nadere maatstaf te beantwoorden, en slechts op een manier: door beide. De schade is veroorzaakt door het gebrek in de schoorsteen, het gebrek door de wind, de wind door grote luchtdrukverschillen, de grote luchtdrukverschillen door een atmosferische storing bij de Azoren en zo terug tot in alle eeuwigheid. Nihil sine causa.

De omgevallen schoorsteen onthult wel een ander probleem. Is het voor de aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken van belang hoe en wanneer het gebrek is ontstaan?

Een bezoeker van een torenflat valt in de liftkoker en raakt ernstig gewond. De deuren van de lift konden worden ge-

opend ook wanneer de cabine nog vele verdiepingen elders was.

Is de bezitter van het gebouw aansprakelijk op grond van art 6:327?³⁰ Zeker is dat het ongeval is veroorzaakt doordat het gebouw niet voldeed aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mocht stellen, en daardoor gevaar voor personen en zaken opleverde. Maar is van belang hoe en wanneer de lift defect is geraakt?

Eerst het *hoe*. Drie mogelijkheden in dit verband. De leverancier van de lift heeft de elektronische beveiliging niet goed afgesteld, derden hebben de vergrendeling van de liftdeur onklaar gemaakt, het slachtoffer zelf heeft dit gedaan. In beide eerste situaties is de bezitter van het flatgebouw zonder meer aansprakelijk jegens het slachtoffer. Weliswaar kan de bezitter regres zoeken bij respectievelijk de leverancier en de derden, maar het risico dat zij insolvent en/of onvindbaar blijken rust op hem en niet op de benadeelde. Wanneer het slachtoffer zelf verantwoordelijk is voor het defect van de lift, is dit wel van invloed op de aansprakelijkheid van de bezitter. 'Eigen schuld' van de benadeelde leidt tot vermindering of zelfs verval van de aansprakelijkheid van de gedaagde (art 6:196). Dit is niet zozeer een uitzondering op het beginsel dat niet van belang is hoe het gebrek is ontstaan als wel een toepassing van de gedachte dat de bezitter van de gebrekkige zaak zich kan verhalen op degeen die schuldig is aan het ontstaan van het gebrek.

Is van belang *wanneer* het gebrek is ontstaan? Hier komt de tenzij-clausule aan bod. De bezitter van het flatgebouw ontkomt aan aansprakelijkheid indien hij bewijst dat de lift onklaar is gemaakt zo kort vóór de fatale val dat hij ook bij onmiddellijke bekendheid met het gebrek het ongeval niet meer had kunnen voorkomen, zelfs niet wanneer hij met de grootst mogelijke krachtinspanning langs de trap omhoog zou zijn gesneld om een waarschuwingsbord te plaatsen.

Eerder werd reeds de noodzaak van de tenzij-clausule betwist. Op dit punt van het betoog is van belang de vaststelling dat zij in ieder geval niet is wat de ontwerpers van haar willen maken: een maatstaf om te bepalen of de schade is teweeggebracht door een gebrek van de zaak dan wel door een vreemde oorzaak. Wel vormt de tenzij-clausule een - willekeurige - inbreuk op het beginsel dat de oorsprong van het gebrek slechts relevant is voor het regres op degeen die schuldig is aan het ontstaan van het gebrek en niet voor de aansprakelijkheid jegens de benadeelde.³¹

Artikel 6.3.2.5. zonder tenzij-clausule

Hoe zou de toekomst van de artikelen 6:325 e v er uit kunnen zien in afgeslankte vorm, zonder tenzij-clausule?

Bespiegeling hierover hoeft geen sterrenwielarij te zijn. De Hoge Raad heeft reeds in de jaren zestig een arrest gewezen waarin een stevig voorschot wordt genomen op het NBW onder vermindering overigens van de valkuilen van de tenzij-clausule.

²⁹ Parl. Gesch. boek 6, blz. 748.

³⁰ Instorting is niet langer een voorwaarde voor aansprakelijkheid.

³¹ Behoudens het reeds vermelde geval dat berde hoedanigheden in één persoon zijn verenigd zoals bij 'eigen schuld' van het slachtoffer.

De Staat heeft aan een aannemer opdracht gegeven tot de bouw van de zogeheten Prilltoren te Stein Tijdens bouw wordt een houten hulpconstructie aangebracht om een kort tevoren gestorte betonvloer (ongeveer 35 meter boven de begane grond) tijdelijk te stutten Blommaert raakte ernstig gewond toen die vloer waarop hij zich op dat moment bevond plotseling omlaag stortte De toedracht is waarschijnlijk de volgende geweest De houten hulpconstructie heeft het begeven Daardoor is de nog niet voldoende geharde betonvloer gaan scheuren en is hij vervolgens geheel bezweken Is de Staat aansprakelijk jegens Blommaert?³²

Hof en Hoge Raad bereiken hetzelfde (ontkennende) antwoord langs zeer verschillende wegen

Het Hof

'dat nu, wanneer de houten hulpconstructie ondeugdelijk was en is bezweken, met het gevolg dat de daarop rustende nog niet geharde beton zijn steun verloor en naar beneden stortte, die instorting niet is teweeggebracht door een inwendig gebrek van het aan de Staat in eigendom toebehorend gebouw, maar door een van buiten komende oorzaak'

Een redenering, zoals gevolgd door het Hof is ook na inwerkingtreding van art 6:327 heel wel voorstelbaar Is de schade teweeggebracht door een gebrek van de opstal of door van buiten komende oorzaak? Geïnspireerd door de beschouwingen in de Parlementaire Geschiedenis rondom de omgevallen fabrieksschoorsteen zou men kunnen menen dat dit een zinvolle vraag is waarop de tenzij-clausule het antwoord moet verschaffen De Staat is niet aansprakelijk nu de betonvloer is gaan scheuren zo kort vóór de volledige instorting dat de Staat ook hier bij onmiddellijke bekendheid met scheurvorming de schade niet had kunnen voorkomen

Het kan ook anders
De Hoge Raad

'een gebrek in de zin van dat artikel (art 1405 BW) is aanwezig, indien het gebouw ten aanzien van constructie of inrichting niet beantwoordt aan de eisen die men daaraan uit een oogpunt van veiligheid kan stellen'

Niet is de schade het gevolg van een inwendig gebrek in het gebouw of van een van buiten komende oorzaak, maar was de Prilltoren in aanbouw gebrekkig of niet? 'Gebrek' begrepen in een ruime, normatieve zin het niet beantwoorden aan eisen die men uit het oogpunt van veiligheid kan stellen De wijze waarop de Hoge Raad dit criterium vervolgens toepast is aanvechtbaar

'De omstandigheid dat in de loop van de werkzaamheden delen van een zich in aanbouw bevindend gebouw tijdelijk moeten worden gestut, is een algemeen bekend en normaal verschijnsel en daarin kan anders dan zulks bij een voltooid gebouw het geval zou zijn geen 'gebrek' worden gezien'

Tot zover nog accoord Een gebouw in aanbouw moet soms worden gestut Maar dat moet dan wel deugdelijk geschieden En wanneer dit gebeurt zoals bij de Prilltoren dan beantwoordt het bouwwerk ten aanzien van constructie of inrichting niet aan de eisen die men daaraan kan stellen, zo zou men menen De Hoge Raad heeft echter een verrassende ontknoping in petto

'Indien bij het ontbreken of falen van een dergelijke hulpconstructie een gebouw in aanbouw geheel of gedeeltelijk

instort, kan zulks dan ook niet worden geweten aan een "gebrek" van het gebouw, doch aan de omstandigheid dat de tijdens de bouw noodzakelijke veiligheidsmaatregelen niet waren getroffen of ondoeltreffend waren'

Op de hantering valt af te dingen, op het criterium zelf niet Is de schade veroorzaakt doordat de zaak niet voldeed aan de eisen die men daaraan uit een oogpunt van veiligheid kan stellen? Rond deze spil draait de aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken Naar eventuele vreemde oorzaken hoeft niet te worden gespeurd Een debat over een hypothetische 'tenzij ook indien'-situatie is overbodig

Conclusies

De regeling van de aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken in het NBW kan worden verbeterd, en wel met behulp van het eenvoudigste middel waarover de wetgever beschikt het rode potlood

De tenzij-clausule heeft ten doel de aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken te enten op de afdeling over de onrechtmatige daad, om zodoende deze aansprakelijkheid binnen aanvaardbare grenzen te houden Wat echter voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad een aanvaardbare grens is, is dat allern minst voor de risico-aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken Die grens valt bovendien te berekenen langs een veel natuurlijker weg Ook zonder kunstgreep door de wetgever wordt de aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken beheerst door afdeling 6:19 Daar worden de belangrijkste 'grensgeschillen' beslecht Welke schade moet worden vergoed? Naast letselen zaakschade ook de zuivere bedrijfsschade (stagnatie e.d.)? Naast vermogensschade ook ideële schade? In het onderlinge verband tussen de afdelingen 6:19 en 6:32 ligt het antwoord

Gezien de aard van de aansprakelijkheid (bijzonder gevaar voor personen en zaken, art 6:325) komt voor toerekening niet in aanmerking zuivere bedrijfsschade, wel letsel- en zaakschade en ook ideële schade, althans voor zover voortvloeiend uit lichamelijk letsel (art 6:1911) De tenzij-clausule kan worden geschrapt³³

De overige tenzij's

Wie eenmaal begint te snoeien, weet zelden van ophouden Kunnen niet tevens de tenzij-clausules in de artikelen 6:326 (gevaarlijke stoffen) en 6:328 (dieren) worden opgeruimd? Doel van de tenzij's is ook hier begrenzing van de aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen en dieren door de regeling te enten op de onrechtmatige daad De enigszins andere formulering van de clausules houdt verband met het feit dat niet is vereist dat de schade is veroorzaakt door een *gebrek* van de stof of van het dier De argumenten gebruikt bij het pleidooi tot schrapping van de tenzij-clausule in de artikelen vijf (gebrekkige zaken) en zeven (gebrekkige opstallen) kunnen daarom niet zonder meer worden overgenomen Toch lijkt het waarschijnlijk dat een redelijke begrenzing van de aansprakelijkheid ook op dit punt langs eenvoudiger weg valt

32 HR 6 december 1963, NJ 1965, 9

33 Vgl ook G. H. A. Schut WPNR 5365 Zijn voorstel gaat minder ver 'In het door mij voorgestelde ene artikel zou kunnen worden bepaald dat de aansprakelijkheid uit hoofde van deze afdeling (afd. 2) overigens aan de eisen van art 6:311 moet voldoen'

te berekenen Voor toepassingen van de tenzij-clausules in de artikelen zes en acht moet men volgens de Memorie van Antwoord denken aan respectievelijk

'het geval dat de gevaarlijke stof is gebruikt in het kader van een medische behandeling en het in de gegeven omstandigheden redelijk was de daaraan voor de patient verbonden risico's te nemen'³⁴

en

'het geval van een waakhond die een inbreker of een andere indringer aanvalt in een situatie dat van onrechtmatigheid aan de zijde van de bezitter geen sprake is'³⁵

Zoveel is zeker zowel de arts die niet anders heeft gehandeld dan van een goed arts mag worden verwacht als de bezitter van een waakhond die zijn taak naar behoren heeft vervuld, dienen te worden gevrijwaard voor aansprakelijkheid Dit resultaat kan echter zeer wel worden bereikt zonder een beroep op de topzware tenzij-clausules uit de artikelen 6 3 2 6 en 8 Vaak zal immers sprake zijn van samenloop met andere rechtsfiguren, zoals contract, zaakwaarneming en risico-aanvaarding En het is niet zo dat deze andere rechtsfiguren onmiddellijk het veld ruimen zodra een risico-aansprakelijkheid aan de horizon verschijnt³⁶ Wanneer tussen arts en patient een contractuele band bestaat is het alleszins redelijk de samenloop van de contractuele en buitencontractuele regels aldus te beslechten dat voorrang wordt verleend aan de contractuele norm geen aansprakelijkheid als de arts zich ter genezing van de patient heeft ingespannen zoals een goed arts betaamt Maar ook indien een contractuele relatie ontbreekt is er samenloop, in dat geval samenloop van aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen (art 6 3 2 6) en zaakwaarneming (art 6 4 1 1) Een beroep op *behoorlijke* zaakwaarneming moet voldoende zijn om de arts te ontheffen van aansprakelijkheid voor de schade Behoorlijke zaakwaarneming is immers het behartigen van iemands

belangen voor *diens* rekening en *risico*³⁷ In het geval van de gebeten inbreker tenslotte is sprake van samenloop van art 6 3 2 8 (aansprakelijkheid voor dieren) en risico-aanvaarding³⁸ De heer des huizes is niet aansprakelijk Een inbreker moet zijn schade voor lief nemen als hij bij zijn nachtelijke arbeid struikelt over een versleten traploper, een slok bleekwater drinkt uit een bierfles, wordt gebeten door Hector Het recht kent zijn grenzen, de artikelen 6 3 2 5, 6 en 8 dus ook

Besluit

Risico-aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken is een stap vooruit Bovendien een stap die ons in de pas brengt met het recht van de ons omringende landen Het zou jammer zijn als de artikelen 6 3 2 5 e v voor vele jaren in de bureaulade zouden verdwijnen omdat op de valreep wordt beseft dat zij zijn behept met complicaties waarvan de draagwijdte niet valt te overzien³⁹ De belangrijkste voetangels kunnen echter zonder bezwaar worden verwijderd Schraping van de tenzij-clausules is een vorm van deregulering die niet leidt tot ontregeling van het systeem Integendeel

34 Parl Gesch boek 6, blz 750

35 Parl Gesch boek 6, blz 766

36 Zie voor een recent voorbeeld van een contractuele invloed op een buitencontractuele risico-aansprakelijkheid HR 15 mei 1981 NJ 1982, 237, beïnvloeding van de (risico)-aansprakelijkheid uit aanvaring door de contractuele regels van hulp en berging

37 Zie Asser-Rutten III blz 4

38 Zie over risico-aanvaarding in het kader van risico-aansprakelijkheid C A Streefkerk WPNR 5506

39 Zie Tweede Kamer, zitting 1982-1983, 17 600 hoofdstuk VI, nr 39 Gedacht kan worden aan ontkoppeling van de regeling van de artikelen 6 3 2 5 en 6 met betrekking tot gebrekkige zaken en gevaarlijke stoffen, deze regeling zou te zamen met de produktenaansprakelijkheid en de aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen tijdens vervoer in een latere fase kunnen worden ingevoerd

De afdeling in het verenigingenrecht geregeld? (w.o. 17.725)

MR A L G A STILLE*

1 Het Ontwerp Invoeringswet Boeken 3 - 6 Nieuw Burgerlijk Wetboek, zesde gedeelte, bevattende de aanpassing van de Boeken 1 en 2 van het Burgerlijk Wetboek, zitting 1982-1983, 17 725, hierna aan te duiden met w o 17 725, bevat onder meer een wijziging van de regeling met betrekking tot de afdeling in het verenigingenrecht In de tot heden verschenen commentaren op dit wetsontwerp zijn deze bepalingen nauwelijks besproken¹ Of-schoon ik het voornemen had op een later tijdstip in een ander en breder verband op deze bepalingen in te gaan, is het voornemen van de Vaste Commissie voor Justitie om w o 17 725 op korte termijn te behandelen voor mij aanleiding reeds nu mijn ideeën omtrent de afdeling in het verenigingenrecht in verband met dit wetsontwerp te uiten, met name ten aanzien van artikel 41a²

2 Voor een goed begrip van de in het thans aanhangige

wetsontwerp met betrekking tot de afdeling geregelde materie dient eerst de parlementaire geschiedenis van Boek 2 B W onderzocht te worden

De invoering van Boek 2 B W bracht vermelding van het verschijnsel 'afdeling' in de wet, echter zonder verdere aanduiding van wat een afdeling in de zin van Boek 2 is of kan zijn

* Hoofd Notarieel Juridisch Bureau Dit artikel is geschreven a titre personnel

1 Wel deed dit P L Dijk, Wijzigingen van het verenigingenrecht, het recht van cooperaties, onderlingen en stichtingen, WPNR 5657, pagina 414

2 Artikel 41a w o 17 725 De artikelen 37-41 zijn van overeenkomstige toepassing op de afdelingen van een vereniging, hetgeen in die artikelen omtrent de statuten is bepaald, kan in een afdelingsreglement worden neergelegd