



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Samenloop en kanalisering van aansprakelijkheid

Jansen, K.J.O.; Houben, I.S.J.; Memelink, P.; Nieuwenhuis, J.H.; Reurich, L.

Citation

Jansen, K. J. O. (2007). Samenloop en kanalisering van aansprakelijkheid. In I. S. J. Houben, P. Memelink, J. H. Nieuwenhuis, & L. Reurich (Eds.), *Samenloop* (pp. 165-186). Deventer: Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/12999>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/12999>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Samenloop en kanalisering van aansprakelijkheid.

Over de exclusieve aansprakelijkheid van bepaalde personen, mede in het licht van de toezichthoudersproblematiek

K.J.O. Jansen[■]

1 INLEIDING

Deze bijdrage ziet op een onderwerp dat doorgaans niet onder de noemer ‘samenloop’ wordt gebracht, hoewel het daar strikt genomen wel onder valt.¹ Ik doel op de samenloop van aansprakelijkheden van verschillende personen. Een dergelijke vorm van samenloop doet zich voor indien het wettelijk stelsel terzake van één en hetzelfde schadefeit verschillende (rechts)personen aanwijst als potentieel aansprakelijke partij. De reden dat men niet snel geneigd is om hier van ‘samenloop’ te spreken is waarschijnlijk dat de bedoelde gevallen normaliter geen aanleiding geven tot *problemen* van samenloop. De wet is ten aanzien van deze gevallen van ‘medeschuld’ immers duidelijk: rust op ieder van twee of meer personen de verplichting tot vergoeding van dezelfde schade, dan zijn zij extern – in hun verhouding tot het slachtoffer – hoofdelijk verbonden en intern – in hun onderlinge verhouding – gehouden tot verrekening (art. 6:102 lid 1 BW).² Een soort ‘alternativiteit’ dus, om in het samenloop-jargon te spreken: het slachtoffer kan kiezen op welk van de daders hij zijn schade verhaalt en het is vervolgens aan de aangesproken partij om te trachten de door hem betaalde vergoeding weer (gedeeltelijk) van zijn mededader(s) vergoed te krijgen.

Hoewel de hier bedoelde vorm van samenloop dus op het eerste gezicht is gedekt door het wettelijk systeem, kunnen er in dit verband wel degelijk problemen ontstaan. Het is namelijk denkbaar dat een samenloop van aansprakelijkheden in een concreet geval ongewenst is. Zoals in het algemeen een bepaalde wettelijke regel in de verdrukking kan komen door toepassing van

■ K.J.O. Jansen is PhD-fellow bij de afdeling burgerlijk recht, Universiteit Leiden.

1 Vgl. C.A. Boukema, *Samenloop*, Mon. BW A-21, Deventer: Kluwer 1992, p. 3, die het onderwerp op praktische, en niet op principiële gronden buiten beschouwing laat.

2 Dat is althans het uitgangspunt van art. 6:102 BW. Uit bijzondere wetsbepalingen (zoals art. 6:170 lid 3 BW) kan anders volgen, terwijl ook de toepassing van art. 6:102 zelf (in verbinding met art. 6:101 BW) ertoe kan leiden dat één van beide partijen niet draagplichtig is. Vgl. W.H. van Boom, *Hoofdelijke verbintenissen*, diss. Tilburg, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 118 e.v.

een andere, daarmee samenlopende wetsbepaling – hetgeen dan moet worden opgelost met exclusiviteit van de eerstbedoelde regel³ –, zo kan ook (meer specifiek) in het aansprakelijkheidsrecht de situatie zich voordoen dat de aansprakelijkheid van de ene partij zich zozeer ‘opdringt’ dat het onwenselijk is om een eventuele aansprakelijkheid van een andere partij daarmee te laten samenlopen. In een dergelijke situatie zal soms moeten worden gekozen voor, wat men zou kunnen noemen, ‘exclusiviteit’ van de eerstbedoelde aansprakelijkheid. Belangrijke voorbeelden zijn te vinden in de afdelingen 6.3.2 (Aansprakelijkheid voor personen en zaken) en 6.3.3 BW (Productenaansprakelijkheid). Daar heeft de wetgever op diverse punten gekozen voor *kanalisering* van aansprakelijkheid,⁴ hetgeen betekent dat de desbetreffende aansprakelijkheid – in dit verband meestal een risicoaansprakelijkheid – zoveel mogelijk wordt geleid naar één bepaalde persoon en dat samenloop met andere (risico)aansprakelijkheden zoveel mogelijk wordt vermeden.⁵ Het bekendste voorbeeld is waarschijnlijk de kanalisering van de productenaansprakelijkheid naar de producent. Is er schade veroorzaakt door een gebrekkig product in de zin van art. 6:186 jo. 6:187 BW, dan is noch de bezitter van dat product (art. 6:173 lid 2 BW), noch de verkoper ervan (art. 7:24 lid 2 BW) aansprakelijk, maar wordt de aansprakelijkheid exclusief naar de producent van het product geleid (art. 6:185 BW).⁶

De welbewuste keuze van de wetgever om in bepaalde gevallen door middel van kanalisering een exclusieve aansprakelijkheid van bepaalde personen te creëren, doet in het licht van de thematiek van deze bundel allereerst de vraag rijzen wat de *argumenten* voor een dergelijke keuze zouden kunnen zijn. Wat heeft de wetgever ertoe bewogen om een eventuele samenloop van risicoaansprakelijkheden in de desbetreffende gevallen principieel uit de weg te gaan? Ter beantwoording van deze vraag volgt hieronder allereerst, in paragraaf 2, een inventarisatie van de belangrijkste gevallen van kanalisering in de genoemde afdelingen, waarna in paragraaf 3 de in dit verband door de wetgever gebezigde argumentatie wordt geanalyseerd.

In het verlengde hiervan rijst echter nog een tweede vraag, namelijk de vraag of de bedoelde argumenten wellicht een bredere betekenis hebben, in

3 Dat doet zich met name voor indien een bijzondere wetsbepaling ten opzichte van een meer algemene bepaling *beperkingen* kent. Om te voorkomen dat zo’n bijzondere bepaling zijn zin verliest is dan, zo wordt geleerd, exclusiviteit van de bijzondere bepaling noodzakelijk. Zie voor een recent voorbeeld HR 15 juni 2007, *RvdW* 2007, 581 (Fernhout/Essent).

4 Men kan ook spreken van ‘kanalisatie’, maar ik gebruik in deze bijdrage, in navolging van de wetgever, de term ‘kanalisering’.

5 Vgl. *MvT, Kamerstukken II* 1988/89, 21 202, nr. 3, p. 8. Zie ook R.P.J.L. Tjittes, ‘Centralisering van aansprakelijkheden’, *NJB* 1995, p. 274 en J. Spier & C.H.W.M. Sterk, *Aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen*, Deventer: Kluwer 1995, p. 32.

6 Ter voorkoming van misverstand zij hier reeds opgemerkt dat deze kanalisering niet zo ver gaat, dat ook een algemene onrechtmatigedaadsvordering tegen anderen dan de producent uitgesloten zou zijn. De weg van art. 6:162 BW blijft dus open staan. Vgl. *MvT, Kamerstukken II* 1985/86, 19 636, nr. 3, p. 7.

die zin dat zij ook buiten het kader van de kanalisering van risicoaansprakelijkheid van belang kunnen zijn. Ik denk dan met name aan het perspectief van de rechter: zou het denkbaar zijn dat de rechter in een concreet geval een op zichzelf gegeven aansprakelijkheid terzijde schuift in verband met de aansprakelijkheid van een andere partij, die hij, kort gezegd, van groter gewicht acht? Teneinde deze vraag enigszins te concretiseren, concentreer ik mij in paragraaf 4 op een specifiek probleem, dat in de afgelopen jaren (vooral in de literatuur) steeds meer aandacht heeft gekregen: de aansprakelijkheid van toezichthouders.⁷ Met toezichthouders wordt bedoeld op personen of instanties, van privaat- of publiekrechtelijke signatuur, die tot taak hebben toe te zien op bepaalde activiteiten van andere personen of instanties. Ontstaat schade als gevolg van het onrechtmatige gedrag van een (rechts)persoon, met de controle waarvan een toezichthouder is belast, dan kan de gelaedeerde hetzij de primaire veroorzaker – de bedoelde (rechts)persoon – aanspreken op grond van diens onrechtmatige gedrag, hetzij de toezichthouder op grond van diens eventuele ‘toezichtsfalen’. Kiest hij voor het laatste, dan rijst de vraag of de toezichthouder, die de schade in wezen slechts op indirecte wijze – namelijk door een ontoereikende controle – heeft veroorzaakt, (niettemin) aansprakelijk kan worden gehouden. In de literatuur is wel gesuggereerd dat de toezichthouder hier buiten schot zou moeten blijven, omdat op hem slechts een ‘afgeleide aansprakelijkheid’ rust.⁸ De toezichthouder, zo luidt de redenering, is niet meer dan ‘zijdelingse laedens’. De primaire dader is de ware boosdoener, zodat op hém de aansprakelijkheid zou moeten rusten.⁹ Dit lijkt op een kanaliseringsconstructie, op grond waarvan de aansprakelijkheid exclusief naar de primaire dader wordt geleid. Hiermee rijst de vraag of de rechter zich bij de keuze voor een dergelijke constructie zou kunnen laten inspireren door de argumenten voor wettelijke kanalisering van risicoaansprakelijkheid. In paragraaf 4 zal ik die vraag trachten te beantwoorden. Paragraaf 5 behelst een afronding en conclusie.

7 Zie daarover bijv. I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2005, A.A. van Rossum, *Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor overheidstoezicht*, preadvies NJV, Deventer: Kluwer 2005, C.C. van Dam, *Aansprakelijkheid van Toezichthouders*, 2006, te vinden op: <www.wodc.nl> en G.E. van Maanen, ‘Overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht’, *RM Themis* 2007, p. 127-140.

8 Vgl. Giesen 2005, p. 37-45 en Van Rossum 2005, p. 91-97. Beide auteurs verwerpen overigens deze suggestie.

9 Voor de volledigheid merk ik op dat schadeclaims tegen toezichthouders niet altijd zien op een ‘afgeleide’ aansprakelijkheid. Het is immers denkbaar dat de toezichthouder zelf (tevens) de primaire dader is, zoals wanneer een wegbeheerder de onder zijn toezicht vallende weg onveilig inricht en aldus een ongeval veroorzaakt. Vgl. Van Rossum, p. 91. In een dergelijk geval gaat het echter naar mijn mening niet om aansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht, maar ‘gewoon’ om aansprakelijkheid voor (een directe vorm van) gevaarstelling. Ik laat dergelijke gevallen hier dan ook buiten beschouwing.

2 KANALISERING VAN RISICOAANSPRAKELIJKHEID: EEN INVENTARISATIE

2.1 Algemeen

Bij de invoering van de afdelingen 6.3.2 en 6.3.3 BW heeft de wetgever als globaal uitgangspunt voor ogen gehad dat de aldaar geregelde risicoaansprakelijkheden¹⁰ niet onnodig met elkaar moeten samenlopen.¹¹ Deze benadering past in een bredere ontwikkeling in ons aansprakelijkheidsrecht, die door Vranken is aangeduid als de ‘centralisering’ van aansprakelijkheid.¹² Naarmate de organisatiestructuur van de maatschappij als gevolg van technische en sociaal-economische ontwikkelingen complexer wordt, groeit ook de onduidelijkheid omtrent de verantwoordelijkheid voor in de maatschappij bestaande risico’s. ‘De schuldvraag wordt fijn gemalen in een netwerk van betrokkenen, die allemaal slechts voor hun onderdeel aansprakelijk zijn’, aldus Vranken. Hierdoor ontstaat behoefte aan een ‘centraal adres’¹³ voor aansprakelijkheid, zodat niet alleen voor benadeelden maar ook voor potentieel aansprakelijke partijen op voorhand duidelijk is bij wie een bepaald risico behoort te rusten. Kanalisering van aansprakelijkheid voorziet in die behoefte.

Hoewel de wetgever de bedoelde centraliseringsgedachte niet tot in haar uiterste consequenties heeft doorgevoerd – daartoe had de wetgever bijvoorbeeld de werking van art. 6:162 BW moeten uitschakelen in geval van toepassing van enige risicoaansprakelijkheid (quod non¹⁴) en had hij ook de mogelijkheid van regres door risicoaansprakelijke partijen in algemene zin moeten uitsluiten (quod non¹⁵) – heeft die gedachte, blijkens de diverse gevallen van kanalisering in het BW, kennelijk wel een belangrijke bron van inspiratie gevormd.¹⁶ Ter illustratie daarvan volgt hieronder een inventarisatie van

10 De bedoelde kwalitatieve aansprakelijkheden duid ik voor het gemak steeds aan als risicoaansprakelijkheden, ook voorzover zij (deels) het karakter hebben van een schuld-aansprakelijkheid.

11 Vgl. MvT, *Kamerstukken II* 1988/89, 21 202, nr. 3, p. 8.

12 Zie J.B.M. Vranken, ‘De verhandelsrechtelijking van het privaatrecht. Over differentiatie en schaalvergroting’, in: M.J.G.C. Raaijmakers, H.C.F. Schoordijk & B. Wachter (red.), *Handelsrecht tussen ‘koophandel’ en Nieuw BW*, Deventer: Kluwer 1988, p. 252-253.

13 Vgl. MvT, *Kamerstukken II* 1989/90, 21 561, nr. 3, p. 43.

14 Vgl. MvT, *Kamerstukken II* 1985/86, 19 636, nr. 3, p. 7 en MvT, *Kamerstukken II* 1988/89, 21 202, nr. 3, p. 10.

15 Vgl. MvA II, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 746.

16 Ten overvloede zij hier vermeld dat de centraliseringsgedachte niet bij alle risicoaansprakelijkheden doorslaggevend is geweest. Zo kunnen de aansprakelijkheid voor ondergeschikten (art. 6:170 BW) en die voor niet-ondergeschikten (art. 6:171 BW) wel degelijk samenlopen. Indien bijv. schade is veroorzaakt door een werknemer van een onderaannemer, kunnen zowel de werknemer (ex art. 6:162 BW) als de onderaannemer (ex art. 6:170 BW) en de hoofdaannemer (ex art. 6:171 BW) hiervoor aansprakelijk zijn. Vgl. Tjittes 1995, p. 275-276.

de in de afdelingen 6.3.2 en 6.3.3 BW te vinden kanaliseringsconstructies.¹⁷ Het gaat dan met name om de art. 6:173-177 BW en 6:185 BW.

2.2 Aansprakelijkheid voor gebrekkige roerende zaken en/of producten

Art. 6:173 BW

Art. 6:173 lid 1 BW stelt als uitgangspunt voorop dat voor schade veroorzaakt door een gebrekkige roerende zaak de *bezitter* van die zaak aansprakelijk is (aangenomen dat aan de bekendheidseis is voldaan en de tenzij-formule niet opgaat). Aldus is de aansprakelijkheid gecentraliseerd bij degene die, aldus de wetgever:¹⁸

‘gezien vanuit de benadeelde, gemakkelijk als aansprakelijke is op te sporen en voor wie het ook als een voor de hand liggende maatregel kan worden beschouwd zich tegen het risico van deze aansprakelijkheid te verzekeren, zo hij dit risico niet zelf wenst te dragen.’

Kwalificeren verschillende personen als bezitter, dan zijn zij op grond van art. 6:180 lid 1 BW hoofdelijk aansprakelijk. De reden voor het toelaten van deze (beperkte) vorm van samenloop is – dat ligt voor de hand – een gedachte van slachtofferbescherming. In de ogen van de wetgever zou het niet wenselijk zijn om het slachtoffer te belasten met de beantwoording van de vraag hoeveel medebezitters er in het spel zijn en hoe zij zich tot elkaar verhouden.¹⁹ Tegen die achtergrond acht de wetgever het passend dat het slachtoffer eenvoudigweg de voor hem meest ‘toegankelijke’ bezitter kan aanspreken.

Art. 6:180 lid 2 BW bevat nog een bijzondere regel omtrent het bezittersbegrip, die als een kanaliseringsconstructie kan worden beschouwd. Op grond van lid 2 rust de aansprakelijkheid voor gebrekkige roerende zaken in geval van overdracht onder eigendomsvoorbehoud vanaf het tijdstip van overdracht exclusief op de *verkrijger*. Hoewel die verkrijger op dat moment goederenrechtelijk gezien nog geen bezitter is – dat is immers, tot aan het moment van voldoening van de tegenprestatie, de vervreemder – wordt de risicoaansprakelijkheid al wel naar hem gekanaliseerd, kennelijk omdat de verkrijger van de

17 Met het oog op de omvang van deze bijdrage laat ik de diverse andere gevallen van kanalisering in het BW buiten beschouwing. Zie bijv. voor het zeerecht art. 8:623 lid 4, 8:1033 lid 4, 8:1213 lid 4 en 8:1673 lid 4 BW. Zie voorts bijv. art. 7:507 BW over de aansprakelijkheid van de reisorganisator. Vgl. ook art. 7:462 BW inzake de geneeskundige behandelingsovereenkomst, dat weliswaar geen ‘echte’ kanalisering van aansprakelijkheid bevat, maar wel op een centraliseringsgedachte is gebaseerd. Zie uitgebreider over deze bepalingen Tjittes 1995, p. 277-278.

18 MvA II, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 745. Het citaat heeft overigens betrekking op de bezittersaansprakelijkheid in algemene zin, dus ook op de (huidige) art. 6:174 en 6:179 BW.

19 Zie MvA II, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 766, waar (kennelijk) wordt verwezen naar TM, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 756. Vgl. ook T&C *Vermogensrecht* (2007), art. 6:180, aant. 1 (Lankhorst).

gebrekkige zaak hier als het meest logische aanspreekpunt voor de gelaedeerde wordt beschouwd.²⁰

Een volgende kanaliseringsconstructie met betrekking tot de aansprakelijkheid voor gebrekkige roerende zaken ligt besloten in art. 6:181 BW. Lid 1 van dit artikel bepaalt dat, wanneer de zaak wordt gebruikt in de uitoefening van een bedrijf, de aansprakelijkheid ex art. 6:173 BW exclusief op de *bedrijfsmatige gebruiker* van de zaak rust, en dus niet op de bezitter. Ter rechtvaardiging van deze regel werd door de wetgever destijds opgemerkt:²¹

‘Het is zeer wel denkbaar dat een ondernemer zijn bedrijf uitoefent op grond in een gebouw waarvan hij eigenaar noch erfpachter is, met machines die hij gehuurd heeft (leasing) en daarbij gevaarlijke stoffen verwerkt of bewerkt die al evenmin zijn eigendom zijn. Vindt in een dergelijk geval bijv. een explosie plaats, waarvan de oorzaak niet in details opgehelderd kan worden, dan moet zich ter vaststelling van de aansprakelijkheid niet een discussie hoeven te ontketenen of de schade nu is ontstaan door een gebrek van een zaak (of een bestanddeel) die door de grond is nagetrokken en waarvan dus de grondeigenaar bezitter was [art. 6:174 BW], dan wel door een gebrek van een zaak die aan de ondernemer verhuurd was en waarvan dus de verhuurder bezitter was [art. 6:173 BW], dan wel door een gevaarlijke stof die door een derde ter verwerking was gegeven [art. 6:175 BW], dan wel door een zaak of een stof waarvan de ondernemer zelf bezitter was of door een fout van een persoon waarvoor hij krachtens de artikelen [6:170] of [6:171 BW] aansprakelijk is. Enerzijds zou dit de benadeelde – hoezeer men met de voormelde aansprakelijkheden stuk voor stuk aan zijn belangen tegemoet beoogt te komen – in de onbevredigende positie plaatsen dat hij tussen vele potentiële aansprakelijken zal moeten kiezen, terwijl de gevolgen voor hem zijn als hij verkeerd kiest. Anderzijds zou dit het risico aan de zijde van het bedrijf buitengewoon onoverzichtelijk maken. Door de aansprakelijkheid te concentreren bereikt men dat het als één risico kan worden berekend en verzekerd en dat de premie zijn bedrijfseconomische rol kan spelen waar zij dit behoort te doen, nl. als verliespost in het bedrijf dat het desbetreffende bedrijfsrisico loopt.’

Lid 2 van art. 6:181 BW bevat nog een nadere precisering van de kanaliseringsconstructie van lid 1. Lid 2 ziet op de situatie dat verschillende personen als bedrijfsmatig gebruiker in de zin van lid 1 kunnen worden beschouwd, zoals met name in geval van huur of leasing van de betreffende zaak. In die situatie wordt de aansprakelijkheid van art. 6:173 BW volgens art. 6:181 lid 2 BW gekanaliseerd naar de *laatste schakel* in de keten van bedrijfsmatige gebrui-

20 Vgl. MvA II, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 766-767.

21 MvA II, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 745-746. Zoals blijkt uit de bewoordingen van het citaat heeft het betrekking op de gebruikersaansprakelijkheid in algemene zin, dus ook op de (huidige) art. 6:174 en 6:179 BW, alsmede op het ontwerp-artikel 6.3.2.6 BW, dat als voorloper van het huidige art. 6:175 BW kan worden beschouwd.

kers,²² met andere woorden naar degene die de zaak daadwerkelijk in de uitoefening van zijn bedrijf 'gebruikte'.²³

De tot zover besproken kanaliseringsconstructies zijn voor de hand liggend in die zin, dat zij ieder voor zich kunnen worden beschouwd als een uitvloeisel van de kennelijk aan art. 6:173 lid 1 BW ten grondslag liggende gedachte dat de benadeelde terzake van schade in verband met een gebrek van een roerende zaak steeds die persoon moet kunnen aanspreken, die (ook) in zijn eigen perceptie zal gelden als de primair verantwoordelijke partij. De bezitter (art. 6:173 lid 1 BW) c.q. de medebezitters (art. 6:180 lid 1 BW), de verkrijger onder eigendomsvoorbehoud (art. 6:180 lid 2 BW) en de bedrijfsmatige gebruiker (art. 6:181 lid 1 BW) c.q. de 'laatste' bedrijfsmatige gebruiker (art. 6:181 lid 2 BW): in het algemeen zullen zij voor de benadeelde inderdaad het 'dichtstbijzijnde', meest logische aanspreekpunt vormen. In vergelijking hiermee lijkt de nu te bespreken kanalisering van productenaansprakelijkheid in veel mindere mate aan te sluiten bij het perspectief van het slachtoffer.

Art. 6:173 lid 2 BW bepaalt dat, indien de gebrekkige roerende zaak (tevens) kwalificeert als een gebrekkig product in de zin van art. 6:186 jo. 6:187 BW, de aansprakelijkheid van de bezitter op grond van art. 6:173 BW (in beginsel) vervalft. De desbetreffende aansprakelijkheid wordt, zo blijkt vervolgens uit art. 6:185 e.v. BW, exclusief naar de *producent* geleid. Ter onderbouwing van deze constructie overwoog de wetgever destijds:²⁴

'Verwacht mag worden dat in een belangrijk aantal gevallen waarin een gebrek van een roerende zaak tot aansprakelijkheid op grond van [art. 6:173 BW] leidt, tevens sprake zal zijn van een gebrek als bedoeld in de bepalingen betreffende produktenaansprakelijkheid. Dat zich een dergelijke samenloop voordoet zal in de regel ook niet moeilijk zijn vast te stellen. In deze omstandigheden kwam het wenselijk voor om een kanalisering van de aansprakelijkheid tot stand te brengen, zoals in [art. 6:173 lid 2 BW] neergelegd is. (...) Een van de gevolgen van deze opzet is dat schade door gebreken van roerende zaken, die aanleiding tot aansprakelijkheid van de producent kunnen geven, in de eerste plaats door diens aansprakelijkheidsverzekering zal dienen te worden gedekt, en dat de schadelast waarmee rekening moet worden gehouden bij verzekering van de aansprakelijkheid van degene van wie op grond van [art. 6:173 BW] schadevergoeding gevorderd kan worden, substantieel vermindert. Tegen de achtergrond van dit een en ander is het geen onoverkomelijk bezwaar geoordeeld dat [art. 6:173 lid 2 BW] de situatie voor het slachtoffer gecompliceerder maakt en dat hij, om er zeker van te zijn dat hij zijn schade vergoed krijgt, soms genoodzaakt zal zijn zowel de producent aan te spreken als de bezitter van de zaak of degene die deze in de zin van [art. 6:181 BW] in de uitoefening van zijn bedrijf gebruikte.'

22 Vgl. MvA II, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 746.

23 Zie voor een toepassing Hof Arnhem 13 juli 1999, *NJ* 2000, 58.

24 MvA, *Kamerstukken II* 1987/88, 19 636, nr. 6, p. 13.

Afgezien hiervan was de keuze voor de kanaliseringsconstructie van art. 6:173 lid 2 BW mede ingegeven door het stelsel van de EG-richtlijn productenaansprakelijkheid,²⁵ waarop de art. 6:185 e.v. BW zijn gebaseerd. In dit verband werd door de wetgever destijds opgemerkt:²⁶

‘Vermeden dient te worden dat de bezitter van een zaak of degene die deze in de uitoefening van zijn bedrijf gebruikt in geval van een gebrek dat bij het in het verkeer brengen van de zaak door de producent reeds bestond, aansprakelijk is, ook in gevallen dat de producent zelf dat volgens de richtlijn niet is’.

Art. 7:24 BW

Zoals bekend is een zelfde kanaliseringsconstructie doorgevoerd ten aanzien van de consumentenkoop in art. 7:24 lid 2 BW. Is er sprake van non-conformiteit in verband met het feit dat de verkochte zaak kwalificeert als een gebrekkig product in de zin van art. 6:186 jo. 6:187 BW, dan is de verkoper (in beginsel) niet aansprakelijk – althans niet voor ‘gevolgschade’ in de zin van art. 6:190 lid 1 BW²⁷ – en wordt de aansprakelijkheid op grond van art. 6:185 e.v. BW gekanaliseerd naar de *producent*. Hierbij heeft vooral een rol gespeeld de gedachte dat de bescherming van de consument-koper niet ten koste mag gaan van de verkoper-detaillist.²⁸ Daarnaast was kennelijk van belang de praktische overweging dat een samenlopende aansprakelijkheid van verkoper en producent in dit verband zou kunnen leiden tot een inefficiënte ‘keten van regresvorderingen’.²⁹ Overigens is de kanaliseringsconstructie van art. 7:24 lid 2 BW in de literatuur op kritiek gestuit.³⁰ Met name het feit dat alleen de consument-koper wordt doorverwezen naar de producent, en alle overige kopers dus wél gewoon de verkoper kunnen aanspreken, wordt als een ongerijmdheid beschouwd.³¹

Art. 6:185 e.v. BW

Hierboven werd, gemakshalve, steeds gesproken over kanalisering naar de ‘producent’ op grond van art. 6:185 e.v. BW. Die aanduiding is echter nog enigszins globaal, aangezien het begrip ‘producent’ in afdeling 6.3.3 (Productenaansprakelijkheid) heel precies en gedetailleerd is omlijnd. Volgens art. 6:187 lid 2 BW wordt onder producent verstaan (i) de fabrikant van een *eindproduct*, (ii) de producent van een *grondstof* of (iii) de fabrikant van een *onder-*

25 Richtlijn inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken (*Pb EG* 1985, L. 210/29).

26 Nota II Inv., *Parl. Gesch. Boek 6 Inv.*, p. 1387.

27 Voor (onder meer) transactieschade (bijv. schade aan de gebrekkige zaak zelf) kan de verkoper wel aansprakelijk zijn. Zie Asser/Hijma 5-I, nr. 448.

28 Zie bijv. TC, *Parl. Gesch. Boek 7*, p. 159. Deze gedachte zal, opnieuw, mede zijn ingegeven door het eerdergenoemde stelsel van de richtlijn productenaansprakelijkheid.

29 Vgl. TC, *Parl. Gesch. Boek 7*, p. 238. Zie ook Asser/Hijma 5-I, nr. 444.

30 Zie Asser/Hijma 5-I, nr. 445.

31 Vgl. L. Dommering-van Rongen, *Productaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2000, p. 94-95.

deel, alsmede (iv) een ieder die zich als producent *presenteert* door zijn naam, zijn merk of een ander onderscheidingsteken op het product aan te brengen. Lid 3 voegt nog toe dat ook (v) degene die het gebrekkige product in de Europese Economische Ruimte *invoert*, als producent kan worden beschouwd. Mocht het onmogelijk zijn om vast te stellen wie de producent of de importeur van het product is, dan kan op grond van lid 4 eventueel nog (vi) de *leverancier* van het product als producent worden beschouwd.³² In dat geval komt de benadeelde dus via een omweg alsnog bij zijn verkoper-wederpartij terecht. Dit is echter slechts een noodvoorziening voor de gevallen waarin producent en importeur, zoals gezegd, onvindbaar zijn.

Rollen er, op grond van deze definities van art. 6:187 BW, twee of meer ‘producenten’ uit de bus, dan zijn zij op grond van art. 6:189 BW hoofdelijk aansprakelijk.³³ In zoverre is dus binnen afdeling 6.3.3 BW samenloop van aansprakelijkheden mogelijk. Een kanaliseringsconstructie is evenwel te vinden in art. 6:185 lid 1 sub f BW. Daaruit blijkt dat de hierboven sub (ii) en (iii) bedoelde producenten – respectievelijk de producent van een grondstof en de fabrikant van een onderdeel – zich aan aansprakelijkheid kunnen onttrekken door aan te tonen dat het gebrek in kwestie is te wijten aan het product-ontwerp van de hoofdproducent of aan de instructies die de hoofdproducent heeft verstrekt. Ten aanzien van niet-gebrekkige grondstoffen en halffabrikaten vindt dus kanalisering naar de *hoofdproducent* plaats, kennelijk omdat die in dit verband als eindverantwoordelijke wordt beschouwd.

Een tweede kanaliseringsconstructie binnen afdeling 6.3.3 BW ligt besloten in het bekende art. 6:190 lid 1 sub b BW. Aldaar is geregeld – althans zo wordt de betreffende bepaling (in Nederland) doorgaans opgevat³⁴ – dat de producent voor ‘kleine claims’ (claims die in omvang onder de wettelijke franchise van € 500 blijven) niet aansprakelijk is. Uit artikel 7:24 lid 2 sub c BW blijkt vervolgens – althans in de bovenbedoelde gangbare opvatting – dat de productenaansprakelijkheid terzake van die kleine claims naar de verkoper wordt gekanaliseerd. Deze kanalisering is ingevoerd enerzijds omdat men wilde voorkomen dat de producent met talloze van zulke ‘futiele’ vorderingen zou worden geconfronteerd,³⁵ en anderzijds omdat men aannam dat de desbetreffende kleine claims voor verkopers goed verzekeraar zouden zijn.³⁶

32 De leverancier kan hieraan ontkomen door binnen een redelijke termijn de identiteit van de producent of de importeur, dan wel van degene die het product aan hem heeft geleverd, aan de benadeelde mede te delen.

33 Deze regel is vergelijkbaar met die van art. 6:180 lid 1 BW betreffende het medebezit.

34 Er wordt wel over getwist of het hier een zogenaamde aftrekfranchise dan wel een drempelfranchise betreft. Ik ga hier uit van het laatste. Vgl. Asser/Hijma 5-I, nr. 452.

35 Vgl. MO II, *Parl. Gesch. Boek 7*, p. 166.

36 Vgl. NvW 3, *Parl. Gesch. Boek 7*, p. 179.

Art. 6:175-177 lid 5 BW

In het kader van deze inventarisatie van kanaliseringsconstructies met betrekking tot de aansprakelijkheid voor gebrekkige roerende zaken zij hier ten slotte nog gewezen op de respectieve leden 5 van de art. 6:175, 6:176 en 6:177 BW (welke artikelen in par. 2.4 nader aan de orde komen). De bedoelde leden beogen een samenloop van de bezittersaansprakelijkheid van art. 6:173 BW met de gebruikers- en exploitantenaansprakelijkheid van de art. 6:175-177 BW te voorkomen door de (eventuele) aansprakelijkheid ex art. 6:173 BW te kanaliseren naar de personen die op grond van art. 6:175-177 BW aansprakelijk zijn. Uit de gekozen bewoordingen ('rust de aansprakelijkheid uit [art. 6:173 BW] op') blijkt dat de hier gecreëerde kanalisering niet gepaard gaat met exclusiviteit van de regimes van art. 6:175-177 BW. De benadeelde kan, met andere woorden, kiezen of hij zijn vordering baseert op art. 6:173 BW dan wel op de art. 6:175-177 BW, zolang hij zijn vordering maar richt tot de persoon die ingevolge art. 6:175-177 BW aansprakelijk is.³⁷ Kanalisering van aansprakelijkheid en exclusiviteit van het desbetreffende normstelsel gaan dus niet noodzakelijk (maar in de praktijk wel dikwijls) hand in hand.³⁸

2.3 Aansprakelijkheid voor opstallen

Art. 6:174 lid 1 BW stelt als uitgangspunt voorop dat voor schade veroorzaakt door een gebrekkige opstal de *bezitter* van die opstal aansprakelijk is (aangenomen dat de tenzij-formule niet opgaat). Lid 5 formuleert in dit verband ten gerieve van de benadeelde een bewijsregel, die inhoudt dat degene die in de openbare registers als *eigenaar* van de opstal of van de grond staat ingeschreven, behoudens tegenbewijs wordt vermoed bezitter te zijn. In geval van erfpacht wordt de aansprakelijkheid gekanaliseerd naar de *bezitter van het erfpachtsrecht*, aldus lid 2, eerste volzin. Is er sprake van medebezit, dan zijn de verschillende bezitters, evenals in het kader van art. 6:173 BW, hoofdelijk aansprakelijk (art. 6:180 lid 1 BW). Ook de eerder besproken regel van art. 6:180 lid 2 BW geldt ten aanzien van art. 6:174 BW: in geval van overdracht van een opstal onder eigendomsvoorbehoud wordt de *verkrijger* reeds vanaf het tijdstip van overdracht als aansprakelijke persoon beschouwd.

Wordt de opstal gebruikt in de uitoefening van een bedrijf, dan is de *bedrijfsmatige gebruiker* exclusief aansprakelijk,³⁹ tenzij een 'functioneel verband'

37 De wetgever spreekt in dit verband van 'alternativiteit'. Zie MvT, *Kamerstukken II* 1988/89, 21 202, nr. 3, p. 9. Vgl. ook E. Bauw, *Buitencontractuele aansprakelijkheid voor bodemverontreiniging*, diss. UvA, Deventer: Kluwer 1994, p. 209-210.

38 Vgl. J.H. Nieuwenhuis, *De ramp op het pikmeer*, oratie Groningen, Deventer: Kluwer 1997, p. 15-16, die het door de wetgever gekozen stelsel bekritiseert.

39 In een recente zaak lijkt de Rechtbank Amsterdam ten onrechte uit te gaan van de veronderstelling dat bezitter en bedrijfsmatige gebruiker van de opstal náást elkaar aansprakelijk zijn. Zie Rb. Amsterdam 16 mei 2007, *NJF* 2007, 341, r.o. 4.4.

tussen de schade en de bedrijfsuitoefening ontbreekt (art. 6:181 lid 1 BW).⁴⁰ In dat geval prevaleert de aansprakelijkheid van de *bezitter* van de opstal. De regel van art. 6:181 lid 2 BW, dat de risicoaansprakelijkheid zonodig naar de *laatste schakel* in de keten van bedrijfsmatige gebruikers wordt gekanaliseerd, is hierboven reeds besproken en geldt ten aanzien van de aansprakelijkheid voor opstellen eveneens.

Voor openbare wegen, gedefinieerd in art. 6:174 lid 6 BW, is blijkens de tweede volzin van lid 2 de *wegbeheerder* aansprakelijk. Voor leidingen is dat de *leidingbeheerder*, tenzij de leiding in kwestie een functionele eenheid vormt met een gebouw of werk (lid 2). In dat geval prevaleert de aansprakelijkheid van de *bezitter* van de desbetreffende opstal, omdat de schadeoorzaak dan doorgaans meer in diens sfeer dan in de sfeer van de leidingbeheerder zal liggen.⁴¹ De wetgever formuleerde het destijds als volgt:⁴²

‘In vele gevallen zal de oorzaak van de schade (...) zijn [gelegen] in gedragingen van de gebruikers van het gebouw of werk, die zich aan de waarneming van de leidingbeheerder onttrekken en in de regel moeilijk bewijsbaar zullen zijn. Bovendien is denkbaar dat de oorzaak van de schade niet zozeer is gelegen [in] een gebrek van de leiding zelf als wel in een gebrek van het gebouw of werk (verzakking), dat tot beschadiging van de leiding heeft geleid. Het zal dan een benadeelde derde die moet beslissen wie hij aanspreekt, vaak niet gemakkelijk vallen uit te maken tot wie hij zich het best kan richten. Om deze redenen is er de voorkeur aan gegeven in deze gevallen de aansprakelijke personen te laten aanwijzen door de hoofdregeel van het eerste lid, zodat zij rust op de bezitter van het gebouw of werk waarvan de leiding deel uitmaakt.’

De aansprakelijkheid voor ‘ondergrondse werken’ wordt blijkens art. 6:174 lid 3 BW gekanaliseerd naar degene die ten tijde van het bekend worden van de schade het werk *in de uitoefening van zijn bedrijf gebruikt*. De betreffende aansprakelijkheid blijft bij deze persoon rusten, ook als na het bekend worden van de schade een nieuwe gebruiker ten tonele verschijnt. Wordt de schade pas na beëindiging van de ondergrondse werkzaamheden bekend, dan geldt de *laatste gebruiker* als aansprakelijke persoon. Deze kanalisering naar de bedrijfsmatige gebruiker is tot stand gebracht om te voorkomen dat de bezitter van de bovengrond risicoaansprakelijk zou zijn voor schade in verband met ondergrondse werken. De wetgever overwoog in dit verband:⁴³

‘Het voorgestelde nieuwe derde lid voor artikel 6:174 BW kanaliseert nu de aansprakelijkheid voor schade door een ondergronds werk naar degene die dit werk in de uitoefening van zijn bedrijf gebruikt of heeft gebruikt, waar deze wellicht anders

40 Vgl. MvA II, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 746.

41 Vgl. *T&C Vermogensrecht* (2007), art. 6:174, aant. 2d (Lankhorst).

42 MvA II, *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 759-760.

43 MvT, *Kamerstukken II* 1998/99, 26 219, nr. 3, p. 103-104.

zou rusten op de eigenaar van de bovengrond. Aldus wordt de aansprakelijkheid gelegd op degene die een grotere mate van verantwoordelijkheid draagt voor het ontstaan van de schade.'

Het is opmerkelijk dat een kanaliseringsconstructie met het oog op afdeling 6.3.3 BW (Productenaansprakelijkheid), zoals vastgelegd in art. 6:173 lid 2 BW, in art. 6:174 BW ontbreekt. De verklaring hiervoor lijkt te zijn gelegen in het feit dat de aansprakelijkheid voor opstallen ex art. 6:174 BW, anders dan de aansprakelijkheid voor roerende zaken ex art. 6:173 BW,⁴⁴ niet duidelijk met de productenaansprakelijkheid van art. 6:185 e.v. BW op één lijn ligt. Terwijl een gebrekkige roerende zaak dikwijls tevens een gebrekkig product zal zijn, vloeit een gebrek van een opstal in de praktijk lang niet altijd voort uit een gebrek in de bij de bouw van die opstal gebruikte producten. Enerzijds betekent dit dat een kanalisering naar de producent in art. 6:174 BW voor de benadeelde nadelig zou kunnen zijn, aangezien hij zich daardoor voor de lastige vraag gesteld zou zien of de gebrekkigheid van de opstal in het concrete geval aan een productiefout, dan wel aan andere factoren viel te wijten. Anderzijds zou de bedoelde kanalisering de bezitter van de opstal in termen van verzekerbaarheid nauwelijks soelaas bieden, aangezien diens risico door zulk een kanalisering niet wezenlijk verlicht en ook niet beter voorspelbaar zou worden, aldus de wetgever.⁴⁵

Ten slotte zij nog vermeld dat een eventuele samenloop van art. 6:174 BW met de aansprakelijkheden van art. 6:175 en 6:177 BW is vermeden door middel van een kanaliseringsconstructie in de respectieve leden 5 van die laatste twee artikelen.⁴⁶ Zoals in paragraaf 2.2 al werd uiteengezet, gaan de desbetreffende bepalingen uit van de gedachte dat de benadeelde kan kiezen welk regime hij inroept (dat van art. 6:174 BW of dat van art. 6:175/6:177 BW), zolang hij zijn vordering maar richt tot degene die ingevolge art. 6:175 respectievelijk art. 6:177 BW aansprakelijk is.⁴⁷ Kanalisering zonder exclusiviteit van het toepasselijke normstelsel, kortom.

44 Vgl. het in par. 2.2 weergegeven citaat uit MvA, *Kamerstukken II* 1987/88, 19 636, nr. 6, p. 13.

45 Dit lijkt althans de strekking van het (niet erg toegankelijk geformuleerde) antwoord dat de Regering gaf op een desbetreffende vraag van de kamercommissie. Zie MvA, *Kamerstukken II* 1987/88, 19 636, nr. 6, p. 13-14.

46 In art. 6:176 is niet een dergelijke constructie gecreëerd, waarschijnlijk omdat samenloop tussen de aansprakelijkheid voor opstallen en de aansprakelijkheid terzake van stortplaatsen zich moeilijk laat indenken.

47 Aldus ook, specifiek met betrekking tot de samenloop van art. 6:174 en 6:177 BW, MvT, *Kamerstukken II* 1998/99, 26 219, nr. 3, p. 104.

2.4 Aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen en milieuaansprakelijkheden

Voor de risicoaansprakelijkheden van art. 6:175 (gevaarlijke stoffen), 6:176 (stortplaatsen) en 6:177 BW (mijnbouwwerken) geldt bij uitstek dat zij op een kanaliseringsgedachte zijn gebaseerd. De aansprakelijke persoon wordt in deze artikelen zo precies mogelijk omschreven en samenloop van de betreffende risicoaansprakelijkheden wordt zoveel mogelijk vermeden. Ter rechtvaardiging van dit rigide systeem overwoog de wetgever destijds:⁴⁸

‘Dit is wenselijk zowel ter voorkoming van samenloopproblemen, die de aansprakelijkheid voor de slachtoffers onoverzichtelijk en derhalve als bescherming minder effectief maken, als ter voorkoming van de noodzaak één zelfde risico meermalen te verzekeren, hetgeen onnodige zware lasten op het bedrijfsleven legt.’

Een bijzonder kenmerk van de in de art. 6:175-177 BW gekozen kanaliseringsconstructies is het feit dat zij strekken tot, wat de wetgever aanduidt als, ‘*gesegmenteerde aansprakelijkheid*’. Anders dan bijvoorbeeld de productenaansprakelijkheid van art. 6:185 e.v. BW – die in beginsel altijd blijft rusten bij de producent, ongeacht de lotgevallen van het gebrekkige product (de zogenaamde ‘*klevende aansprakelijkheid*’) –, verhuizen de risicoaansprakelijkheden van art. 6:175-177 BW telkens mee wanneer de desbetreffende stof, stortplaats of het desbetreffende mijnbouwwerk in handen van een nieuwe gebruiker of exploitant komt.⁴⁹ De reden om te kiezen voor een dergelijke segmentering is volgens de wetgever tweemaal. Enerzijds zal, zo is de gedachte, de aansprakelijke persoon in een gesegmenteerd systeem voor de benadeelde gemakkelijker te achterhalen zijn. Anderzijds is gesegmenteerde aansprakelijkheid, aldus de wetgever, beter verzekerbaar.⁵⁰

‘Het in het onderhavige ontwerp gekozen stelsel noopt ertoe de verzekering te koppelen aan een bepaalde locatie of bijv. een bepaald vervoerssegment, waarbij de te verzekeren aansprakelijkheid rust op degenen die op een verantwoorde behandeling van de stof, dan wel de zaak of het vervoermiddel waarin deze zich bevindt, rechtstreeks invloed hebben. Dit heeft tot gevolg dat de verzekeraar het risico dat hij voor zijn rekening neemt, beter kan overzien en zijn polisvoorwaarden daarop kan afstemmen (...). Verwacht mag worden dat een dergelijke verzekering gemakkelijker te verkrijgen en goedkoper zal zijn dan een dekking van alle schade door afvalstoffen veroorzaakt, nadat deze het bedrijf waarvan zij afkomstig zijn, hebben verlaten.’

48 MvT, *Kamerstukken II* 1988/89, 21 202, nr. 3, p. 8.

49 Dat is althans het uitgangspunt van de wetgever geweest. Vgl. MvT, *Kamerstukken II* 1988/89, 21 202, nr. 3, p. 9.

50 MvT, *Kamerstukken II* 1988/89, 21 202, nr. 3, p. 9-10.

Art. 6:175 BW

Art. 6:175 lid 1 BW stelt als uitgangspunt voorop dat voor schade veroorzaakt door een gevaarlijke stof – nader gedefinieerd in lid 6 – de *professionele gebruiker in beroep of bedrijf* aansprakelijk is (aangenomen dat aan de bekendheidseis is voldaan). De particuliere bezitter van een gevaarlijke stof is dus gevrijwaard van de hier bedoelde risicoaansprakelijkheid.⁵¹ Is er sprake van een keten van bedrijfsmatige gebruikers, dan rust de aansprakelijkheid volgens art. 6:181 lid 3 BW bij de *laatste schakel* van die keten: de uiteindelijke gebruiker.

In de leden 2 tot en met 5 van art. 6:175 BW zijn enkele uitzonderingen op, of uitwerkingen van, de hoofdregel van gebruikersaansprakelijkheid geformuleerd. Bevindt de gevaarlijke stof zich in handen van een *professionele bewaarder*, aldus lid 2, dan rust de aansprakelijkheid exclusief op hem, respectievelijk op de andere in lid 2 genoemde bewaarders. Bevindt de gevaarlijke stof zich in een leiding, aldus lid 3, dan wordt de aansprakelijkheid gekanaliseerd naar de *leidingbeheerder* in kwestie, tenzij de betreffende leiding een functionele eenheid vormt met een opstal. In dat geval is immers, zo bleek reeds bij de bespreking van art. 6:174 lid 2 BW (par. 2.3), de *bezitter van de opstal* exclusief aansprakelijk. In gevallen van lucht-, water- of bodemverontreiniging door een gevaarlijke stof rust de aansprakelijkheid volgens lid 4 exclusief op de persoon die *bij de aanvang van de tot verontreiniging leidende gebeurtenis* als professionele gebruiker kwalificeerde. Lid 5 behelst de al eerder besproken kanalisering van de aansprakelijkheden van art. 6:173 en 6:174 BW naar de gebruiker van de desbetreffende gevaarlijke stof.

Voor wat betreft de eventuele samenloop van art. 6:175 met de milieu-aansprakelijkheden van art. 6:176 en 6:177 BW zij hier gewezen op de respectieve leden 5 van de art. 6:176-177 BW. Heeft iemand een gevaarlijke stof in de zin van art. 6:175 BW gestort op een legale stortplaats, dan is hij zelf van aansprakelijkheid ontheven en wordt de eventuele aansprakelijkheid naar de exploitant van die stortplaats gekanaliseerd, aldus art. 6:176 lid 5 BW. Is door de werking van een gevaarlijke stof bij een mijnbouwwerk een uitstroming of bodembeweging veroorzaakt, dan rust de aansprakelijkheid daarvoor exclusief op de exploitant van dat mijnbouwwerk, aldus art. 6:177 lid 5 BW. Voor beide kanaliseringsconstructies geldt, opnieuw (vgl. par. 2.2), dat zij niet gepaard gaan met exclusiviteit van het desbetreffende aansprakelijkheidsregime.

Een eventuele samenloop van art. 6:175 BW met het algemene art. 6:162 BW is door de wetgever bewust niet uit de weg gegaan. De aanvullende werking van art. 6:162 BW werd noodzakelijk geacht om te voorkomen dat een bedrijf zich ongestraft zou kunnen ontdoen van een gevaarlijke of verontreinigende stof en de daaraan verbonden risico's, door deze aan een andere,

51 NvW 2, *Kamerstukken II* 1992/93, 21 202, nr. 15, p. 1-2.

wellicht minder solvabele partij over te dragen. In een dergelijk geval van bewust onrechtmatig handelen staat dus de weg van art. 6:162 BW open.⁵²

Art. 6:176 BW

Art. 6:176 lid 1 BW begint met de vooropstelling dat de *exploitant* van een stortplaats aansprakelijk is voor de schade die voor of na sluiting van de stortplaats ontstaat als gevolg van milieuverontreiniging. Lid 2 geeft een definitie van het begrip 'exploitant', waaruit blijkt dat zowel de legale exploitant (sub a) als de illegale exploitant (sub b) als aansprakelijke partij kunnen kwalificeren. Kunnen verschillende personen als exploitant in de zin van art. 6:176 BW worden beschouwd, dan zijn zij op grond van art. 6:182 BW hoofdelijk aansprakelijk.

Voor de vaststelling van de aansprakelijkheid is blijkens lid 3 van art. 6:176 BW het moment van het bekend worden van de schade beslissend. Wordt de stortplaats nadien overgedragen aan een nieuwe exploitant, dan blijft de aansprakelijkheid rusten op degene die *ten tijde van het bekend worden van de schade* kwalificeerde als exploitant. Was de stortplaats op dat moment reeds gesloten, dan is volgens lid 4 de *laatste exploitant* aansprakelijk.⁵³

Lid 5 bewerkstelligt, zoals hierboven besproken, dat degene die op een legale stortplaats een gevaarlijke of verontreinigende stof heeft gestort, niet aansprakelijk is op grond van art. 6:175 BW, en overigens ook niet op grond van de in lid 5 genoemde aansprakelijkheden uit Boek 8 BW. De aansprakelijkheid wordt hier exclusief naar de exploitant van de stortplaats geleid. In lid 5 is ook de meergenoemde kanalisering van de aansprakelijkheid van art. 6:173 BW naar de exploitant te vinden.

Art. 6:177 BW

Ook artikel 6:177 BW, inzake de aansprakelijkheid voor mijnbouwwerken, gaat blijkens lid 1 uit van aansprakelijkheid van de *exploitant*. In lid 2 worden zowel de legale als de illegale exploitant als potentieel aansprakelijke persoon aangeduid. Eventuele mede-exploitanten zijn volgens art. 6:182 BW hoofdelijk aansprakelijk. Voor schade door uitstroming van delfstoffen is blijkens lid 3 aansprakelijk de persoon die *ten tijde van de veroorzaking van de uitstroming* als exploitant kwalificeerde. Is er nadien een nieuwe exploitant ten tonele verschenen, dan blijft de aansprakelijkheid rusten op die *oorspronkelijke exploitant*. Vindt de veroorzaking van de uitstroming eerst na het verlaten van het mijnbouwwerk plaats, dan rust de aansprakelijkheid op de *laatste exploitant*, aldus nog steeds lid 3.⁵⁴

52 MvT, *Kamerstukken II* 1988/89, 21 202, nr. 3, p. 10.

53 Blijkens de tweede volzin van lid 4 kan overigens de *legale* exploitant zich onder omstandigheden aan deze aansprakelijkheid onttrekken.

54 Ook hier bestaat voor de *legale* exploitant een ontsnappingsmogelijkheid.

Voor schade door bodembeweging is blijkens lid 4 aansprakelijk de persoon die *ten tijde van het bekend worden van de schade* als exploitant kwalificeerde. Ook hier blijft de aansprakelijkheid na een wisseling van de wacht rusten op de *oorspronkelijke exploitant*. Wordt de schade pas na sluiting van het mijnbouw-werk bekend, dan rust de aansprakelijkheid op de *laatste exploitant*, aldus nog steeds lid 4. Lid 5 behelst, zoals eerder besproken, een kanalisering van de aansprakelijkheden van art. 6:173, 6:174 en 6:175 BW naar de exploitant van het mijnbouwwerk.

3 ARGUMENTEN VOOR KANALISERING

Uit de inventarisatie van paragraaf 2 lijken, globaal gesproken, drie (hoofd)argumenten voor kanalisering naar voren te komen. Het eerste en meest voor de hand liggende argument, dat in de parlementaire geschiedenis telkens terugkeert, is de gedachte dat kanalisering leidt tot *duidelijkheid* voor betrokkenen. Het gaat hier kennelijk om een praktisch argument. De wetgever acht het voor benadeelden alsook voor (potentieel) aansprakelijken aantrekkelijk om op voorhand hun posities zo goed mogelijk te kunnen inschatten.

Het is de vraag of deze gedachte als argument voor kanalisering hoge ogen gooit. ‘Duidelijkheid’ is op zichzelf van betrekkelijk geringe waarde.⁵⁵ De kanaliseringsconstructies van art. 6:173 lid 2 en 7:24 lid 2 BW (de producent is exclusief aansprakelijk) zijn weliswaar duidelijk, maar schieten in termen van slachtofferbescherming tekort (vgl. par. 2.2). Iets dergelijks geldt voor art. 6:181 lid 1 BW (in plaats van de bezitter is de bedrijfsmatige exploitant exclusief aansprakelijk): deze bepaling moge voor benadeelden ‘eenvoudiger’ zijn,⁵⁶ intussen vormt zij een regelrechte beperking van hun verhaalspositie indien de bedrijfsmatige exploitant insolvent blijkt te zijn.⁵⁷ Nog afgezien hiervan is het twijfelachtig of kanalisering van aansprakelijkheid werkelijk tot meer duidelijkheid leidt.⁵⁸ De diverse kanaliseringsconstructies van de afdelingen 6.3.2 en 6.3.3 BW lijken het beeld van de aansprakelijkheid eerder te vertroebelen dan te verscherpen. De aansprakelijke persoon wordt zo precies omschreven, dat voor veel betrokkenen op voorhand helemaal niet duidelijk zal zijn wie voor een bepaalde schadepost aansprakelijk is. Dat is op zichzelf geen doorslaggevend bezwaar – adequate wetgeving kan gecompliceerd zijn –, maar het roept wel de vraag op of ‘duidelijkheid’ een werkelijke beweegreden voor de wetgever is geweest om kanaliseringsconstructies in te voeren. Veeleer lijkt de indruk gerechtvaardigd dat dit praktische argument opgaat in andere,

⁵⁵ Vgl. Nieuwenhuis 1997, p. 15.

⁵⁶ Vgl. *T&C Vermogensrecht* (2007), art. 6:181, aant. 1 (Lankhorst).

⁵⁷ Vgl. Tjittes 1995, p. 276.

⁵⁸ Vgl. Tjittes 1995, p. 280 en Nieuwenhuis 1997, p. 15.

hieronder te bespreken argumenten, en dat het voor het overige hoogstens een retorische (politieke) functie heeft.

Het tweede argument voor kanalisering, dat eveneens veelvuldig terugkeert in de parlementaire stukken, is de *verzekerbbaarheid* van het aansprakelijkheidsrisico. Dit lijkt een (rechts)economisch argument te zijn. In de redenering van de wetgever hangt dit argument nauw samen met het bovengenoemde argument van de 'duidelijkheid'. Een duidelijk voorspelbaar, scherp afgebakend risico is gemakkelijker en voordeliger verzekeraar dan een onbestemd, veelomvattend risico, zo meent de wetgever. Bovendien leidt onzekerheid over de aansprakelijke persoon ertoe dat verscheidene personen zich tegen het desbetreffende risico zullen gaan verzekeren, hetgeen, aldus de wetgever, de totale verzekeringskosten zal doen stijgen.

Vanuit een rechtseconomisch perspectief is deze gedachtegang bekritiseerd door Vanden Borre. Zij heeft erop gewezen dat kanalisering van aansprakelijkheden van diverse personen naar één exclusief aansprakelijke persoon voor verzekeraars juist grote problemen kan veroorzaken, aangezien een risico dat mede door anderen dan de verzekerde zelf wordt beïnvloed, verzekeringstechnisch buitengewoon lastig is in te schatten. Bovendien zal, aldus Vanden Borre, het feit dat verschillende personen zich tegen één en hetzelfde risico verzekeren juist leiden tot een grotere spreiding van dat risico en daarmee (mogelijk) tot een *daling* van de verzekeringskosten, in plaats van de door de wetgever gevreesde stijging.⁵⁹ Het hier bedoelde argument van de wetgever is dus minder sterk, althans minder vanzelfsprekend, dan de wetgever doet voorkomen.

Het derde argument voor kanalisering komt, vergeleken met de andere twee argumenten, minder expliciet in de wetsgeschiedenis tot uitdrukking. Het valt te omschrijven als het argument van de '*meest relevante laedens*'. Kanalisering leidt ertoe, althans zou er idealiter toe moeten leiden, dat de aansprakelijkheid komt te rusten op de meest relevante laedens, op degene van wie algemeen wordt aangenomen dat hij de eind- of hoofdverantwoordelijke is voor de betreffende schade. Naast het praktische argument (duidelijkheid) en het economische argument (verzekerbbaarheid) lijkt dit het (meest) *juridische* argument voor kanalisering te zijn. Achter dit juridische argument kunnen vervolgens andere deelargumenten schuil gaan, zoals een gedachte van slachtofferbescherming – de meest relevante laedens zal voor de benadeelde doorgaans het gemakkelijkst te achterhalen en te benaderen zijn –, een bedrijfseconomische gedachte – de meest relevante laedens zal de schade doorgaans zonder problemen aan afnemers kunnen doorberekenen (aangenomen dat hij bedrijfsmatig opereert) – of het genoemde argument van verzekerbbaarheid – voor de meest relevante laedens ligt het afsluiten van een verzekering het meest voor de hand, terwijl dat voor hem waarschijnlijk ook het eenvoudigst

59 Zie T. Vanden Borre, 'Kanalisisatie in het debat betreffende de verzekerbbaarheid van een risico', *AV&S* 2001, p. 175-182. Zie met name p. 179.

en het goedkoopst zal zijn. Geabstraheerd van deze deelargumenten gaat het hier echter in essentie om de vraag wie ‘een grotere mate van *verantwoordelijkheid* draagt voor het ontstaan van de schade’.⁶⁰

Nu de eerste twee argumenten, zoals hierboven bleek, voor relativering vatbaar zijn en bovendien in meer- of mindere mate opgaan in het derde argument, lijkt dat derde argument het belangrijkste argument voor kanalisering te zijn. Problematisch is intussen wel de *hantering* van dat argument. De vraag naar de ‘meest verantwoordelijke’ persoon is immers niet altijd gemakkelijk te beantwoorden. Veel zal afhangen van de concrete setting waarin de kanalisering plaatsvindt. Zo lijkt het aannemelijk dat de keuze voor kanalisering mede wordt beïnvloed door aspecten als de aard van de te verwachten schade,⁶¹ de aard van de aansprakelijkheid⁶² en de aard van de verweten gedraging.⁶³ Tjittes heeft in dit verband nog gewezen op een vijftal concretere gezichtspunten, die bij de keuze van de ‘meest relevante laedens’ een rol kunnen spelen. Volgens Tjittes is onder meer van belang (i) wie *zeggenschap* had over de schadeveroorzakende gedraging of het gevaarsobject, (ii) wie ervan *profiteerde*, (iii) wie de mogelijkheid had om zijn schade te *spreiden* (bijvoorbeeld door middel van doorberekening in een productprijs of door middel van verzekering), en (iv) bij wie tengevolge van aansprakelijkstelling (het meeste) *preventief effect* kan worden worden verwacht. Ten slotte speelt nog een rol, aldus Tjittes, (v) de algemene (rechtspolitieke) gedachte van *kostenallocatie*.⁶⁴ Dat laatste gezichtspunt lijkt juridisch niet veel toegevoegde waarde te hebben, maar van de overige vier gezichtspunten lijkt, gezien de in paragraaf 2 geciteerde overwegingen van de wetgever, inderdaad aannemelijk dat de wetgever zich (mede) daardoor heeft laten leiden in kwesties van kanalisering.

60 Aldus, met betrekking tot art. 6:174 lid 3 BW, MvT, *Kamerstukken II* 1998/99, 26 219, nr. 3, p. 103-104 (curs. toegevoegd).

61 Terzake van zaakschade en zuivere vermogensschade lijkt kanalisering bijvoorbeeld eerder gerechtvaardigd dan terzake van letsel. Vgl. Tjittes 1995, p. 280.

62 In kwesties van risicoverdeling ligt een strikte afbakening van de aansprakelijke persoon bijvoorbeeld meer voor de hand dan in gevallen van zuivere schuldaansprakelijkheid.

63 Zo kan bijvoorbeeld in geval van schade door een gebrekkig product worden geoordeeld dat de gedraging van de producent – het produceren van het gebrekkige product – vergeleken met de gedraging van de leverancier – het doorverkopen van dat product aan afnemers – in hogere mate verwijtbaar, althans in hogere mate (objectief) gevaarzettend was, zodat op die grond kanalisering naar de producent het meest voor de hand ligt (vgl. art. 7:24 lid 2 BW, besproken in par. 2.2).

64 Zie Tjittes 1995, p. 279.

4 'KANALISERING' VAN TOEZICHTHOUDERSAANSPRAKELIJKHEID DOOR DE RECHTER?

De analyse van paragraaf 3 doet de vraag rijzen of de aldaar besproken argumenten voor kanalisering – en wel met name het derde argument, aangezien dat het belangrijkste is gebleken – ook buiten het specifieke kader van de wettelijke kanalisering van risicoaansprakelijkheid relevant kunnen zijn. Meer in het bijzonder lijkt het interessant om te onderzoeken of de *rechter* zich in concrete gevallen door deze argumenten zou kunnen laten inspireren. In mijn inleiding (par. 1) heb ik in dit verband de, enigszins tendentieuze, vraag opgeworpen of het denkbaar zou zijn dat de rechter in geval van schade door gebrekkig toezicht de zijdelingse aansprakelijkheid van de toezichthouder terzijde schuift om deze te 'kanaliseren' naar de primaire dader.

Het moge duidelijk zijn dat voor een dergelijke vorm van rechterlijke kanalisering van toezichthoudersaansprakelijkheid in beginsel geen plaats is. In het algemeen kan het feit dat voor een bepaalde schadepost naast de aangesproken partij (hier: de toezichthouder) ook een ander (hier: de primaire dader) verantwoordelijk is, geen argument vormen voor het doen vervallen van de aansprakelijkheid van de eerstbedoelde partij.⁶⁵ Ook de omstandigheid dat de causale bijdrage van de toezichthouder wellicht geringer is geweest dan die van de primaire dader, is daarvoor op zichzelf niet voldoende. Volgens een klassieke regel van ons aansprakelijkheidsrecht volstaat immers voor het aannemen van aansprakelijkheid 'culpa levissima', de lichtste schuld.⁶⁶ Toch is het mijns inziens denkbaar dat in specifieke gevallen het toezichtsfalen van de toezichthouder zozeer in het niet valt bij de onzorgvuldigheid aan de zijde van de primaire dader, dat een exclusieve aansprakelijkheid van die primaire dader moet worden aangenomen.⁶⁷ Deze gedachte lijkt tot uitdrukking te komen in een overweging van de Hoge Raad uit het bekende arrest 'Duwbak Linda'.

Het ging in dit arrest om de vraag of de Staat aansprakelijk was voor de zaakschade welke was ontstaan als gevolg van het kapseizen van een ondeugdelijk vaartuig. Daarbij was van belang dat kort voor het betreffende ongeval het wettelijk vereiste keuringscertificaat van dat vaartuig vanwege de Staat was verlengd, en wel op basis van een – naar achteraf gebleken was – ondeug-

65 Zie *Onrechtmatige daad* (K.J.O. Jansen), art. 162, lid 2, aant. 251 (losbl.). Vgl. ook Vgl. *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 354.

66 Vgl. Asser/Hartkamp 4-III (2006), nr. 72.

67 Vgl. Asser/Hartkamp 4-I (2004), nr. 440. Aldaar wordt, in het kader van de bespreking van de meervoudige causaliteit, opgemerkt dat in geval van schadeveroorzaking door twee personen als gevolg van achtereenvolgens gemaakte fouten denkbaar is dat alleen de persoon die de tweede fout beging aansprakelijk is, namelijk indien 'de tweede fout zoveel ernstiger is dan de eerste dat zij niet meer kan worden beschouwd als een verwezenlijking van het gevaar met het oog waarop de eerste fout had moeten worden vermeden.'

delijke keuring. De Hoge Raad wilde van aansprakelijkheid van de Staat als toezichthouder in dit geval kennelijk niet weten en overwoog:⁶⁸

‘in aanmerking [is] te nemen dat de betrokkenheid van de Staat bij de afgifte van het certificaat van onderzoek en de daarvoor vereiste keuring van schepen voortvloeit uit de algemene verantwoordelijkheid van de overheid voor de veiligheid van het scheepvaartverkeer. Die betrokkenheid neemt niet weg dat het de *eigenaar* van het schip is die voor de deugdelijkheid en veiligheid van het schip bij de exploitatie en de deelname aan het verkeer en voor een regelmatige controle en onderhoud van het schip *verantwoordelijk* blijft (...).’

Zonder nu aan deze enkele overweging uit het arrest een doorslaggevend gewicht toe te willen kennen – het arrest staat in de sleutel van een tamelijk specifieke relativiteitsconstructie, die ik binnen het bestek van deze bijdrage als zodanig niet kan behandelen⁶⁹ –, heb ik toch de indruk dat de Hoge Raad met deze overweging de kern van zijn gedachtegang verwoordt.⁷⁰ De Hoge Raad lijkt principieel van oordeel te zijn dat voor schade als de onderhavige niet de Staat als toezichthouder, maar de eigenaar als primaire laedens aansprakelijk is. Dat is in wezen een kanaliseringsgedachte: de schade wordt geleid naar de persoon die in de ogen van de Hoge Raad de grootste mate van *verantwoordelijkheid* draagt voor het ontstaan van de schade. De *vorm* waarin de Hoge Raad deze kanalisering giet is, zoals gezegd, een relativiteitsconstructie, maar veel meer dan een juridisch-technische ‘verpakking’ van een rechtspolitiek oordeel lijkt dat niet te zijn.⁷¹

Als aan het arrest inderdaad een algemene gedachte van, zoals ik het noem, kanalisering van toezichthoudersaansprakelijkheid ten grondslag ligt, is dat een feit van cruciaal belang. Het zou betekenen dat de Hoge Raad, in afwijking van ons klassieke stelsel van aansprakelijkheidsrecht, ‘*culpa levissima*’ niet langer in alle gevallen voldoende acht voor het aannemen van aansprakelijkheid. Een dergelijke koerswijziging behoeft een grondiger argumentatie dan de enkele mededeling dat de door de Staat geschonden norm niet strekt tot bescherming van de benadeelde tegen de onderhavige schade. In dit verband zouden de hierboven besproken argumenten voor wettelijke kanalisering van aansprakelijkheid – en met name het derde, belangrijkste argument – naar mijn mening een rol kunnen spelen. Bij de afbakening van de aansprakelijkheid van de toezichthouder ten opzichte van die van de primaire dader komt het uiteindelijk aan op een keuze van de ‘meest relevante laedens’, en daarmee op een weging van de verantwoordelijkheden van beide partijen. Meestal zal zich de situatie voordoen dat zowel de toezichthouder als de primaire dader

68 HR 7 mei 2004, NJ 2006, 281 m.nt. Jac. Hijma (Duwbak Linda), r.o. 3.4.3 (curs. toegevoegd).

69 Zie daarover uitgebreid de NJ-annotatie van Jac. Hijma, sub 3-11.

70 Vgl. T. Hartlief, ‘Kroniek van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht 2003-2004’, NTBR 2004, p. 463.

71 Vgl. de NJ-annotatie van Jac. Hijma, sub 11.

een relevante mate van verantwoordelijkheid dragen, zodat zij, conform het wettelijk uitgangspunt, beiden aansprakelijk zijn,⁷² maar in bijzondere gevallen kan worden geconcludeerd dat de schade zozeer in de sfeer van één van beiden ligt, dat hetzij de primaire dader,⁷³ hetzij de toezichthouder exclusief aansprakelijk is.⁷⁴ Bij het onderbouwen van deze conclusie zullen de in paragraaf 3 genoemde gezichtspunten '*aard van de te verwachten schade*', '*aard van de aansprakelijkheid*' en '*aard van de verweten gedraging*' een rol kunnen spelen, terwijl ook de (concreter geformuleerde) gezichtspunten van Tjittes in dit verband relevant kunnen zijn. De *zeggenschap* over de schadeveroorzakende gedraging, het eventuele *profiteren* ervan, de mogelijkheid van *spreiding* van de schade en het *preventief effect* van aansprakelijkheid zijn mijns inziens stuk voor stuk relevante argumenten voor de afbakening van de verantwoordelijkheid van de toezichthouder ten opzichte van die van de primaire dader.⁷⁵

5 CONCLUSIE

In geval van samenloop van aansprakelijkheden van verschillende personen staat, zoals in paragraaf 1 werd uiteengezet, het wettelijke uitgangspunt van hoofdelijke aansprakelijkheid (art. 6:102 lid 1 BW) voorop. Niettemin zijn er uitzonderingen op dit uitgangspunt denkbaar, zoals met name tot uitdrukking komt in de afdelingen 6.3.2 en 6.3.3 BW, waar ten aanzien van diverse risicoaansprakelijkheden kanalisering naar één exclusief aansprakelijke persoon is bewerkstelligd. In paragraaf 2 zijn de belangrijkste van deze kanaliseringconstructies besproken.

In paragraaf 3 is uiteengezet dat er blijkens de parlementaire geschiedenis drie (hoofd)argumenten voor kanalisering van risicoaansprakelijkheid zijn te noemen. Kanalisering creëert, om te beginnen, duidelijkheid voor alle betrokke-

72 Een sprekend voorbeeld (zij het deels in de contractuele sfeer) is het geval waarin een rijwielbewaarder een onder zijn toezicht staande fiets onbeveiligd buiten laat staan, waarna de fiets wordt gestolen. Zonder twijfel zijn voor de ontstane schade zowel de dief als de rijwielbewaarder aansprakelijk, hoezeer ook de dief hier de ernstigste fout heeft begaan. Vgl. Asser/Hartkamp 4-I (2004), nr. 440.

73 Dat was bijvoorbeeld de uitkomst van het bovengenoemde arrest 'Duwbak Linda'.

74 Deze laatste situatie laat zich vooral in tamelijk specifieke gevallen indenken. Stel dat iemand tijdens het beklimmen van een klimwand ten val komt als gevolg van een ondeskundige 'zekering' door een medeklimmer op de grond. Zou in dit geval komen vast te staan dat de medeklimmer onervaren was en dat hij zijn fout maakte als gevolg van een ontoereikende instructie door de verantwoordelijke kliminstructeur, dan zou die kliminstructeur waarschijnlijk exclusief aansprakelijk moeten worden gehouden voor het letsel van de gevallen klimmer. De medeklimmer zou hier wegens gebrek aan toerekenbaarheid vrijuit moeten gaan, hoezeer ook zijn gedraging de primaire oorzaak van de ontstane schade was.

75 Deze opsomming is uiteraard zonder de pretentie van volledigheid. Een volledig antwoord op de vraag naar de verhouding tussen toezichthouder en primaire dader zou een gedetailleerde studie van de toezichthoudersaansprakelijkheid vergen, waarvoor binnen het bestek van deze bijdrage geen ruimte is. Zie uitgebreid de in noot 7 genoemde bronnen.

nen (het praktische argument). Daarnaast bevordert kanalisering, althans in de ogen van de wetgever, de verzekerbaarheid van het risico en leidt zij tot een besparing van de kosten van verzekering (het economische argument). Ten slotte leidt kanalisering ertoe dat de aansprakelijkheid komt te rusten op de ‘meest relevante laedens’, op degene die de grootste mate van verantwoordelijkheid draagt voor het ontstaan van de schade (het juridische argument). Dit laatste argument, zo heb ik in paragraaf 3 betoogd, lijkt als overkoepelende gedachte het belangrijkste argument voor kanalisering van risicoaansprakelijkheid te vormen.

In paragraaf 4 is onderzocht of de genoemde argumenten voor kanalisering een bredere betekenis hebben, in die zin dat zij ook buiten het kader van de wettelijke kanalisering van risicoaansprakelijkheid, door de *rechter* zouden kunnen worden gehanteerd. Hierbij is in het bijzonder gekeken naar de problematiek van de toezichthoudersaansprakelijkheid. Tegen de achtergrond van het arrest ‘Duwbak Linda’ is betoogd dat de kerngedachte van kanalisering – de gedachte dat de aansprakelijkheid behoort te rusten op de partij die een relevante mate van *verantwoordelijkheid* voor het ontstaan van de schade draagt – ook richtinggevend kan zijn in kwesties van toezichthoudersaansprakelijkheid. Bij de afbakening van de aansprakelijkheid van de toezichthouder ten opzichte van die van de primaire dader zal het uiteindelijk aankomen op een keuze van de ‘meest relevante laedens’, en daarmee op een weging van de verantwoordelijkheden van beide partijen. In zoverre hebben de argumenten voor kanalisering van risicoaansprakelijkheid – en met name het derde argument – inderdaad een bredere betekenis.

Al met al is het niet mijn bedoeling geweest om de toezichthoudersproblematiek en het kanaliseringsvraagstuk over één kam te scheren.⁷⁶ Ik heb ook niet voor ogen gehad om een pleidooi te houden tégen de aansprakelijkheid van toezichthouders. Met mijn overwegingen in paragraaf 4 heb ik slechts beoogd te illustreren dat de kerngedachte van kanalisering in essentie sterk verwant is aan de gedachte die schuilgaat (of schuil lijkt te gaan) achter de terughoudendheid die in kwesties van toezichthoudersaansprakelijkheid pleegt te worden betracht. Zoals op meer plekken in het recht blijken er, kortom, inhoudelijke dwarsverbanden te bestaan tussen terreinen die op het eerste gezicht, juridisch-technisch bezien, niet of nauwelijks met elkaar te maken hebben. Vanuit een oogpunt van coherentie is dat een goede zaak.

76 Kanalisering van aansprakelijkheid door de wetgever is uiteraard iets fundamenteel anders dan het afwijzen van een schadeclaim door de rechter.