

89. Het schemergebied van de risicoaansprakelijkheid voor gebrekkige opstallen

MR. P.R. VAN DER VORST

De in artikel 6:174 BW neergelegde risicoaansprakelijkheid voor opstallen rust op de bezitter van de opstal. Voor ondernemers die geen eigen vastgoed hebben maar dat huren bevat artikel 6:181 lid 1 BW een belangrijke regel. Daaruit volgt een nadere risicoverdeling tussen bezitter en bedrijfsmatige gebruiker. In dit artikel gaat de auteur, mede naar aanleiding van het arrest van de Hoge Raad inzake Schavemaker/Little Kids Furniture¹, in op de vraag wie voor welke risico's verantwoordelijk is in het stelsel van artikel 6:174 BW en artikel 6:181 BW, waarbij enkele praktische aandachtspunten worden gesignaleerd die spelen in het schemergebied tussen de verantwoordelijkheid van de opstalbezitter enerzijds en die van de bedrijfsmatige gebruiker anderzijds.

1. Inleiding

De in artikel 6:174 BW neergelegde risicoaansprakelijkheid voor opstallen rust op de *bezitter* van de opstal. Een van de redenen voor het invoeren van deze risicoaansprakelijkheid was gelegen in het verschaffen van een voordeel in de bewijspositie aan de benadeelde. Als door de gebrekkige toestand van een gebouw schade ontstaat, kan het voor de benadeelde moeilijk zijn om aan te tonen door wiens fout het gebrek is teweeggebracht. Het gebrek kan zijn oorsprong vinden in de bouw (ontwerpfout en/of uitvoeringsfout), maar het kan ook dat de eigenaar door de jaren heen onvoldoende onderhoud heeft laten uitvoeren. Bij dit laatste kan zich ook nog eens de complicatie voordoen dat het gebouw meerdere malen van eigenaar is gewisseld. Vanuit dit perspectief meende de wetgever het van belang om de bezitter als aanspreekpunt te laten fungeren en hem het risico toe te bedelen.

Voor ondernemers die geen eigen vastgoed hebben maar dat huren bevat artikel 6:181 lid 1 BW een belangrijke regel

Voor ondernemers die geen eigen vastgoed hebben maar dat huren bevat artikel 6:181 lid 1 BW² een belangrijke

1 HR 24 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:3016 (*Schavemaker/Little Kids Furniture*).

2 Volledigheidshalve: dit artikel bevat ook een regeling voor de risicoaansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker voor roerende zaken en dieren.

regel.³ Dat artikel bepaalt dat de risicoaansprakelijkheid voor gebrekkige opstallen niet rust op de bezitter/eigenaar maar op de bedrijfsmatige gebruiker. Dit betreft geen cumulatie van aansprakelijkheid in die zin dat zowel bezitter als bedrijfsmatig gebruiker risicoaansprakelijk zijn, maar een *verlegging* van de risicoaansprakelijkheid van de bezitter naar de bedrijfsmatige gebruiker.⁴ De bedrijfsmatige gebruiker is dus exclusief risicoaansprakelijk, *tenzij* – zoals het slot van lid 1 van artikel 6:181 BW bepaalt – “*het ontstaan van de schade niet met de uitoefening van het bedrijf in verband staat*”.⁵ De wetgever heeft hiermee de bezitters en bedrijfsmatige gebruikers duidelijkheid willen verschaffen welke partij zich tegen aansprakelijkheid dient te verzekeren:

“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 betreffende bedrijfsrisico loopt.”⁶

3 De risicoaansprakelijkheid rust op zowel gebouwen als werken en de bestanddelen daarvan, zoals liften, brandladders en dergelijke – maar ook muren, schuttingen, sluiswerken, verharde wegen, telefoonpalen, riolen, mijngangen etc.’ (zie lid 4 van artikel 6:174 BW en de Parlementaire Geschiedenis, T-M, p. 753-754). Uit rechtspraak blijkt ook dat bijvoorbeeld een metalen tank van 400 ton en een loopkraan onder de reikwijdte van de risicoaansprakelijkheid voor opstallen vallen.

4 Dit is bijvoorbeeld anders bij artikel 6:171 BW.

5 Deze bepaling geldt niet in het geval van roerende zaken (ook niet voor dieren), zodat steeds van belang zal zijn om vast te stellen of een gebrekkig object als een roerende zaak of als een opstal moet worden aangemerkt.

6 *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 746.

Als een verband met de bedrijfsuitoefening *niet* aanwezig is, rust de risicoaansprakelijkheid op de bezitter. Zuiver tekstueel gezien zou dit betekenen dat een opslagbedrijf risicoaansprakelijk is voor schade veroorzaakt door het (als gevolg van een constructiefout) instorten van het dak aan opgeslagen goederen van derden. De goederen zijn immers beschadigd doordat het opslagbedrijf aldaar zijn onderneming uitoefent. Uit de wetsgeschiedenis van het artikel en een arrest van de Hoge Raad uit 2010 blijkt echter dat met ‘het ontstaan van de schade’ niet is bedoeld het ontstaan van zaaks- c.q. personenschade maar het ontstaan van het ‘gebrek’ van de opstal.⁷

In het arrest *Schavemaker/Little Kids Furniture* heeft de Hoge Raad nadere aanwijzingen gegeven hoe het criterium van artikel 6:181 lid 1 BW moet worden opgevat. Daaruit kan een nadere risicoverdeling tussen bezitter en bedrijfsmatige gebruiker worden gedistilleerd. Hierna zal ik eerst het arrest van de Hoge Raad bespreken, waarna ik zal ingaan op de vraag wie voor welke risico’s verantwoordelijk is in het stelsel van de artikelen 6:174 en 6:181 BW. Ook zal ik ingaan op eventuele regrescomplicaties voor verzekeraars die in dit verband kunnen spelen. Ik merk daarbij op dat dit artikel geenszins een uitputtende weergave beoogt te zijn van de risicoaansprakelijkheid voor gebrekkige opstallen, maar een signalering van enkele praktische aandachtspunten die spelen in het schemergebied tussen de verantwoordelijkheid van de opstalbezitter enerzijds en die van de bedrijfsmatige gebruiker anderzijds.

2. Arrest Hoge Raad inzake Schavemaker/Little Kids Furniture

Feiten en omstandigheden

De relevante feiten die ten grondslag liggen aan het arrest *Schavemaker/Little Kids Furniture* zijn – vereenvoudigd weergegeven – de navolgende. In een in bedrijfsunits opgedeeld bedrijfsgebouw in Beverwijk werd een van de units gehuurd door Little Kids Furniture, een bedrijf dat handelt in kindermeubilair. Een andere unit was verhuurd aan Schavemaker, die de unit door een zusterbedrijf liet gebruiken als constructiewerkplaats voor onderhouds- en herstelwerkzaamheden aan vrachtwagens, opleggers en aanhangers. Bij deze werkzaamheden werden ook lasapparatuur en slijptollen gebruikt.

Tussen het dak van het gebouw en de bovenzijde van de wanden tussen de units waren meerdere openingen (ventilatiegaten/sleuven) aanwezig. Op zondag 15 mei 2011 is in het gebouw brand uitgebroken. De brand was ontstaan in de unit van Schavemaker, (vermoedelijk) als gevolg van een (spontane) kortsluiting in de accubekabeling van een vrachtauto die dicht tegen de scheidingswand, tussen de eigen unit en die van Little Kids Furniture, was geplaatst. De kindermeubillairhandelaar sprak Schavemaker als bedrijfsmatige gebruiker van de opstal aan voor de brandschade, omdat (i) de brand was ontstaan door de kortsluiting in de vracht-

auto die zich bevond in de unit van Schavemaker en (ii) de brand zich kon verspreiden via onder meer de openingen in de scheidingswand. Ter zake dit laatste aspect had Little Kids Furniture aangevoerd dat de opstal van Schavemaker gebrekkig was, omdat onvoldoende brandwerende voorzieningen waren getroffen gelet op de door Schavemaker in de eigen unit ontplooid activiteiten.

Oordeel in feitelijke instanties

De rechtbank oordeelde in eerste instantie dat Schavemaker aansprakelijk was op grond van artikel 6:174 jo 6:181 BW, omdat het type bedrijfsvoering dat in de unit werd uitgeoefend maakte dat de unit als gebrekkig moest worden aangemerkt.

Het hof was het daarmee niet eens en oordeelde in rov. 3.12 (waarmee met Planet c.s. wordt bedoeld op onder meer Little Kids Furniture):

“Planet c.s. hebben de aansprakelijkheid van [Schavemaker] gebaseerd op artikel 6:181 BW: zij zou kwalitatief aansprakelijk zijn voor de schade die een gevolg is van de volgens Planet c.s. - wegens het ontbreken van voldoende brandwerende voorzieningen - gebrekkige unit. [Schavemaker] c.s. hebben daartegen onder meer aangevoerd dat de hoofdregel van art. 6:181 BW toepassing mist als de schade niet met de uitoefening van het bedrijf in verband staat, en dat die uitzondering in casu aan de orde is. Planet c.s. hebben in hun reactie op dit verweer niet (voldoende) gemotiveerd uiteengezet wat het verband is tussen het ontstaan van de brand (kortsluiting in de vrachtauto dan wel een andere, onbekend gebleven oorzaak) en de bedrijfsuitoefening (een transportonderneming). Ook het verband tussen het verdere brandverloop (met vermoedelijk een ‘flash-over’ of ‘backdraft’ tussen de units via sleuven in de scheidingswanden) en de bedrijfsuitoefening van [Schavemaker] ontbreekt. Artikel 6:181 BW kan dan ook niet leiden tot aansprakelijkheid van [Schavemaker].”

Oordeel Hoge Raad

In cassatie richtte Little Kids Furniture een (incidentele) klacht tegen het afwijzende oordeel van het hof. Daartoe heeft zij aangevoerd dat het hof ten onrechte heeft miskend dat de opstal c.q. de unit van Schavemaker als gebrekkig moet worden aangemerkt, omdat de unit gelet op de (brandgevaarlijke) activiteiten een geringere bescherming van derden tegen brandgevaar bood dan in de gegeven omstandigheden mocht worden verlangd. Door de sleuven kon de brand overslaan.

In zijn conclusie⁸ voor het arrest verwijst Langemeijer naar de hierboven in mijn inleiding aangestipte parlementaire geschiedenis en het arrest van de Hoge Raad inzake *Beheer/Edco*. Hij maakt duidelijk dat het dient te gaan om het verband tussen de bedrijfsuitoefening en het ontstaan van het gebrek en concludeert vervolgens dat het functioneel verband in dit geval niet aanwezig is:

⁷ Zie HR 26 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM9757 (*Beheer/Edco*).

⁸ HR 14 juli 2017, ECLI:NL:PHR:2017:887.

“Bij de uitzondering in het eerste lid van art. 6:181 BW komt het, zoals gezegd, erop aan of verband ontbreekt tussen het ontstaan van het gebrek aan de opstal en het in de opstal uitgeoefende bedrijf. Het hof heeft in rov. 3.12 van het tussenarrest tot uitgangspunt genomen dat het gestelde gebrek van de opstal bestaat uit “het ontbreken van voldoende brandwerende voorzieningen”; in zoverre is het oordeel in cassatie niet bestreden. De omstandigheid dat het hof [Schavemaker] in rov. 3.12 heeft aangeduid als een “transportonderneming” is niet onbegrijpelijk in de context en niet beslissend. (...) Zo beschouwd, acht ik niet onjuist, noch ontoereikend gemotiveerd, het oordeel van het hof dat het in art. 6:181 BW bedoelde verband ontbreekt tussen de eigen bedrijfsuitoefening van [Schavemaker] en het gestelde gebrek (onvoldoende brandwerende voorzieningen).” (onderstrepingen toegevoegd; PvdV.)

Langemeijer komt tot zijn oordeel gelet op de constatering van het hof dat Schavemaker zelf een transportonderneming exploiteert en de unit niet zelf gebruikte voor het stallen en repareren van vrachtauto's. Dat gebeurde feitelijk door een zustervenootschap van Schavemaker, reden waarom Langemeijer zich met het oordeel van het hof kan verenigen.

De Hoge Raad is het met die visie niet eens en casseert. Daarbij stelt hij het volgende voorop:

“De grondslag voor aansprakelijkheid krachtens art. 6:174 BW is dat de opstal uit het oogpunt van veiligheid niet voldoet aan de eisen die men daaraan in de gegeven omstandigheden mag stellen en daardoor gevaar voor personen of zaken oplevert; tot die omstandigheden behoort het gebruik dat van de opstal wordt gemaakt (HR 20 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7686, NJ 2000/700 (Foekens/Naim), rov. 3.5). (...) Mede blijkens het in de wetsgeschiedenis genoemde voorbeeld van een fabrieksgebouw dat niet bestand blijkt tegen het trillen en schokken als gevolg van de in het gebouw verrichte werkzaamheden (Parl. Gesch. Boek 6, p. 746), kan het ook bij de aansprakelijkheid op grond van art. 6:181 BW gaan om een eigenschap van de opstal die deze gezien het gebruik dat ervan wordt gemaakt onveilig doet zijn.” (onderstrepingen toegevoegd; PvdV.)

De Hoge Raad bevestigt hier, evenals bij roerende zaken en producten het geval kan zijn, dat een opstal *an sich* niet gebrekkig hoeft te zijn, maar dat de opstal door het gebruik dat daarvan wordt gemaakt toch als gebrekkig aangemerkt moet worden.

De Hoge Raad preciseert vervolgens het criterium dat moet worden toegepast om te bepalen of de bezitter dan wel de bedrijfsmatige gebruiker risicoaansprakelijk is voor de opstal:

“Ingevolge de tenzij-clausule van art. 6:181 lid 1 BW bestaat geen aansprakelijkheid van degene die de opstal gebruikt in de uitoefening van een bedrijf, als het ontstaan van de schade niet met de uitoefening van het bedrijf in

verband staat. De zinsnede ‘het ontstaan van de schade’ is hier te verstaan als ‘de verwezenlijking van het gevaar dat is verbonden aan de gebrekkigheid van de opstal’. Zoals volgt uit hetgeen hiervoor in 5.3.2 is overwogen, is hieronder mede begrepen het geval waarin het gaat om de verwezenlijking van een gevaar als gevolg van bestaande eigenschappen van de opstal die deze gezien het gebruik dat ervan wordt gemaakt onveilig doen zijn.”

De Hoge Raad concludeert, indachtig het door hem toegelichte toetsingskader, dat het hof onvoldoende heeft onderzocht of de door Little Kids Furniture geleden schade “het gevolg is van de verwezenlijking van het gevaar dat is verbonden aan het (gestelde) ontbreken van voldoende brandwerende voorzieningen in de door [Schavemaker] gehuurde unit, en of er voldoende verband bestaat tussen de verwezenlijking van dat gevaar en haar bedrijfsuitoefening.”

Kortom: als de schade van Little Kids Furniture is veroorzaakt door het overslaan van de brand als gevolg van het ontbreken van onvoldoende brandwerende voorzieningen en het overslaan in voldoende verband staat met de bedrijfsuitoefening van Schavemaker, is Schavemaker als bedrijfsmatige gebruiker risicoaansprakelijk. Anders dan het hof overwoog, gaat het daarbij niet zozeer om het functioneel verband tussen het ontstaan van de brand en de bedrijfsuitoefening van Schavemaker, maar om het overslaan van de brand en de bedrijfsuitoefening. Het lijkt er daarbij op dat de Hoge Raad ruimte ziet voor het verwijzingshof, dat na cassatie daarover moet oordelen, om te komen tot het oordeel dat het bedrijf van Schavemaker (ook al verrichtte zij niet feitelijk de werkzaamheden maar een zusterbedrijf) het overslaan van brand had dienen te voorkomen door vooraf adequate brandwerende voorzieningen te treffen, aangezien het onderdeel van haar bedrijf was om brandgevaarlijke werkzaamheden door een zustervenootschap te laten verrichten.⁹

3. Aanwijzingen voor de praktijk

Het arrest van de Hoge Raad maakt duidelijk dat de bedrijfsmatige gebruiker risicoaansprakelijk is voor de opstal (op basis van artikel 6:181 lid 1 BW), tenzij hij kan aantonen dat de *verwezenlijking van het gevaar* dat is verbonden aan de gebrekkigheid van de opstal niet met de bedrijfsuitoefening in verband staat.

Zoals het door de Hoge Raad gegeven voorbeeld uit de parlementaire geschiedenis (de door de bedrijfsuitoefening veroorzaakte trillingen maken het gebouw gebrekkig) illustreert, dient de bedrijfsmatige gebruiker op te komen voor

⁹ Zie A. Kolder, ‘Op wie rust binnen het stelsel van artikel 6:174 BW en artikel 6:181 BW de kwalitatieve aansprakelijkheid voor gebrekkige opstallen?’, *AV&S* 2018, 3, waarin hij opmerkt dat dit terbeschikkingstelling oplevert in de zin van lid 2 van artikel 6:181 BW. In een dergelijk geval is de laatste partij in de keten, de feitelijke gebruiker of bijvoorbeeld de onderhuurder, in beginsel risicoaansprakelijk voor de opstal. Verder is in de procedure de exacte rol van Schavemaker niet duidelijk geworden, hetgeen mogelijk ook een rol van betekenis heeft gespeeld.

de opstalgerelateerde risico's die zijn verbonden aan zijn bedrijfsuitoefening. Hij kan alleen aan aansprakelijkheid ontkomen op het moment dat zijn bedrijf niets te maken heeft met (het be-/ontstaan van) het gebrek. De bewijslast ter zake rust op de bedrijfsmatige gebruiker en niet op de benadeelde partij.¹⁰

Dit betekent dat de bedrijfsmatige gebruiker er goed aan doet een inventarisatie te maken van de risico's die zijn bedrijfsuitoefening voor de opstal met zich brengt. Deze risico-inventarisatie dient niet alleen gericht te zijn op *fysieke* gebreken en risico's maar ook op *functionele* gebreken/risico's. Het gaat er uiteindelijk om of de opstal, inclusief al hetgeen daarvan onderdeel uitmaakt, voldoet aan de gerechtvaardigde veiligheidsverwachtingen die men ten aanzien van de opstal koestert. Dit reikt verder dan het alleen voldoen aan bouwkundige regelgeving. Daarbij zal ook moeten worden beschouwd of en, zo ja, in hoeverre het *specifieke gebruik* van de opstal een risico op zaak- en/of personenschade met zich brengt. Zo is de veiligheidsverwachting waaraan een opstal in een druk winkelcentrum moet voldoen anders (lees: in beginsel gelden hogere veiligheidseisen) dan die van een opstal op een leeg industrieterrein.

Uiteraard kan de bedrijfsmatige gebruiker/huurder ook in de overeenkomst van (ver)huur bedingen dat de eigenaar/verhuurder ervoor instaat dat het gehuurde geschikt is om te worden gebruikt in de uitoefening van het bedrijf van de huurder, maar dit ontslaat de bedrijfsmatige gebruiker in principe niet van zijn risicoaansprakelijkheid ten opzichte van een benadeelde.

Het arrest *Schavemaker/Little Kids Furniture* laat zien dat in de praktijk discussie kan ontstaan over de vraag of al dan niet is voldaan aan het functioneel verband-criterium

De feitelijke invulling van het functioneel verband-criterium

De toets van het functioneel verband lijkt een eenduidig criterium, maar dat is het niet. Het arrest *Schavemaker/Little Kids Furniture* laat zien dat in de praktijk discussie kan ontstaan over de vraag of al dan niet is voldaan aan het functioneel verband-criterium. Zoals hierboven aangegeven volgt uit dat oordeel dat het niet alleen gaat om (a) fysieke gebreken die *ontstaan* als een relevant gevolg van de bedrijfsuitoefening maar ook om (b) reeds bestaande onvolkomenheden aan de opstal die door de specifieke bedrijfsuitoefening van de gebruiker als gebrekkig moeten worden aangemerkt. Met name deze laatste categorie (b) kan tot problemen leiden. De risicoaansprakelijk voor gebrekkige opstallen beslaat namelijk een breed palet aan

gevallen waarvoor aansprakelijkheid bestaat, zoals ook situaties dat reeds bestaande en voor de bedrijfsmatige gebruiker *kenbare* gebreken aan de opstal tot aansprakelijkheid kunnen leiden.

Op wie rust bijvoorbeeld de risicoaansprakelijkheid voor een reeds in een pand aanwezige gladde vloer? Als een bezoeker ten val komt, dient dan de eigenaar van het pand of het advocatenkantoor dat het pand huurt te worden aangesproken? Gesteld kan worden dat de bedrijfsuitoefening van het advocatenkantoor een extra risico met zich brengt doordat veel cliënten (met bijvoorbeeld gladde, leren schoenzolen) worden ontvangen en dat daardoor een hoger risico aanwezig is dat personen ten val komen. Indachtig het arrest *Schavemaker/Little Kids Furniture*, waarin de uitoefening van het bedrijf een extra brandrisico met zich bracht, is verdedigbaar dat op het advocatenkantoor de risicoaansprakelijkheid rust. Toch komt mij dit niet volledig bevredigend voor. In dit soort situaties lijkt geen heldere scheiding te kunnen worden aangebracht tussen de verantwoordelijkheid van de bezitter/eigenaar en die van de bedrijfsmatige gebruiker.

De bedrijfsmatige gebruiker kan beter (laten) inschatten wat voor verzekeringsdekking ingekocht dient te worden ter afdekking van deze risico's

Een andere casus, ontleend aan het vonnis van de Rechtbank Utrecht van 16 januari 2008 roept eveneens vragen op.¹¹ Het ging daar om een storingsmonteur die bij het afdalen naar de kelder van een 'belhouse annex viswinkel' ten val was gekomen als gevolg van het ontbreken van een traptrede. De rechtbank meende dat de bedrijfsmatige gebruiker risicoaansprakelijk was. In de literatuur hebben Oldenhuis en Kolder zich afgevraagd of deze uitkomst juist is, omdat de wetgever beslissend heeft geacht of het *ontstaan* van het gebrek in verband staat met de bedrijfsuitoefening.¹² Het is een feit dat het ontbreken van de traptrede niet was *ontstaan* door de bedrijfsuitoefening, zodat de risicoaansprakelijkheid vanuit dat perspectief op de bezitter/eigenaar rust. Daartegen pleit dat *het voortbestaan* van het gebrek wel gerelateerd is aan de bedrijfsuitoefening. Diende de ondernemer dit kenbare risico niet te signaleren en de in potentie gevaarlijke situatie op te heffen door maatregelen te treffen? Er valt wat voor te zeggen om deze categorie van kenbare *huis-, tuin-, en keukenrisico's* voor rekening van de bedrijfsmatige gebruiker te laten zijn. De bedrijfsmatige gebruiker kan beter (laten) inschatten wat voor verzekeringsdekking ingekocht dient te worden ter afdekking van deze risico's. Zoals uit de inleiding is gebleken, meende de wetgever dat de risicoaansprakelijkheid moest worden geconcentreerd bij de partij die de bedrijfsrisico's loopt en deze kan verzekeren.

¹⁰ Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015, nr. 238 onder verwijzing naar *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 746. Anders: *GS Onrechtmatige daad* (Oldenhuis), artikel 181 Boek 6 BW, aant. 19.

¹¹ Zie Rb. Utrecht 16 januari 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BC1923.

¹² Zie *AV&S* 2009, 5.

Eenvoudiger ligt het voor de gevallen waarin aansprakelijkheid bestaat voor schade die zuiver is gerelateerd aan (verborgen) constructiefouten en/of van buiten komend onheil, bijvoorbeeld in de navolgende gevallen:

1. een fabriekshal stort in als gevolg van een verzakking van de ondergrond;
2. een storm rukt de zonwering van de gevel van een accountantskantoor; en
3. het dak van een bedrijfsverzamelgebouw stort in na hevige regenval als gevolg van door een gebrekkig ontwerp veroorzaakte wateraccumulatie.

De risicoaansprakelijkheid zal in deze gevallen in de regel bij de bezitter/eigenaar rusten. Dit laat onverlet dat in de praktijk zich gevallen zullen voordoen waarbij *samenwerkende oorzaken* uiteindelijk tot de verwezenlijking van een gevaar leiden. In het onder sub 3. genoemde geval is namelijk niet ondenkbaar dat de wateraccumulatie mede heeft kunnen ontstaan doordat de bedrijfsmatige gebruiker lichtinstallaties aan de constructie van het dak heeft bevestigd waardoor het dak een extra doorbuiging heeft ondergaan die uiteindelijk mede de wateraccumulatie heeft veroorzaakt. Het alloceren van de volledige aansprakelijkheid bij ofwel de bedrijfsmatige gebruiker dan wel de eigenaar/bezitter lijkt in een dergelijk geval niet billijk te zijn. De concrete feiten en omstandigheden en de verkeersopvattingen zullen in mijn visie steeds doorslaggevend dienen te zijn bij het alloceren van het risico bij de ene of de andere partij.

Regres door de aansprakelijkheidsverzekeraar?

In de praktijk is het voor aansprakelijkheidsverzekeraars van bedrijfsmatige opstalgebruikers van belang om, voorafgaand aan uitkering onder de polis, duidelijk te krijgen dat de aansprakelijkheid niet op de verhuurder/eigenaar rust. Zou de verzekeraar van de bedrijfsmatige gebruiker namelijk tot uitkering onder de polis overgaan terwijl achteraf blijkt dat de *verwezenlijking van het gevaar* dat is verbonden aan de gebrekkigheid van de opstal niet met de bedrijfsuitoefening in verband staat, dan kan de verzekeraar het uitgekeerde bedrag mogelijk niet op de verhuurder/eigenaar verhalen. Dit kan zich ook in het omgekeerde geval voordoen, alsmede bij de risicoaansprakelijkheid voor roerende zaken/dieren.¹³

Daarbij verdient opmerking dat artikel 7:962 BW de indruk kan wekken dat de verzekeraar steeds bij onverplichte c.q. coulanchehalve gedane uitkering subrogeert, maar dat geldt niet ten aanzien van gevallen waarin de uitkering ‘onverplicht’ is gedaan omdat niet de bedrijfsmatige gebruiker/verzekerde maar de eigenaar/verhuurder aansprakelijk is voor de gebrekkige opstal. Voor zover de verzekerde geen rechten jegens de opstaleigenaar/verhuurder geldend kan maken, kan de verzekeraar ter zake ook niet subrogeren.

Het probleem dat zich hier kan voordoen is dat geen sprake is van een hoofdelijke verbondenheid van de verhuurder/eigenaar en de bedrijfsmatige gebruiker jegens de bena-

deelde partij. De debiteur denkt misschien wel dat hij moet betalen, maar dat is onvoldoende om de hoofdelijkheidsregeling te laten aangrijpen. Zie Van Boom in dit verband, die deze dogmatisch juiste benadering niet bevredigend vindt:

“Het kan zich voordoen dat iemand ten onrechte in de veronderstelling verkeert debiteur te zijn van een prestatie waartoe ook een of meer anderen zijn gehouden. Deze onjuiste veronderstelling kan tweërlei betekenen: ofwel de betalende debiteur blijkt ten tijde van betaling geen debiteur te zijn geweest, of de andere debiteuren waren in werkelijkheid niets verschuldigd. In beide gevallen is er bij gebreke van hoofdelijkheid geen grond voor regres. Het regresrecht van art. 6:10 BW kan alleen bestaan bij de gratie van hoofdelijkheid. (...) Hij heeft geen rechten jegens de draagplichtige debiteur. En soms heeft hij ook tegenover de crediteur geen terugvorderingsrecht, namelijk als de betaling plaatsvindt op grond van een vaststellingsovereenkomst. De pseudo-debiteur zit dan klem tussen de crediteur, die hem aan de vaststellingsovereenkomst houdt, en de draagplichtige debiteur, die het hoofdelijk debiteurschap van de pseudo-debiteur betwist.”¹⁴

Het voorgaande betekent dat, nu alleen de verhuurder/eigenaar risicoaansprakelijk is voor zijn opstal (met uitsluiting van de bedrijfsmatige gebruiker), de aansprakelijkheidsverzekeraar op de voet van artikel 7:962 BW¹⁵ in verbinding met artikel 6:197 lid 2 sub a BW daarom niet subrogeert in de rechten uit artikel 6:174 BW. Dit kan een regres door een ruimhartige verzekeraar, die onder zijn polis uitkeert ten behoeve van de polis van de bedrijfsmatige gebruiker, compliceren. Vanzelfsprekend kan de verzekeraar het regres op een andere grondslag baseren – zoals onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW) of, indien een directe contractuele relatie bestaat tussen de bedrijfsmatige gebruiker en de eigenaar, contract – zodat verhaal niet onmogelijk is. De voordelen van een (hoofdelijkheids)vordering (mede op basis van artikel 6:174 BW) komen de verzekeraar echter waarschijnlijk niet toe.

Zuiver vanuit een verhaalsperspectief bezien, betekent dit in de praktijk dat de verzekeraar er goed aan kan doen te wachten met het verstrekken van een uitkering zolang niet vaststaat dat het gebrek verband houdt met de bedrijfsuitoefening van zijn verzekerde. Zo kan het geval zich voordoen dat nog niet duidelijk is wat de (technische) oorzaak is van het ontstaan/bestaan van het gebrek en de schade en daarmee welke partij daarvoor verantwoordelijk is.

Vanuit de benadeelde partij staat dit een voortvarende vergoeding van zijn schade in de weg. Hij zal immers ook (nog) niet weten of hij de bedrijfsmatige gebruiker of de eigenaar in rechte ter verantwoording moet roepen. Daar-

¹³ Zie ook Kolder in *NTBR* 2010, 36, die erop wijst dat artikel 6:181 BW voor de benadeelde partij het gevolg kan hebben dat de verjaring van de vordering niet bij de juiste partij wordt gestuit.

¹⁴ Zie W.H. van Boom, *Hoofdelijke verbintenissen*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 162-164. Van Boom pleit voor een regresrecht voor de pseudo-debiteur.

¹⁵ In het geval subrogatie op basis van artikel 7:962 BW aan de orde is, kan niet teruggevallen worden op wettelijke subrogatie ex artikel 6:150 BW. Zie *GS Verbintenissenrecht* (van der Weijden), artikel 6:150 BW, aant. 2.2.2.

mee rijst de vraag of er niet een oplossing mogelijk is waarbij enerzijds de benadeelde zijn schade vergoed krijgt en anderzijds de verzekeraar niet ‘minder’ rechten jegens de opstaleigenaar heeft dan de benadeelde (voor zover blijkt dat de eigenaar inderdaad risicoaansprakelijk is)?

De verzekeraar die de benadeelde (toch) uit de brand wil helpen door zich de rechten van de benadeelde partij te laten cederen, kan dus bedrogen uitkomen

Een mogelijke manier is dat de benadeelde zijn op artikel 6:174 BW gebaseerde vordering jegens de opstaleigenaar aan de verzekeraar cedeert. Een strikte interpretatie van artikel 6:197 lid 2 en 3 BW (de Tijdelijke regeling verhaalsrechten) staat dit echter in de weg. De Tijdelijke regeling verhaalsrechten blokkeert namelijk een verkrijging door de verzekeraar krachtens subrogatie van de rechten uit artikel 6:174 BW. Dit leidt slechts uitzondering, kort gezegd, voor zover het gaat om regres op een hoofdelijke medeschuldenaar. Daarvan is in de onderhavige situatie naar de letter geen sprake, omdat de aansprakelijkheid van artikel 6:181 BW niet cumuleert met die van artikel 6:174 BW, en heeft tot gevolg dat een cessie van de rechten uit artikel 6:174 BW krachtens lid 3 van 6:197 BW (het omzeilingsverbod) eveneens niet mogelijk is. De verzekeraar die de benadeelde (toch) uit de brand wil helpen door zich de rechten van de benadeelde partij te laten cederen, kan dus bedrogen uitkomen.¹⁶

Stappenplan voor de praktijk

Voor partijen die in de praktijk met artikel 6:181 BW worden geconfronteerd, is het zinvol de hierboven gesignaleerde aspecten in gedachten te houden bij het beoordelen van een risicoaansprakelijkheid. Daarbij kunnen de volgende, globale toetsen worden onderscheiden.

1. Heeft het object een bedrijfsmatige gebruiker en is dit

een andere (rechts)persoon dan de bezitter/eigenaar?

2. In het bevestigende geval: kwalificeert het object als (a) een roerende zaak, dan wel als (b) een (onderdeel van een) opstal in de zin van artikel 6:174 BW?
3. Bij roerende zaken (en dieren): de risicoaansprakelijk rust, in beginsel, exclusief bij de bedrijfsmatige (eind)gebruiker.
4. Bij opstallen: houdt de verwezenlijking van het aan de opstal verbonden gevaar wel of geen verband met de uitoefening van het bedrijf van de bedrijfsmatige gebruiker, dan wel is dit nog niet voldoende duidelijk?
5. Bij afwezigheid van dit functioneel verband rust de risicoaansprakelijkheid exclusief op de opstalbezitter/eigenaar. Als er wel functioneel verband is, is de bedrijfsmatig (eind)gebruiker in beginsel exclusief risicoaansprakelijk.
6. Bij onduidelijkheid over het functioneel verband en de afbakening van de verantwoordelijkheden spelen diverse afwegingen een rol. Afhankelijk van de feiten en omstandigheden van het geval en het perspectief van de partij die een beslissing moet nemen (i.e. benadeelde partij, bedrijfsmatige gebruiker, opstalbezitter, verzekeraar), dient voor zover mogelijk een praktische oplossing te worden uitgewerkt.
7. Vanuit het perspectief van de mogelijk aansprakelijke partijen kan die oplossing ook reeds op voorhand zijn ontwikkeld door bijvoorbeeld een risico-inventarisatie te laten uitvoeren en duidelijke afspraken te maken over de verdeling van de verantwoordelijkheden c.q. wat te doen als een derde met een claim komt. Deze afspraken kunnen bestaan uit een contractuele regeling alwaar de relevante risico's geheel en/of gedeeltelijk bij de ene of de andere partij worden gealloceerd, alsmede uit een voorziening om te kunnen vaststellen in hoeverre de schade is gerelateerd aan de bedrijfsuitoefening.

Over de auteur

Mr. P.R. van der Vorst

Patrick van der Vorst is advocaat bij VanNiekerkCieremans te Rotterdam. Hij is tevens redacteur van dit tijdschrift.

¹⁶ Een mogelijke oplossing kan zijn om de opstaleigenaar in de regeling te laten participeren.