

79 De buitencontractuele aansprakelijkheid naar Nederlands recht van de producent voor schade aan het product zelf

Een vergelijking met het Duitse en Canadese recht

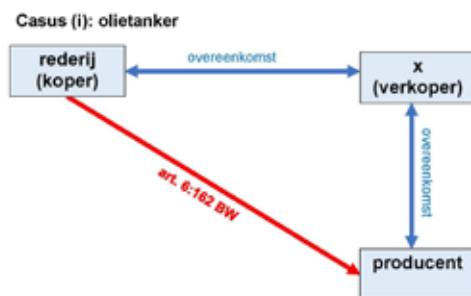
Mr. C.F. Manders *

Een product biedt soms niet de veiligheid die de koper daarvan mag verwachten. Veroorzaakt een dergelijk product schade aan andere zaken of personen, dan kan de koper de producent rechtstreeks aanspreken tot vergoeding daarvan op grond van art. 6:185 BW of art. 6:162 BW. Voor vergoeding van schade aan het product zelf kan de koper in beginsel de verkoper aanspreken op grond van wanprestatie. Mogelijk is echter dat de verkoper is gefailleerd, dat de verkoper zijn aansprakelijkheid heeft uitgesloten of dat de koper een tweede partij aansprakelijk wil stellen. De vraag rijst dan of de koper de schade aan het product zelf kan verhalen op de producent op grond van art. 6:162 BW. Deze vraag staat centraal in deze bijdrage.

* Promovenda aan de Rijksuniversiteit Groningen. Zij schrijft een rechtsvergelijkend proefschrift over de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad voor zuivere vermogensschade onder begeleiding van prof. mr. A.J. (Albert) Verheij en prof. mr. drs. C.M.D.S. (Charlotte) Pavillon.

1. Inleiding

(i) Een rederij (R) geeft X de opdracht een olietanker te bouwen. X brengt op de scheepsrump verf aan van producent P. Ruim een jaar na oplevering van de olietanker laat de verf los als gevolg van een gebrekkige chemische samenstelling. R laat de verflaag vervangen voor € 200.000 en vordert vergoeding van deze kosten van P op grond van onrechtmatige daad.



(ii) Een supermarktketen (S) koopt eieren van X die afkomstig zijn van kippenbedrijf P. Na levering blijkt dat de eieren van P een voor mensen giftige stof bevatten. S is daarom genoodzaakt alle eieren te vernietigen. S koopt nieuwe eieren in bij derden, omdat X tijdelijk geen eieren kan

leveren als gevolg van de stillegging van het bedrijf van P. S spreekt P aan uit onrechtmatige daad en vordert vergoeding van de kosten van het inkopen van de nieuwe eieren (€ 15.000).



(iii) Een zweefvliegclub (Z) koopt een zweefvliegtuig ter waarde van € 80.000 van X die is geproduceerd door P. Enkele maanden na aankoop stort een vrijwel identiek, door P geproduceerd zweefvliegtuig neer als gevolg van een constructiegebrek. Z laat daarop haar (nog niet neergestorte) zweefvliegtuig onderzoeken. Het blijkt dat het vliegtuig van Z eenzelfde constructiegebrek heeft en dat herstel mogelijk is voor € 20.000. Z spreekt P aan uit onrechtmatige daad en vordert vergoeding van de herstelkosten.

Casus (iii): zweefvliegtuig



In bovenstaande voorbeelden bestaat de schade van de koper uit het niet ontvangen van een deugdelijk product voor de door hem betaalde koopprijs. Dergelijke schade wordt in de literatuur aangeduid als transactieschade of als schade aan het product zelf.¹⁾ Onder welke omstandigheden de koper vergoeding van deze schade kan vorderen van de producent op grond van onrechtmatige daad, is naar Nederlands recht onzeker. Over de toewijsbaarheid van deze vordering bestaat meer duidelijkheid in het Duitse en Canadese recht.²⁾ Deze bijdrage onderzoekt of wij iets kunnen leren van de Duitse of de Canadese benadering.

Hieronder wordt allereerst het Nederlandse recht uiteengezet (paragraaf 2). Daarna komen het Duitse recht (paragraaf 3) en het Canadese recht (paragraaf 4) aan de orde. Tot slot wordt – op basis van inzichten uit het Canadese recht – een maatstaf voorgesteld om de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van de producent voor schade aan het product zelf naar Nederlands recht te beoordelen (paragraaf 5).

2. Nederlands recht

Naar Nederlands recht kan een producent buitencontractueel aansprakelijk zijn voor schade veroorzaakt door een gebrek in zijn product op basis van de afdeling over productaansprakelijkheid (art. 6:185 e.v. BW) of op basis van art. 6:162 BW.³⁾ Op grond van de afdeling over productaansprakelijkheid is een producent aansprakelijk als het product niet de veiligheid biedt die men daarvan mag verwachten (art. 6:186 lid 1 BW). Verder geldt dat de producent slechts aansprakelijk is voor personenschade of voor schade toegebracht aan andere zaken die gewoonlijk voor gebruik in de privésfeer zijn bestemd (art. 6:190 BW). Schade aan bedrijfsmatig gebruikte zaken is op grond van deze afdeling dus niet vergoedbaar. Dat geldt ook voor schade aan het product zelf. De afdeling over productaansprakelijkheid laat echter andere rechten of vorderingen onverlet (art. 6:193 BW). De koper kan zijn vordering jegens de producent tot vergoeding van schade aan het product zelf daarom baseren op art. 6:162 BW.⁴⁾

Samenloop met het contractenrecht

De aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW van de producent voor deze schade aan het product zelf is echter problematisch. Zij valt namelijk samen met het contractuele aansprakelijkheidsrecht. Voor vergoeding van schade aan het product zelf kan de koper (K) in beginsel de verkoper (V) aanspreken op grond van wanprestatie. Het betreft immers schade die K lijdt, doordat hij niet krijgt waarop hij op grond van de koopovereenkomst recht heeft.⁵⁾ V kan op zijn beurt de schade verhalen op grond van wanprestatie op de producent (P) die het product aan V heeft geleverd. Het onder die omstandigheden toekennen van een vordering uit onrechtmatige daad van K jegens P lijkt strijdig met het uitgangspunt dat een contract (de overeenkomst P-V) alleen partijen (P-V) bindt; in beginsel kunnen derden (K) daaraan geen rechten ontleen.⁶⁾ Daar komt bij dat in de overeenkomst V-K is vastgelegd onder welke voorwaarden K vergoeding van zijn schade – bestaande uit het niet ontvangen van een deugdelijk product voor de door hem betaalde prijs – kan vorderen van V. In de overeenkomst P-V is vastgelegd onder welke omstandigheden P aansprakelijk is jegens V als hij een ondeugdelijk product levert. Kan K, wanneer hij een ondeugdelijk product ontvangt van V, P aanspreken uit onrechtmatige daad tot vergoeding van deze schade, dan verliezen de contractuele aansprakelijkheidsvoorwaarden in de overeenkomsten P-V en V-K hun betekenis. Het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht houdt met die voorwaarden immers geen rekening.

Het arrest *Daf/Achmea*

Het toewijzen van een vordering uit onrechtmatige daad van de koper jegens de producent tot vergoeding van schade aan het product zelf ondermijnt dus het contractenrecht. Onder welke omstandigheden die ondermijning gerechtvaardigd is, is naar Nederlands recht niet duidelijk. Een vordering uit onrechtmatige daad van de koper jegens de producent tot vergoeding van schade aan het product zelf, is voorgelegd aan de Hoge Raad in het arrest *Daf/Achmea*.⁷⁾ Het gaat daarin om een vrachtwagen die in brand vliegt, nadat opgehoopt vuil onder de cabine door de hoge uitlaatemperatuur heeft vlamgevat. De eigenaar van de vrachtauto (K) ontvangt na de brand van zijn cascoverzekeraar een vergoeding voor het totaal verlies van de vrachtauto. De cascoverzekeraar – gesubrogeerd in de rechten van K – spreekt nadien de producent (P) aan tot vergoeding van de waarde van de vrachtauto (€ 29.000) op grond van art. 6:162 BW. Zowel het hof als de Hoge Raad wijst de vordering toe. Aangenomen wordt dat P onrechtmatig heeft gehandeld jegens K door een product in het verkeer te brengen dat schade veroorzaakt bij normaal gebruik voor het doel waarvoor het is bestemd. Opmerking verdient dat deze maatstaf overeenkomt met de maatstaf voor onrechtmatigheid die de Hoge Raad eerder formuleerde in het arrest *Du Pont/Hermans*.⁸⁾ In dat arrest gaat het

1. Vgl. C.J.J.M. Stolker, 'art. 6:190 BW', in: C.J.J.M. Stolker (red.), *Groene Serie Onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer, aant. 3.2 (online, laatst bijgewerkt op 31 juli 2020); C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenissen uit de wet.*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 259; J.H. Duyvensz, 'Vergoedbaarheid van transactieschade op grond van onrechtmatige daad', *WPNR* 2010/6855, p. 659; D.W.F. Verkade, M.Ph. van Sint Truiden & J.F.C. Maassen, *Product in gebreke*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1990, p. 23.
2. Gekozen is voor een continentaal rechtstelsel (Duitsland) en een common law rechtstelsel (Canada). Als continentaal rechtstelsel is Duitsland onderzocht, omdat in Duitsland veel literatuur en rechtspraak bestaat over de buitencontractuele aansprakelijkheid van de producent voor schade aan het product zelf (zie voor een overzicht G. Wagner, '§ 823 Schadenersatzpflicht', in: M. Habersack (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München: C.H. Beck 2020, nr. 281 e.v.). Als common law rechtstelsel is gekozen voor Canada, omdat de buitencontractuele aansprakelijkheid van de producent voor schade aan het product zelf in Canada in ontwikkeling is (zie bijvoorbeeld SCC 6 november 2020, *1688782 Ontario Inc. v. Maple Leaf Foods Inc.* [2020] SCC 35). Daarnaast is gekozen voor een vergelijking met het Duitse en het Canadese recht, omdat zij elk onder andere omstandigheden de producent buitencontractueel aansprakelijk houden voor schade aan het product zelf.
3. Asser/Sieburgh 6-IV 2019, nr. 257 e.v.; C.J.J.M. Stolker, 'commentaar op afd. 3 Boek 6 BW', in: C.J.J.M. Stolker (red.), *Groene Serie Onrechtmatige daad*, Deventer: Wolters Kluwer, aant. 4.1 (online, laatst bijgewerkt op 31 juli 2020); L. Dommering-van Rongen, *Productaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2000, p. 31; zie ook concl. A-G Hartlief, ECLI:NL:PHR:2016:1372, nr. 5.2-5.5. De afdeling over productaansprakelijkheid is een implementatie van de Productaansprakelijkheidsrichtlijn (Richtlijn 85/374/EEG van 25 juli 1985 betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuurlijke bepalingen der lidstaten inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken, *PbEG* 1985, L 210/29).
4. Asser/Sieburgh 6-IV 2019/259.
5. Vgl. Stolker, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:190 BW, aant. 3.2 (online, laatst bijgewerkt op 31 juli 2020); Asser/Sieburgh 6-IV 2019/257; Verkade, Van Sint Truiden & Maassen 1990, p. 23; R.W.E. van Leuken, M.M.C. van de Moosdijk & V. Tweehuysen, *Hartkamps Compendium van het vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2017, par. 23.3; Duyvensz, *WPNR* 2010/6855, p. 659.
6. Zo overwoog de HR ook nog expliciet in HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1627, *NJ* 2015/2 (*Eneco/Stichting en ICSSO*), r.o. 3.5.3.
7. HR 13 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:32, *NJ* 2017/48, *JA* 2017/44, *NJB* 2017/212, *RAV* 2017/33, *RvdW* 2017/151, *JIN* 2017/37, m.nt. G. te Winkel & F.C. Leijdesdorff, *Bb* 2017/50, m.nt. A.Ch.H. Franken & J.P. van der Klein (*Daf/Achmea*).
8. HR 6 december 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2221, *NJ* 1997/219 (*Du Pont/Hermans*).



Levert wanprestatie van een contractspartij onrechtmatige daad op jegens een derde?



om aansprakelijkheid van de producent op grond van art. 6:162 BW voor schade aan andere zaken dan het gebrekkige product zelf.

Het arrest *Daf/Achmea* is bekend vanwege het oordeel van de Hoge Raad over de uitleg van het criterium 'in het verkeer brengen' in het kader van de aansprakelijkheid van de producent op grond van art. 6:162 BW. In de literatuur wordt het arrest dan ook steeds in dit verband aangehaald.⁹⁾ De literatuur besteedt geen aandacht aan het feit dat de producent in *Daf/Achmea* aansprakelijk is uit onrechtmatige daad voor schade aan het product zelf. Een uitzondering hierop is een artikel van Van Huizen.¹⁰⁾ Hij wijst erop dat – tot het verschijnen van *Daf/Achmea* – de Hoge Raad nog niet had uitgemaakt dat de producent buitencontractueel aansprakelijk kan zijn voor schade aan het product zelf.

Ik meen dat Van Huizen een belangrijke constatering doet. Op basis van het arrest *Daf/Achmea* valt inderdaad te concluderen dat de producent aansprakelijk kan zijn uit onrechtmatige daad voor schade aan het product zelf. Maar onder welke omstandigheden de producent precies aansprakelijk is, blijft onzeker. Uit het arrest *Daf/Achmea* lijkt te volgen dat een producent aansprakelijk is op basis van art. 6:162 BW voor schade aan het product zelf, als hij "een product in het verkeer brengt dat schade veroorzaakt bij normaal gebruik voor het doel waarvoor het is bestemd". Onduidelijk is echter welke soorten schade aan het product zelf onder "schade" in de zin van deze maatstaf vallen. De vraag is of het alleen gaat om schade aan het product zelf die ontstaat nadat de koper het product in eigendom verkrijgt (zoals in het arrest *Daf/Achmea*), of dat het ook gaat om schade aan het product zelf die al bestaat op het moment dat de koper het product in eigendom verkrijgt (zoals in casus (iii) uit de inleiding over het zweefvliegtuig). Ook is de vraag of het uitsluitend gaat om vervangingskosten (zoals in *Daf/Achmea*), of dat het ook gaat om herstelkosten (zoals in casus (iii) uit de inleiding over het zweefvliegtuig). Tot slot kan men zich afvragen of het moet gaan om schade aan het product zelf dat een gevaar oplevert voor personen en andere zaken, of dat dit niet vereist is. Kortom: als gevolg van de onbepaaldheid van het begrip schade kan niet worden vastgesteld wanneer de producent uit onrechtmatige daad aansprakelijk is voor schade aan het product zelf.

De gezichtspuntencatalogus uit het arrest Vleesmeesters/Alog

Bedacht kan evenwel worden dat het in *Daf/Achmea* in wezen gaat om de vraag of een wanprestatie van een contractspartij een onrechtmatige daad oplevert jegens een derde. Het gaat immers om een producent (de contractspartij) die een ondeugdelijk product levert aan een tussenhändler (de wanprestatie). De vraag is of deze wanprestatie een onrechtmatige daad meebrengt jegens de eindgebruiker van het product (de derde). In het arrest *Vleesmeesters/Alog* heeft de Hoge Raad een gezichtspuntencatalogus

geformuleerd die als toetsingskader dient bij het beantwoorden van de vraag of een wanprestatie van een contractspartij een onrechtmatige daad oplevert jegens een derde.¹¹⁾ De gezichtspuntencatalogus wordt in *Daf/Achmea* echter niet aangehaald. De reden daarvoor is niet geheel duidelijk.

Het voorgaande doet de vraag opkomen of de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van de producent voor schade aan het product zelf, dan dient te worden beoordeeld op basis van de gezichtspuntencatalogus uit *Vleesmeesters/Alog*. Ik betwijfel of die catalogus een geschikt toetsingskader is om deze aansprakelijkheid te beoordelen. De gezichtspuntencatalogus biedt mijns inziens namelijk weinig houvast. De catalogus bevat een groot aantal gezichtspunten (namelijk negen).¹²⁾ Onduidelijk is hoeveel gezichtspunten in de richting van aansprakelijkheid moeten wijzen om aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van de producent te kunnen aannemen. Bovendien is onduidelijk of aan elk gezichtspunt eenzelfde gewicht toekomt of dat een bepaald gezichtspunt zwaarder weegt.

Het voorgaande neemt echter niet weg dat de catalogus uit *Vleesmeesters/Alog* enkele gezichtspunten bevat die relevant kunnen zijn bij het opstellen van een alternatief toetsingskader. Denk bijvoorbeeld aan gezichtspunt a (de hoedanigheid van partijen) en gezichtspunt g (de aard en de ernst van de schade die voor de derde dreigt). Ik kom hierop in paragraaf 4.3 terug.

Het bovenstaande leidt tot de conclusie dat naar Nederlands recht onzeker is onder welke omstandigheden de producent uit onrechtmatige daad aansprakelijk is voor schade aan het product zelf. Ik vraag mij af of een (alternatieve) maatstaf kan worden geformuleerd die (meer) rechtszekerheid biedt en die tevens past binnen het Nederlandse rechtstelsel. Ter inspiratie wordt in de volgende paragrafen gekeken naar het Duitse en Canadese recht.

3. Duits recht

In Duitsland heeft het Bundesgerichtshof herhaaldelijk aangegeven dat de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van de producent voor schade aan het product zelf moet worden beoordeeld op basis van de *Weiterfresserschaden*-theorie. De theorie hangt nauw samen met de wijze waarop de Duitse onrechtmatige daad in het *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) is vastgelegd. Hieronder wordt daarom zowel de Duitse onrechtmatige daad (paragraaf 3.1) als de *Weiterfresserschaden*-theorie (paragraaf 3.2) behandeld. Aansluitend wordt nagegaan of de Duitse benadering als inspiratie kan dienen voor een alternatieve Nederlandse maatstaf (paragraaf 3.3).

9. HR 13 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:32, NJ 2017/48, JA 2017/44, NJB 2017/212, RAV 2017/33, RvdW 2017/151, JIN 2017/37, m.nt. G te Winkel & F.C. Leijdesdorff, Bb 2017/50, m.nt. A.Ch.H. Franken & J.P. van der Klein (*Daf/Achmea*). Het arrest wordt ook genoemd in onder meer Asser/Sieburgh 6-IV 2019/259; R. de Graaff, 'III Samenloop', in: C.J.J.M. Stolker (red.), *Groene Serie Onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer, III.8.13 (online, laatst bijgewerkt op 24 december 2020); C.J.M. van Doorn & S.B. Pape, 'Productaansprakelijkheid en productveiligheid 2014-2017 (deel 1)', *TvC* 2018/2, p. 106; J.J. de Ridder, 'Kroniek rechtspraak civiel recht', *TvGR* 2019, p. 499.
10. P.J.P. van Huizen, 'Wordt schade aan het product in de toekomst veroorzaakt door de producent?', *TAV* 2017, afl. 7, p. 12-17.
11. HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9069, NJ 2008/587, m.nt. C.E. du Perron (*Vleesmeesters/Alog*), r.o. 3.4. Zie ook C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 1999, p. 283 e.v.
12. De gezichtspunten zijn: (a) De hoedanigheid van alle betrokken partijen; (b) De aard en strekking van de desbetreffende overeenkomst; (c) De wijze waarop de belangen van de derde daarbij zijn betrokken; (d) De vraag of deze betrokkenheid voor de contractant kenbaar was; (e) De vraag of de derde erop mocht vertrouwen dat zijn belangen zouden worden ontzien; (f) De vraag in hoeverre het voor de contractant bezwaarlijk was met de belangen van de derde rekening te houden; (g) De aard en omvang van het nadeel dat voor de derde dreigt; (h) De vraag of van hem kon worden gevergd dat hij zich daartegen had ingedekt; (i) De redelijkheid van een eventueel aan de derde aangeboden schadeloosstelling (HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9069, NJ 2008/587, m.nt. C.E. du Perron (*Vleesmeesters/Alog*), r.o. 3.4). Zie ook Du Perron 1999, p. 283 e.v.

3.1. De Duitse onrechtmatige daad

Wil een koper naar Duits recht de producent uit onrechtmatige daad aanspreken voor schade aan het product zelf, dan dient hij zich te beroepen op par. 823 I, 823 II of 826 van het BGB.¹³ Par. 823 I BGB luidt als volgt:

Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

Duidelijk is dat par. 823 I BGB verschilt van art. 6:162 BW. Anders dan art. 6:162 BW bevat par. 823 I BGB geen algemene aansprakelijkheidsclausule, maar een opsomming van een aantal beschermde rechten. Kenmerkend voor deze rechten is dat de rechthebbende deze kan inroepen tegenover eenieder. Het zijn, anders gezegd, absolute rechten. De Duitse wetgever was van oordeel dat deze rechten zonder meer bescherming verdienen onder het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht.¹⁴ Maakt een ander inbreuk op een in par. 823 I BGB genoemd recht, dan kan de rechthebbende op grond van deze bepaling van die ander vergoeding vorderen van de schade die hij hierdoor lijdt.

In de opsomming van par. 823 I BGB ontbreekt het begrip vermogen. Dit betekent dat vermogensschade die niet het gevolg is van een aantasting van een in par. 823 I BGB genoemd absoluut recht niet op grond van par. 823 I BGB vergoedbaar is.¹⁵ Vergoeding van dergelijke zuivere vermogensschade is naar Duits recht alleen mogelijk indien een wettelijk voorschrift is geschonden dat strekt ter bescherming van het geschonden zuivere vermogensbelang (schenking van een *Schutzgesetz*) (par. 823 II BGB) of indien de schade opzettelijk en in strijd met *die guten Sitten* is toegebracht (par. 826 BGB).¹⁶

De Duitse wetgever heeft bewust de lat voor aansprakelijkheid voor zuivere vermogensschade hoger gelegd.¹⁷ Een belangrijke reden hiervoor is dat een onbepaalde buitencontractuele aansprakelijkheid voor zuivere vermogensschade de contractuele risicoverdeling kan ontwrichten.¹⁸ De zuivere vermogensschade van een benadeelde (C) ontstaat namelijk vaak doordat de schadeveroorzaker (A) tekortschiet in een contractuele plicht jegens B, waardoor B tekortschiet in zijn contractuele plicht jegens C. Zou A bij elke wanprestatie uit onrechtmatige daad schadevergoedingsplichtig zijn jegens B of C, dan zouden de contractuele aansprakelijkheidsvoorwaarden in de overeenkomsten A-B en B-C aan waarde inboeten. Het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht neemt die voorwaarden immers niet in beschouwing.

De opzet van par. 823 I BGB brengt mee dat een producent jegens de koper van een product aansprakelijk is als de producent inbreuk maakt op

het eigendomsrecht van de koper. De producent is niet aansprakelijk ex par. 823 I BGB, als hij een zuiver vermogensbelang van de koper aantast. Het antwoord op de vraag of de koper de producent op grond van par. 823 I BGB kan aanspreken voor schade aan het product zelf, hangt dus af van de vraag of schade aan het product zelf kwalificeert als een inbreuk op een eigendomsrecht of als een aantasting van een zuiver vermogensbelang.

3.2. De Weiterfresserschaden-theorie

Het Bundesgerichtshof heeft meermaals geoordeeld dat voornoemde vraag moet worden beantwoord op basis van de *Weiterfresserschaden*-theorie.¹⁹ Deze theorie maakt onderscheid tussen het *Äquivalenzinteresse* en het *Integritätsinteresse* van de koper. Het *Äquivalenzinteresse* is het belang van de koper om voor de door hem betaalde prijs een functioneel en waardevol product te ontvangen. Koopt een supermarktketen bijvoorbeeld een vrachtauto voor het bevoorraden van haar filialen, dan heeft zij belang bij het verkrijgen van een deugdelijke vrachtauto. Het *Integritätsinteresse* is het belang van de koper bij het ongestoord voortbestaan van zijn eigendommen. Dit belang ziet niet alleen op andere eigendommen van de koper, maar ook op het gekochte product zelf. Zo heeft de supermarktketen niet alleen belang bij het behoud van de levensmiddelen die zij met de vrachtauto vervoert, maar heeft zij ook belang bij het behoud van de vrachtauto zelf. Is uitsluitend het *Äquivalenzinteresse* van de koper geraakt, dan is alleen een zuiver vermogensbelang geschonden. De koper kan zich dan niet beroepen op par. 823 I BGB. Hij is dan aangewezen op het contractuele aansprakelijkheidsrecht. Is echter eveneens het *Integritätsinteresse* van de koper geraakt, dan is zijn eigendomsrecht aangetast en komt hem wel een vordering toe op grond van par. 823 I BGB.

De vraag is of in geval van schade aan het product zelf alleen het *Äquivalenzinteresse* of tevens het *Integritätsinteresse* van de koper is geraakt. Volgens de *Weiterfresserschaden*-theorie is het *Integritätsinteresse* van de koper geschonden als het gebrek zich heeft *weitergefressen* in het product. Dat wil zeggen: als het gebrek heeft geleid tot verdere schade aan het product, nadat de koper dit in eigendom heeft verkregen. Illustratief is het *Gaszug*-arrest.²⁰ K koopt een auto met een gebrekkig gaspedaal van V. Het gaspedaal gaat niet altijd terug in de ruststand, nadat het is ingetrapt. Door dit gebrek botst de verloofde van K tegen een tuinhok, als zij achteruit rijdt met de auto. De auto en het tuinhok raken hierbij beschadigd. K laat de auto repareren en vordert vergoeding van deze kosten van de producent van de auto (P) op grond van par. 823 I BGB. Het BGH overweegt dat de schade aan de auto groter is dan de schade aan de auto toen K deze in eigendom verkreeg. Het *Integritätsinteresse* van K is aldus geschonden. P is daarom aansprakelijk jegens K op grond van par. 823 I BGB wegens schending van eigendom.



Is schade aan product inbreuk op een eigendomsrecht of aantasting van een zuiver vermogensbelang?



13. H. Kötz & G. Wagner, *Deliktsrecht*, München: Franz Vahlen 2016, nr. 94 e.v.
14. G. Wagner, 'BGB § 823 Schadenersatzpflicht', in: M. Habersack (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München: C.H. Beck 2020, nr. 188.
15. Kötz & Wagner 2016, nr. 164.
16. Kötz & Wagner 2016, nr. 96-100.
17. G. Wagner, 'Vorbemerkung (Vor § 823)', in: M. Habersack (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München: C.H. Beck 2020, nr. 14.
18. G. Wagner, 'BGB § 826 Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung', in: M. Habersack (red.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, München: C.H. Beck 2020, nr. 17.
19. BGH 18 januari 1983, *NJW* 1983, 810 (*Gaszug*); BGH 29 maart 1985, *NJW* 1985, 2420 (*Kompressor*); BGH 24 maart 1992, *NJW* 1992, 1678 (*Austauschmotor*); BGH 6 maart 1996, *NJW* 1996, 2224 (*Grim'schen Leitrad*); BGH 16 december 2008, *NJW* 2009, 1080 (*Pflegebetten*); zie ook Kötz & Wagner 2016, nr. 151; Wagner, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, BGB § 823, nr. 281-283; U. Foerste & F. Graf von Westphalen, *Produkthaftungshandbuch*, München: C.H. Beck 2012, p. 332 e.v.; D. Reinicke & K. Tiedtke, 'Stoffgleichheit zwischen Mangelwert und Schäden im Rahmen der Produzentenhaftung', *NJW* 1986, 10.
20. BGH 18 januari 1983, *NJW* 1983, 810 (*Gaszug*); zie ook Kötz & Wagner 2016, nr. 151; Foerste & Graf von Westphalen 2012, p. 332 e.v.



Aansprakelijkheid voor zaaksbeschadiging beter beoordelen aan de hand van maatschappelijke zorgvuldigheidsnormen.



Heeft het gebrek zich daarentegen niet *weitergefressen* in het product, dan is alleen het *Äquivalenzinteresse* – en niet het *Integritätsinteresse* – van de koper geraakt. Een voorbeeld is het *Pflegebetten*-arrest.²¹ Het gaat daarin om elektrisch verstelbare verpleegbedden die een zorgfonds (K) heeft gekocht bij thuiszorgwinkels (*Sanitätshäusern*) (V). De bedden zijn geproduceerd door P. K heeft de bedden ter beschikking gesteld aan zijn zorgbehoevende verzekerden voor thuiszorg. Op enig moment informeert een overheidsinstantie K over veiligheidsrisico's aan de bedden: door een constructiefout kan vocht de elektrische aandrijfeenheden binnendringen, waardoor kortsluiting kan ontstaan en de bedden in brand kunnen vliegen. K laat de bedden herstellen voor € 259.229,78 en vordert vergoeding van deze kosten van P op grond van par. 823 I BGB. Het BGH wijst de vordering af, omdat de gebreken (nog) niet hadden geleid tot verdere schade aan de bedden toen K deze liet herstellen. De schade die K vergoed wil zien bestond dus al toen K de bedden in eigendom verkreeg. Het *Integritätsinteresse* van K is dan ook niet geraakt. Er is daarom geen sprake van een inbreuk op een eigendomsrecht in de zin van par. 823 I BGB.

Is het product als gevolg van het gebrek reeds waardeloos op het moment dat de koper dit in eigendom verkrijgt, dan kan het gebrek daarna niet leiden tot verdere schade aan het product (het product is immers al waardeloos). Dit betekent dat in geval van een waardeloos product nooit het *Integritätsinteresse* van de koper kan zijn geraakt. De koper komt hierdoor nooit een beroep toe op schending van eigendom in de zin van par. 823 I BGB. Hierbij geldt dat het product waardeloos is als het gebrek niet kan worden hersteld of als de herstellkosten hoger zijn dan de vervangingskosten.²² Een voorbeeld in dit verband is het *Bodenfliesen*-arrest.²³ Het gaat daarin om vloertegels met een gebrekkige glazuurlaag (de glazuurlaag bevat blaasjesvormige holtes), waardoor bij geringe belasting gaten in de tegels ontstaan. De producent is niet aansprakelijk jegens de koper van de tegels op grond van par. 823 I BGB wegens schending van eigendom. De tegels waren namelijk al waardeloos toen de koper deze in eigendom verkreeg, omdat reparatie toen al onmogelijk was.

3.3. De Duitse benadering in Nederland toepassen?

Hierboven is gebleken dat de producent aansprakelijk is op grond van par. 823 I BGB voor schade aan het product zelf als sprake is van *Weiterfresserschaden*. *Weiterfresserschaden* wil zeggen: schade aan het product die ontstaat nadat de koper het product in eigendom heeft verkregen en die is veroorzaakt door een gebrek in het product dat reeds bestond toen de koper het product in eigendom verkreeg. Het (dogmatische) argument hiervoor is dat in een dergelijk geval het *Integritätsinteresse* is geschonden en dat daarmee sprake is van schending van eigendom in de zin van par. 823 I BGB. Vertaald naar het Neder-

landse recht houdt het argument in dat in geval van *Weiterfresserschaden* het eigendom (het product) van de koper is beschadigd en dat daarmee sprake is van een inbreuk op een recht in de zin van art. 6:162 lid 2 BW.

Het bovenstaande argument zal weinig kracht hebben binnen het Nederlandse rechtssysteem. De heersende leer in Nederland is namelijk dat aansprakelijkheid voor zaaksbeschadiging beter aan de hand van maatschappelijke zorgvuldigheidsnormen kan worden beoordeeld en dat zaaksbeschadiging dus niet automatisch een onrechtmatige rechtsinbreuk vormt.²⁴

Daarnaast is het argument op zichzelf weerlegbaar. Het argument steunt namelijk op de aanname dat *Weiterfresserschaden* zaakschade is. Bijgevolg zou sprake zijn van een inbreuk op een recht in de zin van art. 6:162 lid 2 BW. Te betwijfelen valt echter of *Weiterfresserschaden* als zaakschade moet worden aangemerkt. Een benadeelde die *Weiterfresserschaden* heeft, lijkt namelijk niet zozeer zaakschade te ondervinden. Veeleer lijkt sprake van zuivere vermogensschade en in het bijzonder van transactieschade.²⁵ Denk bijvoorbeeld terug aan het *Gaszug*-arrest.²⁶ De verloofde van K botst als gevolg van een gebrekkig gaspedaal tegen het tuinhek (van K), waarbij de auto en het tuinhek beschadigd raken. Duidelijk is dat de schade aan het tuinhek zaakschade is. Het eigendom van K (het tuinhek) is immers beschadigd. De schade aan het tuinhek is geen transactieschade, aangezien niet gezegd kan worden dat K een ondeugdelijk tuinhek heeft ontvangen voor de prijs die hij daarvoor heeft betaald. Gaat het daarentegen om de schade aan de auto als gevolg van de botsing, dan valt te betwijfelen of dit zaakschade betreft.²⁷ Hoewel te betogen valt dat K zaakschade ondervindt, omdat zijn eigendom (de auto) is beschadigd, lijkt K vooral transactieschade te lijden. K heeft immers geen deugdelijk product (auto) gekregen voor de door hem betaalde koopprijs. Wordt *Weiterfresserschaden* aangemerkt als transactieschade en dus niet als zaakschade, dan houdt het bovengenoemde argument geen stand.

Op grond van het voorgaande vind ik het argument voor de *Weiterfresserschaden*-theorie weinig overtuigend. Gelet hierop meen ik dat het Duitse recht weinig ideeën geeft voor een Nederlandse maatstaf om de buitencontractuele aansprakelijkheid van de producent voor schade aan het product zelf te beoordelen. In de volgende paragraaf zal blijken dat het Canadees recht meer inspiratie biedt.

4. Canadees recht

De buitencontractuele aansprakelijkheid van de producent voor schade aan het product zelf behoort in Canada tot het leerstuk van de buitencontractuele aansprakelijkheid voor zuivere vermogensschade (*pure economic loss*).²⁸ Deze

21. BGH 16 december 2008, NJW 2009, 1080 (*Pflegebetten*); zie hierover B. Handorn, 'Die "Pflegebetten"-Entscheidung des Bundesgerichtshofs – neue Leitlinien zur Kostentragung bei Produktrückrufen', MPR 2/2009, p. 37-43.
22. BGH 24 maart 1992, NJW 1992, 1678, r.o. 2b; zie ook Reinicke & Tiedtke, NJW 1986, 10, par. IV.2.
23. OLG Bamberg 16 september 1985, VersR 1986, 997 (*Bodenfliesen*). Zie ook OLG Oldenburg 8 juli 1985, VersR 1986, 1006 (*Blumentopfpaletten*); zie ook Wagner, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, BGB § 823, nr. 283.
24. Zie daarover K.J.O. Jansen, 'art. 6:162 BW', in: C.J.J.M. Stolker (red.), *Groene Serie Onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer, aant. 4.71.1 (online, laatst bijgewerkt op 1 december 2020).
25. Vgl. Stolker, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:190 BW, aant. 3.2 (online, laatst bijgewerkt op 31 juli 2020); Duyvensz, 2010/6855, p. 659. De auteurs merken schade aan het product zelf ook aan als transactieschade.
26. Vgl. BGH 18 januari 1983, NJW 1983, 810 (*Gaszug*).
27. Vgl. Kötz & Wagner 2016, nr. 152.

schade is naar Canadees recht slechts onder omstandigheden vergoedbaar op grond van onrechtmatige daad. Volgens de Supreme Court of Canada (SCC) is een vordering uit onrechtmatige daad tot vergoeding van schade aan het product zelf jegens de producent alleen toegewezen wanneer aan het zogeheten *real and substantial danger*-criterium is voldaan.²⁹⁾ Hieronder wordt allereerst ingegaan op de buitencontractuele aansprakelijkheid voor *pure economic loss* naar Canadees recht (paragraaf 4.1). Daarna volgt een bespreking van het *real and substantial danger*-criterium (paragraaf 4.2) en wordt besproken of op basis van inzichten uit het Canadese recht een alternatieve Nederlandse maatstaf kan worden geformuleerd (paragraaf 4.3).

4.1. De buitencontractuele aansprakelijkheid voor *pure economic loss*

Naar Canadees recht geldt – net als naar Duits recht (zie paragraaf 3.1) – dat schade als gevolg van een inbreuk op een absoluut recht vergoedbaar is op grond van onrechtmatige daad.³⁰⁾ Vermogensschade als gevolg van een inbreuk op een absoluut recht (*consequential economic loss*) komt – net als naar Duits recht – aldus in beginsel voor vergoeding in aanmerking. *Consequential economic loss* moet onderscheiden worden van zuivere vermogensschade (*pure economic loss*): vermogensschade die niet het gevolg is van een inbreuk op een absoluut recht.³¹⁾ *Pure economic loss* is niet steeds vergoedbaar op grond van onrechtmatige daad.³²⁾ Een belangrijke reden hiervoor is – net als naar Duits recht – dat een onbeperkte buitencontractuele aansprakelijkheid voor zuivere vermogensschade de contractuele risicoverdeling kan verstoren.³³⁾

Of zuivere vermogensschade voor vergoeding in aanmerking komt op grond van onrechtmatige daad, moet volgens de SCC per situatie beoordeeld worden. Met als doel de diverse situaties waarin zuivere vermogensschade kan optreden te structureren en de beoordeling van de vergoedbaarheid per situatie te vereenvoudigen, heeft de SCC drie categorieën van zuivere vermogensschade onderscheiden waarin deze schade – onder omstandigheden – voor vergoeding in aanmerking komt.³⁴⁾ Het gaat om (1) zuivere vermogensschade door verstrekte onjuiste informatie of een gebrekkig verrichte dienst, (2) zuivere vermogensschade door een gebrekkig product of bouwwerk en (3) zuivere vermogensschade door schade aan andermans eigendom of persoon. Per categorie heeft de SCC regels geformuleerd die aangeven wanneer zuivere vermogensschade vergoedbaar is op grond van onrechtmatige daad. De aansprakelijkheid van de producent voor schade aan het product zelf valt onder categorie 2.

4.2. Het *real and substantial danger*-criterium

Bij de beoordeling van de aansprakelijkheid in categorie 2 neemt de SCC als uitgangspunt dat de absolute rechten (het eigendomsrecht en het

recht op lichamelijke integriteit) van de koper van het product bescherming verdienen onder het onrechtmatige daadsrecht. De producent is dan ook buitencontractueel verplicht om zijn product zodanig vorm te geven dat dit geen daadwerkelijk en substantieel gevaar (*real and substantial danger*) meebrengt voor andere zaken en de persoon van de koper.³⁵⁾ Schendt de producent deze plicht en verwezenlijkt het gevaar zich, dan is hij uit onrechtmatige daad aansprakelijk voor de schade die optreedt aan andere zaken of de koper zelf. Schendt de producent voornoemde plicht, maar ontdekt de koper het gebrek in het product dat een *real and substantial danger* oplevert voordat het gevaar zich verwezenlijkt, dan is de producent aansprakelijk voor de kosten voor het wegnemen van dit gevaar. Het argument hiervoor is dat in beide situaties de buitencontractuele aansprakelijkheid van de producent dient ter bescherming van andere zaken en de persoon van de koper.

Het resultaat van bovenstaande redenering is dat de producent jegens de koper aansprakelijk is uit onrechtmatige daad voor schade aan het product zelf, voor zover het gaat om kosten van herstel van een gebrek in het product dat een *real and substantial danger* oplevert voor andere zaken en de persoon van de koper.³⁶⁾ Een voorbeeld waarin de producent aansprakelijk wordt gehouden voor de herstelkosten op basis van bovenstaande redenering, is het arrest *Rivtow Marine v. Washington Iron Works*.³⁷⁾ Het gaat daarin om een bedrijf (K) dat zich bezighoudt met houtkap. Bij zijn werkzaamheden maakt K gebruik van een schip dat is uitgerust met twee kranen die zijn ontworpen voor het laden en lossen van boomstammen. De kranen zijn geproduceerd door P. Op enig moment stort op een soortgelijk schip een vrijwel identieke, door P geproduceerde kraan in. De kraanbestuurder komt daarbij om het leven. K laat daarop zijn – nog niet ingestorte – kranen onderzoeken. Het blijkt dat de kranen van K ‘zeer ernstige structurele gebreken’ hebben die vergelijkbaar zijn met de gebreken die kleefden aan de ingestorte kraan. K laat zijn kranen repareren voor 64.294,86 Canadese dollar. De reparatiekosten kan K verhalen op P op grond van onrechtmatige daad, omdat het gaat om kosten van herstel van een gebrek dat een *real and substantial danger* oplevert voor andere zaken en personen.

Is het product gebrekkig, maar brengt het gebrek geen gevaar mee voor andere zaken of personen, dan kan de koper de kosten van herstel van het gebrek niet op grond van onrechtmatige daad op de producent verhalen.³⁸⁾ Het herstel dient dan namelijk alleen ter verbetering van de kwaliteit van het product en niet ter voorkoming van schade aan andere zaken of personen. De SCC benadrukt dat de koper geen absoluut recht heeft op het verkrijgen van een deugdelijk product.

De SCC lijkt ervan uit te gaan dat de koper geen vordering uit onrechtmatige daad jegens de producent toekomt, als het product op het moment



Onbeperkte buitencontractuele aansprakelijkheid voor zuivere vermogensschade kan de risicoverdeling verstoren.



28. R. Brown, *Pure Economic Loss in Canadian Negligence Law*, Markham: LexisNexis Canada Inc. 2011, p. 135 e.v.; B. Feldthusen, *Economic Negligence: The Recovery of Pure Economic Loss*, Toronto: Carswell 2012, p. 2 en 173 e.v. Zie ook SCC 6 november 2020, *1688782 Ontario Inc. v. Maple Leaf Foods Inc.* [2020] SCC 35, r.o. 17.
29. SCC 26 januari 1995, *Winnipeg Condominiums Corp No. 36 v. Bird Construction Co.* [1995] SCR 85; SCC 6 november 2020, *1688782 Ontario Inc. v. Maple Leaf Foods Inc.* [2020] SCC 35, r.o. 41-56. Het *real and substantial danger*-criterium werd al eerder aanvaard door de raadsheren Laskin J. en Hall in SCC 27 augustus 1973, *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works* [1974] SCR 1189. Zie ook Brown 2011, p. 157 e.v.; Feldthusen 2012, p. 188 e.v.
30. SCC 6 november 2020, *1688782 Ontario Inc. v. Maple Leaf Foods Inc.* [2020] SCC 35, r.o. 18.
31. SCC 6 november 2020, *1688782 Ontario Inc. v. Maple Leaf Foods Inc.* [2020] SCC 35, r.o. 17.
32. SCC 6 november 2020, *1688782 Ontario Inc. v. Maple Leaf Foods Inc.* [2020] SCC 35, r.o. 19.
33. Feldthusen 2012, p. 14.
34. SCC 6 november 2020, *1688782 Ontario Inc. v. Maple Leaf Foods Inc.* [2020] SCC 35, r.o. 20-22.
35. SCC 26 januari 1995, *Winnipeg Condominiums Corp No. 36 v. Bird Construction Co.* [1995] SCR 85, r.o. 36; SCC 6 november 2020, *1688782 Ontario Inc. v. Maple Leaf Foods Inc.* [2020] SCC 35, r.o. 43.
36. SCC 26 januari 1995, *Winnipeg Condominiums Corp No. 36 v. Bird Construction Co.* [1995] SCR 85 en SCC 6 november 2020, *1688782 Ontario Inc. v. Maple Leaf Foods Inc.* [2020] SCC 35.
37. Zie het minderheidsoordeel van Laskin en Hall in SCC 27 augustus 1973, *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works* [1974] SCR 1189. De redenering van Laskin en Hall is later aanvaard door de SCC in SCC 26 januari 1995, *Winnipeg Condominiums Corp No. 36 v. Bird Construction Co.* [1995] SCR 85 en SCC 6 november 2020, *1688782 Ontario Inc. v. Maple Leaf Foods Inc.* [2020] SCC 35.
38. SCC 6 november 2020, *1688782 Ontario Inc. v. Maple Leaf Foods Inc.* [2020] SCC 35, r.o. 47.



Producent is niet buitencontractueel verplicht tot vergoeding van het positief contractsbelang.



dat de koper het verkrijgt reeds waardeloos is als gevolg van het gebrek. Dat wil zeggen: als reparatie onmogelijk is of als de kosten van herstel van het gebrek hoger zijn dan de kosten van vervanging van het product. De koper kan het gevaar dan namelijk wegnemen door het product van de hand te doen.³⁹⁾ Volgens de SCC bestaat deze mogelijkheid doorgaans als het gaat om gebrekkege consumentenproducten.⁴⁰⁾ De mogelijkheid om het product weg te doen, bestaat volgens de SCC ook in het *Maple Leaf Foods*-arrest.⁴¹⁾ Het gaat daarin om vlees dat (vermoedelijk) besmet is met de voor mensen levensgevaarlijke *Listeria* bacterie. Het vlees leverde wellicht een *real and substantial danger* op voor personen, maar de koper kon het gevaar wegnemen door het vlees weg te werpen. Hij kan de producent van het vlees daarom niet aanspreken uit onrechtmatige daad voor zijn schade, bestaande uit de kosten van het inkopen van nieuw vlees.

4.3. De Canadese benadering in Nederland toepassen?

Hierboven bleek dat naar Canadees recht de producent buitencontractueel verplicht is een product in het verkeer te brengen dat geen gevaar oplevert voor andere zaken of personen. Deze buitencontractuele plicht rust eveneens op de producent naar Nederlands recht. In paragraaf 2 bleek immers dat de producent naar Nederlands recht op grond van de afdeling over productaansprakelijkheid buitencontractueel verplicht is een product in het verkeer te brengen dat de veiligheid biedt die men daarvan mag verwachten (ex art. 6:185 jo. 6:186 BW). Schendt de producent deze plicht, dan is hij aansprakelijk voor de hierdoor ontstane schade aan personen en andere zaken die voor gebruik in de privésfeer zijn bestemd (ex art. 6:190 BW). Daarnaast volgt uit het arrest *Du Pont/Hermans* dat de producent aansprakelijk is uit onrechtmatige daad als hij een product in het verkeer brengt dat bij normaal gebruik voor het doel waarvoor het is bestemd, schade veroorzaakt aan andere zaken die in de bedrijfs sfeer worden gebruikt.

Positief contractsbelang

Naar Canadees recht is de producent niet buitencontractueel verplicht om de eindgebruiker van het product een deugdelijk product te leveren. Met andere woorden: de producent is niet buitencontractueel verplicht tot vergoeding van het positief contractsbelang. Deze opvatting lijkt mij redelijk. De belangrijkste reden daarvoor is dat een buitencontractuele plicht van de producent jegens de eindgebruiker tot vergoeding van het positief contractsbelang het contractenrecht ondergraaft, zoals in paragraaf 2 is uitgelegd. Zou de koper (K) wanneer hij een ondeugdelijk product ontvangt van de verkoper (V), de producent (P) uit onrechtmatige daad kunnen aanspreken tot vergoeding van het positief contractsbelang, dan verliezen de contractuele aansprakelijkheidsvoorwaarden in de overeenkomsten P-V en V-K hun betekenis. Het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht houdt met die contractuele

voorwaarden immers geen rekening. Daarnaast meen ik dat K geen (extra) bescherming verdient. Hij heeft namelijk al een mogelijkheid om zijn schade te verhalen, aangezien hij in het algemeen V kan aanspreken op grond van wanprestatie.⁴²⁾ Zou K ook P kunnen aanspreken uit onrechtmatige daad, dan verkrijgt hij – gratis – een extra mogelijkheid tot vergoeding van het positief contractsbelang. Ik zie niet in waarom K een dergelijke extra mogelijkheid gratis zou moeten toekomen. Dit is niet anders in geval van faillissement van V, waarbij K V niet (meer) kan aanspreken tot schadevergoeding. Het toewijzen van een vordering uit onrechtmatige daad van K jegens P in dat geval, betekent in wezen dat het risico van insolventie van V – dat in beginsel voor rekening van K komt – wordt weggenomen. Ik zie geen reden om dit insolventierisico door middel van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht weg te nemen. Tot slot moet bedacht worden dat K zijn belangen ook had kunnen veiligstellen door het product zelf te verzekeren, waarbij hij schade aan het product als gevolg van een gebrek in het product kan meeverzekeren.⁴³⁾

Zojuist is beargumenteerd dat de producent niet buitencontractueel verplicht is tot vergoeding van het positief contractsbelang. Daarop bestaat meen ik wel een uitzondering. Stel dat producent P een vrachtauto (type Y) levert aan V die deze op zijn beurt doorverkoopt aan K. P wordt nadien bekend met een gebrek dat kleeft aan vrachtauto's van type Y. Als gevolg van dit gebrek kunnen de vrachtauto's spontaan in brand vliegen. Gelukkig is het gebrek eenvoudig te repareren. Laat P het na V of K te waarschuwen voor het gebrek in de vrachtauto en vliegt de vrachtauto als gevolg van het gebrek in brand, dan heeft P naar mijn mening maatschappelijk onzorgvuldig gehandeld jegens K.⁴⁴⁾ P weet dan immers dat aan de vrachtauto van K een gebrek kleeft en dat deze daardoor in brand kan vliegen. Het is daarnaast noodzakelijk dat P V of K hierover inlicht, aangezien K niet op de hoogte is van het gevaar.⁴⁵⁾

Kosten ter voorkoming van schade

Op grond van het voorgaande kan worden aangenomen dat de producent – afgezien van de hierboven besproken waarschuwingplicht – alleen buitencontractueel verplicht is om een product in het verkeer te brengen dat geen gevaar oplevert voor andere zaken en personen; op de producent rust geen buitencontractuele plicht om een deugdelijk product aan de gebruiker te verschaffen. Schendt de producent voornoemde buitencontractuele plicht en verwezenlijkt het gevaar zich, dan is hij uit onrechtmatige daad aansprakelijk voor de schade die optreedt aan andere zaken en personen.

Schendt de producent voornoemde plicht en heeft het gevaar zich (nog) niet verwezenlijkt, dan is hij volgens Canadees recht aansprakelijk uit onrechtmatige daad voor de kosten van het wegnemen van het gevaar. Deze aanname komt mij logisch voor. De aansprakelijkheid strekt dan

39. SCC 6 november 2020, 1688782 *Ontario Inc. v. Maple Leaf Foods Inc.* [2020] SCC 35, r.o. 50 e.v.

40. SCC 6 november 2020, 1688782 *Ontario Inc. v. Maple Leaf Foods Inc.* [2020] SCC 35, r.o. 54.

41. SCC 6 november 2020, 1688782 *Ontario Inc. v. Maple Leaf Foods Inc.* [2020] SCC 35, r.o. 58.

42. Vgl. Du Perron 1999, p. 299. Du Perron bespreekt dit onder het kopje “de hoedanigheid van de derde”. Vgl. gezichtspunt a (de hoedanigheid van partijen) in HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9069, NJ 2008/587, m.nt. C.E. du Perron (*Vleesmeesters/Alog*), r.o. 3.4.

43. J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde & F.R. Salomons, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IX. Verzekering*, Deventer: Kluwer 2019/436-442. Volgens art. 7:951 BW vergoedt de verzekeraar geen schade veroorzaakt door een gebrek van de verzekerde zaak. Uit art. 7:963 BW volgt dat art. 7:951 BW van regelend recht is. Partijen kunnen dus anders overeenkomen. Zie voor voorbeelden daarvan Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX 2019/442. De verzekeraarbaarheid van de schade lijkt ook een relevante omstandigheid te zijn volgens de gezichtspuntencatalogus uit *Vleesmeesters/Alog*, aangezien de catalogus ook als gezichtspunt noemt ‘De vraag of van hem kon worden gevergd dat hij zich daartegen had ingedekt’.

44. Deze situatie lijkt zich voor te doen in *Daff/Achmea* (zie concl. A-G Hartlief, ECLI:NL:PHR:2016:1372, nr. 2.3). Duyvensz stelt ook dat de producent uit onrechtmatige daad aansprakelijk is voor schade aan het product zelf, als hij op de hoogte is van een ondeugdelijkheid in zijn product en hij naloot kopers te waarschuwen voor die ondeugdelijkheid (Duyvensz, *WPNR* 2010/6855, p. 664).

45. Vgl. Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 6.5.4 (online, laatst bijgewerkt op 1 december 2020).

immers ook ter bescherming van andere zaken en personen. Gelet hierop, maakt het weinig verschil of de eigenaar van een product dat een daadwerkelijk en substantieel gevaar meebrengt voor andere zaken en personen, vergoeding vordert van schade aan andere zaken en personen die daadwerkelijk is ontstaan of van kosten die hij maakt om dergelijke schade te voorkomen. De schade aan andere zaken en personen en de kosten ter voorkoming daarvan kunnen in die zin aan elkaar worden gelijkgesteld.

Bovenstaande benadering sluit ook aan bij art. 6:173 BW en art. 6:184 BW. Volgens art. 6:173 lid 1 BW is de bezitter van een zaak die een bijzonder gevaar oplevert voor personen en zaken aansprakelijk als dit gevaar zich verwezenlijkt. Kwalificeert de gebrekkige zaak als een gebrekkig product in de zin van de afdeling over productaansprakelijkheid, dan rust volgens art. 6:173 lid 2 BW die aansprakelijkheid uitsluitend op de producent. Ingevolge art. 6:184 BW is de bezitter van een gebrekkige zaak ook aansprakelijk voor de kosten van iedere redelijke maatregel ter voorkoming van schade door wie dan ook genomen, nadat een ernstige en onmiddellijke dreiging is ontstaan voor schade aan personen of zaken.⁴⁶⁾ Wordt art. 6:173 lid 2 BW analoog toegepast in het kader van art. 6:184 BW, dan leidt dit ertoe dat de producent (wanneer de gebrekkige zaak een gebrekkig product betreft) aansprakelijk is voor de kosten van iedere redelijke maatregel ter voorkoming van schade door wie dan ook genomen, nadat een ernstige en onmiddellijke dreiging is ontstaan voor schade aan personen of zaken.

De voorgestelde benadering lijkt bovendien wenselijk, omdat zij de gebruiker van het product aanmoedigt om tijdig maatregelen te nemen. Hierdoor wordt schade aan andere zaken en personen voorkomen. Denk bijvoorbeeld aan de situatie waarin een bootverhuurbedrijf (K) tien luxe motorjachten koopt van V. K ontdekt een jaar na aankoop dat alle motorjachten een constructiegebrek hebben in de motor, waardoor de motorjachten tijdens normaal gebruik in brand kunnen vliegen. De reparatiekosten per motorjacht bedragen € 5.000. V is inmiddels failliet, waardoor K deze reparatiekosten niet op V kan verhalen. K verkeert zelf ook in een penibele financiële situatie. Hij kan de herstelkosten van in totaal € 50.000 daarom niet voor zijn rekening nemen. Als K weet dat hij deze kosten kan verhalen op de producent (P), dan is hij waarschijnlijk eerder geneigd de gebreken in de motoren te laten repareren. Kan K – anders dan de hierboven voorgestelde benadering – de herstelkosten niet in rekening brengen bij P, dan bestaat de kans dat K niet overgaat tot reparatie van de motorjachten in de hoop dat “het wel los zal lopen”, met alle mogelijke nadelige gevolgen van dien.

Ernstige en onmiddellijke dreiging

Het voorgaande doet de vraag opkomen welke kosten precies als kosten ter voorkoming van

schade kwalificeren. Bij het beantwoorden van die vraag kan worden aangesloten bij art. 6:184 BW. Volgens art. 6:184 BW moet (a) sprake zijn van een ernstige en onmiddellijke dreiging voor schade aan andere zaken of personen en moet (b) de maatregel redelijk zijn. Een voorbeeld van een situatie waarin zich een ernstige en onmiddellijke dreiging voordoet, is meen ik casus (iii) uit de inleiding, waarin het gaat om een zweefvliegtuig met een constructiegebrek als gevolg waarvan het kan neerstorten. Van een ernstige en onmiddellijke dreiging voor schade aan personen, is naar mijn idee ook sprake in casus (ii) uit de inleiding, waarin het gaat om eieren die een voor mensen giftige stof bevatten. Een ernstige en onmiddellijke dreiging bestaat meen ik niet in casus (i) uit de inleiding, waarin het gaat om verf op de romp van een boot dat afbladdert als gevolg van een gebrekkige chemische samenstelling. Dat hierdoor schade ontstaat aan personen of andere zaken, is niet aannemelijk.

Redelijke maatregel ter voorkoming van schade

Is vastgesteld dat zich een ernstige en onmiddellijke dreiging voordoet, dan rijst de vraag welke maatregel redelijk is om deze dreiging weg te nemen. Bij het beoordelen van de redelijkheid van de maatregel zal onder meer de aard van de maatregel een rol spelen.⁴⁷⁾ De gebruiker van een product dat een gevaar oplevert voor andere zaken en personen, heeft in het algemeen twee mogelijkheden om dat gevaar weg te nemen. Hij kan het product wegdoen of het gebrek repareren. Nadruk verdient dat het vervangen van het gebrekkige product niet noodzakelijk is voor het wegnemen van het gevaar. Het ligt in de rede dat de gebruiker het product wegdoet, als het product door het gebrek waardeloos is. Waardeloos wil zeggen: als het gebrek in het product niet gerepareerd kan worden of als de kosten van herstel van dit gebrek hoger zijn dan de vervangingskosten. Doet de gebruiker een waardeloos product weg, dan lijdt hij geen schade. Hij maakt dan geen kosten voor het wegnemen van het gevaar. Dit is alleen anders als aan het wegdoen van het waardeloze product kosten zijn verbonden. Dergelijke kosten kan de gebruiker wel als kosten ter voorkoming van schade op de producent verhalen. Illustratief in dat verband is casus (ii) uit de inleiding. Reparatie van de eieren is niet mogelijk, waardoor de eieren waardeloos zijn. Het ligt daarom in de rede dat de supermarktketen (S) het gevaar wegneemt door de eieren weg te werpen. Zijn aan het wegwerpen van de eieren kosten verbonden, dan kan S die kosten als kosten ter voorkoming van schade in rekening brengen bij het kippenbedrijf (P). Het inkopen van nieuwe eieren bij een derde is daarentegen geen maatregel voor het wegnemen van het gevaar. De kosten voor het inkopen van nieuwe eieren (€ 15.000), kan S daarom niet verhalen op P.

Denkbaar is daarentegen ook dat de gebruiker een gebrekkig product niet wegdoet, maar dat hij het gebrek in het product dat een gevaar oplevert repareert. Dit ligt in de rede als reparatie moge-



Welke kosten kwalificeren precies als kosten ter voorkoming van schade?



46. Art. 6:184 BW is een uitwerking van art. 6:96 lid 2 sub a BW. Art. 6:96 lid 2 sub a BW bepaalt dat redelijke kosten ter voorkoming van schade als vermogensschade voor vergoeding in aanmerking komen (F.T. Oldenhuis, ‘art. 6:184 BW’, in: C.J.J.M. Stolker (red.), *Groene Serie Onrechtmatige daad*, Deventer: Wolters Kluwer, aant. 2.1 (online, laatst bijgewerkt op 1 oktober 2020)).

47. Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 16 juli 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:5849, JA 2019/144, r.o. 5.4.



**Aansprakelijkheid uit
OD van de producent
voor schade aan het
product zelf is naar
Nederlands recht
onzeker.**



lijk is en als de reparatiekosten lager zijn dan de vervangingskosten. De reparatiekosten die de gebruiker dan maakt, dienen ter wegneming van het gevaar. Deze kosten zijn daarom vergoedbaar op grond van onrechtmatige daad. Een voorbeeld in dit kader is casus (iii) uit de inleiding. In die situatie ligt het niet voor de hand dat de zweefvliegclub (Z) het zweefvliegtuig wegdoet, omdat reparatie mogelijk is en de reparatiekosten (€ 20.000) lager zijn dan de vervangingskosten (€ 80.000). Z kan de reparatiekosten daarom op grond van onrechtmatige daad op producent P verhalen als kosten ter voorkoming van schade aan andere zaken en personen.

5. Conclusie

De aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van de producent voor schade aan het product zelf is naar Nederlands recht onzeker. In deze bijdrage is – op basis van inzichten uit het Canadese recht – een voorstel gedaan voor een (alternatieve) maatstaf om deze aansprakelijkheid naar Nederlands recht te beoordelen. De voorgestelde maatstaf neemt als uitgangspunt dat op de producent een buitencontractuele plicht rust om een product in het verkeer te brengen dat geen gevaar oplevert voor andere zaken of personen. Schendt de producent deze plicht en verwezenlijkt het gevaar zich, dan is hij uit onrechtmatige daad aansprakelijk voor schade aan andere zaken of personen. Schendt de producent deze plicht en heeft het gevaar zich (nog) niet verwezenlijkt, dan is hij aansprakelijk voor de kosten van het wegnemen van het ernstige en onmiddellijke gevaar. De belangrijkste reden daarvoor is dat de aansprakelijkheid dan immers ook strekt ter bescherming van andere zaken en personen. De schade aan andere zaken en personen en de kosten ter voorkoming daarvan kunnen in die zin aan elkaar worden gelijkgesteld. Deze redenering leidt ertoe dat de producent slechts aansprakelijk is uit onrechtmatige daad voor schade aan het product zelf, als (a) een ernstige en onmiddellijke dreiging bestaat voor schade aan andere zaken en personen en als (b) reparatie van het gebrek in het product een redelijke maatregel is om deze dreiging weg te nemen. De producent is dan aansprakelijk uit onrechtmatige daad voor de hieraan verbonden reparatiekosten.