

# 156 Grenzen aan de risico-aansprakelijkheid van de bezitter van een opstal?

Het jaar is 2025. Een balkon valt van een huis en veroorzaakt schade aan daaronder geparkeerde auto's. Het is geen incident, in het hele land doen zich soortgelijke gebeurtenissen voor. Soms lijden derden slechts zaakschade, soms lijden ze ernstige personenschade. Al snel blijkt dat geen sprake is van toeval, maar van een gebrek in het beton. Door een tekort aan zand en grind voor het maken van beton<sup>1)</sup> zijn fabrikanten naar goedkope alternatieven op zoek gegaan. Eén alternatief blijkt niet goed, het daarmee geproduceerde beton wordt na enige tijd poreus en brokkelt af met genoemde schade als gevolg.

De derden die schade lijden, spreken de bezitters van de gebouwen aan waarvan de balkons naar beneden zijn gevallen. Art. 6:174 BW voorziet in een risicoaansprakelijkheid. De aangesproken bezitters zijn van mening dat niet zij, maar de betonfabrikanten aangesproken moeten worden. Die zijn immers verantwoordelijk voor het gebrek in het beton. Zij kunnen natuurlijk de betonfabrikanten in vrijwaring oproepen (art. 210 e.v. Rv), maar ze willen gewoon helemaal niet in een procedure worden betrokken.

Onder de gegeven omstandigheden is het standpunt van de opstalbezitters best begrijpelijk. Juridisch is het echter lastig in te passen. Anders dan art. 6:173 lid 2 BW voorziet art. 6:174 BW niet in een kanaliseringbepaling die de benadeelde doorverwijst naar de producent. Dat hangt samen met de ratio van art. 6:174 BW. Deze is dat het voor de benadeelde vaak moeilijk of zelfs onmogelijk is om te achterhalen of het gebrek bij de bouw is ontstaan of is veroorzaakt door gebrekkig onderhoud en wie daarvoor verantwoordelijk is.<sup>2)</sup> Daar kan men zich zeker iets bij voorstellen, maar er wordt vanuit gegaan dat onduidelijk is hoe het gebrek is ontstaan. In het hier behandelde voorbeeld is van onduidelijkheid echter geen sprake. De oorzaak van de vallende balkons is glashelder.

We doen er nog een schepje bovenop. Stel dat alle ongevallen zijn terug te voeren op één betonfabrikant. Deze wist dat het beton gebrekkig was, maar koos uit financiële motieven toch voor deze productiewijze. Hij handelde dus opzettelijk onrechtmatig. Is het dan nog steeds redelijk dat een aangesproken bezitter de benadeelde derde *niet* kan doorverwijzen naar de fabrikant?

Dezelfde kwestie speelde bij aansprakelijkheid wegens ongeschikte hulpzaken (art. 6:77 BW). De fabrikant van borstimplantaten, zogenaamde PIP-implantaten, had bij de productie bewust gebruik gemaakt van industriële siliconen in plaats van de voorgeschreven medicinale siliconen te gebruiken. Dit leidde tot allerlei (aanzienlijke) ongemakken bij de vrouwen waarbij de implantaten waren ingebracht waardoor veelal hersteloperaties nodig waren. Benadeelde patiënten spraken de medische hulpverleners ex art. 6:77 BW aan op grond van de stelling dat de PIP-implantaten een ongeschikte hulpmiddel opleverden waarvoor de hulpverleners risicoaansprakelijk zijn. De Hoge Raad ging hier echter onder de gegeven omstandigheden niet in mee.<sup>3)</sup> De Raad benadrukte in r.o. 2.9.1 dat sprake was van grootschalige fraude en dat de fabrikant inmiddels failliet was gegaan. Dit heeft tot gevolg dat de aangesproken hulpverleners, indien zij hun patiënten schadevergoeding zouden betalen, deze niet meer op hun beurt kunnen verhalen op de fabrikant. Aansprakelijkheid van de hulpverlener voor de schade die patiënten door de implantaten hebben geleden, zal leiden tot een grote hoeveelheid, deels omvangrijke, schadeclaims, waartegen hulpverleners zich slechts beperkt kunnen verzekeren.

Deze argumenten lijken ook van toepassing in de casus van de vallende balkons. Indien de bewust frauderende betonfabrikant failliet gaat, dan zouden de opstalbezitters met de schade blijven zitten. Dat is onbevredigend, ook los van de lastig te beantwoorden vraag of dit zou leiden tot verzekeringsproblemen. Zeker omdat de opstalbezitters in veel gevallen particulieren zijn en dus 'zwakker' zijn dan een ziekenhuis.



*Art. 6:174 BW voorziet niet in een kanaliseringbepaling naar de producent zoals art.*

*6:173-2 BW.*



1. Geïnspireerd door S. Klumpenaar, 'Is er straks nog genoeg beton voor al die huizen?' *NRC*, 25 november 2021, Economisch katern p. 6 en 7.
2. PG Boek 6, p. 753. Zie ook A.L.M. Keirse, in: *Verbinden uit de wet en schadevergoeding* (8e druk), SBR 5, Deventer: Wolters Kluwer 2018, nr. 108.
3. HR 19 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1090, JA 2020/105 (prejudiciële vragen).

Inhoudelijk valt er dus op het eerste gezicht wel wat te zeggen voor de gedachte dat de opstalbezitter in de betoncasus niet aansprakelijk dient te zijn en benadeelden kan doorverwijzen naar de fabrikant. De vraag is wel hoe dit juridisch valt te construeren nu art. 6:174 BW anders dan art. 6:173 BW geen kanaliseringbepaling kent en anders dan art. 6:77 BW geen tenzij-formule bevat. Te denken valt aan de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 lid 2 BW) of aan matiging (art. 6:109 BW). De vraag blijft echter of de rechter hierin mee wil gaan. De Hoge Raad is in andere contexten immers vrij ongevoelig gebleken voor redelijkheidsargumenten indien de wetgever een bewuste keuze heeft gemaakt.<sup>4)</sup>

Het is daarom belangrijk om na te gaan of een uitzondering op art. 6:174 BW in de betoncasus ook nog met wetssystematische argumenten valt te onderbouwen. Is er een uitgangspunt of beginsel te identificeren dat de aansprakelijkheid voor gebrekkige roerende zaken beheerst en dat valt door te trekken naar onroerende zaken? De drie meest relevante wettelijke bepalingen bevatten allemaal een hardheidsclause: art. 6:173 lid 2 BW en art. 7:24 lid 2 BW kanaliseren de aansprakelijkheid naar de producent zodat de bezitter respectievelijk de verkoper buiten schot blijven en art. 6:77 BW bevat een tenzij-formule. Dat lijkt eenduidig, maar het is de vraag of hieruit een ongeschreven beginsel of uitgangspunt valt af te leiden dat bij gebrekkige roerende zaken de aansprakelijkheid dient te berusten bij degene die verantwoordelijk is voor het gebrek. De tenzij-formule heeft namelijk een veel beperktere strekking dan de genoemde kanaliseringbepalingen.<sup>5)</sup> Het is echt een uitzondering. Op basis van art. 6:77 BW worden schuldenaren die een ongeschikte hulpzaak gebruiken in de regel aansprakelijk gehouden, ook indien hen persoonlijk geen enkel verwijt treft. Dat is alleen anders als het gaat om een gebrekkige medische hulpzaak.<sup>6)</sup> De tenzij-formule is historisch een codificatie van *Fokker/Zentveld*<sup>7)</sup>, maar praktisch lijkt zij van eenzelfde orde te zijn als een toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en de billijkheid.

Het beeld vertroebelt nog meer indien men het arrest *Oerlemans/Driessen* in ogenschouw neemt.<sup>8)</sup> Oerlemans verkoopt meststof aan rozenkweker Driessen. De rozen gaan achteruit als gevolg van een verhoogde concentratie pesticide in de meststof. Driessen vordert schadevergoeding van Oerlemans (art. 6:74 BW) en die stelt dat de tekortkoming hem niet valt toe te rekenen. Hij wist niet van het gebrek, hoefde daarvan niet te weten en het gebrek is buiten zijn toedoen ontstaan tijdens de productie. De Hoge Raad oordeelt dat de tekortkoming in een geval als dit in beginsel krachtens verkeersopvattingen (art. 6:75 BW) aan Oerlemans kan worden toegerekend. Bij industrieel vervaardigde producten wordt een gebrek in het product bij een B2B<sup>9)</sup>-overeenkomst (behoudens bijzondere omstandigheden<sup>10)</sup>) dus aan de verkoper toegerekend.

Wetssystematisch valt dus twee kanten op te redeneren. Enerzijds is met verwijzing naar *Oerlemans/Driessen* te verdedigen dat de kanalisering naar de producent van art. 7:24 lid 2 BW een uitzonderingskarakter heeft. Buiten het bereik van die bepaling (in B2B-overeenkomsten) is de verkoper risicoaansprakelijk voor een gebrek in het verkochte product. Hiervoor pleit bovendien dat art. 7:24 lid 2 BW een vreemde eend in de bijt is, het artikel is ingevoerd om 'de nadelen van de consumentenbescherming evenwichtig over alle belanghebbende groepen, inclusief de consumenten zelf, te verdelen'.<sup>11)</sup> Aan deze bepaling lijken dus vooral politieke motieven ten grondslag te hebben gelegen.<sup>12)</sup> Als deze lijn (kanalisatie als uitzondering) wordt doorgetrokken, dan luidt de conclusie dat geen uitzondering mogelijk is op art. 6:174 BW nu dat artikel geen hardheidsclausule (kanalisatie of tenzij-formule) bevat. Anderzijds kan ook worden geredeneerd dat *Oerlemans/Driessen* de uitzondering vormt op de kanalisering in art. 6:173 lid 2 BW en 7:24 lid 2 BW en op de tenzij-formule van art. 6:77 BW.

De vraag of op art. 6:174 BW een uitzondering valt te maken, is derhalve niet met wetssystematische argumenten te beslechten. Valt deze vraag nog vanuit een ander perspectief te benaderen? Mijns inziens is dat het geval. We moeten ons realiseren dat aansprakelijkheid voor zaken *eigenlijk* een aansprakelijkheid voor *personen* impliceert.<sup>13)</sup> Zaken komen immers niet uit de lucht vallen, maar worden geproduceerd door mensen en (of: in) bedrijven. Indien een schuldenaar ex art. 6:77 BW aansprakelijk wordt gehouden voor een ongeschikte hulpzaak, impliceert dit dat hij aansprakelijk is voor het gedrag van iemand anders, te weten de fabrikant van de hulpzaak. Die fabrikant heeft een ontwerp- of productiefout gemaakt. De schuldenaar is aansprakelijk voor het gedrag van de fabrikant, ondanks het feit dat die geen hulppersoon in de zin van art. 6:76 BW is. Aansprakelijkheid voor hulpzaken valt dus te beschouwen als een uitbreiding van de aansprakelijkheid voor hulppersonen van art. 6:76 BW. In zoverre is geen sprake van volledig gescheiden leerstukken. Vanuit dit perspectief is de tenzij-formule van art. 6:77 BW begrijpelijk. De aansprakelijkheid van de schuldenaar zou anders te ver gaan. Uitgangspunt in het onrechtmatigedaadsrecht is immers dat mensen aansprakelijk zijn voor hun eigen gedrag; aansprakelijkheid voor het gedrag van een ander komt slechts in beeld bij verwijtbaarheid<sup>14)</sup> of indien daarvoor een wettelijke grondslag bestaat, bijvoorbeeld art. 6:169 BW (risicoaansprakelijkheid ouders voor kinderen tot 14 jaar) of art. 6:170 BW (risicoaansprakelijkheid voor ondergeschikten). Eén argument (maar er zijn er meer) voor die risicoaansprakelijkheden is dat de aansprakelijke geacht mag worden controle te kunnen uitoefenen over het kind respectievelijk de ondergeschikte.<sup>15)</sup> Die controle ontbreekt nu juist volledig bij de gebruiker, de koper en de bezitter van een gebrekkige roerende zaak. Die heeft geen enkele controle over de fabrikant en het door hem ingerichte productieproces. Kanalisering naar de fabrikant is daarom logisch.

4. Zie bijvoorbeeld HR 2 november 1990, *NJ* 1992/83, m.nt. Snijders (Kaiser/Interpolis) over het fixatiestelsel van art. 6:119 BW en HR 22 oktober 1990, *NJ* 2000/208, m.nt. Hijma (Twickler/R) waarin de Hoge Raad vasthoudt aan het uitgangspunt dat iedere tekortkoming de schuldeiser het recht geeft de overeenkomst te ontbinden ex art. 6:265 lid 1 BW.
5. Die trouwens onderling ook verschillen. Art. 7:24 lid 2 sub a BW bepaalt dat geen kanalisatie naar de producent plaatsvindt indien de verkoper het gebrek kende of behoorde te kennen. Een dergelijke beperking ontbreekt in art. 6:173 lid 2 BW.
6. Zie J.T. Hiemstra, *De aansprakelijkheid voor ongeschikte medische hulpzaken. Een rechtsvergelijkende en rechtseconomische analyse van de aansprakelijkheid van de hulpverlener jegens de patiënt* (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 130-137.
7. HR 5 januari 1968, *NJ* 1968/102, m.nt. Scholten.
8. HR 27 april 2001, *NJ* 2002/213, m.nt. Hijma.
9. Business to business: beide partijen bij de overeenkomst waren bedrijven.
10. Maar die mogen volgens de Hoge Raad niet snel worden aangenomen. Te denken valt bijvoorbeeld aan de situatie dat de koper de verkoper had gevraagd om een bepaald product te kopen om dat vervolgens aan hem door te verkopen, vgl. HR 25 maart 1966, *NJ* 1966/279, m.nt. (moffenkit).
11. MvT, Parl. Gesch. BW Inv. 3, 5 en 6 Boek 7 titels 1, 7, 9 en 14 1990, p. 70.
12. Zie voor een overzicht Asser/Hijma, 7-1 2019/607-608 die zelf ook kritisch is onder andere omdat de consument-koper voor schade die buiten het bereik van art. 6:185 e.v. BW valt toch de verkoper zal moeten aanspreken zodat hij dus twee procedures, eventueel op twee verschillende plaatsen, moet voeren om zijn schade volledig vergoed te krijgen.
13. Vgl. Asser/Sieburgh 6-1 2020/351.
14. Bijv. HR 2 december 1966, *NJ* 1967/42, m.nt. Scholten (haringkar): aansprakelijkheid automobilist die autosleutels in het contact had laten zitten voor schade veroorzaakt door joyrider. Zie verder A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad* (8e druk), Monografieën Privaatrecht nr. 4, Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 233.
15. Voor wat betreft art. 6:169 BW ligt deze gedachte impliciet besloten in het feit dat de aansprakelijkheid van de ouders afneemt naarmate het kind ouder en dus zelfstandiger wordt. Ten aanzien van art. 6:170 BW is niet als argument genoemd in de parlementaire geschiedenis, zie voor een overzicht C.J.M. Klaassen, *Risico-aansprakelijkheid. De afdelingen 6.3.2 en 6.3.3 NBW, alsmede art. 31 Wegenverkeerswet* (diss. Nijmegen), Zwolle: Tjeenk Willink 1991, p. 42-50.

Terug naar de betoncasus. De huizenbezitter risicoaansprakelijk houden voor het gebrekkige beton komt in wezen neer op het aannemen van een risicoaansprakelijkheid voor een persoon, hier de frauderende fabrikant. Dat gaat ver daar hij geen enkele controle heeft over de fabrikant. Evenals bij toepassing van de tenzij-formule van art. 6:77 BW of de kanaliseringen van art. 6:173 BW en art. 7:24 BW, kan de benadeelde de fabrikant direct aanspreken op basis van risicoaansprakelijkheid van art. 6:185 e.v. BW.<sup>16)</sup> Daar staat tegenover dat de bezitter in veel gevallen verzekerd zal zijn. Dit klemt te meer indien sprake is van (ernstige) personenschade. Anderzijds wordt het contrast wel heel groot indien een professionele schuldenaar zoals een ziekenhuis ex art. 6:77 BW *niet* aansprakelijk is voor een hulpzaak die gebrekkig is door fraude, terwijl de particuliere bezitter van een door fraude gebrekkig huis dat *wel* is ex art. 6:174 BW. Alles afwegende acht ik het verdedigbaar dat de opstalbezitter niet ex art. 6:174 BW aansprakelijk is indien (i) hij niet verzekerd is en (ii) duidelijk is dat de schade is veroorzaakt door een frauderende fabrikant.<sup>17)</sup> Dit valt naar keuze te baseren op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 lid 2 BW) of op de rechterlijke matigingsbevoegdheid (art. 6:109 BW).

Prof. mr. A.J. Verheij



***Beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid of de rechterlijke matigingsbevoegdheid.***



16. Art. 6:187 lid 1 BW bepaalt dat deze regeling ook geldt voor roerende zaken die een bestanddeel zijn gaan vormen van een andere roerende of onroerende zaak.
17. Deze uitzondering valt nog beperkter te construeren indien bovendien als voorwaarde wordt gesteld dat de bezitter een particulier is. Daartegen pleit dat de medische hulpverleners die ex art. 6:77 BW worden aangesproken geen particulieren zijn en dat art. 6:173 BW die nuance evenmin aanbrengt.